

Mito e Valor dos Conceitos Indeterminados

PEDRO MÚRIAS*

1. O tema

Chamei a esta apresentação «Mito e Valor dos Conceitos Indeterminados». O objectivo é falar sobre os conceitos indeterminados (CI) em geral, de modo que as palavras «mito» e «valor» tiveram sobretudo a intenção de tornar o título mais alegre... Ainda assim, há nesta matéria um «mito» e um «valor» que quero sublinhar, o que salva o título de ser publicidade enganosa.

O «mito» é pensar-se que os CI são, ou são sempre, uma *opção de técnica legislativa*, uma opção quanto ao modo de redigir as leis. Para o «mito», os CI são não apenas um problema da interpretação ou aplicação da lei, mas sobretudo um problema que surge simplesmente porque o legislador pode optar entre usar conceitos determinados e indeterminados, segundo considerações de política legislativa e conforme opte ou não por se desincumbir de certas decisões substantivas, incumbindo em simultâneo os tribunais de tomá-las eles nos casos concretos. Isto é, naturalmente, um mito, e logo porque os CI não ocorrem só nas leis, mas também nos negócios jurídicos, em actos administrativos e, com importância, na argumentação jurídica. Mas é um mito também porque

O autor, de sua preferência, não segue o último acordo ortográfico.

* (pedrofmurias@sapo.pt) (ORCID: 0000-0001-7860-9391). Católica Toque de 14 de Março de 2023 (texto desenvolvido).

Começo por agradecer à Elsa Vaz Sequeira o convite para esta apresentação e, ao Miguel Nogueira de Brito, ter aceitado participar em posição especialmente qualificada. O convite da Elsa é-me muito grato, porque os conceitos indeterminados têm relações estreitas com temas da filosofia da linguagem e da teoria do direito que continuam a interessar-me e a que me dá gosto regressar. A participação do Miguel é-me especialmente proveitosa porque o seu manual de *Introdução ao Estudo do Direito*, já na terceira edição, desenvolve em vários aspectos esta matéria, de modo que um diálogo com ele enriquece bastante as minhas considerações.

os CI são nalgumas ocasiões imputados à lei pela jurisprudência e doutrina contra o que literalmente lá está, e inclusive porque, certas vezes, eles devem lá estar. A própria identificação de um CI decorre de um processo interpretativo. De resto, vou considerar a indeterminação noutras fontes apenas em casos assinalados. Em geral, vou mesmo considerar a ocorrência de CI na lei. A exposição do «mito» encontra-se sobretudo nas divisões 7 e 8.

O «valor» dos conceitos indeterminados, o valor especial de que quero falar, relaciona-se com o mito e resulta de que certos conceitos indeterminados, talvez os mais notórios deles, são *uma necessidade substantiva* – a incluir necessidades do direito processual, mas não as meramente metodológicas ou de fontes. Esses CI correspondem a um modo fundamental de pensar o direito e de resolver os seus problemas, um modo que ocupa um dos lados de uma dicotomia importante e que não podemos eliminar nas fontes sem injustiça. Esta dicotomia não é exclusiva do direito, também ocorre na ética geral, aspecto que igualmente merece ser sublinhado. Isto não nega, por outro lado, que os CI desempenham igualmente uma função metodológica importante. No conjunto, o «valor» dos CI é explicado nas divisões 8 e 9.

Vou ainda dar atenção especial à distinção entre o problema da *ambiguidade* nas fontes e o dos CI. Também há o «mito» – um segundo mito – de que a ambiguidade se incluiria entre os casos de CI, mas parece muito útil separar bem os temas. Uma outra matéria que desenvolvo é a da *circularidade* como modo de ser de muitos CI, uma matéria menos comum nos estudos sobre estes temas.

Adiantando as principais conclusões, portanto, vou defender que:

- A ambiguidade não é um caso de CI;
- Os CI não são sempre uma opção de técnica legislativa ou do legislador;
- A circularidade é um caso comum de CI;
- Vários CI correspondem a uma necessidade substantiva.

Antes e depois destas conclusões estarão dois aspectos elementares e relativamente consensuais sobre os CI. Um, o de que o tema dos CI é quase coincidente com o da *vaguidade* («vagueza», «vaguidão»), não podendo dizer-se que esta seja apenas «um caso» de CI. Dela trata a divisão 5. Outro aspecto é o de que, na prática, embora não na teoria, a vaguidade e os CI são também tendencialmente coincidentes com os *conceitos normativos abertos*, a que se refere a divisão 6a. Apesar de a origem da indeterminação ser completamente diferente, quanto à sua

estrutura, nos conceitos vagos e naqueles conceitos normativos, em direito estes tendem a coincidir e esgotam ou quase esgotam a categoria dos CI.

Postas assim as teses gerais a defender, confesso um momento de descrença. Ocorreu-me perguntar que utilidade é que a minha apresentação de hoje pode ter para o pensamento jurídico propriamente dito, ou seja, para a solução de casos concretos ou de «casos abstractos» pelos tribunais e pela doutrina. Porque, na verdade, todos nós sabemos o que fazer com conceitos determinados ou indeterminados: respeitar as fontes, atender a todas as razões atendíveis, considerar todos os valores e princípios além das regras positivadas, fundamentar as soluções... Não vou acrescentar nada a isto e, portanto, não tenho a certeza de que o apuramento das noções sobre CI seja um avanço no que toca ao ofício dos juristas. É possível que a minha apresentação, tal como outras teorizações dos CI, não contribua em nada para o pensamento jurídico prático, e seja, portanto, meramente *teórica*, num sentido não muito positivo da palavra «teórico».

Mas, é claro, estamos numa universidade e, portanto, o pensamento meramente teórico, teórico-filosófico, «puro» ou de «investigação fundamental» tem plenamente lugar. E, afinal, talvez recolhamos ainda como juristas práticos alguma utilidade deste género de pensamento, pelo menos como consciencialização genérica daquilo que fazemos e dos problemas que nos aparecem, pelo menos para não nos iludirmos quanto à natureza do nosso trabalho. E nessa medida a minha apresentação teórica não tem de se assumir como *meramente* teórica.

2. Aproximação ao conceito de conceito indeterminado

2a) Noções elementares

Não é fácil definir bem CI – não é fácil definir bem quase nada –, mas conhecemos exemplos particularmente claros: assim os conceitos correspondentes às expressões «dignidade da pessoa humana», «boa fé», «justa causa», «fortes indícios», «grave», «manifestamente», «de grandes dimensões», «normal», «razoável», «prazo razoável»... Para lá dos exemplos, podemos dizer que os CI são *imprecisos*; implicam que haja *dúvidas particularmente justificadas quanto aos casos* por eles abrangidos; a sua extensão (o conjunto das coisas abrangidas) é, pelo menos em parte e pelo menos quanto a alguns dos casos, *objectivamente indeterminada*, ou seja, aparentemente não há, de todo, factos suficientes em virtude dos quais o conceito se aplique ou deixe de se aplicar. Alguns

CI, como «grande» ou «muito», dão a ideia de que a sua aplicabilidade é por vezes *relativamente arbitrária* («tu chamas a isso muito, eu chamo pouco»). Pensando nas questões jurídicas, diríamos que todo o CI, pelas suas características, implica a ausência de *informação completa* com vista a decidir se são ou não abrangidos certos casos. Quanto aos CI que ocorrem nas leis, é habitual dizer que eles implicam uma «liberdade» dos *aplicadores*, em especial dos tribunais, na sua aplicação ou respectiva recusa. «Liberdade» fica, é claro, entre aspas.

Dir-se-ia que esta indeterminação ou imprecisão *decorre do próprio CI*, e não do nosso desconhecimento da matéria que o conceito trata.¹ Decorre do CI ou, pelo menos, de certas características reconhecíveis à partida das coisas a que o conceito se aplica. Contudo, é interessante ver que mesmo os mais indeterminados dos conceitos têm ocorrências em que não são indeterminados ou essa indeterminação não se manifesta.

A «boa fé» é, na generalidade das suas ocorrências, um CI; contudo, quando se diz (e podia ser a lei a dizê-lo) que a responsabilidade civil do gestor de negócios «segue o mesmo regime da responsabilidade por violação de deveres da boa fé», parece que não se exprime nenhuma indeterminação, ou a indeterminação, se existir, diz respeito ao *regime* em causa, e não à própria boa fé. Talvez porque aqui, nalgum sentido, não é necessária uma «aplicação» do conceito de boa fé. Também o art. 63.º/2 do Código do Trabalho estabelece que «o despedimento por facto imputável a trabalhador que se encontre em qualquer das situações referidas no número anterior *presume-se feito sem justa causa*». Aqui a «justa causa» não gera uma indeterminação porque é usada para identificar o regime, não dependendo a aplicabilidade do preceito da determinação de quais os casos que são e não são justa causa. E assim igualmente quando o mesmo Código determina que certos despedimentos *não dependem* da «invocação de justa causa» (art. 114.º), o que significa o afastamento de um regime.

Uma expressão normalmente indeterminada também não cria nenhuma indeterminação quando é mencionada pela lei para, digamos, redefini-la, nela incluindo ou excluindo certa categoria de casos. P. ex., o conceito de «coacção moral» é indeterminado (pelo menos, devido à sua definição através do conceito também indeterminado de «ameaça ilícita»). Quando,

¹ A ideia de a indeterminação decorrer do próprio conceito aparecia já em C. S. Peirce, a propósito da vaguidade. Cf. SORENSEN (2022), que transcreve de uma entrada de dicionário de Peirce, de 1902.

porém, o art. 255.º/3 CC exclui do conceito de coacção moral «o exercício normal de um direito» e o «simples temor reverencial», a indeterminação resulta destes conceitos, e não do conceito de coacção moral. Do mesmo modo, está cheia de conceitos indeterminados a definição de «justa causa» do art. 351.º/1 do Código do Trabalho, mas não há indeterminação no prómio do art. 351.º/2, quando anuncia que constituem justa causa os comportamentos indicados nas alíneas a seguir.²

Assim, parece correcto dizer que a indeterminação própria dos CI *decorre* destes, mas só ocorre ou não conforme o contexto em que sejam usados, ou melhor, conforme a função informativa («semântica») que eles aí desempenhem.

Também cabe esclarecer – contra o que por vezes se escreve –, que a indeterminação nunca resulta de um conceito *ser demasiado amplo* ou *dar pouca informação*. Aliás, estas duas coisas são o mesmo: quanto menos informação um conceito der maior é a sua amplitude – trata-se da conhecida relação inversa entre «extensão» e «intensão» (com *s*, também chamada «compreensão»). Uma grande amplitude, um pequeno contributo informativo, contudo, não tem nada que ver com indeterminação. Por exemplo, os conceitos de *caso*, de *causa* e de *coisa* são muito amplos, mas não especialmente indeterminados; os conceitos da lógica (*conjunção*, *negação*, etc.) e da matemática (*um*, *dois*, *metade*, etc.) são amplísimos, muito usados pela lei, mas absolutamente determinados. Todos estes conceitos dão pouca informação, mas dão informação precisa. Pelo contrário, a boa fé, a justa causa e a dignidade da pessoa humana são conceitos muito ricos, plenos de informação, mas ainda assim extremamente indeterminados. A expressão «*cavalo jovem, grande e robusto de cor escura*», que pode ocorrer num contrato, é bastante informativa, mas também bastante indeterminada.

Ainda neste plano formal, veja-se que um CI tanto pode ser expresso por um substantivo (uma expressão nominal) quanto por um adjetivo, uma preposição ou uma palavra de outra classe morfosintáctica. A esmagadora maioria das palavras exprime conceitos. A preposição «para», p. ex., exprime frequentemente o conceito de finalidade, que é moderadamente indeterminado.

² Sem prejuízo de caber interpretar o n.º 2 no sentido de esses comportamentos ainda terem de ser avaliados à luz da cláusula geral dos n.ºs 1 e 3. Agradeço a António Nunes de Carvalho esta precisão.

Pode dizer-se, a título de graça e com verdade, que o próprio conceito de CI é indeterminado, mas não retiramos disso um grande progresso.

2b) *O direito equitativo em geral*

Para a doutrina geral dos CI, também não interessa fazer uma distinção entre CI e «cláusulas gerais». Esta expressão germânica nem é usada univocamente. Por vezes, fala-se de «*cláusulas gerais*» *por contraposição às enumerações*: o art. 132.º/1 do Código Penal contém uma cláusula geral neste sentido, na circunscrição em termos genéricos do homicídio qualificado como o produzido «em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade», por contraposição aos casos especiais arrolados nas alíneas do n.º 2 do mesmo artigo. Também se fala, com intenção semelhante, de uma ou duas cláusulas gerais no art. 483.º/1 do Código Civil, em contraposição à simples ideia – não à realidade – de uma tipificação dos «delitos civis».

Outras vezes, chamamos «cláusulas gerais» a certas expressões, conceitos ou disposições legais indeterminados com potencialidade de aplicação em sectores variados do nosso sistema de fontes, como a ideia de «abuso do direito» ou o art. 334.º do Código Civil, a «boa fé», a «ordem pública» e os «bons costumes»; talvez também a «desproporcionalidade» e a «justa causa». Nesta linha terminológica, não será impossível avançar no sentido de que seriam «cláusulas gerais» todos os *CI de maior indeterminação e com maior notoriedade* na história moderna da nossa família de direitos.

Noutro uso comum, relacionado com o anterior, as «cláusulas gerais» são *tópicos que sugerem ou deixam implícita a forma completa de uma disposição ou regra* – a «boa fé», a ideia de que se «deve agir de acordo com a boa fé»; a «ordem pública», a proscrição dos actos a ela contrários, etc. – enquanto os restantes CI são apenas elementos constitutivos de disposições variadas, sem um sentido normativo completo – assim os conceitos de «gravidade», «exigibilidade» ou «proporcionalidade» (embora a «desproporcionalidade», em princípio proibida, talvez já seja uma cláusula geral). É útil chamar «cláusulas gerais» a alguns daqueles tópicos normativos para distingui-los de princípios ou valores com unidade interna substancial, e não meramente expressiva ou histórico-cultural. Por mim, faço questão de dizer que a boa fé é uma cláusula geral, e não um princípio, e sinto-me inclinado a dizer algo semelhante quanto à dignidade da pessoa humana, embora a especialização jurídica

me proíba entrar nas questões de direito constitucional aí implicadas... De todo o modo, podemos decerto avançar no estudo dos CI sem nos prendermos numa delimitação ou precisão das cláusulas gerais.

Um campo talvez já distinto dos CI é o das autorizações directas de *discricionariedade judicial*, em que a lei deixa certo efeito jurídico dependente daquilo que o aplicador *considere* justificado, conveniente, procedente, necessário, etc., porventura também nos casos em que uma decisão é deixada ao seu prudente *arbitrio*. São casos extremamente comuns no Código do Processo Civil, como seria de esperar.³ Aqui, como em situações vistas na alínea anterior, o CI (v.g., «justificado») vem envolvido num contexto que diminui a relevância da indeterminação. No caso, esse contexto dito «opaco»⁴ é a referência ao juízo do tribunal sobre o assunto: não se requer que certo acto *seja* justificado, mas que o juiz assim o *considere*. Ora, não há grande indeterminação na referência àquilo que o juiz considera justificado ou conveniente, visto tratar-se apenas da ocorrência de certo juízo. Como nos casos de uso simples de CI, a liberdade decisória é grande – ou ainda maior, porque a deferência à decisão de primeira instância sugere a respectiva irrecorribilidade –, mas dir-se-ia que a matéria é apenas contígua à dos CI, e não rigorosamente idêntica.

Também nesses casos, contudo, o tribunal tem o dever ou até a necessidade de apreciar se é justificado ou não o acto ou facto em causa, para assim o considerar. O CI, com a sua indeterminação, não pode deixar de ser usado pelo decisor. Por outro lado, quando a lei emprega de modo directo, num contexto «transparente», conceitos de máxima indeterminação como «justificado» ou «razoável», o que também não é raro⁵, a

³ Cf. os arts. 23.º/2 («quando [...] o juiz [...] considere procedente»), 236.º/1 («quando [...] considere absolutamente indispensável»), 418.º/1 («quando as considere essenciais»), 476.º/2 («que considere inadmissíveis ou irrelevantes», «considere necessárias»), 480.º/2 («considere necessário»), 561.º/1 («considere justificado»), 569.º/5 («considere que ocorre motivo ponderoso»), 594.º/1 («considere oportuna»), 604.º/8 («considere conveniente»), etc. Pertence ainda a este grupo a remissão à «prudente convicção» do julgador no art. 607.º. O C. Processo Civil também reconhece discricionariedade ao Ministério Público em matérias da sua competência, como no art. 325.º/3, mas esta parece já próxima da discricionariedade administrativa.

⁴ Os contextos opacos ou «intensionais» são tema clássico da chamada filosofia analítica. Cf., p. ex., FORBES (2004), CAPPELEN (2023), ou LUDWIG/RAY (1998), pp. 141-166.

⁵ No C. do Processo Civil, cf., p. ex., arts. 123.º/2 («demora justificada») e 272.º/1 («motivo justificado»). No C. Civil, cf. os arts. 256.º (coacção por terceiro), 466.º (responsabilidade do gestor), 647.º (meios de defesa na fiança), 1887.º-A (convívio dos

amplitude da fundamentação efectivamente possibilitada ao tribunal não é menor do que nos casos de autorização directa de discricionariedade. Também aqui a lei autoriza uma «discricionariedade decisória», que se distingue da anterior, na melhor das hipóteses, em questões processuais como a recorribilidade. Em ambos os casos, a bondade da decisão depende de todas as razões jurídicas atendíveis no caso concreto, sem que a lei delimite de algum modo essas razões.

A abertura de princípio à totalidade das razões jurídicas, ou à totalidade dos factos atendíveis, é também o característico de uma decisão «de acordo com a equidade» (cf. art. 4.º do Código Civil). Os CI, incluindo as cláusulas gerais, as autorizações de discricionariedade judicial e as decisões segundo a equidade, constituem a matéria geral do «direito equitativo», expressão a que regresso na divisão 9. Em todo o direito equitativo, há uma significativa «liberdade» dos aplicadores do direito, como melhor direi depois. A autonomização dos CI é secundária.

3. As expressões ambíguas não são (só por isso) conceitos indeterminados

3a) A ambiguidade e suas subcategorias

A ambiguidade das fontes deve ser afastada do tema dos CI.⁶ Pode algum autor, evidentemente, querer chamar «conceitos indeterminados» a todas as expressões legais que, pela sua forma ou pelo seu sentido, suscitam dificuldades acrescidas aos intérpretes-aplicadores, todos os casos em que a letra da lei não é suficiente, nem sequer à primeira vista,

filhos), etc. Também ocorrem no C. Civil autorizações directas de discricionariedade, v.g. nos arts. 2103.º-A/3 e 2246.º (ambos sobre prestação de caução).

⁶ GOMES CANOTILHO (1982), pp. 428-440, MENEZES CORDEIRO (1984), pp. 1177-1178, e NOGUEIRA DE BRITO (2022), pp. 338-343, adoptam uma classificação dos CI que remonta em boa parte a estudos dos anos 1970 de KOCH [(1976), pp. 186-213, e o seu livro com RÜSSMANN (1982), pp. 67-77 e 188-210]. G. Canotilho acrescentou às figuras de Koch as «fórmulas vazias», com base noutros autores (cf. o ponto 7a *infra*). M. Cordeiro eliminou os «conceitos de valor» e os «conceitos de prognose»; N. de Brito acolhe todas estas figuras. Nessa classificação, a ambiguidade surge junto aos CI, mas Koch não mistura as duas figuras, antes se refere às «dificuldades interpretativas» em geral (embora sugerindo que a vaguidade ainda seria um problema semântico). Diversos autores se preocupam em distinguir cuidadosamente a vaguidade da ambiguidade. Cf. WALDRON (1994), pp. 509-540 (512-513 e *passim*), ENDICOTT (2000), p. 54, e DUARTE (2006), pp. 215-222 (referindo-se à «polissemia»).

para *determinar a solução dos casos*. Quer os CI quer a ambiguidade são modos de não determinação literal das soluções. Aquilo que vale a pena autonomizar como «conceitos indeterminados», no entanto, é um grupo mais restrito, são as expressões ou conceitos que têm uma especial relação problemática com *cada um dos casos* relativamente aos quais se pergunta pela sua aplicabilidade. Falar da ambiguidade a propósito dos CI tem interesse, sim, como contraponto, como figura perante a qual é útil sublinhar as diferenças. É claro que uma lei pode ser ambígua entre um sentido determinado e um sentido indeterminado, ou entre dois sentidos indeterminados, mas isso não se opõe à distinção. A «boa fé» tanto pode ser «subjectiva», descrevendo a posição de uma pessoa quanto ao conhecimento de algum facto, quanto «objectiva», designando uma norma de comportamento ou figura semelhante. Nestes dois sentidos, potencia uma ambiguidade; mesmo desfeita a ambiguidade, cada um dos sentidos mantém a sua indeterminação, maior no caso da «boa fé objectiva».

Ainda assim, há dois pontos de contacto importantes entre os CI e ambiguidade, além do aspecto bibliográfico de alguns autores se lhes referirem em comum. O primeiro é que as exigências constitucionais de «certeza» nalgumas matérias, especialmente na incriminação penal (cf. arts. 29.º CRP e 1.º CP), valem como proscricção quer de ambiguidades sérias quer do recurso a conceitos demasiado indeterminados. Aí, exige-se que *a lei*, na sua formalidade literal, ofereça tanto quanto possível uma decisão, coisa que não sucede nem com uma ambiguidade significativa, nem através de conceitos muito indeterminados.

O segundo ponto de contacto é que todo o tipo de argumentos contribui para se chegar a uma boa solução jurídica, e isto não só na aplicação de CI, mas também na solução de ambiguidades. Embora, como vou dizer já a seguir, a ambiguidade seja um problema linguístico – um problema de escolha de palavras pela lei e um problema de escolha de sentidos pelo intérprete – a superação de uma efectiva ambiguidade não é dada nem pelas próprias palavras, designadamente pelas que acompanham os termos geradores da ambiguidade, nem pelas regras sintácticas (ou «composicionais») que lhes subjazem.⁷ A solução não decorre da sintaxe nem do léxico, não decorre da «gramática» e do «dicionário», mas sim *da*

⁷ O entendimento contrário é defendido por DUARTE (2006), com um optimismo legalista de que não partilho. Claro que o autor tem razão no sentido de que algumas aparentes ambiguidades deixam de sê-lo devido a determinações estritamente legais, mas as ambiguidades em sentido próprio não são assim.

«*enciclopédia*», quer dizer, do conhecimento não linguístico – para nós, jurídico, *substancialmente* jurídico, e essencialmente *de finalidades e de justiça* – associado a essas palavras. Esta opinião pode ser sugestivamente corroborada pelos avanços na tradução automática das últimas décadas: a inteligência artificial só conseguiu alcançar resultados apreciáveis na tradução quando ultrapassou a mera consideração gramatical e de correspondências vocabulares atestadas pelos dicionários interlinguísticos e passou a compulsar os *big data* que exprimem um conhecimento amplo sobre as *matérias* tratadas nos textos a traduzir. Antes disso, a tradução automática gerava resultados caricatos ou absurdos, precisamente porque não tinha como ultrapassar bem as ambiguidades. Hoje, obtêm-se frequentemente traduções razoáveis feitas pelos seres de plástico e metal que são os computadores. As traduções, tal como a solução jurídica de ambiguidades legais, têm de *fazer sentido*, e isso consegue-se pela compreensão das *matérias* tratadas, e não apenas pelo conhecimento das palavras que as exprimem. Sem prejuízo de que os computadores (ainda) não compreendem nada, mas a utilização dos *big data* gera uma simulação ou aproximação significativa.

Há ambiguidade quando um texto (ou parte) tem dois (ou mais) sentidos incompatíveis, *i.e.*, quando um texto admite duas interpretações, duas leituras incompatíveis. A ambiguidade pode ser solúvel ou insolúvel, radical, quer dizer, pode ser uma ambiguidade apenas «à primeira vista», apenas em face de alguns argumentos interpretativos, ou uma ambiguidade em face da totalidade dos factores disponíveis que concorram para a melhor interpretação.

A ambiguidade legal tem reflexos importantes nos trabalhos jurídicos e na segurança dos cidadãos, reflexos tendencialmente *perniciosos*. Ainda assim, não me ocorrem muitos exemplos significativos de ambiguidade em *matérias* de direito privado. P. ex., no art. 1451.º/1-1.ª do Código Civil, estabelece-se uma obrigação de o usufrutuário restituir o valor de coisas consumíveis «no caso de as coisas terem sido estimadas». Alguns alunos relatam uma dificuldade com este artigo, pois interpretam inicialmente «estimadas» no sentido de «bem conservadas», o que torna a disposição legal obscura ou «sem sentido». Só *depois* de confrontados com o segundo sentido (etimologicamente, primeiro) de «estimadas» («avaliadas») é que a interpretação se torna simples, em resultado de considerações evidentes de razoabilidade: como se calculou num momento o valor das coisas usufruídas, há uma razão de justiça para esse valor ser atendido na restituição. A ambiguidade permitiu chegar a esta

compreensão intuitiva. Dir-se-ia que a pluralidade de sentidos resolve, em vez de dificultar, e não chega a haver ambiguidade num sentido mais grave. A ambiguidade nociva será talvez mais significativa em leis de natureza técnica ou regulamentar, a que a formação dos juristas atende menos, mas que constituem a maior parte da legislação.⁸ Apesar de todos os esforços terminológicos nas ciências e engenharias desde Lineu⁹, é natural que a explosão regulamentar das últimas décadas envolva problemas de ambiguidade nessas áreas.

No direito privado, recorde-me de uma ambiguidade significativa nalguns usos da palavra «dolo», designadamente nos arts. 24.º e 25.º da Lei do Contrato de Seguro. É que o «dolo» tanto pode ser o «dolo-culpa», uma qualidade subjectiva da generalidade das acções (como no art. 483.º/1 CC), quanto uma específica modalidade de acção, em princípio com a qualidade anterior, o «dolo negocial» do art. 253.º CC. Naqueles artigos da LCS, não é evidentemente claro qual o dolo referido.¹⁰ E talvez se possam suscitar dúvidas semelhantes mesmo quanto ao uso da palavra no Código Civil, em especial nos artigos sobre a compra e venda de coisas desconformes (892.º ss.). De todo o modo, estas ambiguidades são resolvidas de modo estritamente interpretativo, em abstracto, sem semelhança com os problemas dos CI.

Além da distinção entre ambiguidade solúvel e insolúvel, a ambiguidade inclui hipóteses variadas cuja distinção é inconsequente salvo como fonte de exemplos que venham colorir a figura. Assim, a ambiguidade pode ser *lexical* ou *sintáctica*, conforme ocorra numa palavra ou locução em si mesma ou, pelo contrário, resulte da estrutura de uma frase ou texto. À ambiguidade sintáctica chama-se tradicionalmente *anfibia*, e tem como casos exemplares os de anáforas – *maxime*, pronomes, como «ele» ou «estes», mas também as formas verbais cujo sujeito fica implícito – cuja referência pode provir de um ou outro dos restantes elementos do texto, ou seja, quando não se consegue saber a que entidade é que o pronome se refere. A ambiguidade lexical pode resultar de *homonímia*

⁸ DUARTE (2006), cit., p. 503 (em nota), aponta um caso em que a ambiguidade da lei ambiental (relativa ao termo «fonte», referido à poluição) suscitou problemas jurídicos reais.

⁹ O principal contributo de Lineu (Carl Linnaeus, 1707-1778) decorre da *aceitação* generalizada da sua nomenclatura binária (nome do género com epíteto específico, como em *Canis familiaris*) pela comunidade dos naturalistas (depois, dos biólogos).

¹⁰ Cf. ROMANO MARTINEZ, sobre os arts. 24.º e 25.º, na *Lei do Contrato de Seguro Anotada* (várias edições na Almedina), com colaboração minha quanto a estes artigos.

ou *homografia* (pares de palavras ou expressões homónimas ou homógrafas), de *polissemia*, ou de *variações semânticas regulares* no uso de um termo. Tomás de Aquino distinguiu, para este efeito, entre termos *equivocos* (a incluir a homonímia e a polissemia) e termos *analógicos*: o termo «saudável», exemplifica S. Tomás, é analógico, já que tanto se pode chamar saudáveis às coisas que dão saúde quanto aos seres que a têm.¹¹ E uma grande maioria das palavras admite este género de variações, a parte das quais certa linguística chama *alternância* semântica.¹² É frequente a ambiguidade por *variação da amplitude*, ou seja, quando um termo é ambíguo por poder ser usado num sentido mais restrito e noutra mais amplo que contém o primeiro.¹³ Em direito, distinguimos constantemente entre figuras «*lato*» e «*stricto sensu*», que podem gerar semelhante ambiguidade.

Alguns autores falam de «polissemia» em vez de «ambiguidade», por vezes chamando «ambiguidade» apenas à ambiguidade sintáctica ou anfibologia. Esta terminologia parece-me defeituosa por várias razões, a começar pela razão de que a polissemia é *apenas uma* das causas de ambiguidade lexical, ao lado da homonímia, da alternância e de outras curiosidades semânticas. Em segundo lugar, a distinção entre ambiguidade lexical e sintáctica é irrelevante para os juristas: a única coisa que nos afecta é a multiplicidade das interpretações possíveis, tenha origem lexical ou sintáctica. Depois, a polissemia é uma *causa* lexical, abstracta, de ambiguidade, e esta é o *efeito* num texto, historicamente produzido, que pode gerar dificuldades. O uso de um termo polissémico pode, inclusive, não gerar ambiguidade, sendo a polissemia irrelevante: se eu disser que o sal tem a propriedade de se dissolver na água, os restantes sentidos da palavra «propriedade» não interferem na interpretação. Acresce que a própria identificação de certos termos como polissémicos é algo ociosa, pois só uma minoria não o é. «Polissemia», por fim, não deixa de ser um termo rebuscado para designar uma figura singela como a pluralidade de sentidos, parecendo indicar um padecimento como a dispepsia ou a melancolia... Mantenhamo-nos portanto, inequivocamente, com a ambiguidade.

¹¹ AQUINO (2011). O filósofo esclarece que a analogia não implica pertença a um género comum («*diversa in genere, [...] idem solum secundum analogiam*»). A ideia de «analogia do ser» veio a ter grande uso na teologia de S. Tomás e posterior.

¹² Cf. MATEUS *et al.* (2003), pp. 203 e 305-308.

¹³ Cf. WALDRON (1994), pp. 515-516.

3b) Diferenças entre a ambiguidade e os conceitos indeterminados

Mantivemo-nos com a «ambiguidade» para a abandonarmos a seguir, já que os problemas de ambiguidade são essencialmente diferentes dos dos conceitos indeterminados. A principal e decisiva diferença está em que a ambiguidade é uma *questão linguística*, enquanto os conceitos indeterminados são uma *questão conceptual*, um modo de ver e pensar o mundo.¹⁴ Demonstra-o, a começar, que a ambiguidade pode não se manter numa tradução ou, em geral, entre dois textos em línguas diferentes com o mesmo sentido pretendido. P. ex., quando uma lei ou um tratado tem versões autênticas em mais de uma língua, a ambiguidade pode só ocorrer numa dessas línguas. A propósito da ambiguidade por variação na amplitude dos conceitos, J. Waldron dá o exemplo de um regulamento que proíba a entrada a animais excepto *dogs and cats*, o que permite discutir se se pode ou não fazer entrar um leopardo no espaço em causa. É que, em inglês, a palavra *cat* tanto designa, em sentido restrito, os gatos, quanto, em sentido amplo, todos os felinos. Esta ambiguidade não se mantém em português e não ocorreria na tradução exacta da intenção daquele legislador para a nossa língua, salvo se a intenção fosse precisamente a de emitir um texto ambíguo, o que seria já uma irregularidade e, em qualquer caso, não seria possível com palavras suficientemente próximas. Pelo contrário, a vaguidade e outras formas de indeterminação mantêm-se de uma língua para a outra se a tradução for fiel. Se, porventura, certo termo vago não tiver correspondente numa língua para que queremos traduzi-lo, o tradutor terá de introduzir uma expressão indeterminadora, como «e coisas do género» ou «e casos semelhantes» (também há expressões indeterminadoras sem problemas de tradução).

Do mesmo modo, a ambiguidade pode não se manter, mesmo sem sairmos de uma só língua, quando se usa uma paráfrase ou um sinónimo, ou quando se acrescenta uma expressão determinativa como «em sentido restrito» ou «no sentido *x*». Por exemplo, as palavras *esquerda* e *direita* têm um sentido espacial e um sentido político, e basta indicar de qual deles se trata para eliminar a ambiguidade. Não pode fazer-se o mesmo com um CI. Um CI não tem sinónimos determinados, ou não seriam

¹⁴ WALDRON (1994), p. 520, sugere algo hesitantemente que a vaguidade não é um problema linguístico, mas suponho que hoje, pelo menos na filosofia da linguagem, já não há espaço para hesitação, como melhor direi a seguir, no texto.

sinónimos. Acresce que, se se usar, numa lei ou num contrato, um CI e, a seguir, se determinarem exhaustivamente os casos abrangidos por esse CI, ele deixa de ser relevante, deixa de ter sentido próprio e torna-se um mero modo de designar os casos daquela determinação exhaustiva. Se, pelo contrário e como é comum, a determinação não for exhaustiva, então o conceito mantém-se útil e indeterminado, mas a determinação não teve o efeito que têm as expressões clarificadoras de ambiguidades («desambiguadoras»).

Uma maneira especificamente jurídica de ver a diferença entre a ambiguidade e os CI respeita ao efeito de uma decisão vinculativa ou simplesmente persuasiva de um tribunal. Se um tribunal superior decidir um caso para o qual releva uma ambiguidade legal, o tribunal tem de resolvê-la e, sendo a decisão vinculativa ou persuasiva *ex hypothesi*, a ambiguidade fica definitivamente resolvida para todos os casos futuros que dela dependessem. A lei tinha um sentido ambíguo entre a interpretação A e a interpretação B. O tribunal decidiu, de uma forma que se nos impõe, que a interpretação correcta é a B. A partir dessa decisão, a ambiguidade é irrelevante; se a decisão for vinculativa, deixa inclusive de existir ambiguidade no conjunto das fontes. Passa-se o contrário com os CI. Ainda há poucos dias a Cons.^a M.^a João Vaz Tomé nos recordou aqui que os conceitos indeterminados não deixam de sê-lo por o STJ resolver um ou muitos casos à sua luz. Mesmo que o tribunal superior nos vincule ou nos convença de que as suas soluções são boas e têm de valer para todos os casos idênticos aos apreciados, em cada caso novo sempre teremos de ver se há acréscimo ou falta de características relevantes para a aplicação ou não do CI.

