Católica Talks

5

Conceitos Indeterminados e Cláusulas Gerais

UCP EDITORA

Católica Talks

Conceitos Indeterminados e Cláusulas Gerais

Título Católica Talks:
Conceitos Indeterminados e Cláusulas Gerais
Coordenação Elsa Vaz de Sequeira
Coleção Investigação

© Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito,
Research Centre for the Future of Law
© Universidade Católica Editora

Revisão Editorial Mário Azevedo
Capa Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS
Conceção Gráfica Magda Macieira Coelho
Impressão e acabamentos Papelmunde
Depósito Legal 537205/24
Data setembro 2024
Tiragem 100

DOI https://doi.org/10.34632/9789725410318
ISBN 9789725410318
eISBN 9789725410325

Licença: Este trabalho encontra-se publicado com a Licença
Internacional Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0

Católica Talks

Conceitos Indeterminados e Cláusulas Gerais

COORDENAÇÃO
Elsa Vaz de Sequeira

UCP EDITORA

Índice

7 Prefácio

9 Ana Taveira da Fonseca
Justa Causa

31 Gonçalo de Almeida Ribeiro
Considerações sobre o Abuso do Direito

67 Luís Fábrica
Interesse Público

83 Mafalda Miranda Barbosa
Conceitos Indeterminados e Flexibilização do Sistema:
Considerações a Propósito da Negligência

127 Manuel Carneiro da Frada
Sobre a Tutela das Expectativas Legítimas:
Diferenciações e Requisitos

139 Maria d'Oliveira Martins
Pobreza: Conceito, Mitos e Remédios

175 Nuno Pinto Oliveira
Em Tema de Ordem Pública

259 Pedro Garcia Marques
Com Este Barro – ou a Exigibilidade nos Limites
do Reconhecimento

311 Pedro Múrias
Mito e Valor dos Conceitos Indeterminados

Prefácio

É com grande satisfação que o *Católica Research Centre for the Future of Law* leva à estampa o quinto volume das *Católica Talks*, espaço de discussão aberta e informal sobre problemas jurídicos objeto de investigação do orador convidado.

Este ano, as *Talks* foram dedicadas ao tema "Conceitos Indeterminados e Cláusulas Gerais". Para além de se ter debatido a própria ideia de conceito indeterminado – distinguindo-o de figuras afins, como por exemplo os conceitos vagos –, procurou-se densificar alguns dos conceitos indeterminados ou cláusulas gerais com maior relevância na vida prática e nas diferentes áreas do Direito. Neste âmbito, cabe salientar as noções de *interesse público*, *legítimas expectativas*, *negligência*, *justa causa*, *abuso do direito*, *ordem pública*, *exigibilidade* e *pobreza*.

O livro que agora se publica compila a generalidade das intervenções realizadas. A todos os autores que tão gentilmente aceitaram o nosso desafio, um grande bem-haja!

Por pretendermos tornar a investigação efetuada no nosso Centro de Investigação acessível a todos os juristas, decidimos passar a disponibilizar os livros das *Católica Talks* em formato *ebook* e em *open access*.

Este passo só foi possível graças ao generoso apoio concedido pelas sociedades *Rogério Alves & Associados* e *CRS Advogados*, a quem manifestamos publicamente o nosso reconhecimento.

Um agradecimento especial é ainda devido à Mestre Maria Pena Ermida, pela dedicação e empenho que colocou na coordenação executiva das *Talks*, e ao Mestre Miguel Carmo Mota, pelo suporte editorial concedido à publicação desta obra.

Justa Causa

Ana Taveira da Fonseca*

1. A resolução de contratos de execução instantânea por incumprimento de obrigações deles emergentes

1.1. Enquadramento

O presente artigo, a exemplo do que aconteceu com a *Católica Talk*, onde este tema foi objeto de discussão e debate, centra-se nos fundamentos legais do direito de resolução. Daqui não se pode, contudo, retirar que o conceito de justa causa não seja relevante para interpretar cláusulas resolutivas expressas, quando às partes seja possível modelar os fundamentos do direito de resolução.

Apesar da delimitação que fizemos do objeto deste artigo, o mesmo não se debruça detalhadamente sobre regimes jurídicos concretos que estão previstos para a resolução de determinados contratos de execução instantânea ou de execução duradoura, mesmo que neles se faça apelo ao conceito de justa causa. Esses regimes jurídicos servirão somente para iluminar as soluções que, do nosso ponto de vista, vigoram relativamente aos fundamentos gerais de resolução do contrato por incumprimento.

A primeira advertência que, a este propósito, deve ser feita é que, na parte geral do Livro II do Código Civil que versa sobre o Direito das Obrigações, não se encontra nenhuma norma que remeta para o conceito de justa causa enquanto fundamento de resolução contratual. Parece, por isso, à primeira vista, contraditório que se procure entender os fundamentos gerais de resolução de um contrato por incumprimento à luz de um conceito indeterminado para o qual o legislador não apela. Mais contraditório ainda se tivermos em conta que, na parte dos contratos em especial, encontramos, por vezes, a justa causa como fundamento de resolução de um contrato, mas não no sentido que nos parece que lhe deve ser atribuído enquanto fundamento geral de resolução.

* Universidade Católica Portuguesa | Escola de Lisboa de Faculdade de Direito | Católica Research Centre for the Future of Law (https://orcid.org/0000-0003-2589-5712).

A resolução pode ser definida como um meio de extinção do vínculo contratual que depende da verificação de um motivo ou fundamento previsto na lei ou em convenção das partes (artigo 432.º, n.º 1, do Código Civil[1]). A resolução opera, na ausência de convenção em contrário, por meio de declaração unilateral receptícia dirigida à contraparte (artigo 436.º).

Na nossa lei civil, encontra-se contemplada a possibilidade de os contratos bilaterais serem resolvidos, quando existir uma impossibilidade definitiva total (artigo 801.º, n.º 2) ou parcial (artigo 802.º, n.º 2) de cumprimento imputável ao devedor de uma obrigação emergente de um contrato sinalagmático. Na ausência de outras disposições na parte geral do Código Civil que previssem a possibilidade de resolução do contrato por incumprimento, procurou-se nelas identificar o fundamento geral para a resolução de todos os contratos, o que não significa que não haja ainda muitos pontos que necessitem de ser aclarados.

Em primeiro lugar, como teremos oportunidade de refletir, as referidas disposições foram pensadas para serem aplicadas aos contratos de execução instantânea.

Em segundo lugar, as normas parecem pressupor uma impossibilidade total da prestação ou, sendo parcial, uma impossibilidade que, atendendo ao interesse do credor, não seja de escassa importância. Como veremos, às hipóteses de impossibilidade devem ser equiparadas as de incumprimento definitivo total ou parcial.

Em terceiro lugar, segundo aquele que é o entendimento mais difundido, para que um contrato possa ser resolvido tem de existir um incumprimento definitivo e culposo por parte de um dos contraentes. Porém, como veremos, poderá existir resolução sem culpa do devedor e aquilo que se entende por incumprimento definitivo deve também ser aclarado.

1.2. Da desnecessidade de o incumprimento do devedor ser considerado culposo

Gostaríamos de rebater a ideia frequentemente divulgada de que a lei só permite a resolução do contrato quando existe um incumprimento imputável a título de culpa ao devedor[2].

---

[1] Pertencem ao Código Civil português vigente todos os preceitos legais doravante referidos sem indicação da respetiva proveniência.

[2] No sentido por nós defendido, v. Monteiro Pires (2019), p. 86.

Para além do elemento sistemático, dado que os artigos 801.º e 802.º estão integrados na secção dedicada ao incumprimento imputável ao devedor, esta conceção de que, para a resolução do contrato, é imprescindível a culpa do devedor é consequência de, existindo uma impossibilidade total da prestação por causa não imputável nem ao devedor nem ao credor, o legislador prever uma extinção automática da obrigação de contraprestar no n.º 1 do artigo 795.º, sem necessidade de se resolver o contrato para obter o efeito liberatório e recuperatório que a resolução permite.

A extinção automática da obrigação de contraprestar contemplada no artigo 795.º, n.º 1, é uma decorrência do sinalagma funcional que se justifica por a extinção da obrigação de prestar se fundar numa impossibilidade que não é imputável a ambas as partes. Por essa razão, o artigo 795.º só determina a extinção automática da contraprestação unida à prestação impossibilitada por um vínculo sinalagmático. A maioria dos vínculos contratuais tem, contudo, uma estrutura mais complexa. Não se limitam a unir obrigações de prestação principais entre as quais intercede um vínculo de interdependência recíproco, pelo que, em caso de incumprimento desses outros deveres, a resolução do contrato pode ser sempre necessária para operar a cessação do contrato. Conforme defendia já Antunes Varela, "a resolução pode fundar-se na violação, tanto de uma obrigação principal, como de uma obrigação secundária ou até um dever acessório de conduta"[3]. O relevante é que, no contexto daquela relação contratual, o incumprimento seja de molde a justificar a cessação do contrato. Mais facilmente o incumprimento de um dever de prestação principal determina a inexigibilidade da manutenção do contrato do que a violação de um dever acessório de conduta, mas não se pode, à partida, excluir a resolução.

A tudo isto acresce que, em caso de impossibilidade parcial da prestação por causa não imputável ao devedor, é necessário que o credor resolva o contrato, se se quiser libertar da totalidade da obrigação de contraprestar. Isto permite concluir, ainda com mais facilidade, que a culpa não é um pressuposto essencial da resolução (artigo 793.º, n.º 2).

Por outro lado, há que atender àquela que é a função da resolução. Enquanto a resolução é um remédio concedido ao contraente fiel – no sentido de não incumpridor – quando existe um incumprimento que o

[3] Antunes Varela (1999), p. 108. No mesmo sentido, mais desenvolvidamente, v. Ana Perestrelo de Oliveira e Madalena Perestrelo de Oliveira (2019), pp. 80 a 82.

faz perder objetivamente interesse na relação contratual para o libertar do contrato e das obrigações dele emergentes, a indemnização visa o ressarcimento dos danos que esse mesmo contraente sofreu com o incumprimento de uma obrigação. É natural, por isso, que o reconhecimento de uma indemnização dependa, em regra, da existência de um incumprimento imputável ao devedor. De facto, a obrigação de indemnizar pressupõe a existência de um comportamento do devedor suscetível de censura jurídica, mesmo que essa culpa se possa presumir (artigo 799.º). Já a cessação do vínculo contratual dependerá da natureza do incumprimento e da forma como este afeta a relação contratual e a possibilidade de a contraparte satisfazer o interesse que, através dele, deveria alcançar.

Com isto não queremos significar que a culpa do devedor não seja relevante para os pressupostos de que depende uma resolução por incumprimento. Mais facilmente se justificará a resolução de um contrato quando o incumprimento é censurável, do que quando não o é. O que não pode é, do nosso ponto de vista, dizer-se que só há direito a resolver o contrato quando há culpa do devedor.

Por absurdo, se outra fosse a solução, se o incumprimento fosse imputável a um terceiro que tivesse substituído o devedor na realização da prestação, o devedor responderia pelos danos sofridos pelo credor (artigo 800.º), mas não poderia este último resolver o contrato.

1.3. Da necessidade de, em regra, o incumprimento total ou parcial da prestação ser definitivo

Os artigos 801.º, n.º 2, e 802.º, n.º 2, parecem pressupor a existência de uma impossibilidade total da prestação ou, sendo parcial, uma impossibilidade que, atendendo ao interesse do credor, não seja de escassa importância.

Ora, as situações de incumprimento em que não existe uma impossibilidade não podem deixar de ser equiparadas às de impossibilidade. Para este efeito, o determinante é que haja uma definitividade do incumprimento.

Compreende-se que a resolução dependa, em regra, de um incumprimento definitivo, porquanto a resolução determina a cessação também ela própria definitiva do vínculo contratual e pode até ter efeitos retroativos. Num contrato de execução instantânea, não sendo o incumprimento definitivo, é difícil que este possa ser considerado grave a ponto de tornar inexigível a manutenção da relação contratual.

Pelo exposto, quando não existe uma impossibilidade, não se exclui o direito a fazer cessar o contrato, mas faz-se depender a resolução de uma conversão da mora em incumprimento definitivo (artigo 808.º), salvo se existir um regime diverso previsto na lei ou que resulte de convenção das partes.

Ora, essa conversão da mora em incumprimento definitivo está subordinada, em regra, à fixação de um prazo razoável para que o devedor cumpra, sob pena de o credor poder tomar a obrigação como definitivamente incumprida e resolver o contrato, caso não opte por exigir a sua realização coerciva.

Prescinde-se, contudo, da fixação deste prazo para considerar a obrigação definitivamente incumprida quando o credor conseguir fazer prova de que perdeu definitivamente o interesse na prestação, sendo que essa perda de interesse tem de ser apreciada objetivamente (artigo 808.º, n.º 2).

Apesar da inexistência de uma disposição legal que consagre o direito a resolver o contrato em caso de risco objetivo de incumprimento, somos de opinião que um contraente pode fazer cessar o contrato em situações em que existe uma quase certeza de que a obrigação não será cumprida. Considera-se que existe um risco evidente ou sério de incumprimento quando é praticamente certo ou muito provável que a prestação não será realizada. Não se exige, por conseguinte, a existência de uma impossibilidade de cumprimento ou uma impossibilidade certa antes do vencimento. A solução justifica-se por a continuação da relação contratual se tornar inexigível quando o incumprimento for muito provável, pelo que se deve permitir ao credor que se liberte da obrigação de contraprestar, através da resolução do contrato. Solução já aventada por ANTUNES VARELA[4] quando defendia que "excepcionalmente, pode mesmo a resolução do contrato fundar-se numa simples ameaça, embora séria, de violação do direito" e que foi também acolhida pelos nossos tribunais[5].

No § 323 (4), do BGB, já se reconhece aos contraentes o direito a resolver o contrato, sempre que existe um risco evidente ou sério de os pressupostos da resolução estarem verificados no momento do vencimento da obrigação. Considera-se que há um risco evidente ou sério de incumprimento, quando é praticamente certo ou muito provável que a

---

[4] ANTUNES VARELA (1999), p. 108.

[5] Ac. STJ de 12 de janeiro de 2010, processo n.º 628/09.3YFLSB, (Paulo Sá), in www.dgsi.pt.

prestação não será cumprida[6]. Não se exige, por conseguinte, a existência de uma impossibilidade de cumprimento ou uma impossibilidade certa antes do vencimento.

Por sua vez, no artigo 72.º da *Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias*, admite-se a resolução do contrato, sempre que há um risco manifesto de um incumprimento fundamental se vir a verificar, quando a obrigação se tornar judicialmente exigível. Nesta disposição, pretende evitar-se que um contrato se mantenha vigente e um contraente obrigado a realizar uma contraprestação quando já é claro que pode ocorrer um incumprimento grave ou fundamental, no momento em que a obrigação se vencer. Como o fundamento para a resolução não se encontra no incumprimento de uma obrigação emergente do contrato, mas no risco de incumprimento, permite-se que a contraparte impeça a cessação do contrato se prestar garantia suficiente[7].

Na ausência de uma disposição legal que, em termos gerais, consagre este direito a resolver o contrato em caso de risco objetivo de incumprimento, somos de opinião que um contraente só pode fazer cessar o contrato quando existe uma impossibilidade definitiva da prestação ou uma quase certeza de que esta não será realizada antes de o credor perder objetivamente o interesse na prestação. O critério é, por conseguinte, mais exigente do que aquele que se aplica aos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. A solução, apesar de díspar, compreende-se, porquanto aqui não é possível afastar a resolução através da prestação de uma garantia.

Diferentes das hipóteses descritas são aquelas situações em que o devedor declara de forma não viciada, clara e definitiva que não irá cumprir a obrigação a que está adstrito. A declaração deve ser clara, mas não necessariamente expressa. Existindo dúvidas relativamente ao sentido da declaração, deve o credor pedir ao devedor que esclareça em que medida irá ou não realizar a prestação em tempo, sob pena de não se poder dela retirar consequências drásticas como a faculdade de resolver o contrato de onde emerge a obrigação. A declaração deve ser também definitiva, o que significa que não deve admitir a possibilidade de o devedor vir a retratar-se no futuro e oferecer a prestação recusada. Esta declaração, mesmo que seja emitida antes de a obrigação se tornar judicialmente exigível, cria no credor uma incerteza legítima relativamente à realização

---

[6] Schwarze (2021), pp. 207 e 208.

[7] Ana Taveira da Fonseca (2023), pp. 234 a 237.

da prestação. Mesmo entendendo que não há em sentido técnico incumprimento de uma obrigação não vencida, a verdade é que uma declaração clara, inequívoca e definitiva de não cumprimento cria uma incerteza que poderá configurar *per se* uma perturbação do vínculo obrigacional. Esta permite que ao credor sejam reconhecidos remédios idênticos aos que lhe são normalmente atribuídos em caso de incumprimento.

Segundo MENEZES CORDEIRO[8] e MENEZES LEITÃO[9], uma declaração antecipada de incumprimento determina o vencimento automático da obrigação, entrando o devedor em mora sem necessidade de interpelação. Isto significa que se a obrigação for pura, o vencimento ocorrerá sem necessidade de interpelação pelo credor. Se a obrigação tiver um prazo estabelecido a favor do devedor ainda não vencido, da declaração deduzir-se-á uma renúncia ao benefício do prazo[10]. Posição que, aliás, não é muito distante da defendida por VAZ SERRA[11] nos trabalhos preparatórios. De acordo com a proposta, a declaração de não cumprimento terminante e definitiva, quando feita por escrito, devia determinar a constituição do devedor em mora independentemente da sua interpelação, sem contudo se esclarecer expressamente se esse efeito também podia ser retirado em situações em que a obrigação ainda não era exigível quando a declaração foi realizada. Para o autor, "esta hipótese não é, somente, de mora. A declaração terminante do devedor de que não cumpre representa um caso de mau cumprimento (ou violação positiva do contrato), por violação do dever de não fazer perigar o cumprimento".

Outros autores, onde se inclui ANTUNES VARELA[12] e CALVÃO DA SILVA[13], aventam a possibilidade de o credor tomar o incumprimento como definitivo sem ter de recorrer sequer à interpelação admonitória, permitindo-se ao credor resolver automaticamente o contrato.

---

[8] MENEZES CORDEIRO (2006), p. 37. Em sentido idêntico, v. CATARINA MONTEIRO PIRES (2019), p. 76.

[9] MENEZES LEITÃO (2021), pp. 236 e 237.

[10] Considerando que, de uma declaração de não cumprimento, não se pode retirar uma renúncia ao benefício do prazo, por não ser crível que, de uma intenção de não cumprir, se possa deduzir ou retirar a vontade de cumprir imediatamente a obrigação, v. JOANA FARRAJOTA (2020), p. 213.

[11] VAZ SERRA (1955), pp. 60 e ss.

[12] ANTUNES VARELA (1999), p. 107(1).

[13] CALVÃO DA SILVA (2010), pp. 147 e ss.

Tanto na doutrina[14] como na jurisprudência[15] já se entendeu também que a resolução infundada ou sem fundamento de um contrato não é de molde a fazer cessar per se o vínculo contratual, mas pode ser interpretada como uma declaração definitiva de incumprimento que permite à contraparte resolver o contrato por incumprimento imputável àquela que o procurou fazer cessar sem para tanto ter fundamento.

Por fim, se a obrigação a que o devedor se vinculou estiver sujeita a um prazo absolutamente fixo e a prestação não for realizada dentro do prazo, pode também o credor considerar automaticamente a obrigação como definitivamente incumprida.

1.4. Sobre a diferença entre uma impossibilidade definitiva e um incumprimento definitivo da obrigação contratual

Apesar de o incumprimento definitivo poder, do ponto de vista dos efeitos, ser assimilado à impossibilidade definitiva, a verdade é que as situações materialmente subjacentes a uma e outra hipótese são radicalmente distintas.

No caso de existir uma impossibilidade, o dever de prestar tem obrigatoriamente de se extinguir total ou parcialmente (artigos 790.º e 793.º), ainda que ele possa ser substituído por uma obrigação de indemnizar se essa impossibilidade for imputável ao devedor (artigos 798.º e ss.).

A questão que se pode colocar, relativamente às hipóteses descritas de possível conversão da mora em incumprimento definitivo, é a de saber se o credor pode ainda assim exigir o cumprimento coercivo da obrigação, no lugar de optar entre a resolução do contrato ou a indemnização substitutiva da prestação em falta.

Reconhece-se que, nalguns casos, exigir o cumprimento, mesmo que seja possível, seria contraditório com a conduta anterior do credor, pelo que, nesse caso, deve excluir-se a possibilidade de este recorrer à execução específica. Pelo exposto, nas situações em que o incumprimento

---

[14] Joana Farrajota (2020), pp. 191 a 252, e Catarina Monteiro Pires (2019), p. 93.

[15] "Quando uma declaração de resolução deva qualificar-se como ilícita e representar-se como uma declaração definitiva e peremptória de recusa de cumprimento, a contraparte dispõe do direito potestativo de resolução do contrato cujo cumprimento tenha sido recusado." Cfr. Ac. do STJ de 14 de julho de 2021, processo n.º 82/20.9T8VFC.L1.S1, (Nuno Pinto Oliveira), in www.dgsi.pt. Em sentido idêntico, v. Ac. da Relação do Porto de 24 de março de 2022, processo n.º 3275/18.5T8OAZ.P1, (Francisca Mota Vieira), in www.dgsi.pt.

definitivo se funda numa perda objetiva do interesse por parte do credor, não pode este exigir posteriormente o cumprimento. Aqui o devedor tem uma expectativa fundada de que o cumprimento não lhe vai ser exigido.

Porém, nas hipóteses de decurso do prazo admonitório nada parece impedir que, posteriormente, o credor possa exigir a realização coativa da prestação.

O problema enunciado mereceu tratamento visionário por parte de VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios do Código Civil que versaram sobre a mora do devedor. O insigne jurista considerava que, não existindo impossibilidade de prestar, ao credor não poderiam ser retirados quaisquer dos direitos que derivam do incumprimento da obrigação imputável ao devedor.

"Se exige o cumprimento, não ficam excluídos os direitos de resolução ou de indemnização por não cumprimento, a não ser que tenha renunciado a eles, pois aquele simples facto não implica renúncia a tais direitos. Se o devedor queria evitar a resolução ou o pedido de indemnização por não-cumprimento, podia ter cumprido. Mesmo que, após a fixação de um prazo pelo devedor para decidir, tenha declarado optar pelo cumprimento tardio, pode, se exigir este cumprimento e o devedor o não efetuar, resolver o contrato ou reclamar a indemnização por não-cumprimento."[16]

A solução proposta é a única coerente com a circunstância de só se produzir uma extinção do dever de prestar *ope legis,* quando existe uma impossibilidade da prestação (artigo 790.º, n.º 1). Na verdade, no caso de o devedor poder continuar a prestar, o direito do credor à prestação mantém-se, mesmo que ele já possa tomar, se assim pretender, o incumprimento como definitivo para poder lançar mão dos remédios previstos para a impossibilidade[17].

A isto acresce que o artigo 808.º não exige, ao contrário do que à época estava consagrado no § 326 do BGB[18], que esta interpelação para o cumprimento contenha a advertência de que o credor não aceitará a

---

[16] VAZ SERRA (1955), p. 272.

[17] ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA / MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA (2019), p. 48.

[18] Tendo em consideração todas as críticas que eram dirigidas ao § 326 do BGB, a *Lei de Modernização do Direito das Obrigações* instituiu no § 323 um regime distinto, fazendo depender de uma simples interpelação para o cumprimento a possibilidade de o credor tomar a obrigação como definitivamente incumprida. De acordo com o regime atualmente em vigor, a fixação deste prazo adicional não preclude a possibilidade de o credor, terminado o prazo, optar por exigir o cumprimento da obrigação. Cfr. EMMERICH (2005), p. 277.

prestação posterior (*Ablehnungsandrohung*)[19], pelo que não se pode pretender retirar de uma interpelação para o cumprimento uma renúncia ao direito à prestação. Pelo contrário, limita-se a estabelecer que, se a prestação "não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação". Não se exige que na interpelação seja feita a advertência clara de que, findo o prazo, o credor não poderá aceitar o cumprimento, porque se terá pretendido deixar em aberto a possibilidade de o credor optar entre considerar a obrigação definitivamente incumprida ou exigir o cumprimento coercivo da mesma, enquanto o dever de prestar não se extinguir.

Conforme defendido por VAZ SERRA[20], o credor deve fazer acompanhar a interpelação da advertência clara que, caso o devedor não cumpra, ele exercerá todos os direitos que a lei lhe reconhece por virtude do incumprimento da obrigação, onde se incluem o direito a exigir a realização coerciva da prestação, mas também o direito a resolver o contrato ou a pedir uma indemnização substitutiva da prestação em falta.

NUNO PINTO OLIVEIRA vai até mais longe quando defende que a interpelação não tem sequer de conter qualquer "admonição ou cominação de que a obrigação se terá por definitivamente incumprida se não se verificar o cumprimento dentro daquele prazo"[21], aproximando-se assim da solução que se encontra consagrada no atual § 323, 1, do BGB.

Contra a referida solução não deve argumentar-se que esta cria um benefício injustificado a favor do credor, porque no final do prazo o devedor não pode oferecer-se para cumprir, mas o credor pode exigir o cumprimento. Estando em causa um incumprimento grave, as mais das vezes imputável ao devedor, o credor não pode estar obrigado a decidir de antemão se, findo o prazo estabelecido, pretende exigir a realização

---

[19] LARENZ (1987), pp. 355 e ss.

[20] VAZ SERRA (1955), pp. 307 e 309.

[21] PINTO OLIVEIRA (2009), p. 61. A solução foi adotada no Ac. do STJ 09.02.2012, processo n.º 930/04.0TVSLB.L1.S1, (Lopes do Rego), in www.dgsi.pt. No referido aresto, entende-se que a interpelação não precisa de elencar expressamente quais as consequências jurídicas que poderão decorrer do incumprimento da obrigação para que o contraente fiel possa, decorrido o prazo por este fixado, tomar o incumprimento como definitivo. Em sentido idêntico, v. Ac. do STJ de 17.10.2019, processo n.º 25097/17.0T8PRT.P1.S1, (Nuno Pinto Oliveira), in www.dgsi.pt.

da prestação em falta ou se tomará para os devidos efeitos a obrigação como incumprida. A isto acresce que, no nosso ordenamento jurídico, a regra é a de que o credor não pode renunciar aos direitos que lhe são por lei conferidos para tutela do seu direito de crédito em caso de incumprimento, pelo que a interpelação para o cumprimento permitirá sempre ao credor optar por qualquer um dos direitos que a lei lhe confere.

Por último, no caso de ser o devedor a declarar que não irá realizar a prestação devida, ao credor deve sempre caber a opção de exigir o cumprimento ou de tomar a obrigação como definitivamente incumprida. Por um lado, se a declaração do devedor de não cumprimento não é naturalmente apta a fazer cessar o vínculo contratual, não pode extinguir o direito do credor a exigir o cumprimento da obrigação. Por outro lado, não deixa de autorresponsabilizar aquele que a emite, pelo que tem de permitir ao credor lançar mão dos remédios previstos para o incumprimento definitivo da obrigação, onde está naturalmente incluída a resolução do contrato bilateral. Não pode, por isso, o devedor pretender que lhe seja concedida uma segunda oportunidade através da atribuição de um prazo suplementar para cumprir, depois de ter declarado de forma categórica que não o iria fazer[22].

Em suma, em qualquer das situações descritas, o credor/contraente fiel é livre de escolher entre exigir o cumprimento da obrigação ou exercer os direitos que lhe são reconhecidos em virtude de o incumprimento já poder ser tomado como definitivo. Como, decorrido o prazo, o devedor não pode oferecer-se validamente para cumprir, embora o credor lhe possa exigir esse cumprimento, deve reconhecer-se ao devedor "o direito de fixar um prazo razoável ao credor para que este declare por que solução opta (…)"[23].

1.5. Da necessidade da existência de um incumprimento grave que torne inexigível a manutenção da relação contratual

Do que se acaba de expor resulta que a resolução do contrato não depende de uma impossibilidade culposa de cumprimento de uma obrigação, mas de um incumprimento definitivo, não existindo só essa definitividade quando a realização da prestação se impossibilita.

---

[22] Larenz (1987), p. 356, e Brandão Proença (2019), pp. 353 e ss.

[23] Vaz Serra (1955), p. 271.

Não basta, porém, que exista um incumprimento definitivo para se justificar a cessação do vínculo.

Conforme tivemos oportunidade de sublinhar, a resolução depende de um incumprimento total ou parcial, mas nesse caso o incumprimento não pode ter escassa importância atendendo ao interesse do credor.

Do ponto de vista prático, isto significa que é a existência de um incumprimento grave que torna inexigível a continuação da relação contratual.

Pelos motivos expostos, o relevante para determinar se uma das partes tem o direito a resolver um contrato de execução instantânea é a existência de um incumprimento grave da obrigação a que a contraparte se vinculou que torne inexigível a manutenção da relação contratual[24]. Conforme defendia BAPTISTA MACHADO[25], para se aferir se o incumprimento é grave, o fundamental é determinar, à luz de critérios objetivos, a extensão da inexecução e a natureza e importância da obrigação violada no contexto do contrato que concretamente foi celebrado. A culpa do devedor, embora contribua para a gravidade do incumprimento, não é condição indispensável para que o contraente fiel possa cessar o contrato do qual emerge a obrigação incumprida.

A resolução depende, pois, da importância do interesse do credor que fica prejudicado com o incumprimento. Essa importância "há-de ser apreciada objectivamente, com base em elementos suscetíveis de serem valorados por qualquer outra pessoa (designadamente pelo próprio devedor ou pelo juiz), e não segundo o juízo valorativo arbitrário do próprio credor"[26].

Por esse motivo, não sendo o incumprimento total, exige-se que, atendendo ao interesse do credor, ele seja importante. Exige-se também, em regra, que seja definitivo.

Um incumprimento insignificante ou temporário, no contexto de um dado contrato, é que não pode fundamentar a sua resolução, a não ser que as partes tenham por acordo contemplado tal possibilidade.

Por último, nos contratos de execução instantânea, a partir do momento em que a declaração de resolução se torna irrevogável (artigo 224.º, n.º 1), extingue-se, em regra, imediatamente o vínculo obrigacional. A resolução tem efeitos retroativos, salvo se tal contrariar a vontade

---

[24] BRANDÃO PROENÇA (2019) pp. 370 e ss.

[25] BAPTISTA MACHADO (1991), pp. 134 e 135.

[26] BAPTISTA MACHADO (1991), p. 136.

das partes ou a finalidade da própria resolução (artigo 434.º, n.º 1). A retroatividade é relevante se as prestações contratualmente devidas já tiverem sido efetuadas, porque os contraentes ficarão reciprocamente obrigados a restituir tudo quanto receberam.

2. A resolução de contratos duradouros

2.1. Enquadramento

Aquilo que acaba de se referir está pensado para a resolução de contratos de execução instantânea. Conforme defende PEDRO ROMANO MARTINEZ, "as disposições da parte geral do direito das obrigações relativas ao não cumprimento (arts. 798.º e ss. do CC) foram concebidas tendo como paradigma relações de execução instantânea e só com algumas adaptações serão aplicáveis a vínculos com prestações continuadas ou periódicas"[27].

Os contratos que dão origem a obrigações de prestar cujo cumprimento se prolonga no tempo apresentam uma idiossincrasia própria que torna imperativo que a cessação do contrato dependa da verificação de pressupostos distintos daqueles que são impostos para a cessação de um contrato de execução instantânea.

Nas obrigações de execução periódica ou continuada, é difícil falar num incumprimento definitivo por perda do interesse do credor na prestação ou numa verdadeira impossibilidade da prestação. O que caracteriza, em geral, o incumprimento de obrigações derivadas destes contratos é o facto de este se prolongar no tempo e de este ser sintomático para o contraente fiel de que o contrato não irá ser cumprido no futuro.

Preocupação que se encontra refletida em diversos regimes jurídicos que regem a resolução de certos contratos duradouros em especial.

A este propósito começaríamos por destacar a resolução do contrato de trabalho. Neste caso, começa-se por proibir o despedimento sem uma justa causa ou por motivos ideológicos (artigo 338.º do Código do Trabalho). Por outras palavras, este contrato duradouro só pode ser resolvido pelo empregador quando existir uma justa causa. A justa causa pode ser subjetiva – despedimento com justa causa – ou objetiva – despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho. Ao trabalhador também só se reconhece o direito a resolver o contrato existindo uma justa causa

---

[27] ROMANO MARTINEZ (2017), p. 220.

que, mais uma vez, pode ser subjetiva ou objetiva (artigo 394.º do Código do Trabalho).

O contrato de arrendamento pode ser resolvido quer pelo arrendatário, quer pelo senhorio quando existir um incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento (artigo 1083.º). Estamos perante uma situação em que se permite a resolução do contrato pela existência de uma justa causa subjetiva, porque se funda no incumprimento da contraparte, mas sem, contudo, se estabelecer que esse incumprimento tem de ser culposo ou definitivo. Por esse motivo, por exemplo, o arrendatário que não paga as rendas porque ficou desempregado pode igualmente ser despejado[28]. Ao lado destas hipóteses temos ainda aquelas em que o contrato pode cessar por iniciativa do senhorio, caso este ou um descendente em 1.º grau necessite do imóvel para habitação (artigo 1101.º, al. a), ou para demolição ou realização de obras de remodelação ou restauro que obriguem à desocupação do locado (artigo 1101.º, al. b). Apesar de a lei qualificar esta causa de cessação do contrato como denúncia, estamos, na verdade, perante uma verdadeira resolução, porque se trata de uma forma de cessação do contrato que depende da invocação de um motivo previsto na lei, só que neste caso será uma justa causa objetiva (artigo 1102.º).

Solução que é próxima daquela que se encontra, desde a origem, prevista para outro contrato duradouro, o comodato, mais concretamente no artigo 1140.º, onde se determina que, mesmo que o contrato tenha prazo, o comodante pode resolver o contrato se para isso tiver justa causa. A posição dominante, a este propósito, é a de que tanto podem estar em causa a violação de deveres por parte do comodatário, comportamentos do comodatário como a ingratidão, assim como causas respeitantes ao comodante que, por exemplo, necessita objetivamente da coisa emprestada[29]. Posição diferente é, porém, defendida por JÚLIO GOMES, porquanto entende que, estando o comodato sujeito a prazo, o comodatário pode confiar na estabilidade do contrato, pelo que a resolução depende, segundo o autor, da violação de obrigações que sobre aquele impendiam[30].

---

[28] Sobre a dificuldade de cumprimento de obrigações pecuniárias e a possibilidade de modificação dessas obrigações quando existir uma alteração das circunstâncias em que as partes assentaram a decisão de contratar, v. ANA TAVEIRA DA FONSECA (2022), pp. 128 a 135.

[29] MENEZES CORDEIRO (2018), p. 171.

[30] GOMES (2023), p. 598.

A este propósito pode ainda referir-se outro regime paradigmático que se encontra previsto para a cessação do contrato de agência que tem, muitas vezes sem fundamento legítimo por ausência de analogia, sido aplicado à cessação de outros contratos de distribuição comercial.

O contrato de agência pode ser resolvido por qualquer das partes: a) Se a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual; b) Se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia (artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho).

Falta, porém, na parte geral do nosso Código Civil, uma referência ao fundamento para a resolução de um contrato duradouro. Daí que das normas que, preveem a resolução com base em justa causa para certos contratos duradouros típicos – como acontece com o artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho – se deva inferir um princípio geral de dissolubilidade das relações duradouras com fundamento em justa causa[31].