Mostra-se assim que a ambiguidade releva da *interpretação* em sentido restrito das fontes, enquanto a indeterminação dos conceitos releva também ou sobretudo da sua *aplicação*. A ambiguidade é, inclusive, um caso curioso em que se verifica uma efectiva separação entre interpretação e aplicação. Eu sou, evidentemente, sensível aos argumentos de vários autores – entre nós, sobretudo Castanheira Neves¹⁵ – no sentido de que o problema metodológico geral, numa decisão perante a lei, é um problema de interpretação-aplicação, sem possibilidade de separar as duas matérias. Os CI são exemplo importante dessa inseparabilidade, em que os elementos do conceito expresso linguisticamente têm de ser

¹⁵ P. ex., em CASTANHEIRA NEVES (2003), designadamente nas pp. finais em que se contestam as teses (próximas) de R. Dworkin.

aferidos e confrontados com as particularidades do caso, de modo que a solução do caso *funde* elementos linguísticos generalizadores com elementos substanciais casuísticos. No entanto, por vezes é observável uma diferença entre interpretação e aplicação, e a solução de uma ambiguidade é propriamente um caso de interpretação, sem prejuízo de essa interpretação poder conduzir à relevância de um CI. Mas também pode haver ambiguidade entre conceitos perfeitamente determinados.

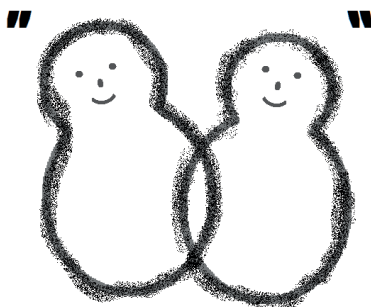
A ambiguidade, portanto, é matéria de mera interpretação, e não pode surpreender que caiba no seu âmbito uma categoria tradicional do ensino sobre interpretação da lei. Trata-se das interpretações «declarativa lata» e «declarativa restrita», a que outros autores, numa terminologia mais germânica, chamam «extensiva» e «restritiva».¹⁶ Refiro-me àqueles casos em que o «resultado da interpretação», o «significado» a que se chega, coincide com um mais ou menos amplo dos sentidos compatíveis com a «letra da lei», ou seja, compatível com o léxico e a sintaxe do trecho a interpretar. Definida assim a interpretação declarativa lata ou restrita, contudo, depressa concluímos que corresponde à resolução de um problema de ambiguidade. Se há vários sentidos compatíveis com a letra da lei, uns mais e outros menos amplos, então aquela é ambígua quanto à sua amplitude, e o resultado interpretativo lato ou restrito apenas mostra que a ambiguidade era solúvel. O mesmo vale, aliás, para outros casos de interpretação «declarativa» em que a opção não seja entre o mais e o menos amplo. Dir-se-á talvez que o problema é de ambiguidade quando se parte desta e se procuram argumentos para a sua solução, e dir-se-á que é de interpretação quando se descobre uma ambiguidade como argumento para o sentido defendido, mas as figuras não deixam por isso de coincidir.

À separação entre a ambiguidade como mero problema interpretativo e os CI como problema essencialmente aplicativo, poderia contrapor-se, de modo mais teórico, que não há interpretação que não seja aplicação, pois o significado de uma expressão não é nenhuma entidade auto-subsistente, mas apenas o seu uso real ou correcto de aplicação aos casos, e a determinação completa do significado não é mais do que a determinação perfeita das entidades possíveis a que o termo se aplica ou não. Esta objecção peca pelo exagero. Mesmo aceitando a ideia de

¹⁶ Todos os autores portugueses, como se sabe, usam também este último par de palavras, mas os primeiros usam-no para os casos em que o «sentido final» de uma interpretação já não é compatível com o «sentido literal».

que «o significado é o uso»¹⁷, ainda se pode reconhecer uma diferença entre interpretar e aplicar para o efeito de distinguir entre resolver uma ambiguidade e lidar com a indeterminação de certos conceitos.

Na verdade, há também, e sobretudo enquanto experiência subjectiva e humana, uma apreciação *genérica* do significado de um termo, sem determinação perfeita da totalidade das entidades a que ele se aplica, porventura uma apreciação meramente «impressionista» do seu «espaço» de aplicabilidade. Cada conceito, cada significado é mentalmente associado pelos falantes ou intérpretes a *exemplos* da sua aplicabilidade e inaplicabilidade, a *juízos genéricos* sobre as coisas ou parte das coisas a que se aplica, a *memórias* dessas coisas, a *relações com outros conceitos*¹⁸, a *regras e disposições quanto ao uso* da expressão respectiva, a *sinónimos* e expressões próximas, etc. A totalidade destas associações mentais constitui o significado enquanto realidade subjectiva relativamente partilhada numa comunidade linguística e enquanto caracterização genérica de um termo no plano semântico, distinta do *juízo concreto* da sua aplicabilidade a um ou outro caso. Numa expressão ambígua, há dois (ou mais) conjuntos de semelhantes associações, um para cada significado admissível, e a opção entre um e outro não tem de passar pela apreciação de casos concretos de aplicabilidade. A ambiguidade e a interpretação em sentido restrito limitam-se a esse plano genérico e generalizador, cuja relevância não podemos razoavelmente negar. O problema dos CI, pelo contrário, situa-se no nível concreto da aplicabilidade caso a caso.



¹⁷ Na referência clássica de WITTGENSTEIN (1995b), «Para uma *grande* classe de casos [...], o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem».

¹⁸ A «semântica do papel conceptual» dá particular importância à relação entre conceitos (ou significados). Cf. a introdução de WHITING (2009).

No desenho da página anterior, perante a ambiguidade da expressão entre aspas, a interpretação opta por um dos fantasmínhas, que são os significados possíveis. Na aplicação, pelo contrário, decide-se se um dos pontos, ou um conjunto deles, cai dentro ou fora do fantasma que interessa.¹⁹

Uma última diferença de sublinhar entre os CI e a ambiguidade é que esta é, por regra, *um defeito* de técnica legislativa, e tanto maior quanto se trate de leis de mera ordenação, directamente dirigidas às pessoas e às empresas. Os CI, pelo contrário, parecem corresponder a necessidades de que falo a seguir. Haverá certamente casos em que a ambiguidade é defensável, tal como casos em que é incorrecto o uso de conceitos explicitamente indeterminados, mas a ambiguidade é em princípio uma má opção em si mesma, enquanto o uso de CI é ou não adequado conforme as matérias. Como exemplo de ambiguidade justificável, é muito referida a opção pelas palavras «pensamento legislativo» – em vez de «pensamento do legislador» ou «pensamento da lei» – no art. 9.º/1 do Código Civil, o que talvez constitua um caso de ambiguidade. Haverá outras soluções compreensíveis de «ambiguidade compromissória», designadamente em leis politicamente debatidas, em textos constitucionais e em tratados internacionais.²⁰ Pelo contrário, não me parece, pelo menos por regra, que a ambiguidade possa ser lida como atribuição de discricionariedade a um aplicador administrativo, como defende David Duarte²¹, ou a um outro sujeito de direito substantivo. As ambiguidades têm de ser resolvidas interpretativamente e, uma vez resolvidas, não deixam nenhuma margem de liberdade.

¹⁹ Convém insistir em que a diferenciação clara entre interpretação e aplicação, possível em vista de um problema de ambiguidade, não é possível para a generalidade dos problemas de interpretação. Por um lado, os aplicadores, *maxime*, os tribunais, não têm normalmente de procurar «o fantasma todo», mas apenas aquela parte que releva para os casos em vista (cf. a defesa recente deste ponto por DUARTE D'ALMEIDA (2019), pp. 335-364). Aí, portanto, a interpretação é a discussão da aplicabilidade àquele grupo de casos. Por outro lado, quando não se discute a opção entre dois «fantasmas» (entre dois significados), mas apenas a *localização exacta* de um, procurar «o fantasma» ou procurar os seus casos é a mesma coisa. Já me parecem equivalentes à ambiguidade as hipóteses em que o intérprete toma a lei como «difícil de perceber» ou «de sentido difícil de descortinar». Aí, procura-se a mancha impressionista do «fantasmínha», deixando para um segundo momento os problemas da sua aplicação.

²⁰ Um agradecimento ao Miguel Nogueira de Brito e ao Gonçalo Almeida Ribeiro por me referirem os «compromissos dilatatórios», na expressão de C. Schmitt, em fórmulas constitucionais.

²¹ DUARTE (2006), pp. 215-218 e 503-5.

Em suma, o problema da ambiguidade em textos jurídicos deve ser mantido a uma boa distância do dos CI. Esta é uma conclusão a que chego quase em contradição performativa, depois de várias páginas sobre ambiguidade num escrito sobre CI. Mas mantenho a conclusão e sugiro ainda que a recondução destes dois temas a uma categoria comum é mais facilmente compreensível nos quadros de um pensamento legalista e positivista em que não me revejo.²² Para o positivismo e o legalismo, «o direito é a lei», e esta é essencialmente o veículo linguístico de um significado (semântico) normativo. Em todos os casos em que o significado da lei não fundamenta suficientemente uma decisão, já estaríamos num âmbito, se não «extrajurídico», pelo menos de «discricionariedade», que mereceria tratamento conjunto. Pelo contrário, para o jusnaturalismo²³ em que me incluo, todas as razões atendíveis pelos tribunais são direito²⁴, e o facto de o sentido linguístico da lei se esgotar antes das restantes razões não é motivo para deixar de distinguir problemas. Para o que nos interessa, cabe distinguir entre o problema da inépcia expressiva da lei, como é quase invariavelmente o caso da ambiguidade, e o problema de a lei se ter exprimido bem, mas indeterminadamente.

4. As lacunas não equivalem a conceitos indeterminados

4a) A existência de lacunas e a sua diferença relativamente aos conceitos indeterminados

Cabe uma nota breve para também afastar a matéria das lacunas da dos CI. As lacunas são um modo de o legislador, intencional ou não intencionalmente, *não decidir* certo conjunto de casos, e nessa medida são, tal como os CI, uma «janela do sistema». Cabe confrontá-las com estes. Ponto prévio seria o de saber se há ou não lacunas, pelo menos em quantidade apreciável, visto que há tradições doutrinárias em ambos os

²² Não me refiro apenas à posição de DUARTE (2006), mas também à de KOCH (e RÜSSMANN), que influenciou a doutrina portuguesa sobre CI e cujo interesse pela filosofia analítica corresponde a alguma proximidade do positivismo anglo-americano. Cf., designadamente, KOCH (2003), pp. 431-441. Em qualquer caso, KOCH defende uma distinção rigorosa entre ambiguidade e vaguidade, tal como o faz, aliás, DUARTE (2006).

²³ «Jusnaturalismo» no sentido moderno amplo da palavra. Cf. NOGUEIRA DE BRITO (2022), pp. 549-559.

²⁴ Cf. o meu MÚRIAS (2023), pp. 51-93 e 590-591.

sentidos.²⁵ Para os presentes objectivos, interessa-me pressupor a existência de lacunas sublinhando alguns dos seus traços identificativos. E a minha visão das lacunas é muito marcada pela conhecida «megalacuna» no direito das obrigações, a ausência de regras gerais, na lei portuguesa, sobre o cumprimento defeituoso das obrigações. Trata-se de uma matéria central, absolutamente insusceptível de ser ignorada ou ultrapassada, relevante para um grande grupo de casos potenciais. Uma matéria que, conforme prescrevem orientações tradicionais mais ou menos expressas no art. 10.º do Código Civil, é resolvida com apelo conjunto a «princípios gerais», devidamente adaptados, e a disposições sobre «casos análogos», também sujeitas a «adaptações». No seu conjunto, o cumprimento defeituoso, fora dos casos de alguns «contratos em especial», é uma matéria que *a lei não trata*, são problemas jurídicos sobre os quais *o legislador não se pronuncia*, nem através de alguma regra residual discernível, nem através de um «silêncio eloquente»²⁶, nem de maneira nenhuma. Pressuponho, é claro, que os problemas em causa sejam jurídicos, e refiro-me à lei tomando a parte pelo todo das fontes do direito.

Com esta ideia de o legislador *não tomar posição* quanto a certos problemas, também não repugna integrar no capítulo das lacunas certas «falsas lacunas» que ocorrem em microssistemas jurídicos, designadamente em tratados internacionais. O meu exemplo vem agora da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, hoje também em vigor entre nós, 40 anos depois da sua assinatura. Os seus arts. 2.º a 5.º indicam matérias que a Convenção não regula: não regula certos tipos de vendas, não regula a responsabilidade por morte ou lesões corporais, não regula a transferência da propriedade, etc. Estas matérias não me parecem semelhantes às lacunas de um sistema jurídico. Mas um caso diferente é o do art. 78.º, em que se estatui que se devem juros quanto a quaisquer quantias em dívida. Há uma «lacuna» porque a Convenção *não determina a taxa desses juros*, sendo certo que tem de haver uma taxa.

Ora, esta regra de juros sem determinação da taxa não se comporta como um CI. Também há um aspecto «não determinado», a taxa, algo que

²⁵ A manualística portuguesa é favorável às lacunas. Contra a existência ou frequência de lacunas «autênticas» em matéria de «normas primárias», em vista de uma «norma geral» de liberdade, cf. DUARTE (2002), pp. 257-281 (276-281), e ALMEIDA RIBEIRO (2019), pp. 154-161, e (2020), pp. 995-1037 (pp. 1028-1033).

²⁶ Expressão de LARENZ (1997), p. 525, que a usa também entre aspas.

o legislador (convencional) não decide, embora torne necessário decidi-lo, mas isto não é suficiente para um CI. Nesta hipótese, ao contrário do que sucede nos CI, o problema é genérico, e não de aplicação a cada caso concreto. Alguns autores e tribunais defenderão que o problema é de direito internacional privado, de encontrar no ordenamento do foro a norma de conflitos certa; outros defenderão que o problema é de direito material, cabendo decidir, p. ex., se vale uma taxa de juros legal do lugar do estabelecimento do credor ou do do devedor. Sendo esse estabelecimento num país muçulmano em que vigore a xariá, que proíbe o juro, os problemas são acrescidos. Em qualquer caso, procura-se uma solução genérica, «geral e abstracta», para uma incompletude legal.

O mesmo sucede com as questões portuguesas do cumprimento defeituoso. A «megalacuna» é resolvida, muito de acordo com o já referido art. 10.º CC, identificando normas que não têm base própria, antes resultam da analogia com outras normas ou da «concretização de princípios». De toda a maneira, nada aqui indica um problema próprio dos casos concretos diferente do problema do caso geral, ainda que com várias facetas²⁷, que a lei deixou em aberto. A existência de uma lacuna, portanto, não impede a existência de *soluções generalizadoras* para todo o âmbito da lacuna. Também aqui parece possível uma «solução única», equivalente à solução interpretativa única dos casos de ambiguidade, e diferente dos problemas próprios dos CI. É claro que as lacunas, só por o serem, deixam alguma liberdade de apreciação aos seus intérpretes e aplicadores – afinal, o legislador não se pronunciou sobre a matéria da lacuna. Todavia, pelo menos em princípio, essa é a liberdade de determinar um modo genérico de «integração» da lacuna, e não uma liberdade de apreciação de cada caso, como nos CI. E isto sem prejuízo de o modo correcto de integração de algumas lacunas passar pela utilização de CI: só não é assim para todas.

4b) O elemento generalizador na aplicação de conceitos indeterminados

Cabe um cuidado relativamente a este modo de compreender os CI. Vimos que as lacunas e a ambiguidade suscitam a tentativa de uma

²⁷ O cumprimento defeituoso, como todos os não cumprimentos, decompõe-se em vários problemas. Do lado da «previsão», o problema central é o dos critérios do defeito (da «desconformidade»); do lado da «estatuição», distinguem-se problemas da obrigação atingida, problemas do sinalagma, problemas de responsabilidade civil, problemas do enriquecimento por incumprimento e o que mais couber.

determinação da regra, no seu sentido geral. Ao invés, o problema específico dos CI é o da decisão fundamentada de cada caso concreto, em confronto com a indeterminação da regra, indeterminação essa que é dado assente do problema. Os CI, portanto, geram apenas um problema de aplicação perante o caso concreto. Contudo, *toda a decisão de um caso acarreta um pensamento generalizador*. Proclama o art. 8.º/3 do Código Civil que, nas suas decisões, «o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo». Este é o elemento da universalizabilidade dos juízos normativos, que não se orienta apenas pelo fim factual e jurídico-político de «obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito», como diz a lei, mas também por um princípio básico de racionalidade: se dois casos são iguais em todas as características relevantes, então merecem igual tratamento.²⁸ A universalizabilidade não me parece essencialmente diversa de um princípio de «igualdade geral» ou «igualdade-analogia», mais amplo do que a igualdade entre *pessoas* e que reclama, desde Aristóteles, uma igualdade ou proporcionalidade na solução dos *casos*.²⁹ Na fundamentação racional de cada caso, temos em vista a infinitude dos potenciais casos análogos. Também a aplicação de CI se sujeita a este princípio de igualdade, ou seja, à universalizabilidade.

No entanto, o elemento generalizador numa decisão com base num CI não se confunde com o elemento generalizador na resolução de uma ambiguidade legal ou na «integração» de uma lacuna. Uma coisa é a generalidade encontrada a partir dos elementos relevantes de um caso concreto; outra coisa é a generalidade a que se refere uma disposição legal (p. ex., ambígua) ou a ausência de uma disposição legal (*rectius*, uma lacuna), ainda que estas abranjam aquele mesmo caso concreto. Cabe aqui um símile matemático: em cada infinitude cabe uma infinitude de infinitudes, sem que umas e outras se confundam. Não só os números

²⁸ A tese da universalizabilidade tem um apoio canónico em HARE (1963), pp. 10-21, para o pensamento ético em geral. No direito, Hare é seguido por ALEXEY (1996), pp. 91-96 e 237. Apesar da verosimilhança da universalizabilidade, alguns autores afastam-se dela, sendo muito referido, em especial, o «particularismo» de DANCY (1993), com uma enunciação concisa nas pp. 55-56, e em escritos posteriores. Em direito, encontra-se uma versão desenvolvida do particularismo em Castanheira Neves, desde CASTANHEIRA NEVES (1967), com uma exposição sintética em CASTANHEIRA NEVES (1993), pp. 144-148.

²⁹ Na *Ética a Nicómaco*, o livro V, sobre a virtude da justiça, centra-se na ideia de *proporção* ou *analogia*, que tem por objecto todas as soluções, e não apenas uma igualdade entre pessoas. Cf., por ex., Aristóteles (2004), pp. 112-116 e 129-130 (estas sobre a equidade).

inteiros, fraccionários ou reais são infinitos, também há uma infinidade de números fraccionários e reais entre quaisquer dois números inteiros (p. ex., entre 1 e 2) e entre quaisquer dois números fraccionários ou reais – p. ex., entre $10/9$ (= 1,1111...) e a raiz quadrada de 2 (= 1,41421...). Do mesmo modo, a infinidade dos possíveis casos abrangidos por uma disposição legal, ou pela sua falta, ultrapassa a infinidade dos possíveis casos análogos a um dos que por ela sejam abrangidos. Um conceito indeterminado legal não deixa de o ser por resolvermos um ou muitos casos à sua luz. Casos análogos aos bem resolvidos exigem a mesma solução, mas isso não esgota o espaço possível de relevância do CI. Se, pelo contrário, encontrarmos a resolução correcta de uma ambiguidade ou a integração correcta de uma lacuna, então, aí sim, encontrámos a solução para a generalidade dos casos delimitados pelo espaço legal em causa.³⁰

Pode perguntar-se se não é também possível, nos casos de ambiguidade e de lacunas, um pensamento do caso concreto, generalizável apenas em face das características relevantes desse caso, tal como ocorre na aplicação de CI. A resposta é, obviamente, afirmativa, também perante essas variedades legislativas se justifica um pensamento próprio do caso concreto, e parece-me inclusive de aceitar a visão de Castanheira Neves de que é no pensamento jurisprudencial do caso concreto que se encontra a realização essencial do direito. Este tipo de pensamento concreto, todavia, tem lugar também quando a lei cobre sem ambiguidades um caso que, por isso, é «fácil», ou que é «difícil»³¹ precisamente por a letra da lei o abranger num sentido desconforme com as restantes razões jurídicas. A diferença dos casos menos fáceis, lacunas e ambiguidade incluídas, relativamente aos CI está em que naqueles *também há um problema legal* para resolver, também há uma questão estritamente interpretativa, genérica, que tem de surgir na argumentação para o caso, sob pena de insuficiência nesta argumentação. A ambiguidade, a lacuna ou o excesso literal não podem deixar de ser considerados a caminho da resolução do caso concreto. Na aplicação de CI, esse problema genérico não tem de surgir e, se surgir, não tem relação essencial com a necessidade de aplicar um CI.

³⁰ E nada disto impede, por outro lado, que todos os juízos normativos genéricos se sujeitem a excepções, restrições e ponderações com outros juízos genéricos ou concretos.

³¹ A distinção entre «casos simples» e «casos difíceis» é muito usada desde DWORKIN (1986), pp. 39-40, 99-100, 265-266, etc.

5. A vaguidade como caso central de conceitos indeterminados

5a) O que é a vaguidade?

A matéria dos CI coincide tendencialmente com a da *vaguidade* dos conceitos ou expressões, ressalvado o que direi na divisão seguinte.³² E não penso que haja algum problema dos CI que não seja um problema de vaguidade. Isto há-de se tornar visível ao longo deste capítulo. Noto que «vago», em português, é um termo ambíguo, corresponde a duas palavras homónimas: do latim *vacuus*, «vácuo» ou «vazio», temos a palavra «vago» no sentido de «não ocupado» (ingl. *vacant* e fr. *vacant*); do latim *vagus*, «vagueante», «errante», da família de «vaguear» e «vagabundo» (cf. ingl. *vague* e fr. *vague*), temos a palavra «vago» que interessa aos CI. Curiosamente, a palavra «vazio» também vai aparecer a seguir para um caso de CI.

Todas as expressões que listei inicialmente como exemplos de CI são também expressões vagas: «dignidade da pessoa humana», «boa fé», «justa causa», «fortes indícios», «grave», «manifestamente», «de grandes dimensões», «normal», «razoável», «prazo razoável». O mesmo se poderia dizer de muitas outras. A vaguidade é um tema significativo na filosofia analítica, com muita literatura a seu respeito. Isso não quer dizer, contudo, que a filosofia possa ajudar os juristas significativamente nesta matéria. Entre outras coisas, tenhamos em conta que a dificuldade de definir um conceito – no caso, o conceito de vaguidade, ou mesmo o de CI – raramente é sinal de não o compreendermos ou de não o aplicarmos adequadamente. O simples facto de ser fácil dar exemplos consensuais de conceitos vagos e não vagos, pelo contrário, é sinal de que dominamos o tema suficientemente.

Segundo uma definição relativamente neutra, um conceito vago é um conceito que *admite casos de fronteira*.³³ Falta dizer, no entanto, o que são «casos de fronteira». Devemos resistir à tentação de dar uma interpretação *ilógica* aos «casos de fronteira», correspondente a uma fórmula comum em português: «não é nem deixa de ser». Casos de fronteira seriam, nesta perspectiva, casos a que o conceito não se aplica nem deixa de se aplicar, violando a regra do terceiro excluído (nem verdadeiro nem falso). Este género de ilogismos, no entanto, se funciona bem num nível metafórico, figurativo da linguagem corrente, não nos ajuda a compreender

³² NOGUEIRA DE BRITO (2022), p. 343.

³³ Cf. SORENSEN (2022), no parágrafo introdutório.

efectivamente os conceitos vagos. Além de ilógica, esta interpretação é contrária à função que os CI desempenham em direito e na linguagem corrente: na verdade, os termos vagos *são* aplicados pelos tribunais e por todos nós a entidades relativamente às quais a sua aplicação não é clara. Os tribunais, em especial, têm a função de decidir se o conceito se aplica ou não, de modo que o conceito é aplicado ou não aplicado, contra o que a «interpretação ilógica» defende.

Uma hipótese seguinte seria dizer – como acabo de fazer – que os casos de fronteira são aqueles em que *não é claro* se o conceito se aplica ou não. Faltaria então explicar o que é a *clareza* neste contexto. Uma resposta possível seria a de que a aplicabilidade de um conceito não é clara quando não se sabe ou não se sabe facilmente se o conceito de aplica ou não a certo grupo de casos. Estes são os entendimentos *epistemológicos* da vaguidade e dos «casos de fronteira», que têm algum apoio na filosofia dos nossos dias.³⁴ O seu problema é o de distinguir a vaguidade de um conceito das situações de simples desconhecimento da realidade por ele visada: em todo o homicídio que as polícias não tenham conseguido esclarecer, a realidade relevante é desconhecida, mas a expressão «o homicida de X» não é um CI, como não o é o conceito de «homicida». Teria de se esclarecer em que medida o desconhecimento relevante viria já implicado no conceito vago. Uma outra hipótese de interpretar os «casos de fronteira» seria reconduzi-los a situações em que a realidade em causa é objectivamente indeterminada. Este seria um entendimento *metafísico* (ou «ontológico», *hoc sensu*) da vaguidade, que seria adequado, p. ex., nos casos de conceitos respeitantes a factos futuros relativamente a um momento de discussão da aplicabilidade do conceito. Sobre tais factos futuros, no entanto, versa a divisão seguinte, sendo certo que muitos dos conceitos que consideramos vagos não os implicam, nem implicam outra indeterminação objectiva.

Por entre as dúvidas sobre o que é a vaguidade – dúvidas, sublinho, cuja resolução não é certo que interesse aos juristas – convém relacioná-la com a *subdeterminação* do significado social de algumas palavras ou expressões. A subdeterminação surgiu como tema na epistemologia e, em especial, na filosofia do conhecimento científico: as teorias científicas (não incluindo a matemática) são subdeterminadas porque, por muito extensas que sejam as observações dos fenómenos empíricos, *há*

³⁴ WILLIAMSON (1994), pp. 216-247. Este é talvez o livro mais citado das últimas décadas em matéria de vaguidade.

sempre uma variedade de descrições genéricas (teóricas, universais) *compatíveis com elas*. Cada uma dessas descrições é uma teoria, e, devido à subdeterminação, a opção por umas teorias científicas em detrimento de outras decorre de critérios *a priori* – logo, não científicos – como a simplicidade ou a elegância. A ideia da subdeterminação das teorias científicas costuma ser imputada a Pierre Duhem (1861-1916) e W. V. O. Quine (1908-2000).³⁵

Daqui se extrai imediatamente uma hipótese para a matéria do significado das palavras (e locuções, regras sintáticas, etc.). Se o significado é determinado pela história dos usos das palavras, então é possível que, quanto a algumas ou todas elas, esses usos não sejam suficientemente determinantes e, por conseguinte, que o significado não seja suficientemente determinado, isto é, que sejam compatíveis com os seus usos diversos critérios de aplicação e não aplicação da palavra. A subdeterminação do significado social pode gerar casos de ambiguidade, mas pode também gerar casos de fronteira próprios dos conceitos vagos.³⁶

A minha inclinação vai no sentido de que a vaguidade dos conceitos, independentemente das palavras que os exprimam, pode ser vista como um caso de subdeterminação. Não já a mera subdeterminação resultante da história dos usos das palavras, pois temos agora em vista a realidade abstracta dos conceitos, mas subdeterminação nas próprias condições em que o conceito abstractamente se analisa, *subdeterminação no modo ideal de defini-lo*. Podemos ter em vista quer os conceitos expressos pelas palavras correntes, quer outros conceitos que inventemos e definamos. Considerem-se os conceitos não vagos. Normalmente, ao procurarmos uma boa definição, uma boa análise de um conceito, procuramos um conjunto de condições individualmente necessárias e conjuntamente suficientes de modo a que a expressão da sua conjunção seja logicamente equivalente à expressão não analisada do conceito em causa, ou seja, de modo a que uma se aplique *se e só se* se aplicar a outra. Assim, dir-se-ia, p. ex., que uma entidade é uma ilha se e só se for um pedaço de terra rodeado de água por todos os lados:

³⁵ Embora com antecedentes, pelo menos, em Descartes, J. Stuart Mill e N. Goodman: cf. STANFORD (2023). Decerto se encontrarão outros antecedentes e paralelos em D. Hume, Wittgenstein, S. Kripke, etc.

³⁶ LUDLOW (2014), pp. 122-128, considera precisamente a vaguidade como um tipo de subdeterminação, mas inclui nela apenas os conceitos graduáveis (ou «escalares»).

X é uma ilha \leftrightarrow X é um pedaço de terra rodeado de água por todos os lados.

As palavras à direita do sinal de equivalência (\leftrightarrow) indicam condições necessárias e, no conjunto, suficientes, para que alguma coisa seja uma ilha. Também se pode dizer que as palavras à direita exprimem *a* condição necessária e suficiente para haver uma ilha. Claro que a definição poderia ser melhorada, explicando o que é «um pedaço de terra» e «rodeado por todos os lados», mas isso não adianta nada para o exemplo.

Seguindo a ideia da subdeterminação, observamos algo de diferente para os conceitos vagos. Para definirmos (analisarmos) um conceito vago, é por vezes útil recorrer a outros conceitos vagos. Aí, naturalmente, não saímos da vaguidade. Interessante é tentar analisar um conceito vago através de conceitos determinados, porque se revela então o que é a vaguidade como caso de subdeterminação. Há um conceito vago quando a sua melhor análise, pelo menos através de conceitos não vagos, não indica um conjunto de condições necessárias cuja conjunção seja suficiente para aplicabilidade do conceito, mas apenas *um conjunto de condições necessárias* e um *outro conjunto de condições suficientes*, sem que alguma das segundas coincida com uma das primeiras. A consequência de haver condições necessárias é que certas entidades são excluídas da aplicabilidade do conceito, e a consequência de haver condições suficientes é que algumas outras são incluídas, mas a não coincidência entre umas e outras deixa o conceito «aberto», sem critério para as entidades que preenchem as condições necessárias sem preencherem alguma condição suficiente. Deixar o conceito em aberto é deixá-lo subdeterminado. Assim, para usar um exemplo comum em matéria de vaguidade:

X não tem nenhum cabelo \rightarrow X é careca \rightarrow X tem menos de 100 000 cabelos.

Aqui, as palavras à esquerda do primeiro sinal de implicação (\rightarrow) indicam uma condição suficiente para se ser careca, e as palavras à direita do segundo indicam uma condição necessária. Como uma e outra não coincidem – ao contrário do que seria traduzido por um sinal de

equivalência (\leftrightarrow) e aconteceu no exemplo da «ilha» –, esta definição deixa o conceito de *careca* em aberto.³⁷

A definição, é claro, não é a melhor definição possível de «careca»; não é sequer uma definição verosímil, desde logo porque poderia ser mais desenvolvida, referindo, p. ex., *exemplos* concretos de carecas (no primeiro antecedente) e de não-carecas (no segundo conseqüente), admitindo que o conceito de «careca» se sujeite a *gradações*³⁸, apelando à *história* do uso da palavra, de modo a enriquecer o lado das condições necessárias ou o das suficientes, etc. Mas é já uma definição que estabelece um conceito vago a partir de conceitos não vagos. O que nos interessa é que, nesta definição, *fica em aberto* se são ou não carecas as pessoas com apenas alguns cabelos. Quanto a um conceito não vago, uma definição «em aberto» seria uma mera definição *parcial*. Quanto a conceitos vagos, a subdeterminação parece corresponder à «liberdade» deixada pelos conceitos jurídicos vagos e outros CI aos respectivos intérpretes-aplicadores. Essa «liberdade», naturalmente, terá de ser exercida decidindo da aplicabilidade de um CI com base em razões jurídicas atendíveis.

Sublinho que *também é possível definir um conceito vago através de uma relação de equivalência*, ou seja, com um «se e só se». Por exemplo, podemos dizer que alguém é careca se e só se tiver muito pouco ou nenhum cabelo. O que se passa é que, nestas definições fechadas (e comuns) de conceitos vagos, temos invariavelmente de usar conceitos também vagos. Neste caso, o «muito pouco». As definições em aberto são necessárias se quisermos definir conceitos vagos através de conceitos não vagos.

³⁷ Tem cabimento outra analogia matemática. Quando resolvemos uma equação, dizemos que o «x», a incógnita, é igual (=) a uma certa expressão exacta que normalmente escrevemos do lado direito da igualdade. Quando, pelo contrário, não conhecemos um número exactamente e sabemos apenas que se encontra entre certos valores, usamos dois sinais de «menor que» (<) para delimitar o intervalo em que o número se encontra, sem que este fique determinado. P. ex.: $0 < x < 100\ 000$.

³⁸ O conceito de *careca* depende com certeza dos conceitos de *muito* e *pouco*, aplicados à quantidade de cabelos. Os conceitos de *muito* e *pouco* são também conceitos vagos, mas podem, além disso, ser conceitos *irreduzíveis*, ou seja, conceitos que não é possível analisar através de outros conceitos. A irreduzibilidade, no entanto, não implica vaguidade nem outro género de indeterminação. P. ex., os conceitos de «esquerda» e «direita», no seu sentido espacial, são irreduzíveis, mas absolutamente determinados. Os conceitos irreduzíveis são apreendidos essencialmente através de exemplos. Cf. MÚRIAS (2023), pp. 201-212.

A ideia de que uma definição correcta de um conceito vago através de conceitos não vagos é a indicação de condições necessárias e suficientes que não coincidem, deixando o conceito em aberto, condiz com a tese dos «três campos» dos conceitos vagos. Esta é a tese de que os conceitos vagos têm um «núcleo» de aplicação determinada, um «campo exterior» de não aplicação determinada e uma «periferia» em que a aplicação ou não aplicação é indeterminada.³⁹ Na visão que deixei da vaguidade, o núcleo decorre das condições suficientes, da sua verificação; o campo exterior, das condições necessárias, da sua não verificação; e a periferia, a «zona de fronteira», decorre de umas e outras não coincidirem, ou seja, ocorre quando se verificam as condições necessárias sem se verificarem condições suficientes resultantes do próprio conceito.