Nas palavras de Baptista Machado, o fundamento típico para a cessação de um contrato duradouro será a existência de uma justa causa que ele caracteriza como "qualquer circunstância, facto ou situação em face da qual, e segundo a boa-fé, não seja exigível a uma das partes a continuação da relação contratual"[32]. Procurando densificar este conceito de justa causa, o mesmo autor distingue entre as situações que podem ser qualificadas de justa causa subjetiva e aquelas que podem ser caracterizadas como de justa causa objetiva. No primeiro caso, "a justa causa representará, em regra, uma violação dos deveres contratuais (e, portanto, um "incumprimento"): será aquela violação contratual que dificulta, torna insuportável ou inexigível para a parte não inadimplente a continuação da relação contratual"[33]. Na segunda hipótese, "a justa causa não consiste numa violação do contrato pelo sujeito contra o qual é exercido o direito

---

[31] Ferreira Pinto (2017), p. 469. No mesmo sentido, Baptista Machado (1986), pp. 280 e ss., e Pinto Monteiro (2002), pp. 142 e 143, e (2010), p. 135.

[32] Baptista Machado (1991), p. 143.

[33] Cfr. Ac. Relação de Lisboa 27.01.2015, processo n.º 1601.11.7TVLSB.L1-7, (Maria do Rosário Morgado), in www.dgsi.pt.

de resolução, mas num facto que se liga à vida ou à esfera jurídica de controle daquela das partes a que a lei confere o direito de resolução"[34].

Deixando de lado as hipóteses de justa causa objetiva e a demarcação destas relativamente ao regime aplicável à resolução do contrato por alteração das circunstâncias, porque o presente estudo versa somente sobre a resolução por incumprimento, cumpre-nos analisar mais detalhadamente aquele que se entende ser o fundamento de resolução do contrato duradouro com base numa justa causa subjetiva.

2.2. Justa causa subjetiva

Para haver justa causa em sentido subjetivo, é necessária a existência de um incumprimento grave que, quebrando a legítima confiança da contraparte no cumprimento futuro do contrato, torne inexigível a manutenção da relação contratual.

A gravidade do incumprimento medir-se-á "em função de diversos fatores, tais como a modalidade que o mesmo revista, a espécie e natureza dos deveres violados, a importância dos interesses atingidos, a extensão dos danos causados, a duração do inadimplemento e o grau de culpa"[35].

Para se poder concluir pela inexigibilidade da manutenção da relação contratual, impõe-se que se pondere igualmente a existência de proporcionalidade entre a gravidade da prestação incumprida e a cessação do vínculo contratual, efeito decorrente do exercício do direito de resolução[36].

O que acaba de afirmar-se permite retirar algumas conclusões:

a) Estamos perante um sistema móvel que prescinde da verificação de todos os fatores enunciados. Pelo contrário, o essencial é que o juiz, perante cada caso concreto, pondere se existe ou não uma inexigibilidade de manutenção do vínculo contratual durante o período remanescente de duração do contrato.

b) Não precisa o incumprimento de ser culposo, ainda que a culpa do devedor contribua para considerar o incumprimento grave. Na verdade, quando maior for a culpa, maior a gravidade do incumprimento.

---

[34] Baptista Machado (1991), p. 144.

[35] Ferreira Pinto (2017), p. 471.

[36] Romano Martinez (2017), p. 222, e Ferreira Pinto (2017), p. 471.

Por outro lado, a culpa do devedor não é de todo suficiente para se concluir pela possibilidade de o contrato ser resolvido[37].

c) Pequenos incumprimentos reiterados podem ser em si mesmo graves, porque são um sinal de que o contrato não irá ser cumprido no futuro.

2.3. A ausência de definitividade do incumprimento

A questão que se pode colocar é se, neste caso, a resolução do contrato depende da conversão da mora em incumprimento definitivo, através da concessão de um prazo suplementar ao devedor para cumprir, sob pena de se poder considerar a obrigação definitivamente incumprida. É difícil haver, nestes contratos, perda do interesse ou impossibilidade definitiva.

Tem sido entendido que se pode prescindir da concessão de um prazo suplementar para o devedor cumprir, uma vez que a inexigibilidade de continuação da relação contratual, que é o pressuposto ou pedra de toque desta causa de cessação, deve ser por si só suficiente para fundamentar a cessação do vínculo contratual[38].

Não concordamos, com Ana Perestrelo de Oliveira e Madalena Perestrelo de Oliveira[39] quando defendem que o incumprimento é, por natureza, definitivo quando existe uma justa causa para resolver o contrato.

A circunstância de se poder prescindir, em regra, da interpelação não significa, contudo, que ela não possa ser feita pelo credor/contraente fiel.

Noutros ordenamentos, de que constitui exemplo o alemão, exige-se, em regra, a fixação de um prazo adicional para o devedor cumprir, mesmo que a resolução do contrato duradouro se funde numa violação de deveres contratuais (§ 314, 2, do BGB). A interpelação deverá obedecer aos requisitos do § 323, 1, do BGB, com isto significando que não é necessário advertir o devedor que, findo o prazo, o incumprimento poderá ser tomado como definitivo e o contrato poderá ser resolvido. A interpelação para o cumprimento e a fixação do novo prazo é dispensada

---

[37] Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, cit., pp. 223 e 224.

[38] Ferreira Pinto (2017), p. 469. No mesmo sentido, Baptista Machado (1986), pp. 317 e 318, e Larenz (1987), p. 32. Na jurisprudência, v. Ac. STJ 13.11.2001, processo n.º 01A1123, (Fernando Magalhães), e Ac. STJ 17.05.2018, processo n.º 567/11.8TVLSB.L1.S2 (Graça Trigo), in www.dgsi.pt.

[39] Ana Perestrelo de Oliveira e Madalena Perestrelo de Oliveira (2019), p. 68.

quando existe um prazo absolutamente fixo para o cumprimento, quando o devedor se recusa de forma séria e clara a cumprir ou quando, pesando os interesses de ambas as partes, se verificarem circunstâncias especiais que justifiquem a imediata resolução do contrato (§§ 323, 2, e 314, 2, última parte, do BGB)[40].

A propósito do incumprimento de contratos duradouros, defendia VAZ SERRA que o credor não estava inelutavelmente obrigado a fixar ao "devedor um prazo razoável para que cumpra o contrato, só depois podendo renunciar a que este se mantenha e exigir a devolução da prestação"[41]. Segundo o autor, "no caso de imperfeição ou mora, deve o credor, se quiser valer-se dos direitos de resolução ou de indemnização por não cumprimento, quanto às prestações futuras, fixar, ou fazer fixar judicialmente, ao devedor um prazo razoável para que cumpra devidamente, com a advertência de que, não o fazendo assim o devedor, poderá exercer tais direitos. Ressalva-se a hipótese de a imperfeição ou mora serem suficientes para deixar de subsistir a situação de não-exigibilidade ao credor da aceitação das prestações futuras, ainda que, fixado o prazo ao devedor, ele efectue devidamente a prestação ou prestações atrasadas ou em relação às quais se verifica a imperfeição"[42]. A proposta acabou por não ser vertida na versão definitiva do Código Civil de 1966, porque se preferiu não regular de forma sistematizada os contratos duradouros. A solução não pode, contudo, deixar de valer. O importante é, pois, que o incumprimento seja sintomático de que não é exigível a manutenção da relação contratual no futuro.

Na verdade, se o credor entende que ainda pode ser concedido um prazo suplementar durante o qual o devedor pode purgar o incumprimento, manda a boa fé que esse prazo seja concedido. O que acontece é que o credor, terminado esse prazo, adquirirá indubitavelmente o direito a escolher entre exigir o cumprimento da obrigação ou tomar o incumprimento como definitivo para resolver o contrato. Em primeiro lugar porque o não cumprimento dentro do prazo suplementar que é concedido contribui indubitavelmente para considerar o incumprimento grave e para sedimentar a perda de confiança do credor num cumprimento futuro. Em segundo lugar porque o incumprimento poderá ser tomado pelo credor como definitivo, pelo que dúvidas não restam que este pode recusar a

[40] EMMERICH (2005), p. 304.
[41] VAZ SERRA (1955), p. 287.
[42] VAZ SERRA (1955), pp. 312 e 313.

prestação que lhe venha a ser oferecida extemporaneamente e optar por resolver o contrato.

Do ponto de vista prático, a situação não é diferente daquela que se verifica quando, num contrato de execução instantânea, o credor sabe que está prestes a perder objetivamente o interesse na prestação. Ele pode, ainda assim, conceder um prazo suplementar à contraparte para cumprir, findo o qual não haverá dúvidas que se considera a obrigação definitivamente incumprida e o credor pode optar pelos remédios concedidos para o incumprimento definitivo, mormente a resolução ou a indemnização substitutiva da prestação em falta.

Da mesma forma que a declaração séria, clara e definitiva de não cumprimento da obrigação permite, sem mais, ao credor resolver o contrato. Se é assim nos contratos de execução instantânea, por maioria de razão, num contrato duradouro, em que a confiança mútua no cumprimento do contrato é pressuposto de vigência do mesmo, a solução tem de valer[43]. Se uma das partes declara não cumprir, a outra terá o direito de fazer cessar o contrato. O contraente que declara que não vai definitivamente cumprir uma obrigação a que está vinculado, autorresponsabiliza-se pela declaração que emite. Não pode, por isso, pretender depois oferecer-se para realizar a prestação, quando a contraparte estiver disposta a tomar a obrigação como definitivamente incumprida.

2.4. Efeitos da resolução de contratos duradouros

Nos contratos duradouros, a resolução visa extinguir os efeitos da relação obrigacional. Há, contudo, também aqui especificidades derivadas da natureza destas obrigações que impõem uma inflexão ao regime pensado para os contratos de execução instantânea.

Uma delas está expressamente prevista no artigo 434.º, n.º 2, onde se determina que, nos contratos duradouros, a resolução tem efeitos *ex nunc,* porque não abrange as prestações já efetuadas.

A outra relaciona-se com os efeitos imediatos da resolução. De facto, deve ser desmistificada a ideia de que, nos contratos de execução duradoura, a resolução tem imperativamente efeitos imediatos relativamente a todas as obrigações deles emergentes, quando na realidade isso não é do ponto de vista prático as mais das vezes possível.

---

[43] Admitindo, em abstrato, esta possibilidade, v. Ac. STJ 21.05.2012, processo n.º 09A643, (Alves Velho), in www.dgsi.pt.

Por esse motivo se refere não raro a este propósito que o princípio da boa fé impõe, mesmo à parte adimplente, o cumprimento de deveres laterais ou acessórios de conduta, mais concretamente de deveres de colaboração com a contraparte, apesar de os deveres primários de prestação emergentes do contrato já terem cessado, podendo a violação dos primeiros dar origem a responsabilidade pós-contratual.

Outras vezes é o próprio legislador a prever que certos deveres de prestação principais emergentes do contrato se devem manter, pese embora o contrato cesse imediatamente com a resolução. É o que acontece com o contrato de arrendamento de prédio urbano. No artigo 1081.º, n.º 1, contempla-se a cessação imediata do vínculo com a resolução, mas no artigo 1087.º determina-se que o despejo só é exigível após o decurso de um mês a contar da resolução, se outro prazo não for judicialmente fixado ou acordado pelas partes. Enquanto não se verificar a saída do arrendatário, mantém-se o direito do senhorio à renda (artigo 1045.º, n.º 1).

Por maioria de razão, pode justificar-se que a declaração de resolução preveja que os seus efeitos só se produzam no futuro. Embora o credor não esteja obrigado a dar à contraparte um pré-aviso razoável antes de o contrato cessar, ao contrário do que acontece com a denúncia, nada o impede, quando não estiver em condições de restituir imediatamente tudo o que tiver recebido em virtude do contrato, de estabelecer uma data posterior para a cessação do mesmo, mantendo a obrigação correspetiva de contraprestar.

3. Apreciação final

Tudo visto e ponderado, perante um incumprimento contratual, poderíamos ser tentados a concluir que, em termos gerais, os contratos de execução instantânea podem ser resolvidos quando existe um incumprimento grave e os contratos duradouros quando existe uma justa causa subjetiva.

Existirá, porém, uma diferença substancial entre um fundamento e outro?

Em ambos os casos, somos de opinião que o incumprimento não tem de ser culposo e não depende necessariamente de a resolução ser antecedida de uma interpelação admonitória para converter a mora em incumprimento definitivo.

O relevante é sempre que, no contexto daquela relação contratual, o não cumprimento seja de molde a tornar inexigível a subsistência da relação contratual. A inexigibilidade da manutenção da relação contratual variará

naturalmente em função da natureza das obrigações dela emergentes, nomeadamente se estamos perante obrigações de execução instantânea ou de execução continuada.

Pelo exposto, dizer que a justa causa é só fundamento para a resolução de contratos duradouros implica uma restrição que poderá não ser desejável para a compreensão de um fenómeno que é mais amplo e não tão diferente, do ponto de vista da substância, quanto à primeira vista poderia parecer.

Bibliografia

Cordeiro, António Menezes, "A declaração de não-cumprimento da obrigação", *O Direito*, ano 138, I, 2006, pp. 25 e ss.

Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, vol. XII, *Contratos em Especial*, 2.ª parte, *Parceria Pecuária, Comodato, Mútuo, Prestação de Serviço, Mandato, Depósito, Empreitada, Rendas, Jogo e Aposta e Transação,* Almedina, Coimbra, 2018.

Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6.ª ed., Munique, 2005.

Farrajota, Joana, *A Resolução do Contrato sem Fundamento*, Almedina, Coimbra, 2020.

Fonseca, Ana Taveira da, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2015.

Fonseca, Ana Taveira da, "A dificuldade de cumprimento de obrigações pecuniárias e pandemia de COVID-19", *Católica Talks,* vol. 3*, Direito e Pandemia,* Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022, pp. 111 e ss.

Fonseca, Ana Taveira da, "O risco de incumprimento no Código Civil português e na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias", *Estudos em Homenagem à Professora Maria da Glória Garcia*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023, pp. 219 e ss.

Gomes, Júlio, Anotação ao artigo 1140.º, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Contratos em Especial,* Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023, pp. 598 e s.

Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., C. H. Beck, München, 1987.

Leitão, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. II, *Transmissão e extinção das obrigações, não cumprimento e garantias de crédito*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021.

Machado, João Baptista, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Novembro de 1983", RLJ, ano 118, 1986.

Machado, João Baptista, "Pressupostos da Resolução por Incumprimento", in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, 1991, pp. 125 e ss.

Martinez, Pedro Romano, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017

Monteiro, António Pinto, *Direito Comercial – Contratos de Distribuição Comercial – Relatório*, Coimbra, 2002.

MONTEIRO, António Pinto, *Contrato de Agência*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, / OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de, *Incumprimento Resolutório: uma Introdução*, Almedina, Coimbra, 2019.

OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Estudos sobre o Não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.

OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

PINTO, Fernando Ferreira Pinto, "Resolução dos Contratos Duradouros", *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, Coordenação: Elsa Vaz Sequeira e Fernando Oliveira e Sá, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, pp. 463 e ss.

PIRES, Catarina Monteiro, *Contratos, I. Perturbações na Execução*, Almedina, Coimbra, 2019.

PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, UCE, Porto, 2019.

SCHWARZE, Roland, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 3.ª edição, De Gruyter, Berlin, 2021.

SERRA, Adriano Vaz, "Mora do Devedor", BMJ, n.º 48, 1955, pp. 5 e ss.

SILVA, João Calvão da, *Sinal e Contrato-Promessa*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 147 e ss.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em geral*, II, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 1999.

Considerações sobre o Abuso do Direito

Gonçalo de Almeida Ribeiro* **

1. Introdução

O artigo 334.º do Código Civil, sob a epígrafe «abuso do direito», dispõe que «[é] ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito». Esta redacção, em larga medida tomada de empréstimo ao artigo 281.º do homólogo grego, tem a marca de água do direito civil alemão, evidenciada pela remissão legal para a boa fé e os bons costumes.[1] Por esta via indirecta, a lei portuguesa atribuiu foros de cidade a uma figura histórica do direito francês, entretanto algo negligenciada no seu local de origem, vertendo-lhe um conteúdo jurídico em grande medida germânico. Os franceses conceberam a figura do abuso, mas dão-lhe escasso uso, praticamente restrito aos casos muito raros − e, como veremos, enquadrados em termos diversos por doutrina antiga − em que o titular de um direito o exerce com o propósito único de prejudicar terceiro. Já os alemães, não tendo embora acolhido plenamente a figura, nem lhe concedendo honras legais, prosseguem as funções que lhe são atribuídas no direito português

Por opção do autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vice-Presidente do Tribunal Constitucional (https://orcid.org/0000-0001-9304-1650).

** Este texto tem por base a apresentação sobre «abuso do direito» que fiz na série *Católica Talks* − dedicada, no ano lectivo de 2022-23, ao tema geral dos «conceitos indeterminados» −, a convite de Elsa Vaz de Sequeira. Tendo-me instado a dissertar sobre um tema em que há muito não pensava e sobre o qual não me posso considerar um especialista, a anfitriã teve a generosidade de retribuir a minha disponibilidade relutante com a aceitação do repto que lhe lancei para que fosse a comentadora. Estou-lhe, por isso, muito grato. Agradeço ainda a António Cortês, Fernando Sá, Pedro Múrias e Rui Pinto Duarte as conversas que temos tido ao longo dos anos sobre matérias tratadas neste texto. À cautela, chamo a atenção do leitor para o facto de que este não é um escrito pedagógico, visando ensinar a matéria do abuso do direito, mas uma reflexão crítica que pressupõe alguma familiaridade com a sabedoria convencional sobre o tema. As traduções de passagens em línguas estrangeiras são da minha responsabilidade.

[1] Sobre as origens, *v.* Cordeiro (1983), pp. 711-8.

através de outras disposições legais e construções dogmáticas, entre as quais avultam a boa fé objectiva e a tutela da confiança.[2]

Esta união peculiar de forma francesa com substância germânica é interessante e reveladora, em pelo menos dois planos distintos. Em primeiro lugar, corrobora uma velha máxima de direito comparado: da comparação cuidada entre sistemas jurídicos resulta que regras ou figuras diferentes podem desempenhar as mesmas funções ou prosseguir fins idênticos e regras ou figuras idênticas podem desempenhar funções diferentes ou prosseguir fins diversos.[3] O comparatista sábio não se fia em semelhanças e diferenças superficiais, procurando-as no subsolo cultural da terminologia legal, da retórica judicial e das construções doutrinárias.[4] No caso do abuso do direito, o que parece, num exame superficial, constituir o transplante legal de um instituto emblemático do direito francês, ainda que inteiramente de fonte jurisprudencial e doutrinária, em boa verdade é sintomático da germanização do nosso direito civil. De resto, dos três parâmetros de exercício abusivo enunciados no artigo 334.º − boa fé, bons costumes e fim económico e social −, só o primeiro tem tido ampla repercussão nas sentenças dos tribunais e recebido tratamento dogmático aprofundado, sob manifesta influência da doutrina alemã.[5] Por outro lado, o terceiro, o que mais se aproxima de uma das concepções originárias da figura na doutrina francesa, é bruscamente marginalizado pela maior referência doutrinária portuguesa neste domínio como «construção historicamente situada», da qual nada mais pode restar do que o apelo «a uma interpretação melhorada das normas, que dê valor à dimensão teleológica», a qual «[n]ão exige a ideia de abuso».[6] Em suma, o abuso do direito tem, entre nós, sentido ou vocação funcional largamente idênticos ao da cláusula geral da boa fé no direito civil alemão, aplicada ao universo amplíssimo dos direitos subjectivos, ou mesmo das situações jurídicas activas.[7]

---

[2] «Um desenvolvimento técnico insuficiente – escreveu CORDEIRO (1983), pp. 704-5 – perdeu, em França, o abuso do direito. Na Alemanha, factores técnicos submergiram-no. Recorde-se que, além-Reno, o abuso foi reconduzido à boa fé, na sequência de uma evolução.»

[3] ZWEIGERT/KÖTZ (1992), pp. 31 ss.

[4] SACCO/ROSSI (2019), pp. 55 ss.

[5] CORDEIRO (2008), pp. 145 ss.

[6] CORDEIRO (2008), p. 128.

[7] CORDEIRO (2008), pp. 128-29, considera mesmo que é dispensável a «presença de um direito subjectivo», dando como exemplo o caso «do devedor que, invocando o

Em segundo lugar, o modo peculiar como o nosso direito recebeu esta figura é revelador de que a mesma é, no plano da dogmática jurídica, uma inanidade (*nonsense*), no sentido de que não tem nenhum referente semântico – um estado de coisas, quer isto dizer, que descreva ou prescreva.[8] Após um século de busca fracassada, pode bem dizer-se que nada há que seja «o» abuso do direito, no sentido dogmático de uma regra ou critério único, ainda que de grande generalidade, que liga certo facto a determinadas consequências jurídicas.[9] Com efeito, não há nenhum critério comum de abuso nos vários sistemas que acolhem a figura, nem mesmo um denominador comum nos casos típicos de abuso reconhecidos no nosso sistema; sendo isto verdade no que diz respeito aos parâmetros enunciados no artigo 334.º, torna-se ainda mais evidente quando se considera a heterogeneidade das situações de exercício abusivo que têm resultado do diálogo entre a jurisprudência e a doutrina.[10] O *venire contra factum proprium* e a inalegabilidade formal, por exemplo, não são concretizações do conceito denotado pela expressão «abuso do direito», da mesma forma que a responsabilidade civil e a gestão de negócios não são concretizações do conceito denotado pela expressão «fontes das obrigações» ou que o homicídio qualificado e o abuso de confiança não são concretizações do conceito denotado pela expressão «tipos penais».[11] Antes é correcto dizer-se que, mediante estes termos técnicos, agregamos certos factos e efeitos jurídicos, com manifesto ganho de abstracção e parcimónia expositiva.[12] Daí que, em rigor, o abuso do direito não deva ser considerado um instituto ou regime jurídico, mas

---

artigo 777.º/1, *in fine*, [do Código Civil], se apresenta a cumprir, na residência do credor, às quatro da manhã». A observação desconsidera que a disposição invocada confere ao devedor uma situação jurídica activa: a liberdade de se exonerar a todo o tempo. Falar de uma liberdade de acção, *hoc sensu*, é dizer o mesmo que «não ter um dever» − neste âmbito, não ter o dever de cumprir a obrigação de certo modo específico e no momento determinado pelo credor. Sobre as liberdades (*privileges*) como situações activas, *v.* W. N. HOHFELD (1964), pp. 38-50.

[8] No sentido, algo datado, mas útil neste contexto, em que estes termos são usados por ROSS (1957), pp. 813, 820.

[9] Sobre a procura do critério do abuso do direito, *v.* ABREU (1983), pp. 14 ss.

[10] Por todos, *v.* CORDEIRO (2008), pp. 140 ss.

[11] Sobre a distinção entre conceitos classificatórios e operativos no mundo do direito, *v*. KENNEDY (2006), pp. 20-25, 243-51.

[12] Sobre os conceitos jurídicos como ferramentas de exposição, *v*. ROSS (1959), pp. 170-75.

um conjunto de construções ou regimes cuja nota comum é limitarem os direitos subjectivos ou o respectivo exercício.[13]

A par desta inanidade dogmática do abuso do direito enquanto tal – e não, como é bom de ver, das várias construções ou regimes que lhe são geralmente reconduzidos −, constata-se a sua extraordinária relevância metodológica. Não se trata agora de procurar nesta figura critérios jurídicos para a decisão de casos concretos, mas de nela se discernir um paradigma do modo jurídico de decidir casos concretos – da forma de raciocinar, argumentar e ajuizar própria do jurista. O abuso do direito surge-nos, nesta dimensão, como «um problema metodológico-normativo de realização (ou de "aplicação") concreta do direito, e não um problema dogmático da determinação do conteúdo jurídico (…)», revelador de «[u]ma juridicidade que deixou de medir-se por uma validade lógico-ideal de fundamento apenas legal, para se medir por uma validade jurídica concreta de fundamento axiológico-normativo».[14] O que a figura do abuso do direito revela, de modo específico e eloquente, é a tensão e síntese, característica do discurso jurídico em geral, entre os universos deontológico e axiológico da racionalidade prática ou entre a preempção e a ponderação como formas típicas e indispensáveis de usar razões no mundo do direito. No que aos direitos subjectivos diz respeito, trata-se de reconhecer que estes «agrega[m] em si, a par de uma estrutura formal, uma estrutura material, de cariz axiológico, correspondente ao respetivo fundamento (…)».[15] Para se compreender esta asserção e as suas implicações, no entanto, é imprescindível reconstituir o itinerário intelectual desta figura misteriosa e desconcertante na tradição jurídica romano-germânica.

2. Antecedentes históricos

A expressão «abuso de direito» foi cunhada pelo jurista belga François Laurent (1810-87) para se referir aos casos em que o titular de um direito o exerce com o propósito único de prejudicar outrem.[16] Numa sentença proferida em 1855, que veio a tornar-se famosa décadas mais tarde, o Tribunal de Apelação de Colmar decidiu que o proprietário de um

---

[13] Neste sentido, *v.* Ascensão (2006), pp. 619 ss.; Cortês (2010), pp. 306-7.
[14] Neves (1967), p. 528.
[15] Sequeira (2023), p. 664.
[16] Laurent (1878), vol. 20, § 411.

imóvel não podia construir uma chaminé falsa e inútil com a exclusiva finalidade de obstruir a vista do vizinho. Numa passagem da decisão regularmente citada e comentada, lê-se que, «em princípio, o direito de propriedade é de alguma forma absoluto, autorizando o proprietário a usar e abusar da coisa; porém, o exercício deste direito, como de qualquer outro, deve ter como limite a satisfação de um interesse sério e legítimo, e os princípios da moral e da equidade opõem-se a que a justiça sancione uma acção inspirada pela malevolência, cometida sob o domínio de uma paixão maligna, não determinada pela utilidade pessoal e provocando grave prejuízo a outrem».[17] A mesma orientação foi seguida num outro caso famoso, decidido já no primeiro quartel do século passado, em que os tribunais julgaram ilícita a conduta de um proprietário que instalou espigões de ferro no seu prédio com a finalidade de destruir os balões dirigíveis do vizinho.[18]

Apesar de estas decisões não terem apoio algum no texto do Código de Napoleão, situavam-se numa tradição doutrinária antiga.[19] O grande jurista francês Jean Domat (1625-96), um dos cultores do humanismo jurídico e fonte de inspiração dos codificadores, havia escrito na sua obra maior que o proprietário de um prédio não pode usá-lo com o propósito único de prejudicar o vizinho.[20] Alguns autores oitocentistas reconduziam esta noção, em termos algo duvidosos, a um fragmento do Digesto em que se dizia que o proprietário de uma fracção pode fazer fumo que incomoda o vizinho de cima ou despejar substâncias que incomodam o vizinho de baixo, desde que a sua finalidade não seja a de lhes causar prejuízo.[21] Os juristas franceses referiam-se a actos desta natureza através da locução latina *aemulatio*, usada noutro fragmento justinianeu que tinha por objecto uma matéria inteiramente diversa, o que hoje se designa pela expressão *jus aedificandi*: o proprietário pode construir uma estrutura nova no seu prédio, sem que para isso careça de uma licença imperial, desde que não tenha como propósito emular outra cidade ou albergar material sedicioso, e desde que a construção não seja um circo, um teatro ou um anfiteatro.[22] Como o verbo emular significa «rivalizar», é de supor que a conotação desta com a inveja terá

[17] *Recueil Dalloz* 1856, II, pp. 9-10.
[18] *Recueil Dalloz* 1917, I, pp. 79 ss.
[19] Gordley (2011), pp. 33-34.
[20] Domat (1713), II-8, § 3.
[21] D 47.10.44.
[22] D 50.10.3.

inspirado a designação «acto emulativo» para o uso da propriedade com a intenção de prejudicar o vizinho e, mediante uma operação analógica, o princípio mais geral de que o titular de um direito não pode exercê-lo com o propósito exclusivo de causar dano a outrem.

Uma parte da doutrina alemã da mesma época acolhia uma ideia semelhante sob a designação de «proibição da chicana», a qual veio a ser consagrada no § 226 do BGB, nos termos do qual «o exercício de um direito não é permitido se o único fim possível for o de causar prejuízo a outrem». Esta disposição, como a noção francesa equivalente, nunca teve, pelo seu âmbito de aplicação muito estreito, relevância prática significativa. Mas como o direito romano vigorou na generalidade dos territórios germânicos até muito mais tarde do que no lado ocidental do Reno, em virtude da codificação tardia do direito civil, discutia-se ainda a aplicabilidade no domínio do exercício de direitos de uma figura obscura do direito romano, que os juristas na tradição do *jus commune* denominaram *exceptio doli generalis* − uma espécie ampla e residual de excepção peremptória.[23] A excepção por dolo surgia como uma condição negativa na fórmula que o *praetor* dirigia ao *iudex*; o seu teor era o de que a acção deveria ser julgada procedente se o autor não tivesse agido com dolo antes ou no momento de propor a acção.[24] Os comentadores medievais e modernos discriminaram aqui duas formas de dolo: o dolo especial, que viciava a formação da pretensão que o autor queria fazer valer em juízo; e o dolo geral, que atingia a própria acção, operando como uma autorização para o juiz negar uma pretensão que tivesse por iníqua.[25] Em terminologia contemporânea, o dolo especial correspondia a uma concepção embrionária dos vícios da vontade na formação do negócio jurídico[26], ao passo que o dolo geral correspondia à antiga ideia aristotélica de que o rigor da lei – a justiça geral − teria de ser temperado pela equidade – a justiça do caso.[27] A *exceptio doli generalis* não era, pois, nenhum instituto jurídico ou construção dogmática, antes um meio processual para acolher uma certa visão sobre o modo de administrar a justiça.[28] O § 242 do BGB, que vincula o devedor à boa fé no

[23] Gordley (2011), pp. 34-36.
[24] Kaser (1992), pp. 201-2.
[25] Kaser (1992), pp. 454-55.
[26] Cordeiro (2008), pp. 131-2.
[27] Aristóteles (2006), 1137a31-1138a1.
[28] Gordley (2011), p. 36.

cumprimento das obrigações, pode ter-se como um afloramento parcial dessa ideia de generalidade máxima.

A teoria do abuso do direito nasceu em França, no primeiro quartel do século passado, como um dos frutos mais maduros da crítica «social» do direito privado clássico.[29] Os partidários da figura afirmaram que decisões como a do Tribunal de Apelação de Colmar insinuavam uma concepção do direito subjectivo diversa daquela que o individualismo e formalismo característicos do pensamento jurídico de Oitocentos havia gerado. Este concebia o direito privado segundo o arquétipo kantiano da «coexistência de arbítrios» conforme a uma «lei universal de liberdade».[30] «A coexistência de entes livres – escreveu o maior dos privatistas clássicos, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) −, para que permaneça em moldes cooperativos, em vez de conflituais, é possível somente através do reconhecimento de um perímetro invisível no interior do qual a existência e actividade de cada indivíduo adquire um espaço de liberdade e de segurança. A regra que determina esses espaços de liberdade individual e os respectivos limites é o próprio direito.»[31] Assim, prosseguia, «[c]ada relação jurídica concreta surge-nos como uma relação entre pessoas determinada por uma regra jurídica. Esta determinação pela regra jurídica consiste na atribuição de um domínio à vontade individual em que esta governa com independência da vontade de terceiro».[32] Estas passagens traduzem a primeira exposição sistemática da «teoria da vontade», nos termos da qual o direito subjectivo, por constituir o domínio do arbítrio individual, não conhece outro limite que não o do seu conteúdo formal, ou seja, o que decorre do próprio conteúdo da norma legal ou do negócio jurídico com base no qual se constitui.[33] Na esfera do seu direito, o respectivo titular pode, por isso, agir como bem entender, sem ter de prestar contas a ninguém; na versão tecnicamente refinada de Bernhard Windscheid (1817-92), o mais destacado entre os pandectistas alemães de finais de Oitocentos, o direito subjectivo é um poder da vontade do respectivo titular, que se traduz na possibilidade de este exercer, em maior ou menor medida, controlo sobre o dever correlativo – *v.g.*, exigindo em nome próprio a sua observância, accionando os meios de tutela em

---

[29] Sobre o assunto, com desenvolvimento, *v.* Ribeiro (2019), pp. 172 ss.

[30] Kant (2011), p. 43.

[31] Savigny (1840), pp. 331-32.

[32] *Id.*

[33] Sobre o assunto, *v.* Ribeiro (2020), pp. 1014 ss.

caso de violação e eximindo ou aliviando a posição do sujeito passivo.[34] Os juristas clássicos moderavam esta concepção absolutista dos direitos com duas concessões importantes.[35] Em primeiro lugar, muitos admitiam que o limite da insindicabilidade do exercício dos direitos era constituído pela proibição da chicana, uma vez que a razão de ser da existência dos direitos era possibilitar a autodeterminação individual, o que significava que as sentenças francesas sobre chaminés inúteis e espigões de ferro se situavam ainda no quadro da doutrina clássica.[36] Em segundo lugar, reconheciam a necessidade de se limitarem os direitos, sobretudo em domínios como o das relações de vizinhança, para prevenir colisões inevitáveis e harmonizar exercícios incompatíveis, embora sublinhassem que se tratava apenas, nesses casos, de comprimir, em princípio por via estritamente legal, a esfera de liberdade do titular do direito, sem prejuízo para a omnipotência deste no domínio assim devidamente contraído.[37]

Estas concessões não satisfaziam os juristas que promoveram a crítica social da doutrina clássica. Os precursores dessa crítica, como Rudolf von Jhering (1818-1892) e Otto von Gierke (1841-1921), tinham já dado passos importantes nesse sentido.[38] O primeiro, em especial, tinha formulado no terceiro quartel do séc. XIX uma crítica da teoria da vontade que ficou conhecida como a teoria do interesse, afim da concepção do direito subjectivo como «benefício» proposta pelo utilitarista inglês Jeremy Bentham (1747-1832).[39] Segundo Jhering, o direito subjectivo não pode ser um «poder da vontade», por duas ordens de razão: porque há titulares de direitos incapazes de os exercerem e porque os direitos são atribuídos tendo em vista um fim. O direito subjectivo é, assim, um «interesse legalmente protegido» ou o interesse que justifica a existência do dever correlativo.[40] A vontade é apenas o instrumento de que o titular ou o seu representante se serve para a prossecução do interesse merecedor da tutela do direito, abrindo-se um espaço – ininteligível para a doutrina clássica – entre a dimensão formal ou deontológica e a dimensão material

---

[34] Windscheid (1887), § 37, pp. 97-101. A concepção do direito subjectivo como liberdade de escolha sobre o dever de outrem foi aprimorada décadas mais tarde por Hart (1982) e Hart (1984).

[35] Gordley (2011), pp. 37-39.

[36] Neste sentido, *v.g.*, Laurent (1875), vol. 6, § 411.

[37] Neste sentido, *v.g.*, Windscheid (1887), § 169.

[38] Gierke (1943), pp. 10 ss.; Jhering (1871), pp. 326 ss.

[39] Bentham (1970), pp. 57-58.

[40] Jhering (1871), p. 327.

ou teleológica dos direitos; aquela existe em função desta ou tendo em vista a sua realização. Os primeiros teóricos do abuso do direito, como o francês Louis Josserand (1868-1941), inspiraram-se assumidamente nesta definição de Jhering.[41] Na introdução da monografia em que tratou do tema do abuso do direito com maior profundidade, uma obra inserida numa série de «ensaios de teleologia jurídica», Josserand escreve que «[t]al como existe um espírito das leis e, em termos mais gerais, um espírito do direito considerado objectivamente e no seu conjunto, devemos admitir a existência de um espírito dos direitos inerente a toda a prerrogativa subjectiva, considerada isoladamente; e [devemos ainda admitir] que, tal como a lei não deve ser aplicada contra o seu espírito (…), os nossos direitos não se podem exercer em contravenção e com desprezo pela sua missão social (…)».[42] A grande questão que se colocava era a de saber o que vinha a ser o «espírito dos direitos» ou a sua «missão social», o suposto critério de discriminação entre o exercício «funcional» ou «legítimo» e o exercício «abusivo» ou «ilegítimo» das prerrogativas ou faculdades que integram o conteúdo formal do direito subjectivo.[43] Em suma, tratava-se do *problema do critério* do abuso do direito.

3. A controvérsia doutrinária

O problema consumiu a doutrina de língua francesa da época, na qual se perfilaram três grandes posições: o exercício legítimo, o limite moral e a função social. A primeira foi defendida por Josserand e estava de acordo com as ideias gerais dos privatistas que se bateram pela «socialização» do direito privado e pela renovação teleológica da metodologia jurídica, como Raymond Saleilles (1855-1912), François Gény (1861--1959) e René Demogue (1872-1938).[44] Para estes juristas, a concepção clássica do direito privado como ordem de coexistência de arbítrios, na qual se situava a teoria da vontade como essência do direito subjectivo, repousava em pressupostos sociais que tinham sido ultrapassados pela transição de uma vida comercial de pequenos produtores em centros urbanos inseridos num sistema económico largamente agrário para um

---

[41] Josserand (1939), p. 388.

[42] Josserand (1939), pp. 10-11.

[43] Para uma síntese das doutrinas clássicas sobre o abuso do direito, *v.* Sá (1973), pp. 285 ss.

[44] Saleilles (1890); Gény (1919); Demogue (1924).

capitalismo industrializado, urbanizado, proletarizado e monopolista.[45] Numa sociedade deste tipo, caracterizada pela interdependência e conflitualidade, os direitos não podiam ser concebidos como esferas de arbítrio individual, exteriormente limitadas pelas excepções da proibição da malícia e da colisão de direitos.[46] Tinham de ser compreendidos como partes integrantes de uma grande síntese de interesses ou harmonia social; os direitos concediam ao respectivo titular certos poderes, faculdades ou prerrogativas tendo em vista essa finalidade, de tal forma que o exercício daquelas desligado ou balizado desta teria de ser tomado como disfuncional ou ilegítimo.

Na construção de Josserand, havia três categorias de direitos subjectivos, correspondentes a três formas de servir a função primária da harmonia social: não-causais, altruísticos e egoísticos.[47] Os direitos não-causais, muito raros e de âmbito reduzido, eram um resquício da concepção clássica do direito subjectivo como domínio absoluto da vontade, justificado pelos custos sociais de sindicar comportamentos pessoalíssimos ou devassar a intimidade individual; supõe-se que integrariam esta categoria, assim concebida, por exemplo, a liberdade de não trabalhar ou o direito de sufrágio activo. Os direitos altruístas, no extremo oposto, eram os direitos concedidos tendo em vista o interesse de terceiro, geralmente com base na expectativa de que o titular do direito, por inclinação natural ou dever estatutário, os prosseguisse espontaneamente; nesta categoria deveriam integrar-se o direito dos pais a educarem os filhos ou o direito dos advogados ao sigilo profissional. A construção do abuso do direito era inaplicável aos direitos integrados nestas categorias, ainda que por razões opostas: no primeiro caso, porque o exercício do direito não admitia limites ou escrutínio de espécie alguma; no segundo, porque o exercício do direito contrário ao fim a que se destinava consubstanciaria a violação de um dever formal. Era em relação aos direitos egoísticos, por fim, os quais constituiriam a grande massa dos direitos subjectivos, desde a propriedade privada e a autonomia negocial à liberdade de expressão e ao acesso aos tribunais, que se justificava, em certos casos, falar de abuso do direito.[48]

---

[45] Ribeiro (2019), pp. 181 ss.
[46] Ribeiro (2019), pp. 219 ss.
[47] Josserand (1939), pp. 414 ss.
[48] Sigo de perto Ribeiro (2019), 221-23.

Para Josserand, «sempre que [o titular] exerce um direito [egoístico], actua como indivíduo movido pelo egoísmo, mas [ao fazê-lo] usa uma prerrogativa social que deve ser usada num sentido social, de acordo com o espírito da instituição em causa».[49] Numa leitura pouco caridosa, passagens como esta – e são muitas ao longo da obra – traduzem uma completa instrumentalização ou funcionalização do direito subjectivo, de tal forma que a própria distinção entre direitos altruísticos ou poderes funcionais e direitos egoísticos ou propriamente subjectivos perde a sua razão de ser. Mas não é isso que Josserand pretende, como o conjunto da obra e a tripartição de direitos evidenciam. «Temos somente que reconhecer – escreve o nosso autor – que o elemento social que coexiste em todo o direito com o elemento individual tende a expandir-se em detrimento deste; mas o elemento individual subsiste, sendo o erro pensar o contrário, pois se assim não fosse destruir-se-ia a personalidade individual, a qual seria absorvida pela grande totalidade social.»[50] A sua tese é a de que os direitos egoísticos têm fundamentos individuais e colectivos, a que correspondem uma função subjectiva de tutela dos interesses do titular e uma função objectiva de salvaguarda da instituição em que o direito se inscreve. Estes fundamentos e funções têm saliência variável, consoante a natureza do direito em causa e o grau de desenvolvimento da vida social. No direito de propriedade, o fundamento colectivo e a função objectiva teriam maior importância do que nos direitos de crédito, sobretudo os de fonte contratual, pela simples razão de que a apropriação de recursos escassos e a eficácia real dos direitos têm implicações sociais tendencialmente superiores a um negócio de prestações entre particulares. Porém, numa economia cada vez mais desmaterializada, em que as relações contratuais tendem a padronizar-se e o incumprimento generalizado de dívidas representa um risco social, os direitos de crédito assumem uma função objectiva outrora insignificante. Os direitos egoísticos, pois, concedem ao respectivo titular uma esfera para a realização dos seus interesses, mas são limitados pelo imperativo de uma harmonia geral de interesses, em que todos são tratados pelo direito objectivo como iguais[51]; o direito de propriedade plena, por exemplo, não poderia ser exercido de um modo irreconciliável com os fundamentos da propriedade privada como instituição, nomeadamente a sua vinculação − em diferentes graus,

[49] Josserand (1939), p. 12.
[50] Josserand (1939), p. 329.
[51] Gény (1919), II, p. 226.

consoante o tipo de bem em causa − a determinados interesses públicos. Só assim se garantiria que o sistema de direitos não degenerasse num sistema de privilégios.[52] Ora, segundo esta construção, o exercício de um direito egoístico contrário ao fim social ou função objectiva de harmonia de interesses constitui precisamente o abuso – um exercício ilegítimo do direito, porque impertinente ao fundamento material da sua atribuição.[53]

A esta teoria do exercício legítimo, que ocupou uma posição intermédia no debate sobre o problema do abuso do direito, opuseram-se, quer os partidários da teoria do limite moral, quer os partidários da teoria da função social. Alguns juristas de inclinação mais conservadora, como Marcel Planiol (1855-1912), Georges Ripert (1880-1958) e Jean Dabin (1889-1971), apontaram que decisões como a do Tribunal de Apelação de Colmar nada tinham de original; a novidade estava na doutrina que, tomando-as como sintomáticas de uma nova concepção, propunha a funcionalização do direito subjectivo – a vinculação do seu exercício a interesses colectivos e a submissão do seu conteúdo ao arbítrio judicial.[54] Para estes autores, a vocação do direito subjectivo é a de servir o seu titular, o que implica que este possa exercê-lo à medida da sua conveniência pessoal, sem interferência ou escrutínio de terceiros, nomeadamente os tribunais. Os direitos não são – reconheciam – absolutos, admitindo-se que tenham por limite inequívoco a proibição dos actos emulativos ou mesmo, numa concepção mais generosa, uma regra de exercício conforme ao mínimo moral.[55] Este limite sempre havia sido garantido pelos tribunais e reconhecido pela doutrina, mas a sua intervenção era por natureza pontual, ao contrário de construções como a de Josserand, que promoviam uma descaracterização da subjectividade dos direitos, ao sujeitarem o seu exercício a um amplo e vago critério de «legitimidade».[56] Num passo célebre na história intelectual da figura, Planiol foi mais longe e escreveu que a expressão «abuso do direito» era absurda – uma «logomaquia» −, pois a conduta do titular lesiva de terceiro apenas se poderia situar aquém ou além dos limites do seu direito; no primeiro caso, seria perfeitamente lícita, pois constituiria o exercício de um direito, ao passo que no segundo seria ilícita, por não estar justificada por um direito. Assim, não haveria

---

[52] Saleilles (1904), p. 115.

[53] Josserand (1939), pp. 312-23.

[54] Planiol/Ripert (1930), pp. 573 ss.; Ripert (1949), pp. 157 ss.; Dabin (1952), pp. 268 ss.

[55] Ripert (1949), pp. 164-67.

[56] Dabin (1952), pp. 289-92.

nenhum espaço lógico entre ter e não ter um direito, o que mostrava a verdadeira face da figura do abuso do direito como equívoco dogmático e doutrina ideológica.[57] A crítica ignorava, com doses semelhantes de ingenuidade e sagacidade, que o problema do abuso se situava numa zona de descontinuidade entre a dimensão formal e material do direito subjectivo − entre a aparência do direito e a sua realidade substancial[58] −, para a qual a teoria clássica, que Planiol procurava de algum modo reabilitar, não tinha arrumação segura.[59]

No pólo oposto ao ocupado pela teoria do limite moral encontrava-se a teoria da função social. O seu mais destacado representante de língua francesa foi Léon Duguit (1859-1928), o chefe de fila do positivismo sociológico, para quem a figura do abuso do direito procurava uma reconciliação impossível entre a noção metafísica e individualista (adjectivos pejorativos) de direito subjectivo e a noção realista e solidarista (adjectivos laudatórios) de função social.[60] Os direitos, segundo Duguit, são reificações de relações sociais que obscurecem a natureza instrumental ou funcional de toda a ordem jurídica. Não há nenhum fundamento individual ou função subjectiva nos direitos; os direitos egoísticos de que falava Josserand mais não seriam do que o modo pelo qual o direito objectivo, num estádio prematuro da evolução social, se serve da ganância e do videirismo do titular do direito para promover o interesse geral, da mesma forma que os direitos altruísticos se serviam de paixões como o amor e a honra com a mesma finalidade.[61] Na verdade, todo o direito privado serviria o interesse colectivo, não se distinguindo do direito público pela função ou fim, mas apenas pelo modo ou forma. Só que – adiantava este pensador, sob influência do positivismo de Auguste Comte (1798-1857) e do funcionalismo de Émile Durkheim (1858-1917) − nas condições sociais do seu tempo, caracterizado pelo apogeu da complexidade e interdependência, insinuava-se a transição de uma era metafísica de objectos fictícios e conceitos etéreos para uma era positiva de objectos materiais e conceitos científicos; o conceito de direito subjectivo teria, assim, esgotado as suas virtualidades como instrumento de progresso, estando condenado a ser superado pela plena consciência,

---

[57] Planiol/Ripert (1930), p. 574.

[58] Assim, *v.g.*, Neves (1967), pp. 522-24; Carvalho (2012), pp. 117-19; Sequeira (2023), pp. 668-69.

[59] Neste sentido, *v.* Neves (1967), pp. 514 ss.

[60] Duguit (1912), pp. 196-202.

[61] Duguit (1901), pp. 140 ss., 577 ss.

desde logo pelos juristas, da função social de todo o direito.[62] A figura do abuso do direito, embora intrinsecamente contraditória, constituía um rito de passagem entre as duas eras – uma construção transitória entre o individualismo dos direitos e o solidarismo das funções. Numa conferência famosa, proferida em Buenos Aires, Duguit chegou a dizer que «temos hoje a plena noção de que o indivíduo não é um fim, mas um meio, nada mais do que uma peça nessa vasta maquinaria que é o corpo social, e que nenhum de nós tem outra razão para viver no mundo que não seja a de desempenhar o seu papel no trabalho social».[63]

4. A recepção germânica

A figura do abuso do direito, forjada nos tribunais e sobretudo nas escolas de direito francófonas no primeiro quartel do século passado, foi recebida pela doutrina alemã através de uma monografia do civilista Wolfgang Siebert (1905-59), publicada em 1934.[64] Siebert foi um destacado representante do denominado movimento de renovação jurídica alemã (*deutsche Rechtserneuerung*), que concentrou na Universidade de Kiel, na década de 30 do século passado, um conjunto de professores de direito afectos ao regime nacional-socialista, como Karl Michaelis (1900--2001), Karl Larenz (1903-93), Ernst-Rudolf Huber (1903-90) e Georg Dahm (1904-63).[65] Jurista culto e politicamente empenhado, Siebert leu com atenção a obra de Josserand e descobriu nas ideias, mais ou menos vagas, mas altamente sugestivas, de que o direito subjectivo é atribuído tendo em vista um fim, que o exercício do direito contrário a esse fim é ilegítimo e que os direitos ditos egoísticos têm uma missão social, uma passadeira estendida para a transfiguração do direito subjectivo, tal como era concebido pela dogmática germânica de Oitocentos, numa noção

[62] Para uma recuperação recente deste ponto de vista quanto ao direito de propriedade, ainda que sem consciência alguma do pensamento de Duguit ou de toda a vasta tradição jurídica precedente, nomeadamente o debate que as teses funcionalistas geraram, *v.* Cruft (2019), pp. 231-49.

[63] Duguit (1912), p. 157.

[64] Siebert (1934). Uma síntese sobre a «essência do abuso do direito» − *v.* Siebert (1935) − foi publicada no ano seguinte, numa obra colectiva dos juristas de Kiel, precisamente dedicada a «questões fundamentais da nova ciência jurídica». É contemporânea da monografia de Siebert a dissertação de Rüdy (1934), se bem que não tenha tido impacto comparável. Sobre o abuso do direito na doutrina germânica dos anos 30, *v.* Eichenhofer (2019), pp. 113 ss.

[65] Rüthers (1968); La Torre (1988).

pretensamente nova, que veio a designar como «autorização de camaradagem» (*volksgenössische Berechtigung*).[66] Ao proceder desta forma, mais do que aprimorar o abuso do direito, usou a figura como veículo para uma reinterpretação radicalmente colectivista do direito privado, com evidentes afinidades com a doutrina de Duguit. Só que aí onde o autor francês, ao dissertar sobre funções sociais, trabalho social e realidade social, professava uma fé incondicional no catecismo positivista, Siebert atribuía a estas noções conotações abertamente etnocêntricas, organicistas e transpersonalistas, escrevendo que «[a] penetração dos direitos formais com conteúdo ético-jurídico e ético-social está não apenas de acordo com o pensamento jurídico germânico, como é indispensável para evitar uma ordenação jurídica estranha ao povo [alemão] e para o desenvolvimento de uma mundividência jurídica unificada».[67]

A monografia de Siebert formulou a dicotomia, que décadas mais tarde veio a fazer escola na dogmática dos direitos fundamentais, entre a teoria externa (*Außentheorie*) e a teoria interna (*Innentheorie*) dos direitos.[68] A teoria clássica, apontava este autor, concebia os direitos como domínios absolutos da vontade ou esferas de arbítrio individual, que apenas podiam ser limitadas, sempre com o carácter de excepção, pela imposição exterior de deveres. Ao fazê-lo, esta concepção pressupunha um pensamento dualista (*Trennungsdenken*) entre a esfera privada e o interesse público, que se consumava na oposição entre a norma permissiva em que se fundava o direito e a norma injuntiva que o comprimia.[69] Pelo contrário, a teoria moderna, através da construção do abuso do direito, insinuava uma compreensão unitária, nos termos da qual as exigências comunitárias são constitutivas do próprio direito, que outorga ao titular certas prerrogativas ou poderes de modo a que este possa, no domínio de vida da comunidade em que o direito se inscreve, cumprir o papel social que lhe está destinado.[70] Por isso, o conteúdo dos direitos, ainda que a sua natureza formal fosse idêntica, variaria consoante a qualidade do titular e o contexto da sua actuação, os elementos com base nos quais se poderia discernir o seu substrato funcional; em rigor, deixaria de haver «direito de propriedade» ou «direito de crédito», por exemplo,

---

[66] Siebert (1935), pp. 201-2.
[67] Siebert (1934), pp. 155-56.
[68] Siebert (1934), pp. 85 ss.
[69] Siebert (1935), p. 201.
[70] Siebert (1935), p. 202.

para haver direitos do camponês, do patriarca, do comerciante, do soldado ou do trabalhador, calibrados de acordo com a sua missão no organismo nacional. A relatividade teleológica dos direitos de que falava Josserand – a circunstância de serem atribuídos tendo em vista certas finalidades que convergem para um horizonte de harmonia social – é aqui elevada a uma nova potência. «Esta relatividade – declarava Siebert – (…) tem como consequência que a preterição da "função social" do direito, a sua utilização contrária aos fins comunitários, não está protegida pelo conteúdo do direito, representando uma transgressão do mesmo.»[71] O exercício dos direitos deixava de estar vinculado somente a um interesse legítimo, para se tornar um serviço comunitário e um dever jurídico: todos os direitos seriam, em bom rigor, de natureza altruística ou poderes funcionais.[72]

A necessidade de uma figura como o abuso do direito resultava, de acordo com esta doutrina, da abstracção e do individualismo característicos do direito civil, das quais decorria a discrepância entre o nível da legalidade – a aparência de licitude gerada pela conformidade legal da conduta – e o nível da juridicidade – a verdadeira licitude consubstanciada na actuação da pessoa conforme ao seu dever de camaradagem. Para corrigir este desnível (*Rechtsüberschreitung*), era indispensável a intervenção do juiz, mediante a concretização de cláusulas gerais como a boa fé e os bons costumes; estas operariam como portas de entrada do espírito comunitário na arquitectura formal do sistema pandectista. Siebert via nas sentenças francesas sobre o exercício malicioso do direito de propriedade e sobretudo na jurisprudência alemã que sancionava como ilícito o exercício de um direito após um período injustificadamente prolongado (*Verwirkung*) uma manifestação tímida, mas inexorável, da capitulação da concepção clássica perante a força orgânica do espírito popular rejuvenescido pelo nacional-socialismo. O exercício dos direitos

---

[71] SIEBERT (1935), p. 203.

[72] «Para o fascismo – escreveu MUSSOLINI (1932) – o mundo não é este mundo material que surge na superfície, em que o homem é um indivíduo separado dos demais, governado por uma lei natural que o impele instintivamente a viver uma vida de prazer egoísta e instantâneo. O homem do fascismo é nação e pátria, uma lei moral que une os indivíduos e as gerações numa tradição e numa missão, que suprime o instinto de uma vida encerrada nos limites estreitos do prazer, para realizar através do dever uma vida superior, livre dos limites do espaço e do tempo; uma vida na qual o indivíduo, em virtude da sua abnegação, do sacrifícios dos seus interesses particulares, e, se necessário for, através da sua própria morte, realiza aquela existência totalmente espiritual em que se consubstancia o seu valor humano.»

de acordo com a boa fé e os bons costumes implicava muito mais do que uma restrição ética exterior ao próprio direito, exigindo a sua reconfiguração como outorga ou autorização vinculada a um dever de serviço.[73] Acresce que a insegurança jurídica para o titular gerada pela amplitude do papel do juiz na determinação do conteúdo do direito não passaria de uma ilusão da teoria externa, que não via o direito para além da norma e ignorava que o camarada − ao contrário do estrangeiro, do traidor e do judeu −, não se orienta pelo teor das leis e dos negócios, como objectos exteriores à sua personalidade, mas pelo sentimento jurídico partilhado com o juiz na comunhão espiritual do povo.[74] A relatividade, flexibilidade e funcionalidade dos direitos, culminando na sua metamorfose em autorizações de camaradagem, prometiam, assim, a realização de uma segurança jurídica mais perfeita e autêntica do que a garantida pelo princípio da legalidade.[75]

A construção de Siebert foi recebida com grande entusiasmo e remodelada num sentido ainda mais radical por Karl Larenz, também ele, nessa época, um jovem professor de direito civil em Kiel embriagado pelo fanatismo ideológico reinante. Numa monografia tão criativa quanto ignóbil, publicada em 1935 – e, entretanto, largamente esquecida −, Larenz nega que a personalidade jurídica se adquira pelo facto do nascimento, escrevendo que «o membro da comunidade jurídica é apenas aquele que é membro da comunidade popular; membro da comunidade popular é o que tem sangue alemão».[76] Para que o alemão de sangue – o camarada popular − possa cumprir o seu papel na comunidade, adquire certas posições jurídicas (*Rechtsstellungen*), cujo conteúdo se traduz em poderes (*Befugnisse*) de exercício vinculado; a capacidade jurídica admite, pois, graus variados, consoante a abrangência da função do sujeito na vida colectiva.[77] Para Larenz, a posição jurídica, ao contrário do direito subjectivo, não confere ao seu titular uma esfera de liberdade ou um poder da vontade, nem sequer um interesse protegido, antes um instrumento para que cumpra o seu dever de camaradagem.[78] O abuso do direito consistiria precisamente na violação desse dever que fundamenta a posição jurídica e opera como o seu limite imanente, sem prejuízo de

[73] Siebert (1935), p. 211.
[74] Siebert (1934), pp. 165-66.
[75] Schmitt (2006), pp. 10-20.
[76] Larenz (1935), p. 241.
[77] Larenz (1935), pp. 241 ss.
[78] Sobre o assunto, com grande desenvolvimento, *v.* La Torre (1988), IV.3-7.

essa vinculação ser de adstringência variável, consoante se tratasse de um papel social relativamente estático (como o de proprietário rural), em que a vontade do sujeito é insignificante, ou dinâmico (como o de credor contratual), em que a comunidade beneficia da liberdade negocial. A dignidade, por fim, não seria nem a qualidade do portador de um estatuto elevado – o antigo sentido aristocrático da expressão −, nem uma qualidade inerente ao ser humano – o sentido igualitário contemporâneo; antes seria a qualidade adquirida pelo membro da comunidade de sangue que, independentemente da origem ou posição social, desempenha com abnegação a tarefa que lhe foi cometida − uma concepção simultaneamente meritocrática e discriminatória.[79]

5. A desintegração dogmática

O denominador comum a quase todas as construções do abuso do direito nas primeiras décadas do século passado é a de terem constituído, segundo a nomenclatura introduzida por Siebert, «teorias internas», combinando uma concepção teleológica dos direitos – os direitos como meios para a realização de fins − com a noção de que é a descontinuidade entre a forma ou aparência e a substância ou realidade do direito subjectivo, ou entre o «espírito» e a «letra» dos direitos, que explica a possibilidade do exercício abusivo e opera como critério de controlo judicial.[80] Está claro que, quanto ao problema de saber quais os fins subjacentes aos direitos, prevalecia na doutrina um dissenso com forte carga ideológica, ocupando um amplo espectro que ia desde a noção relativamente individualista de que o direito subjectivo protege determinados interesses atendíveis, por norma do próprio titular do direito, até ao colectivismo radical dos que viam nos direitos uma forma de viabilizar e proteger a observância dos deveres que o respectivo titular tinha como membro da comunidade. A divergência compreendia-se no quadro de um movimento geral de socialização, nos termos do qual a ideia de fim social constituía a chave dogmática e metódica de um direito privado renovado.[81] No

[79] Sobre o assunto, *v.* WHITMAN (2004), pp. 1180-89.

[80] No sentido de que se abusa de um direito «quando numa certa e determinada situação concreta se coloca essa estrutura ao serviço de um valor diverso ou oposto do fundamento axiológico que lhe está imanente ou que lhe é interno. Nesta aparência da estrutura que finge objectivamente o direito é que está, afinal, o abuso do direito», *v.* SÁ (1973), pp. 456 ss.

[81] O pioneiro desta concepção foi JHERING (1877), pp. 83 ss.

plano dogmático, através de grandes princípios em que se cristalizavam os fins de cada regime ou sector do direito civil, como o «equilíbrio contratual», a «propriedade social» e a «compensação pelo risco».[82] No plano metódico, mediante a valorização do elemento teleológico da interpretação e operações como a redução teleológica e a integração de lacunas ocultas, que permitiam a harmonização dos regimes com as finalidades subjacentes.[83] O abuso do direito foi uma figura emblemática deste momento da cultura jurídica contemporânea.[84]

Em meados do século passado, os chavões sociais da «harmonia», da «finalidade» e da «função» tinham perdido quase toda a idoneidade moral, credibilidade intelectual e prestígio ideológico. Nas décadas anteriores, movimentos do pensamento jurídico como o realismo norte-americano, a jurisprudência dos interesses e o positivismo normativista tinham, ainda que com premissas e intuitos bem diversos, salientado que os regimes jurídicos não são instrumentos de fins unitários, mas o resultado da ponderação de «considerações conflituantes».[85] Nos Estados Unidos da América, Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) observou precocemente que «[p]or detrás da forma lógica [das sentenças judiciais] encontra-se um juízo sobre o valor e a importância relativa de fundamentos legislativos concorrentes (…). (…) [As] questões [jurídicas] são, na verdade, campos de batalha, em que os meios não obedecem a determinações duradoiras e a decisão não pode consubstanciar mais do que a preferência de quem decide num certo tempo e lugar».[86] Em França, René Demogue declarou que «[o]s elementos contraditórios amiúde encontrados nos problemas [jurídicos] com que nos deparamos tornam uma solução perfeitamente satisfatória geralmente impossível, atirando-nos para um regime de concessão ou compromisso, que não se afasta de forma ostensiva e excessiva de nenhum dos princípios [conflituantes]. Embora não derivado de um único princípio absoluto, este é o único [tipo] de regime possível, ainda que seja, pela sua exposição à crítica, muito frágil».[87] Na Alemanha, Philipp Heck (1858-1943) asseverou que «[a] verdade fundamental de

[82] Ribeiro (2019), pp. 197-212.
[83] Ribeiro (2019), pp. 209-15.
[84] Ribeiro (2019), pp. 224-25.
[85] Kennedy (2000), pp. 104-15.
[86] Holmes Jr. (1897), p. 988.
[87] Demogue (1911), p. 394.

que devemos partir é a de que cada comando jurídico compõe um conflito de interesses: procede de um conflito entre interesses contrários e representa, por assim dizer, o resultado desse conflito. (…) Se examinarmos apenas o fim do direito, vemos somente o interesse que prevaleceu. Mas o conteúdo concreto da regra jurídica, o grau em que o seu fim se realiza, depende também do peso dos interesses preteridos».[88] Finalmente, Hans Kelsen (1881-1973) escreveu que «[t]oda a "decisão" decide um conflito de interesses, a favor de uma ou outra das partes, ou através de uma mediação. (…) Mas não se consegue ver isto quando o conflito de interesses é camuflado pela ficção de um interesse geral ou de uma unidade de interesses, uma unidade que se supõe ser essencialmente diferente e maior do que uma mera composição de interesses».[89] Em todos estes autores, a música celestial da harmonia social é substituída pelo ruído político do pluralismo e do compromisso.[90] Com a conversão humanista e democrática do pós-guerra, esta concepção conflitualista do direito tornou-se naturalmente dominante.[91]

Em matéria de direito subjectivo e abuso do direito, a ruptura paradigmática abriu caminho a uma reabilitação parcial da teoria externa. Tal como os regimes jurídicos em geral, os direitos subjectivos resultam da ponderação de razões de sentido contrário, nomeadamente interesses individuais ou colectivos. Com efeito, a existência de um direito sobre determinado objecto pressupõe o juízo de que as razões para impor o dever correlativo prevalecem sobre as razões de sentido contrário.[92] Tal juízo pode situar-se num patamar mais ou menos remoto em relação ao direito subjectivo concretamente constituído. Assim, o direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio tem por fundamento imediato o juízo de que as razões para que todos os cidadãos gozem de liberdade de expressão – entre as

---

[88] Heck (1932), pp. 35-36.

[89] Kelsen (2010), p. 1553.

[90] Numa série de aforismas que condenam o Estado como o «novo ídolo» e celebram a singularidade do indivíduo, Nietzsche (1998), pp. 49-51, escreve: «Estado? Que é isso? (…) Estado é como se chama o mais frio de todos os monstros frios. É também com frieza que ele mente e da sua boca sai a mentira: "Eu, Estado, sou o povo." (…) Para grandes almas, ainda é possível uma vida livre. (…) Só onde acaba o Estado começa o homem que não é supérfluo: aí começa o canto necessário, a melodia única e insubstituível».

[91] Ribeiro (2019), pp. 238 ss.

[92] Raz (1986), p. 166.

quais se destacam a autonomia pessoal, o esclarecimento público e a legitimidade democrática – prevalecem sobre as razões para a censura de opiniões, como a promoção da tranquilidade pública e a protecção de sentimentos colectivos. Pelo contrário, o direito de crédito ao pagamento de certa quantia a título de obrigação validamente acordada ou de indemnização por responsabilidade civil não se baseia na comparação directa do interesse do credor com o do devedor, mas no juízo de que as razões para a existência de um regime de vinculatividade das promessas ou de responsabilidade civil prevalecem sobre as razões de sentido contrário, como as que justificariam a regra segundo a qual o devedor pode eximir-se da obrigação de indemnizar a vítima ou de cumprir o contrato se demonstrar que a prestação lhe custa mais do que o benefício dela extraído pelo credor. Mas as ponderações em causa nestes exemplos explicam ainda os limites exteriores destes direitos, aqueles domínios contíguos em que prevalecem as razões para a sua não atribuição: a título de exemplo, considere-se que a liberdade de expressão não contempla a difamação e a injúria ou que o direito do credor contratual cede em caso de alteração anormal das circunstâncias. O direito subjectivo, como sublinha a teoria interna, é atribuído por conta de certas razões ou fins, sem deixar de ser delimitado, como a teoria externa põe em evidência, por razões ou fins concorrentes. Ambas as teorias têm um fundo importante de verdade.

No quadro deste paradigma conflitualista, em que o substrato dos direitos é constituído por ponderações, o problema do abuso do direito pode surgir do ponto de vista interno, quando a questão é a de saber se o titular do direito não lhe dá um uso contrário ao fim para que foi atribuído, ou de um ponto de vista externo, quando a questão é de saber se o modo de exercício do direito não constitui um sacrifício excessivo de outros fins atendíveis. Este carácter híbrido da figura – como mecanismo de correcção de disfuncionalidades e desproporcionalidades – só por si inviabiliza o projecto doutrinário de se encontrar «o» critério do abuso, de formular uma regra ou padrão de valoração uniforme, por contraposição a um esquema dualista, compreendendo uma dogmática do abuso interno e outra do abuso externo. Só que a pluralidade quase infindável de razões legítimas para a atribuição de certos direitos e a pluralidade quase inesgotável de razões legítimas de sentido contrário tem uma repercussão bem mais destrutiva na unidade dogmática da figura: o critério do abuso são as razões do direito (que proscrevem a disfuncionalidade) e contra o direito (que proscrevem a desproporcionalidade), o que redunda na fórmula vazia de que o abuso é o exercício inadmissível, injustificado

ou ilegítimo do direito, consideradas todas as razões atendíveis no caso concreto.[93]

A desintegração dogmática é visível no tratamento doutrinário da figura nas últimas décadas, em que a busca por uma teoria geral é substituída por um elenco de «comportamentos típicos abusivos» − *v.g.*, o *venire*, a inalegabilidade, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque* –, situados num nível de abstracção intermédio da cláusula geral e do caso concreto, tipos esses que convivem com categorias residuais de orientação casuística, como o «exercício em desequilíbrio» e o «abuso de instituto».[94] O abuso do direito não é o critério de decisão ou padrão de valoração subjacente a estes tipos, mas a designação que lhes é atribuída – a soma dos casos típicos e das categorias residuais. Nem sequer se pode dizer que o abuso do direito é a agregação do fim do direito, dos bons costumes e da boa fé – concebidos como três institutos ou regimes distintos, unidos pelo efeito limitativo dos direitos subjectivos −, porque a relação dos casos típicos com esses conceitos é muito ténue ou mesmo nula. Estes operam, em boa verdade, não como os padrões de valoração que os tipos de casos concretizam, mas como ganchos em que estes são pendurados, por razões de conveniência expositiva e preservação das aparências. Basta atentar em que a construção mais abstracta e formidável que se obteve neste domínio − a tutela da confiança legítima[95] −, na qual se podem enquadrar alguns (se bem que apenas alguns) dos casos-padrão de abuso, só por estipulação doutrinária se pode dizer relevar da exigência de boa fé.[96] E o preço a pagar por essa estipulação é que a expressão «boa fé» perde a sua referência semântica a deveres de honestidade e lealdade, passando a constituir uma designação técnica para o conjunto dos «comportamentos abusivos» − exactamente o mesmo, como é bom de ver,

[93] O critério proposto por Abreu (1983), p. 43, aproxima-se dessa fórmula: «Há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem». Note-se, em todo o caso, que este enunciado não pode ser admitido precisamente naquilo em que contém verdadeiros critérios. Exemplificando: alguns direitos subjectivos não servem interesses pessoais; muitos direitos subjectivos não servem apenas interesses pessoais; nem sempre os fundamentos dos direitos são interesses; nem sempre os valores que justificam a compressão de direitos são interesses. Purgado destes elementos, o critério proposto redunda num não-critério.

[94] Cordeiro (2008), pp. 144 ss.; Sequeira (2022), pp. 201-2.

[95] Sobre esta, na doutrina portuguesa, por todos, *v.* Cordeiro (1983), pp. 1224 ss.

[96] Sequeira (2023), pp. 671-73.

que «abuso do direito»[97] –, uma função que podia ser desempenhada, com igual virtuosismo, pelas expressões «*tû-tû*» ou «queijo velho».[98]

6. Um paradigma metodológico

Não obstante a sua inanidade dogmática, a figura do abuso do direito é de extraordinária relevância metodológica, pois constitui um domínio privilegiado da tensão, característica do pensamento jurídico, entre a norma e o caso, a legalidade e a equidade, a racionalidade deontológica das regras e a racionalidade axiológica dos juízos – enfim, entre a preempção e a ponderação como modos simultaneamente contrários e essenciais do raciocínio e da argumentação no mundo do direito.[99] Como se lê numa monografia dedicada aos fundamentos da decisão jurisdicional, «a utilização que tem sido feita da figura do abuso de direito demonstra que essa figura mais não tem sido do que um "nome" para dar expressão, não apenas a diversos institutos e figuras jurídicas, mas a todos os princípios do [d]ireito que permitem legitimar uma decisão *contra legem* ainda que *secundum ius*».[100] Com efeito, embora o abuso do direito não seja um *critério jurídico* para resolver problemas, é um paradigma do *modo jurídico* de resolver problemas – a descoberta do direito entre a lei e a justiça.

Para bem se compreender a relevância metodológica do abuso do direito, é conveniente começar por ilustrar a tensão entre a norma e o caso através de uma hipótese clássica que envolve, não um direito subjectivo, mas uma proibição objectiva. Imagine-se uma disposição válida segundo a qual «não é permitido o acesso de veículos em jardins públicos».[101] Considerem-se agora os seguintes casos: no primeiro, uma pessoa portadora de deficiência motora acede a um jardim público numa cadeira de rodas motorizada; no segundo, o pai de uma criança que tem um ataque de asma em pleno jardim público usa o seu automóvel para a recolher e conduzir ao hospital. Começando pelo primeiro, talvez se

---

[97] Em sentido próximo, com vasto apoio bibliográfico, *v.* SÁ (2023), pp. 427-32 (n. 1613).

[98] ROSS (1957), pp. 823, 825.

[99] «[O] problema do "abuso do direito" – sublinha NEVES (1967), p. 528 – [é] um problema metodológico-normativo de realização (ou de "aplicação") concreta do direito, e não um problema dogmático da determinação do conteúdo jurídico *positum* (…).»

[100] CORTÊS (2010), pp. 307-8.