Não devemos excluir, no entanto, que alguns conceitos vagos não tenham sequer um núcleo determinado de aplicação⁴⁰, ou que não tenham um campo exterior determinado de não aplicação.⁴¹ Talvez sejam assim algumas das chamadas «fórmulas vazias» comuns em direito, porventura algumas das referências não restringidas a um critério de *razoabilidade* ou de *justificação* – quando surgem os termos «razoável» ou «justificadamente» sem maior precisão. Por outro lado, alguns conceitos vagos terão condições suficientes e condições necessárias precisas (embora não coincidentes) de aplicação, mas essas condições reduzem-se a *casos históricos de aplicação ou não aplicação*, ou seja a casos concretos ocorridos no passado relevante da aplicação de certa palavra ou fórmula. Nada impede que certa palavra ou conceito tenha uma ligação essencial a certos ou incertos casos concretos.⁴² Tratando-se de um tal conceito vago, os casos concretos oferecerão as condições suficientes ou necessárias precisas de aplicação, e tudo o resto ficará em aberto, na «periferia» da indeterminação. A cultura jurídica é certamente um bom lugar para encontrar tais conceitos, porventura em fórmulas tradicionais como a «boa fé», a «justa causa», a «ordem pública internacional», etc. Muitos

³⁹ Cf. já a referência de CASTANHEIRA NEVES (1967), pp. 213-214, em referência a Jesch e Heck.

⁴⁰ Cf. WALDRON (1994), p. 521.

⁴¹ Se um conceito não tem núcleo determinado, o seu contrário (complemento) não tem campo exterior determinado. Se o conceito de «agir de boa fé» não tem condições suficientes, então o conceito de «agir sem boa fé» não tem condições necessárias.

⁴² Remeto de novo ao tema das definições por exemplo, que tratei em MÚRIAS (2023), pp. 201-212.

dos conceitos jurídicos e da linguagem corrente aceitam ainda condições suficientes ou necessárias (não coincidentes) que são vagas elas próprias.

5b) A vaguidade inclui quase todos os conceitos indeterminados

Os filósofos analíticos tendem a incluir na vaguidade apenas os conceitos que admitem uma gradação, no sentido de uma entidade poder ter *mais* ou *menos* a qualidade que o conceito traduz e de essa qualidade lhe poder faltar *mais* ou *menos*. É assim com o exemplo comum do termo «careca» e com o do termo «montinho» (ou «amontoado», como substantivo). A este respeito, discute-se o paradoxo do sorites.⁴³ Este paradoxo toma como premissa que, p. ex., um careca com apenas *mais um cabelo* continuaria a ser careca, o que leva à conclusão falsa de que um careca com mais 100 000 cabelos continuaria a ser careca. O sorites não parece interessar à perspectiva dos juristas, salvo na medida em que nos recorde que a pergunta sobre «onde é que está o limite» (genérico, abstracto) da aplicabilidade de um conceito é muitas vezes irrespondível e sem reflexos práticos. O que interessa aos juristas e, sobretudo, aos aplicadores do direito é decidir, sempre com razões jurídicas substanciais e com todo o apoio que as fontes ofereçam, se certo caso ou conjunto de casos é ou não abrangido pelo CI em causa. Não interessa, nem é em princípio possível, remover a indeterminação do CI.

Tal como não nos interessa o paradoxo do sorites, também não nos interessa um conceito de vaguidade que inclua apenas os conceitos de gradação.⁴⁴ «Dignidade humana», «boa fé», «justa causa» e mesmo «normalidade» são conceitos vagos sem terem alguma relação essencial com gradações. O que importa é que são conceitos abertos, subdeterminados, no sentido visto na alínea anterior ou num sentido próximo desse, implicando a reconhecida «liberdade» aplicativa dos tribunais outros intérpretes. Além disso, mesmo os conceitos que não se reportam a uma gradação admitem um juízo de maior ou menos proximidade. Um objecto ou um caso pode estar *mais perto* ou *mais longe* do âmbito de um conceito mesmo quando este não envolve gradações e, na verdade, mesmo quando o conceito é determinado. Trata-se da matéria dos juízos *analógicos* ou, pelo contrário, de *irrelevância*, ambos a implicar considerações de

⁴³ Do grego «soros», «montinho», e «sorites» (σωρείτης), já com o sentido de *amontoado falacioso de silogismos*.

⁴⁴ Assim também WALDRON (1994), cit., p. 517.

valor ou de *funcionalidade*. Por exemplo, se um regulamento impuser ou proibir a utilização de ferramentas de aço em certa actividade, o facto de «aço» ser um conceito bastante determinado não impede tais juízos a seu respeito, tendo em conta as utilidades e os riscos da utilização desse material. Se tais juízos são possíveis ou devidos em matéria de conceitos determinados, ainda mais o são em matéria de CI, sejam estes ou não conceitos de gradação.

Em todo o caso, mesmo que reduzíssemos a vaguidade aos conceitos de gradação, ela sempre abrangeria uma série de subtipos que por vezes são indicados pela doutrina dos CI. Cabe no capítulo da vaguidade, naturalmente, a *vaguidade inesperada* de alguns conceitos. Não passa disso, na perspectiva dos juristas, o tema da *porosidade* ou *textura aberta*, referido a propósito dos CI na doutrina portuguesa.⁴⁵ O tema tem uma história curiosa. Friedrich Waismann foi um filósofo judeu austríaco, membro do Círculo de Viena e adepto do positivismo lógico, que fugiu para Inglaterra em 1938, na sequência do *Anschluß*, e aí se estabeleceu. Num escrito de 1945, introduziu o termo «textura aberta», em inglês, como tradução de «porosidade», que ele próprio cunhara em alemão.⁴⁶ A «textura aberta» foi depois usada por Hart, que cita Waismann, para apontar a importância do fenómeno em direito.⁴⁷ A co-ocorrência das duas expressões em português decorre de alguns autores terem recebido a ideia de Hart e bibliografia dele dependente, enquanto outros a receberam da literatura em alemão.

Waismann tinha em vista uma *diferença* entre a vaguidade e a porosidade, no sentido de que a porosidade é uma (verosímil) característica geral da linguagem sobre matérias empíricas, incluindo as das ciências naturais, enquanto a vaguidade diz respeito a certos termos «que são realmente usados de modo flutuante». A textura aberta, diz Waismann, é «como uma possibilidade de vaguidade». Na opinião do autor, a vaguidade, para efeitos científicos – não incluindo, naturalmente, os jurídicos –, pode ser substituída por termos precisos. A porosidade, pelo contrário, enquanto possibilidade geral, não pode ser afastada, pois nada nos garante que as nossas teorias subjacentes à definição de termos tão exactos como

⁴⁵ Por GOMES CANOTILHO (1982), MENEZES CORDEIRO (1984), DUARTE (2006), NOGUEIRA DE BRITO (2022), cit. na n. 6, *supra*.

⁴⁶ WAISMANN (1945), pp. 119-50, 121-123. São deste texto as ideias que descrevo no texto.

⁴⁷ HART (1995), pp. 124-136, 137-149, que cita Waismann como autor da expressão (p. 197/280).

ouro não venham a demonstrar-se inadequadas em certas circunstâncias ou ambientes, ou perante realidades hoje desconhecidas que caibam na definição actual e, afinal, exijam novas teorias e definições.⁴⁸ Da porosidade ou textura aberta retirava o autor consequências negativas para a verificabilidade das teorias científicas. É de assinalar a semelhança entre as preocupações de Waismann e o tema da subdeterminação científica.⁴⁹

A doutrina portuguesa sobre conceitos jurídicos que revelam a textura aberta ou porosidade da linguagem dá como exemplos casos em que descobertas científicas, desenvolvimentos técnicos ou mudanças sociais lançam dúvidas sobre a aplicabilidade de conceitos que antes nos pareceriam perfeitamente determinados. Isto é, em absoluto, conforme com a construção de Waismann, não justifica é que se abra para o efeito uma nova categoria de CI ao lado da vaguidade. Trata-se, simplesmente, de vaguidade inesperada.

Também não merecem consideração autónoma os conceitos de *semelhança de família*, de Wittgenstein. Wittgenstein chama a atenção para que alguns conceitos da linguagem corrente não correspondem a uma característica definidora, mas sim a várias características que podem surgir em diferentes medidas e que faltam, cada uma delas, em alguns dos casos de aplicação do conceito. O autor faz uma comparação com um cordel: é composto de vários fios enrolados uns nos outros, mas pode nenhum destes fios acompanhar o cordel do princípio ao fim. Sem que isso comprometa, no entanto, a resistência ou a utilidade do cordel. Wittgenstein contrapõe a sua visão à ideia que lê em G. Frege de que todos os conceitos teriam de ser bem definidos para serem conceitos. Admite que se trate de conceitos vagos («esfumados», na tradução portuguesa). E, como é famoso, dá como principal exemplo o conceito de *jogo*, que, diz o autor, não se conseguiria definir com fronteiras precisas.⁵⁰

J. Waldron integra simplesmente os conceitos de semelhança de família na vaguidade. Quando estes conceitos são indeterminados, no sentido

⁴⁸ Waismann não considera, no entanto, a definição de *ouro* pelo número atómico do elemento químico, que indicará a essência desta substância. Escrevendo em 1945, dá apenas o exemplo da análise espectral, que contrapõe às restantes propriedades químicas.

⁴⁹ Cf. a n. 35, *supra*, e o texto respectivo.

⁵⁰ Wittgenstein (1995b), pp. 227-236. Para uma resposta bem-humorada a Wittgenstein e uma tentativa de definição de «jogo», cf. SUITS (1990). Ter em atenção que o «gafanhoto» de Suits é a cigarra de Esopo, e que o «jogo» de Wittgenstein inclui as brincadeiras de crianças, que em português não são «jogos». O alemão *spielen* e o inglês *play*, no sentido tido em vista pelo autor, podem ser em português *jogar* ou *brincar*.

que nos interessa, creio efectivamente que são casos de vaguidade. Também nestes conceitos ficam algumas coisas em aberto, subdeterminadas, designadamente a medida em que cada uma das características relevantes deve estar presente para a aplicabilidade o conceito. Mas, como o próprio Waldron reconhece, a multiplicidade de critérios não é suficiente para gerar uma indeterminação.⁵¹ Dou um exemplo disso a seguir. Por vezes, a dualidade ou multiplicidade de critérios torna apenas um conceito «não unitário», ou seja, um conceito cuja melhor análise vê a sua aplicabilidade depender de uma alternativa: o conceito aplica-se quando se verifica a característica A ou a característica B. Acredito que o conceito de *direito* (objectivo) é fundamentalmente um conceito não unitário de semelhança de família, embora também não particularmente vago. É não unitário porque gira em torno das ideias de *lei* e de *tribunal*, permitindo ainda uma ambiguidade entre aquilo que os tribunais fazem e aquilo que devem fazer. Dadas as inúmeras associações políticas e filosóficas às ideias de lei, de tribunal e de dever, resultaram daqui intermináveis discussões conceptuais sobre o que é «o direito», discussões que vários autores mais recentes têm visto como estéreis...

Para matéria dos CI, no entanto, as semelhanças de família não acrescentam nada à vaguidade, salvo na medida em que ilustram alguns dos seus casos. E o mesmo deve certamente ser dito dos *tipos* de K. Larenz, que o autor define pela variabilidade das características relevantes para a aplicabilidade de um conceito. Larenz, na verdade, diz que os tipos não são «conceitos», porque não poderiam ser definidos por um conjunto de condições necessárias e suficientes, antes careceriam de um modo de pensamento próprio, o pensamento «tipológico».⁵² É terminologia a que não adiro.⁵³ Hoje é generalizada, pelo menos entre os autores que leio, a utilização da palavra «conceito» para abranger todas estas variedades de conceitos vagos ou não vagos. Fala-se inclusive, num âmbito não jurídico, dos conceitos de aglomerado (*cluster concepts*, «conceitos de cacho»), que são exactamente o mesmo que os tipos de Larenz e talvez

⁵¹ WALDRON (1994), p. 519. Em nota (n. 25 da p. 519) dá caso especial de vaguidade por referência às fronteiras de objectos (e, portanto, à sua individuação): quantas montanhas há nos Alpes, quantos centros urbanos na grande etc.

⁵² LARENZ (1997), pp. 655-673, que contrapõe os tipos apenas aos «conceitos gerais abstractos», mas depois, genericamente, aos «conceitos» em geral. Cf. PAIS VASCONCELOS (1995), pp. 21-32, embora aceitando largamente outros tipos de «conceitos».

⁵³ Já nos anos 70 e 80, KOCH e RÜSSMANN (1972), pp. 73-77 e 209-210, recusaram com veemência o afastamento defendido por Larenz entre os tipos e os outros conceitos.

também o mesmo que as semelhanças de família de Wittgenstein. Para a matéria dos CI, para as questões metodológicas e substantivas dos CI, a única coisa que aqui interessa é a vaguidade, é o facto de estes serem conceitos abertos.

Pode notar-se, sobretudo, que a multiplicidade de critérios constitutivos de um conceito de aglomerado nem implica vaguidade, nem, quando a acompanha, impede uma definição por equivalência, ou seja, por indicação de condições necessárias e suficientes de aplicabilidade. Há, inclusive, conceitos muito rigorosos que aglomeram vários critérios. Pense-se no conceito de «risco cardíaco», tal como aplicado por alguns médicos segundo, suponho, orientações da OMS. É um conceito rigoroso, com bases científicas, e com aplicação num âmbito mais ou menos científico e de importância, por assim dizer, vital. Esse «risco cardíaco» ocorre quando se verifica *um exacto número* de factores constantes de uma lista, ou *uma exacta ponderação* de factores que têm associado um «peso». Mas nenhum dos factores é necessário ou por si suficiente para o tal «risco cardíaco». Chega-se assim a um conceito determinado sujeito a uma multiplicidade de critérios. A única especialidade dos «tipos» de Larenz, sejam tipos contratuais ou outros, é que essa multiplicidade de critérios releva segundo uma medida vaga, não determinada. Os tipos são, então, passíveis de definições por equivalência, com condições necessárias conjuntamente suficientes, exigindo-se apenas que as definições incluam também conceitos vagos que se refiram a tal multiplicidade de critérios. Dir-se-ia, p. ex., que uma relação contratual se integra em certo tipo legal «se e só se se verificar *em medida significativa* uma parte do seguinte conjunto de características». Isto, claro, sem prejuízo da real dificuldade de definir quaisquer conceitos de uso comum, mas sem razões para retirar os tipos da matéria geral da vaguidade.

Cabem ainda na vaguidade os importantes *conceitos de protótipo*, descobertos por Eleanor Rosch nos anos 70, na perspectiva da psicologia e da aprendizagem. O cerne da descoberta é que os conceitos expressos por palavras das línguas naturais são mais facilmente adquiridos pelos sujeitos num processo de abstracção a partir de casos centrais (os protótipos) que serão vistos duradouramente como casos «típicos» e usados como critérios de aplicabilidade dos conceitos a outros casos segundo raciocínios de semelhança ou proximidade. A autora ressalva apenas certas condições demasiado artificiais de aprendizagem que haviam sido usadas em estudos anteriores a que o seu se opõe. A sua experiência psicológica inicial versou sobre a aprendizagem de conceitos de *cor* e de

forma geométrica em pessoas de comunidades tradicionais cujas línguas maternas não os incluíam, e detectou que alguns dos casos de aplicação desses conceitos são protótipos naturais, preferidos na aprendizagem com alguma independência da cultura de origem.⁵⁴

A generalização razoável⁵⁵ é que inúmeros dos conceitos que usamos no dia-a-dia são conceitos de protótipo e, por isso, têm a sua aplicabilidade sujeita a comparações e juízos de proximidade e distância com o respectivo protótipo. Seguindo um exemplo de P. Pais de Vasconcelos, se um pardal e uma pega são pássaros prototípicos, um corvo ou uma águia já não o serão, uma galinha é um pássaro atípico, a que normalmente já não chamamos «pássaro», e uma avestruz ou um pinguim são-no ainda mais, só podendo ser qualificadas como «pássaros» em contextos especiais. O conceito de «pássaro» não deixa por isso de ter condições necessárias de aplicação, de modo que um morcego e uma vaca não são pássaros de todo, embora os morcegos ainda possam estar abrangidos nalgumas referências que fazemos a pássaros.⁵⁶ Estes juízos decorrem, ou podem decorrer, de uma comparação com os casos centrais.

Os conceitos de protótipo, neste sentido derivado dos estudos de E. Rosch, não têm nenhuma relação necessária com as «definições por protótipo», expressão com que designo um *modo de definir* através de exemplos salientes, inclusive de definir *exactamente*, e que pode ser utilizado para conceitos rigorosos. Não se podem confundir os conceitos ou as palavras que os exprimem com os modos com que tentamos defini-los.⁵⁷

A descoberta dos conceitos de protótipo tem o maior interesse na medida em que revela o modo como todos nós, e também em direito, falamos, pensamos e aprendemos. Suponho que os protótipos tenham algum paralelo com aquilo a que tradicionalmente se chama «*as referências*» de cada pessoa ou de cada autor, ou ainda com os *role models* como categoria das ciências sociais. No entanto, os conceitos de protótipo não nos

⁵⁴ ROSCH (1973), pp. 328-350. Este estudo teve grande impacto na comunidade académica, e a autora voltou ao tema em diversas ocasiões, tendo também relacionado a sua construção com as semelhanças de família de Wittgenstein. Cf., p. ex., ROSCH (1973), pp. 61-77.

⁵⁵ MARGOLIS/LAWRENCE (2019), cap. 2.2, filiam as ideias de Rosch nas semelhanças de família de Wittgenstein e identificam os conceitos de protótipo como figura geral.

⁵⁶ PAIS VASCONCELOS (1995), pp. 30-31, que usa um exemplo de George Lakoff. Este refere-se à palavra inglesa «bird», que segue regras de aplicação diferentes do português «pássaro».

⁵⁷ Sobre as definições por protótipo, cf. MÚRIAS (2023), pp. 204-205.

acrescentam nada de novo na matéria da vaguidade e da relevância dos conceitos indeterminados. A vaguidade é uma figura suficientemente ampla para incluir os temas da textura aberta ou porosidade, das semelhanças de família, dos conceitos de aglomerado, dos tipos e dos conceitos de protótipo. Para a nossa perspectiva, o relevante é que todos estes conceitos têm subdeterminada a sua extensão, deixam em aberto inúmeros casos da sua aplicabilidade ou inaplicabilidade e levantam aos juristas o mesmo género de questões, as questões dos conceitos indeterminados.

5c) Como é que se aplicam os conceitos jurídicos vagos?

As observações anteriores sobre vaguidade situaram-se num plano filosófico – o que é a vaguidade? – e, depois, num plano meramente descritivo – que variedades há na vaguidade? – que não contribui directamente para o trabalho jurídico. No plano propriamente jurídico, prático, e como anunciei no início destas páginas, não me parece que os CI sejam especialmente interessantes. O problema da sua aplicação reconduz-se a temas gerais.

Se um caso couber no campo determinado de aplicação ou não aplicação do conceito vago, o problema da vaguidade não se manifesta: a relação entre o caso e a lei, ou outra fonte em que o CI ocorra, é idêntica à que se verificaria sem CI, e a *razão legal*, a presença na lei, é ponderosa na solução do caso. Quando o caso couber no espaço em aberto que a vaguidade deixa, então, simples e anticlimaticamente, há que procurar *outras razões*. Se o conceito vago «não resolve» o caso, não o resolve sequer no sentido provisório ou presuntivo em que a letra da lei «resolve» um caso (cf. art. 9.º/3, 2.ª parte, do Código Civil), então, forçosamente, há que procurar outros fundamentos, outros argumentos jurídicos que contribuam para resolvê-lo. Não me parece que se possa dizer muito mais do que isto. Os aplicadores menos crentes na objectividade do pensamento normativo refugiar-se-ão nos apoios que facultarem as (restantes) fontes presentes e históricas. Outros aplicadores assumirão com mais facilidade a dimensão ética do pensamento jurídico. De toda a maneira, se a parte determinada – o «núcleo» e o «campo exterior» – do conceito vago não abrange o caso a tratar, é imperioso procurar outras razões para resolvê-lo. E não há à partida restrição nas razões jurídicas que possam contar.

Isto não quer dizer que o conceito vago fique inactivo nos casos de fronteira. O caso a decidir tem de ser apreciado segundo um juízo de maior ou menor proximidade aos campos determinados do conceito vago:

é esse o modo de respeitar a fonte em que o CI ocorre. Mas a proximidade ou distanciamento não é mais do que o referente de um juízo de analogia ou irrelevância, que depende dos efeitos em vista – *maxime*, uma condenação ou absolvição, mas também qualquer outro efeito jurídico –, depende dos valores e finalidades que possam pesar no caso e é comum em todo o pensamento jurídico.

Na Lei do Contrato de Seguro, p. ex., exige-se para efeitos variados que certas declarações constem de «papel ou outro suporte duradouro»⁵⁸, o que exprime um conceito moderadamente vago com a facilidade acrescida de indicar através de um termo mais ou menos determinado («papel») um seu núcleo de aplicabilidade. Na aplicação judicial do conceito⁵⁹, exige-se um pensamento analógico a partir das características do papel, que tem de ser considerado «duradouro». Mas o papel é «duradouro» em vista das suas utilizações, designadamente pela sua manuseabilidade, pela facilidade de conservação e pela detectabilidade de alterações. A necessidade de atender às utilizações decorre de valores elementares sobre a *humanidade* das matérias jurídicas, e as noções de «manuseabilidade», «facilidade» e «detectabilidade» implicam a ponderação dos *custos* e *ganhos* envolvidos nas utilizações, além das *possibilidades*

⁵⁸ Por vezes, «ou outro meio duradouro»; noutras ainda, «documento escrito ou outro suporte duradouro». A expressão ocorre noutras leis e inclusive na prática contratual (cf. a n. seguinte).

⁵⁹ Tanto quanto sei, a expressão «suporte duradouro» ainda não gerou problemas efectivos nas decisões do Supremo Tribunal de Justiça que a apreciam. Os casos mais frequentes respeitam ao Decreto-Lei n.º 227/2012, sobre o PERSI («procedimento extrajudicial de regularização de situações de incumprimento»), diploma que define a expressão (no art. 3.º/h) também com alguns CI. O Supremo entendeu que o conceito se reconduz ao de documento, tal como definido no art. 362.º do C. Civil: assim o ac. de 13 de Abril de 2021, relatado por Graça Amaral e tirado por unanimidade, e o ac. de 28 de Fevereiro de 2023, relatado por M. Aguiar Pereira e também unânime («*tal expressão (“suporte duradouro”) acaba por traduzir uma forma aligeirada e adaptada às realidades presentes do conceito de documento contido no artigo 362.º do Código Civil: objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar um facto*»). Neste segundo acórdão, sublinha-se a importância da finalidade dos «suportes duradouros» (entende-se que é uma finalidade comunicativa), de acordo com os cânones hermenêuticos gerais a que me refiro no texto. O acórdão do Supremo de 30 de Abril de 2019, relatado por José Rainho, tem o interesse de sugerir que a expressão foi adoptada nalguma prática contratual (no caso, bancária). A Lei da Compra e Venda a Consumidores, hoje no Decreto-Lei n.º 84/2021 (art. 2.º/s), optou também por uma definição de «suporte duradouro», em substância igual à do Decreto-Lei 227/2012, mas numa redacção de qualidade significativamente inferior.

técnicas, em cada momento, quanto ao manuseio, conservação e alteração. A consideração de possibilidades técnicas implica a consideração das pessoas – os sujeitos da relação de seguro e terceiros – para quem as possibilidades existem.

Mas o juízo de analogia relativamente ao papel não se esgota nestes aspectos respeitantes à, digamos, «substância» do suporte, depende essencialmente da justificação dos efeitos associados. No art. 118.º/2 da LCS, o recebimento de um suporte duradouro pelo tomador do seguro dá início a certos prazos para que este resolva o contrato. No art. 118.º/5, o suporte duradouro tem de ser também «disponível e acessível ao segurador» e é requisito do acto de resolução. A aplicação do conceito de suporte duradouro *não é a mesma em ambos os casos*, depende da justificação verosímil para o início ou não início do prazo no art. 118.º/2 e da justificação para a eficácia ou ineficácia do acto resolutivo no art. 118.º/5: porventura, o problema será de manuseabilidade «de todas as informações relevantes» no n.º 2, que usa estas palavras, e de expressão de definitividade (não alterabilidade) e firmeza no n.º 5. Sendo estas justificações diversas, a aplicação do conceito também será diversa. E isso mesmo que tomemos como argumento unificador o facto de a lei ter usado *a mesma expressão* em duas disposições tão próximas. O argumento unificador pode ter algum peso, designadamente como uma ideia de igualdade entre as partes – a exigência do n.º 2 favorece o tomador, enquanto a do n.º 5 parece favorecer apenas o segurador (note-se o «deve» no início da disposição) – ou de analogia de um caso para o outro. Mas a procedência destas considerações não é necessária, nem o peso do argumento é inultrapassável em face de outras razões.

Ora, se considerações deste género cabem na fundamentação de decisões à luz de CI, de conceitos vagos, elas cabem também, inequivocamente, na *fundamentação de quaisquer outras decisões*, haja fonte determinada ou não haja fonte alguma. A aplicação de conceitos vagos não tem nada de especial relativamente aos restantes problemas jurídicos, salvo na medida em que o recurso a razões exteriores ao conceito e à sua expressão é exigida pela própria vaguidade e na medida em que não é exigível, nos CI, uma reconstrução de um pretenso sentido legal genérico relevante para a decisão. Vimos essas especificidades por comparação com os problemas da interpretação genérica. A aplicação de conceitos vagos e eventuais outros CI é argumentação jurídica normal, apenas com o potencial alargamento das razões a que se pode recorrer em vista da abertura do conceito.

A acrescentar a isto vem uma nova questão teórica, a de saber se a aplicabilidade ou inaplicabilidade de um conceito vago em vista destas considerações analógicas e substanciais, partindo dos seus elementos determinados, *faz parte do próprio conceito* ou, pelo contrário, *constitui racionalidade prática* – para nós, jurídica – *no espaço deixado aberto pela vaguidade do conceito*. Olhando ao exemplo, trata-se de saber se a «analogia com o papel» faz parte do conceito de «suporte duradouro» e se os casos encontrados de «suporte duradouro» (ou de inexistência de «suporte duradouro») são ou se tornam condições suficientes (necessárias) deste conceito. A questão é paralela, julgo eu, a uma divisão na filosofia da linguagem entre semanticistas e pragmaticistas, os primeiros dispostos a uma visão mais restritiva daquilo que é o significado de uma expressão, restringido a aspectos «linguísticos» e «semânticos», os segundos dispostos a tomar o significado (ou *um* significado) como algo mais dependente do contexto de enunciação.⁶⁰ Sem prejuízo do interesse da questão num plano extrajurídico, creio que para nós ela é irrespondível ou, pelo menos, irrelevante. Parece uma mera questão de palavras dizer que a aplicação jurídica de conceitos vagos ainda vem *concretizar o conceito* no âmbito do direito ou apenas *concretizar o direito* no âmbito aberto do conceito. Os CI são matéria da inseparabilidade entre os problemas de interpretação e aplicação.⁶¹

Num plano próximo, já me parece inequívoco que a aplicação de CI e, sobretudo, a estabilização dos respectivos critérios pelos tribunais cai no âmbito do *desenvolvimento jurisprudencial do direito*, conforme M. Nogueira de Brito arruma a matéria no seu manual.⁶² Quer se veja a aplicação dos conceitos vagos como concretização do conceito ou como concretização do direito, essa aplicação decorre de uma abertura ou subdeterminação do conceito de que se parte. A solução dos casos à luz de um CI não podia ser encontrada à partida no próprio conceito, em vista dessa abertura. Tratando-se de um CI utilizado pelo legislador, a solução concretizadora «não estava na lei». Na medida em que estejamos vinculados a uma tal solução ou persuadidos da sua bondade, estamos

⁶⁰ Sintetizo algumas destas posições em MÚRIAS (2023), pp. 16-18, na n. 6.

⁶¹ P. ex., ao decidir se um dado comportamento é ou não ofensivo da «honra» ou do «bom nome» e ao assim escolher uma versão mais ou menos abrangente da pertinente norma penal, impõe-se ao juiz uma determinação casuisticamente ajustada. A interpretação e a aplicação, o caso e o texto (ou a norma-no-texto) são problematizados em simultâneo. Agradeço ao Luís Pereira Coutinho este exemplo e a discussão que o acompanhou.

⁶² Cf. NOGUEIRA DE BRITO (2022), pp. 338 e ss. (311 e ss.).

vinculados a um direito «novo», a um desenvolvimento que conduz as fontes a um estado diferente daquele em que inicialmente se encontravam.

6. Indeterminação da matéria

6a) Os conceitos normativos em aberto

Manifestam-se nos conceitos vagos todos os problemas relevantes dos CI, para os juristas. Além disso, na prática jurídica que conheço, todos os CI são conceitos vagos. Ainda assim, o rigor teórico impõe-nos distinguir uma indeterminação diferente da vaguidade, a indeterminação resultante, não de características do conceito, mas da matéria a que o conceito se refere. Trata-se de a própria realidade referida pelo conceito ser, de alguma forma, indeterminada. Caem claramente neste grupo de casos as referências ao futuro, admitindo a tese metafísica de que o futuro é ou está indeterminado no presente. Deixo esse tema para a alínea seguinte. Com menos clareza, também caem aqui os ditos «conceitos normativos» ou «conceitos de valor», que, respeitando ou não efectivamente a uma *realidade indeterminada*, merecem em qualquer caso uma breve consideração autónoma.

Nos CI que já usei como exemplos – «dignidade da pessoa humana», «boa fé», «justa causa», «ordem pública internacional», «fortes indícios», «grave», «manifestamente», «grandes dimensões», «normal», «razoável», «prazo razoável», «suporte duradouro» – é difícil encontrar algum que *não* seja um conceito «normativo» ou «de valor» no sentido que agora interessa. Sem olhar aos contextos em que aparecem, só talvez «de grandes dimensões» e «suporte duradouro» não seriam considerados conceitos «de valor». Olhando aos contextos, provavelmente nem esses. «Fortes indícios», «manifestamente» e «fundado receio» são conceitos de *valor epistémico*. «Normal» tem um elemento descritivo, respeitante à frequência do fenómeno abrangido, mas acrescenta-lhe elementos valorativos diversos. Por vezes, a lei usa conceitos de teor *ético* explícito. O Código Civil usa os termos «moral» e «imoral» em diversas ocasiões em que o seu sentido não é especificamente jurídico, ao contrário do que sucede quando se refere, p. ex., à «coacção moral», uma figura da tradição jurídica. Na legislação avulsa, designadamente no campo da «intervenção cultural» do Estado, pode fazer-se referência a valores *estéticos*.

É estranho, no nosso múnus jurídico, chamar a estes conceitos «conceitos normativos». Todo o direito é normativo, não se vê como é

que uns «conceitos normativos» seriam especiais. Além disso, alguns conceitos jurídicos são «normativos» em vários sentidos importantes – designadamente, estão no plano das «consequências jurídicas» – sem manifestarem indeterminação significativa: «crédito», «propriedade», «validade» (de actos), «transmissão» (de direitos) e «licitude» entram neste grupo. Também não se lhes pode chamar «*conceitos éticos*», não só por haver valores noutras planos (como o estético e o epistémico), mas também porque se teria aí em vista a ética não jurídica, quando alguns destes conceitos são especificamente jurídicos, como é o caso da «boa fé», da «justa causa» e da «ordem pública internacional». Pela mesma razão, parece incorrecto dizer que estes conceitos se referem a «realidades extrajurídicas».

O problema de lhes chamarmos «*conceitos de valor*» é que alguns conceitos jurídicos relativamente determinados também se referem a valores. Um deles, nem sempre notado, é o conceito de «interesse», embora aí se trate de valor, de *bem para* uma certa pessoa⁶³, o que diminui, embora não elimine, a indeterminação. Não se trata só do «interesse público», que tem indeterminações próprias, mas também do «interesse» que surge em vários lugares do direito civil. A meu ver há outros conceitos jurídicos importantes que são conceitos de valor, a começar por vários conceitos de «direito subjectivo», mas também o de «atribuição», o de «causa» do enriquecimento, alguns de «imputação», etc.⁶⁴ E estes não são conceitos muito indeterminados. Savigny disse que, em direito, «valor e valor em dinheiro são expressões sinónimas».⁶⁵ Eu certamente não concordo com ele, mas penso que, apesar disso, há em direito conceitos de valor determinados.

Claro que, quando falamos de «conceitos de valor», ou de «juízos de valor», estamos a pensar em valores «extrapositivos», «suprapositivos», «extralegais» ou, em todo o caso, não directamente redutíveis às fontes do direito. Nesse caso, porém, o que interessa é o «extrapositivo», já não interessa se são valores, ou deveres, ou outra realidade normativa. Foi isso que quis dizer quando me referi, no título desta alínea, a «conceitos normativos em aberto». Trata-se, portanto, de conceitos normativos cuja aplicabilidade depende de regras ou de razões que não encontram nas fontes, no «sistema jurídico», uma base directa. Não há um «código» que

⁶³ Cf. MÚRIAS (2011), pp. 829-857.

⁶⁴ Isto é a principal tese que defendo em MÚRIAS (2023).

⁶⁵ SAVIGNY (1840), p. 376.

transforme esses conceitos num mero modo conciso de referir a verificação da estatuição de regras individualizadamente detectáveis nas fontes. Quanto à palavra «normativo», uso-a para me referir ao direito, à ética geral, à estética, à justificação epistémica, etc. Segundo alguns autores, são as matérias que dependem de *razões*, ou de um certo tipo de razões.

Os conceitos normativos em aberto incluem, a meu ver, uma família de conceitos que normalmente não são apresentados assim, ou seja, que não são normalmente identificados como necessariamente normativos nem como incluindo todos os conceitos normativos. Refiro-me aos «conceitos que admitem várias concepções» de Rawls⁶⁶, aos «conceitos interpretativos» de Dworkin⁶⁷ e aos «conceitos essencialmente contestados» de Gallie, de 1956⁶⁸, que estão na origem dos dois anteriores. Sobre estes, já escrevi noutros sítios⁶⁹, cabe agora notar apenas que todos os exemplos usados pelos autores são deste género de conceitos normativos, de modo que podemos à partida presumir a inclusão de uns nos outros.⁷⁰ Gallie exemplificou com os conceitos de *arte*, *doutrina cristã*, *democracia* e *justiça social*, e admitiu como hipótese que todos os conceitos centrais da ética fossem «essencialmente contestados». Rawls referiu-se também à *justiça*; Dworkin, a variados conceitos jurídicos, inclusive o próprio conceito de *direito* (objectivo) ou, pelo menos, de *law*.