[101] Com a devida vénia a HART (1958), p. 607.

possa suscitar a dúvida de saber se uma cadeira de rodas motorizada é um «veículo» − apesar de ser difícil, do ponto de vista estritamente semântico, concluir no sentido negativo; mas suponho que seja pacífico, partindo-se do princípio de que inexistem outros elementos de interpretação que depõem em sentido contrário, que a disposição não deve ser aplicada neste caso. Atentos os fundamentos mais razoáveis e legítimos da proibição – a ausência de ruído e poluição nos jardins públicos e a neutralização do risco de atropelamentos −, impõe-se com naturalidade a conclusão de que o caso da pessoa portadora de deficiência motora numa cadeira de rodas motorizada extravasa a sua finalidade. Não é líquido se a operação metódica mediante a qual se alcança este resultado deva ser caracterizada como «interpretação restritiva» ou «redução teleológica», perante a conhecida dificuldade em definir a fronteira entre ambas[102], mas é inegável que as razões em que se funda são «internas», no sentido em que se prendem com os próprios fundamentos ou finalidades desta. Assim é porque a não aplicação da disposição neste primeiro caso não implica sacrifício algum dos valores que a norma se destina a salvaguardar, antes constituindo uma decisão tomada por conta ou em razão desses mesmos valores.

Vejamos agora o segundo caso. A acção do pai que entra de automóvel no jardim público para recolher o filho em perigo põe em causa os fins da proibição, uma vez que produz ruído e poluição e gera um risco – um risco agravado, dada a aflição do momento e a urgência da medida – de que se dê um acidente. Só que é evidente que, nessas circunstâncias, as razões da proibição cedem perante as razões da acção ou que os valores que a norma protege são suplantados pelos valores promovidos através da infracção. Na verdade, neste segundo caso, parecem estar reunidos os pressupostos do estado ou direito de necessidade, o que implica que o agente se pode valer de uma derrogação expressa da norma proibitiva – a sua conduta, por se verificarem os requisitos pertinentes, beneficia de uma causa de justificação, tornando-se dessa forma lícita. Tal regime limita-se, bem vistas as coisas, a concretizar em domínios de facto caracterizados pelo perigo de lesão de bens merecedores de tutela jurídica a ideia mais geral de que a norma cede perante razões de sentido contrário quando o peso destas seja tal que a aplicação daquela redundasse numa evidente desproporção. Ao contrário do que sucede no primeiro caso, em que a disposição é afastada por conta das razões que se supõe constituírem o

[102] Sobre o assunto, *v.* LARENZ (1997), pp. 556-57.

seu fundamento ou finalidade, neste segundo caso, as razões decisivas são «externas», estranhas ao fim da norma. Ao recusar a aplicação da norma no caso concreto, o aplicador do direito reabre a ponderação levada a cabo pelo autor da norma, ainda que o faça a título de excepção – não para pôr em causa a proporcionalidade da proibição do acesso de veículos a jardins públicos, mas a proporcionalidade da sua aplicação a uma classe restrita de casos que integram o seu âmbito de aplicação. O juiz do caso não diz que «a proibição de acesso é geralmente injusta», antes que «a proibição de acesso é injusta nestas circunstâncias».[103]

Note-se ainda que, em ambos os casos, a derrogação da norma não se basta com a ponderação, no caso concreto, dos fins que prossegue ou das razões contrárias. É necessária uma especial evidência de que a norma não deve ser aplicada no caso concreto, reflectida numa presunção a favor da aplicação da norma e num consequente ónus de ilisão da mesma. Esta exigência prende-se com o facto de a vigência da norma modificar o universo das razões atendíveis por quem é chamado a aplicar o direito, acrescentando-lhe, nomeadamente, razões de segurança jurídica, legitimidade política, adequação funcional e igualdade formal que, em maior ou menor medida, tendem a ser sacrificadas por juízos teleológicos e de proporcionalidade.[104] No caso da proibição de veículos em jardins públicos, basta considerar, entre múltiplos factores relevantes, a expectativa dos utentes de desfrutarem desses espaços em condições da mais perfeita serenidade e segurança, a relevância de o autor da norma ter um título particular para realizar e exprimir as ponderações relevantes, o perigo de que as idiossincrasias dos julgadores ponham em causa a igualdade entre os destinatários, bem como a possibilidade de que uma compreensão deficiente da disposição frustre a suas verdadeiras finalidades. O direito do caso situa-se, pois, num ponto mediador entre o legal e o justo: a norma tem força preemptiva própria, mas não exclui toda a ponderação.

O que vale para as normas em geral, vale igualmente para as que atribuem direitos, por colocarem um sujeito na posição de poder exigir em nome próprio ou através de um representante a observância de um ou mais deveres. Por um lado, os direitos subjectivos têm força preemptiva

---

[103] Os dois tipos de casos considerados correspondem largamente aos casos de «correcção», por um lado, e de «preterição e superação», por outro, que Neves (1993), pp. 188 ss., distingue a propósito do que denomina «interpretação conforme os princípios».

[104] Ribeiro (2015), pp. 36-40.

própria, que se manifesta no facto de os deveres correlativos serem geralmente exigíveis pelo titular do direito ou o seu representante; por regra, a invocação de um direito validamente constituído ao qual se não oponha outro direito validamente constituído é uma razão conclusiva para a respectiva satisfação.[105] Por outro lado, os direitos subjectivos podem, em situações de excepção, ceder perante razões teleológicas ou concorrentes, as primeiras sob a forma do argumento de que determinado exercício do direito excede manifestamente os fundamentos da sua atribuição e as segundas sob a forma do argumento de que determinado exercício do direito gera manifestamente uma desproporção de valores.[106] É esse o sentido do abuso do direito: uma cláusula de derrogação excepcional dos direitos, por razões de funcionalidade ou proporcionalidade, mediante a qual se opera, num domínio abrangente, a mediação entre a dimensão preemptiva ou deontológica e a dimensão equitativa ou axiológica do jurídico. Os direitos subjectivos não são, pois, nem absolutos – insusceptíveis de abuso −, nem relativos – vinculados a funções; são estruturas deontológicas que comunicam residualmente com o mundo axiológico. Em suma, ter um direito é ter uma razão *prima facie* preemptiva, por norma resistente a ponderações, mas que pode ceder em situações excepcionais.

Estamos agora em condições de concluir que o artigo 334.º do Código Civil, correctamente interpretado, nos diz as seguintes três coisas: em primeiro lugar, que o exercício de um direito pode ser ilegítimo – o que significa que o exercício de um direito não é uma garantia de licitude da acção; em segundo lugar, que o exercício só é ilegítimo em caso manifesto – o que significa que a derrogação do direito é uma realidade excepcional; em terceiro lugar, que as pautas valorativas da legitimidade são a boa fé, os bons costumes e o fim social ou económico do direito – o que significa, bem vistas as coisas, tendo em conta a enorme amplitude e elasticidade destes conceitos no discurso dos juristas, que todos os valores pertinentes ao sistema jurídico, destacando-se os que têm ressonância constitucional, podem entrar na determinação do abuso do direito.[107] Por seu turno, os casos típicos de comportamento abusivo

---

[105] Múrias (2023), pp. 317-18, 356-60, 483-89.

[106] Raz (1986), pp. 184 ss.

[107] Em bom rigor, a decisão de consagrar esta figura na lei não constitui uma opção de direito civil substantivo, antes uma tomada de posição do legislador em matéria metodológica, de relevo e alcance duvidosos, como as que constam dos artigos 8.º a 10.º do Código Civil. Não é por estar na lei ou nos termos da lei que o abuso do direito tem força jurídica; a sua validade é, por assim dizer, transcendental – uma condição

mais não são do que reconstruções dogmáticas da prática jurisprudencial de derrogação de direitos subjectivos, uma actividade intelectual semelhante ao processo de articulação, na tradição jurídica anglo-americana, das *rationes* e *doctrines* geradas pela actividade jurisdicional.[108] O abuso do direito constitui, pois, um paradigma de uma metodologia jurídica que recusa a redução da juridicidade simultaneamente à legalidade – a um direito em que só as normas decidem os casos – e à equidade – a um direito em que só os casos constituem as normas.

7. Abuso do direito fundamental

A figura do abuso do direito é aplicável aos direitos fundamentais? A questão mereceu uma «resposta claramente negativa» num escrito recente em que o tema foi tratado – o que é raríssimo na doutrina − com algum desenvolvimento.[109] Foram dados dois argumentos principais nesse sentido, um relativo ao abuso «externo», o outro ao «interno». Por um lado, «se se sujeitasse o conteúdo ou o exercício de um direito fundamental ao disposto no artigo 334.º − aos parâmetros da boa fé ou aos bons costumes −, seria a figura do abuso do direito, com a sua heterogeneidade interna, que se sobreporia ao regime dos direitos fundamentais[, pelo que] seria este a comandar as operações hermenêuticas e de aplicação das normas de direitos fundamentais, dizendo quan[d]o e em que termos é que os efeitos destas poderiam ou não produzir-se legitimamente, isto é, de forma não abusiva».[110] Por outro lado, «a generalidade dos direitos fundamentais não terá (…) um único fim justificativo da sua presença no catálogo constitucional, mesmo considerando apenas um dado momento histórico. (…) A razão é simples: os direitos fundamentais são, por definição, direitos abertos. (…) Em última análise, o fim mais importante de um direito fundamental é aquele que o seu próprio titular lhe quer dar, desde que o seu desenvolvimento não ponha em causa outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».[111]

---

de validade dos próprios direitos subjectivos que se destina a limitar. Neste sentido, *v.* NEVES (1967), pp. 528-30.

[108] Não admira, por isso, que dois dos mais destacados críticos de uma metodologia legalista na tradição jurídica romano-germânica, ESSER (1956) e FIKENTSCHER (1975), tenham dedicado grande atenção ao *judge-made law* anglo-americano.

[109] SILVA (2023), pp. 1363 ss.

[110] SILVA (2023), pp. 1367-68.

[111] SILVA (2023), pp. 1368-71.

Não obstante serem sugestivos, estes argumentos não procedem.

O primeiro parte do pressuposto de que a limitação dos direitos fundamentais pela figura do abuso do direito corresponderia a uma submissão do direito constitucional ao direito civil, nomeadamente aos «conceitos perigosos» da boa fé e dos bons costumes. Porém, a admissibilidade do abuso do direito fundamental não resultaria da aplicação aos direitos fundamentais do artigo 334.º do Código Civil, antes da ideia metodológica que esta disposição aflora: a necessidade residual de corrigir disfuncionalidades e desproporcionalidades no exercício dos direitos.[112] Tal ideia não tem nenhuma relação essencial com o direito civil, como a não têm, de resto, os conceitos de função subjectiva e objectiva dos direitos subjectivos ou de uma teoria interna e externa dos limites aos direitos, ideias estas que provêm, como vimos, do debate doutrinário sobre o abuso do direito entre os privatistas da primeira metade do século passado, tendo-se convertido, entretanto, em moeda corrente na dogmática dos direitos fundamentais. Acresce que a boa fé e os bons costumes, correctamente compreendidos, não são critérios substanciais do abuso do direito, mas repositórios de valores jurídicos, para cuja determinação a ordem constitucional é, não apenas convocável, como o principal ponto de referência. Tenha-se em conta, a este respeito, que a tutela da confiança, como limite ao exercício de direitos, se funda no valor da segurança jurídica[113], cuja pertinência constitucional é inequívoca, e que a tensão entre a confiança legítima e o direito subjectivo é arbitrada pelo princípio da proporcionalidade.

Ora, não há justificação para supor que, ao contrário dos direitos constituídos ao abrigo de normas de direito privado, os direitos fundamentais não possam ceder, em caso de manifesto desequilíbrio, perante razões legítimas de sentido contrário – razões essas que não podem deixar de ser, em última análise, «interesses constitucionalmente protegidos». Claro que isto não significa que os tipos de comportamento abusivo sedimentados na doutrina e jurisprudência civis sejam mecanicamente aplicáveis no universo dos direitos fundamentais; o que se aplica aqui é a ideia geral de equilíbrio ou de proporção. Imagine-se que a lei ordinária

---

[112] Como escreve Neves (1967), p. 529, «o princípio normativo que o abuso do direito se propõe exprimir, e com ele outras intenções análogas (da "boa fé, dos "bons costumes", etc.), outra coisa não são (…) do que aflorações dos princípios do "direito justo" – princípios que valem para além e com independência de toda a prescrição positiva (…)».

[113] Sequeira (2023), pp. 672-74.

era absolutamente omissa a respeito da tutela dos animais não humanos, dando-se o caso de um agente da autoridade deparar com uma pessoa a maltratar um cão vadio. Não poderia aquele intervir para fazer cessar os maus-tratos, com base no juízo de que se trataria de um abuso da liberdade geral de acção compreendida no direito ao livre desenvolvimento da personalidade? Ou considere-se o caso de um baterista que, sabendo que o vizinho tem convidados em casa para assistirem a um concerto dado por um quarteto de cordas, decide tocar ruidosamente o seu instrumento com o propósito único de estragar a festa. Seria inadmissível que um tribunal decidisse que abusou da liberdade de criação artística e o condenasse a pagar uma indemnização ao lesado?

Quanto ao segundo argumento, o que dele se pode extrair não é a inviabilidade de se ajuizar abusiva a invocação de um direito fundamental contrária ao respectivo fim – ou, o que é dizer o mesmo, ao seu fundamento −, mas a noção de que, atenta a relativa complexidade, indeterminação e pessoalidade do substrato material dos direitos fundamentais, são raros os casos em que essa contrariedade é manifesta ou evidente. É possível pensar, ainda assim, em algumas hipóteses. Considere-se, em primeiro lugar, o exemplo clássico do indivíduo que grita «Fogo!» numa sala de espetáculos cheia, causando comoção geral e danos avultados.[114] Seria legítimo que, demandado pelos lesados numa acção de responsabilidade civil, o réu invocasse a liberdade de expressão para justificar a sua conduta? Pondere-se outro caso hipotético, este com raízes muito antigas e paralelo jurisprudencial recente.[115] Papiniano propõe contra Modestino acção para o cumprimento de uma dívida de grande valor que tem a perfeita noção de que não existe, beneficiando de apoio judiciário por insuficiência de recursos. O tribunal de primeira instância julga a acção totalmente improcedente e condena o autor por litigância de má fé, com fundamento no carácter temerário da lide. Papiniano recorre da decisão, apenas na parte relativa ao pedido principal, transitando em julgado a sentença na parte em que o condena como litigante de má fé. Admitindo que a lei nada dispõe sobre a matéria, não deve o tribunal ordenar que

[114] O exemplo − célebre − é tirado do acórdão *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), relatado por Oliver Wendell Holmes Jr.

[115] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 348/2022. Já Gaio (2010), § 171, se referia àquelas «precauções que os primitivos juristas tomaram para que os homens não entrassem em litígio de ânimo leve; tal propósito foi sobretudo conseguido, umas vezes pela imposição de uma pena pecuniária ao aventureirismo tanto dos autores como dos demandados, outras graças ao temor respeitoso que o juramento inspira a uns e a outros».

seja interrompido o apoio judiciário, com o argumento de que o recorrente abusa do direito a não ser privado de acesso aos tribunais por carência de meios económicos?[116]

Vale a pena sublinhar que os direitos fundamentais não podem deixar de ter fundamentos materiais, sob pena de não ser possível explicar a sua importância ou justificar a sua existência, nem graduar a severidade das restrições legais que sobre eles incidem. Sendo inegável que a «liberdade de expressão serve fins diversos quando se exprime uma opinião religiosa ou quando um humorista profissional faz uma apresentação pública»[117], não deixa de ser verdade que o valor da liberdade de expressão não é idêntico em todas as suas manifestações. Para dar um exemplo evidente, o discurso político é geralmente merecedor de uma protecção mais intensa do que o discurso comercial, precisamente porque um dos fundamentos da liberdade de expressão – a sua função democrática – aplica-se ao primeiro, mas não ao segundo. O conteúdo formal dos direitos fundamentais pouco ou nada nos diz sobre os valores que encarnam, mas o acesso a estes é indispensável, em maior ou menor medida, quando se trata de fazer juízos de ponderação. Em rigor, não são os direitos, enquanto estruturas deontológicas, que são sopesados ou ponderados quando é apreciada a proporcionalidade de uma restrição legal, mas as razões ou valores que lhes subjazem.[118] Nada há de particularmente perigoso ou misterioso,

---

[116] Como se lê no aresto citado na nota precedente: «Com efeito, partindo-se do pressuposto de que o litigante de má fé abusa do direito de ação ou de defesa num determinado processo, fazendo um uso indevido do sistema judicial – contrário ou estranho ao fim de tutelar direitos ou interesses legalmente protegidos −, é absurdo continuar a prestar-lhe um apoio destinado a "*assegurar que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o conhecimento, o exercício ou a defesa dos seus direitos*" (artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho). O Estado incorre em ostensiva contradição se, a respeito do mesmo sujeito num determinado processo, censurar o *abuso do direito* de acesso aos tribunais e continuar a *subsidiar o exercício* do mesmo. Se é certo que o inciso final do n.º 1 do artigo 20.º da Constituição proíbe a *denegação da justiça* por insuficiência de meios económicos, não é menos verdade que dela não se pode retirar nenhum argumento contra a denegação do *abuso da justiça* – pelo contrário, a dimensão objetiva do direito a uma justiça célere e equitativa, consagrado no n.º 4 do artigo 20.º, implica que o Estado tenha o dever de prevenir e reprimir o recurso malicioso, temerário ou leviano aos tribunais» (itálicos no original).

[117] SILVA (2023), p. 1368.

[118] Não creio, assim, que se possa acompanhar a afirmação de ALEXY (1994), pp. 126-27, de que os planos axiológico e deontológico são intermutáveis.

pois, na ideia de que um direito fundamental possa ser invocado ou exercido contra as razões que justificam a sua existência – e que, sendo essa contrariedade manifesta, se deva ter a conduta do titular por abusiva.

O reconhecimento de que a figura do abuso de direito é aplicável aos direitos fundamentais não obsta a que se conceda que a sua relevância neste domínio é residual, sobretudo quando comparada com a que desempenha no direito civil. Assim é porque uma grande parte dos problemas que ela se destina a solucionar são resolvidos pelo direito constitucional num momento anterior, através do regime das restrições aos direitos fundamentais.[119] Com efeito, ao contrário dos direitos constituídos ao abrigo de normas legais ou negócios jurídicos, os direitos fundamentais, pela amplitude dos objectos sobre os quais incidem e a pluralidade de funções que desempenham, têm uma tal propensão para entrarem em conflito com outros direitos fundamentais e interesses de estalão equivalente que são, num certo sentido, direitos provisórios ou incompletos, sob reserva de restrições que reduzam o seu âmbito efectivo.[120] Mesmo quando sejam directamente aplicáveis, por respeitarem a bens cujo gozo não depende da intervenção do poder público, os direitos fundamentais são regularmente comprimidos por legislação que se destina a salvaguardar outros valores ameaçados pelo seu exercício. Esta vocação colidente dos direitos fundamentais, ao reclamar a função arbitral do legislador, chamado a estabelecer uma concordância prática ou a impor sacrifícios proporcionais, sob a forma de leis gerais, abstractas, prospectivas, determinadas e calibradas, torna menos provável, por superficialmente paradoxal que isso possa parecer, a ocorrência de desequilíbrios no caso concreto, estreitando a margem para a invocação do abuso do direito na sua vertente «externa». Se a isto somarmos a liberalidade dos fundamentos destes direitos, que reduz a importância do abuso na sua vertente «interna», constatamos que o papel da figura neste domínio é necessariamente secundário. Não admira, por isso, que o interesse doutrinário na matéria seja muito escasso.

Há ainda factores culturais que explicam a negligência a que o tema do abuso do direito fundamental tem sido votado na literatura constitucional, entre os quais cabe destacar o distanciamento progressivo entre a dogmática do direito público e a do direito privado − com consequências

---

[119] Silva (2023), pp. 1366-67.

[120] Sobre a existência de uma «reserva geral imanente de ponderação» dos direitos fundamentais, *v.* Novais (2017), pp. 569 ss.

perniciosas para ambas −, uma tendência de várias décadas que se inscreve no contexto mais alargado de uma especialização intradisciplinar intelectualmente empobrecedora. No caso português, impõe-se acrescentar a dependência do nosso meio académico em relação à doutrina estrangeira, sobretudo a germânica, no âmbito da qual a falência dogmática do abuso do direito, aliada ao facto de este não ter expressão legal, precipitou a decadência precoce da figura no direito civil, sem que fizesse muito sentido que os constitucionalistas se empenhassem em resgatar os salvados. De todo o modo, como o abuso do direito não é um regime jurídico, mas um paradigma metodológico, a designação está longe de ser indispensável. O valor da figura está em ser uma entre várias formas possíveis de transmitir a ideia de que os direitos, como de resto os deveres e a juridicidade em geral, residem numa região intermédia dos universos deontológico e axiológico ou que o direito do caso concreto se tem de descobrir entre a lei e a justiça. Por isso, até mesmo os direitos fundamentais, sem prejuízo da sua posição cimeira na ordem jurídica e da extensão das restrições legais que se lhes aplicam, admitem excepcionalmente limites casuísticos – aquela correcção da razão da norma pela razão do caso que é a essência mesma do direito justo.

Bibliografia

Abreu, Jorge M. Coutinho de, *Do Abuso de Direito*, Almedina, Coimbra, 1983.

Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Berlim, 1994.

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, tradução e notas de António Castro Caeiro, 2.ª ed., Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2006.

Ascensão, José de Oliveira, "O «Abuso do Direito» e o Artigo 334.º do Código Civil: Uma Recepção Transviada", in Miranda, Jorge (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – no Centenário do seu Nascimento*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 607-631.

Bentham, Jeremy, *Of Laws in General − Principles of Legislation*, University of London The Athlone Press, London, 1970.

Carvalho, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3. ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

Cordeiro, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1983.

Cordeiro, António Menezes, "Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas", in Dias, Jorge de Figueiredo *et al.* (orgs), *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

Cortês, António, *Jurisprudência dos Princípios: Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

CRUFT, Rowan, *Human Rights, Ownership, and the Individual*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

DABIN, Jean, *Le Droit Subjectif*, Dalloz, Paris, 1952.

DEMOGUE, René, *Les Notions Fondamentales du Droit Privé − Essai Critique*, Arthur Rousseau, Paris, 1911.

DEMOGUE, René, *Traité des Obligations en Général*, vol. 4, Arthur Rousseau, Paris, 1924.

DOMAT, Jean, *Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel*, Pierre Debats, Nouvelle Edition, 1713.

DUGUIT, Léon, *L'État, Le Droit Objéctif et la Loi Positive*, Dalloz, Paris, 1901.

DUGUIT, Léon, *Les Transformations Générales du Droit Privé*, F. Alcan, Paris, 1912.

EICHENHOFER, Philipp, *Rechtsmissbrauch − Zu Geschichte und Theorie einer Figur des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1956.

FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, vol. 2: *Anglo-Amerikanischer Rechtskreis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1975.

GAIO, *Instituições*, tradução de J. A. Segurado e Campos, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2010.

GÉNY, François, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif − Essai Critique*, 2 vols., Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1919.

GIERKE, Otto von, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Vittorio Klostermann, Frankfurt-am-Main, 1943.

GORDLEY, James, "The Abuse of Rights in the Civil Law Tradition", in Rita de la Feria/Stefan Vogenauer (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, 2011, pp. 33-48.

HART, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harvard Law Review*, 1958, pp. 593-629.

HART, H. L. A., "Legal Rights", in *Essays on Bentham – Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1982, pp. 162-193.

HART, H. L. A., "Are There Any Natural Rights?", in WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 77-90.

HECK, Philipp, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1932.

HOHFELD, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale University Press, New Haven, 1964.

HOLMES JR., Oliver Wendell, "The Path of the Law", 10 *Harvard Law Review,* 1897, pp. 457-478.

JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, IV, 2.ª ed., Breitkopf & Härtel, Wiesbaden, 1871.

JHERING, Rudolf von, *Zweck im Recht*, I, Breitkopf & Härtel, Wiesbaden, 1877.

JOSSERAND, Louis, *De L'Esprit des Droits et de Leur Relativité: Théorie Dite de L'Abus des Droits***,** 2.ª ed., Dalloz, Paris, 1939.

KANT, Immanuel, *A Metafísica dos Costumes*, tradução, apresentação e notas de José Lamego, 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011.

KASER, Max, *Direito Privado Romano*, tradução de Samuel Rodrigues/Ferdinand Hämmerle, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1992.

KELSEN, Hans, "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?", in KLETATSKY, H. R./MARCIC, R./SCHAMBECK, H. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule − Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Anfred Verdross*, II, Steiner Verlag, Estugarda, 2010.

KENNEDY, Duncan, "From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy", 100 *Columbia Law Review*, 2001, pp. 94-175.

KENNEDY, Duncan, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beard Books, Fairless Hills, 2006.

LA TORRE, Massimo, *La Lotta Contra il Diritto Soggetivo: Karl Larenz e la Doutrina Giuridica Nazionalsocialista*, A. Giuffrè, Milão, 1988.

LARENZ, Karl, "Rechtsperson und subjektives Recht − zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe", in DAHM, G. *et al*., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Junker & Dünnhaupt, Berlim, 1935, pp. 225-260.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

LAURENT, François, *Principes de Droit Civil Français*, vol. 6, 3.ª ed., Bruylant-Christophe & Comp., Bruxelas, 1875.

LAURENT, François, *Principes de Droit Civil Français*, vol. 20, 3.ª ed., Bruylant-Christophe & Comp, Bruxelas, 1878.

MÚRIAS, Pedro, *A Análise Axiológica do Direito Civil*, Gestlegal, Coimbra, 2023.

MUSSOLINI, Benito, *La Dottrina del Fascismo*, Vallecchi Editore, Florença, 1932.

NEVES, A. Castanheira, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito, ou O Problema Metodológico da Juridicidade*, I, Almedina, Coimbra, 1967.

NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

NIETZSCHE, Friedrich, *Assim Falava Zaratustra*, tradução de Paulo Osório de Castro, Relógio d'Água, Lisboa, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis, *Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 3.ª ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2017.

PLANIOL, M./RIPERT, G., *Traité Pratique de Droit Civil Français*, vol. 6, Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1930.

RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, "Judicial Activism and Fidelity to Law", in COUTINHO, Luís Pereira *et al.* (eds.), *Judicial Activism − An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer, Heidelberg, 2015, pp. 31-46.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, *The Decline of Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2019.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, "A Revolução Constitucional Savigniana", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 46, 2020, pp. 995-1037.

RIPERT, Georges, *La Régle Morale dans les Obligations Civiles*, 4.ª ed., Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949.

ROSS, Alf, "Tû-Tû", *Harvard Law Review*, n.º 70, 1957, pp. 812-825.

ROSS, Alf, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 1959.

RÜDY, Hermann, *Der Rechtsmissbrauch*, Dissertation München, 1934.

RÜTHERS, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nazionalsozialismus*, Mohr, Tübingen, 1968.

SÁ, Fernando A. Cunha de, *O Abuso do Direito*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1973.

SÁ, Fernando Oliveira, *A Influência de Terceiros na Decisão de Contratar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023.

SACCO, R./ROSSI, P., *Introduzione al Diritto Comparato*, 7.ª ed., UTET Giuridica, Turim, 2022.

SALEILLES, Raymond, *Essai d'une Théorie Générale de l'Obligation d'Après le Projet de Code Civil Allemand*, F. Pichon, Paris, 1980.

SALEILLES, Raymond, 'Le Code Civil et la Méthode Historique', in Société d'Études Législatives (ed.), *Le Code Civil, 1804-1904* − Livre du Centenaire, Arthur Rousseau, Paris, 1904.

SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Veit und Comp., Leipzig, 1840.

SCHMITT, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 3.ª ed., Duncker & Humblot, Berlim, 2006.

SEQUEIRA, Elsa Vaz de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022.

SEQUEIRA (2023), Elsa Vaz de, "Breve Reflexão Sobre o Abuso do Direito", in ALMEIDA, Mário Aroso de, *et al.*, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria da Glória Garcia*, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023, pp. 659-684.

SIEBERT, Wolfgang, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, N. G. Elwert, Marburg, 1934.

SIEBERT, Wolfgang, "Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs: über die konkrete Gestaltung der Rechte", in DAHM, G., *et al*., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Junker & Dünnhaupt, Berlim, 1935, pp. 189-224.

SILVA, Jorge Pereira da, "Sobre as Inconstitucionalidades dos Contratos entre Sujeitos Privados", in ALMEIDA, Mário Aroso de, *et al.*, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria da Glória Garcia*, vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023, pp. 1343-74.

WHITMAN, James Q., "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty", *The Yale Law Journal,* nr. 113, 2004, pp. 1151-1221.

WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 6.ª ed., Rütten & Loening, Frankfurt, 1887.

ZWEIGERT, K./KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, tradução de Tony Weir, Oxford University Press, Oxford, 1992.

Interesse Público*

Luís Fábrica**

Introdução

No princípio era o Bem Comum.

Durante dois mil anos, a reflexão política no nosso espaço histórico-cultural postulou que a comunidade política se organizava finalisticamente para o Bem Comum, o qual representava o princípio unificador da *polis*, a base de legitimação do poder político e o padrão de aferição da conduta dos governantes. Desde a proposta platónica de organização da Cidade segundo a Justiça até ao discurso medieval e renascentista sobre os deveres do príncipe cristão, foi-se acumulando um lastro plurissecular de contributos filosóficos, com frequentes derivações para a Ética e para a Teologia, tendo por objecto um Bem Comum tão omnipresente no plano cultural quanto evanescente no plano da *praxis* (Maquiavel *dixit*...). Na fase final deste longo período, a máxima absolutista *Salus publica suprema lex* condensava a ideia da vinculação do monarca de direito divino ao bem da comunidade, a par da relactiva desvinculação às regras jurídicas.

A partir do séc. XVII, porém, começou a fazer o seu caminho a ideia de que o interesse dos indivíduos é o móbil explicativo dos seus comportamentos no contexto privado e no contexto social. Os homens são norteados pelas vantagens que esperam retirar de determinada conduta ou situação. A sociedade civil e o poder político trazem vantagens aos indivíduos e aí reside o seu fundamento e legitimação, numa perspectiva racional. O concreto interesse geral na convivência pacífica e bem

---

Por opção do autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

* O texto constitui a versão abreviada de uma intervenção oral no âmbito da iniciativa *Católica Talks*, mantendo no essencial as características e o conteúdo do discurso originário. Os escassos aditamentos limitam-se quase exclusivamente a referências jurisprudenciais.

** Professor Auxiliar na Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (https://orcid.org/0000-0002-6440-8211).

ordenada toma as vezes do bem comum transcendente como base do Estado, enquanto as regras jurídicas substituem os apelos morais ao respeito pelo próximo e à obediência ao soberano. O advento do constitucionalismo e da democracia veio consolidar definitivamente o interesse geral como fundamento do Estado e finalidade última do poder político.

Mas desde o primeiro momento que a ideia de um interesse geral dos indivíduos associados na comunidade política revelou a sua ambiguidade essencial, constituindo o foco de intermináveis debates, muitos dos quais se prolongam até hoje – adicionando-se aos novos questionamentos resultantes da evolução entretanto ocorrida.

A própria ruptura inerente à substituição do Bem Comum pelo Interesse Geral é contestada por alguns, que preferem ver aqui um fenómeno mais modesto de laicização e positivação do conceito tradicional, sem verdadeiro câmbio de natureza. Já para outros não será legítimo obscurecer a solução de continuidade entre um conceito material e objectivo de Bem Comum e um conceito procedimental e aberto de Interesse Geral, cujo conteúdo resulta de escolhas político-legislativas contingentes e evolutivas.

Não existe igualmente acordo quanto à relação entre o interesse geral e os interesses individuais dos cidadãos. No pensamento anglo-saxónico tem particular acolhimento a ideia de que o interesse geral resulta da agregação dos interesses individuais, traduzindo-se na maior felicidade para o maior número: assim entendido, o interesse geral surge como um produto espontâneo de interacções individuais, cabendo ao Estado enquadrar tais interacções num contexto de observância das liberdades fundamentais. Já no pensamento continental o interesse geral tende a ser encarado como o produto de uma definição intencional das instituições políticas, situando-se a realização desse interesse em frequente atrito com a garantia dos interesses individuais, que podem vir a ser sacrificados à realização das finalidades colectivas.

A própria terminologia é palco de dissídios. Interesse Geral e Interesse Público são sinónimos? Sim, sustentam alguns, sublinhando que o interesse é público precisamente porque é geral, porque é o interesse da *polis*, em si considerada. Para outras correntes, todavia, o indispensável rigor dos conceitos obriga a distinguir os interesses públicos do conjunto heterogéneo dos interesses gerais. Estes, afirmam, devem ser entendidos como realidades fácticas, com relevo sociológico: só uma decisão procedimentalizada das instâncias político-legislativas permite identificar certos interesses gerais como interesses públicos e afectar a sua prossecução ou garantia a determinadas entidades públicas.

A questão é influenciada em larga medida pelas opções terminológicas de cada constituição[1] ou de cada ordenamento: mas deve reconhecer-se, em tese, que a locução interesse público é mais rigorosa e, logo, preferível para exprimir o resultado da intervenção das instâncias político-legislativas. Ou melhor: preferível será falar de interesses públicos, uma vez que o interesse público, no singular, não corresponde propriamente a um conceito jurídico, mas a uma síntese verbal – eficaz, mas artificiosa – dos diversos interesses identificados como públicos.

E as divergências continuam. O interesse público opera necessariamente num contexto estadual, ou pode também falar-se de interesses públicos locais?[2] Ou até de interesses públicos supra-estaduais, como a segurança coletiva ou o ambiente?

Noutro plano, deverá continuar a aceitar-se a concepção tradicional de que o interesse público se sobrepõe ao interesse individual, surgindo como uma justificação inquestionável para actuações restritivas dos direitos?[3]

Admitindo que a identificação dos diversos interesses públicos caiba às instâncias político-legislativas e se encontre por regra plasmada nas leis, qual será a função da Administração Pública e do Juiz nos casos em que as normas se limitam a esboçar critérios de prossecução ou garantia de um dado interesse público, ou até se esgotam na mera invocação desse

---

[1] A Constituição portuguesa parece utilizar a expressão «interesse geral» com um sentido mais amplo do que «interesse público», uma vez que aquele pode não se encontrar expressamente acolhido no texto constitucional e nas demais leis. Assim, o direito de petição é reconhecido para a defesa não apenas da Constituição e das leis, mas também do «interesse geral» (art. 52.º, n.º 1). A iniciativa privada exerce-se no quadro definido pela Constituição e pela lei e ainda «tendo em conta o interesse geral» (art. 61.º, n.º 1). Noutras partes do texto constitucional, porém, é menos nítida a autonomia dos conceitos: o Estado deve estimular a construção privada, «com subordinação ao interesse geral» – art. 65.º, n.º 1, al. c) – e reprimir práticas de mercado «lesivas do interesse geral» – art. 85.º, al. f).

[2] A admissibilidade de interesses públicos específicos surgidos no âmbito regional ou local decorre do art. 225.º, n.º 2, e do art. 235.º, n.º 2, da Constituição – mas sem prejuízo da necessária identificação e definição por via legislativa.

[3] A resposta da Constituição é, a meu ver, clara: se a função jurisdicional é dirimir os conflitos de interesses públicos e privados, tal significa, designadamente, que aos interesses privados pode ser reconhecida prevalência, em função dos critérios constitucionais e legais aplicáveis (art. 202.º, n.º 2). Tal resultado encontra-se ínsito no princípio da proporcionalidade (art. 18.º e art. 266.º, n.º 2). Note-se ainda que os interesses públicos e privados não se situam necessariamente em confronto, antes podem confluir, segundo padrões diversificados (v. *infra*, nota 6). A própria protecção de interesses privados constitui com frequência objecto de interesses públicos.

interesse público?[4] O interesse público, ou um dado interesse público, constitui sob o ponto de vista do direito administrativo um conceito indeterminado, com o correspondente regime jurídico?[5] Ou, como preferem dizer alguns, constitui um *standard* jurídico, cuja operatividade reclama do aplicador administrativo ou jurisdicional uma avaliação, uma qualificação ou qualquer outra forma de juízo valorativo?