Outra razão para incluir os conceitos de Gallie, Rawls e Dworkin nos conceitos normativos em aberto e respectivo sector dos CI é uma explicação verosímil para as peculiaridades identificadas por estes autores. Todos eles notam que, nestes casos, apesar de haver só um conceito de, p. ex., *justiça* ou de *democracia*, são admissíveis discussões profundas e razoáveis sobre quais as coisas justas ou democráticas, discussões essas que não resultam do desconhecimento dos factos descritivos pertinentes. É esta a «contestação» a que se refere Gallie, dando origem às diversas «concepções» que interessaram Rawls e exigindo uma «interpretação» dworkiniana. A explicação verosímil, na perspectiva que nos interessa, é que as discussões em causa respeitam à norma ou valor não positivada que se aplica na situação tida em vista ou para os efeitos pretendidos,

⁶⁶ Cf. RAWLS (1971), pp. 27-9 e 33-34.

⁶⁷ Cf. DWORKIN (1986), com um antecedente em DWORKIN (1972), pp. 27-44.

⁶⁸ GALLIE (1956), pp. 167-198.

⁶⁹ Em NOGUEIRA DE BRITO/MÚRIAS (2008), pp. 30s-32s, a propósito do casamento. Ficou um resumo em MÚRIAS (2023), n. 331 (pp. 198-199).

⁷⁰ Também é a visão de WALDRON (1994), pp. 526-528, para os conceitos «contestáveis» em geral, sejam ou não *essencialmente* contestáveis no sentido de Gallie.

referindo-se os conceitos contestados à aplicabilidade dessa norma ou valor, mas sem o identificar. Assim, a «contestação» de Gallie reduz-se à proverbial discordância em matérias éticas, jurídicas ou de outros campos valorativos. Para usar um exemplo diferente do dos autores, e tendo em vista normas não positivadas, todos poderíamos estar de acordo quanto ao conceito de *ilicitude* – designadamente, quanto às suas consequências – discordando, contudo, sobre quais as coisas lícitas e as ilícitas.

Ainda um outro modo de ver esta discordância, aludindo a outros autores e teorias, é o de conceber os conceitos contestados e todos os conceitos normativos como modos de referência a realidades do mundo através das *reações humanas* que essas realidades nalgum sentido *justificam*. Trata-se de qualificar o mundo em vista das acções e atitudes que o mundo dá razão para adoptar. Assim se distingue, p. ex., entre o que é desejável (valioso) e indesejável (desvalioso), ou entre o que é aceitável e inaceitável.⁷¹ Como diferentes pessoas vêem razões para desejar ou aceitar diferentes coisas, o mesmo conceito de valor (desejável, aceitável) é aplicado a coisas diferentes e admite diferentes concepções. A compreensão dos conceitos normativos através das acções humanas adequadas perante os objectos a que os conceitos se aplicam ajuda a mostrar que todos os *conceitos de função*, em contextos humanos, são também normativos, neste sentido, com as dificuldades de aplicação que lhes são próprias. Se um contrato ou uma lei em matéria de empreitadas se referir a «materiais de construção» – ou seja, materiais *para uso* numa construção – a natureza da indeterminação gerada é, nesta leitura, a mesma do conceito de «justo» ou de «democrático», embora a indeterminação seja menor.

Observa-se aqui, creio eu, uma abertura ou subdeterminação que não é idêntica à dos conceitos vagos em geral, mas que não deixa de ter com eles uma grande semelhança. Tem interesse o modo como o estudo de Gallie, dos anos 50, explicava a possibilidade de um conceito com várias concepções. O autor aventou que se trataria sempre de casos em que há um *protótipo concreto* de aplicação do conceito – no caso de conceitos religiosos, sobretudo, o fundador da religião em causa –, um protótipo *passível de várias descrições* – os objectos concretos, acrescentemos nós, admitem sempre uma infinidade de descrições correctas –, e essas

⁷¹ Refiro-me às «teorias da atitude adequada» (*fitting attitude*), como modo de explicar conceitos de valor. Cf. MÚRIAS (2023), esp.^{te} pp. 293 e 405-406, ou melhor, cf. a introdução de JACOBSON (2011).

descrições levariam a *modos variáveis de aproximação* ao protótipo e, portanto, ao conceito. Seria assim que, aplicando sistematicamente um conceito a realidades diferentes, dois grupos de pessoas poderiam, apesar disso, exprimir apenas um conceito. A sua discordância, portanto, seria verdadeira, e não uma logomaquia resultante de se usar uma mesma palavra em dois sentidos diferentes. Para a comparação com os conceitos vagos antes vistos, a construção de Gallie revela o ponto comum da referência a um protótipo – de modo diferente, mas não demasiado distante, do dos «conceitos de protótipo» de que falei – que determina o âmbito de aplicação de um conceito mas deixa questões por determinar.

Há, portanto, semelhanças e diferenças entre os conceitos normativos em aberto e os (restantes) conceitos vagos. Na perspectiva dos juristas, dir-se-á talvez que os conceitos normativos implicam frequentemente uma maior indeterminação. Em abono, pode observar-se uma diferença curiosa entre uns e outros: um conceito muito vago aplicado a *uma* entidade pode corresponder a um conceito muito determinado no que respeita à *comparação* de entidades. Assim, «grande» e «pequeno» são conceitos vagos por excelência – afirmar, p. ex., que certa pedra é grande deixa muitas dúvidas quanto ao seu tamanho. Contudo, o comparativo de «grande», «maior», é um conceito determinado – afirmar que uma pedra é *maior* do que outra é bastante rigoroso, salvo aspectos algo laterais como o do critério de medição e o da dimensão (comprimento, volume, etc.) em vista. Pelo contrário, esta diferença entre a afirmação absoluta e a afirmação comparativa não se verifica, ou não se verifica com o mesmo efeito, no que toca a conceitos normativos. Afirmar que certa construção em pedra é boa não deixa muito mais dúvidas do que afirmar que certa construção é *melhor* do que outra. O conceito normativo aberto é mais resistente a um modo de determinação.

Numa perspectiva que coincide, no resultado, com a ideia de maior indeterminação dos conceitos normativos abertos, J. Waldron nota que os conceitos essencialmente contestados admitem dúvidas quanto a aspectos *centrais* da aplicação do conceito, enquanto os (restantes) conceitos vagos apenas admitem essas dúvidas quanto a aspectos *periféricos*⁷²: pense-se no conceito de «democracia» ou no de «justiça», que admitiram historicamente as concepções mais díspares. Cabe apenas perguntar se Waldron não estará a levar demasiado longe a imagem do «centro» e da «periferia». No sentido que se extrai destas ideias a propósito dos conceitos vagos, o

⁷² WALDRON (1994), p. 539.

«centro» não é mais do que o conjunto de casos a que o conceito se aplica conforme condições suficientes precisas. O «centro» são simplesmente os casos de aplicação inequívoca do conceito, «onde» quer que esses casos se «localizem»: e estas aspas exprimem que a imagem espacial é pura linguagem figurativa, porque não há verdadeiramente um «centro», um «lugar onde» e uma «localização». A «periferia», por seu turno, são apenas os casos não determinados. Ora, parece que, mesmo quanto aos mais contestados conceitos normativos, continua a haver alguns casos de aplicação e não aplicação inequívoca do conceito, mesmo que esses casos não sejam muitos, e mesmo quanto a ideias como «democracia» ou «justiça». Assim decorre, para mais, da ideia de Gallie sobre os protótipos que constituiriam os seus conceitos. E, se há casos inequívocos no plano ético-político geral, ainda mais os há em direito, em resultado da vigência ou persuasão das fontes.

De modo que os conceitos normativos em aberto não trazem, na realidade, problemas jurídicos diferentes dos dos restantes conceitos vagos. Há abertura a uma variedade de razões jurídicas que não são dadas pelo próprio conceito, mas antes *perguntadas* através dele. A sua aplicação depende, depois, de juízos de proximidade e distância relativamente aos casos inequívocos, com exigência de um pensamento analógico. A analogia não relaciona apenas o caso em apreciação com os casos de aplicação determinada do conceito em causa, mas com quaisquer outros pontos mais ou menos firmes do sistema de fontes ou atendíveis por outras razões que caibam no caso. As normas – princípios e valores – aplicáveis directamente no caso em conjunto com o CI concorrem para a solução, incluindo aspectos de previsibilidade, uniformidade e, em geral, «segurança jurídica». E toda a argumentação depende dos efeitos jurídicos em vista. O que é próprio dos conceitos normativos é comum aos restantes conceitos vagos e reduz-se à evidência de que o conceito «não resolve» os seus casos num modo comparável aos conceitos determinados, exigindo outros fundamentos de decisão. O resto é a argumentação jurídica normal.

Veja-se, por fim, que, não só os conceitos normativos abertos são «como os restantes conceitos vagos», também parece que os conceitos vagos são «como os restantes conceitos normativos em aberto». Como vimos no final do ponto anterior, tanto se pode dizer que a aplicação de conceitos vagos ainda «concretiza o conceito no âmbito do direito» quanto que «concretiza o direito no âmbito do conceito». Isto significa que se podem tomar as questões normativas e suas soluções como novos elementos determinadores do conceito vago. Com isso, o conceito vago

que não tenha carácter normativo à partida adquire esse carácter, acabando-se, passe o exagero, numa identidade entre a classe dos conceitos vagos e a dos conceitos normativos abertos.⁷³ Na verdade, há conceitos vagos de contornos essencialmente não normativos, como o de «suporte duradouro», que dei como exemplo na alínea anterior, e a vaguidade constitui só por si um problema para o aplicador. Na prática, a distinção não tem grande relevância.

6b) As referências ao futuro e os conceitos indeterminados na aplicação pela administração pública

A indeterminação da matéria não normativa de um caso respeita especialmente aos estados de coisas futuros relativamente ao momento da aplicação. Só há indeterminação de realidades presentes ou passadas, suponho, no plano estudado pela física quântica, cujo impacto para o trabalho dos juristas ainda não é significativo. Mas há uma *indeterminação objectiva* do futuro, segundo entendimento popular e filosófico muito difundido. Cabe descontar aspectos meramente lógico-conceptuais do futuro – p. ex., o dia 14 de Março de 2024 será necessariamente uma quinta-feira⁷⁴ –, alguns factos físicos menos dubitáveis – haverá um eclipse total do Sol em Abril de 2024 – e certos factos condicionais – se amanhã chover, o chão ficará molhado. De resto, o futuro é indeterminado no presente ou, numa linguagem não subjectivizada, os acontecimentos posteriores são indeterminados ao tempo dos anteriores.

Por outro lado, os juristas não podem exagerar na distinção entre passado e futuro, sob pena de se gerarem injustiças. Este é um tema que me é caro, devido ao problema histórico – ainda presente no Código Civil – da distinção entre impossibilidade originária e superveniente do negócio jurídico, hoje relativamente ultrapassada.⁷⁵ Suponho que, também noutras áreas do direito, certos factos futuros devem ser *dados como certos* apesar de serem filosófica, fisicamente ou até a outros títulos incertos. Nessa medida, devem ser tratados sem distinção relativamente

⁷³ De forma semelhante, NOGUEIRA DE BRITO (2022), p. 343, seguindo MENEZES CORDEIRO (1984). Pelo contrário, parece-me despropositada a ideia de que a vaguidade não teria relevância por si em direito, como foi defendido por SORENSEN (2001), pp. 387-411.

⁷⁴ Segundo o calendário gregoriano. Aliás, quando este entrou em vigor em Portugal, foram suprimidos os dias 5 a 14 de Outubro (de 1582).

⁷⁵ Trato este assunto em MÚRIAS (2015), pp. 129-199, dando-lhes um enquadramento melhor no capítulo v de MÚRIAS (2023).

aos factos presentes ou passados. Podemos afirmar, na maior parte dos contextos jurídicos, que os próximos jogos olímpicos são em 2024, apesar de sabermos da supressão dos jogos durante as guerras mundiais e apesar de os últimos jogos, de 2020, terem decorrido em 2021, por causa da epidemia. Ainda assim, a aplicação de uma série de contratos e regulamentos em assuntos de desporto na região de Paris tem de pressupor que os jogos vão decorrer em 2024. Em vista disto, eu diria que *o problema essencial do futuro*, para os aplicadores do direito, é *o desconhecimento significativo* que dele temos, e não a sua essência indeterminada. Como, por outro lado, também desconhecemos inúmeros aspectos importantes do presente e do passado, o problema das referências ao futuro tem de ser considerado com alguma precaução teórica.

As referências legais a um futuro incerto, quanto a um momento aplicativo, exigem que neste se façam *previsões*, a que a nossa tradição alemã chama, não sem algum cataglotismo⁷⁶, «juízos de prognose». Os conceitos que exprimem essas referências ainda deveriam ser incluídos na matéria dos CI. A sua relevância seria mais notável em direito público e exprimiria sobretudo um espaço de liberdade administrativa de decisão, sem que a correspondência da decisão administrativa ao conceito legal pudesse ser fiscalizada pelos tribunais.⁷⁷ M. Nogueira de Brito exemplifica com o art. 30.º da Lei de Segurança Interna, segundo o qual as medidas de polícia dependem de que «tal se revele necessário, pelo período de tempo estritamente indispensável para garantir a segurança e a protecção de pessoas e bens e desde que haja *indícios fundados da preparação*» de actos criminosos ou perturbadores. Seria aqui decisiva a futuridade desses actos, com conseqüente redução decisiva do controlo judicial dos actos da administração policial.⁷⁸ E, se «governar é prever», é claro que o «interesse público» atende ao futuro em grande parte da actuação administrativa.

As coisas não parecem exactamente o mesmo em direito privado. O art. 564.º/2 do Código Civil anuncia que «na fixação da indemnização pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis»; o art. 1276.º concede uma «acção de prevenção» «se o possuidor tiver

⁷⁶ «Cataglotismo» é *autológico*, na conhecida qualificação de Ramsey. Cf. MACKIE (1973), pp. 296 e 255-262.

⁷⁷ P. ex., KOCH (1976). Muitos autores portugueses seguem esta terminologia e arrumação das matérias, como é o caso de NOGUEIRA DE BRITO (2022), pp. 341-342.

⁷⁸ No lugar citado na n. anterior.

justo receio de ser perturbado ou esbulhado». Aqui, parece até que o papel decisório do tribunal é *maior*, mais livre, do que em casos simples em que se questionam factos em si mesmos certos.

Creio que a incerteza objectiva dos factos futuros não é irrelevante para o Código Civil naquele art. 564.º/2. Atentemos em que se trata de uma questão de facto, quanto à ocorrência ou não de um dano. Ora, *a incerteza quanto a factos tem uma solução genérica* no nosso espaço jurídico diferente do recurso à previsibilidade dos factos neste artigo da lei: as regras do ónus da prova. O ónus da prova (dito «objectivo») é o instituto que trata em geral os casos de incerteza irremediável – sobretudo, irremediável após a produção de prova num processo judicial –, mandando que o tribunal decida de acordo com uma ou outra das versões controvertidas. A conhecida solução de princípio é que se decide *contra quem quer fazer valer um direito*, como de certo modo se diz no art. 342.º/1 do Código Civil.⁷⁹ A regra sobre danos futuros, pelo contrário, foge ao ónus da prova e, apesar da incerteza quanto ao dano, admite a indemnização segundo o critério próprio da previsibilidade. Há outros casos em que a especial dificuldade de recorrer ao ónus da prova justifica que a lei opte por uma terceira solução, designadamente a solução meio salomónica do art. 566.º/3, também referente a danos e, agora, à sua quantificação, e a solução perfeitamente salomónica do art. 1354.º/2, que manda dividir ao meio uma faixa de terreno litigiosa quando não se saiba a qual dos prédios confinantes pertence nem haja presunção que resolva o caso.

A matéria do ónus da prova e das soluções substantivas específicas em casos de incerteza – estas acabadas de ver – suscitam dúvidas quanto ao problema dos factos futuros em direito administrativo, mas também admitem a diversidade das soluções possíveis. Cumpre reter que o ónus da prova não é a única solução e que os juízos de previsão podem interferir com as suas regras.⁸⁰ Quanto à proximidade entre esta matéria e a dos CI, noto que o art. 30.º da Lei de Segurança Interna recorre precisamente a *conceitos vagos*: a decisão depende daquilo que se «revele necessário» pelo tempo «estritamente indispensável» em vista de «indícios fundados».

⁷⁹ Sobre os conceitos fundamentais do ónus da prova, cf. MÚRIAS (2000), pp. 19-34 e 60-76.

⁸⁰ É este o principal tema do estudo de KOKOTT (1993), sobre direitos fundamentais, que também toca o tema dos CI e defende alguma relevância para o ónus da prova neste âmbito (pp. 24-40).

São, aliás, conceitos semelhantes à «previsibilidade» do art. 564.º/2 e ao «justo receio» do art. 1276.º do Código Civil. Por conseguinte, dir-se-ia que não precisamos aqui de nova categoria de CI associada aos juízos de previsão: o problema na aplicação destas disposições legais é, simplesmente, o da aplicação de conceitos vagos.

Quanto ao controlo judicial da administração, não posso, naturalmente, meter a foice em seara alheia, até porque os administrativistas têm discutido longamente todas estas matérias⁸¹, mas inclino-me para pensar que o aparecimento de CI na lei pública pode efectivamente implicar uma liberdade da administração *apesar de* os mesmos CI não implicarem nenhuma liberdade em leis de direito privado. O cerne da diferença, diria eu, é que a administração tem de se orientar pela lei de um modo que as pessoas privadas não têm, cabendo sobretudo ao direito privado dar soluções depois de surgirem as dificuldades e os litígios.

Nessa orientação pela lei, a administração é confrontada com os CI e tem de tomar decisões à sua luz no espaço aberto que estes deixam, ou seja, tem de procurar já a pertinente fundamentação jurídica. Seria perturbador não se reconhecer numa decisão judicial posterior a necessidade decisória em que a administração se encontrou perante a subdeterminação. A intervenção do tribunal só poderá acontecer, pois, em certos casos «graves» ou de «desvio manifesto» da orientação legal. Isto significa que o tribunal terá de aplicar, não o conceito vago em si mesmo, mas sim um critério de razoabilidade (ou não desrazoabilidade) administrativa na sua aplicação. Seguindo o exemplo anterior, onde o art. 30.º da Lei de Segurança Interna diz «indícios fundados», deverá ler-se «indícios *que a polícia razoavelmente considere fundados*». Valerá leitura semelhante para outra legislação administrativa, conforme as possibilidades interpretativas perante cada disposição. Se, p. ex., uma lei sobre incentivos culturais faz um subsídio depender do «elevado valor artístico» da obra subsidiada, o conceito de valor estético exige uma decisão administrativa que seria irrelevante se o juízo devesse simplesmente ser repetido pelo tribunal que aprecie a validade do acto. Este só pode apreciar se o juízo administrativo se mantém dentro do razoável.

Sugiro, portanto, que, se a mesma expressão de um CI aparecer numa lei de direito privado e numa lei de direito público, nesta orientando a

⁸¹ Só nos anos 90, e p. ex., NOGUEIRA DE BRITO (1994), AYALA (1995), FRANCISCO SOUSA (1994). A perspectiva mais filosófica de DUARTE (2006) não deixa de se inserir nestas preocupações.

administração, as duas leis merecem *interpretações diferentes*: no primeiro caso, trata-se efectivamente daquilo a que se refere o CI; na lei de direito público, trata-se daquilo que seja razoável a administração imputar ao CI. Quanto ao artigo sobre medidas de polícia, até parece que esta interpretação resulta directamente da lei, visto que todo o preceito se subordina ao modo como as coisas se *revelam* («se revele necessário...»). Dir-se-ia que se trata do modo como a situação se revela razoavelmente *à administração*. Em seguida, o tribunal aplica a lei na sua plenitude, mas aplica-a respeitando a liberdade implícita no próprio uso legal de um CI. A tese das interpretações diferentes adequa-se a uma desejável visão unitária da ordem jurídica: os tribunais aplicam sempre a totalidade do direito pertinente em cada caso e, em consonância, as suas decisões prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades (cf. art. 205.º/2 CRP). É mais fácil manter esta visão unitária se o uso de CI numa lei não merecer sempre a mesma interpretação. Permite-se, designadamente, que também em questões de direito privado se encontrem «margens de livre apreciação» de CI usados em negócios jurídicos ou, afinal, na lei.⁸² Mesmo no Código Civil, o art. 463.º/2, sobre «concursos públicos», pressupõe casos em que há essa liberdade de apreciação, a acrescer aos casos em que um contrato validamente a atribua a uma das partes.

Falta saber se a referência legal a factos futuros e a necessidade de previsões por parte da administração não dará também a esta alguma liberdade mesmo quando a lei não use conceitos vagos – se é que há casos desses. Suponho que sim, suponho que a indeterminação objectiva dos factos (futuros) justifique um regime particular. Quer o exemplo da Lei de Segurança Pública, quer os exemplos do Código Civil sugerem que a futuridade carece de soluções especiais. E, afinal, não só a futuridade, mas todo o desconhecimento geral necessário na perspectiva da lei – e não um desconhecimento contingente que se tenha produzido num caso. Trata-se de afastar uma solução de ónus da prova, e a liberdade decisória da administração será com certeza a solução interpretativamente defensável em várias situações. Só não me parece que caiba identificar aqui alguma subcategoria de conceitos indeterminados. No que toca aos

⁸² Agradeço a António Nunes de Carvalho e ao José Ferreira Gomes a observação de que o fenómeno pode ocorrer também em direito privado, em especial quanto a decisões de direito societário e a certos poderes do empregador. A discricionariedade dos órgãos sociais é tema do cap. IV do livro de FERREIRA GOMES (2014).

conceitos, não há especialidades; no que toca ao trabalho dos tribunais, os intérpretes-aplicadores por excelência, também não.

7. Fórmulas vazias e circularidade

7a) *Coisas vazias em direito*

Gomes Canotilho aceita como modalidade de CI as «fórmulas vazias», a que o autor se refere também entre aspas. Incluir-se-iam nelas a «dignidade da pessoa humana», a «independência nacional» e a «transição para o socialismo».⁸³ Não creio que haja aqui uma modalidade de CI distinta da vaguidade e dos conceitos normativos abertos (no que estes eventualmente tiverem de especial). Não me parece inclusive que fosse essa a intenção de G. Canotilho. A ideia de «esvaziamento» dos conceitos ou das expressões, no entanto, sugere um modo de surgimento ou constituição da vaguidade e da abertura normativa, o modo da *circularidade*, e esta, sim, tem um certo interesse, por contribuir para mostrar a amplitude da ocorrência de CI em direito e a sua relativa independência das opções do legislador. Antes da circularidade, permito-me um pequeno excuro sobre «coisas vazias» que aparecem ocasionalmente no mundo jurídico.

Kelsen, no opúsculo «A Justiça e o Direito Natural», pretende mostrar que todas as formulações gerais da justiça são inanes, «fórmulas vazias», «vacuidades», tautologias que careceriam de normas para poderem ter sentido útil na orientação das pessoas, normas essas que não podem ser avaliadas à luz das ditas fórmulas vazias. Começa com o *suum cuique tribuere* de Ulpiano (D. 1.1.10. pr.) e argumenta que o preceito de prestar a cada um «o seu» pressupõe que se determine o que é «o seu», e que este só pode ser aquilo que a cada um se deve prestar. Conclui assim, sem surpresa, que estamos diante de uma tautologia. Kelsen prossegue com a «regra de ouro», o imperativo categórico, o *bonum est faciendum, malum vitandum*, de Tomás de Aquino, o meio termo aristotélico e outras possíveis reduções da justiça, até à ideia de igualdade. Com poucas variantes, conclui como quanto ao *suum cuique*: todas estas seriam fórmulas vazias.⁸⁴

Larenz reage com alguma impaciência à construção de Kelsen, notando que aqueles enunciados não pretendem ser critério da resolução

⁸³ GOMES CANOTILHO (1982), pp. 435-436.

⁸⁴ KELSEN (1960), pp. 53-66 (e até à p. 98).

justa de litígios. O seu propósito é outro.⁸⁵ Kelsen, na verdade, procura conteúdos normativos onde eles não existem e ignora os contributos teóricos que aí se podem encontrar. P. ex., admitamos, o *suum cuique* tem interesse no confronto com o *honeste vivere* e o *alterum non laedere* (D. 1.1.10.1.), enquanto distinção de tipos de problemas jurídicos; a regra de ouro é uma regra de algibeira, um mero critério indiciário ou *rule of thumb*; o *bonum est faciendum* exprime a relação principal entre conceitos de valor e conceitos deônticos; etc. Isto não obsta, no entanto, a que retiremos uma lição destas páginas de Kelsen: *se quiséssemos ver princípios jurídicos, princípios de justiça nalgumas daquelas fórmulas, encontraríamos tautologias, meras aparências de princípios, inúteis para a solução de caso algum. Devemos guardar-nos contra a possibilidade de cometer erro semelhante com outras fórmulas.*

Larenz recusa também, noutro passo, que a «boa fé», a «justa causa», o «prazo razoável», o «prudente árbitro», etc., sejam fórmulas vazias. Todas elas contêm «uma ideia jurídica específica» que, pelo menos, «pode ser clarificada por meio de exemplos geralmente aceites».⁸⁶ Mas alerta, ainda noutra passagem, para a tendência do «pensamento abstractor», do «sistema conceptual-abstracto» – sobretudo, o «sistema científico» subjacente ao BGB –, para o esvaziamento de sentido. Quer dizer, Larenz alerta para os perigos do conceptualismo, designadamente o perigo de este impedir soluções correctas apenas por não caberem nas divisões conceptuais de que se parta. O autor dá exemplos que questionam a distinção entre direitos absolutos e relativos, a contraposição entre direitos e deveres, a natureza não real dos direitos obrigacionais e a unidade do conceito de «pessoa jurídica», a reunir pessoas propriamente ditas e «pessoas colectivas». Por outro lado, o autor reconhece que a abstracção (generalização) permite ver mais semelhanças entre matérias à partida díspares e transportar soluções de umas para outras.⁸⁷ O esvaziamento a que Larenz agora se refere tem contornos diferentes daquele que se encontra nas tautologias: eu talvez não lhe chamasse «esvaziamento»,

⁸⁵ LARENZ (1997), p. 242, em nota.

⁸⁶ LARENZ (1997), pp. 310-311, em oposição a TOPITSCH (1960), que escreveu sobre «fórmulas vazias».

⁸⁷ LARENZ (1997), pp. 644-650. Pela parte que me toca [MÚRIAS (2023), pp. 95-231], noto que os conceitos *doutrinais* são meros instrumentos de trabalho, simples modos de delimitação de *temas*. Os conceitos legais, embora vinculem, só são atingidos no final da *interpretação*, cabendo usar todos os fundamentos substanciais possíveis para que se chegue a um resultado não esvaziado do sentido de justiça.

talvez se possa descrever o problema como «rigidificação» ou, de modo mais tradicional, como «formalismo». Mas a palavra «esvaziamento» indica inteligivelmente que há perda de contacto com a complexidade dos problemas jurídicos reais e suas melhores soluções.

Na parte da construção conceptual, ou seja, na opção doutrinária ou jurisprudencial por novos conceitos ou pela manutenção dos antigos, há esvaziamento quando alguns conceitos «não se referem a nada», «a nada com sentido útil», ou a nada que não seja delimitado por outros conceitos. Estes conceitos «vazios» podem ser incapazes de delimitar soluções jurídicas ou os respectivos argumentos, não correspondendo a normas vigentes nem a outro género de razões. Assim, quando utilizados, oferecem pseudo-argumentos. Ou «cripto-argumentos», na expressão de C. Mota Pinto, que impugnou com inúmeros exemplos o conceptualismo, a adesão cega a «velhos brocardos de suma e máxima generalidade» e o «vício de hipóstase da linguagem».⁸⁸ Trata-se do vício de pressupor que toda a palavra ou expressão linguisticamente bem formada corresponderia a uma substância existente no mundo ou a um sentido normativo autonomizável. Com inspiração diversa, Alf Ross e A. Wedberg, nos anos 50, expuseram preocupação semelhante em termos muito sugestivos, embora chegando a conclusões que parecem excessivas: para Ross e Wedberg, expressões como «propriedade», «direito subjectivo» ou «nacionalidade» não designam nada ou «não têm sentido». A ideia dos autores é que, se estas locuções, a que chamaram «termos intermédios», traduzem apenas *os regimes* e suas condições de aplicabilidade, então não designam nenhuma substância nem nenhuma propriedade, apesar da aparência em sentido contrário. Por conseguinte, a argumentação prática com base nesses conceitos correria o risco de ser profundamente equívoca, e discussões sobre a *essência* da propriedade, da posse ou do direito subjectivo seriam vazias de sentido.⁸⁹

É indiscutível o risco de a construção conceptual, em direito, conduzir a este género de esvaziamento. Uma das causas do risco é a extrema facilidade de encontrar ou criar *conceitos em cima de conceitos*, ou seja, de considerar novos conceitos por concretização, abstracção ou simples

⁸⁸ MOTA PINTO (1970), pp. 9-37.

⁸⁹ Cf. ROSS (1957), pp. 812-825, e WEDBERG (1951), pp. 246-275. Ross e Wedberg têm certamente razão quanto a alguns dos conceitos a que se referem. Quanto a outros, a crítica a fazer é que esses conceitos não se reduzem aos respectivos regimes de permissões e deveres: cf. MÚRIAS (2023), pp. 455-463.

mudança de perspectiva a partir de conceitos anteriores. Suponhamos, por exemplo, que alguém (A) tem um dever e que esse é um *dever para com* outra pessoa (B). Por comodidade de linguagem, procuramos um substantivo comum para designar B e as outras pessoas em posição idêntica à sua, e dizemos então que B é o *alvo* do dever de A. Em seguida, procuramos uma designação para a posição de B e dizemos que este «está no direito» ou *tem um direito* ao cumprimento por A. Partindo, depois, do *direito* que «exista» e que poderá ser de diversas pessoas, designamos quem o tem como o respectivo *titular*, e atribuímos características à *titularidade*, incluindo, porventura, a susceptibilidade de «violação».⁹⁰ Admitimos assim que *ter a titularidade* não seja o mesmo que *ter um direito* ou ser *alvo do dever* alheio. Perante um único juízo normativo inicial (A tem um dever para com B), empilhámos vários conceitos que, na sua aparência verbal, designam realidades diferentes. Alguns deles, no entanto, são decerto «vazios».

Já não na construção conceptual, mas na fundamentação, há vacuidade quando se procura ancorar uma regra ou um princípio na *justiça* ou na *equidade*. A justiça é a qualidade desejada das regras e soluções concretas, não é um seu fundamento, e o argumento de injustiça é vazio. A única variante aceitável de «fundamentação» na justiça – digamos, como «meio argumento» – será como sucedâneo da afirmação directa do carácter intuitivo de uma solução, à falta de um argumento propriamente dito. Do mesmo modo, quem, no âmbito do confucionismo ou da filosofia política chinesa posterior, procurar argumentar com a *harmonia*, confunde o valor procurado com os fundamentos da sua realização.⁹¹ A *fraternidade* da Revolução Francesa não seria melhor argumento, e alguns usos contemporâneos da *solidariedade* também não oferecem uma fundamentação real. A invocação da *lei* como suposto fundamento substancial de uma solução, um argumento com referências contrárias aos anteriores, tem em comum com eles a falta de conteúdo. Embora estes sejam tópicos clássicos, a vacuidade ou *nonsense* renova-se sempre, como na alusão recente a uma suposta categoria jurídica fundamental da «simetria».⁹² E pode ocorrer pela deslocação milimétrica de argumentos: a falta de causa de um enriquecimento é fundamento efectivo de

⁹⁰ Aludo a uma tentativa de fundamentação do próprio Larenz. Cf. LARENZ/CANARIS (1994), pp. 397-398, e ANTUNES VARELA (2000), pp. 174-175.

⁹¹ A harmonia é a referência superior nesse contexto cultural. Cf. ANGLE (2022).

⁹² Refiro-me ao livro de FLORSTEDT (2015).

uma obrigação de restituição, mas é vazia, é mera afirmação de justiça, embora comum, como argumento contra a existência de um direito a certo enriquecimento. É vazia porque o direito subjectivo seria causa, e a falta de causa não é argumento para a falta de causa.⁹³

Há fundamentações vazias muito consolidadas, como é o caso da generalidade dos «princípios de *favor*» (em latim, «*fávòr*»), que enfrentam à partida alguma dificuldade perante o ideal de imparcialidade da justiça. Assim, «fundamentam-se» regras favoráveis ao devedor no *favor debitoris*, as favoráveis ao credor, no *favor creditoris*, e as favoráveis aos consumidores ou trabalhadores na «finalidade de proteger» o consumidor⁹⁴ ou trabalhador. Todavia, uma finalidade de proteger só é argumento imparcial com conteúdo em referência a um risco especificado.⁹⁵ Em vista de riscos por especificar, como os próprios da fragilidade da posição dos trabalhadores ou consumidores, dir-se-á com sentido que certo conjunto de regras adapta outras regras ou certos princípios a tal fragilidade e que, nessa medida, *protege* o trabalhador ou consumidor. Mas a *finalidade* do conjunto ou de cada uma das regras não é, irrestritamente, proteger. Quanto a cada uma das regras, sobretudo, é necessário encontrar o seu pensamento específico, a sua específica teleologia. Esta acompanhará ou um risco identificado, ou princípios mais amplos que, no caso, apoiam a solução. Mas a finalidade de uma regra só em circunstâncias invulgares poderá ser, sem mais, proteger a parte que protege. Em direito

⁹³ Assim, creio que não se fundamenta no enriquecimento sem causa a regra do art. 764.º/2-2.ª do C. Civil – o devedor que pagou ao credor incapaz pode recusar novo cumprimento na medida daquilo que tenha chegado ao representante ou enriquecido o incapaz. A regra não tem esse fundamento porque vem precisamente responder à pergunta sobre se há ou não «causa» (direito) para novo pagamento, e deve ser justificada, sim, de modo idêntico à do n.º 1 do artigo, ou seja, no valor de «materialidade» ou «proporcionalidade» normalmente acolhido sob a capa da «proibição de abuso». Cf. a n. 161, *infra*, e o texto respectivo.

⁹⁴ A suposta «finalidade de proteger o consumidor» é aceite genericamente nos estudos da matéria. Cf. J. MENEZES LEITÃO (2023), pp. 515-630 (599). Note-se que a recusa dessa finalidade não se opõe a fórmulas como as dos arts. 81.º/i e 99.º/e da Constituição («Incumbe prioritariamente ao Estado [...] Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores.» e «São objectivos da política comercial [...] A protecção dos consumidores.»). A questão é que esses objectivos naturais perante uma desprotecção injusta não se tornam, só por isso, finalidade de uma regra que se pretende justa.