A prossecução do interesse público é tarefa exclusiva das entidades públicas e estas têm como tarefa exclusiva essa prossecução? Ou a reciprocidade entre interesse público e entidades públicas é ilusória, uma vez que os particulares podem prosseguir interesses públicos, como demonstra abundantemente a experiência histórica? Como definir então o estatuto dos particulares no quadro das actividades de prossecução de interesses públicos?[6]

1. Objecto e sequência

Os minutos que me foram atribuídos vão passando e ainda não saí do enunciado de algumas questões preliminares, a maior parte terminológicas e conceptuais, e todas elas de resposta incerta.

---

[4] Segundo o disposto no n.º 1 do art. 269.º da Constituição, o pessoal da Administração Pública está «exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração». A norma deve ser entendida no sentido de que a definição do interesse público nela referida é uma definição secundária, no quadro já estabelecido – muitas vezes perfunctoriamente – pelo legislador. Ainda numa acecção muito ampla, pode incluir-se nessa definição administrativa do interesse público a identificação da necessidade de actuar de modo a prosseguir ou garantir tal interesse público, na sequência de uma apreciação valorativa das exigências do caso concreto, assim como os próprios termos dessa actuação.

[5] Neste sentido, o Ac. do STA (Pleno da Secção) de 27-02-2008, proc. 269/02 (Costa Reis), e o Ac. do TCA-S de 8-11-2018, proc. 331/14.2BECTB (José Gomes Correia), ambos em *www.dgsi.pt*.

[6] A propósito dos objectivos de solidariedade social estabelecidos na Constituição, o n.º 5 do art. 63.º comete ao Estado a fiscalização e o apoio das instituições privadas de interesse público, pressupondo assim que a prossecução de interesses públicos não constitui uma reserva do Estado, encontrando-se aberta aos particulares. Resulta, porém, de outros passos da Constituição, designadamente do n.º 1 do art. 266.º, que a prossecução do interesse público, não sendo uma actividade exclusiva dos entes públicos, é a actividade exclusiva destes; só os particulares podem prosseguir, cumulativamente, interesses públicos e interesses privados.

Parte da explicação para estes resultados frustrantes residirá, porventura, no facto de suceder com o interesse público, e com outros superconceitos da dogmática jus-administrativa (legalidade, validade, eficácia), um fenómeno análogo ao de quem tenta contemplar o sol: quando mais fixa o olhar, menos vê. Preferível seria, em vez da observação directa, conhecer o sol através da luz reflectida pelos objectos que ilumina.

Com esta analogia – pouco brilhante em mais do que um sentido – pretendo dizer, em primeiro lugar, que para um jus-publicista, e para um administrativista em particular, é a própria omnipresença do interesse público e das suas diversas ramificações que o torna refractário a uma observação e análise aprofundadas, susceptíveis de conduzir a resultados operativos. Em segundo lugar, pretendo retirar daqui a justificação para restringir o foco apenas a três matérias delimitadas, em que se manifestam com maior evidência algumas vertentes prático-aplicativas da temática do interesse público. Tentarei com isto demonstrar que o interesse público não tem de se esgotar em teorizações com elevado grau de abstracção, podendo ser directamente convocado para a análise de problemas mais concretos.

Num enunciado singelo, as reflexões que me proponho partilhar focam-se nas seguintes questões:

a) Decorrendo da Constituição que a prossecução do interesse público é a finalidade institucional da Administração Pública, que significado assume a tendencial irrelevância do desvio de poder como causa de invalidade do acto administrativo? No actual direito administrativo português, que situações estão abrangidas no âmbito do desvio de poder?
b) O interesse público satisfaz-se apenas com o conteúdo dos actos administrativos? Deverão ser convocados outros interesses públicos, para além daquele que é prosseguido pelo acto administrativo ilegal, para aferir da manutenção deste no ordenamento jurídico, com exclusão do efeito anulatório?
c) Quem diz o que é o interesse público? Que conclusões podem ser retiradas da actuação do Governo e dos tribunais em tempos de pandemia quanto ao tema da identificação dos interesses públicos a prosseguir pela Administração?

2. Interesse público e desvio de poder

Apesar de a prossecução do interesse público constituir o fim institucional e exclusivo da Administração, é sabido que o controle dessa efectiva prossecução não constitui o objecto primário da fiscalização da actividade administrativa. A prossecução do interesse público acolhido pela norma que atribui poderes de actuação só representa uma responsabilidade da Administração e determina um controle específico sobre os fins da sua actuação nas áreas de discricionariedade (e porventura em áreas afins).

O controle jurisdicional dos poderes discricionários – a fórmula é deficiente, mas eficaz – não assenta apenas, ou sequer predominantemente, na aferição da discrepância entre o fim estabelecido na lei e o fim prosseguido pela Administração, ou seja, não assenta apenas no vício do desvio de poder. É hoje consensual que a observância de qualquer elemento de vinculação legal pode ser objecto de controle pelo tribunal, incluindo a exactidão dos factos.

Mas se o desvio de poder não é o único vício que pode conduzir à eliminação contenciosa do acto administrativo praticado no exercício de poderes discricionários, resta saber se esse vício pode efectivamente conduzir a tal eliminação. A partir dos excepcionalíssimos casos de acções impugnatórias procedentes, os cultores do paradoxo poderiam sustentar que o desvio de poder é o único vício que não conduz à eliminação do acto discricionário...

A explicação tradicional reside na dificuldade de prova da discrepância entre o fim real e o fim legal – o que sendo verdade, não será toda a verdade. O problema começa, a meu ver, nas ambiguidades do próprio conceito de desvio de poder.

O desvio de poder, a par com a usurpação de poderes, é o único vício que surge identificado apenas pela sua designação dogmática tradicional, dispensando-se o legislador do CPA de proceder à sua definição. Num texto legal com alguma propensão definitória (cfr., *v. g.*, os arts. 135.º, 148.º, 165.º ou 185.º, n.º 1), esta omissão não deixa de suscitar interrogações, cuja resposta residirá, porventura, na falta de consenso jurisprudencial ou doutrinário quanto à delimitação do conteúdo e pressupostos do desvio de poder (embora outro tanto se possa dizer dos conceitos de regulamento e de acto administrativo, o que não inibiu o legislador de aceitar o risco da tarefa definitória).

Atendo-nos apenas à jurisprudência, mas outro tanto se podia dizer da doutrina, não custa demonstrar a existência de duas orientações principais (e de algumas variantes).

Nalguns acórdãos, o desvio de poder é definido pela simples discrepância entre o fim real e o fim legal, sem considerações adicionais: existe desvio de poder quando o interesse, público ou privado, prosseguido pelo acto administrativo não coincide com o interesse público estabelecido na lei aplicável[7]. Nesta orientação, é frequente exigir-se ao autor que faça prova do fim efectivamente prosseguido através do acto administrativo impugnado – o que pode equivaler a uma *diabolica probatio* no caso de órgãos colegiais, tão despropositada quanto a prova do dolo no desvio de poder por motivos de interesse privado[8].

Já noutros acórdãos o desvio de poder surge definido como o vício do acto administrativo cujo motivo principalmente determinante não se adequa ao fim legal[9], na sequência da formulação acolhida no § único do art. 19.º da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo (Decreto-Lei 40768, de 8 de Setembro)[10]. Alguma doutrina (Marcello Caetano, Freitas do Amaral) apresentava esta formulação como uma via para facilitar a prova da discrepância entre o fim real e o fim legal, sem corresponder a uma opção definitória diversa. Se bem alcançamos a ideia, a resposta à questão de saber *em que consiste* o desvio de poder reside na referida discrepância entre os fins real e legal; já a segunda formulação visa

---

[7] Neste sentido, entre outros, os Acs. STA de 14-02-2001, proc. 37716 (Isabel Jovita); de 28-07-2004, proc. 1977/03 (Angelina Domingues); de 16-01-2008, proc. 329/06 (Edmundo Moscoso); e de 7-10-2009, proc. 941/08 (João Belchior), todos em *www.dgsi.pt*. V. ainda o Ac. TCA-S de 29-10-2020, proc. 1154/06.8BELSB (Pedro Figueiredo), em *www.dgsi.pt*.

[8] A exigência de dolo e da sua prova no caso de desvio de poder para fins privados não foi ainda completamente abandonada: v. o Ac. TCA-S de 8-11-2018, proc. 331/14.2BECTB (José Gomes Correia), em *www.dgsi.pt*.

[9] Cfr., entre outros, os Acs. STA de 8-11-2022, proc. 0896/12 (Adérito Santos); de 28-06-2007, proc. 05140/00 (Coelho da Cunha); e de 19-07-2007, proc. 12408/03 (Rui Pereira). V. ainda o Ac. TCA-S de 11-02-2015, proc. 00348/12.1BECBR (Alexandra Alendouro). O Ac. STA de 18-03-1999, em Pleno da Secção, proc. 17518 (António Samagaio), fala em «fim principalmente determinante». Todos os acórdãos em *www.dgsi.pt.*

[10] O preceito dispunha nos seguintes termos: «A anulação por desvio de poder terá lugar sempre que da prova exibida resultar para o Tribunal a convicção de que o motivo principalmente determinante da prática do acto recorrido não condizia com o fim visado pela lei na concessão do poder discricionário».

responder à questão de saber *quando há* desvio de poder, ou melhor: quando há eliminação do acto por desvio de poder.

Parece-nos, todavia, que no recurso ao motivo principalmente determinante não está apenas em causa o aligeiramento do ónus probatório. Aliás, a fungibilidade entre motivos e fins surge ocasionalmente na jurisprudência que lança mão do conceito de «fim principalmente determinante»[11] e parece acolhida no próprio CPA, na formulação dada à al. e) do n.º 2 do art. 161.º. O que está em causa nesta segunda formulação é substancialmente um conceito diverso de desvio de poder, imune às dificuldades suscitadas pela definição originária. De facto, o critério identificador do desvio de poder assente na divergência entre o fim real e o fim legal não permite dar uma resposta às situações em que o órgão administrativo autor do acto age com motivações plúrimas: umas determinantes, outras coadjuvantes; umas conformes ao fim legal, outras desconformes; umas desconformes porque orientadas por outro interesse público, e outras desconformes porque orientadas para a realização de interesses privados.

O que resulta desta formulação é uma delimitação mais precisa do desvio de poder. Não resulta uma ampliação do âmbito do desvio de poder, nem sequer um aligeiramento significativo do ónus probatório de quem o pretende invocar. Ainda que possa ser mais fácil provar os motivos do que os fins, a verdade é que não basta provar que o órgão se moveu por motivos diversos dos estabelecidos na lei, mesmo que esses motivos tenham sido determinantes, no sentido de motivos *sine qua non* da prática do acto impugnado. Para a impugnação ser procedente com fundamento em desvio de poder é necessário provar que de entre os motivos determinantes existiu um motivo que foi o principalmente determinante da prática do acto e que esse motivo não condiz com o fim legal. Deste modo, um motivo espúrio pode constituir uma condição determinante do acto impugnado, sem a qual este não teria sido praticado e, ainda assim, não sobrevir a anulação por desvio de poder.

Não significa isto que sejam irrelevantes os motivos determinantes – ou até, porventura, os não determinantes, em certos casos – , no sentido de não conduzirem à invalidade do acto administrativo impugnado. De facto, se o acto não tivesse sido praticado caso faltasse o motivo ilegítimo, o acto será ilegal por violação do princípio da imparcialidade, uma vez

[11] Cfr. o Ac. STA, em Pleno da Secção, de 18-03-1999, proc. 17518 (António Samagaio), em *www.dgsi.pt.*

que este proíbe a consideração de interesses que não sejam «relevantes no contexto decisório» (art. 9.º do CPA).

Assim, quando na prática do acto pesaram de forma determinante motivos a que a lei nega relevo naquele particular contexto, o acto é ilegal – correspondendo o vício ao desvio de poder se tais interesses constituíram o motivo *principalmente* determinante da prática do acto; ou à violação de lei, se constituíram um motivo determinante. Ao invés do que afirma certa jurisprudência[12], não basta para existir desvio de poder que os motivos determinantes não condigam com o fim legal: é indispensável que essa discrepância se verifique no motivo que o tribunal valore como o principalmente relevante.

Aqui chegados, dir-se-á que gastámos demasiada cera com ruim defunto, pois o discurso esgota-se na confirmação do persistente acantonamento do desvio de poder a situações aplicativas excepcionais. Importa, porém, acrescentar algumas breves notas relativas à sanção disposta pelo ordenamento jurídico para a adopção de motivos determinantes que não condigam com o fim legal.

No CPA de 2015, o desvio de poder para fins de interesse privado é sancionado com a nulidade: art. 161.º, n.º 2, al. e). Não existindo fundamentos para atribuir ao legislador o afastamento da concepção tradicional assente no critério do motivo (ou do fim) principalmente determinante, parece dever concluir-se que a nulidade não se alarga aos actos administrativos praticados por motivos determinantes ilegítimos, máxime de natureza privada, desde que também exista um motivo determinante para esse acto que condiga com o fim legal e seja o motivo principalmente determinante. O acto será então inválido, mas meramente anulável, por violação do princípio da imparcialidade (que não está prevista no art. 161.º como causa de nulidade).

Esta solução gera alguma perplexidade. Um acto administrativo assente em vários motivos determinantes, parte deles de interesse privado, será nulo ou anulável consoante seja decidida a opinativa questão de saber qual o motivo principalmente determinante e se esse motivo condiz com o fim legal. Apesar de o acto ter sido praticado em função (também) de interesses privados, a nulidade ou a anulabilidade dependem de um juízo incerto sobre a qualificação de um motivo como principalmente determinante.

---

[12] Cfr. o Ac. STA de 9-09-2010, proc. 76/10 (Pais Borges), em *www.dgsi.pt.*

A não ser que se enverede por uma leitura ousada da norma do CPA e se fulmine com a nulidade por desvio de poder os actos administrativos praticados por motivos (ou fins) determinantes de natureza privada. Todos os actos assentes em motivos *sine qua non* de interesse privado seriam então nulos – e nulos por desvio de poder, que assim recuperaria espaço aplicativo à violação do princípio da imparcialidade. As soluções legais ganhariam em certeza e coerência, mas o conceito de desvio de poder teria de ser mais uma vez reformulado, desta vez em sentido ampliativo.

3. Interesse público e efeito anulatório

A segunda questão que me ocupa é a de saber se o interesse público se satisfaz apenas com o conteúdo do acto.

Explicando melhor: se o conteúdo do acto administrativo satisfizer inequivocamente o específico interesse público ao qual vai destinado, nos termos em que o legislador o definiu, o alcançar desse objectivo justifica por si a permanência do acto no ordenamento jurídico, apesar dos vícios de legalidade de que eventualmente padeça? A satisfação do interesse público pelo acto administrativo ilegal afasta a invalidade ou, pelo menos, a anulação?

Ora, no caso dos actos administrativos estritamente vinculados, a correcção do juízo subsuntivo faz presumir a satisfação do correspondente interesse público, tal qual o legislador o configurou. Eliminar o acto a pretexto de um vício que não se projectou nesse conteúdo deixaria o específico interesse público por satisfazer e atentaria do mesmo modo contra a economia dos actos públicos – ela própria uma decorrência do interesse público enquanto fórmula de síntese – , uma vez que o ano eliminado teria de ser renovado.

A esta luz parece dever interpretar-se a solução consagrada na al. a) do n.º 5 do art. 163.º do CPA: se o conteúdo do acto administrativo ilegal não puder ser diverso do efectivamente adoptado, ocorrerá a sanção invalidante, mas não se produzirá o efeito anulatório. O acto é inválido, mas não será anulado – nem pela Administração, nem pelos tribunais.

São consabidas as numerosas críticas com que foi recebida na doutrina esta solução e, em geral, o regime estabelecido nas diversas alíneas desse n.º 5 (que parece ter agravado na versão definitiva as deficiências já apontadas ao projecto colocado à discussão pública). Desde a crítica de princípio à relativização da força vinculativa das normas formais e procedimentais, especialmente perplexizante num código de procedimento

algo minucioso, até à censura prático-aplicativa a uma solução rígida e refractária a ponderações entre interesses contrapostos – ao invés do consagrado no Código dos Contratos Públicos –, foram diversas as perspectivas a partir das quais se lançaram críticas sobre os regimes consagrados, ademais carecidos de apoio sólido em jurisprudência firmada ou em experiências consensuais no direito comparado.

Como bem se percebe, os escassos minutos que me restam desaconselham em absoluto que inicie uma análise, ainda que breve, destas numerosas e complexas questões. Regressando à perspetiva do interesse público, vou limitar-me aqui a alguns brevíssimos apontamentos sobre a relevância do princípio da imparcialidade e das garantias que o assistem.

A legitimação dos poderes exercidos pela Administração repousa, em última instância, na prossecução dos interesses gerais da comunidade, do bem comum, numa palavra, do interesse público.

Mas a legitimação dos poderes da Administração não repousa apenas nessa prossecução do interesse público. Repousa também na confiança que é criada na comunidade quanto à isenção do agir administrativo. Uma das vertentes principais da legitimação democrática da Administração Pública passa por esta confiança dos administrados na sua isenção, quaisquer que sejam as formas do agir administrativos e as suas circunstâncias.

Ocorre aqui um fenómeno paralelo à legitimação da função jurisdicional no direito norte-americano. Legitimação que passa, não apenas ou não necessariamente, pela eleição do juiz, mas ainda, *v. g.,* pela participação da comunidade no júri e pela presença nos julgamentos, pessoalmente ou através da comunicação social. *Justice is not only to be done, but to be seen.*

Do mesmo modo, a legitimação do poder da Administração não deriva apenas da confirmação *ex post facto*, pelos órgãos de controle, de que o interesse público foi prosseguido de forma isenta. A legitimação envolve, entre outros aspectos e instrumentos, a possibilidade da aferição em tempo real pela comunidade, proporcionada pela transparência da actuação administrativa, de que o poder foi exercido de forma imparcial, norteado apenas pelo interesse público.

Assim se explica o conteúdo do princípio da imparcialidade atribuído pelo art. 9/CPA, que inclui expressamente a adopção das soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação não apenas da isenção administrativa, mas à confiança nessa isenção.

Significa isto que a imparcialidade da Administração, em particular nesta vertente da confiança da comunidade, constitui um valor autónomo

relativamente à prossecução do específico interesse público a que vai destinada a decisão de cada procedimento.

O conteúdo dessa decisão pode não ter uma alternativa válida, por traduzir o exercício de um poder estritamente vinculado. Mas nem por isso deixa de ser ilegal, se tiverem sido desrespeitadas as soluções organizatórias e procedimentais que visam garantir a confiança na isenção da Administração Pública, designadamente as garantias de imparcialidade a que se referem os arts. 69.º e seguintes do CPA.

A decisão é ilegal e vai ser anulada, porque ficou por satisfazer um valor autónomo em relação à prossecução do interesse público consagrado na norma aplicada, que é a confiança da comunidade na isenção do órgão decisório.

Em termos prático-aplicativo, daqui resulta a necessidade de uma interpretação restritiva do âmbito da exclusão do efeito anulatório previsto no n.º 5 do art. 163.º, sempre que estiver em causa a violação de garantias de imparcialidade por actos vinculados.

Aliás, essa norma tem de sofrer várias outras restrições, à luz de outros tantos interesses, mas falece o tempo para tal discurso.

4. Interesse público e restrições de direitos

Vou guardar os derradeiros minutos para umas brevíssimas notas relativas a um tema clássico da matéria do interesse público, que é a titularidade do poder de efectuar a respectiva definição. Ou seja, quem define o interesse público, quem diz o que é o interesse público.

Ainda aqui, a perspectiva seleccionada é de cariz prático-aplicativo, resultando das perplexidades suscitadas pela invocação do interesse público do combate à pandemia como justificação para introduzir por via administrativa restrições aos Direitos, Liberdades e Garantias.

O consenso existente até ao desafio colocado pela pandemia ia no sentido de as restrições colocadas pelo interesse público ao conteúdo dos direitos, liberdades e garantias eram as previstas pelo próprio legislador, primariamente a Assembleia da República. O interesse público que justificava tais restrições tinha de ser definido, com densificação adequada, no quadro da função político-legislativa, pelos representantes do Povo. Neste ponto de fricção entre os interesses públicos e os direitos, liberdades e garantias, a Constituição entendeu confinar a Administração a funções executivas de pormenorização, complemento e desenvolvimento das opções materiais do legislador. Falecia à Administração, incluindo

o Governo nas vestes do seu órgão supremo, a legitimação constitucional para avaliar primariamente a existência, a extensão e a intensidade das exigências de restrição dos direitos, liberdades e garantias à luz das necessidades colocadas pela prossecução do interesse público.

Porém, com algum apoio em certos sectores da doutrina, o Governo recorreu sistematicamente à via regulamentar para impor restrições aos direitos, liberdades e garantias – quer pela via do decreto simples durante o estado de emergência, quer pela via da resolução do Conselho de Ministros fora do estado de emergência. Para acrescer à perplexidade, nunca a Assembleia da República deixou de estar na plenitude das suas funções, assistindo sem qualquer reacção ao que outros sectores da doutrina denunciavam como uma intromissão grosseira na sua competência, pela via de uma definição administrativa do interesse público e das suas exigências em face dos Direitos, Liberdades e Garantias.

Mais do que dúvidas ou reservas, tal actuação do Governo justificava uma crítica desassombrada.

Em primeiro lugar, como já se adiantou, porque o Governo, ao agir sob forma regulamentar, colocava-se no plano da Administração Pública. Agia enquanto órgão supremo da Administração e não enquanto órgão legislativo[13].

Em segundo lugar, porque os correspondentes actos regulamentares não tinham por conteúdo regulamentos de execução das normas habilitadoras: as normas invocadas pelas resoluções reconduziam-se à al. g) do art. 199.º da Constituição, ignorando a necessidade de *interpositio legislatoris*, e a escassos preceitos da Lei de Bases da Protecção Civil e da Lei de Vigilância em Saúde Pública, destituídos de densidade normativa suficiente para qualificar os subsequentes regulamentos como regulamentos de execução, os únicos que seriam admitidos no âmbito dos direitos, liberdades e garantias.

Por isso, e em terceiro lugar, os regulamentos que poderiam fundar-se nos preceitos habilitadores invocados tinham de ser considerados, na sua maior extensão, como regulamentos independentes.

Ora, em quarto lugar, não são constitucionalmente admissíveis regulamentos independentes em matéria de direitos, liberdades e garantias.

---

[13] É verdade, todavia, que o problema não se restringe à restrição de direitos, liberdades e garantias por via administrativa: como sublinha Gonçalo Almeida Ribeiro na declaração de voto ao Ac. TC 344/2022, ainda que a restrição operasse por via legislativa, seria ilegítima se a forma utilizada fosse o decreto-lei não autorizado.

Por fim, mesmo fora do âmbito dos direitos, liberdades e garantias, os regulamentos independentes do Governo têm, por força da Constituição, de assumir uma forma específica, a de decretos regulamentares (e não de resoluções do Conselho de Ministros).

A verdade, porém, é que não foram numerosas as vezes em que os tribunais foram chamados a apreciar a constitucionalidade e a legalidade da actuação do Governo durante a pandemia. Encontra-se alguma jurisprudência dos tribunais judiciais no sentido da desaplicação por inconstitucionalidade das medidas de quarentena e confinamento domiciliário impostas por regulamentos administrativos, jurisprudência que foi seguidamente confirmada pelo Tribunal Constitucional[14]. Mas na jurisdição administrativa, que se esperaria estar na linha da frente da reacção contra as medidas restritivas tomadas sob forma administrativa, os processos foram raros e mal decididos. Entre o Estado de Polícia da *salus publica suprema lex* e o «Estado de Direito da Emergência Sanitária» expressamente acolhido no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Dezembro de 2020 as semelhanças são tão evidentes quanto assustadoras[15]. É o espírito do tempo, lamentava Alexandre Sousa Pinheiro: e em tempo de medo, é mais fácil levar os cidadãos a aceitarem um Bem Público definido por uma tecnocracia «esclarecida» e imposto *sine lege* – e *sine judice*...

---

[14] V., de entre um acervo já significativo, o Ac. 88/2022 (Teles Pereira) e o Ac. 334/2022 (Mariana Canotilho), em *www.tribunalconstitucional.pt.*

[15] Processo 088/20.8BALSB (Suzana Tavares da Silva), em *www.dgsi.pt*: «A pandemia da COVID19 tem-se caracterizado, juridicamente, pelo surgimento de um Estado de Direito da emergência sanitária, no qual *a "limitação" de direitos decorrente das medidas administrativas* de combate e mitigação tem de ser avaliada com base nos seguintes pressupostos: i) na excepcionalidade e temporalidade das medidas adoptadas; ii) na existência de uma concreta cadeia ininterrupta de legitimação democrática que as suporta; e iii) na respectiva *legitimação por via da internormatividade técnica internacional* e da comparação e interdependência entre as medidas adoptadas pelos diversos Estados e Administrações» (itálicos nossos). Para o Supremo Tribunal Administrativo, em face de uma crise de saúde pública, seria «absolutamente impensável que as medidas necessárias para o efeito, mesmo as restritivas de direitos, liberdades e garantias, pudessem ser adoptadas por via legislativa parlamentar». Para uma crítica incisiva desta afirmação e do sentido geral do acórdão, remetemos para Alexandre Sousa Pinheiro, https://asousapinheiro.com/2020/09/22/sta-intimacao-para-protecao-de-direitos-liberdades-e-garantias-estado-de-emergencia-saude-publica-covid-19/.

Pela minha parte, mais do que a pandemia, assustou-me o seguinte:

a) Assustou-me a intolerável apropriação da definição de interesse público pela esfera administrativa;
b) Assustou-me a imposição consequente de restrições aos direitos, liberdades e garantias à margem do regime orgânico-formal estabelecido na Constituição;
c) Assustou-me a indiferença dos cidadãos perante as limitações administrativas às liberdades fundamentais, em contraste acentuado com o que ocorreu noutros países;
d) Assustou-me a passividade da comunidade jurídica perante ofensas graves ao Estado de Direito Democrático, à separação de poderes e aos direitos, liberdades e garantias; e
e) Assustou-me, por fim, a complacência da jurisdição administrativa perante actuações inconstitucionais e ilegais das entidades públicas, protegendo o poder em face dos cidadãos em vez de proteger os cidadãos em face do poder.

E tudo isto, repito, tendo como base última a invocação do interesse público, cuja definição foi apropriada indevidamente pelo patamar administrativo do Estado, afastando os mecanismos estabelecidos na Constituição para garantir que a definição de interesse público ocorre no patamar político-legislativo.

Conceitos Indeterminados e Flexibilização do Sistema: Considerações a Propósito da Negligência*

Mafalda Miranda Barbosa**

I – Ao ser-me dirigido o convite para falar, no âmbito das *Católica Talks*, organizadas pela Escola de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, acerca da negligência, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, analisando as suas potencialidades como conceito indeterminado, rapidamente conclui que a minha exposição teria de começar pela explicitação das duas notas necessariamente ligadas ao tipo de conceitos com que lidamos: *flexibilidade* e *permeabilidade*.

A permeabilidade garante a abertura a novas realidades e a contaminação do regime com as marcas valorativas que se projetam nos vários princípios normativos chamados à colação para concretizar os conceitos em causa.

A flexibilidade viabiliza a adaptação das soluções a que se chega, tendo em conta não só as exigências de sentido comunicadas pelo fundamento axiológico da disciplina jurídica em questão, mas também as especificidades do caso concreto.

Dir-se-ia, por isso, que, em face da superação das aporias a que somos conduzidos pelo pensamento positivista e da necessária consideração

---

[1] O texto que agora se publica corresponde, com pequenas alterações, à intervenção que proferimos no âmbito das *Católica Talks*, no dia 14 de fevereiro de 2023, na Escola de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa. O texto está atualizado por referência ao momento temporal indicado. Aproveitamos o ensejo para agradecer publicamente à Senhor Professora Doutora Elsa Vaz Sequeira o convite que nos dirigiu e que permitiu a nossa intervenção neste fórum.

[2] Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Orcid: 0000-0003-0578-4249. Professora Associada com Agregação.

da realização do direito em termos de confronto analógico de âmbitos problemáticos, que se aproximam na pressuposição de um *tertium datum* que não pode deixar de se encontrar na intencionalidade normativa do ordenamento, a presença de conceitos indeterminados não introduz um elemento disruptivo no sistema. Ao invés, tais conceitos apenas se diferenciariam da demais conceptualização jurídica por uma questão de grau.

Esta consideração preliminar permite explicitar, *ab initio*, uma nota que nos parece relevante: na verdade, sendo a negligência uma categoria dogmática que requer determinação em face das especificidades do caso concreto, há uma zona de indeterminação que nos garante a permeabilidade e a flexibilidade a que aludimos. Mas, sendo essa a regra ao nível da realização do direito em concreto, a variação judicativa a que podemos ser conduzidos resulta mais do critério aferidor da negligência do que propriamente do seu conteúdo normativo.

II – Com efeito, a negligência surge, ao nível da responsabilidade civil, como uma forma de culpa. Se tradicionalmente era entendida em termos psicológicos, como uma mera ligação psicológica entre a vontade (do lesante) e o ato praticado, hoje, mantendo embora essa nota de ligação subjetiva entre o sujeito e o seu ato, a culpa assume-se como um juízo de censura ético-jurídica, a traduzir um desvalor: a pessoa podia e devia ter agido de outro modo. Trata-se de um desvalor subjetivo, diverso, portanto, do desvalor objetivo em que se consubstancia a ilicitude.

A indeterminação a que se alude resulta, sobretudo, da necessidade de concretização do critério que nos permite fazer incidir sobre o sujeito o juízo de censura.

Maioritariamente, sustenta-se que a culpa se afere em abstrato, de acordo com o padrão do *bonus pater familias*. Ou seja, não temos em conta o padrão de diligência que o agente costuma adotar, para saber se dele se desviou ou não, mas temos como referência o padrão do homem medianamente diligente, zeloso, sagaz, cuidadoso, para sabermos se o nosso agente se desviou ou não do comportamento que era exigível àquele. Este entendimento, que é contrariado por alguns autores[1], não

[1] Gomes (1987), p. 101 a 104; Jorge (1999), p. 336, defendendo que a culpa deve ser apreciada em concreto e advertindo que tal não comporta nenhuma contradição com o disposto no nosso Código Civil, justificando a posição com as diferenças que separam os dois problemas. Na verdade, salienta que, quando se toma como critério de diligência o padrão do *bonus pater familiae*, o que se pretende é excluir a diligência psicológica habitual do agente.

nos condena a um formalismo rígido, antes nos conduz a um padrão de aferição oscilante.

Na verdade, falar de culpa aferida em abstrato significa, apenas, que não vamos partir do padrão de diligência que o agente habitualmente costuma adotar. Tal explica-se em nome da finalidade reparatória da responsabilidade civil. De facto, se partíssemos do padrão de diligência do sujeito concreto, poderíamos ter de concluir que não existiria negligência numa situação em que seria evidente o desvio ao padrão do homem médio. Ora, porque a ideia não é a de uma punição estrita, mas a de um chamamento à responsabilidade acoplado a uma ideia de reparação, então, há que alargar o espetro da negligência, aferindo-a em abstrato.

Mas tal não implica que deixemos de relevar as especificidades do caso concreto. Aliás, é a própria lei, no artigo 487.º/2 CC, que determina que se tenham em conta as circunstâncias de cada caso. Significa isto que o padrão de diligência do homem médio será variável.

Apesar de objetivado, o juízo de culpa tem em conta determinadas oscilações cognitivas e volitivas dos agentes[2]. E, designadamente, tem

---

Veja-se, ainda, MELLO (1989), pp. 524 e 526. O autor, partindo da conceção de culpa como falta de diligência exigível, aborda-a em dois sentidos distintos. Um sentido material ou normativo, utilizável numa apreciação *a posteriori* da atuação do lesante, pela comparação entre o comportamento adotado e o comportamento devido; e um sentido moral ou psicológico, determinado no momento do ato e traduzível no nexo psicológico entre o facto e o seu autor. Ao mesmo tempo, o autor, concluindo que a culpa se define pela «diferença entre o comportamento exigível em função do grau de imputabilidade e o comportamento efetivamente adotado no caso concreto» (pág. 535), engloba na sua análise dois problemas: a) o problema da conduta exigível, onde se tem em conta o grau de previsibilidade (existirá culpa sempre que, capaz de conhecer o comportamento devido e de prever as consequências danosas da sua conduta, o autor da lesão as não evita, falando o autor de um «abrandamento da tensão de vontade necessária a prevenir o facto danoso», ou seja, de uma diminuição do zelo, vontade, desatenção, desleixo); b) padrão de diligência normativo, concebido como um padrão variável. Embora verdadeiramente, para o autor, o padrão abstrato que define os limites objetivos do dever não se altere, há uma mutabilidade da capacidade de conhecer o dever e de prever os prejuízos. Assim, «nada se exige ao inimputável, muito se exige ao médico especialista». Ou seja, para o autor, há um nexo psicológico entre o agente e o facto danoso que é definido pelo máximo de capacidade exigível àquele, fornecendo-se, deste modo, um critério de aferição da imputabilidade.

[2] Cf. VARELA (2003), p. 581; ALARCÃO (1983), p. 263 s.; ANTUNES (2000), p. 205; TELLES (2010), p. 354.

Veja-se, ainda, o que nos diz LAMBERT-FAIVRE (1987), p. 2 – sublinha, aí, a autora que a apreciação em abstrato da *faute* não se deve referir a um «*paradigme univoque et totalment abstrait*», mas ter em conta o homem médio da mesma natureza, com as

em conta a pressuposição de um quadro de referência no interior do qual se erige o juízo de censura ético-jurídica em que se consubstancia, em última análise, a culpa. Não se trata esta de um mero juízo tecnicista ou matemático de confrontação de uma conduta concreta com um *standard* de atuação. Tomando como referencial o homem médio, medianamente sensato, medianamente capaz, parte do pressuposto de que é exigível ao agente adequar a sua conduta àquele patamar. Daí que, em última instância, pressuponha a imputabilidade.

Em consonância, aceita-se a determinação da culpa de acordo com a ideia de conduta deficiente, em detrimento da conceção que aponta para a deficiência da vontade[3]. Ao nível da culpa, questiona-se, de facto, e em ligação direta ao problema preteritamente enunciado, se se sanciona a «falta de cuidado, de zelo ou de aplicação», ou se «nela cabe também a falta de senso, de perícia ou de aptidão»[4]. No primeiro caso, «pretende-se apenas que o homem, tal como é, se esforce por cumprir», no segundo, «que ele corrija as suas próprias deficiências naturais ou a sua impreparação técnica e que, em último termo, evite a prática dos atos para que carece de aptidão»[5]. A opção deve recair sobre a segunda opção e, nessa medida, deve defender-se que a culpa se traduz numa conduta deficiente[6].

III – O que se acabou de explicitar permite-nos perceber em parte a flexibilidade a que somos conduzidos por força do critério de ajuizamento da negligência. Longe de um juízo formalista, tecnicista, matematizante, a solução consagrada no nosso ordenamento jurídico permite-nos discriminar materialmente diversas situações, atendendo às suas especificidades.

Assim, por exemplo:

---

mesmas competências, com as mesmas circunstâncias. Isto permite, por exemplo, ponderar a qualidade de profissional e discriminar o agente consoante a idade ou o sexo. Cf., pág. 4. Evidenciando que a *faute civile* se distancia da *culpabilité pénale*, por ser apreciada em abstrato, não hesita em recordar que a referência é feita a um paradigma da mesma natureza e qualidade, pelo que pressuporá o discernimento e a imputabilidade.

Ainda no quadro da doutrina gaulesa, *vide* MAZEAUD (1985), p. 14, onde se chama a atenção para o facto de se dever ter em conta, na aferição da culpa, certas circunstâncias particulares do caso externas (estranhas ao autor do dano), embora já não as circunstâncias internas, cuja ponderação implicaria que se aferisse a culpa em concreto.

[3] VARELA (2003), pp. 577 s.

[4] VARELA (2003), p. 578.

[5] VARELA (2003), p. 578.

[6] VARELA (2003), p. 578, apresentando diversos argumentos que sustentam a opção.

a) Não concretizaremos da mesma forma o critério aferidor da culpa por referência a um médico clínico geral ou a um médico especialista;
b) Não concretizaremos da mesma forma o critério aferidor da culpa por referência a um leigo em determinada matéria ou a um sujeito com qualificações especiais;
c) Não concretizaremos da mesma forma o critério aferidor da culpa por referência a um sujeito que dispunha de todos os meios para agir de outra forma ou que estava condicionado por circunstâncias exteriores que impediam a sua atuação.

O homem médio de que partimos é o homem médio histórico-concretamente situado e não um ideal de homem médio sem qualquer apego à realidade.

A adequada compreensão deste dado permite-nos perceber por que razão em determinados domínios o legislador parece consagrar um padrão de aferição da culpa mais exigente.

Pense-se, a este propósito e desde logo, no regime da responsabilidade do intermediário financeiro. O artigo 304.º CVM consagra um novo padrão de aferição da culpa que transcende o critério do bom pai de família, na medida em que os intermediários financeiros devem observar os ditames da boa-fé de acordo com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência. Consoante a explicitação da jurisprudência, consagra-se a este nível um padrão de *diligentissimus pater familias*, «em que, para efeitos de definição da forma de conduta negligente, estão em causa os cuidados especiais que só as pessoas muito prudentes observam»[7].

Mas, em rigor, poder-se-ia chegar à mesma solução por via da articulação do critério geral do bom pai de família com as especificidades da atividade de intermediação financeira. É que o princípio da boa-fé, que não pode deixar de operar sempre que estejamos diante de uma relação especial entre sujeitos determinados, ao atuar em concreto, e, portanto, ao ter em conta a especialização do intermediário financeiro no setor, tem de fazer agravar o padrão de sindicância da culpa, que deixa de se referir ao *bonus pater familias*, para se predicar num elevado padrão de diligência[8].

---

[7] Acórdão do TRC de 17.3.2020, Proc. n.º 4127/18.4TBVIS.C1, (António Carvalho Martins).

[8] Nesse sentido, Antunes (2017), p. 36.

Bem vistas as coisas, o critério de sindicância da culpa agravado em função do grau de especialidade do agente concreto acaba por estar presente noutros âmbitos do ordenamento jurídico.

Estando em causa a responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais, independentemente das questões dogmáticas de qualificação da mesma, ela edificar-se-ia, fundamentalmente, na violação (presuntivamente culposa) dos deveres de lealdade e de cuidado a que se refere o artigo 64.º CSC, concretizados por referência ao caso. Dispõe o preceito citado, no seu n.º 1, que «os gerentes ou administradores da sociedade devem observar deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores».

Já no tocante aos órgãos de fiscalização, dispõe o n.º 2 do artigo 64.º CSC que «os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade».

Os problemas dogmáticos suscitados pela norma não podem ser escamoteados, embora não os possamos tratar na sua exaustividade: em primeiro lugar, suscitam-se dúvidas acerca da possível configuração de tais deveres como disposições legais de proteção de interesses alheios[9], pela falta de concretização permissiva ou proibitiva da vinculatividade que por esta via se estabelece. Por outro lado, levanta-se a questão de saber se o âmbito de relevância normativa respeita à ilicitude ou à culpa, parecendo, neste ponto, ter razão Adelaide Menezes Leitão quando afirma que estamos diante de «deveres que adstringem um poder-dever dos administradores, enquanto deveres autónomos que recortam a ilicitude das suas condutas e enquanto deveres acoplados a outros deveres dispersos por outras disposições do Código das Sociedades Comerciais e restante legislação»[10]. Mais especificamente, a autora defende, num apelo à distinção entre o cuidado externo e o cuidado interno, que «a

[9] Antecipando algumas críticas ao posicionamento e procurando refutá-las, cf. Leitão (2009), pp. 662 s.

[10] Leitão (2009), pp. 664 s.

ilicitude na versão atual do artigo 64.º/1 se recorta pela configuração dos deveres que adstringem os administradores e que visam a proteção da sociedade», devendo «a diligência do gestor criterioso e ordenado […] inserir-se na culpa como sistema de imputação da responsabilidade dos administradores»[11].

Ora, se assim é, independentemente da resolução dos diversos problemas que o mero enunciado classificatório implica, sempre se haverá de reconhecer que a culpa surge agravada pela referência à diligência de um gestor criterioso e ordenado, por um lado, e aos elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, por outro lado.

Compreende-se que assim seja: do que se trata, afinal, é de considerar que, porque estamos a lidar com pessoas especialmente capacitadas, o nível de diligência não pode ser senão mensurado em função do que seria normal atenta uma ideia de exigibilidade.

Não estamos, portanto, a advogar uma alteração do critério de sindicância da culpa – a determinar a sua consideração em concreto e não em abstrato –, como outrora se defendeu em relação à responsabilidade contratual.

Na doutrina mais antiga, de facto, sustentava-se que, enquanto ao nível da responsabilidade delitual, a culpa se afere em abstrato, ao nível da responsabilidade contratual, ela devia ser aferida em concreto[12]. Para tanto, estribavam-se em diversos argumentos: ao nível contratual, cada um escolhe o outro contraente, fazendo-o em função das suas qualidades/características, pelo que não poderá esperar um grau de diligência que não lhe seja próprio. A atual realidade, caracterizada por uma contratação em massa e pelo estabelecimento de muitas relações marcadas pelo anonimato, deita por terra o argumento. O Código Civil de 1966, longe da discussão que animava os autores que se debruçavam sobre o Código de Seabra, acabou por consagrar a tese da culpa aferida em abstrato (artigo 799.º/2 CC)[13].

Como se dizia, estamos longe deste tipo de considerações. Do que se trata simplesmente é de atender às circunstâncias concretas em que o agente está colocado e compará-lo com o comportamento que o agente idealizado adotaria em iguais circunstâncias.

---

[11] Leitão (2009), p. 668.
[12] Serra (1959), pp. 118 s.
[13] Varela (2003), pp. 575 s.

IV – Ao compreendermos adequadamente o padrão aferidor da culpa assente no *bonus pater familias*, percebemos melhor o sentido da flexibilização (ou de parte da flexibilização) a que aludimos a propósito dos conceitos indeterminados.

A questão que, a este nível, se impõe é se também garantirá a adequada permeabilidade do sistema, no sentido da abertura a novas realidades. No fundo, a pergunta – relacionando as duas dimensões a que somos conduzidos pela indeterminação dos conceitos – que se impõe é se a mesma ponderação flexibilizadora do critério de aferição da culpa nos permite falar de culpa por referência a novas realidades. Ou seja, poderá a flexibilização aliar-se à permeabilidade a que também aludimos?

Por outro lado, haveremos de questionar se, para além da possibilidade de se constatar a culpa por referência a novas realidades, é possível chamar à colação, na ponderação judicativa, elementos que outrora poderiam ficar arredados do juízo de censura ético-jurídica.

Para tanto, importa ter em conta alguns dos problemas com que atualmente se tem confrontado o jurista.

No que ao primeiro segmento problemático respeita, há que ter, desde logo, em conta a responsabilidade em torno das pessoas coletivas. Outra dimensão relevante será a de considerar a eventual possibilidade de desvelação da culpa por referência a sistemas autónomos dotados de inteligência artificial.

No que ao segundo segmento problemático concerne, entraremos em linha de conta com questões tão atuais como a eventual relevância, ao nível da determinação da responsabilidade, de fatores ESG.

V – Comecemos, então, pelo problema da responsabilidade civil das pessoas coletivas.

Tradicionalmente, no campo extracontratual, as pessoas coletivas são responsáveis pelos atos dos seus agentes, funcionários, titulares dos órgãos. O artigo 500.º CC exige um duplo patamar de imputação; e a responsabilidade avulta como uma responsabilidade objetiva (assente, se não no risco, numa ideia de garantia). Já não é assim no caso da responsabilidade contratual. De acordo com o artigo 800.º CC, para o qual também somos remetidos pelo artigo 165.º CC, o devedor responde perante o credor pelos atos danosos levado a cabo por qualquer terceiro que utilize no cumprimento das suas obrigações, como se fossem dele próprio. Significa isto que a pessoa coletiva responde contratualmente

como se fosse ela própria a agir – embora na presença de uma responsabilidade por facto alheio, este assume-se como próprio.

A complexificação da vida social e, concomitantemente, como resposta, da dogmática ressarcitória faz com que esta linha divisória se esbata, não no sentido da unificação das duas modalidades clássicas de responsabilidade civil, mas no sentido de, também ao nível delitual, a pessoa coletiva poder ser responsabilizada por ato próprio que, não obstante, pressupõe a atualização dessa responsabilidade por intermédio de um ato alheio, ou seja, poder ser responsabilizada por um ato alheio que se assume como próprio. Carneiro da Frada sustenta, a este propósito, a responsabilidade das sociedades comerciais por delito próprio com fundamento numa culpa de organização[14]. Para a construção desta culpa de organização a que aludimos seria imprescindível recorrer à dogmática dos deveres no tráfego: em causa estaria, portanto, a violação de determinados deveres que pudessem emergir em concreto ou que já tivessem conhecido consagração por parte do legislador. A esfera de risco/responsabilidade seria desenhada a partir da consideração da estrutura organizacional, a qual é titulada por um concreto sujeito. Sendo este uma pessoa coletiva, a titularidade da esfera de risco pertence-lhe, não obstante tenha de ser atualizada pela pessoa singular que atua em seu nome. A responsabilidade é direta da pessoa coletiva: o delito é próprio, embora alicerçado num ato alheio.

E não são poucos, atualmente, os deveres que surgem positivados ou que podem ser desvelados a partir da consideração de determinados valores ínsitos ao ordenamento jurídico. As sociedades comerciais, *v.g.*, são obrigadas a, em certos domínios, cumprir rigorosas regras. Tenha-se, aliás, a este propósito em conta que a Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial [2020/2129 (INL)], considera que «a União Europeia deve adotar urgentemente requisitos vinculativos para que as empresas identifiquem, avaliem, previnam, cessem, atenuem, monitorizem, comuniquem, justifiquem, resolvam e reparem os potenciais e/ou reais efeitos negativos da sua cadeia de valor nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação». No quadro da proposta de diretiva que é, assim, elaborada, vem-se ainda determinar que «os Estados-Membros devem assegurar que dispõem de um regime de responsabilidade ao abrigo do qual as empresas podem, nos termos do

[14] Frada (2016), pp. 17 s.

Direito nacional, ser responsabilizadas e proceder à reparação de quaisquer danos decorrentes de efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação que tenham causado ou para os quais tenham contribuído por atos ou omissões». Seja qual for a modelação que esta responsabilidade venha a conhecer no futuro, ela alicerça-se na preterição de determinados deveres – impostos por uma norma positiva – que vinculam a pessoa coletiva e não os titulares dos órgãos que tornam atuante a vontade daquela. Donde a responsabilidade há de ser direta da pessoa coletiva (sociedade), ainda que alicerçada num ato alheio que se assume como próprio.

Tenha-se, ainda, em conta a nova proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho em matéria de *Corporate Sustaintability Due Diligence* [Diretiva 2022/0051 (COD)]. Nos termos do artigo 22.º, «os Estados-Membros devem assegurar que as empresas são responsáveis por danos se: a) não tiverem cumprido as obrigações previstas nos artigos 7.º e 8.º, e b) esse incumprimento tiver dado origem a um efeito negativo que deveria ter sido identificado, prevenido, atenuado, cessado ou minimizado através das medidas adequadas previstas nos artigos 7.º e 8.º, levando à ocorrência de danos». Porém, se uma empresa tiver tomado as medidas referidas no artigo 7.º/2, b), no artigo 7.º/4, ou no artigo 8.º/3, c), e no artigo 8.º/5, não é responsável pelos danos causados por um efeito negativo resultante das atividades de um parceiro indireto com o qual tenha uma relação empresarial estabelecida, a menos que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não seja razoável esperar que as medidas efetivamente tomadas, nomeadamente no que diz respeito à verificação do cumprimento, sejam adequadas para prevenir, atenuar, fazer cessar ou minimizar a extensão do efeito negativo. Esta responsabilidade não prejudica a responsabilidade civil das suas filiais ou de quaisquer parceiros empresariais diretos e indiretos da cadeia de valor. Significa isto que, ainda que necessariamente mediatizada pelo comportamento humano, a responsabilidade que aqui avulta é direta da sociedade, por ser ela que está vinculada pelo dever de adotar as medidas adequadas para identificar os efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente das suas próprias operações ou das operações das suas filiais e, quando relacionados com as suas cadeias de valor, das suas «relações empresariais estabelecidas» e bem assim pelo dever de tomar «as medidas adequadas para prevenir, ou caso a prevenção não seja possível ou não seja imediatamente possível, atenuar adequadamente os potenciais efeitos negativos nos direitos humanos e

no ambiente que tenham sido, ou devessem ter sido, identificados nos termos do artigo 6.º».

O mesmo se diga da responsabilidade por violação das regras da concorrência. No quadro do regime do *private enforcement* da concorrência, embora o conceito de pessoa coletiva – mormente de sociedade comercial – não se confunda com o conceito de empresa, importa sublinhar que, nos termos da Lei n.º 23/2018, é responsável «a empresa ou associação de empresas que cometer uma infração ao direito da concorrência», denotando-se uma imputação que ultrapassa a simples consideração do sujeito pessoa.

Do mesmo modo, no quadro do DL n.º 147/2008, que entre nós estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, quando a atividade lesiva seja imputável a uma pessoa coletiva, as obrigações previstas no diploma incidem solidariamente sobre os respetivos diretores, gerentes ou administradores, o que permite concluir pela responsabilização direta da pessoa coletiva[15].

Em rigor, sempre que a responsabilidade se alicerce na preterição de disposições legais de proteção de interesses alheios, o vinculado pela proibição ou pela imposição é a pessoa coletiva (e não o eventual titular do órgão que incumpra), só se podendo afirmar a ilicitude e, portanto, a responsabilidade por referência à pessoa coletiva e não por referência ao comportamento do sujeito físico[16], que, não obstante, terá de existir porque a pessoa coletiva, por si só, não age[17]. E se, em determinados

---

[15] Sendo certo que o regime jurídico em causa ultrapassa o âmbito de relevância da responsabilidade civil, prevendo, igualmente, formas de responsabilização administrativa, nem por isso a conclusão deixa de ser legítima.

[16] Pode eventualmente haver responsabilidade dos titulares dos órgãos, que, normalmente, se afirma em termos solidários com a pessoa coletiva, com finalidades claramente preventivas. Cf., a este propósito, o artigo 3.º, n.º 1, DL n.º 147/2008.

[17] No caso dos administradores das sociedades comerciais, poder-se-ia tentar discernir a sua responsabilidade em relação a terceiros, nos termos do artigo 79.º CSC, até porque, havendo violação de regras impostas pelo ordenamento jurídico, estar-se-ia fora do âmbito de aplicação da *business judgement rule*. Contudo, nesses casos, a responsabilidade alicerçar-se-ia na violação (presuntivamente culposa) dos deveres de lealdade e de cuidado a que se refere o artigo 64.º CSC, concretizados por referência ao caso concreto, que dispõe, no seu n.º 1, que «os gerentes ou administradores da sociedade devem observar deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais

domínios, designadamente naqueles em que a norma legal de proteção de interesses alheios tutele bens jurídicos que sejam objeto de um direito absoluto, ainda seria possível ensaiar uma tentativa de responsabilização do agente, por via da primeira modalidade de ilicitude, tudo redundando num problema imputacional, seguindo-se depois a indagação acerca de uma eventual responsabilidade da pessoa coletiva, noutros, em que não estão em causa bens jurídicos tutelados *erga omnes*, a única solução para compensar o lesado seria procurar a direta responsabilidade da pessoa coletiva (atualizada por via do comportamento do titular do órgão ou do agente)[18].

Esta responsabilidade da pessoa coletiva, no domínio delitual, embora pressuponha um ato de terceiro, assume-se como responsabilidade por ato próprio, exigindo a culpa. E, nessa medida, suscita problemas dogmáticos de difícil solução. A culpa de que aqui se fala é uma culpa da pessoa coletiva ou é a culpa do sujeito físico que por ela atua? Mais genericamente, traduzindo-se a culpa num juízo de censura ético-jurídico, é viável falar-se de culpa por referência a uma pessoa coletiva? E qual o padrão de ajuizamento do desvio de comportamento em que ela se consubstancia? Até que ponto a censurabilidade ética que a predica é consentânea com a natureza da pessoa coletiva? Do mesmo modo, a nota

---

como os seus trabalhadores, clientes e credores». Por outro lado, a responsabilidade ficaria circunscrita aos danos diretamente causados aos terceiros, suscitando-se problemas dogmáticos complexos de determinação do caráter direto do dano. Significa isto que, independentemente do problema de configurar a responsabilidade concretamente em causa como contratual (convocando-se uma ideia de contrato com eficácia de proteção para terceiros) ou como delitual (para o que se teriam de qualificar os deveres a que os administradores ficam adstritos como disposições legais de proteção de interesses alheios, a permitir, na sua preterição, a desvelação da ilicitude), sempre se haveria de concluir que a obrigação ressarcitória existe nas hipóteses em que o administrador viola deveres de cuidado ou de lealdade. Do que se trata, portanto, não é da responsabilidade pela preterição das regras de *impostas à pessoa coletiva*, já que a estas está vinculada a sociedade e não as pessoas que integram a estrutura complexiva que as caracterizam.

Note-se, ademais, que a atuação da pessoa coletiva não tem de se restringir à atuação representativa dos seus administradores ou gerentes, de tal forma que a violação das regras a que nos referimos em texto pode ocorrer por força do comportamento de um agente ou funcionário sem funções de administração.

[18] Repare-se, aliás, que a responsabilidade prevista na proposta de diretiva não deixa de comunicar outras dificuldades, pois que, tendo em conta o seu âmbito de relevância, pode não estar em causa a tutela de interesses particulares, de um grupo determinado de sujeitos. Basta pensar no impacto ambiental.

de previsibilidade ou de intencionalidade que integra o juízo de culpa pode ser formada no seio de uma estrutura não psicológica?

No fundo o que se questiona é se a flexibilidade a que somos conduzidos pelo conceito de negligência oferece, também, a nota de permeabilidade, no sentido da abertura a novas realidades. Será que a indeterminação do conceito de culpa (ou melhor, do critério aferidor da culpa) é de molde a garantir a adaptação da solução legal aos entes coletivos?

O problema da possibilidade de *conhecimento* por parte das pessoas coletivas, mormente as sociedades, tem sido colocado num horizonte discursivo diverso. Entre nós Diogo Costa Gonçalves e José Ferreira Gomes debruçam-se detidamente sobre a questão a propósito do preenchimento de determinados requisitos atinentes ao conhecimento e à cognoscibilidade no seio da teoria do negócio jurídico[19], e a solução que para ele encontram mostra-se tributária do modo como compreendem a pessoa coletiva e a sua interação intrassocietária. Nessa medida, chamam a atenção para a teoria do risco de organização, tratando do problema em termos de segurança no tráfego e de alocação do risco. Para os autores, à sociedade comercial caberia evitar uma certa perigosidade no comércio jurídico, adotando uma organização da sua atividade adequada a tal desiderato[20], de tal sorte que o risco de conhecimento deveria «ser suportado pela sociedade quando a organização dispunha de informação relevante e através da adoção de práticas adequadas de tratamento dos dados poderia tê-la colocado à disposição daquele que é chamado ao conhecimento»[21]. Mais acrescentam os autores que «a sociedade não pode organizar-se de qualquer modo. Deve organizar-se de um modo adequado a garantir não só a justa realização dos seus interesses, como a indução da menor perigosidade possível no mercado», o que envolve, também, a criação e gestão de adequados sistemas de informação[22]. No âmbito do problema de que tratam, os autores concluem que tudo passa por determinar se o risco de organização integra ou não o risco de conhecimento, operando o juízo de imputação à sociedade por duas vias: quando o sujeito que atua por conta desta conhecia a informação e quando tinha o dever de a conhecer, sendo para tanto necessário atentar na adequação da organização,

---

[19] Gomes/Gonçalves (2017), pp. 70 s.

[20] Gomes/Gonçalves (2017), p. 73. Veja-se, igualmente, Canaris (1971), pp. 479 s.; e Raiser (2000), pp. 563 s.

[21] Gomes/Gonçalves (2017), p. 77.

[22] Gomes/Gonçalves (2017), pp. 78 e 80.

por ser este o critério que nos vai determinar se aquele dever existia ou não[23]. O limite a tal imputação encontrar-se-ia na controlabilidade do risco da segregação da informação enquanto limite à imputação do risco à sociedade[24].

O foco dos autores citados, neste horizonte problemático em que se movem, é alargar a possibilidade de imputação do conhecimento à sociedade naquelas situações em que o sujeito que conhece não representa a pessoa coletiva, embora o seu conhecimento não deixe de ser relevante. Procuram, assim, superar algumas das limitações da teoria da representação do conhecimento, fundada na aplicação do § 166 BGB, equivalente ao artigo 259.º CC, nos termos dos quais o que é relevante é o conhecimento do representante, ou seja, dos membros do órgão com poderes de representação. A solução que se critica e a solução que, em alternativa, se desenha estão longe dos quadros dogmáticos da responsabilidade civil delitual, embora alguns autores alertem que a referência a uma organização adequada poderia deslocar o problema para esta sede. Contudo, mesmo do ponto de vista da teoria do negócio jurídico, parece-nos que o problema se supera ou se pode superar por via da aplicação analógica do artigo 259.º CC. Não se tratando, ao nível da representação orgânica, de uma representação em sentido próprio, por força do nexo de organicidade que se estabelece entre os titulares dos órgãos e a pessoa coletiva, do que se trata ainda é de saber o que é que aquele que atua em nome da pessoa coletiva sabe ou deveria saber e, portanto, do que lhe seria exigível conhecer, podendo ser ou não relevante o conhecimento de terceiros a que tivesse acesso. Parece, portanto, haver uma intencionalidade análoga entre o preceito e o problema que se trata, a viabilizar a assimilação por adaptação do âmbito de relevância dos problemas concretos pelo âmbito de relevância da norma, concretizada por referência ao regime jurídico concretamente em causa em cada hipótese.

Aliás, na Alemanha, por referência ao § 166 BGB, ecoam vozes no sentido de afirmar que o citado parágrafo consagra um princípio que não se restringe às hipóteses de representação em sentido estrito, estendendo

---

[23] Gomes/Gonçalves (2017), pp. 84 s. Sendo este um dever indeterminado, os autores avançam com alguns parâmetros gerais que auxiliam na sua determinação em concreto: a) atividade da sociedade (natureza dessa atividade, intensidade dos riscos, perigosidade da atividade para terceiros); b) organização da sociedade (extensão e complexidade); c) terceiros que interagem com a sociedade.

[24] Gomes/Gonçalves (2017), p. 93. Os autores identificam, ainda, desvios, quais sejam as situações de bloqueio determinado por um conflito de deveres.

a sua eficácia a todas as situações em que aqueles que não representam a pessoa coletiva surgem no seu seio organizativo, conhecendo certa informação relevante[25].

Do ponto de vista delitual, os termos da equação são diversos: do que se trata é de saber se a previsibilidade e o juízo de censura que acompanham a culpa podem recair sobre a pessoa coletiva, naquelas hipóteses em que ela é a efetivamente obrigada na interação social. Para tanto, haveremos de considerar dois pontos: a pessoa coletiva não é uma realidade ontológica, mas uma criação do espírito humano, pese embora tenha subjacente a si um determinado substrato, o que afasta aqui a ideia de pura ficção. Mas, se afastamos as teorias organicistas herdadas de Von Gierke ao nível da conceptualização da personalidade coletiva, não somos condenados a negar a existência de uma verdadeira relação de organicidade (que não representatividade) entre os titulares dos órgãos e a pessoa coletiva, ao ponto de a atuação destes, em muitos casos, ser a atuação da pessoa coletiva – e, tal como esta é responsável contratualmente pelos atos dos sujeitos individuais que atuam por sua conta, como se fosse um ato próprio, deve ser chamada a responder como se de um ato próprio se tratasse sempre que seja a pessoa coletiva a estar vinculada no tráfego por determinados deveres de natureza aquiliana. A culpa da pessoa coletiva aferir-se-á, portanto, por referência à previsibilidade dos que atuam em seu nome; o desvio da conduta será ajuizado em função do que seria expectável que uma pessoa naquela situação concreta efetivamente fizesse. Sendo a culpa desvelável por referência à pessoa singular, estar-se-ia diante de uma hipótese de responsabilidade objetiva, mas a estrutura imputacional seria absolutamente diversa daquela a que somos conduzidos pelo artigo 500.º CC, conformando-se como uma responsabilidade por ato próprio, mediatizado por um terceiro.

Ora, esta construção mostra-nos que não faz sentido falar de culpa por referência a uma pessoa coletiva. Falta-lhe a estrutura psicológica que viabilizaria o juízo; falta-lhes, ainda, o agir ético que sustenta uma ideia de exigibilidade que sempre acompanhará o juízo de culpa. Nessa medida, porque a permeabilidade ficará sempre limitada ou condicionada

---

[25] Cf. Richardi (1969), pp. 397 s.
Em apreciação crítica, *v.* Gomes/Gonçalves (2017), p. 67 s.
Entre nós, há também quem sustente que o problema se poderia resolver no quadro da mobilização das regras do mandato comercial e da figura do preposto. Não cremos, porém, que seja possível transpor, sem mais, a solução, por ela pressupor a analogia com o gerente de comércio, que pode não existir em concreto.

pelo sentido ético com que não pode deixar de ser captado cada um dos requisitos da responsabilidade civil, haveremos de concluir que, apesar da flexibilidade a que somos conduzidos pela negligência, ela não é apta a superar as exigências de sentido e a intencionalidade subjacentes à categoria. Dito de outro modo, a flexibilidade não se une simbioticamente à permeabilidade no que respeita à possibilidade de, com a abertura a novas realidades, se falar de culpa por referência à pessoa coletiva.

VI – À mesma conclusão devemos chegar por referência aos entes dotados de inteligência artificial.

Contudo, não raras são as vozes que ecoam no sentido de, assumindo uma crescente autonomia e sofisticação dos sistemas autónomos, considerarem possível, se não no presente, pelo menos no futuro, que se fale de culpa dos algoritmos.

Como Noorman explica, o conceito que autonomia que habitualmente mobilizamos é diferente do conceito de autonomia específico das ciências da computação[26]. Neste contexto, a autonomia traduz a possibilidade de o algoritmo realizar independentemente complexas operações num ambiente imprevisível[27]. Eles não seriam capazes de controlar as suas ações, funcionando como um mero instrumento avançado de um programador[28]. Mas, é um facto que, quanto mais sofisticados e complexos se apresentam os ditos algoritmos, mais conseguem assumir decisões independentes. Os cientistas prestam especial atenção a esta particularidade e ao facto de terem ou virem a ter a capacidade de refletir acerca do significado moral e social do seu comportamento[29]. Além disso, as escolhas éticas (*ethical decision making*) estão já integradas em alguns sistemas computacionais[30]. Em rigor, os programadores estão hoje a trabalhar conjuntamente com os produtores no sentido de, por exemplo com referência aos veículos autónomos, determinar se, no caso de um acidente, o automóvel deve preservar o condutor ou o peão que atravessa a via. Neste âmbito, alguns pensadores defendem que os entes dotados de inteligência artificial podem ser percecionados como *autonomous moral agents*, tanto quanto eles possam beneficiar de um nível significativo

---

[26] Noorman (2008), p. 32; Johnson/Normann (2014), pp. 143-158.
[27] Noorman (2008), p. 46.
[28] Johnson (2006), 200.
[29] Noorman (2012).
[30] Noorman (2012).

de autonomia e possam ter um comportamento intencional[31]. Sullins aduz, ainda, que os algoritmos irão desenvolver um papel social, o qual envolverá certas responsabilidades e nos mostrará que poderão entender os seus deveres diante de outros agentes morais[32]. Numa perspetiva funcionalista, aliás, a qualidade de agente moral pressuporia, apenas, a existência de certos comportamentos funcionalmente equivalentes aos comportamentos que nos permitiriam atribuí-la ao homem[33]. Bastaria, para que fosse considerado agente moral, que o ente artificial tivesse capacidade para processar informação, iniciando a sua ação com base nela. A partir daqui, poderíamos passar a considerar que as características relevantes – compreendidas sob o signo de categorias observáveis – existiriam, tratando-se a máquina como um agente moral.

A posição não é unanimemente aceite. Pelo contrário, há quem recuse atribuir responsabilidade moral aos algoritmos e, assim, recuse vê-los como *moral agentes*, por serem estes sempre o produto de um comportamento humano, mesmo que indiretamente[34]. Outros sugerem que a qualificação dos entes dotados de inteligência artificial como *moral agents* só é possível na presença de *higher-order-intentional computer systems*, ou seja, de sistemas de inteligência artificial caracterizados pela atribuição de crenças, desejos e uma certa racionalidade[35]. Noutras palavras, tudo dependerá do estádio de evolução dos computadores, por um lado, e do tipo de algoritmo, por outro lado.

Em 2006, Moor distinguiu três tipos de *ethical agentes*[36]: *implicit ethical agents,* aqueles que têm registada a ética do programador no sistema; *explicit ethical agents*, isto é, computadores que podem determinar, com base num certo modelo ético, o que está certo e o que está errado; e *full ethical agents*, que podem formular juízos morais e justificá-los. Apenas esta última categoria exigiria a consciência e o livre-arbítrio. Ora, esta visão gradativa permitiria integrar no conceito de *agency* determinadas realidades artificiais, tanto quando a categoria não ficasse restringida às hipóteses de existência de livre-arbítrio e consciência.

O certo é que, não obstante a crescente complexidade dos computadores, não é ainda possível encontrar um que, independentemente de

---

[31] Sullins (2006), pp. 23-29.

[32] Sullins (2006), p. 28. Cf, também, Noorman, "Computing and moral responsibility".

[33] Cf. Johansson (2010), pp. 65-73.

[34] Johnson (2006), p. 203.

[35] Dennett (1997), p. 352.

[36] Moor (2006), pp. 18-24.

um modelo ético que alguém tenha inserido no sistema, atue eticamente. Pelo contrário, cada decisão autónoma assumida por um ente dotado de inteligência artificial resulta de uma prévia determinação do programador, ainda que modificada pela autoaprendizagem. No campo da inteligência artificial, a ação é sempre determinística, o que implica que o algoritmo não poderia atuar de outro modo. Consoante explica Jean-Gabriel Ganascia, o agente atua sozinho e toma decisões sem a ajuda de outrem (*v.g.*, o caso do automóvel autónomo que escolhe o itinerário), porque existe «um encadeamento de causalidades materiais que vão da recolha de informação, por sensores, à decisão e à ação que não faz intervir um agente externo»[37]. As máquinas não adquiririam, contudo, autonomia num segundo sentido, qual seja o que se relaciona com a capacidade de atribuirmos a nós próprios as nossas regras. É que não só as regras são ditadas pelo programador, como são explicitadas numa linguagem formal que, se for demasiado pobre, não permite expressar as diferenças necessárias a uma correta tomada de decisão, e, se for demasiado complexa, «afoga os procedimentos de aprendizagem na imensidão de teorias possíveis»[38].

É claro que, a partir do momento em que os computadores aprendem por si mesmos, com base na interação com o meio, o determinismo passa a ser imprevisível, e ao terem capacidade para operar escolhas diferentes das que foram previstas, torna-se difícil fazer retroceder a responsabilidade para a esfera do programador, que deixa de conseguir controlar o sistema e prever os resultados[39]. Mas essa dificuldade não só não apaga a presença do ser humano na retaguarda de atuação do *software*[40], como implica ter de se enfrentar juridicamente, em termos distintos do que a tentativa de imputação e – concomitantemente – de descoberta da culpa por referência ao sistema autónomo, o problema.

Conclui-se, portanto, uma vez mais que a flexibilidade comunicada pelo critério de aferição da negligência não vai ao ponto de abrir as portas a realidades que não possuam uma estrutura ética. Parece, assim, decair a este nível a permeabilidade.

---

[37] Ganascia (2018), p. 67.

[38] Ganascia (2018), p. 69.

[39] Cf. Sparrow (2007), pp. 62-77; Powers (2013), pp. 227-236.

[40] Num sentido próximo, cf. F. Grodzinsky/K. Miller/M. Wolf (2008), pp. 115 s.

VII – Mas isto não significa que o juízo que se faça, a propósito da responsabilidade civil que lida com pessoas coletivas ou com algumas pessoas coletivas, não seja marcado por tal nota de permeabilidade. Falamos, designadamente, da possível consideração, a este nível de vetores outrora espúrios ao juízo de culpa, mais precisamente, aos fatores ESG.

Independentemente da posição que se adote em matéria de conformação da sociedade e do interesse social, é hoje ponto assente que a priorização do interesse dos sócios deve forçar os titulares dos órgãos sociais a ter em conta interesses de terceiros.

De acordo com Rui Dias e Mafalda de Sá[41], «a redação [do artigo 64.º CSC] sugere uma hierarquização de interesses, dando-se primazia aos dos sócios (que são os interesses atendíveis) sobre os demais (apenas ponderáveis), mas, mesmo havendo uma relação de subordinação, fica por saber qual o alcance e a medida da ponderação dos interesses de segundo plano. Estes poderão ser enquadrados num "sistema móvel", cabendo ao administrador equacionar, em cada momento, a sua adequada conjugação, ou poderão afirmar-se como um fator, ou mesmo um limite, externo». Mais acrescentam os autores que «os outros interesses aqui em causa são os dos sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade», chamando a atenção para o facto de os interesses dos sócios, por si só, «serem insuficientes para a determinação daquilo que é melhor para a sociedade, cujo desenvolvimento e desempenho não pode ser visto isoladamente das relações que estabeleça com o exterior»[42]. No mesmo sentido, José Ferreira Gomes considera que os outros interesses «são instituídos como limite externo à atuação da administração quando existam várias alternativas possíveis para a consecução do interesse social»[43].

A sustentabilidade da sociedade pode levar a que se tenham de ponderar os interesses de outros sujeitos além dos acionistas, quais sejam os trabalhadores, os clientes e os credores. O elenco dos terceiros cujos interesses possam vir a ser considerados não deve ser entendido de forma taxativa[44]. Como esclarece Tiago Sousa Freitas, «em face da complexidade dos mercados não é difícil antever que, no presente, há interesses difusos que podem e devem ser tidos em conta porque a sua consideração vem facilitar a captação de investimento ou permite gerar uma imagem

---

[41] Dias/Sá (2020), p. 38.
[42] Dias/Sá (2020), p. 39.
[43] Gomes (2015), pp. 745 s.
[44] Neste sentido, Freitas (2022), pp. 169-199.

de marca benéfica, potencialmente atrativa para o público em geral, incrementando a clientela e o volume de negócios»[45]; e como explicam Rui Dias e Mafalda de Sá, «o ativismo de determinados investidores institucionais pode determinar a motivação das empresas no sentido de adotar uma política mais sustentável com base em critérios ambientais, sociais e de *governance*»[46].

Não obstante, a ideia que preside a esta ponderação de fatores ESG é ainda o interesse da própria sociedade, compreendido a longo prazo, de tal sorte que o artigo 64.º CSC não pode ser encarado como uma disposição legal de proteção de interesses alheios que integre no seu âmbito de proteção os terceiros a que temos vindo a fazer referência, hipótese em que, não obstante, o responsável seria o administrador e não a própria sociedade[47]. Como explica Tiago Sousa Freitas, «a aceitação dos fatores ESG pelos agentes económicos acompanhou a exponencial produção científica em torno do tema e terá resultado, num primeiro momento, de uma cabal leitura do mercado e, assim, da noção de que a sociedade incrementaria a sua atividade, captaria maiores e melhores investimentos e melhoraria a sua imagem de marca se contribuísse a vários níveis para uma melhor coesão social»[48].