⁹⁵ Claro que imensas regras favorecem uma pessoa com perfeita justificação. Aliás, a atribuição de um direito contra outrem é por definição um favorecimento do titular. Também nada do que eu disse se opõe à regra *contra proferentem* da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (art. 13.º/2), visto haver um sentido de imputação ao utilizador.

das obrigações, só faltaria um *favor tertiorum* para toda a gente ficar «favorecida»...⁹⁶

Encontra-se ainda outro tipo de discurso «vazio» em direito quando se identifica uma suposta regra cujo sentido é dado, na totalidade, por outras regras. Na terminologia comum, trata-se de quer a «previsão», quer a «estatuição» de uma norma corresponderem à previsão e à estatuição de outras. Exemplo disso é uma certa interpretação da regra do código civil alemão que determina que o devedor de uma obrigação genérica cumpra entregando coisas «de tipo e qualidade médios» (§ 243/1 BGB). Esta disposição suscita dúvidas, porque se diria que o devedor de uma obrigação genérica tem apenas de entregar coisas do género devido, sejam quais forem as características que essas coisas tenham, salvo o limite da boa fé ou semelhante cláusula geral. Os autores alemães, com maior ou menor consciência, tornam a regra irrelevante de várias formas. Há um puro esvaziamento quando se afirma, como fazem alguns, que a qualidade média seria violada *quando o cumprimento é defeituoso* e que as consequências de prestar uma qualidade inferior à média, não indicadas no § 243, seriam *as consequências da prestação defeituosa*.⁹⁷ Note-se a semelhança com os esvaziamentos localizados por Kelsen – uma aparência de norma esconde outras normas – e com os «termos intermédios» de Wedberg e Ross – a «qualidade média» surge como elemento estritamente verbal entre previsões e estatuições que lhe são alheias.

Sem embargo, por vezes é útil usarmos «conceitos vazios» ou referirmo-nos a «normas vazias», por conveniência de linguagem. Tal conveniência, aliás, é uma ideia forte de Alf Ross no estudo que cito. É assim, por exemplo, quando falamos de um «princípio do sinalagma», que estaria na base de regras como a excepção de não cumprimento, a resolução por incumprimento definitivo total, a redução da contraprestação por cumprimento imperfeito, etc. Na verdade, não há nenhum princípio, não há nenhuma norma autonomizável que corresponda ao conjunto dos efeitos do sinalagma. O que há é uma interdependência acordada pelas partes em cada contrato – ou gerada noutra fonte que estabeleça uma relação sinalagmática –, de modo que os efeitos do sinalagma são efeitos da autonomia privada (do princípio que valide a fonte em causa), sem

⁹⁶ O mesmo género de considerações vale contra um «princípio de solidariedade», mas em termos que não cabe fazer aqui. Quanto aos usos vácuos gerais da solidariedade, cf. o parágrafo anterior do texto.

⁹⁷ É a posição de HUBER (2008), pp. 123 e ss. (146), e EMMERICH (2019), pp. 266-267.

necessidade de uma norma legal intermédia que dissesse «o sinalagma gera uma interdependência das obrigações». Como afirmou J. Gernhuber, «o sinalagma não necessita de nenhum intermediário dogmático entre si e» as regras legais respectivas.⁹⁸ Em todo o caso, a expressão «princípio do sinalagma» é conveniente para enquadrar a multiplicidade dos seus efeitos, e não tem mal renunciar ao rigor completo para facilitar a expressão.

Além disto, há, é claro, «regras vazias» nas disposições legais que não têm efectivamente sentido útil, exigindo uma «interpretação ab-rogante». O meu exemplo preferido é o art. 414.º do Código do Processo Civil, epigrafiado «princípio a observar em casos de dúvida». Sobre ónus da prova e mantido desde 1939, apesar dos arts. 342.º e ss. do Código Civil, mostra total incompreensão da matéria que pretende tratar, não atendendo a que a dúvida sobre «a realidade de um facto» é também dúvida sobre «a realidade» do «facto» contrário, e o problema do ónus da prova é saber qual deles deve valer como critério para a decisão substantiva.⁹⁹ As regras vazias, incluindo casos como o do § 243 BGB, geram frequentemente apego na comunidade dos juristas, quer pela tradição do ensino, quer pela possibilidade de invocá-las em favor de soluções variadas. Os juristas afeiçoam-se a essas disposições pelo mero hábito, mas elas também correspondem, creio, à necessidade de «treta» (*bullshit*) na argumentação em geral.¹⁰⁰

7b) O esvaziamento de conceitos como circularidade: exemplos

Certos «esvaziamentos» geram conceitos indeterminados. Geram vaguidade e, sobretudo, conceitos normativos abertos. Menezes Cordeiro qualifica a «base do negócio» como «fórmula vazia» ou «conceito indeterminado por esvaziamento», definindo esta categoria como as das

⁹⁸ GERNHUBER (1989), p. 313.

⁹⁹ Em 1939, era o art. 520.º, que passou a 516.º em 1961 e depois a 414.º. Parece que a origem foi o C. de Processo Civil húngaro de 1911. Cf. MÚRIAS (2000), pp. 119-121. Inúmeros autores citam ainda este artigo como se fosse uma disposição normal e inclusive declaram-no «útil». Muito semelhante era o art. 88.º/1 do anterior C. do Procedimento Administrativo, do princípio dos anos 90. A regra manteve-se no código de 2015 (art. 116.º/1), mas a epígrafe deixou de ser «ónus da prova».

¹⁰⁰ Cf. FRANKFURT (2005), p. 1: «One of the most salient features of our culture is that there is so much bullshit.» Apesar desta abertura, o opúsculo, que republica um artigo de 1986, faz uma introdução filosófica relevante a uma necessidade social.

expressões a que «falte qualquer sentido útil». «O esvaziamento aparece quando se recorra a fórmulas doutrinárias que, pela variedade de posições que se lhes acolheram, perderam sentido útil: p. ex., a base do negócio constante do art. 252.º/2 é hoje uma fórmula vazia.» A conclusão decorre da exposição do autor sobre a dita «base do negócio» e sobre as *diversas* teses germânicas que adoptaram a expressão desde o estudo de P. Oertmann de 1921 – «A Base do Negócio. Um Novo Conceito Jurídico».¹⁰¹

Deve contrapor-se a Menezes Cordeiro, manifestamente, que a expressão «base do negócio» *tem* sentido útil, ao ponto de epigrafar hoje o § 313 do BGB, que, desde 2001, veio a regular a matéria. Mas o autor identifica um aspecto essencial do conceito: se, sob a mesma fórmula, se abrigam as mais diversas doutrinas quanto a este grupo de questões jurídicas, então o conceito respectivo *não exprime uma solução* para tais questões, como pretendia Oertmann, mas sim as próprias questões ou o *problema* que elas constituem. «Desaparecimento da base do negócio» é, afinal, apenas a designação alemã do instituto que em Portugal se chama «alteração das circunstâncias», tal como se lhe refere o art. 437.º do Código Civil, e não de um putativo critério para sua dilucidação. Deve manter-se, em consonância, um juízo de alguma vacuidade sobre a previsão do art. 252.º/2 do Código Civil português. O esvaziamento torna a disposição legal circular, com o sentido, digamos, de que *o erro sobre circunstâncias cuja importância justifique uma anulação ou modificação do negócio dá direito à anulação ou modificação do negócio*. Falta saber, numa perspectiva de melhor compreensão dos CI, qual a consequência da circularidade. No entendimento talvez unânime dos civilistas portugueses, o art. 252.º/2 é um puro equivalente, para a matéria do erro, ao conteúdo do art. 437.º, que versa sobre alterações (supervenientes), em relação idêntica à dos números 1 e 2 daquele parágrafo do BGB. O art. 437.º, consabidamente, é uma colecção de CI.

A metamorfose de um sentido de «previsão» para um sentido de «estatuição», ou de um sentido de critério para um sentido de problema, não é rara no pensamento jurídico. É notória, p. ex., nos direitos anglo-americanos a passagem da palavra *damages* do sentido original («danos», ainda mantido no singular *damage*) ao sentido de indemnização, com uma posterior abertura de modo a incluir a possibilidade de uma punição (*punitive damages*), depois ainda a possibilidade de uma restituição que

¹⁰¹ Cf. MENEZES CORDEIRO (1984), pp. 1044-1050 (história da «base do negócio») e 1177-1178 (CI).

nós diríamos «por enriquecimento sem causa» (*restitutionary damages*)¹⁰² e quiçá um efeito sinalagmático (*restoration interest*).¹⁰³ Também aqui se vê algum esvaziamento: afinal, toda a pretensão pecuniária assente num ilícito para com o titular vale como *damages*, se houver fundamento para tanto, e falta saber se há ou não. Pelo menos até se atingir o estágio final da transformação, pode gerar-se circularidade. Outro exemplo do *common law* é dado pelas «cláusulas implícitas» (*implied terms*), que, partindo daquilo a que talvez chamássemos «declarações tácitas» (*implied in fact*), afinal incluem regras supletivas (*implied in law*) e ainda os usos vinculativos (*implied by custom*). Na medida da constituição jurisprudencial do direito anglo-americano, a circularidade ou pseudo-argumentação ocorreu, historicamente, quando as regras supletivas ou os usos foram apresentados como «implícitos» no acordo das partes. Ainda hoje se gera alguma confusão.¹⁰⁴ A alteração do significado das palavras acarreta também aqui, como na base do negócio, o alargamento de possibilidades argumentativas escondidas ou, mais tarde, à vista sob a capa dessas palavras.

No direito português, o mais claro esvaziamento de um conceito gerador de circularidade ocorreu com os «terceiros» referidos no art. 5.º/1 do Código do Registo Predial, que foram transformados em «terceiros para efeito de registo». Onde literalmente se lê ou lia:

«Os factos [...] só produzem efeitos *contra terceiros* depois da data do respectivo registo.»

Passou a ler-se:

«Os factos [...] só produzem efeitos *contra terceiros para efeitos de registo* depois da data do respectivo registo.»

A circularidade a que se chegou é relativamente evidente quando se expõe a literalidade dos dois termos da discussão. A evolução, ocorrida na vigência do Código de 1984 em virtude de inúmeras tomadas de posição

¹⁰² Cf., designadamente, DAGAN (2000), pp. 115-154.

¹⁰³ Esta uma ideia, creio que isolada, de ZAMIR (2007), pp. 59-138.

¹⁰⁴ Sigo as explicações de TREITEL (1995), pp. 175 e 185-195. Cf. o estado actual da questão em WILMOT-SMITH (2023), n.º 43/1, pp. 54-75. Nos cripto-argumentos de C. Mota Pinto, têm destaque as falsas declarações tácitas como fundamento aparente de soluções. Cf. MOTA PINTO (1970), n. 88.

opostas da doutrina e da jurisprudência, culminou na introdução legal, em 1999, de um art. 5.º/4, que consagrou o segundo modo de exposição da matéria e enquadrou as soluções num novo CI, o de «direitos incompatíveis entre si»:

«*Terceiros, para efeitos de registo, são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si.*»

O tópico dos *terceiros para efeito de remota* pelo menos à *Teoria Geral* de Manuel de Andrade, no capítulo da simulação¹⁰⁵, e tem um paralelo na figura processual, em matéria de caso julgado, da «identidade de sujeitos» como «identidade das partes *sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica*», mais um conceito literalmente indeterminado (cf. art. 581.º/2 do Código do Processo Civil). A partir da construção inicial de que os sucessores, ou pelo menos os sucessores universais (herdeiros, etc.), «não são terceiros» – uma expressão que, de resto, era relativamente determinada e linear –, «terceiro» ganhou um sentido normativo aberto – «para efeitos de» certo efeito normativo –, com a habitual vaguidade associada.

Não posso deixar de me opor ao modo metodológico que aqui se seguiu e de dizer, adaptando a expressão de C. Mota Pinto, que o inevitável resultado foram cripto-soluções, ou seja, soluções de afastamento da letra da lei *escondidas* numa pretensa indeterminação do conceito. O que se passava era que, apesar da letra do art. 5.º/1 do Código de Registo, os factos não registados são oponíveis a alguns terceiros, designadamente os que estiverem de má fé e aqueles cuja posição em nada se relaciona com a publicidade outorgada pelo registo. Em vez de se assumir a necessidade de afastamento do teor literal, adoptou-se um modo ínvio de alcançar as soluções tidas por justas e exigidas pelo conjunto das fontes, embora contestadas. É claro, todavia, que estes processos culturais são frequentes e, no conjunto, inevitáveis na construção jurídica de conceitos.

Um outro abuso metodológico ocorreu pela pena do já referido Oertmann, com seguidores durante várias décadas na Alemanha e em Portugal. Entre nós, o mais eminente foi Baptista Machado.¹⁰⁶ Defendeu-se que

¹⁰⁵ ANDRADE (1953), pp. 198-212, que se louva em Beleza dos Santos e em Reis Maia. Deixo um agradecimento à Gabriela Páris Fernandes por me ter alertado para a origem desta tematização dos terceiros registais no tema da simulação.

¹⁰⁶ BAPTISTA MACHADO (1991).

a impossibilidade da prestação resultante de factos da esfera do credor não seria «impossibilidade». Segundo se dizia, «o devedor, de sua parte, pode *prestar*, só não pode *cumprir*, por não se poder alcançar o *interesse* do credor», o que aproveitava uma certa névoa nas diferenças entre «prestação», «cumprimento» e «interesse». O problema, naturalmente, foi que se encontrou um grupo de casos a que, por exigências de justiça, não convinham as regras legais da impossibilidade. Em vez de se assumir a restrição a essas regras, criou-se um conceito de «impossibilidade para efeitos do direito da impossibilidade».¹⁰⁷ O caminho metodológico acabou por ser afastado na generalidade dos autores actuais.¹⁰⁸ Desta vez, não se manteve o conceito circular, mas as soluções evoluíram e mantêm ainda alguma abertura.

O exemplo da impossibilidade e da palavra «impossibilidade» suscita com muita clareza, no entanto, uma pergunta. Então não se pode, não se *deve* discutir o conceito de *impossibilidade*? E esse conceito não tem de ser discutido *para efeitos do direito da impossibilidade*, em vista dos efeitos jurídicos visados? E não é assim, afinal, com todos os conceitos jurídicos? Deixo este tema para a alínea seguinte.

Antes disso, cabe tentar descrever em termos genéricos a situação em que a lei ou outra fonte exprime um conceito circular. Aspecto elementar é que nem toda a circularidade é uma tautologia. Uma coisa é dizer que «um cão é um cão», o que constitui uma tautologia explícita, outra coisa é dizer que «um cão é *um vertebrado que é um cão*». A segunda afirmação não deixa de ser circular, evidentemente, mas acrescenta a informação de que os cães são vertebrados. Quando um esvaziamento conceptual gera circularidade, portanto, isso não implica que acabemos numa tautologia como aquelas para que Kelsen alertou. É dada alguma informação, embora não a informação completa que conviria ao contexto. Não se exprime mais do que um CI – mantendo o sentido que dei inicialmente aos CI como aqueles que não oferecem a informação «completa» exigida –, mas também não ou nem sempre se cai numa vacuidade total. A «base do negócio», por exemplo, não exprime só o nome do instituto, também esclarece que se trata de aspectos «exteriores ao acordo das

¹⁰⁷ No discurso corrente, o problema não era o conceito de *impossibilidade*, mas o conceito de *prestação*. Uma coisa, no entanto, leva à outra, e na verdade a preocupação era com a primeira. Cf. a bibliografia da n. seguinte.

¹⁰⁸ Cf. LURDES PEREIRA (2001), *passim*, com crítica explícita à questão metodológica nas pp. 87-90, MONTEIRO PIRES (2017), pp. 329-348, e SCHWARZE (2022), pp. 144-145, 150-152 e 647-678.

partes», exprime que não se trata da simples não realização do conteúdo contratual.¹⁰⁹ Os *damages* são por regra uma pretensão pecuniária assente num ilícito contra o pretendente. E os «terceiros para efeito de registo» têm de ser terceiros no sentido normal da palavra.

Também creio que a circularidade não gera, ou não gera sempre, uma lacuna. Por vezes, a circularidade será absoluta, revelando numa disposição legal uma tautologia, retirando-lhe «todo o sentido útil» e determinando a respectiva «interpretação ab-rogante», o que pode dar origem a uma lacuna. Não vimos até agora, todavia, nenhum caso desses. Entre as disposições legais circulares que não são meras tautologias, muitas reconduzem-se à seguinte estrutura:

Quando ocorra um X que justifique o efeito Y, então produz-se o efeito Y.

Nos exemplos anteriores, o «que justifique o efeito Y» aparecia na expressão «para efeitos de Y». As duas coisas não são rigorosamente equivalentes, mas a segunda implica muitas vezes a primeira. Em face disto, dir-se-ia que a lei, ao estatuir de modo circular, estaria a *não tomar posição* sobre o problema de quais os X que produzem o efeito Y, e a ideia de «não tomar posição» foi a que usei antes para delimitar o conceito de lacuna. No entanto, parece que nestes casos a lei toma posição relativamente ao problema. Por um lado, a lei delimita o problema: trata-se de as condições X justificarem o efeito Y. Isto não é suficiente para que não haja uma lacuna – também ocorrem lacunas em matérias delimitadas – mas é um enquadramento para o seguinte. O segundo lado é que a lei, nestes casos, ou em muitos deles, *autoriza o aplicador*, em especial os tribunais, a decidir pelo efeito Y quando se verifique X e se encontrem outras razões para Y.

Os casos de circularidade de que aqui falei não deixam explícita a autorização ao aplicador, inclusive porque são casos de circularidade escondida. Mas noutras ocasiões, fora deste tema, a lei dá essa autorização de modo explícito ou implícito, indubitavelmente sem que ocorra uma lacuna, como quando cabe aplicar conceitos de máxima indeterminação

¹⁰⁹ P. ex., quando se nega que o sinalagma contratual faça parte da base do negócio, afirma-se que é um elemento do conteúdo contratual.

ou quando se autoriza explicitamente a discricionariedade judicial.¹¹⁰ Assim se reinterpreariam alguns dos exemplos que vimos de circularidade escondida, se não se desse o caso de a lei oferecer, afinal, outros CI para enquadrar as soluções: no caso da base do negócio do art. 252.º/2 do Código Civil, os CI do art. 437.º; no caso do art. 5.º/1 do Código do Registo Predial, os do respectivo n.º 4 (se forem suficientes para o efeito). A conclusão é que a circularidade gera, pelo menos nos casos mais visíveis, um CI por vaguidade e de normatividade aberta. O resultado é uma indeterminação acentuada, mas nem isso, julgo eu, será forçoso.

O resultado da circularidade sem tautologia é que o conceito dá alguma informação, dá «balizas da sua aplicabilidade», sem ser a informação «completa» que o tornaria num conceito determinado. Há, portanto, sub-determinação, e o caso é idêntico ao dos restantes casos de vaguidade. Em segundo lugar, o efeito que a fonte faça depender da aplicabilidade do conceito fica, por indicação legal, dependente de razões não explicitadas que o justifiquem e, nessa medida, é um conceito normativo aberto. Não é necessária uma nova categoria de CI, embora a circularidade não deixe de merecer atenção própria.

7c) O fenómeno jurídico geral da circularidade

Pode perguntar-se se não serão circulares todos os conceitos jurídicos. Ainda há pouco tempo saiu um ensaio sobre «O “Clima” como Conceito Jurídico», cujo título faz lembrar o do estudo de Oertmann, quase exactamente 100 anos anterior, sobre a base do negócio, e que problematiza a ausência na Alemanha de uma definição legal de clima, embora haja cada vez mais utilizações concretas do vocábulo.¹¹¹ Passarmos da base do negócio para o clima parece muito de acordo com o *Zeitgeist*. Suponho que o «clima», em direito, também não seja muito mais do que aquilo que justifica as estatuições legais respectivas. Numa outra área, J. Menezes Leitão escreveu recentemente que, «por mais circular que pareça a orientação, [...] os contratos de consumo são afinal os contratos que

¹¹⁰ Sobre esta e a sua proximidade aos CI, cf. a al. 2b, *supra*, nos parágrafos das nn. 3 e ss.

¹¹¹ HAMACHER (2023), pp. 84-90. Todas as patologias e dificuldades das palavras e conceitos vão regressando reiteradamente. Cf. as dúvidas quanto ao «terrorismo» em GASCÓN (2023), pp. 547-559.

exigem ou implicam a utilização de certas regras próprias do Direito do Consumo». ¹¹² Os exemplos poderiam decerto ser aumentados.

Seria o maior dos exageros, no entanto, dizer que todos os conceitos jurídicos são circulares. Não devemos esquecer-nos de que a esmagadora maioria da legislação usa termos e conceitos provindos de áreas não jurídicas e que mantêm, *grosso modo*, o seu alcance original. Mesmo que nos tivéssemos aos conceitos da gíria ou da tradição jurídicas, ou a conceitos dogmáticos, ainda andaríamos longe da circularidade geral. O conceito de *devedor* não é circular, tal como não o é o de *arguido*, o de *presidente da câmara* ou o de *caso julgado*.

Se fosse necessária mais alguma coisa contra este exagero, dir-se-ia que ele é negado quer pela liberdade doutrinal, quer pela vinculação legal. Os conceitos doutrinários não são sempre circulares porque os autores podem usar os conceitos que quiserem, inclusive conceitos não circulares, com o único limite de esses conceitos traduzirem aquilo que quem os usa quer dizer. Os conceitos expressos pelas fontes não são sempre circulares porque há limites às possibilidades interpretativas e porque há outras razões conducentes a resultados interpretativos além da justificação do efeito em vista – este seria o suposto fundamento da tese da circularidade omnicomprensiva. Em especial e apesar de tudo, as razões literais (da letra da lei) e contextuais são normalmente ponderosas, e as razões substanciais podem afectar a interpretação através de extensões ou restrições determinadas, sem vaguidade nem normatividade aberta. Pode admitir-se um «círculo hermenêutico» geral porque se tem *sempre* de incluir a justificação do efeito na interpretação dos seus pressupostos, bem como a adequação dos pressupostos na interpretação do efeito, mas isso também não conduz sempre a conceitos circulares. O «círculo», aqui, é dos olhos do intérprete, e não dos conceitos a que a interpretação chega. ¹¹³

Acrescento apenas algumas palavras sobre o círculo hermenêutico. Deve certamente admitir-se um princípio metodológico da interpretação que é «circular» na medida em que manda interpretar as expressões da «previsão» à luz da «estatuição», e as da «estatuição» à luz da

¹¹² MENEZES LEITÃO (2023), p. 607; cf. tb. a p. 577, sobre os contratos comerciais.

¹¹³ Cf. LARENZ (1997), pp. 285-293, em referência a Heidegger e Gadamer, e a Betti e Esser.

«previsão».¹¹⁴ Vendo bem as coisas, todavia, trata-se simplesmente de procurar a interpretação mais razoável *do conjunto* de cada preceito¹¹⁵, de modo que as soluções sejam tão «acertadas» quanto possível, à luz do princípio de caridade hermenêutica quase expresso no art. 9.º/3-1.ª do Código Civil.¹¹⁶ O resultado não é um vazio nem arbitrário, porque não só a letra e o seu contexto impõem limites óbvios, também os impõem os restantes argumentos (substanciais). Pode ver-se ainda um pensamento «circular» na necessidade de, num caso real a decidir, atender ao texto legal ou ao «sistema» em vista das exigências materiais do caso concreto, e compreender o caso concreto em vista das exigências formais e materiais do sistema. Os problemas concretos a decidir pelo intérprete-aplicador, por outro lado, delimitam as questões a considerar e as suas soluções possíveis em cada caso real de interpretação. Mas nada disto sugere que os resultados interpretativos ou aplicativos devam fornecer conceitos circulares ou fundamentar-se neles.

¹¹⁴ As aspas decorrem de não me parecer que todas as normas jurídicas devam ser analisadas em previsão e estatuição, nem que as previsões e estatuições sejam campos fixos e não intersubstituíveis dentro de cada norma [para um exemplo de substituíbilidade, cf. DUARTE (2006), pp. 75-86: tanto se pode dizer que enquanto se conduz não se pode fumar quanto que enquanto se fuma não se pode conduzir; cf., tb., DUARTE (2012), pp. 37-60], nem que os conceitos de «previsão» e «estatuição» cumpram as suas diferentes funções segundo um só critério [sobre estas funções, cf. MÚRIAS (2023), pp. 105-106, n. 171].

¹¹⁵ Este tema tem um paralelismo aparente com a «unidade do facto e do direito» na obra de CASTANHEIRA NEVES (1967), *passim*, com uma síntese aforística na p. iii do prefácio), admitindo que as «previsões» prevejam sobretudo «factos» e as «estatuições» estatuem «direito». O autor é veemente, no entanto, na recusa de que essa seja uma «unidade» de conceitos, tal como recusa que a questão de facto e a questão de direito pudessem ser distinguidas pelos conceitos a aplicar em cada uma delas. Cf., p. ex., as pp. 138-139, em nota, com crítica de uma formulação de J. Castro Mendes.

¹¹⁶ O «princípio da caridade», em designação comum na filosofia, é o princípio interpretativo de que se deve *maximizar a possibilidade de verdade* do texto (assertório) a interpretar. São referências canónicas os ensaios de Davidson «Radical Interpretation» e «On the Very Idea of a Conceptual Scheme», de 1973, ambos em DAVIDSON (2001). A caridade hermenêutica é um tópico básico da filosofia contemporânea da linguagem, com inúmeras aplicações. Cf., p. ex., ainda no prelo, o estudo de ABREU (2023) na adequadamente chamada *Topoi*. Para os juristas, e perante uma lei, a caridade é a tentativa de interpretação que *maximiza a sua possibilidade de justiça* (nalguns casos, também de adequação funcional). O princípio correspondente subjaz à primeira parte do art. 9.º/3 do C. Civil, como ficou no texto. É bastante semelhante a ideia de uma *interpretação conforme* (designadamente, à Constituição). Cf. tb. LARENZ (1997), pp. 491-494, quanto à «aspiração a uma solução justa» na interpretação-aplicação, embora numa concepção bastante comedida.

Viu-se na alínea anterior apenas que, por vezes, ocorre a circularidade contra a letra da lei, como na hipótese do registo predial – o que adianta para a ideia de que os CI nem sempre decorrem de uma opção do legislador – e, outras vezes, a circularidade ocorre por, com consciência ou sem ela, a lei usar conceitos já de si circulares, como sucede no erro sobre a base do negócio. Mas nada disso impõe a circularidade geral. À parte isso, a aplicação de CI envolve com especial clareza o «princípio circular». A subdeterminação dos conceitos vagos é resolvida em atenção aos efeitos da sua aplicação, e não se distingue com facilidade da própria identificação (interpretação) de sectores determinados no conceito. Por isso, os conceitos vagos não se distinguem facilmente dos conceitos normativos. A aplicação dos conceitos normativos, por seu turno, envolve esse mesmo pensamento «circular», e a subdeterminação associada (interpretativamente) também não permite distingui-los facilmente dos conceitos vagos.

Sem embargo, parece que bastantes conceitos jurídicos envolvem circularidade, e há outros casos notórios de circularidade em direito, que não se prendem especialmente com os conceitos que ocorrem nas fontes. Um caso interessante é o das cláusulas *mutatis mutandis* em remissões genéricas. O artigo final da compra e venda no Código Civil, art. 939.º, determina que as regras desta relação contratual valem também para outros contratos onerosos de alienação, mas só «na medida em que sejam conformes com a sua natureza»; as regras da cessão de créditos são «extensíveis» a outras transmissões, mas apenas «na parte aplicável» (art. 588.º); as regras do mandato são também «extensíveis», mas «com as necessárias adaptações» (art. 1156.º).¹¹⁷ E em inúmeros casos de regras remissivas a lei inclui, quase invariavelmente, semelhante restrição *mutatis mutandis*¹¹⁸, não sendo por acaso que a expressão latina se mantém de uso corrente em português e noutras línguas. A expressão é, ela própria, um CI, e o seu sentido é que se estendem as regras que devam estender-se («mudando o que deva ser mudado»), em circularidade clara. É defensável que a cláusula *mutatis mutandis* se estende, ela também, às remissões não expressas, como as ficções, as presunções

¹¹⁷ Estes três exemplos e o problema geral são sublinhados por PAIS DE VASCONCELOS (1995), pp. 373-375.

¹¹⁸ No C. Processo Civil, cf. os arts. 34.º/2, 52.º, 108.º/2, 246.º/1, entre outros. Talvez ultrapasse o sentido de um *mutatis mutandis* a restrição do art. 295.º do C. Civil, que estende as disposições sobre negócios jurídicos a outros actos, mas apenas «na medida em que a analogia das situações o justifique».

iuris et de iure e as ficções ocultas sob expressões metafóricas (p. ex., a metáfora de que a «lei interpretativa se integra na lei interpretada», no art. 13.º do Código Civil).

Matéria muito próxima é a da qualificação dos negócios jurídicos como típicos ou atípicos e a consequente integração de um concreto negócio num dos tipos legais. A argumentação de R. Pinto Duarte, no seguimento de outros autores e de uma perspectiva geral da aplicação do direito, é a de que essa qualificação é essencialmente analógica – nisto não se distanciando nem do problema geral dos CI, nem da matéria das lacunas –, mas também que na respectiva analogia desempenha papel determinante «a adequação ao caso concreto da generalidade do regime ditado para o tipo». ¹¹⁹ Também aqui ocorre circularidade, embora no limite de que a justificação das normas a aplicar deve ser vista *na generalidade do regime*, e não em cada uma delas individualmente. Os acréscimos de sentido não impedem a circularidade, impedem só a tautologia. Quanto à qualificação de *normas* ou *problemas* em direito internacional privado, a circularidade que aí ocorra aproximar-se-á mais do «princípio metodológico circular» que «une» a previsão e estatuição de todas as normas. A unidade entre previsão e estatuição para efeito das normas de conflitos é uma ideia sublinhada no livro de 1964 de I. Magalhães Collaço. ¹²⁰

Há, em geral, *expressões indeterminadoras* que criam um CI a partir de um conceito determinado, *i.e.*, que alargam de modo indeterminado o alcance de um conceito determinado. P. ex., num requerimento executivo (art. 724.º/1-k CPC), o exequente tem de indicar «um número de identificação bancária, *ou outro número equivalente*, para efeito de pagamento» das quantias pretendidas. Também aqui o conceito indeterminado envolve alguma circularidade, porque se trata de alargar o efeito jurídico a factos, embora só de certa categoria, que justifiquem tal efeito.

¹¹⁹ PINTO DUARTE (2000), pp. 61-130 (esp.^{te}, 116-121 e 127-128). O autor invoca, entre outras, a matéria da qualificação em direito internacional privado, que refiro a seguir no texto.

¹²⁰ MAGALHÃES COLLAÇO (1964), pp. 28 e ss. (esp.^{te} 30-31), com as subjacentes teses dogmáticas nas pp. 215-236.

8. Os conceitos indeterminados como necessidade metodológica

8a) Conceitos indeterminados para lá das opções do legislador

Muitos autores vêem os CI como uma forma de legislação, contraposta à legislação por conceitos determinados. Creio inclusive que este é o entendimento tradicional. Nesta perspectiva, os CI são, por essência, uma opção de técnica legislativa e, em especial, um modo de articular competências decisórias entre um órgão (o legislador) e outro (os tribunais), tendo sobretudo em conta que o primeiro decide em abstracto, para uma generalidade de casos, enquanto o segundo decide em concreto, e o primeiro decide *ex ante*, porventura para casos que ocorrerão anos ou décadas mais tarde, enquanto o segundo decide *ex post*, com conhecimento das condições do tempo em que o caso se materializou e da evolução das fontes e da cultura jurídica entretanto ocorrida. Este entendimento é muito claro no livro de *Introdução ao Direito* de Baptista Machado, que apresenta os CI – e as cláusulas gerais, admitindo que são coisas diferentes – como núcleo, se não a totalidade, do «direito equitativo» (*ius aequum*), contraposto ao «direito estrito» (*ius strictum*) expresso por conceitos determinados.¹²¹ No capítulo seguinte, uso também estas expressões mais ou menos kantianas e outras levemente diferentes com um sentido que esclarecerei.

Para Baptista Machado, embora «a ordem jurídica» precise «de assentar em conceitos claros e [...] quadros sistemáticos conclusivos», precisa também «de se abrir à mudança da concepções sociais e às alterações da vida trazidas pela sociedade técnica». Estas razões mundanas levam, no entender do autor, a que se utilizem «conceitos “determinados” que formam [...] as estruturas arquitectónicas consolidadas da ordem jurídica», no seu «sistema científico», mas também «conceitos “indeterminados” e cláusulas gerais, que constituem [...] a parte *movediça* e *absorvente* do mesmo ordenamento», servindo para «ajustar e fazer evoluir *a lei* no sentido de a levar ao encontro das mudanças e das particularidades das situações da vida». Os CI, para Baptista Machado, justificam-se «para permitir a adaptação da norma à complexidade da matéria», para atender a «particularidades do caso ou à mudança das situações», ou ainda «aos usos do tráfego», para «facultar uma espécie de osmose entre as máximas ético-sociais e o Direito», ou para «permitir uma “individualização” da

¹²¹ BAPTISTA MACHADO (1995), pp. 113-120, que continuo a citar no parágrafo seguinte.

solução», esta última particularmente relevante no direito da família, que envolveria mais «aspectos pessoais ou pessoalíssimos». Continua o autor: os CI (e as cláusulas gerais) dão um papel especial *ao jurista*, sobretudo aos tribunais, permitindo «obviar à rigidificação e esclerosamento de complexos normativos, dos códigos ou das codificações», «fazendo assim evoluir o Direito» e dando importância ao «chamado “direito judiciário”».

É muito visível, nestas páginas de Baptista Machado, a contraposição entre o direito constituído pela lei, na sua base determinada, e o direito constituído pelos tribunais, no espaço deixado pela lei através de conceitos indeterminados. O problema encontra-se no modo de fazer a lei, os «códigos ou codificações», encontra-se na técnica legislativa, e o objectivo é uma intervenção social. A lei, poderá interpretar-se no autor, deve limitar-se a regular determinadamente aquilo que já está «cientificamente consolidado», deixando para regulação posterior, através do uso de CI, aquilo que ainda há-de ser «consolidado» pelos tribunais e pela «ciência jurídica».

Julgo que a ideia dos CI como técnica legislativa está ainda presente no manual de Nogueira de Brito, em especial numa iluminadora citação de um texto de 1934 de Carl Schmitt, já confrontado com a proliferação de CI nas leis.¹²²

«A lei já não consegue, de todo, mobilizar o carácter previsível e a segurança que pertencem, para o pensamento jurídico, à definição de lei. A segurança e a previsibilidade não residem na normação, mas na situação suposta “normal”. As ditas cláusulas gerais e conceitos indeterminados irromperam de todos os lados e em paráfrases inumeráveis, em todos os domínios da vida do direito, mesmo no direito penal.»