O entendimento acerca da consideração dos fatores ESG haveria, contudo, de se alterar, surgindo uma ideia de *responsabilidade social da empresa*[49]. E se é certo que, inicialmente, a responsabilidade social da empresa andava associada a uma ideia de adesão voluntária, como a doutrina vem esclarecendo, «o movimento de consagração da responsabilidade social das empresas tem vindo, embora lentamente, a delapidar o círculo de voluntarismo»[50], sendo crescente o número de obrigações que impendem sobre as sociedades, no sentido de ter em conta o impacto da sua atividade em matérias laborais, ambientais, políticas, de proteção dos direitos humanos, de combate à corrupção, entre outras[51].

Além disso, são crescentes os deveres que se impõem às sociedades no sentido de evitarem com a sua atuação a lesão de interesses fundamentais polarizados em grupos determinados de pessoas, sejam ou não

---

[45] Freitas (2022), p. 182.

[46] Dias/Sá (2020), pp. 58 s.

[47] Neste sentido, Dias/Sá (2020), p. 41.

[48] Freitas (2022), p. 22.

[49] Freitas (2022), p. 22; Serra (2005), p. 46.

[50] Freitas (2022), p. 23.

[51] Sobre este ponto, veja-se Abreu (2019), 1088/I-1095/I.

interesses difusos. Os deveres relativos a fatores ESG seriam, portanto, apenas um dos elementos ponderativos a ter em conta na afirmação da responsabilidade das sociedades ou mais amplamente das pessoas coletivas, responsabilidade essa que ultrapassa o sentido da responsabilidade social que se vem afirmando. É que, independentemente da sua amplitude, sempre haveremos de considerar que se trata aí – nessa responsabilidade social – de uma responsabilidade pelo outro, no sentido da *role responsibility* – e já não uma responsabilidade no sentido da *liability,* que apenas se concretiza na projeção dogmática que aquela possa conhecer.

Paralelamente, o artigo 64.º CSC dispõe que os administradores das sociedades comerciais devem atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado e, no tocante aos deveres de lealdade, devem ponderar também os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, entre os quais, embora não se especifique no preceito, a doutrina tem vindo a considerar interesses relativos a fatores ESG[52].

No fundo, haveremos de pensar como se comportaria, nas circunstâncias do caso concreto, o gestor criterioso e diligente, sendo certo que ponderaria os fatores ESG, e comparar esse comportamento ideal com o comportamento assumido pelo administrador a quem queremos imputar a responsabilidade. Havendo um desvio, podemos fazer recair sobre ele um juízo de censura ético-jurídica, o que significa que, ao determinarmos a culpa, estamos a trazer para o âmbito delitual ponderações atinentes a

---

[52] Embora o artigo 64.º CSC não se pareça referir à culpa, o preceito acaba por ter impacto no que respeita à sua determinação, como ficou explicitado *supra.* E, se assim é, então, na ponderação acerca da existência de um desvio de conduta, haveremos de ter em conta os diversos elementos que o gestor criterioso e diligente não poderia desatender, até porque, a partir da constatação da ilicitude, se presume a própria culpa. Entende-se que assim seja: a norma consagra uma presunção de culpa do administrador, em caso de preterição de deveres legais ou contratuais. Estando no âmbito contratual, a presunção de culpa de que se fala deve ser configurada como uma verdadeira presunção de *faute*, na medida em que, nesse domínio, não é possível configurar o incumprimento sem culpa, por o não cumprimento da obrigação não imputável ao devedor fazê-la extinguir-se. Já no tocante à responsabilidade delitual, embora setores da doutrina tendam a extrair do preenchimento da ilicitude por via da preterição de disposições legais de proteção de interesses alheios uma presunção de culpa (discutindo-se, posteriormente, se estaremos em face de uma presunção *prima facie* ou de uma verdadeira inversão do ónus da prova), a convergência não é simbiótica. Não obstante, é pacífico que a culpa se presume, atenta a formulação do artigo 72.º/1 CSC. E ao presumir-se, podemos concluir que na sua ponderação vamos ter de ter em conta os elementos de determinação da própria ilicitude, entre os quais se encontram os fatores ESG.

novas realidades. A nota da permeabilidade potenciada pelos conceitos indeterminados cumpre-se a este nível.

VIII – A ideia de flexibilização é, ainda, explicada numa outra perspetiva. Na verdade, o critério de aferição da negligência, ao viabilizar uma mensuração do grau de culpa, oferece-nos o recorte para uma diferenciação de soluções no plano prático-normativo da concreta realização do direito.

Várias são as projeções deste enunciado em termos de regime da responsabilidade civil. Não seremos exaustivos no seu tratamento, mas procuraremos tecer algumas considerações sobre algumas dessas projeções.

a) As cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade

As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade, operando ao nível da indemnização, são estipulações acessórias típicas, nos termos das quais os contraentes acordam em limitar ou excluir, consoante os casos, a responsabilidade do devedor pelo não cumprimento (entendido em sentido amplo) de uma obrigação assumida[53]. Apesar da recorrência destas cláusulas na prática negocial, nem sempre é pacífica a questão da sua validade. O problema foi amplamente tratado por Pinto Monteiro, que acabou por oferecer argumentos suficientemente seguros para sustentar, no plano do direito constituído, a legitimidade das estipulações em questão. Mais do que isso, o civilista parece ter operado uma inflexão na própria doutrina que, à época, se mostrava maioritariamente – mesmo quando crítica da solução legal – defensora da invalidade das referidas cláusulas, em face do artigo 809.º CC e da génese do preceito. Para o autor, o artigo 809.º CC não abrangeria, desde logo, no seu âmbito de relevância as cláusulas de limitação da responsabilidade. Não só estas não envolvem uma renúncia do devedor ao direito à indemnização, mas tão-só uma sua limitação, como o artigo 810.º CC admite a estipulação de uma cláusula penal que, na sua modalidade de fixação antecipada do montante indemnizatório, pode funcionar, na prática, como uma limitação à indemnização[54]. No tocante às cláusulas de exclusão da responsabilidade, o autor opera uma redução teleológica do citado artigo 809.º CC. Se a preocupação do legislador foi a de «evitar que fosse desfigurado o sentido jurídico da obrigação, transformando-a, em certos casos, numa

[53] Sobre o ponto, cf. Pinto (2021), p. 599; Monteiro (2003), p. 100.
[54] Monteiro (2003), pp. 171 s.

simples obrigação natural, como se o credor perdesse o direito de exigir o cumprimento da obrigação ou a indemnização pelo prejuízo»[55], então, a teleologia da norma só vale para afastar a validade das cláusulas de exclusão por dolo ou culpa grave, pois «só nesses casos ela implicaria, de certa forma, deixar-se à mercê das partes uma regra cujo valor moral e social imporá que lhes seja subtraída»[56].

Esta solução é reforçada por um outro argumento, de índole sistemática. Na verdade, o DL n.º 446/85 vem considerar como cláusulas absolutamente proibidas, e, portanto, nulas, nos termos do artigo 12.º, as cláusulas que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou culpa grave, quer por ato próprio, quer por ato de representante ou auxiliar[57]. Ora, se num domínio onde existem fortes restrições à autonomia privada tais cláusulas são admitidas, por maioria de razão, elas devem ser permitidas no quadro de contratos negociados[58].

Haverá, contudo, de considerar regimes especiais, sustentando-se a invalidade das referidas cláusulas quando razões de ordem pública ou de proteção do consumidor o determinem. Nesses casos, independentemente do cumprimento dos requisitos, devem tais estipulações ser consideradas nulas.

Também no tocante às cláusulas de exclusão da responsabilidade por atos de auxiliares, Pinto Monteiro, contra o teor literal do artigo 800.º/2 CC, vem sustentar que elas só são válidas nas mesmas condições que as cláusulas de exclusão da responsabilidade por ato próprio. Já não será assim no que respeita às cláusulas de exclusão da responsabilidade por atos de auxiliares independentes, relativamente às quais se poderia admitir a validade mesmo nos casos de dolo[59]. Trata-se de uma posição não unânime, que convive paredes-meias com o entendimento de autores que defendem a validade das cláusulas, independentemente de

---

[55] Cf. Monteiro (2003), p. 182, e Lima/Varela (1986), p. 73.

Esta ideia era suficiente para que Pires de Lima e Antunes Varela defendessem a invalidade das cláusulas em apreço, mesmo quando confinadas à culpa leve. É essa também a orientação seguida por Leitão (2002), p. 321. Também Prata (2005), p. 750, defende a nulidade das estipulações.

[56] Monteiro (2003), p.185.

[57] Cf. artigo 18.º/ c) e d)

[58] Monteiro (2003), p. 386-g. No mesmo sentido, cf. Costa (2001), p. 725; Cordeiro (1999), p. 582; Telles (2010), p. 432.

[59] Monteiro (2003), pp. 258 s.

se tratar de um ato de um auxiliar dependente ou independente e independentemente do grau de culpa[60], e com o entendimento que defende a sua invalidade[61], mas que, não obstante, nos parece de aplaudir. Na verdade, a moderna estrutura produtiva leva-nos a perceber que muitas das obrigações contraídas por um sujeito são cumpridas por recurso a terceiros (auxiliares) que se integram nessa mesma estrutura produtiva. Ora, admitir a validade das referidas cláusulas, mesmo em caso de dolo ou culpa grave, equivaleria a encontrar um expediente para contornar a restrição imposta pelo artigo 809.º CC, razão pela qual se deve considerar que a mencionada validade fica limitada aos casos de culpa leve, exceto nas hipóteses em que a atuação seja de um auxiliar independente.

O rememorar da lição do Mestre, ainda que em diálogo com outros autores, permite-nos perceber que, também como o mesmo sublinha, não se integram na *ratio* do artigo 809.º as cláusulas de exclusão de responsabilidade extracontratual. Se a intenção do preceito é evitar que se desfigure a obrigação civil, importa não esquecer que, por referência à responsabilidade aquiliana, essa obrigação prévia não existe. Assim, conclui Pinto Monteiro, numa solução em que é acompanhado por outros autores[62], que seja de aceitar a validade das mesmas, exceto quando haja ofensa à ordem pública ou aos bons costumes e nas hipóteses em que haja dolo, designadamente quando esteja em causa a violação da vida, da saúde, da integridade física ou moral do lesado[63]. A par do argumento da não inclusão da estipulação no âmbito de relevância do artigo 809.º CC, o autor mobiliza ainda o regime do consentimento do lesado para sustentar a sua posição, aduzindo que o mesmo nos permite chegar a soluções análogas. Para Pinto Monteiro, considerar que a responsabilidade extracontratual envolve sempre matéria de ordem pública acaba por não passar de um preconceito.

No mundo delitual, não podemos ignorar o fundamento último da responsabilização, a implicar a chamada à colação de uma ideia de liberdade material e axiologicamente conformada, alicerçada na dignidade da pessoa humana.

Encontrada na ideia de pessoalidade a matriz ética em que radica o sentido do direito, e estruturando-se aquela numa dialética entre liberdade

---

[60] Varela (2003), p. 138.

[61] Prata (2005), pp. 757 s.

[62] Veja-se, *inter alia*, Serra (1958), pp. 132 s.

[63] Monteiro (2003), pp. 406 e 409.

e responsabilidade, à responsabilidade civil não pode deixar de ser reconhecida uma intencionalidade última que seja diretamente comunicada pelo princípio normativo do direito enquanto direito. Quer isto dizer que a responsabilidade civil não serve apenas – para lá da função ressarcitória e preventiva – para afirmar contrafacticamente a validade dos bens jurídicos violados, mas também para reafirmar a pessoalidade do lesante, pelo seu chamamento à responsabilidade. Nessa medida, a ideia de que afirmar-se que a responsabilidade extracontratual é de ordem pública «não passará de um preconceito», porque muitas vezes estão em causa interesses meramente privados, «não deixando, por outro lado, de causar prejuízo social mais grave (…) a violação de certos contratos do que algumas lesões que dão lugar à responsabilidade aquiliana»[64], acaba por esquecer uma dimensão absolutamente fundamental do instituto delitual. No fundo, se é certo que a ordem pública pode não estar interessada na reparabilidade de todos os danos[65], não é menos verdade que a imperiosa necessidade de responsabilização do lesante, em face de um ato ilícito, culposo e causador de danos, pode ficar comprometida com o acordo exoneratório ou limitativo da responsabilidade. Isto não quer dizer, porém, que se deve pôr imediatamente de parte a validade das referidas cláusulas. Significa antes que teremos de perscrutar outros argumentos no sentido de concluir pela validade ou invalidade das mesmas.

Apesar do que ficou dito, importa sublinhar que a cláusula de limitação de responsabilidade extracontratual não opera ao nível da responsabilidade, mas apenas ao nível do direito à indemnização que dela decorre. Por outro lado, o artigo 494.º CC admite que, «quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem». Ora, se o próprio ordenamento jurídico admite hipóteses de fixação da indemnização abaixo do dano mensurado, em nome da equidade, então, parece ser de admitir que o lesado acorde com o lesante, em momento prévio à ocorrência da lesão, um montante acima do qual não será possível exigir uma indemnização.

Repare-se, contudo, que o fundamento da redução da indemnização, num caso e noutro, será diverso. Enquanto ao nível do artigo 494.º CC

---

[64] Monteiro (2003), p. 408.
[65] Monteiro (2003), p. 408.

o julgador há de basear-se na equidade, aqui o fundamento da redução é a autonomia privada dos sujeitos. A mobilização do artigo 494.º CC serve, portanto, para mostrar que o ordenamento jurídico não se opõe a uma solução como esta, não podendo ser mobilizado diretamente para resolver a questão.

Exatamente porque o fundamento da redução da indemnização é a autonomia privada, e porque o que está em causa é prescindir de uma parte da prestação correspondente à lesão de um determinado direito ou interesse (juridicamente tutelado através de uma norma de proteção), então somos confrontados com limites a essa possibilidade de determinação autónoma do montante máximo da indemnização. Em primeiro lugar, não é possível haver redução da indemnização quando o direito lesado seja indisponível. Naqueles casos em que a indisponibilidade é relativa, poder-se-ia ponderar se a lesão que se verificou – e a partir da qual se define o montante indemnizatório – poderia ou não ter sido autorizada pelo sujeito. No entanto, estando em causa direitos de personalidade, porque a livre disposição deles pode ser revogada a todo o tempo, há que sustentar a invalidade de uma cláusula limitativa da responsabilidade que surja pela violação de um deles.

Por outro lado, porque a dimensão de ordem pública com que surge revestida a responsabilidade civil não se esgota na tutela de certos bens jurídicos ou na reafirmação contrafáctica da sua validade, antes envolvendo o chamamento à responsabilidade do lesante como forma de atualizar a sua pessoalidade, não será de admitir a redução da indemnização nas hipóteses em que a culpa desse lesante não seja leve. O critério do grau de culpa estabelecido ao nível do artigo 494.º CC deve funcionar também nas hipóteses de redução da indemnização com fundamento na autonomia privada.

As dificuldades agravam-se quando temos de lidar com as cláusulas de exclusão da responsabilidade extracontratual. Na verdade, aí não está em causa a simples redução do montante indemnizatório, mas a exclusão do direito à indemnização.

A doutrina tem encontrado no consentimento do lesado um argumento importante para a validade de princípio da convenção de exclusão da responsabilidade extracontratual[66]. O argumento percebe-se se perspetivarmos a ideia de ordem pública à luz da necessidade de tutela de certos bens jurídicos. Na verdade, se o ordenamento jurídico permite que o

[66] Monteiro (2003), pp. 408-409.

titular do direito possa consentir na sua lesão, por maioria de razão, terá de admitir que a indemnização que resulta dessa mesma lesão possa ser excluída. Não cremos, no entanto, que o argumento proceda. Na verdade, o consentimento do lesado atua num momento prévio, excluindo a ilicitude do comportamento, pelo que a responsabilidade nunca chega a emergir. Embora o resultado prático-normativo possa ser idêntico, com a eficácia do consentimento, porque o lesante é autorizado a agir, não se coloca o problema da exclusão de uma responsabilidade e, portanto, da contradição com o princípio da responsabilidade. Pelo contrário, nas hipóteses em apreço, a responsabilidade avulta e porque aquele é um princípio maior do ordenamento jurídico, há que indagar até que ponto a autonomia privada o pode conformar.

O problema das cláusulas de exclusão da responsabilidade coloca-se porque foi celebrado um contrato, nos termos do qual o lesado prescinde – antecipadamente – de uma prestação a que tem direito. Se tal prestação corresponde a uma via de satisfação do interesse do titular de um direito lesado, então, se for possível ao abrigo da autonomia privada dispor de tal direito, parece à primeira vista que não há razões para não se permitir que se prescinda do crédito subsequente.

Esta correspondência entre o crédito indemnizatório e o direito lesado leva-nos, por seu turno, a concluir que as cláusulas de exclusão de responsabilidade deveriam ser postergadas quando em causa estivesse um direito indisponível. Tal como por referência às cláusulas limitativas da responsabilidade, sempre que a indisponibilidade fosse relativa, poder-se-ia ponderar se a lesão que se verificou – e a partir da qual emerge a responsabilidade – poderia ou não ter sido autorizada pelo sujeito, mas sempre que estejam em causa direitos de personalidade, porque a livre disposição deles poderia ser revogada a todo o tempo, há que se sustentar a impossibilidade da cláusula exoneratória[67].

Salvaguardada a livre disponibilidade do crédito, importa não esquecer, ademais, que o sujeito, credor da pretensão indemnizatória, pode transmitir o seu direito de crédito e ou pode optar pela inação, fazendo-o prescrever. Se nesta última hipótese é evidente que prescinde da indemnização,

[67] O mesmo vale, como ficou explicitado, para as cláusulas de limitação da responsabilidade. Em rigor, embora com outro *iter* argumentativo, a doutrina tem entendido que não é possível haver uma limitação ou exclusão convencional da responsabilidade, quando estejam em causa bens da incolumidade pessoal. Fundamentam-no no artigo 504.º/4 CC, de onde retiram um princípio geral orientado à proteção da pessoa. Nesse sentido, por todos, MONTEIRO (2003), p. 309.

também na primeira ela pode acabar por não se destinar à cobertura do dano gerado, o que quer dizer que, uma vez fundada a responsabilidade, é no plano das relações obrigacionais que nos movemos.

Simplesmente, há três dados que não podem ser ignorados. Em primeiro lugar, o que assim fica dito exige que se comprove a correspondência entre o crédito indemnizatório e o direito violado. Em segundo lugar, a autonomia privada só se exerce verdadeiramente quando se conhecem os contornos da vinculação a que, com base nela, se abrem as portas, o que quer dizer que, porque a exclusão da indemnização é feita *a priori*, pode suceder, em concreto, que os danos gerados sejam muito superiores àqueles que foram perspetivados pelo lesado. Em terceiro lugar, com isto parece ficar ofuscada a finalidade sancionatória (entendida na sua remissão para o fundamento último da pessoalidade livre e responsável) da responsabilidade civil.

No que ao primeiro aspeto diz respeito, há boas razões para sustentar a correspondência anunciada. Na verdade, uma vez solucionado o problema imputacional que fundamenta a responsabilidade – e que passa pela ligação entre o comportamento do agente e a lesão do direito absoluto ou do interesse tutelado por uma norma de proteção –, será com base nas possibilidades abertas pela esfera delimitada por cada direito subjetivo que os danos consequenciais, os segundos danos (que não sejam danos-lesão/evento), se hão de reconduzir ao concreto direito violado, dando-se resposta ao problema do preenchimento da responsabilidade. Só uma vez cumprido este juízo, estaremos em condições de determinar o *quantum* indemnizatório. Na resolução do problema da extensão do dano a indemnizar, não se olhe para a globalidade do património – atual e hipotético – do lesado, mas para as esferas de utilidades desenhadas em torno do direito subjetivo absoluto. Tornando-se, deste modo, despicienda a convocação do curso causal alternativo hipotético, torna-se, também, não problemática a questão que, só podendo ser solucionada em termos normativos, é, em alguns dos seus desenhos típicos, equacionada a montante. Definidos os termos da imputação, resta-nos esta tarefa avaliativa que está longe de poder ser vista como uma pura operação matemática. A comparação é agora feita entre o que o direito subjetivo absoluto possibilitaria e o que, de facto, ele possibilita, uma vez lesado. E aqui há um duplo juízo que deve ser levado a cabo. Primeiro, há que saber se a utilidade que o lesado invoca se integra ou não dentro das potencialidades inerentes ao conteúdo do direito preterido; em segundo lugar, há que estabelecer uma subtração entre o que o lesado teria, dispondo de tal utilidade, e o

que tem agora. É claro que o problema do cômputo da indemnização exige mais, mas esse *plus* com que o julgador se há de confrontar na tarefa judicativa (*v.g.*, o problema de um eventual concurso de culpas do lesado, o problema da compensação de vantagens, o problema dos danos não patrimoniais) não arreda o *prius* que é a lesão do direito subjetivo.

Não obstante, esta correspondência pode inexistir em concreto. Basta, para o efeito, que a responsabilidade não emerja por meio da primeira (ou mesmo da segunda) modalidade de ilicitude, mas por via do abuso do direito. Avultando maior o desvalor de conduta, ainda que não se prescinda do desvalor de resultado (que haverá de estar sempre presente), deixa de fazer sentido a ideia de que, tal como o sujeito poderia dispor do seu direito, pode agora dispor do crédito indemnizatório surgido com base nele[68]. O que não obsta, obviamente, a que o sujeito aceite prescindir de um crédito indemnizatório que só tenha correspondência nos danos que são gerados.

No que ao segundo aspeto respeita, haveremos de considerar que a possibilidade existe na prática, sobretudo porque, ao contrário do que sucede no domínio contratual, não existe uma obrigação assumida de antemão, não se conhecendo previamente os contornos de uma eventual lesão e o impacto dela. Por isso, ainda que se aceitasse a exclusão da responsabilidade por via convencional, haveria que se estabelecer um limite para ela, o que na prática iria redundar na simples admissão de cláusulas de limitação da responsabilidade. Simplesmente, agora, esta limitação não operaria acima de um determinado montante indemnizatório, mas abaixo dele[69]. Ou, ao invés, na determinação clara do tipo de danos – decorrentes de que conduta – se excluiriam.

Ora, se assim é, então salvaguardar-se-ia um mínimo ético de responsabilização do agente lesivo, já que, no fundo, se vem mostrar que não

---

[68] Se o que estivesse em causa fosse simplesmente a ponderação dos critérios de redução da indemnização a que somos conduzidos por via do artigo 494.º CC, porque a conceção de abuso com que lidamos é uma conceção objetiva, não nos parece que fosse inviável o recurso ao expediente.

Sobre o ponto, cf. Barbosa (2005), p. 395.

[69] Repare-se que, pela mesma lógica, se pode considerar que uma cláusula de limitação de responsabilidade que fixe um montante máximo de indemnização muito inferior ao montante dos danos verificados pode redundar, na prática, numa exclusão da responsabilidade. Assim sendo, haverá que se proceder a uma ponderação analógica entre as duas hipóteses. A alternativa é, dizemo-lo em texto, considerar que se tem de definir claramente o dano cuja indemnização se exclui.

é a responsabilidade que é excluída, mas a indemnização. Este sentido ético da responsabilidade, a implicar a reafirmação da liberdade responsável do ser pessoa, exigiria, ademais, que a exclusão entendida nestes moldes se tivesse de confinar aos limites da culpa leve. Não poderia jamais, porque contrário ao princípio da responsabilidade que assume foros de ordem pública, haver exclusão convencional da responsabilidade por dolo ou culpa grave.

As soluções avançadas encontram fundamento no direito positivo. Assim, no que tange à restrição da admissibilidade das cláusulas com base no grau de culpa e na natureza do direito lesado, elas devem ser consideradas nulas, por violação da ordem pública, nos termos do artigo 280.º CC. A ordem pública a que se faz apelo, porém, não pode ser entendida de uma forma monolítica. Se é desvelada, no tocante à natureza do direito, por referência à indisponibilidade de certos direitos e à sua importância no quadro do ordenamento jurídico, deve ser entendida, no que respeita ao grau de culpa, por referência ao princípio da responsabilidade. No que toca à necessidade de estabelecer um limite à própria exclusão da responsabilidade, ele decorre da necessidade de determinabilidade do objeto do negócio, de acordo com o citado preceito[70].

Em determinadas situações, o legislador expressamente proíbe as cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade extracontratual. Assim, por exemplo, no quadro dos contratos de adesão, determina o artigo 18.º a) DL n.º 446/85, de 25 de outubro, que são absolutamente proibidas, e como tal nulas, as cláusulas que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas, e a al. b) do mesmo preceito dispõe que são igualmente nulas as cláusulas que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por danos

[70] Repare-se que este problema de determinabilidade não existe quando esteja em causa uma cláusula de exclusão da responsabilidade contratual, já que aí a prestação indemnizatória de que se abdica baseia-se na obrigação previamente assumida. Embora possa superá-la em concreto, o certo é que ela serve para satisfazer por outra via o interesse do credor. Naquelas hipóteses em que, pela violação de determinados deveres de conduta, se violam outros bens que não se conduzem estritamente ao interesse da prestação, embora digam respeito ao interesse contratual (isto é, nas hipóteses de violação positiva do contrato), poder-se-á colocar um problema análogo. Para o resolver, há que lançar-se mão da interpretação das declarações negociais, em primeiro lugar, para perceber se a exclusão diz também respeito a estes danos. Contudo, mesmo em caso afirmativo, não nos podemos esquecer que o âmbito da responsabilidade fica, *a priori*, delimitado pela relevância contratual.

patrimoniais extracontratuais, causados na esfera da contraparte ou de terceiros. Em causa estão especiais razões ligadas à necessidade de proteção de bens essenciais (vida, saúde, integridade física) e ligadas à necessidade de proteção do consumidor[71]. Também o artigo 504.º/4 CC exclui a validade das cláusulas de exclusão (e limitação) da responsabilidade – indiferentemente de o contrato onde estão inseridas ser ou não um contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais – nos casos de afetação da integridade física do sujeito.

Podemos, assim, concluir que nas hipóteses em que o agente atua com mera culpa poderá haver exclusão da responsabilidade, ao invés das situações de culpa grave ou dolo, o que aponta no sentido da flexibilização a que aludimos *ab initio*.

b) A ponderação do grau de culpa ao nível do estabelecimento do nexo de imputação objetiva

Adequadamente compreendido o problema da responsabilidade civil, haveremos de entender que a causalidade não pode continuar a ser pensada nos moldes tradicionais que nos eram oferecidos pela *conditio sine qua non* e pela causalidade adequada.

Como tivemos oportunidade de defender[72], não só a causalidade unitariamente percecionada deve ser bipartida em dois nexos – a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade – como a perspetiva centrada na relação causa-efeitos deve ser substituída por uma perspetiva assente na imputação.

Para tanto, haveremos de considerar, primeiro, a edificação de uma esfera de risco/responsabilidade pelo lesante, que se constata a partir da assunção de uma determinada atividade tipificada como perigosa ou da preterição de certos deveres, devendo ser imputados à alegada esfera de responsabilidade todas as lesões que se possam compreender como uma materialização do risco que deveria ser obliterado com o cumprimento dos referidos deveres. No fundo, assumem aqui especial importância os deveres no tráfego e a análise do seu âmbito de proteção.

Em segundo lugar, haveremos de operar um confronto de esferas de risco/responsabilidade: a esfera de risco do lesante tem de ser cotejada com a esfera de risco geral da vida, com a esfera de risco do lesado e com a

---

[71] Monteiro (2003), p. 304.

[72] Barbosa (2013).

esfera de risco de um terceiro. Ora, no tocante a esta última, chegando-se à conclusão que o comportamento do segundo pretenso lesante é livre e que a sua esfera de risco não é consumida pela do primeiro lesante, haveremos de ter em conta a gravidade dos comportamentos e o grau de culpa de ambos. Ou seja, atuando um dos sujeitos com um grau de culpa muito diminuto, poderá não se gerar uma obrigação solidária entre ambos.

c) O artigo 494.º CC e a possibilidade de diminuição da indemnização

Dispõe o artigo 494.º CC que, «quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem».

Na sua aparente simplicidade enunciativa, o preceito encerra problemas de inegável importância prático-normativa, ao ponto de se poder dizer que cumpre uma função primordial como garante da proporcionalidade e, portanto, da justiça no quadro do sistema de responsabilidade.

Ainda que o convite à ponderação da culpabilidade do agente, da situação económica do lesante e do lesado e das demais circunstâncias do caso, enquanto fatores limitadores da indemnização ou elementos determinantes do *quantum* desta, seja único, o olhar que sobre ele se derrama e as consequências que dele se podem extrair são diversas consoante o preceito seja aplicado a danos patrimoniais ou a danos não patrimoniais. Se, no primeiro caso, o preceito funciona como um expediente de limitação da indemnização, atenta uma ideia de proporcionalidade; na segunda hipótese, parecem entrar em cena considerações de tipo sancionatório-punitivo, ainda que não legitimadoras do acolhimento, por exemplo, da figura dos danos punitivos.

A intencionalidade do artigo 494.º CC não gera consenso na doutrina. Desde logo, muitas são as vozes que partem do preceito para sustentar uma função punitiva para a responsabilidade civil. A atenção ao grau de culpabilidade do autor do dano dispensada pelo artigo 494.º CC na determinação do *quantum* indemnizatório é vista, pela maioria da doutrina pátria, como uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil[73]. A posição, contudo, não colhe unanimidade. Exemplo disso é,

[73] Cf., *inter alia*, Pereira Coelho (1999), pp. 346 e 350; Varela (2003), p. 542; Jorge (1999), p. 364; Lourenço (2001), p. 231. Cf., ainda, Monteiro (2003), pp. 82 s.

no quadro dogmático português, a leitura que Brandão Proença faz do preceito[74]. Para o autor, o que a norma consagra é a proteção do lesante que se limitou a atuar negligentemente, sem que legitime, sem mais, extrapolações de outra índole[75]. De acordo com a sua posição, o artigo 494º CC aproxima-se de uma *cláusula de redução*[76], tanto que «só perante o duplo requisito de uma responsabilidade individual não segura e da ponderação exclusiva do grau de culpa é que a norma poderia desempenhar com eficácia um escopo sancionatório puro»[77]. A posição, embora ímpar pela tentativa de aproximação entre o artigo 494.º e o artigo 570.º CC, está em linha com a tradição civilística. Já antes, Vaz Serra havia considerado tratar-se de uma *norma de proteção do lesante*[78]; e, durante a vigência do Código de Seabra, Pereira Coelho criticava um critério que conduziria à desproporção entre o grau de culpa e o prejuízo a reparar[79].

Além-fronteiras, a ideia de correção de uma eventual desproporção entre o grau de culpa e a dimensão do dano ganhou eco a diversos níveis[80]. No ordenamento jurídico alemão, a discussão passou pelo eventual aditamento ao BGB do § 255 a), a prever a limitação da indemnização para o caso de culpa leve, sempre que, em face de um dano muito elevado e tendo em conta os interesses das partes, a equidade o justificasse[81]. O debate

---

[74] Proença (1997), p. 164. Cf., igualmente, Mello (1989), p. 541. Para o autor, o preceito tem como função vincar a função reparadora.

[75] Admite, no entanto, que o artigo possa apontar no sentido punitivo, se se pensar que o preceito autoriza o juiz a conceder uma indemnização mais avultada naqueles casos em que existe um seguro obrigatório – Proença (1997), p. 162. Neste sentido, obstar-se-ia ao fenómeno de socialização do dano.

[76] O autor alerta, contudo, que no caso dos danos não patrimoniais seja a natureza do dano a justificar a ponderação e na responsabilidade dos inimputáveis relevem fatores de ordem económica. No que respeita ao regime regra, aduz que se trata de uma solução «humana, equitativa e excecional, destinada a favorecer o lesante e para a qual o tribunal parte de pressupostos heterogéneos e amplos, sem uma necessária primazia da culpa» – Proença (1997), p. 168.

[77] Proença (1997), p. 165.

[78] Serra (1959), p. 236

[79] Cf. Coelho (1951), pp. 68 s. Para o autor, o princípio da proporcionalidade estava ausente da dogmática da responsabilidade civil, o que se poderia justificar pela finalidade essencialmente reparadora do instituto e a natureza imutável do dano, que se mostra invariável em função da censurabilidade da conduta do lesante.

[80] Cf., *inter alia*, Stoll (1979), pp. 488 s., sublinhando que uma ideia de proporcionalidade terá sido defendida já por Ihering.

[81] Cf., sobre o ponto, Kötz (1970), 39. Dando conta disto mesmo, cf., entre nós, Proença (1997), p. 169.

doutrinal passava, assim, por saber se a redução demandada pela proporcionalidade se poderia justificar apenas tendo em conta o grau de culpa em confronto com a extensão do dano ou se se exigiria a ponderação de outras circunstâncias. Independentemente das respostas concretamente oferecidas, a ideia central era a da limitação da responsabilidade e da introdução de um limite de proporcionalidade.

Werner defendia, quanto aos danos causados por negligência, a aplicação dos limites da responsabilidade pelo risco[82].

Stoll, num interessante trabalho, sustenta que uma cláusula de redução deve ser aplicada a situações em que a censurabilidade é diminuta, como por exemplo as hipóteses de responsabilidade objetiva, que não estejam sujeitas a limites fixados pelo legislador, as situações de imputabilidade reduzida, de participação em competições desportivas ou que envolvam uma prestação gratuita[83].

Canaris, partindo da ideia de que a imposição de uma obrigação ressarcitória constitui «uma intervenção nos direitos fundamentais do lesante», mais concretamente uma intervenção na liberdade de ação protegida pelo artigo 2.º, n.º 1 LF, sustenta que se há de recorrer à proibição do excesso, sobretudo como um controlo da proporcionalidade[84]. Não aderimos incondicionalmente ao pensamento do insigne jurista. A perspetivação da responsabilidade civil à luz do direito fundamental apresenta, no seu pensamento, uma dupla vertente. Se, por um lado, vale como controlo das obrigações pecuniárias do lesante, ela projeta-se num momento logicamente anterior – o da atuação deste. É o segmento final que contestamos, por entender que ele surge ainda imbuído de uma conceção individualista de liberdade que esquece a responsabilidade como correlativo inolvidável da sua atualização em concreto. Sem que isso apague, aos nossos olhos, a pertinência da convocação do referente de proporcionalidade, já não no desenho dos requisitos da obrigação ressarcitória, mas na determinação do seu *quantum* indemnizatório. Simplesmente, a proporcionalidade há de aqui ser compreendida em sentido unívoco, como *proibição de excesso*. Parece também ser esse o sentido com que Canaris – na perspetivação do direito privado à luz do direito

---

[82] Werner (1960), pp. 282 s.

[83] Hans Stoll (1979), pp. 494 s. Já não se deveria aplicar a regra de limitação da indemnização na hipótese de concorrência de causas acidentais, devendo aplicar-se a esses casos o § 254 BGB, quando tais causas acidentais possam ser reconduzidas à esfera de risco do lesado (cf. pp. 497 s.).

[84] Canaris (2003), pp. 76 s.

constitucional – convoca o princípio. De acordo com as suas palavras, «o (…) passo é a aplicação da proibição do excesso, e, desta forma, sobretudo um controlo de proporcionalidade. Ora, quanto a este ponto confrontei os efeitos ruinosos para o lesante, sobretudo, a necessidade de ressarcimento do lesado pelos danos sofridos (bem como a ideia de prevenção), e cheguei, assim, a uma solução que distingue consoante a limitação do montante ressarcitório é, ou não, economicamente exigível ao lesado. Só no primeiro caso – isto é, (…) o do lesado rico – considerei (…) a possibilidade de redução da obrigação de indemnização»[85].