Esta alteração na textura das leis, conclui Nogueira de Brito, implica que hoje não é possível a «vinculação automática do juiz à lei» pretendida por Beccaria e Montesquieu.

Um aspecto desconcertante neste trecho de Schmitt é aparentar supor que a certeza jurídica era maior no séc. XIX alemão, anterior à codificação, ou na vigência do código civil napoleónico. Não o era certamente

¹²² Cf. BAPTISTA MACHADO (1995), pp. 343-345. Nogueira de Brito (2022) sublinha que, infelizmente, os argumentos de Schmitt o conduziram a pretender uma reforma dos juristas no sentido do nazismo.

no séc. XVIII de Montesquieu e Beccaria, que se *queixavam* da incerteza tradicional e apenas esperavam a certeza no tempo posterior de legislação iluminada. Parece de crer, pelo contrário, que o uso explícito de CI veio sobretudo *expor* o papel dos tribunais e dos juristas em geral, muito mais do que criar uma nova situação político-jurídica. Não será raro os académicos acreditarem que correspondeu à *realidade* aquilo que os pensadores prévios mais significativos *defenderam* para o seu tempo, mas talvez seja ainda menos raro que não corresponda.

Não cabe, de resto, impugnar as funções da legislação através de CI indicadas por Baptista Machado, embora se devam concretizar alguns seus elementos. É necessário frisar é que os CI *nem ocorrem só na legislação, nem têm de nela ocorrer por opção intencional e explícita do legislador*. Com isto, localizamos a matéria geral dos CI propriamente nas questões metodológicas de como decidir concreta e juridicamente – os CI são, em essência, um problema do intérprete-aplicador, *maxime* dos tribunais – e da admissibilidade de fundamentar vagamente decisões ou doutrinas (esta questão é considerada na alínea seguinte). O problema geral dos CI não é a justificação de orientações legísticas – sem prejuízo, é claro, da necessidade dessa justificação e dos respectivos limites constitucionais, p. ex., quanto a disposições de direito criminal – mas sim a justificação e descrição de decisões jurisprudenciais.

Recorde-se um dos estudos mais marcantes de Baptista Machado, «A Cláusula do Razoável»¹²³, que versa directamente sobre a ocorrência de CI extremamente abertos, como «razoável» ou «justificado», em contratos e outros *negócios jurídicos*. O autor considera também, e com detenção, essa ocorrência em deliberações de sociedades comerciais, que podem ter conteúdo genérico ou individual, tal como a considera nas leis. O estudo põe em evidência que o problema crucial não é a fonte, mas sim o tipo de argumentação exigido pelos CI, seja qual for a fonte de que constem, e a sua juridicidade, revelando, para mais, variantes da juridicidade em geral. De igual modo, podemos sem dúvida encontrar CI em *actos administrativos* e em toda a panóplia de actos e documentos com sentido próprio no direito público. Em *sentenças* e outros actos judiciais, não se esperará encontrar CI no dispositivo, na absolvição ou condenação¹²⁴, mas nada impede que eles surjam na fundamentação imediata

¹²³ BAPTISTA MACHADO (1991b), pp. 457-621.

¹²⁴ Admito, no entanto, que isso seja admissível nos casos em que o é a condenação genérica (cf. art. 609.º/2 CPC).

que participa dos efeitos de caso julgado e constitui a *ratio decidendi* relevante, p. ex., para aferir uma «contradição de acórdãos»¹²⁵ ou, nos países em que vigore, um efeito de precedente. Nos actos judiciais de sentido genérico explícito – como os assentos e os actuais «acórdãos de uniformização de jurisprudência» – os CI podem mais facilmente ocorrer na parte decisória.¹²⁶

Tem interesse discutir se, quando aparecem CI em negócios jurídicos, a sua aplicação depende dos critérios interpretativos gerais dos negócios (os arts. 236.º e, para os testamentos, 2187.º do Código Civil) ou de uma dita integração de lacunas (art. 239.º). Creio que a resposta à questão é tendencialmente negativa¹²⁷, embora todos os critérios interpretativos desemboquem no momento aplicativo, por não haver separação entre uma coisa e outra. Perante um CI não está em causa descobrir o sentido vinculativo numa declaração a interpretar, mas sim aplicar o sentido indeterminado (devido ao CI) que as partes declararam. Também não está em causa apreciar um tema que as partes tenham deixado omissos, visto que elas o trataram através do CI.

Os critérios de equilíbrio nos negócios onerosos e de diminuição do gravame para o disponente nos negócios gratuitos, dispostos no art. 237.º para «caso de dúvida», parecem valer também na aplicação de CI, mas dependendo do CI em causa e do seu contexto. Se se encomenda a um vendedor *a quantidade de maçãs que puder entregar, dentro do habitual*, o preço unitário torna por si o contrato equilibrado, por assim dizer, faltando concretizar o que é o «possível» e o «habitual». Se uma parte se obriga a realizar certos actos *se forem convenientes* à obtenção do fim contratual, a indeterminação a resolver é a adequação a tais fins. Se, como nas hipóteses de Baptista Machado, um contrato atribuir certa *faculdade em caso de motivo grave ou justificado*, dir-se-ia que os critérios aí primeiramente envolvidos são o interesse atingido pelo motivo, a sua importância relativa no conjunto da relação e a sua eventual imputação a uma das partes, e não o equilíbrio ou a desoneração do disponente. Reconhecemos que os critérios de interpretação intervêm também na

¹²⁵ Cf. arts. 672.º/1, al. c), e 686.º/3 CPC (aqui, «oposição com jurisprudência uniformizada»).

¹²⁶ Um agradecimento à Gabriela Páris Fernandes pela sugestão das decisões judiciais genéricas.

¹²⁷ Ou seja, nem do art. 236.º, nem do 239.º. Parece-me que essa resposta negativa é pressuposto não só do conjunto do estudo de BAPTISTA MACHADO (1991b), mas também, especificamente, no modo como se apreciam dois acórdãos do STJ nas pp. 488-494.

aplicação. Pode ser relevante a referência ao «declaratório normal» (art. 236.º) para aferir o que é «possível», «habitual», «conveniente» ou «justificado», tal como se terá de atender àquilo «que parecer mais ajustado com a vontade do testador» (art. 2187.º). De todo o modo, a indeterminação dos conceitos usados num negócio jurídico é tendencialmente um problema aplicativo próprio, que não se reduz aos critérios interpretativos.

Assente que os CI nos surgem nas fontes mais variadas, cabe ver que, mesmo quando surgem na lei, podem não resultar de opção do legislador. Nos casos de *vaguidade inesperada*, que por definição ocorre perante os termos mais insuspeitos, devido à «porosidade» ou «textura aberta» da linguagem em geral¹²⁸, a indeterminação ocorre sem uma opção prévia nesse sentido do legislador. Trata-se de um termo que parecia determinado revelar afinal uma indeterminação. Do mesmo modo, o *esvaziamento* de conceitos, de modo a que eles incluam um elemento de circularidade – que vimos sobretudo com os exemplos da «base do negócio» e dos «terceiros para efeitos de registo» –, pode ocorrer e tem ocorrido por acção da jurisprudência e da doutrina, sem que o legislador tenha de ter alguma coisa que ver com isso. No caso da expressão «base do negócio», tal como corria no sistema jurídico alemão até 2001, tratava-se de um puro conceito doutrinal recolhido pela jurisprudência. Só em 2001 se tornou uma opção do legislador, e, na verdade, usada apenas para nomear o instituto em causa.

Mas o fenómeno é mais amplo e decorre das figuras gerais: apesar de certas expressões serem, no seu sentido literal, determinadas, por vezes a interpretação («extensiva» ou «restritiva») correcta dessas expressões é num sentido indeterminado. Serem as disposições sujeitas a uma «aplicação analógica» sistemática também redundam num sentido indeterminado, chegando a CI sem opção do legislador nesse sentido. Eu diria que vários dos *tipos contratuais* presentes no Código Civil são, no seu aspecto linguístico, bastante determinados – a compra e venda, a doação, a locação, o mútuo, o comodato... –, e que só a necessidade de justiça de aplicar algumas das suas regras a contratos atípicos ou de não as aplicar a contratos que incluem «elementos atípicos» tornou os tipos contratuais um modelo de vaguidade a exigir um «pensamento tipológico». A indeterminação, mais uma vez, não está nas palavras da

¹²⁸ Cf. *supra*, na al. 5b.

lei, mas nas exigências metodológicas a que os juristas se submetem para realizar bem a sua função.

Ainda neste conjunto de casos, temos os CI criados pela doutrina ou jurisprudência como generalização, assente num pensamento analógico, de figuras legais relativamente determinadas. A construção de figuras a partir de raciocínios analógicos conduz a figuras vagas, porque a analogia normalmente não permite mais do que isso. P. ex., a Lei da Agência define o contrato de agência com recurso a um ou outro CI («de modo autónomo e estável», e talvez «por conta da outra»), mas o cerne da definição é relativamente determinado (o «agente» obriga-se «a promover [...] a celebração de contratos»). Ora, vários autores e decisões dos tribunais – embora sem unanimidade – construíram a figura vaga dos «contratos de distribuição comercial» tendo como seu protótipo o contrato de agência. Mais uma vez, o CI surge com independência da lei.

O fenómeno é geral. Os CI tanto ocorrem na literalidade em que se exprime o legislador quanto como resultado de tarefas interpretativas e de compreensão geral do sistema. Não poderia deixar de ser assim, porque o fenómeno não diz respeito às palavras, mas sim aos seus sentidos, e o sentido é aquilo a que se tenta chegar, e não o ponto de partida. Como os CI não são uma realidade linguística, mas conceptual, a sua ocorrência resulta de todos os modos adequados de pensar o direito. A letra por que o legislador optou é apenas um deles.

8b) Os conceitos indeterminados na fundamentação doutrinal dos institutos

Nesta visão dos CI como figura que se impõe aos juristas e à metodologia jurídica com ou sem opção legal nesse sentido, julgo que merece destaque – e, por isso, alínea própria – um último lugar, normalmente não referido, em que os CI desempenham um papel. Trata-se, no essencial, do *papel dos CI na doutrina*, a juntar às restantes fontes que referi na alínea anterior. Tenho em vista a doutrina ou, se preferirmos, a *jurisprudência em sentido amplo*, que inclui os tribunais e os estudiosos, sobretudo académicos, do direito, na medida em que fazem apreciações ditas *dogmáticas* dos temas jurídicos. A dogmática recolhe o seu nome da palavra «dogma», creio que com origem no direito canónico e, nesse, a partir do conceito religioso de «verdade revelada» ou «doutrina assente», não sem relação com o sentido moderno de «suposta verdade incontestável». Para o direito, os «dogmas» ou «axiomas» teriam de ser os princípios

últimos (ou primeiros...) em que se fundamentam as soluções práticas mais concretizadas.

Quando os juristas, sobretudo os «jurisprudentes» académicos, tentam uma fundamentação substancial aprofundada de algum tema, e sobretudo quando tentam apresentar uma construção que explique e fundamente certo conjunto de soluções, é frequente, se não inevitável, que apoiem as suas teses em conceitos vagos ou conceitos normativos abertos, ou seja, em CI. Os *argumentos últimos* usados pelos juristas na sustentação de teorias substanciais, na construção dogmática, são com frequência também CI. A doutrina tem alternativas a essas teorias substanciais. Nalgumas matérias, sobretudo matérias mais recentes reguladas em legislação extravagante, é compreensível que a exposição dos temas e a tomada de posição quanto aos casos se resuma à *invocação da lei*. Na resolução dos casos pelos tribunais, aliás, em todas as matérias, quando é possível um apoio simples e directo na lei – e isso é muitas vezes possível – nem se pretende alguma coisa mais do que essa invocação. Mas a posição da doutrina, mesmo quanto aos casos simples, é diferente, de modo que a mera fundamentação legal é, por regra, inaceitável, descontando exactamente essas hipóteses de leis recentes, com ideias recentes, em legislação avulsa. Aí, os CI que possam interessar são apenas os que constam da lei.

Outras matérias, sobretudo matérias que nos chegam do direito romano ou de qualquer outra tradição prolongada, de décadas ou séculos, transnacional, com um núcleo de soluções assentes, sobretudo com um núcleo jurisprudencial de soluções assentes, é possível apresentá-las como *dados históricos* que se estruturam num conjunto de regras ou princípios bem delimitados e, portanto, determinados. Também aqui pode haver um desvio nihilista, a recusar a dimensão ética do direito. Contudo, mesmo nessas exposições essencialmente historicistas, o mais comum é que a doutrina procure traduzi-las num *fundamento ético subjacente* (ético-jurídico), embora subjacente à história como dado constitutivo. Quando se assume mais a dimensão ética do direito, então a fundamentação substancial (*hoc sensu*, ética, ético-jurídica) é, evidentemente, incontornável.

Nessa fundamentação doutrinal aprofundada, encontram-se frequentemente CI, por vezes incluídos em tópicos tradicionais do pensamento jurídico. Assim, e sem citar autores, recordo-me de teses que fundamentam institutos amplos ou soluções específicas em ideias vagas como a de «responsabilidade pela esfera de risco» (ou «pela esfera jurídica»), um «princípio de precaução», o *casum sentit dominus* (fora das hipóteses de aplicação literal), o *ubi commoda, ibi incommoda*, o *de minimis non curat*

praetor, a dignidade da pessoa humana (em geral) ou a «ideia de direito», quando não a própria justiça, sem mais determinações. São CI em uso na dogmática jurídica. A fundamentação doutrinal através de CI chega ocasionalmente a fórmulas vazias sem utilidade, que referi na alínea 7a. Insista-se que a *justiça*, em especial, é inútil como fundamentação, porque é o objectivo almejado em todas as soluções, e não um fundamento.

De resto, contudo, tanto quanto vejo, o recurso a CI como fundamentação última de doutrinas jurídicas substanciais é *inevitável* e assinala uma especialidade da posição do jurista, neste caso do jurista académico. O recurso a CI na doutrina corresponde, com frequência, à fundamentação possível para as soluções práticas que defendemos, e é profissionalmente inevitável. Justifica-se um paralelo com o ofício dos juízes e a função dos tribunais. Os tribunais têm um dever especial de decidir os casos concretos, conforme exprime o art. 8.º/1 do Código Civil. Esta é a proibição do *non liquet* propriamente dito, que impõe também aos tribunais um dever de *fundamentação dentro do possível*, já que «a falta ou obscuridade da lei» (e a «dúvida insanável acerca dos factos») não exime do dever de decidir, ao mesmo tempo que, por vezes, a lei e as restantes razões jurídicas são obscuras ou omissas. Na doutrina jurídica, com as devidas distâncias, também se assume por regra um equivalente *dever profissional de tomar posição* quanto às matérias tratadas, sendo normalmente pouco justificável concluir dubitativamente. Nisto, a nossa posição é muito diferente da dos colegas filósofos, das ciências sociais ou de outras «humanidades», que têm carta-branca para duvidar à vontade. Com este dever académico de tomar posição na generalidade dos casos e com a necessidade de fundamentar a tomada de posição, os CI são frequentemente aquilo que nos resta, a tábua de salvação teórica imposta pela natureza prática do direito.

9. A necessidade substantiva de conceitos indeterminados

9a) Direito estrito e direito equitativo

Falta-me defender que os CI não são apenas uma imposição das fontes e da relação dos juristas com as fontes e os problemas – esta é a necessidade metodológica acabada de ver –, mas também uma necessidade substantiva, um modo ineliminável de exprimir certas soluções de justiça, e não apenas de indicar um caminho para chegar a elas. Trata-se simplesmente de sustentar que há um sector do direito, um capítulo da

enciclopédia jurídica – chamo-lhe *direito compreensivo* – que se define em termos substantivos e que carece de ser expresso através de CI ou de figuras semelhantes aos CI. Não se trata de nada de misterioso, mas sim de um conjunto de casos que ocupam parte da matéria do abuso do direito, do estado de necessidade e de outras cláusulas gerais. A novidade é apenas a sua definição substantiva e a consequente indispensabilidade dos CI para exprimi-lo em termos razoavelmente genéricos. Para lá chegar, no entanto, são necessários alguns rodeios que aqui enceto.

Começemos por recordar a dicotomia entre «direito estrito» e «direito equitativo». Esta filia-se nas páginas da *Doutrina do Direito* em que Kant distingue entre o «direito estrito» (*ius strictum*) ou «direito em sentido restrito» e o «direito equívoco» (*ius aequivocum*) ou «direito em sentido amplo», *ius latum*. No direito estrito, Kant afirma que não se inclui «uma dimensão ética», mas sim a associação essencial entre direito e força (coacção). No direito «equívoco», inclui-se a equidade, ou seja, o «direito sem coerção», nas palavras do filósofo, e o «direito de necessidade», quer dizer, a «coerção sem direito». Com o «direito de necessidade» como «pretensão direito», Kant refere-se àquilo a que hoje chamamos estado de necessidade *desculpante*, centrado na hipótese de, «num naufrágio», «retirar a vida a alguém, que não me fez mal algum, no caso de perigo ou perda da minha própria vida».¹²⁹ Kant não atende a um direito de necessidade propriamente dito (cfr. a diferença entre os arts. 35.º e 34.º do Código Penal).¹³⁰

A posição de Kant parece-me típica dos filósofos da ética, não juristas, inclinados a ver o «direito propriamente dito» na mera legalidade, sem atender ao problema evidentemente ético do jurista enquanto intérprete-aplicador.¹³¹ Na perspectiva dos juristas, pelo contrário, a equidade, referida no art. 4.º do Código Civil, é direito, tal como são perfeitamente

¹²⁹ Cf. KANT (2004), pp. 45-52.

¹³⁰ Hegel, visando o conflito entre a vida do agente e a propriedade alheia, já admite um verdadeiro direito de necessidade, a necessidade *justificante*, a que me refiro depois por várias vezes. Quanto a Hegel, sigo NOGUEIRA DE BRITO (2022), pp. 333-337, que contrapõe a posição dos dois filósofos, e ROXIN/GRECO (2020), p. 844. Mas cf. HEGEL (1820), § 127, pp. 125-126. Na versão portuguesa, no entanto, o termo «necessidade» (*Not*) é suprimido no corpo do parágrafo, e substituído por «miséria» (outro dos sentidos da palavra alemã) na anotação do autor.

¹³¹ Uma posição típica que acolhe um positivismo jurídico conceptual. Este, embora inofensivo em si mesmo, não deixa de ter um interesse reduzido [cf. MÚRIAS (2023), pp. 82-84] e de caricaturar o papel dos juristas, ainda que não seja uma mera caricatura do exercício desse papel por alguns juristas.

jurídicos os problemas do estado de necessidade. À equidade, aliás, só falta a «força de lei»¹³², porque é decisão com independência das fontes, não lhe falta a *força da decisão*, que é idêntica à das restantes decisões de um tribunal estatal ou arbitral. De todo o modo, Kant tem razão, mesmo na nossa perspectiva, para contrapor um «direito estrito» próximo da estrita legalidade e problemas ou critérios relativamente abertos como os da equidade e do direito de necessidade. A sua distinção, para mais, evoca a oposição de Aristóteles entre equidade e lei, sendo a primeira rectificadora da segunda.¹³³

Neste contexto, tornou-se comum nos juristas de influência germânica a contraposição entre *direito estrito* (*ius strictum*) e *direito equitativo* (*ius aequum*), a que ainda há pouco aludi em referência à posição de Baptista Machado.¹³⁴ O direito equitativo abrange todas as situações em que é eliminada ou atenuada a cogência da lei e outras fontes para a solução, ou seja, em que os intérpretes-aplicadores têm maior «liberdade». Os CI constituem um dos seus casos principais, junto às decisões segundo a equidade e às autorizações de discricionariedade judicial. A inclusão dos CI no direito equitativo ainda não aponta para mais do que a sua necessidade metodológica para os juristas. Cabe agora expor a distinção paralela e com ligações a essa, mas de natureza efectivamente diversa, entre direito peremptório e direito compreensivo. A alínea seguinte destina-se apenas a estabelecer a distinção, sem discorrer sobre os CI.

9b) *Direito peremptório e direito compreensivo*

Trata-se então de opor *direito peremptório* e *direito compreensivo*, começando por duas questões terminológicas. Ao direito peremptório poderia chamar-se «direito estrito em sentido substantivo» e, ao direito compreensivo, «direito equitativo em sentido substantivo». Pretendo dizer aqui que há um aspecto substantivo paralelo à distinção tradicional de origem kantiana e natureza metodológica, acabada de ver, e esta outra

¹³² Vejo interesse em citar apenas o título do escrito de J. Derrida, *Force de Loi. Le «Fondement Mystique de l'Autorité»*, Galilée, 1994.

¹³³ Aristóteles (2004), livro v, cap. x, 1137a31-1138a1, pp. 129-130. Cf. tb. NOGUEIRA DE BRITO (2022), pp. 321-322.

¹³⁴ Na alínea 8a, *supra*. Cf. tb. ENGISCH (1983), pp. 208-274. Em vez de «direito equitativo», usa-se também «direito justo» [cf. LARENZ (1979), seguindo R. Stammler], «direito dos juristas», «janelas do sistema» e expressões semelhantes [Stammler distinguia entre «direito formado» e «direito não formado»: cf. LARENZ (1997), pp. 122-124].

terminologia ajudaria a fazer o paralelismo.¹³⁵ Contudo, as duas distinções não são idênticas, ou não valeria a pena fazer mais uma distinção, de modo que a manutenção das expressões iniciais apenas com um qualificativo diferenciador poderia ser enganosa. Acresce que a referência à *peremptoriedade* decorre da literatura que refiro a seguir, e não vale a pena multiplicar palavras. Assim, acrescento apenas, para designar o seu contrário, a natureza *compreensiva* de certas soluções. A explicação da escolha da palavra «compreensiva» fica para a última alínea (9d).

A segunda questão terminológica reside em que, embora eu tenha oposto *direito* peremptório e *direito* compreensivo, na verdade a distinção pode ser traçada também no plano da ética geral ou política, e é inclusive assim que tem sido vista por alguns autores. Portanto, seria mais adequadamente amplo falar de normatividade peremptória e normatividade compreensiva. A restrição ao direito, na epígrafe desta alínea, é uma simplificação. Dizer que a oposição entre peremptório e compreensivo não é só jurídica ajuda a clarificar que não se trata agora da maior ou menor relevância das fontes para uma decisão. Já não se trata da cogência de certas normas para o intérprete-aplicador, mas sim da *cogência de certas normas para as pessoas* e outros sujeitos por elas visados substantivamente. No lado jurídico, não se trata agora da «liberdade» do tribunal na decisão dos casos, mas da liberdade e do bem das partes, dos sujeitos substantivos.

A peremptoriedade é primariamente uma característica dos direitos e deveres, mas apenas dos *direitos ou deveres de princípio*, também chamados «*pro tanto*». Estes contrapõem-se aos *deveres tudo-visto*, que são os deveres aferidos tendo em conta a totalidade das razões éticas ou especificamente jurídicas a favor ou contra a acção devida.¹³⁶ Também há direitos tudo-visto e ainda outras posições normativas tudo-visto¹³⁷, mas

¹³⁵ A diferença entre as duas distinções ficou apenas aludida nas pp. 667-668 de MÚRIAS (2023), talvez em modos demasiado crípticos.

¹³⁶ Cf. MÚRIAS (2023), pp. 282-285, 528-529 e 556-560. Os deveres de princípio chamam-se em inglês «duties», enquanto os deveres tudo-visto se chamam, na gíria filosófica, «oughts» (*all-things-considered oughts*).

¹³⁷ Os deveres tudo-visto, embora provindos de outras paragens bibliográficas, têm afinidades com categorias jurídicas (romano-germânicas) conhecidas. Figuradamente, o aspecto comum é que se trata de «deveres pequenos», «do caso», e não dos «grandes» deveres «formais» que constam normalmente da lei ou dos contratos. Assim, se a negligência é a violação de *deveres de cuidado*, esses deveres, quando fundamentam uma responsabilidade concreta, são deveres tudo-visto. Por isso são referidos às «circunstâncias do caso» (cf. arts. 487.º/2 do C. Civil e 15.º/1 do C. Penal). Noutra âmbito,

não é necessário considerá-las agora, e alguns autores não as reconhecem. Em direito, referimo-nos a deveres tudo-visto sobretudo no âmbito da responsabilidade civil ou penal, e fazemo-lo retrospectivamente, na apreciação sobre se certa pessoa agiu lícita ou ilicitamente num caso concreto passado: agir ilicitamente é violar um dever tudo-visto.¹³⁸ Também a decisão judicial de um caso concreto (presente), na medida em que afirme ou negue um dever pela condenação ou absolvição, pressupõe um juízo tudo-visto, embora com os limites dos factos atendíveis pelo tribunal. Em conformidade, podem distinguir-se dois conceitos de «caso concreto»: o «caso concreto de acção», de natureza puramente substantiva e relevante para as responsabilidades, e o «caso concreto de decisão», simultaneamente substantivo e processual, sujeito à função dos tribunais e outros intérpretes-aplicadores.

Os deveres ou direitos de princípio são aqueles a que mais comumente nos referimos. Cada pessoa tem, p. ex., deveres *pro tanto* de respeito pela vida, pela integridade e pela propriedade das outras, e quem celebra um contrato tem, normalmente, o dever *pro tanto* de cumpri-lo. A figura ocorre em todas as áreas do direito e nos mais variados contextos. O cumprimento de deveres de princípio é, em geral, significativamente posterior à respectiva constituição, e a afirmação de existência

por vezes confundido com o anterior, temos os «deveres acessórios» ou «laterais», a que alguns autores chamam «deveres de comportamento» ou que incluem nestes, e que sobretudo se distinguem da obrigação propriamente dita, ou seja, do «dever de prestar». Também os deveres laterais são deveres tudo-visto quando a sua violação responsabiliza, e também eles «se especificam em função dos contornos que o desenrolar da vida da relação contratual venha a manifestar» [cf. CARNEIRO DA FRADA (1994), pp. 39-40, com esclarecimento das variantes na terminologia alemã, e CARNEIRO DA FRADA (2004), pp. 272-273, em n.]. Os deveres tudo-visto aproximam-se destas figuras, mas não se confundem com elas. P. ex., o dever contratual de entregar em certo momento certa coisa vendida e o dever extra-obrigacional de não entrar em certa casa alheia em certa ocasião serão deveres tudo-visto, mas, nos casos mais simples, não são nem deveres de cuidado nem deveres laterais. Pelo contrário, são concretizações directas elementares do contrato e da propriedade, respectivamente.

¹³⁸ Talvez possa invocar-se em favor deste conceito de ilicitude a referência do art. 31.º do C. Penal («exclusão da ilicitude») à «ordem jurídica considerada na sua totalidade». Os penalistas preocupam-se, a seu respeito, com a admissibilidade de não identificar a «ordem jurídica» com a lei estrita, designadamente pela inclusão de «princípios» e razões «extrapositivas», e com a integração das orientações dos vários ramos do direito e respectivos códigos: cf. PALMA (1995), pp. 49-85. Dir-se-ia, em qualquer caso, que a ilicitude depende da consideração de todas as razões atendíveis tendo em conta o sistema de fontes em causa.

do dever não exclui exceções, colisões, ponderações, justificações, extinções (antes do momento de cumprir) e limitações em geral. Um dever tudo-visto, pelo contrário, não admite limitações algumas, pois é aferido já em vista de toda a possibilidade de limitações e em resultado de nenhuma delas operar no caso concreto em que se age. Se, tudo visto, certa pessoa tem um dever, então é logicamente impossível que o dever seja ultrapassado por quaisquer outras considerações. Se fosse esse o caso, não haveria um dever tudo-visto.

A função mais directa e evidente de um dever ou direito *pro tanto* é a de fundar um dever tudo-visto com o mesmo conteúdo ou um conteúdo mais concreto. Os deveres tudo-visto, porém, também servem como fundamento de juízos ulteriores, designadamente juízos de responsabilidade. Um dever tudo-visto só não é argumento em favor da realização da acção devida que é seu conteúdo: quanto a essa, o dever tudo-visto é conclusão, e não argumento. Um dever tudo-visto corresponde frequentemente à «confirmação» dum dever de princípio em face de todos os dados, mas *pode igualmente ocorrer sem dever de princípio logicamente anterior*. Basta para isso, p. ex., que, no caso concreto, não haja razões atendíveis para o agente não realizar o comportamento em causa e haja razões significativas no sentido de que o realize, designadamente interesses, preferências e outros valores em favor desse comportamento. Nalguns casos conhecidos, as razões que acrescem aos direitos ou deveres *pro tanto* podem eliminá-los ou eliminar a sua relevância. Por conseguinte, os deveres e direitos de princípio, ou a sua inexistência, não são as únicas razões que determinam um juízo normativo tudo-visto. Mas são razões particularmente relevantes para o efeito, e aí se manifesta a sua peremptoriedade.

Diz-se, em terminologia variável, que os direitos (de princípio) são «peremptórios»¹³⁹, que são «trunfos» (R. Dworkin) ou «restrições deontológicas» («laterais») (R. Nozick), ou que têm «prioridade lexical» (J. Rawls).¹⁴⁰ Contra os direitos, não pode invocar-se simplesmente o peso dos interesses alheios afectados. Os direitos, digamos, eliminam a relevância desses interesses e razões semelhantes¹⁴¹, afastam em princípio

¹³⁹ A origem da terminologia da «peremptoriedade» é talvez RAZ (1986), pp. 37, 183, 192, 195, etc. É hoje muito utilizada quer esta terminologia, quer a dos «trunfos», quer a das «restrições deontológicas».

¹⁴⁰ RAWLS (1971), pp. 53-57, NOZICK (1974), pp. 28-33, DWORKIN (1984), pp. 153-167.

¹⁴¹ Cf. MÚRIAS (2023), pp. 356-357. Há um grupo significativo de direitos de princípio que não são peremptórios ou, melhor dizendo, em relação aos quais não tem

a necessidade de ponderação de outras razões. As principais linhas de investigação sobre a preemtoriedade dos direitos enquadram-se na oposição ao utilitarismo e a outros consequencialismos na ética e na política – foi essa a intenção de Rawls, Nozick e Dworkin, não a de Raz –, com reflexos na teoria jurídica dos direitos fundamentais. Assim, p. ex., não é admissível matar alguém para com os seus órgãos salvar cinco outras pessoas¹⁴², e a generalidade dos cidadãos não é sequer obrigada a ceder um dos seus rins para salvar quem acaba de perder o segundo.

As manifestações mais simples de preemtoriedade ocorrem em relações patrimoniais de direito privado. Um dono de ovelhas não pode em princípio levá-las a pastar no terreno do vizinho sem autorização deste, nem mesmo quando o vizinho só ganharia por a erva ser eliminada, e a alternativa para o outro seja dar-lhes ração cara ou levá-las a um pasto pouco acessível. Para afastar algumas questões político-ideológicas, considerem-se obrigações comuns. Se eu devo mil euros a quem mos emprestou, o meu interesse em não pagar é em princípio irrelevante no confronto com o interesse do credor em recebê-los, ou até com a mera vontade ou exigência do credor no sentido de recebê-los. O interesse contrário ao pagamento não elimina a obrigação. Mesmo que o pagamento dos mil euros implique para mim um custo *superior* – v.g., por eu ter de recorrer a um empréstimo bancário ou ter de me desfazer de bens rentáveis, ou por, sendo eu menos abastado, o dinheiro ter uma utilidade maior para mim do que para o credor – isso não é, em princípio, justificação para não pagar, nem impedimento a que o credor execute o meu património para haver o seu. Pelo contrário, o sentido de existir a obrigação é precisamente a prevalência do interesse e da vontade do credor, ou do seu direito, sobre o meu interesse em não cumprir.

sentido a qualificação como preemptórios: são sobretudo os direitos de necessidade, sobre os quais voltarei a falar: cf. tb. MÚRIAS (2023), pp. 483-485 e 670-671. Em direito constitucional, pode perguntar-se se não faltarão também a preemtoriedade a certos direitos fundamentais, visto que a jurisprudência respectiva é, em grande medida, uma jurisprudência de ponderação. A pergunta justificar-se-ia talvez especialmente quanto aos chamados «direitos sociais», cujo teor literal não é por vezes accionável sem pressupostos acrescidos: nenhum sujeito jurídico está vinculado a conseguir trabalho para outrem (cf. art. 58.º/1 da Constituição) sem mais algum pressuposto. Eu diria que a necessidade de ponderação decorre com frequência do conflito de direitos (sobre estes, cf. a n. 192), não pondo em causa a preemtoriedade, e que a aparente não preemtoriedade noutros casos resulta de dificuldades de delimitação dos direitos em causa.

¹⁴² Exemplo originário de FOOT (1967), publicado tb. em FOOT (2002), pp. 19-32 (pp. 24 e 28).

A peremptoriedade é um tema fundamental da moderna teoria dos direitos, surgindo como tese geralmente aceite, e os juristas, incluindo os privatistas, não podem certamente ignorá-la. Na verdade, a tese pertence também à tradição jurídica, correspondendo ao elemento correcto do brocardo *neminem laedit qui iure suo utitur*¹⁴³, ainda presente no art. 13.º do Código de Seabra¹⁴⁴ e meio implícito no art. 31.º/2-b do actual Código Penal («não é ilícito o facto praticado [...] no exercício de um direito»). Se o advento das teorias do abuso do direito deu alguma má fama a este aforismo, ele não deixa de traduzir um aspecto de princípio na relação entre um direito e a vinculação correspondente. Alguns textos jurídicos recentes retomam a ideia a propósito do cumprimento das obrigações, explicitando o princípio de que o devedor suporta os custos da sua prestação mesmo quando superiores ao esperado.¹⁴⁵ Recordem-se também as palavras de Baptista Machado, para quem a «obrigação de sacrificar os seus interesses» distingue a verdadeira vinculação.¹⁴⁶

A ideia de vinculação merece referência própria. Apesar de a discussão da peremptoriedade ser mais comum quanto a direitos, o tema respeita a toda a vinculação. Os *deveres* de princípio são peremptórios mesmo quando não correspondem a direitos.¹⁴⁷ Se, p. ex., a lei obriga a determinadas medidas em vista de um interesse difuso, um obrigado não pode eximir-se do seu dever com o mero argumento de que o cumprimento

¹⁴³ «Quem exerce o seu direito não lesa ninguém», que condensa fórmulas atribuídas no *Digesto* a Gaio (D., 50.17.55, «Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur.») e a Paulo (D., 50.17.151, «Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet.», e D., 50.17.155.1, «Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur.»). É curioso que se pode ler no segundo fragmento de Paulo uma restrição segundo um critério de normalidade («ordinaria actione»).

¹⁴⁴ «Quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício.»

¹⁴⁵ Os Princípios Unidroit e o DCFR exprimem a ideia em duplicado, primeiro nas regras do cumprimento, depois como proêmio da alteração das circunstâncias. Cf., nos primeiros, na versão de 2016, os arts. 6.1.11 e 6.2.1, e, no DCFR, os arts. III-1:110/1 e 2:113. Cf. tb. o art. 6:47 do CC holandês.

¹⁴⁶ BAPTISTA MACHADO (1991b), p. 570. Já uma «quase-vinculação», como as analisadas pelo autor, admite a ponderação dos interesses do vinculado. Baptista Machado toma como exemplo, neste ponto, a responsabilidade por «injustificada interrupção» da gestão de negócios (cf. art. 466.º/1 do C. Civil).

¹⁴⁷ Assim, RAZ (1986), pp. 183-184 e 186, que se referia primordialmente a deveres éticos, e não jurídicos. Discutível é a sua tese de que a peremptoriedade dos deveres seria primária, e a dos direitos, uma mera decorrência.

lhe traz custos significativos sem vantagens observáveis para outrem. Isso seria negar à partida o dever.

Resumindo esta linha de pensamento, encontramos na fundamentação de um juízo tudo-visto dois tipos de razões. Por um lado, os direitos e deveres de princípio, e porventura ainda outras razões análogas a essas, com a sua relevância peremptória. Por outro lado, os interesses, preferências e restantes valores que não têm tal relevância e que, pelo contrário, cedem em princípio perante as razões peremptórias. Os valores não peremptórios são ponderáveis na ausência de direitos ou deveres *pro tanto* em sentido contrário, e serão atendíveis nalguns casos mesmo em prejuízo de tais direitos e deveres. Em princípio, contudo, os elementos não peremptórios cedem, e os peremptórios determinam o sentido do juízo tudo-visto.

Distingue-se assim entre *normatividade peremptória* e *normatividade compreensiva*. A primeira é constituída por direitos e deveres de princípio e pelas posições tudo-visto que correspondam a esses direitos e deveres, porventura ainda por outras posições peremptórias de princípio¹⁴⁸ e respectivas conclusões tudo-visto. A matéria da *extinção* de direitos e deveres *pro tanto* integra o «lado negativo» da normatividade peremptória, ainda faz parte dela.¹⁴⁹ A normatividade compreensiva é constituída pelas restantes razões atendíveis e pelas posições tudo-visto delas decorrentes, quer devido à ausência de posições peremptórias, quer nas situações em que estas sejam, afinal, ultrapassadas pelas restantes. No universo jurídico, relevam para a maioria dos efeitos, ou em primeiro lugar, considerações de normatividade peremptória, e não as ponderações típicas da normatividade compreensiva.

Antes de regressarmos aos CI, na alínea seguinte, cabe sublinhar que o direito peremptório não coincide com o direito estrito da dicotomia metodológica vista na alínea anterior. Não coincide e não se define de modo comparável ao direito estrito. O direito estrito *define-se em função das fontes do direito* – em especial, na nossa cultura, da lei – e designa as matérias em que a solução dos casos está significativamente determinada nessas fontes, deixando ao intérprete um espaço relativamente reduzido de

¹⁴⁸ Em muitos casos jurídicos relevam posições de segunda ordem, designadamente poderes e sujeições, mas não é necessário entrar aqui nesse pormenor, além de que os *direitos*, nalgumas das suas variantes, incluem os poderes (ou imunidades) mais significativos na solução judicial dos casos.

¹⁴⁹ Esta afirmação talvez careça de restrições ou outros aperfeiçoamentos.

consideração de outras razões, sobretudo de razões que não se destinem a encontrar um sentido jurídico nas próprias fontes. O direito peremptório define-se *em função de uma solução jurídica intermédia* – ou, noutra conceptologia, define-se através de um tipo de norma que identificamos pelo respectivo conteúdo –, e designa as matérias em que a solução final (tudo-visto) dos casos depende principalmente dos direitos e deveres de princípio cujo conteúdo a solução reproduz ou concretiza, ou da respectiva inexistência.¹⁵⁰ O direito estrito é aquele em que os «factos sociais»¹⁵¹ a que chamamos «fontes do direito» conduzem de modo relativamente simples à solução dos casos; o direito peremptório, aquele em que os direitos e deveres prévios conduzem à solução. O primeiro diz respeito ao meio (a lei) em que se exprime a solução-regra dos casos; o segundo, ao próprio teor de princípio dessa solução (direitos ou deveres *pro tanto*).

É certo que o direito estrito português exprime sobretudo conteúdos peremptórios, mas a inversa não é verdadeira: também há normatividade peremptória no direito equitativo e até fora do direito. Numa decisão de equidade (art. 4.º CC), p. ex., quanto a um pedido de restituição de um empréstimo, o direito à restituição pode naturalmente manter a sua força peremptória, sem prejuízo da multiplicidade dos modos possíveis de concretizá-lo. Numa questão estritamente ética, não jurídica, uma promessa solene entre amigos pode constituir um dever moral peremptório, eliminando a relevância da normal dificuldade do cumprimento. Também na política, tomada de um ponto de vista ético, ocorrem certamente deveres peremptórios (sem corresponderem a deveres jurídicos).

9c) Sentido substantivo de algumas indeterminações

O direito compreensivo carece do direito equitativo e, em especial, dos CI para ter expressão em termos genéricos. Por outras palavras, o direito estrito tende a coincidir com o direito peremptório. Logo, a necessidade de CI não é apenas metodológica, não é apenas um produto das fontes e da cultura jurídica, mas da própria matéria («substantiva») tratada. Nesta alínea, fundamento esta ideia, aludindo às cláusulas gerais

¹⁵⁰ Em vista da decisão judicial numa acção condenatória, e muito simplificada: se a pretensão do autor assenta num direito, condena-se à sua satisfação; se não há um direito subjacente, absolve-se.

¹⁵¹ A identificação das fontes como «factos sociais» é clássica no positivismo anglófono [cf. GREEN/ADAMS (2019)] e em nada contradiz o jusnaturalismo. A diferença é que o jusnaturalismo não pensa que o direito sejam só as fontes ou o que delas decorre.

mais notórias, com dois argumentos: a longevidade destas figuras e a manutenção da indeterminação mesmo quando o seu sentido substantivo é particularmente claro.

Os CI que ocorrem nas referências legais e doutriniais ao estado de necessidade, ao abuso do direito, à alteração das circunstâncias, aos deveres da boa fé, à justa causa de resolução e a outros¹⁵² instrumentos do direito equitativo são o modo aparentemente insubstituível de exprimir as soluções de direito compreensivo que aí se acolhem. Não há dúvida de que estas figuras acolhem soluções compreensivas. O estado de necessidade, o abuso do direito e a alteração de circunstâncias são arquétipos do afastamento de direitos em resultado de circunstâncias do caso concreto (tudo-visto). A violação de deveres da boa fé é a figura modelar da ilicitude não assente em deveres pré-constituídos, logicamente anteriores à ponderação plena das especificidades do caso. A justa causa de resolução oferece a principal hipótese de extinção de um complexo de direitos em virtude de factores, incluindo a violação de deveres, de que aqueles direitos *não* dependiam na sua subsistência de princípio.¹⁵³

Impressiona a longevidade destes vários tópicos jurídicos indeterminados. Menezes Cordeiro usa a longevidade como argumento contra a redutibilidade de algumas das figuras, mas defende que a irredutibilidade é ainda uma problema de fontes e da cultura jurídica – ou seja, um problema metodológico –, embora um problema ineliminável. A propósito da alteração das circunstâncias, o autor usa o argumento de que «falharam séculos de tentativas de a integrar sistematicamente» para negar a possibilidade de uma «redução dogmática» da figura, *i.e.*, da sua recondução a princípios determinados, e conclui pela ausência de uma

¹⁵² Outra figura que se integra, pelo menos em parte, no direito compreensivo é a usura, que se reporta à obtenção de «benefícios excessivos ou injustificados» num negócio jurídico com «exploração» da fragilidade de outrem (cf. art. 282.º CC) e que tem com a alteração das circunstâncias, pelo menos, o paralelo da modificabilidade do negócio (cf. art. 283.º). O negócio usurário tem, contudo, uma proximidade enorme com as figuras da coacção moral e do dolo negocial, que são de direito peremptório (com dúvidas quanto aos casos do dolo omissivo do art. 253.º/2-2.ª). Tudo somado, é uma figura demasiado complexa para que eu lhe atenda aqui.

¹⁵³ Pelo contrário, a resolução sinalagmática do art. 801.º/2 do C. Civil e a equivalente caducidade por impossibilidade não culposa do art. 795.º/1 não se relacionam com a figura da justa causa. Nestes casos há a dependência de princípio por excelência, o sinalagma contratual. As resoluções por incumprimentos parciais (cf. arts. 793.º/2 e 802.º/1) já envolvem um elemento compreensivo, embora não se afastem demasiado da resolução sinalagmática pura.

«ideia unitária» subjacente.¹⁵⁴ Em vez disso, a alteração das circunstâncias cairia na categoria, exposta por Engisch e Canaris, das «fracturas intra-sistemáticas», consistentes numa «contradição de princípios».¹⁵⁵ Seria semelhante ao abuso do direito, que surge perante uma «aspiração de integração sistemática» oposta à realidade em que ocorrem «as lacunas, as soluções injustas e as contraditoriedades».¹⁵⁶ Para o autor português, em cada momento histórico, o sistema cultural do direito, que «supera o somatório simples das normas», «gera uma tensão sobre os elementos que ainda lhe não tenham sido reconduzidos», cabendo «à ciência jurídica» procurar «a síntese histórica deste conflito contínuo».¹⁵⁷ As cláusulas gerais seriam o modo de responder a essa tensão.

Contra o autor, todavia, deve notar-se que a longevidade das figuras assentes em CI não é suficientemente explicada por tais regularidades históricas. Pelo contrário, se o problema fosse apenas o de, a cada momento, não haver ainda suficientes normas determinadas que exprimissem o melhor sentido do conjunto das fontes, seria de esperar que o alambique dos séculos fosse destilando essas normas e elas se autonomizassem sem grandes indeterminações.¹⁵⁸ Pelo contrário, as indeterminações mantêm-se apesar dos séculos. No seio do abuso do direito, encontram-se hoje, na melhor das hipóteses, as figuras mais ou menos determinadas do *venire*

¹⁵⁴ MENEZES CORDEIRO (1984), p. 1111.

¹⁵⁵ Trata-se de um estudo de Karl Engisch de 1935, *Die Einheit der Rechtsordnung*, referido por Larenz e discutido por Canaris. Engisch inclui nas «contradições» a comum colisão de princípios carecida de ponderação entre eles, enquanto Canaris reserva o termo para casos de uma verdadeira «contradição de valores» como elemento «perturbador», cujas implicações têm de ser combatidas pelo pensamento jurídico. Cf. CANARIS (1969), pp. 199-235, e LARENZ (1979), pp. 230-241, e, sobre o carácter «fragmentário» do sistema, pp. 693-697.

¹⁵⁶ MENEZES CORDEIRO (1984), p. 885.

¹⁵⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO (1984), pp. 1110-1114, 879-885 (abuso do direito) e 1258-1268. Esta visão do funcionamento dos sistemas jurídicos recupera uma ideia de Josef Esser, que afirma haver um movimento cultural necessário em todas as latitudes: «Todo o princípio, uma vez separado da problemática na sua origem, leva a unilateralidades e antinomias», e cabe ao «sistema» (aspas do A.) impedir esses rigorismos e contradições. «Repete-se assim em todas as culturas um movimento circular entre a descoberta dos problemas, a construção de princípios e a consolidação do sistema» [ESSER (1990), pp. 6-7; cf. também LARENZ (1979), p. 232].

¹⁵⁸ Cf. a ideia de Esser citada na nota anterior.

contra factum proprium e do *tu quoque*¹⁵⁹, mas, no próprio abuso do direito e nas restantes cláusulas gerais, as supostas destilações apenas oferecem novos CI, como os de «gravidade», «superioridade manifesta», «exigibilidade», «desproporcionalidade», «equilíbrio», «razoabilidade»¹⁶⁰, etc. A longevidade não deu lugar a conceitos determinados e, pelo contrário, sugere que a justificação dos CI não está no sistema de fontes nem na sua dinâmica histórica.

A favor da justificação substantiva e não meramente metodológica da indeterminação também vale um argumento algo simétrico ao anterior. Trata-se agora, não de partir das categorias gerais e detectar indeterminação nalguns seus produtos históricos, mas sim de partir de hipóteses determinadas e observar que elas concretizam ideias gerais indeterminadas. Comprova-se assim que aquelas cláusulas gerais têm conteúdos substantivos, não são meros instrumentos para extrair soluções ajustadas perante as contingências do sistema de fontes. Apesar disso, esses conteúdos substantivos gerais não admitem expressão determinada.

Identificamos substantivamente, p. ex., «figuras parcelares» do abuso do direito – o desequilíbrio, o *venire*, etc. – e grupos de casos típicos na alteração das circunstâncias. Mais concretamente, também várias regras relativamente determinadas sobre contratos de adesão se reconduzem à

¹⁵⁹ Figuras muito determinadas oriundas, num tempo mais recuado, das cláusulas gerais, em especial da boa fé, são também a compensação e a excepção de não cumprimento. Cf. TAVEIRA DA FONSECA (2015), pp. 38-57.

¹⁶⁰ Acolhe-se ao equilíbrio, à proporcionalidade e à razoabilidade CARNEIRO DA FRADA (2021), pp. 31-36, com estes conceitos enquadrados numa geral «concepção objectiva de justiça» (*loc. cit. e passim*). O entendimento do autor, que se estende à matéria do abuso do direito (pp. 39-41), deve ser reconduzido ainda à ideia de uma necessidade metodológica, condizente com a conclusão de que «o juízo acerca do que constitui a base do negócio é traçado *ex post* pelo intérprete-aplicador [...], ponderadas todas as especificidades do caso à luz da *ratio iuris* do art. 437, n.º 1, e dos valores que o justificam», e a base do negócio «não será, em muitos casos, mais do que uma fórmula: cómoda – tabeliônica mesmo, por vezes – na aplicação do direito, mas a reclamar cuidadosos preenchimento e fundamentação» (pp. 46-48). No mesmo sentido, o autor acrescenta que o art. 437.º é «uma norma geral [...] que [...] corrige os desequilíbrios derivados das diversas regras de distribuição do risco [...]» (p. 58). A diferença relativamente à leitura de Menezes Cordeiro reside na assunção explícita por Carneiro da Frada do elemento ético, de justiça, subjacente a estes institutos, que não se confunde com a quase factual cultura jurídica. Assente, no entanto, a função geral de justiça, estas cláusulas gerais são os seus veículos gerais, dada a impossibilidade de vertê-la por extenso nas fontes, não indicam um capítulo específico da justiça que as exija. O equilíbrio, a proporcionalidade e a razoabilidade, e ainda mais em conjunto, não delimitam tal capítulo.

exigência de actuação de acordo com a boa fé, como porventura os arts. 18.º e 21.º da lei respectiva, sobre conteúdos «absolutamente proibidos». Algo semelhante valerá talvez quanto a manifestações de justa causa de despedimento no art. 351.º/2 do Código do Trabalho, que se associam a um entendimento substantivo da figura. No Código Civil, algumas regras impedem, para casos particulares, o exercício de um direito se faltar um interesse atendível do titular nesse sentido, parecendo, pois, decorrer da boa fé, da proibição de abuso ou de um critério de desproporcionalidade.¹⁶¹ No Código de Processo Civil, as ideias expressas por esses mesmos conceitos indeterminados contribuem decerto para justificar algumas das impenhorabilidades.¹⁶² Ora, quando reconduzimos normas determinadas a cláusulas gerais secularmente indeterminadas, aceitamos que o seu sentido substantivo geral é indeterminado. Nestes casos, não há nenhum problema de limitação expressiva do conjunto das fontes e, apesar disso, o fundamento é indeterminado. Apesar de o conteúdo ser determinado, ser direito estrito, afirmamos ainda que essa é uma regra *da boa fé* ou de cláusula semelhante. O motivo para isso só pode ser o próprio conteúdo da regra, o seu sentido substantivo. Logo, também a cláusula geral tem um sentido substantivo próprio, não é um veículo geral do «sistema». Ou seja, estas cláusulas gerais não são meros instrumentos metodológicos; o seu sentido substantivo é que é indeterminado «por natureza».

A ideia de justificação substantiva dos CI, em especial como resultado da maneira de ser do direito compreensivo e das suas diferenças

¹⁶¹ Porventura, os arts. 764.º/1 e 2 (prestação por ou a incapaz sem prejuízo para ele), 770.º/d (cumprimento a terceiro não legitimado, mas sem prejuízo atendível do credor) e 1344.º/2 (o proprietário não pode proibir certos actos que não tenha interesse em impedir). Claro que todas estas disposições têm uma interpretação discutível. P. ex., o art. 1344.º/2 admite uma leitura jheringiana de circunscrição dos direitos aos interesses dos titulares [assim, OLIVEIRA ASCENSÃO (1993), pp. 181-195]. Contudo, a subjacente teoria do interesse entendida como critério normativo tem consequências antiliberais catastróficas [cf. MÚRIAS (2023), pp. 291, 312 e 391]. Parece preferível uma delimitação clássica do imóvel [cf. ALBERTO VIEIRA (2008), pp. 155-157, e HERRMANN (2008), p. 883], vendo a seguir o direito restringido pelo variável critério do abuso, quer dizer, pelo critério da ausência de interesse atendível.

¹⁶² O caso mais claro de desproporcionalidade ou «proibição do abuso» é o do art. 736.º/c, 2.ª parte, que impede a penhora de «*objectos cuja apreensão [...] careça de justificação económica, pelo seu diminuto valor venal*»: trata-se de não interferir na esfera do executado sem que isso sirva um interesse significativo do exequente. As regras dos arts. 737.º/2 e 3 a 739.º (impenhorabilidade dos instrumentos de trabalho e de certos mínimos de existência condigna) são ligeiramente diferentes, por não dependerem da atenção ao interesse do credor.

relativamente ao direito peremptório, também se torna verosímil em vista do estado de necessidade. O tópico jurídico de que a «necessidade não tem lei», se não é bimilenar¹⁶³, conta decerto com um número suficiente de séculos para o considerarmos longo¹⁶⁴, e longo na auto-afirmação de exterioridade ao direito estrito («não tem lei»). O estado de necessidade, além disso, surge nas mais variadas manifestações, sempre através de CI.

No estado de necessidade justificante, ou direito de necessidade, afasta-se um dever de princípio. No Código Civil, o art. 339.º/1 reconhece-o quanto a «destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano *manifestamente superior*». O art. 34.º do Código Penal admite-o, quanto a acções adequadas a «afastar um perigo actual» quando haja «*sensível superioridade* do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado», seja «*razoável impor* ao lesado o sacrifício» e «não [tenha] sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro».

No estado de necessidade impositivo, menos referido, a situação cria deveres, em vez de eliminá-los. Corresponde não só ao art. 200.º do Código Penal, que impõe o auxílio «em caso de *grave necessidade*», mas também ao reverso do estado de necessidade justificante, que, enquanto direito, obriga os atingidos a não impedir a intervenção do agente. Na expressão do BGB, o estado de necessidade («ofensivo», do § 904) é inclusive configurado como eliminação de uma faculdade do proprietário. A necessidade impositiva é, no entanto, uma figura geral autónoma, eliminando permissões. Se alguém tiver o direito de princípio de tirar água de um depósito do vizinho, o seu direito é derrotado quando a água

¹⁶³ Entre as *Sentenças* de Publílio Siro, do séc. I a.C., encontra-se a de que *necessitas dat legem, non ipsa accipit*: a necessidade dá a lei, não a recebe. Aí ocorrem outras observações sobre a necessidade que se diriam relevantes para uma perspectiva jurídica, p. ex., *necessitas quod celat frustra quaeritur* (pergunta-se em vão por aquilo que a n. esconde), *necessitas ab homine quae vult impetrat* (a n. consegue do homem aquilo que quer), *necessitati quodlibet telum utile est* (em caso de n., toda a arma é útil), *necessitas quam pertinax regnum tenet* (como a necessidade mantém tenazmente o reino!), *nil aliud scit necessitas quam vincere* (a n. não sabe senão vencer), etc. Siro, no entanto, não era jurista, nem lhe é de supor uma preocupação jurídica. Consultei a versão da *Latin Library* (<https://www.thelatinlibrary.com/syrus>).

¹⁶⁴ Parece que o *necessitas non habet legem* se deve, nesta forma, a um Pseudo-Isidoro do séc. IX, recebendo o acrescento de que *sed ipsa sibi facit legem* no Decreto de Graciano, no séc. XII. O tópico manteve-se desde então na cultura jurídica. Cf. PENNINGTON (2000), pp. 349-366.

tiver de ser usada para combater um incêndio numa habitação. Surge então o dever de não a tirar.¹⁶⁵

O estado de necessidade desculpante ocorre no Código Penal, art. 35.º, para «quando *não for razoável exigir*» ao agente, «*segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente*».

O estado de necessidade validante é acolhido genericamente no Código do Procedimento Administrativo, art. 3.º/2, que se refere a actos «*praticados em estado de necessidade*», sem outra especificação. Sérvulo Correia identifica diversas concretizações de uma ideia geral de estado de necessidade no direito administrativo, inclusive em poderes contratuais de modificação ou resolução conferidos às entidades públicas pelos arts. 302.º e 312.º do Código dos Contratos Públicos, o último dos preceitos referindo a alteração das circunstâncias em moldes idênticos aos do Código Civil. O autor sugere uma aproximação geral da alteração de circunstâncias ao estado de necessidade.¹⁶⁶

O estado de necessidade probatório tem tradição na teoria germânica do direito probatório material, com efeitos nas regras de prova ou, menos frequentemente, na própria distribuição do ónus da prova. A sua definição recorre ao conceito de *estado de necessidade* e à *dificuldade extrema* da prova.¹⁶⁷

Larenz apela a um «estado de necessidade de direito» (*Rechtsnotstand*) quando certas circunstâncias extraordinárias autorizam os intérpretes-aplicadores a um desenvolvimento do direito para lá dos cânones hermenêuticos normais.¹⁶⁸

São talvez mais distantes as figuras político-constitucionais de excepção (o estado de sítio ou de emergência), devido à necessidade de *declaração* pelos órgãos competentes (art. 19.º da Constituição). Distingue-as também

¹⁶⁵ Ser o exemplo também de «alteração das circunstâncias» não lhe tira pertinência. Cf., aliás, a n. seguinte e o texto respectivo.

¹⁶⁶ Cf. SÉRVULO CORREIA (2010), pp. 719-746. A *Modernização* do BGB também suscita a aproximação entre os dois tópicos, devido à linguagem da «desproporcionalidade» relativamente ao interesse do credor e à «inexigibilidade» em caso de prestações a realizar pessoalmente. Estas são, no entanto, expressões do § 275 BGB, cujo n.º 1 se refere à impossibilidade. O «desaparecimento da base do negócio» é tratado no § 313, que se reporta, de modo menos sugestivo, à «inexigibilidade» da manutenção do conteúdo contratual. Nesta perspectiva, a alteração das circunstâncias está disponível num conjunto mais variado de situações do que o estado de necessidade.

¹⁶⁷ Cf. BAUMGÄRTEL (2019), pp. 230 e 597-598.

¹⁶⁸ LARENZ (1979), p. 608 (na tradução portuguesa, «estado de necessidade jurídico»).

a sua aparente justificação na *anormalidade* da situação a que reagem¹⁶⁹, mais do que na mera desproporcionalidade dos males envolvidos. De todo o modo, encontram-se nelas aspectos validantes, justificantes e impositivos.¹⁷⁰

Dada esta longevidade e abrangência, parece de concluir que os CI são essenciais a uma boa expressão do problema. A essencialidade é tão notável quanto o critério do estado de necessidade é mais simples e, sobretudo, mais transparente do que o das outras cláusulas gerais. O estado de necessidade justificante, validante ou «probatório»¹⁷¹, uma vez devidamente delimitado¹⁷², tem como elemento nuclear a superioridade significativa dos valores a defender sobre os valores protegidos pelos direitos, deveres ou «ónus» agora ultrapassados. É também importante e complexo, sem dúvida, o limite da razoabilidade de impor o sacrifício «em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado», constante

¹⁶⁹ NOGUEIRA DE BRITO (2022), p. 331.

¹⁷⁰ Cf. tb. a ideia de estado de necessidade policial em NOGUEIRA DE BRITO (2022), p. 329. Tem ainda interesse a defesa de uma figura análoga ao estado de necessidade por um filósofo ético defensor do utilitarismo de regras. Este distingue-se precisamente por reconhecer direitos (de princípio), enquanto o anterior utilitarismo de actos admite apenas deveres tudo-visto, não se pondo a questão de um estado de necessidade. Assim a regra de «evitar catástrofes» (*prevent disaster*) de HOOKER (2000), pp. 98-99 e 165-199.

¹⁷¹ O estado de necessidade desculpante (cf. art. 35.º C. Penal), no entendimento tradicional, requer outra compreensão. Cf., no entanto, os importantes pontos de contacto defendidos por GARDNER (1996), pp. 102-130. Sobre a unidade entre a necessidade justificante civil e a necessidade validante administrativa, cf. MÚRIAS (2023), pp. 667-672.

¹⁷² Esta ressalva visa os casos superficialmente semelhantes ao estado de necessidade que na verdade se reconduzem a outra causa de justificação ou em que nem há um princípio de ilicitude que caiba excluir. Nestes casos, identificados no estudo clássico de VELOSO (1995), pp. 87-179, o agente causa a morte da vítima (ou a lesão, ou a destruição ou danificação de um objecto de sua propriedade), para se salvar a si próprio, sem violência, agressão, invasão ou sequer dolo. Na taxonomia do autor, incluem-se os «leilões» (o agente apodera-se do objecto corpóreo único de salvamento), as *fugas* (ao fugir o agente do perigo, este concentra-se sobre a vítima), as «escotilhas» (o fechamento do agente num espaço sem perigo fecha também a vítima no espaço do perigo) e as *esquivas* (casos em que o agente servia de escudo à vítima, por se encontrar no caminho do perigo, mas abandona essa posição causando a lesão do outro). Essencial nas conclusões do autor é que a ilicitude (que o verdadeiro estado de necessidade afastaria) não resulta apenas da causação da perda de um bem protegido, mas do *modo da causação*: designadamente, não é ilícita uma competição leal por meios de salvamento, desde logo por não existir um dever geral de auto-sacrifício. E interessam outras distinções quanto ao modo de matar, ferir, destruir ou danificar; não só entre acção e omissão, mas também entre haver ou não interferência, agressão, invasão, manipulação, etc. (cf. pp. 124-126, 132 e 139-146).

da lei penal, paralelo da mais apertada restrição a acções sobre coisas na letra do Código Civil, bem como o regime dos casos de perigo voluntariamente criado pelo agente, tratados de maneira diferente nas duas leis¹⁷³, mas estas questões não diminuem a transparência da figura, por comparação com a opacidade *prima facie* do abuso do direito e das restantes cláusulas gerais, nem dispensam o CI identificativo do pressuposto nuclear. O CI da «razoabilidade» no Código Penal, aliás, sugere de imediato que a solução estrita na letra do Código Civil represente alguma precipitação legislativa.¹⁷⁴

É transparente no estado de necessidade que o conjunto dos interesses e outros valores não peremptórios presentes num caso, quando significativamente contrários a um dever, direito ou outra posição peremptória, e sem razões suficientes a favor da confirmação desta, geram soluções compreensivas opostas à posição peremptória. A natureza compreensiva decorre do pressuposto nuclear da significativa *superioridade dos valores* a proteger. Não se trata de haver um (outro) direito ou dever de princípio que se imponha ao direito ou dever sacrificado. O problema fundamental é o peso das razões, e não uma eficácia peremptória contrária à sacrificada. Nisto reside, aliás, uma diferença importante entre o estado de necessidade e a legítima defesa ou a acção directa, que reagem à violação de deveres ou à insatisfação de direitos.¹⁷⁵

¹⁷³ Já me parece de alcance duvidoso o requisito da «actualidade» do perigo. Embora o requisito conste das leis e contribua para a imagem intuitiva do estado de necessidade, não é certo que caiba por si numa dogmática fundamental. Se há razões em conflito e atender a umas leva forçosamente a sacrificar as outras, parece que ou o «perigo actual» vai implicado nesse modo de delimitar o estado de necessidade, ou a inexistência de «perigo actual» implica que certo caso não seja nominalmente abrangido pela figura, mas mereça tratamento análogo à luz de outras cláusulas gerais ou porventura de regras de direito estrito. Considere-se, p. ex., a proximidade entre o estado de necessidade e o «exercício em desequilíbrio» (*exceptio doli*, como caso de abuso do direito) ou certas modalidades da alteração de circunstâncias.

¹⁷⁴ Precipitação oriunda dos §§ 228 e 904 BGB. A destruição ou danificação sempre teria de ser alargada, por elementar maioria de razão, ao mero uso de coisas alheias. É ingénua a ideia de que o ilícito «real» (como em «direitos reais») seria apenas a destruição ou danificação, e o presumível pressuposto de que esses ilícitos nunca envolvem bens pessoais é-o ainda mais. Além disso, pelo menos as acções não conflituosas nem lesivas sobre pessoas são certamente permitidas também no âmbito civil. O sentido literal do artigo 339.º C. Civil é recusado por diversos autores [cf. NOGUEIRA DE BRITO (2022), p. 327].

¹⁷⁵ Estas são figuras de direito peremptório, e a sua excepcionalidade decorre apenas do monopólio da coacção pelo Estado. No C. Civil e sem paralelo na lei penal, elas têm, no entanto, limites de direito compreensivo, na referência a «interesses superiores» ou

Também há transparência na medida em que os valores constitutivos da superioridade significativa não estão ocultos por algum déficit comunicativo das fontes do direito ou da cultura jurídica. Na maior parte dos casos, trata-se simplesmente dos interesses dos intervenientes – contando como interveniente um terceiro que o agente proteja –, e os CI mantêm-se apesar disso. Não parece possível traduzir em termos gerais de modo determinado quando é que certos interesses são *significativamente superiores* a outros, para os efeitos do estado de necessidade. A indeterminação é exigida, pois, pelo elemento substantivo. Há um certo sabor de paradoxo na nossa incapacidade de dizer uma ideia simples como esta sem CI. Mas a incapacidade e o eventual paradoxo resultam da matéria tratada, resultam do tipo de normatividade em causa, e não das contingências históricas das fontes. A lei é indeterminada por causa da matéria, e não vice-versa.

Sem embargo, são possíveis e podem ser úteis regras estritas para sub-hipóteses de estado de necessidade. Hegel sustentou que a regra de impenhorabilidade dos instrumentos de trabalho e «meios de cultivo» (cf. art. 737.º/2 do Código do Processo Civil) é uma manifestação do direito de necessidade.¹⁷⁶ Admitindo ao «estado de necessidade» tal sentido amplo, sobretudo ignorando o requisito do «perigo actual», reconduzem-se-lhe certamente outras regras, como as da constituição de servidões legais (arts. 1550.º e ss. do Código Civil), que as destinam à eliminação de um «incómodo» ou «dispêndio». A afinidade é corroborada pela obrigação de indemnizar «por facto lícito», comum aos vários casos (arts. 339.º/2, 1554.º, 1557.º/1, etc.). J. A. Veloso encontra não só concretizações do estado de necessidade, mas também *deveres de paciência* determinados na lei, quando esta limita a invocabilidade de uma situação de necessidade, com exemplo do autor no art. 1136.º do Código Civil, que impõe ao comodatário, para salvar a coisa comodatada, «o sacrifício de coisa própria de valor não superior».¹⁷⁷ E pode certamente uma lei dizer, p. ex.,

«manifestamente superiores» do sujeito paciente da acção nos arts. 336.º/3 e 337.º/1, *in fine*. Note-se também que a legítima defesa reage à violação de um dever tudo-visto (a ilicitude).

¹⁷⁶ Cf. HEGEL (1820), anotação ao § 127, p. 126. Esta segunda parte da consideração por Hegel do *Notrecht* não é referida nos autores que citei, talvez por Hegel se aproveitar da ambiguidade do termo alemão (cf. *supra*, n. 130). A ideia, se procedente, terá de ser estendida ao sentido do art. 737.º/3 CPC e ao dos artigos que se lhe seguem.

¹⁷⁷ Cf. VELOSO (1995), pp. 168-174, que inclui nos «deveres de paciência» a posição dos marinheiros, em caso de naufrágio, relativamente aos passageiros, a dos soldados,

que, em caso de incêndio florestal, é lícito retirar água para combate às chamas de quaisquer depósitos das redondezas. A regra ficaria sujeita à exceção de necessidade impositiva, como nos casos em que a água de uma piscina esteja a ser usada contra um incêndio na habitação anexa, mas o ponto de partida seria ainda uma regra de direito estrito.

Está fora dos nossos horizontes, no entanto, como sempre esteve, a redução a termos determinados do tópico geral da necessidade ou sequer dos seus principais subcapítulos como o estado de necessidade justificante, impositivo ou validante. Justifica-se dizer com Publílio Siro: «pergunta-se em vão por aquilo que a necessidade esconde».¹⁷⁸ Embora, na verdade, esteja tudo à vista.

9d) A eliminação de razões atendíveis no direito peremptório

A tendencial coincidência do direito estrito com o direito peremptório, ou a especial aptidão do direito equitativo para exprimir o direito compreensivo, explica-se prosseguindo na distinção entre peremptoriedade e compreensividade. Como disse antes, quando há um direito, não procede, contra os interesses do titular do direito, a simples invocação do peso dos interesses alheios afectados: a ideia de um direito subjectivo é a de prevalecerem os interesses do titular. E algo semelhante ocorre perante um dever de princípio ou outro tipo de vinculação (mesmo sem direito correlativo): a ideia de vinculação é a de sacrificar os eventuais interesses e preferências do vinculado em vista do valor que essa vinculação sirva. A vinculação tende a eliminar, por sua natureza, a relevância desses interesses e outros valores. Assim, p. ex., a lei, ao impor um dever, sacrifica a liberdade dos obrigados e o seu eventual interesse em não realizar a acção devida. A vinculação contratual, outrossim, exclui a liberdade

em caso de guerra, relativamente aos civis, e a dos médicos em caso de perigo de contágio. Sem embargo, talvez seja possível questionar o sentido e o acerto do art. 1136.º CC. SÉRVULO CORREIA (2010) sublinha a disposição específica da Lei das Autarquias Locais (hoje, o art. 35.º/3 da L. 75/2013) que habilita o presidente da câmara a praticar quaisquer actos da competência daquela, mas aqui não estamos no direito estrito, visto que se recorre aos CI das «circunstâncias excepcionais» e do «motivo de urgência».

¹⁷⁸ Cf. *supra*, na n. 163. Numa versão moderna, ROXIN (1997), pp. 619-620, sublinha que «todas as circunstâncias do caso concreto» contribuem para o ajuizamento do direito de necessidade, tornando «impossível produzir uma fórmula unitária» de justificação», ao contrário do que ainda acreditava a «teoria da ponderação de bens». Mesmo a ponderação se sujeita, no entanto, à indeterminação da superioridade manifesta, «conforme vale onde quer que o direito exija decisões valorativas».

do obrigado de não realizar a acção a que se obrigou e sacrifica o interesse que ele venha a descobrir que teria na inexistência do contrato e consequente não cumprimento. E também a obrigação de indemnizar, como qualquer outra, favorece o respectivo credor à custa da liberdade e dos interesses do devedor: no caso da obrigação de indemnizar, por ter acontecido antes e de facto um sacrifício inverso, mas esta é apenas uma das inúmeras fontes de vinculações.

Este sentido «óbvio» dos direitos e das vinculações merece ser sublinhado porque, à partida, são ética e juridicamente atendíveis todos os interesses e preferências das pessoas humanas, enquanto seres dignos de consideração e respeito. De modo análogo, são atendíveis os «interesses» e decisões de pessoas colectivas, em sistemas jurídicos que as reconhecem. Contudo, eles deixam de ser atendidos, em princípio, no âmbito de uma vinculação e deixam, por vezes, de ser atendidos mesmo em confronto com interesses *idênticos ou inferiores* do titular de um direito correlativo. Outros valores, para mais, podem ficar desatendidos no âmbito de uma vinculação, designadamente os interesses de terceiros que dependam do vinculado e diversos valores impessoais. É nisto que consiste a peremptoriedade dos direitos e deveres de princípio, ou seja, é nesta medida que os deveres e direitos constituem *razões peremptórias* que em princípio se impõem a *razões meramente ponderáveis* como os interesses, as escolhas e outros valores. Em caso de conflito, as razões ponderáveis cedem, não chegam a ser ponderadas, e os elementos peremptórios determinam o sentido do juízo tudo-visto. Na alínea 9b tínhamos chegado até aqui.

É conveniente apenas mais uma clarificação da peremptoriedade de direitos e deveres. Cabe deitar mão a uma categoria de razões propugnada na teoria do direito e da ética, a que vou chamar «razões desactivadoras» (de outras razões), por ser um termo mais ou menos neutro.¹⁷⁹ Trata-se, em todo o caso, de razões – factos em princípio atendíveis para algum efeito normativo – que eliminam a relevância de outras razões, ou seja, que impedem certos outros factos de contar como razões ou que, pelo menos, diminuem a sua relevância. Esta é uma matéria bastante tratada na literatura ética, com proximidade à filosofia do direito, mas que não

¹⁷⁹ Embora a minha expressão adapte uma de DANCY (2004), pp. 38-43 (esp.^{le}, 41-42) que na verdade entende que os «disablers» não são «razões»... Não é fácil a opção entre multiplicar terminologia e usar expressões amarradas a teorias discutíveis.

interessa debater aqui.¹⁸⁰ Raz criou a categoria das «razões excludentes», que seriam «razões de segundo grau» para «não agir por certas outras razões».¹⁸¹ J. McDowell, no plano da ética, referiu-se às razões de virtude como «razões silenciadoras» de razões de outro género, e não meramente superiores a estas numa ponderação.¹⁸² Autores mais recentes, entre os quais D. Whiting, referem-se a «razões sabotadoras», que levam a que outros factos deixem de ser razões ou percam peso deliberativo.¹⁸³

A terminologia das «razões excludentes» de Raz é, de longe, a mais reconhecida, embora não necessariamente com adesão às suas teses. As diferenças entre os autores não são apenas terminológicas¹⁸⁴, e eu vou manter-me com a expressão algo ambígua, mas suficientemente informativa, das «razões desactivadoras». Dos vários autores retira-se, em todo o caso, a aproximação possível a um consenso no sentido de que há razões desactivadoras, ou seja, de que a relevância normativa de alguns factos é eliminar ou diminuir a relevância normativa de outros.¹⁸⁵ Este é, com toda a verosimilhança, um bom caminho de análise do conceito de peremptoriedade. Seguindo o caminho, «razões peremptórias» são, portanto, razões normativas em favor de um certo estado de coisas que também têm o sentido de desactivar e, para se chegar à peremptoriedade, efectivamente desactivam razões em favor do contrário. Logo, os direitos

¹⁸⁰ Cf. MÚRIAS (2023), pp. 484-489, e, quanto à ideia de que todo o dever, toda a vinculação implica a derrota do possível desvalor pessoal, atinente ao obrigado, daquilo a que se está vinculado, pp. 474-475 (e 548 ss.). Para algumas considerações gerais sobre «razões», cf. pp. 148-152.

¹⁸¹ RAZ (1990), pp. 35-48. Alguns autores portugueses traduzem o termo inglês «exclusionary» letra a letra, como «exclusionárias», mas isso parece-me injustificável.

¹⁸² McDOWELL (1978), pp. 13-29 (26-29).

¹⁸³ WHITING (2017), pp. 398-420, directamente contra a posição de Raz. Whiting apoia-se num estudo de SCHROEDER (2011), pp. 328-344, e ambos fazem uso de distinções de DANCY (2004).

¹⁸⁴ Ao contrário, p. ex., da diferença entre «peremptoriedade», «direitos-trunfos», «restrições deontológicas», etc., que, esta sim, respeita a pouco mais do que à escolha das palavras (cf. *supra*, ca. n. 139).

¹⁸⁵ Do mesmo modo, sugere-se, simetricamente, que a relevância normativa de alguns factos é gerar ou aumentar a relevância normativa de outros. Haveria, portanto, razões «activadoras» e «razões de reforço». Dancy, com efeito, admite a existência de «enablers». (cf. a n. 179 *supra*). E poderíamos ainda distinguir razões desactivadoras de outras razões desactivadoras, etc. Não é nada certo, contudo, que devam juntar-se todas estas figuras ao nosso arsenal de conceitos. P. ex., não é certo que haja alguma diferença entre «duas razões», sendo uma «activadora» da outra, e uma razão só. No texto, ignoro estas possibilidades.

e deveres de princípio são constituídos por razões peremptórias, ou seja, por factos que favorecem a realização do conteúdo desses direitos ou deveres e que, simultaneamente, eliminam, pelo menos em princípio, a relevância normativa de factos que contariam em favor do contrário. Entre as razões desactivadas pelos factos constitutivos de um direito ou um dever, encontram-se, em especial, os eventuais interesses e escolhas do sujeito vinculado contrários à satisfação do direito ou ao cumprimento do dever. Estes seriam, em princípio, razões contra a satisfação do direito ou dever, quando for o caso. A sua relevância como razões, no entanto, foi impedida, desactivada.

A construção teórica das razões desactivadoras não se refere aqui a uma realidade diferente da peremptoriedade, mas apenas a um novo modo de expor essa mesma peremptoriedade. Assim, dir-se-á que o interesse de uma parte num contrato em não o cumprir não é, em princípio, razão para isso, porque, ao convencionar a obrigação, a parte desactivou voluntariamente a relevância desse seu eventual interesse. O interesse do causador culposos de certos danos em não responder por eles é, em princípio, tornado irrelevante pela ilicitude culposa para com o lesado. E a relevância do interesse e da preferência do obrigado no sentido de não realizar certo acto imposto por mera determinação legal é afastada pelas razões constitutivas da autoridade da lei. Sem os factos constitutivos dos deveres de princípio ou direitos, os interesses e preferências dessas pessoas seriam factos jurídicos atendíveis. Uma vez ocorridos aqueles factos constitutivos, a relevância dos interesses ou preferências é, em princípio, eliminada. Os eventuais interesses e preferências foram desactivados enquanto razões jurídicas (ou éticas, conforme o caso). Isto ocorre com a generalidade dos direitos e deveres *pro tanto*.¹⁸⁶

Obtém-se assim uma nova representação da diferença entre normatividade peremptória e normatividade compreensiva. Nesta, *todas as razões contam* para o resultado normativo final, tudo-visto (daí a designação «compreensiva»). Na normatividade peremptória, *algumas das razões não contam*, por terem sido desactivadas por outras razões, apesar de as desactivadas terem à partida alguma relevância. Nos casos comuns em que as razões desactivadas são os interesses e vontades do vinculado, trata-se de um grupo importante de razões. Elimina-se, em princípio, um dos fundamentais conjuntos de factores que, de outro modo, teriam de ser ponderados para um juízo normativo tudo-visto. Com isso, evita-se em

¹⁸⁶ Ressalvados os casos a que me referi na n. 141.

simultâneo a ponderação desses factores com os valores que se ergueriam em sentido contrário, nomeadamente, quando for o caso, os interesses e escolhas do titular do direito correlativo. Eliminando-se por atacado a pertinência desses factores, tornam-se também irrelevantes, em terceiro lugar, quaisquer razões desactivadoras de subgrupos de razões dentro do grupo desactivado ou daquele que se lhe contraporía. Por conseguinte, a solução de um caso no seio do direito peremptório é, em princípio, *muito mais simples do que a de um caso de direito compreensivo*.

Dois parágrafos ainda sobre esta terceira simplificação que ocorre no direito peremptório, pensando nos casos centrais em que a posição peremptória é um direito de uma pessoa contra outra. A primeira simplificação é a eliminação da relevância dos interesses e vontades do vinculado contrárias à realização do conteúdo do direito; a segunda, a eliminação dos interesses e vontades do titular do direito que se ponderariam contra as anteriores; a terceira é a eliminação da relevância de razões desactivadoras de alguma razão individualizada ou de um subgrupo de razões dentro dos dois grupos anteriores.

O terceiro aspecto tem bastante interesse, correspondendo à ideia de que um juízo tudo-visto genericamente compreensivo admite no seu interior aspectos peremptórios. P. ex., nas regras do Código Penal sobre a figura compreensiva do estado de necessidade justificante, é eliminada a relevância do perigo, *rectius*, do interesse voluntariamente criado pelo agente, salvo quando se trate de proteger terceiro (art. 34.º/a). Esta não há-de ser uma solução isolada. Creio que o Código Penal admite outras restrições através da alínea c) do mesmo artigo.¹⁸⁷ Em direito civil e noutros ramos «relacionais», há decerto todas as variações. Não só não conta, em princípio, um interesse voluntariamente criado em prejuízo de direitos alheios, também não deve contar um interesse que o titular se comprometera a não criar, outro que prometera não fazer valer, outro que decorra de uma violação anterior (*tu quoque*), etc. A solução genericamente compreensiva de um caso concreto pode incluir no seu seio quaisquer elementos peremptórios. Isto condiz com a ideia, expressa na

¹⁸⁷ Sem prejuízo das dúvidas que gera a própria alínea a) do art. 34.º. Se o agente gera voluntariamente um perigo para a sua vida ou integridade pessoal, não parece ilícito destruir um bem venal alheio para salvá-las. Por outro lado, ROXIN (1997) pp. 633-636, dava já por consensual que a necessidade justificante não é afastada pela *culpa do perigo*, ao contrário da doutrina corrente anterior (seria necessária a criação *voluntária* do perigo).

linguagem da tradição civilística alemã, de um «regresso do sistema»¹⁸⁸ através das aberturas compreensivas e equitativas que se encontram nas cláusulas gerais e noutros CI. O conjunto das fontes, maioritariamente estritas e peremptórias, manifesta-se no direito compreensivo em virtude da natureza deste, com o seu ponto de partida na ponderação geral dos valores presentes, em especial os interesses e pretensões das partes.

Falta expressar as consequências da análise da peremptoriedade para a distinção entre direito estrito e direito equitativo, este a incluir os CI. Quando, nas situações que uma lei pretenda regular, seja correcta uma solução peremptória, isto é, quando seja adequado o estabelecimento de deveres ou direitos de princípio, com desactivação, também de princípio, das razões em sentido contrário, não há, por regra, obstáculo a que o conteúdo e os elementos constitutivos dessas posições normativas sejam expressos por conceitos determinados, numa regulação de direito estrito. É isso que ocorre na generalidade das disposições legais. Admitindo que, por vezes, a justiça das soluções é essencialmente independente daquilo que a lei dispõe a seu respeito, dir-se-á que, nos casos em que *há* razões desactivadoras constitutivas de posições peremptórias, a correspondente regulação de direito estrito é, por regra, adequada.

Quando, pelo contrário, as situações reclamem uma solução compreensiva, ou seja, quando não se deva eliminar a relevância de princípio de certos valores, de certos conjuntos de razões, a começar pelos interesses dos sujeitos visados, com os pesos variáveis que venham a ter, só

¹⁸⁸ Cf. a referência às posições de Engisch, Esser, Larenz, Canaris e Menezes Cordeiro no parágrafo da n. 155, na alínea anterior. O «sistema» cultural é o enquadramento e o substrato em que Menezes Cordeiro radica a «materialidade subjacente» como ideia principal da boa fé [MENEZES CORDEIRO (1984), pp. 1252-1257 e até à 1281]. O que o autor não chega a dizer, embora a palavra «materialidade» pudesse sugerir-lo, é que a boa fé, como outras figuras do direito equitativo, reclama o ponto de partida da ponderação compreensiva de todos os valores relevantes, a começar pelos simples e, vale a pena dizer, *naturais* interesses e preferências das pessoas envolvidas. O sistema cultural (vs. «natural») e de fontes opera em cima disso. O art. 16.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, com o seu matiz de *spin-off* da tese de Menezes Cordeiro, autonomiza, nesta parte, «o objectivo que as partes visam atingir». Este pode ser lido como subjectivação (as partes «visam-no») de valores como o interesse e a vontade, aproveitando a ideia tradicional de «finalidade» (de negócios jurídicos, leis, etc.), que delimita através do texto negocial, em termos felizmente vagos, os valores relevantes. O defeito da disposição legal é que os valores não têm de ter sido *visados*: se o aderente ao contrato tem um interesse importante em certa leitura ou conteúdo do contrato, embora sem saber disso, tal interesse conta para a boa fé. A referência aos «valores fundamentais do direito» no proémio do artigo também não parece pretender referir-se aos valores elementares.

parece possível uma regulação através de CI ou outras formas do direito equitativo. Veja-se, sobretudo, que a totalidade de razões relevantes só pode ser aferida no caso concreto, seja no caso concreto de acção ou no caso concreto de decisão.¹⁸⁹ Para esses casos, a lei poderia dizer isto mesmo, *i.e.*, que a solução decorre «da totalidade das razões jurídicas que no caso convenham». Não sendo essa linguagem comum, a lei usa as correspondentes referências ao que for «justificado», «razoável», «equilibrado», «adequado», «proporcional», «de acordo com a boa fé», etc. Por vezes, remete-se à equidade, e noutras àquilo que o tribunal *considerare* adequado. Os conceitos determinados do direito estrito é que não parecem utilizáveis aqui. Os conceitos determinados não dão espaço à relevância de todas as razões pertinentes no caso concreto. Nestas situações, a regulação de direito equitativo é exigida pelas características substantivas do caso, *i.e.*, pela sua pertença ao direito compreensivo. Os CI servem então uma necessidade substantiva, conforme eu queria mostrar. É este o seu particular *valor*.

Nada disto faz esquecer que os CI também ocorrem nas fontes do direito por razões metodológicas e, sejam quais forem as explicações da sua presença, sempre deixam ao intérprete-aplicador uma «liberdade» acrescida na apreciação dos casos. Decorre do que vimos que não há nenhuma incompatibilidade entre uma regulação por direitos e deveres de princípio e a utilização de CI na lei ou nos negócios jurídicos. Simetricamente, o legislador, nos limites constitucionais, ignorará por vezes as exigências do direito compreensivo regulando por direito estrito. Nesses casos, a solução legal será substantivamente incorrecta, mas nem por isso directamente ultrapassável, nos ditos limites constitucionais. Noutros casos ainda – sem dúvida comuns – *a regulação legal estrita altera os dados substantivos* da questão. A lei também é um facto jurídico, e a legalidade também é um valor. Embora o ponto de partida seja um caso de direito compreensivo, os possíveis efeitos de previsibilidade de uma solução, de estabilização de expectativas e de coordenação de comportamentos (efeitos de «segurança jurídica»), ou mesmo a assunção legal de um objectivo distributivo ou outro «interesse público» («razões de política»¹⁹⁰), podem ultrapassar as considerações normativas anteriores à produção legislativa. Mas, é claro, também podem não o fazer.

¹⁸⁹ Cf. estes conceitos na alínea 9b, no parágrafo da n. 138.

¹⁹⁰ Cf. DWORKIN (1994), pp. 22-23 e *passim*, e em obras posteriores do autor.

O mais surpreendente no direito compreensivo é o seu ocasional efeito de ultrapassar o direito peremptório, afastando o que dele resultaria numa questão tudo-visto. O estado de necessidade, o abuso do direito e a alteração das circunstâncias mostram com evidência essa possibilidade. Apesar de os direitos e deveres *pro tanto* serem, em geral¹⁹¹, peremptórios, não deixam de ser apenas *pro tanto*, não deixam de ser meros direitos ou deveres de princípio. Numa situação concreta, tudo visto, podem ser ultrapassados por outras razões. Este é um modo importante de sobreposição, num caso, destas variantes fundamentais do direito (e da moralidade): por vezes, a plenitude das razões relevantes, o direito compreensivo, regressa superando as razões desactivadoras próprias do direito peremptório.¹⁹² Nada do que eu disse esclarece quando e como é que o conjunto das razões pode ultrapassar razões peremptórias que em princípio derrotavam os interesses, ou seja, quando é que o conjunto das razões consegue afinal derrotar as razões desactivadoras, cujo sentido era precisamente impedir a relevância de (parte d)esse conjunto. A tentativa de resposta, mesmo que esquemática, já não cabe aqui. O problema exacto, que fica para outro estudo, é o de compatibilizar a ideia de peremptoriedade e de razões desactivadoras com a possibilidade da sua superação por razões não peremptórias, comum em casos de abuso do direito ou alteração das circunstâncias e forçosa nas situações de estado de necessidade.¹⁹³

¹⁹¹ Cf. a n. 141 *supra*.

¹⁹² O outro modo central de «sobreposição», neste sentido, é o «regresso do sistema» peremptório para desactivação de subgrupos de razões potencialmente relevantes no direito compreensivo, a que me referi na alínea anterior (ca. n. 188). Terceira possibilidade de sobreposição é a de o direito peremptório se conduzir só por si a um impasse, o que talvez force que o direito compreensivo intervenha. O principal exemplo é o de conflito de direitos, que Vaz de Sequeira efectivamente identifica como situação de impasse: cf. VAZ DE SEQUEIRA (2004), pp. 10-14, 160 e 170-174. Um artigo acabado de sair de RETTIG/FORNAROLI (2023), pp. 136-152, trata os conflitos de direitos na perspectiva atraente de que os direitos em conflito, embora sujeitos a uma ponderação, não podem ser considerados como *meros interesses*, ou seja, na perspectiva de que eles têm de manter a sua natureza de direitos.

¹⁹³ Mas não em todas as causas de justificação: a legítima defesa e a acção directa parecem enquadrar-se simplesmente no direito peremptório (cf. a n. 175 *supra*). Este aspecto marca uma diferença essencial entre as minhas lucubrações e as de GARDNER (1996), que considera todo o problema conceptual da *justificação*, em direito, em face da existência de *razões excludentes* de Raz, como elemento de «*razões protegidas*», que explicariam a *autoridade da lei* [cf. RAZ (1979), pp. 17-19]. O próprio Raz, contudo, veio a dirigir as suas razões excludentes para a matéria da peremptoriedade (*supra*, ca. n. 139), a única que me interessa. É-me aqui indiferente que as razões desactivadoras devam ser

Bibliografia

- ABREU, Pedro, «Metalinguistic Negotiation, Speaker Error, and Charity», *Topoi*, vol. 42, 1001-1016, 2023.
- ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3 ed., Suhrkamp, Frankfurt, 1996 (1978).
- ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo, *The Decline of Private Law*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2020.
- ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo, «A Revolução Constitucional Savigniana», *BFDUC*, vol. 96/2, 2020, 995-1037.
- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra Ed., Coimbra, 1972, reimp., 1992.
- ÂNJEL, José, «The Inferential Meaning of Controversial Terms: The Case of “Terrorism”», *Topoi*, vol. 42, 2023.
- ANGLE, Stephen C., «Social and Political Thought in Chinese Philosophy», in Edward N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, acessível em <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/chinese-social-political/>, 2022.
- ANTUNES VARELA, João, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2000.
- AQUINO, Tomás de, *De Principiis Naturae*, c. 6, in Enrique Alarcón (org.), *Corpus Thomisticum. S. Thomae de Aquino Opera Omnia*, Fundación Tomás de Aquino, 2011, acessível em <https://www.corpusthomicum.org/opn.html>.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. A. C. Caeiro, Quetzal, Lisboa, livro V, cap. X, 2004.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Quetzal, Lisboa, 2004.
- ASCENSÃO, António de Oliveira, *Direito civil. Reais*, 5.^a ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1993.
- AYALA, Bernardo, *O Défice de Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, 1.^a ed., Lex, Lisboa, 1995.
- BAUMGÄRTEL, Gottfried/LAUMEN, Hans-Willi/PRÜTTING, Hanns, *Handbuch der Beweislast*, vol. I, 4.^a ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2019.
- BAPTISTA MACHADO, João, «Risco Contratual e Mora do Credor», in *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Braga, vol. I, 1991a, pp. 257-343.
- BAPTISTA MACHADO, João, «A Cláusula do Razoável», in *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Braga, vol. I, 1991b, pp. 457-621.
- BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, reimp., Almedina, Coimbra, 1995.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. da 2.^a ed. de A. M. Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- CAPPELEN, Herman e Lepore, Ernest, «Quotation», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, acessível em <https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/quotation/>, 2023.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Contrato e Deveres de Protecção*, Supl. BFDUC, vol. XXXVIII, 1994.

vistas como razões excludentes, sabotadoras ou com outra natureza, que a «autoridade» da lei ou do direito se relacione ou não com razões excludentes e que o conceito geral de justificação mereça uma ou outra análise. Interessa-me apenas a possibilidade de os interesses e valores semelhantes poderem afastar deveres e direitos.

- CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, Principia, Parede, 2021.
- CASTANHEIRA NEVES, António, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Almedina, 1967.
- CASTANHEIRA NEVES, António, *Metodologia Jurídica*, Coimbra Ed., Coimbra, 1993.
- CASTANHEIRA NEVES, António, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003.
- COLLAÇO, I. Magalhães, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Ed. Império, Lisboa, 1964.
- DAGAN, Hanoch. «Restitutionary Damages for Breach of Contract», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 1, p. 115, 2000.
- DANCY, John, *Moral Reasons*, Wiley-Blackwell, New Jersey, 1993.
- DANCY, John, *Ethics without Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- DAVIDSON, Donald, *Inquiries into Truth and Interpretation*, 2.^a ed., Clarendon, 2001.
- DERRIDA, Jacques, *Force de Loi. Le Fondement Mystique de l'Autorité*, Galilée, Paris, 1994.
- DUARTE D'ALMEIDA, Luís, «On the Legal Syllogism», in Plunkett et al. (coord.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- DUARTE, David, «Os Argumentos da Interdefinibilidade dos Modos Deonticos em Alf Ross», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 43, n.º 1, 2002.
- DUARTE, David, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006.
- DUARTE, David, «An Experimental Essay on the Antecedent and its Formulation», *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, n.º 16, 2012, pp. 37-60.
- DWORKIN, Ronald, «The Jurisprudence of Nixon», *New York Review of Books*, vol. 18, n.º 8, 1972, pp. 27-44.
- DWORKIN, Ronald, «Rights as Trumps», in Jeremy Waldron (org.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, reimpr., Duckworth, Londres, 1994.
- EMMERICH, Volker von, anot. ao § 243 in *Münchener Kommentar*, vol. II, 8.^a ed., Beck, Munique, 2019.
- ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- ENGISCH, Karl *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.^a ed., trad. J. Baptista Machado da 8.^a ed. alemã, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988 (1983).
- ENGISCH, Karl *Die Einheit der Rechtsordnung*, C. Winter, Heidelberg, 1935.
- ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm*, 4.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1990 (1956).
- FERREIRA GOMES, José, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2014.
- FLORSTEDT, Tim, *Recht als Symmetrie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.
- FONSECA, Ana Taveira da, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2015.

- FOOT, Philippa, «Abortion and the Doctrine of Double Effect», *Oxford Review*, n.º 5, 1967, pp. 5-15.
- FOOT, Philippa, «Abortion and the Doctrine of Double Effect», in *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 19-32.
- FORBES, Graeme, «Intensional Transitive Verbs», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, acessível em <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/intensional-trans-verbs/>, 2020.
- FRANKFURT, Harry, *On Bullshit*, Princeton University, New Jersey, 2005.
- GALLIE, Walter Bryce, «Essentially contested concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1956, pp. 167-198.
- GARDNER, John, «Justifications and Reasons», in A. P. Simester e A. T. H. Smith (coords.), *Harm and Culpability*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 102-130.
- GERNHUBER, Joachim, *Das Schuldverhältnis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1989.
- GOMES CANOTILHO, José, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Ed., 1982.
- GREEN, Leslie e ADAMS, Thomas, «Legal Positivism», in Edward N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>, 2019.
- HAMACHER, Andreas, «“Klima” als Rechtsbegriff», *Natur und Recht*, vol. 45, 2023
- HARE, R. M., *Freedom and Reason*, Oxford University Press, Oxford, 1963, pp. 10-21.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1994.
- HART, H. L. A., *O Conceito de Direito*, trad. A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Princípios da Filosofia do Direito*, trad. O. Vitorino, 4.ª ed., Guimarães Ed., Guimarães, 1990.
- HERRMANN, Elke, «Das Eigentum», in *Staudinger. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2008.
- HOOVER, Brad, *Ideal Code, Real World. A Rule-Consequentialist Theory of Morality*, 1.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2000.
- HUBER, Ulrich, «Der Inhalt des Schuldverhältnisses», in *Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts*, De Gruyter, 2008.
- JACOBSON, Daniel, «Fitting Attitude Theories of Value», in Edward N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/fitting-attitude-theories/>, 2011.
- KANT, Immanuel, «Introdução à Doutrina do Direito», *Metafísica dos Costumes*, trad. e intr. J. Lamego, FCG, Lisboa, 2004, §E, pp. 45-52.
- KELSEN, Hans, *A Justiça e o Direito Natural*, trad. e pref. J. Baptista Machado, reimp., Almedina, 2001 (1960).
- KOCH, Hans-Joachim, «Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht», in Hans-Joachim Koch (ed.), *Juristische Methodenlehre und Analytische Philosophie*, Athenäum, 1976.
- KOCH, Hans-Joachim, «Zur Methodenlehre der Rechtspositivismus», in R. Alexy et al. (ed.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2003.
- KOCH, Hans-Joachim e RÜSSMANN Helmut, *Juristische Begründungslehre*, Beck, Munique, 1982.
- KOKOTT, Juliane, *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, Springer, New York City, 1993.

- LARENZ, Karl, *Richtiges Recht*, Beck, Munique, 1979.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LARENZ, Karl e CANARIS, Claus Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II/2, *Besonderer Teil*, 13.ª ed., Beck, Munique, 1994.
- LUDLOW, Peter, *Living Words*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- LUDWIG, Kirk E RAY Greg, «Semantics for Opaque Contexts», *Noûs*, vol. 32, supl. *Philosophical Perspectives*, n.º 12, 1998, pp. 141-166.
- MACKIE, John L, *Truth, Probability and Paradox*, Oxford University Press, Oxford, 1973.
- MARGOLIS, Eric e LAWRENCE, Stephen, «Concepts», in Edward N. Zalta e Uri Nodelman (eds.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/concepts/>, 2019.
- MATEUS, M.ª Helena *et al.*, *Gramática da língua portuguesa*, 5.ª ed., Caminho, Lisboa, 2003.
- MCDOWELL, John, «Are Moral Requirements Hypothetical Imperatives?», *Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes*, n.º 52/1, 1978.
- MENEZES CORDEIRO, António, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Lisboa, 1984.
- MENEZES LEITÃO, João, «Contratos Cíveis, Comerciais e de Consumo. Uma Inquirição de Taxinomia», em Rui Ataíde *et al.* (org.), *Estudos de Direito do Consumo*, vol. 1, Almedina, 2023, pp. 515-630 (599).
- MOTA PINTO, Carlos, *Cessão da Posição Contratual*, reimp., Almedina, Coimbra, 1982 (1970).
- MONTEIRO PIRES, Catarina, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, Coimbra, 2017.
- MÚRIAS, Pedro, *Por uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*, Lex, 2000.
- MÚRIAS, Pedro, «A Unificação das Impossibilidades», *RDES*, vol. 56 (29 da 2.ª Série), n.º 4, 2015, pp. 129-199.
- MÚRIAS, Pedro, «O que é um Interesse no Sentido que Geralmente Interessa aos Juristas?», in Fernando Araújo, João Taborda da Gama, Paulo Otero (coords.), *Estudos em Memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra Ed., Coimbra, 2011, pp. 829-857.
- MÚRIAS, Pedro, *A Análise Axiológica do Direito Civil*, Gestlegal, Lisboa, 2023.
- NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, *Sobre a Discricionariedade Técnica*, sep. *RDES XXXVI*, n.ºs 1, 2 e 3, Janeiro-Setembro de 1994.
- NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2022.
- NOGUEIRA DE BRITO, Miguel e Múrias, Pedro, *Um Sim e um Não sobre o Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo*, Entrelinhas, Lisboa, 2008.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, Nova Iorque, 1974.
- PAIS VASCONCELOS, Pedro, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995.
- PALMA, Fernanda, «Justificação em Direito Penal», in *Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira*, sep. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 48, 1995.
- PENNINGTON, Ken, «Innocent III and the Ius Commune», in R. Helmholz *et al.* (org.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau*, Schöningh, 2000.
- PEREIRA, M.ª Lurdes, *Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2001.

- PINTO DUARTE, Rui, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000.
- RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, trad. C. Pinto Correia, Presença, Lisboa, 1993 (1971).
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 1990.
- RETTIG, Cristián/FORNAROLI, Giulio, «Conflicts of Rights and Action-Guidingness», *Ratio Juris*, vol. 36/2, 2023, pp. 136-152.
- ROMANO MARTINEZ, Pedro, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2020
- ROSCH, Eleanor, «Natural Categories», *Cognitive Psychology*, n.º 4, 1973.
- ROSCH, Eleanor, «Reclaiming Concepts», in *Reclaiming Cognition*, R. Nunez e W. J. Freeman (coord.), Thorverton, 1999 (= *The Journal of Consciousness Studies*, vol. 6, n.º 11-12, pp. 61-77).
- ROSS, Alf, «Tû-tû», *Harvard Law Review*, n.º 70, 1957, pp. 812-825.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, 3.^a ed., Beck, 1997.
- ROXIN, Claus/Greco, Luís, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, 5.^a ed., 2020
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, «System des heutigen römischen Rechts», *Veit und Comp*, 1840, vol. 1, p. 376.
- SCHROEDER, Mark, «Holism, Weight, and Undercutting», *Noûs*, vol. 45/2, 2011, 328-344.
- SCHWARZE, Roland, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 3.^a ed., De Gruyter, Berlin, 2022.
- SÉRVULO CORREIA, J. M., «Revisitando o Estado de Necessidade», in *Em Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral*, J. Caupers et al. (coord.), Almedina, Coimbra, 2010.
- SIRO, Publílio, *Sentenças*, acessível em latim em <https://www.thelatinlibrary.com/syrus.html>.
- SORENSEN, Roy, «Vagueness has no Function in Law», *Legal Theory*, vol. 7, 2001, pp. 387-411.
- SORENSEN, Roy, «Vagueness», in Edward N. Zalta e Uri Nodelman (eds.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, acessível em <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/vagueness/>, 2022.
- SOUSA, A. Francisco, *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1994.
- STANFORD, Kyle, «Underdetermination of Scientific Theory», in Edward N. Zalta e Uri Nodelman (eds.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/scientific-underdetermination/>, 2023.
- SUITS, Bernard, *The Grasshopper: Games, Life and Utopia*, David R. Godine, Boston, Massachusetts, 1990 (1978).
- TOPITSCH, Ernst, «Über Leerformeln. Zur Pragmatik des Sprachgebrauches in Philosophie und politischer Theorie», in *Probleme der Wissenschaftstheorie. Festschrift für Victor Kraft*, Viktor Kraft, Ernst Topitsch (coord.), Springer, Berlin, 1960.
- TREITEL, Gunther, *The Law of Contract*, 9.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 1995.
- VAZ DE SEQUEIRA, Elsa, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, Universidade Católica, Lisboa, 2004.
- VELOSO, José António, «Sortes», in *Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira*, sep. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1995.

- VIEIRA, J. Alberto, *Direitos Reais*, Coimbra Ed., Coimbra, 2008
- WAISMANN, Friedrich, «Verifiability», in *Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes*, vol. 19, 1945, pp. 119-50.
- WALDRON, Jeremy, «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues», *California Law Review*, vol. 82, n.º 3, 1994, pp. 509-540.
- WEDBERG, Anders, «Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science», *Theoria*, n.º 17, 1951, pp. 246-275.
- WHITING, Daniel, «Against Second-Order Reasons», *Noûs*, vol. 51, n.º 2, 2017, pp. 398-420.
- WHITING, Daniel, «Conceptual Role Semantics», in *Internet Encyclopedia of Philosophy*, ISSN 2161-0002, <https://iep.utm.edu/conceptual-role-semantics/>, s.d. (2009).
- WILLIAMSON, T, *Vagueness*, Routledge, Oxfordshire, 1994.
- WILMOT-SMITH, Frederick, «Express and Implied Terms», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2023, n.º 43/1, pp. 54-75.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigações Filosóficas em Tratado Lógico-Filosófico/ Investigações Filosóficas*, trad. M. S. Lourenço, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995a, n.º 43, p. 207.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigações Filosóficas em Tratado Lógico-Filosófico/ Investigações Filosóficas*, trad. M. S. Lourenço, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995b, n.ºs 66-77, pp. 227-236.
- ZAMIR, Eyal, «The Missing Interest. Restoration of the Contractual Equivalence», *Virginia Law Review*, vol. 93, 2007, pp. 59-138.