Também no ordenamento jurídico italiano avulta uma ideia de garantia da proporcionalidade. Nesse sentido, por exemplo, Cendon veio defender que a responsabilidade se deve manter dentro de certos limites para garantir a liberdade de ação ao lesante, desde que o comportamento deste não seja doloso[86], e De Cupis sustentou a adoção de uma regra corretora de uma possível desproporção entre a gravidade da culpa e o montante do dano[87].

Se recusarmos uma visão desenraizada do artigo 494.º CC, somos levados a afirmar que é inequívoco o relevo da culpa na determinação do montante indemnizatório. Mas parece-nos que isso não nos leva a outro patamar de considerações. Afinal, a culpa surge – com exceção dos casos de responsabilidade pelo risco – como pressuposto indefetível da imputação delitual[88]. O que o preceito em análise nos indica é que, em todas aquelas situações em que o grau de culpa não é mensurado acima da negligência, se pode diminuir a indemnização, tendo em conta os restantes critérios. Não se afasta, portanto, da ideia do dano como limite do ressarcimento. Donde resulta, afinal, que o indício extraído do artigo 494.º CC nos remete para uma função sancionatória da responsabilidade civil, mas no sentido da desvelação do sentido ético do instituto, que não se confunde com a punição/retribuição, nem autoriza a defesa dos danos punitivos[89]. Em causa está a garantia de *proporcionalidade*, no sentido da

---

[85] Canaris (2003), p. 77.

[86] P. Cendon (1984), pp. 29 s.

[87] De Cupis (1979), pp. 282 s.

[88] Cf. Martons, *apud* Schlobach (2003), pp. 48 s.

[89] Até porque, ao nível do direito civil, a avaliação da culpa é feita por referência ao comportamento do *bonus pater famílias*, pelo que não requer uma reprovação subjetiva. Salientando esse ponto, cf. Pantaleón (2000), p. 167; Englard (1993), p. 1.

Para uma recusa dos danos punitivos, cf. Barbosa (2013), pp. 320 s., e Barbosa (2017), pp. 73 s.

proibição do excesso, que, contudo, não se explica por qualquer necessidade de salvaguarda de uma ideia de liberdade (mal compreendida), mas de equilíbrio justo.

A consideração do grau de culpa, ou seja, a maior ou menos severidade do juízo de censura ético-jurídica que recai sobre o lesante assume-se como um expediente importantíssimo a este nível. Se o grau de culpa depõe ao nível do preenchimento do âmbito de relevância objetivo da norma – tornado relevante a distinção entre dolo e negligência –, ele é igualmente chamado à colação para efeitos de uma eventual limitação da indemnização. Repare-se que aqui não está apenas em causa a não verificação do dolo, mas a graduação da gravidade da conduta dentro da negligência.

Não é, de facto, bastante constatar que o comportamento do agente apenas violou deveres objetivos de cuidado. A cisão entre a negligência consciente e a negligência inconsciente passa a ser crucial. Ao mesmo tempo, não basta verificar que o agente não previu o resultado como possível. Se o artigo 494.º CC, apelando à equidade, surge como um expediente que visa garantir a proporcionalidade, então facilmente concluímos que a limitação a que se alude só faz sentido – no que ao segmento em análise diz respeito – quando se pretenda corrigir uma eventual desproporção entre um diminuto grau de culpa e um resultado danoso muito dilatado, que se justifica pela aleatoriedade que o impacto da lesão na esfera de interesses do lesado sempre comporta.

É claro que a desproporção a que se alude só pode justificar a limitação da indemnização num contexto mais amplo de consideração dos restantes elementos ponderativos consagrados no artigo 494.º CC, designadamente a situação económica do lesante e do lesado e as demais circunstâncias do caso.

Mas, torna-se inequívoco que o grau de culpa, podendo determinar a redução da indemnização, funciona em termos de flexibilização da solução responsabilizatórias.

Esta conclusão é tanto mais segura quanto a flexibilização a que aludimos não tem de, em caso de múltiplos agentes, atuar por referência a todos eles.

Sendo a regra, no quadro da responsabilidade delitual, a da solidariedade obrigacional, que se verifica sempre que o mesmo dano (unidade/indivisibilidade) pertença normativamente a mais do que uma esfera de responsabilidade que não anula a outra (pluralidade de vínculos), ainda que o regime da solidariedade obrigacional, no campo da responsabilidade

delitual, possa beneficiar o lesado, ela impõe-se como regra não por força de uma ideia de favor, mas fruto do modo como dogmaticamente se compreende a articulação entre os diversos pressupostos aquilianos. Ora, se assim é, então, haveremos de concluir também que a solidariedade obrigacional opera ao nível da fundamentação da responsabilidade.

Porém, esta não esgota o fenómeno ressarcitórios. Ao invés, e mesmo descontada a questão do preenchimento da responsabilidade – pela qual haveremos de reconduzir os danos subsequentes à lesão do direito ou do interesse que funda essa responsabilidade – somos confrontados, a jusante, com a questão indemnizatória. E se, a esse nível, a regra é a da equivalência entre dano apurado e indemnização, sabemos que a mesma conhece desvios ou exceções, como a que é introduzida pelo artigo 494.º CC, que temos vindo a acompanhar.

Significa isto que, se a solidariedade se justifica e se impõe por referência à lesão (e aos danos que dela decorrem), no tocante ao quantitativo pecuniário em que tais danos se venham a traduzir, ela perde razão de ser como uma exigência dogmático-axiológica, como uma inevitabilidade, apenas surgindo como decorrência lógica da fundamentação em que assenta. Simplesmente, sendo este um dado inquestionável, haveremos de considerar a possibilidade de operarem – nessa dimensão de determinação da indemnização – circunstâncias que possam justificar a diminuição do *quantum ressarcitório* em relação a um dos obrigados solidários e não em relação ao outro. E o mesmo se diga no tocante à fixação do *quantum* da indemnização. É que não lidamos, aí, com a extensão do dano, mas com os fatores ponderativos previstos no artigo 494.º CC, ao qual acedemos diretamente ou por remissão do artigo 496.º CC. Tal implica, afinal, que a solidariedade se mantenha, mas passe a operar em termos parciais.

A esta solução chegou o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 8 de setembro de 2020 (Processo n.º 148/14.4TVLSB.L1.S1)[90]. Num caso que envolvia a responsabilidade de dois médicos e de um hospital particular, o coletivo de juízes veio considerar que «se admite a aplicação do artigo 494.º do CC no âmbito das obrigações solidárias, nas relações lesante-lesado, a um dos devedores solidários». Também no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de julho de 2012 (Proc. n.º 1451/07.5TBGRD.C1.S1)[91] se chegou à mesma conclusão. Em causa estava, então, a responsabilidade solidária de uma comissão de festas

[90] Relatora: Maria João Vaz Tomé.
[91] Relator: João Bernardo.

e dos seus membros, que «organizaram e contrataram uma atividade necessária e legalmente imbuída de conhecimentos técnicos altamente especializados», e do técnico por eles contratado para levar a cabo a referida atividade; e, depois de se chegar à afirmação da responsabilidade solidária, o Supremo Tribunal de Justiça conclui que «nada impede que, havendo vários responsáveis, mesmo em regime de solidariedade, se proceda à diminuição do montante indemnizatório relativamente apenas a algum ou alguns deles. O próprio texto do artigo, ao mandar atender à situação económica do agente, pressupõe essa diferenciação, que terá de se considerar extensiva aos casos cuja decisão assente no grau de culpabilidade ou nas demais circunstâncias do caso»[92]. Assim, conclui-se no mencionado aresto que, embora nada se soubesse acerca da situação económica dos membros da comissão de festas e pouco se conhecesse sobre a situação económica do lesado, porque era evidente a desproporção das culpas, dos responsáveis não profissionais em confronto com a culpa do técnico, atendendo aos graus de culpabilidade e às demais circunstâncias do caso, seria «profundamente injusto condenar do mesmo modo» os dois sujeitos, pelo que a indemnização a que devem ser condenados a comissão de festas e os seus membros «não deve ultrapassar os 30% da total a que tem direito o autor».

A posição consagrada no último acórdão citado não pode deixar de nos concitar algumas dúvidas. Na verdade, acompanhando o coletivo de juízes – pelos motivos atrás expostos – na possibilidade de se aplicar diferenciadamente o artigo 494.º CC aos diversos lesantes obrigados solidariamente, haveremos, não obstante, de ser cautelosos na forma como mobilizamos o preceito. De facto, consoante o que ficou explicitado *supra*, a intencionalidade do artigo 494.º CC, na sua autonomia valorativa, aponta para uma ideia de garantia da proporcionalidade, o que significa que a redução da indemnização só fica autorizada quando se detete uma desproporção que ponha em causa o equilíbrio entre a posição do lesante e do lesado. Ora, o que o Supremo Tribunal de Justiça, no citado Acórdão de 5 de julho de 2012, fez não foi considerar a desproporção entre o grau de culpa do lesante em confronto com a dimensão do dano produzido, mas sim comparar a culpabilidade dos dois lesantes. E é exatamente este exercício judicativo que não parece ser autorizado pelo artigo 494.º CC. Vários são os argumentos que podemos mobilizar nesse sentido.

---

[92] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de julho de 2012 (Proc. n.º 1451/07.5TBGRD.C1.S1), relator João Bernardo.

Em primeiro lugar, o confronto comparativo entre os comportamentos dos diversos lesantes tem lugar quando se pretende solucionar o problema imputacional e, portanto, ao nível da fundamentação da responsabilidade. É a esse nível que o decidente deve chegar à conclusão se a gravidade do comportamento do primeiro lesante absorve ou não o comportamento do segundo lesante. Não se estabelecendo qualquer relação de consunção, é a regra da solidariedade que se impõe.

Mas, a posição sustentada pelo Supremo Tribunal de Justiça vem subverter esta regra, contrariando a ideia de que o dano (lesão e danos subsequentes que a ela se reconduzam) pertence integralmente à esfera de responsabilidade que o avoque, e substituindo a solução da solidariedade pela solução da responsabilidade proporcional.

Contraria, ademais, os dados normativos. Com efeito, se a posição sufragada pelo acórdão de 5 de julho de 2012 fosse a que o nosso ordenamento jurídico consagra, então deixaria de fazer sentido a ponderação do grau de culpa para efeitos de determinação da responsabilidade de cada um dos lesantes para o domínio das relações internas.

Acresce que, a ser aceite o posicionamento, a consequência seria a impossibilidade de se estabelecer uma verdadeira e global solidariedade sempre que um sujeito respondesse subjetivamente e outro com base no risco, contra aquela que é a tradição jurídica e a solução dispensada pelo direito positivo.

Estes argumentos valem também para a hipótese de mobilização do artigo 494.º CC por via da remissão do artigo 496.º CC. Ainda que a intencionalidade da norma em análise se altere a este nível, importa considerar que, porque a lesão se integra na esfera de responsabilidade dos vários lesantes, estes devem responder pela totalidade do dano.

Consoante explicitámos *supra,* a solidariedade parcial a que podemos chegar por força do artigo 494.º CC só se compreende se a parcialidade resultante da diminuição da indemnização for determinada por fatores que ultrapassam a fundamentação da responsabilidade.

Simplesmente, porque os danos não patrimoniais não são mensuráveis em termos pecuniários, os fatores ponderativos plasmados no artigo 494.º CC atuam, a este nível, com verdadeiros elementos de quantificação, o que pode implicar que haja, de facto, uma diferenciação das grandezas compensatórias em função da diversa culpa dos lesantes ou das diversas situações patrimoniais destes. Com a ressalva, porém, de que o confronto comparativo – alimentado por uma ideia de satisfação da vítima – deve ser feito, de acordo com os elementos a que se refere o preceito, entre

a esfera de cada um dos lesante e o lesado e nunca entre as esferas dos lesantes.

Parece-nos, por isso, também duvidoso o caminho argumentativo trilhado no Acórdão de 8 de setembro de 2020, atrás citado, ao afirmar que «nada ou pouco se sabe sobre a situação económica do SBSI, de cada um dos Réus médicos – DD e CC – e dos lesados – AA e BB. Mas sabe-se que é diferente a medida jurídico-normativa pela qual cada um dos Réus é responsável pelos danos causados», que «a vinculação direta do SBSI perante a Autora – AA – não pode ser indiferente ao julgador, na consideração das demais circunstâncias do caso, ao abrigo do artigo 494.º do CC»[93], e que «seria injusto condenar do mesmo modo o sujeito que no cumprimento de obrigação alheia perante o lesado pratica um facto ilícito – gerador de responsabilidade própria – e o sujeito que se vincula diretamente à prestação de cuidados médicos», pelo que «o Réu SBSI e os Réus médicos respondem de modo não idêntico, porque a sua participação na produção dos danos e as imputações não são perfeitamente idênticas do ponto de vista jurídico-normativo»[94].

d) O exercício do direito de regresso

Havendo mais do que um responsável, nos termos do artigo 497.º CC, a responsabilidade de ambos é, no domínio delitual, solidária. Significa isto que cada lesante é responsável pela totalidade do dano gerado. Mas, ao nível das relações internas, e no que respeita a um eventual exercício do direito de regresso, assume especial importância a determinação do grau de culpa de cada agente, consoante resulta do artigo 497.º CC, donde também se pode concluir, por esta via, que a culpa pode funcionar como fator de flexibilização da responsabilidade assacada a cada sujeito.

Bibliografia

Abreu, J. M. Coutinho de, "CSR – "responsabilità" senza responsabilità (legale)?", *Giurisprudenza Commerciale*, anno XLV Fasc. 6 – 2019, 1088/I-1095/I.

[93] Ac. STJ de 8 de setembro de 2020 (Processo n.º 148/14.4TVLSB.L1.S1, relatora: Maria João Vaz Tomé).

[94] Ac. STJ de 8 de setembro de 2020 (Processo n.º 148/14.4TVLSB.L1.S1, relatora: Maria João Vaz Tomé).

ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença, com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3.º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983.

ANTUNES, Engrácia, "Deveres e responsabilidades do intermediário financeiro – alguns aspetos", *Caderno do Mercado de Valores Mobiliários*, 56, 2017, pp. 31-52.

ANTUNES, Henrique Sousa, *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2000.

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Liberdade versus responsabilidade*, Almedina, Coimbra, 2005.

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2013.

CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Beck, Munique, 1971.

CANARIS, *Direitos fundamentais e direito privado*, Almedina, Coimbra, 2003.

CENDON, P., "Danno imprevedibile e illecito doloso", *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milão, 1984.

COELHO, Pereira, *O enriquecimento e o dano*, Almedina, Coimbra, 1999.

COELHO, Pereira, "Culpa do lesante e extensão da indemnização", *Revista de Direito e Estudos Sociais*, VI, 1950/51.

CORDEIRO, António Menezes *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, Almedina, Coimbra 1999.

COSTA, M. J. Almeida, *Direito das obrigações*, Almedina, Coimbra, 2001.

CUPIS, De, *Il danno – Teoria generale della responsabilità civile*, 3.ª edição, Giuffrè Editore, Milano, 1979.

DENNETT, Daniel C., "When HAL kills, who's to blame? Computer ethics", *Hal's Legacy: 2001's Computer as Dream and Reality*, edited by D. Stork, Cambridge, MA: MIT Press, 1997.

DIAS, Rui / SÁ, Mafalda de, "Deveres de administradores e sustentabilidade", *Administração e Governação das Sociedades*, Almedina, 2020, pp. 33-58.

ENGLARD, Izhak, *The philosophy of tort law*, Dartmouth, Aldershot, 1993.

FRADA, Manuel Carneiro da, "Dever de legalidade dos administradores e responsabilidade civil societária", *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2016, pp. 17-27.

FREITAS, Tiago Sousa, "Da sustentabilidade na conformação do interesse social à responsabilidade empresarial", *Revista Brasileira de Direito Civil*, 31/4, 2022, pp. 169-199.

GANASCIA, Jean-Gabriel, *O mito da singularidade*. *Devemos temer a inteligência artificial?*, Círculo de Leitores, 2018.

GOMES, José Ferreira, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades – A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, Almedina, Coimbra, 2015.

GOMES, José Ferreira / GONÇALVES, Diogo Costa, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2017.

GOMES, Júlio, "Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva", *Revista de Direito e Economia*, 13, 1987, pp. 101-163.

GRODZINSKY, F. / MILLER, K. / WOLF, M., "The ethics of designing artificial agents", *Ethics and Information Technology*, 10, n. 2-3, 2008.

JOHANSSON, L., "The functional morality of robots", *International Journal of Technoethics*, 1-4, 2010, pp. 65-73.

JOHNSON, Deborah G. / NORMANN, Merel, "Artefactual agency and artefactual moral agency", *The moral status of artefacts*, edited by Peter Kroes and Peter-Paul Verbeek, Heidelberg/London/New York: Springer, 2014.

JOHNSON, Deborah, "Computer systems: moral entities but not moral agents", *Ethics and Information Technology*, 8-4, 2006, pp. 195-204.

JORGE, Pessoa, *Ensaio* sobre os *pressupostos da responsabilidade civil,* Almedina, Coimbra, 1999.

KÖTZ, "Haftung für besondere Gefahr", *Archiv für die Civilistische Praxis*, 170, 1970, pp. 1-41.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, «L'evolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 86, 1987, pp. 2-27.

LEITÃO, Adelaide Menezes, "Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de proteção", *Revista de Direito das Sociedades*, 3, 2009, pp. 647-679.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das obrigações*, II, Almedina, Coimbra, 2002.

LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, II, artigo 809º, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1986.

LOURENÇO, Paula Meira, *A função punitiva*, *da responsabilidade civil*, Lisboa, 2001.

MAZEAUD, Henri, «La faute objective et la responsabilité sans faute», *Recueil Dalloz*, année 1985, pp. 3-35.

MELLO, Alberto de Sá e, "Critérios de apreciação da culpa na responsabilidade civil (Breve anotação ao regime do código)", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, 1989, pp. 519-542.

MOOR, J. H., "The nature, importance and difficulty of machine ethics", *IEEE Intelligent systems* 21, no. 4, 2006, pp. 18-24.

MONTEIRO, António Pinto *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003.

NOORMAN, *Mind the gap: a critique of human/Technology analogies in artificial agents Discourse*, Maastricht, Maastricht Universitaire Press, 2008.

NOORMAN, Merel, "Computing and moral responsibility", *Standford Encyclopedia of Philosophy*, July 18, 2012 (reviewed in 16th February 2018).

PANTALEÓN, Fernando, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual También la de las Administraciones públicas)", *La responsabilidad en el derecho, Anuário de la Faculdade de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 4, 2000.

PINTO, C. A. Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Gestlegal, Coimbra, 2021.

POWERS, "On the moral agency of computers", *Topoi*, 32, n. 3, 2013, pp. 227-236.

PRATA, Ana, *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*, Almedina, Coimbra, 2005.

PROENÇA, Brandão, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Coimbra: Almedina, 1997.

RAISER, Thomas, "Kenntnis und Kennenmüssen von Unternehmen", *Festschrift für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000: Rechtsanwalt und Notar im Wirtschaftsleben*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2000, pp. 561-578.

RICHARDI, R., "Die Wissensvertretung", *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 5/6, 1969, pp. 385-398.

SCHLOBACH, Klaus, *Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes,* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003.

SERRA, Adriano Vaz, "Responsabilidade contratual e extracontratual", *Boletim do Ministério da Justiça*, 85, 1959, pp. 115-208.

SERRA, Adriano Vaz, "Cláusulas modificadoras da responsabilidade. obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros", *Boletim do Ministério da Justiça*, 79, 1958, pp. 105-198.

SERRA, Adriano Vaz, "Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção", *Boletim do Ministério da Justiça*, 84, 1959, pp. 5-301.

SERRA, Catarina, "A responsabilidade social das empresas: sinais de um instrumento jurídico iminente", *Questões Laborais*, ano 12, n.º 25, 2005, pp. 46-62.

SPARROW, R., "Killer robots", *Journal of Applied Philosophy*, 24, n. 1, 2007, pp. 62-77.

STOLL, Hans, "Die Reduktionsklausel im Schadensrecht aus rechtsvergleichender Sicht", *Rabels Zeitschrift* für *ausländisches und internationales Privatrecht* 34, 1979, pp. 481-497.

SULLINS, John P., "When is a robot a moral agent?", *International Review of Information Ethics*, 6, no. 12, 2006, pp. 23-29.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003.

WERNER, "Zum problema der Begrenzung der Haftung für schuldhaft verursachte Schäden", *Juristiche Rundschau*, 1960.

Sobre a tutela das expectativas legítimas: diferenciações e requisitos

Manuel Carneiro da Frada* **

Sumário

1. O lugar da protecção das expectativas no sistema jurídico; 2. Representações de factos (presentes ou passados) vs. representações de condutas futuras; 3. A especial necessidade de fundamentação de uma tutela das expectativas em condutas futuras de outrem; a convocabilidade das regras de interpretação negocial; 4. Representações de factos; o ónus da autoinformação inerente à autonomia privada de cada um; o quadrante do erro como possível referente; 5. Os deveres de esclarecimento como critério das expectativas legítimas; 6. (cont.): a função dos deveres de esclarecimento, a responsabilidade pré-contratual e o dever de não contratar a não ser informando; 7. Dever(es) de falar e dever de verdade; 8. Expectativas médias e expectativas especiais; 9. Representações jurídicas e representações relativas a factos materiais; 10. O investimento de confiança como requisito; a responsabilidade por actos e por palavras.

1. Temos insistido na inviabilidade de construir o sistema jurídico sobre a ideia da necessidade de tutelar expectativas, desse modo contrariando o que constituiria uma excessiva expansão do pensamento da tutela da confiança: não só porque assim se deixaria, logo num plano geral, de vincular o Direito a uma concepção material da Justiça – substituindo a objectividade que dela se pretende por um conjunto diversificado de subjectividades –, como também porque deixaria de haver um critério para a ponderação das expectativas perante outras necessidades humanas e, no final de contas ainda, para dirimir inevitáveis conflitos de expectativas.

Parece, assim, claro que à tutela das expectativas pertence apenas um papel complementar na realização da Justiça pelo Direito. E que também

* Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
Por opção do autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

** O texto sintetiza uma comunicação nossa nos Católica Talks, em 26.4.2023, tendo sido acrescentado de algumas notas, tão só para referenciar minimamente os pontos de vista que então expressamos.

essa tutela, sensibilidades à parte, terá de seguir regras e princípios objectivos de justiça.

Não é, portanto, de estranhar que na própria responsabilidade civil, o papel da protecção das expectativas se apresente secundário. Afinal, considerando as suas modalidades principais – delitual e obrigacional –, o pensamento da tutela da confiança não assume senão um papel marginal na construção do juízo de responsabilidade.

Entre os requisitos que, de uma perspectiva "macroscópica", se podem apresentar para a protecção da confiança – destinados a uma orientação geral do intérprete-aplicador aí onde tenha de proceder a uma concretização de cláusulas gerais ou haja de operar *praeter legem* (se não proceder a uma tutela das expectativas, por forma a evitar a incongruência de uma decisão com os valores do sistema jurídico e uma denegação da justiça devida) – figura habitualmente a exigência de expectativas "justificadas"[1].

Noutras ocasiões dedicamos a nossa atenção, sobretudo, a fundamentar e a perfilar, nos seus traços mais gerais, a responsabilidade pela confiança na nossa ordem jurídica. É altura de dedicarmos algumas reflexões mais à questão de saber quando é que nos deparamos com "expectativas legítimas", susceptíveis de merecerem a tutela do Direito.

2. Pensamos que convirá, para o efeito, destrinçar dois tipos de expectativas: as que correspondem a representações de factos presentes ou passados – sejam eles materiais ou jurídicos –, e aquelas que se referem a uma certa conduta alheia futura.

Trata-se de uma dualidade que perpassa toda a temática da protecção da confiança: sirva de exemplo a procuração aparente e o *venire*, ou a protecção de terceiros de boa fé perante a invalidade do negócio e a responsabilidade por ruptura das negociações: ali como aqui, está em causa, ou a representação de um facto jurídico, ou a representação de uma certa continuidade ou congruência da conduta alheia futura relativamente ao que o presente/passado mostra.

---

[1] Desenvolvemo-lo em CARNEIRO DA FRADA (2003), especialmente a pp. 584 ss., dando uma interpretação diferente a alguns desses requisitos relativamente à da doutrina mais comum (e aí referenciada), de harmonia com o enquadramento dogmático que propusemos para a responsabilidade pela confiança.

Ora, consoante o tipo de representação, assim os elementos jurídico-normativos a considerar para uma resposta à questão de saber se são atendíveis e se podem ou não merecer protecção.

3. As expectativas relativas a uma conduta futura de outrem serão, em princípio, irrelevantes se o sujeito se não comprometeu negocialmente a adoptá-la perante quem as desenvolveu.

Não há um dever geral de corresponder às expectativas, nem de coerência ou continuidade do sujeito com uma conduta transacta por ele adoptada. Trata-se de um corolário da autonomia privada e da liberdade pessoal. (A ausência de proibições ou adstrições constitui um critério teórico-metodológico em direito privado).

O *venire contra factum proprium*, ou a *suppressio/surrectio*, seja enquanto formas de preclusão do exercício de uma posição jurídica, seja – tal qual defendemos – enquanto fonte possível de uma responsabilidade civil (mas) por factos lícitos (para compensar a perda do investimento de confiança, e alicerçada numa imputação a outrem da criação/defraudação das expectativas numa certa conduta própria, por culpa ou risco), requerem, pois, uma especial justificação[2].

Na origem importa saber se a expectativa de alguém na continuidade da conduta de outro é legítima. Aqui podem servir de critério os cânones da interpretação negocial. O *factum proprium* interpretando, causador da confiança alheia, não constitui, por certo, um acto de comunicação intencional, mas nem por isso deixa de convocar um horizonte humano de "sentido", susceptível de ser apreendido e interpretado por outros. Os arts. 236 e segs. do Código Civil evidenciam um conjunto de directrizes gerais aplicáveis, *mutatis mutandis*, à identificação, não só do sentido das declarações negociais, mas também das expectativas razoáveis dos sujeitos acerca da conduta futura de outrem.

4. Já as representações de factos obedecem a ponderações diferentes.

Há um ónus de auto-informação que impende sobre cada um, constituindo pois as falsas percepções da realidade (jurídica ou não) um risco da autonomia privada de cada um. A essa autonomia é inerente o

[2] Cfr. CARNEIRO DA FRADA (2003), pp. 395 ss., num entendimento diferente do dominante.

pensamento da (auto-)responsabilidade. Assim, há um princípio de auto-responsabilidade informativa que conduz ao ónus do esclarecimento e da indagação próprios.

Mas ele não é ilimitado. Para responder à questão de saber quando é que uma representação é legítima para efeito de poder justificar uma protecção, pensamos que o quadrante jurídico-normativo do erro constituirá um referente importante[3].

As diversas modalidades do erro (na declaração ou nos motivos, sobre a pessoa do declaratário, o objecto ou a base do negócio, erros de facto e erros de direito) indicam, na realidade, outras tantas formas de impacto das representações na interacção dos sujeitos, transponíveis, com adaptações, para lá do âmbito das declarações *stricto sensu* negociais, a outras interacções dos sujeitos no tráfico jurídico.

Alguns requisitos de relevância do erro de quem emite uma declaração negocial são, *v.g.*, extensíveis ao plano da atendibilidade das representações dos sujeitos. Assim, tal como no regime do erro, requer-se, para o efeito, a essencialidade e a causalidade da representação (relativamente a um certo investimento de confiança por ele levado a cabo). Já a desculpabilidade (como requisito de uma expectativa legítima), embora não seja um requisito da protecção daquele que, em erro, emite uma declaração negocial, requer um juízo de ponderação: ela afirma-se tanto mais facilmente quanto mais intensa for a imputação da criação/concitação da representação e da sua frustração por outrem (aquele contra o qual operará então a protecção da confiança). O sistema de protecção da confiança – mais uma vez se mostra, e de forma eloquente – é móvel: os seus requisitos são móveis, não apresentando sempre a mesma intensidade entre eles e podendo compensar-se a falta de força de uns com o vigor de outros.

Mas aquilo que exclui a relevância do erro excluirá, em princípio, a relevância das expectativas. Assim, se o sujeito não conhecer ou não dever conhecer a essencialidade das representações de outrem para o efeito de este se decidir a um certo comportamento (cfr. o disposto nos arts. 247 e 251), não arcará, em princípio, com as consequências, para ele, da adopção dessa conduta.

---

[3] Canaris, incontornável na matéria que nos ocupa, procurou sempre extremar com rigor o campo da tutela da confiança do dos efeitos jurídico-negociais, mas apontou igualmente similitudes e paralelismos em diversos domínios. Veja-se, com grande desenvolvimento, CANARIS (1971), pp. 411 ss., com síntese a pp. 428 ss.

Daí não se segue, contudo, de modo algum, que onde houvesse hipoteticamente relevância do erro (emitida que fosse uma declaração negocial), haja protecção das expectativas: afinal, ainda quando o sujeito conheça ou não deva ignorar a essencialidade, para o declarante do elemento sobre que incidiu o erro, no plano da tutela da confiança, se não foi ele quem causou essas expectativas, não responde por elas. O sistema de protecção da confiança não pode deixar de ser muito mais limitado do que a autonomia privada negocial. Como dissemos, a autonomia privada implica que, fora do espaço de vinculação negocial, o sujeito tenha por princípio toda a liberdade de se conduzir como quiser, ainda que defraudando expectativas alheias.

Mas pode haver expectativas comuns das partes de um negócio sobre circunstâncias, fácticas ou jurídicas, relativas à base do seu negócio. Estas tenderão a ser relevantes nos termos do art. 252.º/2. Referindo-se essas expectativas a factos futuros, será o art. 437.º/1 a proporcionar critérios de atendibilidade. É o quadrante dogmático da base do negócio subjectiva e/ou da pressuposição "windscheidiana".

Já as falsas representações da realidade jurídica, tal como o erro-de-direito, tenderão a ser irrelevantes se o erro não foi provocado pela contraparte ou não tiver origem numa circunstância da sua esfera jurídica (de que haja esta de suportar o risco). Do mesmo modo que as expectativas relativas a factos não jurídicos unilateralmente desenvolvidas, só a sua imputação a outrem (em dupla via, como seu causador e frustrador) permitirá em princípio a sua consideração. De qualquer modo, de harmonia com o regime do dolo, se a representação é causada por uma mentira ou dissimulação, ela deve considerar-se justificada e torna-se atendível.

Em tudo, há que evitar contradições valorativas com o regime do negócio jurídico.

5. As expectativas serão certamente legítimas quando um dever de esclarecimento se apresenta violado. A nossa ordem jurídica consagra uma miríade de deveres específicos de esclarecimento, em diversos domínios importantes; sirva de exemplo a relação bancária ou de intermediação financeira. Há mesmo sectores inteiros do ordenamento, como o direito dos valores mobiliários e o direito do consumo, que se pode dizer terem-se desenvolvido desde a origem sob a égide desses deveres. As expectativas criadas ou mantidas em virtude do inadimplemento de tais adstrições apresentam-se justificadas, havendo a sua frustração de ser suportada por aquele a quem incumbia a respectiva observância.

Delicada é, naturalmente, a construção de deveres de informação pelo intérprete-aplicador, *praeter legem* ou na concretização de cláusulas gerais: pois o reconhecimento de tais deveres desloca a fronteira do princípio da auto-informação, onerando a autonomia privada de outrem (e a regra no direito civil é a da liberdade e da auto-responsabilidade). De um modo muito geral, a sua afirmação depende da vulnerabilidade do sujeito carecente de informação, da susceptibilidade de a prestar sem excesso de sacrifício por outro, e da exigibilidade dessa mesma prestação a outrem.

O último requisito é o decisivo e o mais complexo. Não é suficiente o desnível de conhecimento entre o profissional e o leigo, o especialista e a pessoa comum. Releva a importância do negócio para o sujeito e a ligação deste à satisfação das suas necessidades. Ele é tanto mais fácil de justificar o dever quanto mais básicas forem essas mesmas necessidades (que o negócio visa satisfazer). Uma coloração menos individualista e mais solidarística do direito civil certamente o facilitará.

6. Apesar de a violação de um dever de esclarecimento poder desencadear uma protecção de expectativas legítimas – designadamente na forma de uma responsabilidade pura pela confiança –, em si mesmo o dever de esclarecimento não visa acautelar expectativas, mas, ao contrário, evitar que expectativas infundadas venham a surgir ou se mantenham[4]. Apresenta, pois, uma direcção na realidade oposta à da protecção da confiança existente: dirige-se a destruir expectativas ou a impedir a sua formação (assim, patentemente, o dever pré-contratual de evitar a confiança infundada de outrem na celebração de um contrato)[5].

Em consonância, o dever de informar na fase preambular do contrato visa, no essencial, proporcionar a cada um uma decisão esclarecida e livre, liberta da ilusão de expectativas infundadas. Não está propriamente em causa acautelar ou realizar a justiça do negócio em si. A decisão, se esclarecida (e livre), é respeitada, ainda que infeliz ou imprudente. É claro, nesse sentido, o teor do art. 312.º do CVM: proporcionar uma decisão esclarecida e livre.

---

[4] Sobre a específica natureza da responsabilidade pela confiança, capaz de conviver com uma responsabilidade pela violação de deveres, cfr. CARNEIRO DA FRADA (2003), esp. pp. 618 ss., 626 ss. (distinguindo os dois modelos de responsabilidade, que têm, naturalmente, referentes distintos: um a violação do dever, o outro a criação/manutenção de uma confiança alheia, precisamente por não acatamento do dever).

[5] Cfr., de novo CARNEIRO DA FRADA (2003), pp. 466 ss., 468 ss., 480 ss., 502 ss. (mais uma vez em divergência com a doutrina dominante aí referenciada).

Por isso, a reparação em espécie no caso de *culpa in contrahendo* não tem propriamente em vista a justiça do contrato. A responsabilidade pré-contratual cobre antes o dano da desconformidade entre a situação actual do sujeito e aquela em que (hipoteticamente) ele estaria se a sua decisão tivesse sido precedida do devido esclarecimento, seja o contrato equilibrado ou não.

Pergunta sensível é a de saber se há algum dever de não celebrar o negócio em caso de violação do dever de informação; se este dever de informar se pode convolar, ou implica um dever de não contratar sem informação: especialmente quando o contrato sobre o qual se não prestou a informação devida se apresenta desiquilibrado. A resposta depende de a informação a prestar ser essencial face ao tipo de contrato em causa e aos interesses do sujeito perante a contraparte no contrato[6]. Se assim for, certamente que esta fica vinculada a não o celebrar (a não ser esclarecendo, isto é, disponibilizando essa informação).

7. Mas importa distinguir bem deveres de esclarecimento – isto é, o dever de falar – do dever de verdade[7].

O primeiro é mais amplo do que o segundo. Quem decide falar, deve falar verdade, ainda que não tenha qualquer dever de informar. É um corolário da "veracidade" que o Direito exige de quem participa no tráfico jurídico (e que pode, apesar de tudo, errar: por isso o dever de verdade é, antes de mais, um dever de veracidade).

Dada a presunção de verdade (melhor, de veracidade) que subjaz a qualquer acto comunicacional (como condição necessária da própria comunicação humana, que tem inerente uma pretensão de credibilidade), perante a afirmação de um sujeito não há, em princípio, um ónus de auto-informação (como ónus de confirmação da verdade do que se comunica).

Esse ónus também não existe, como sabemos, quando se verifica um dever de esclarecimento. Contudo, o dever de esclarecimento, quando não especificamente estabelecido por lei, carece de ser justificado (designadamente como concretização de uma cláusula geral: pense-se na *culpa in contrahendo* e no art. 227.º/1). Diferentemente, se há uma comunicação, o dever de verdade apura-se imediatamente perante o conteúdo produzido.

---

[6] Abordamos essa questão em Carneiro da Frada (2021), pp. 95 ss.

[7] Cfr. Carneiro da Frada (2003), pp. 468 ss.

A falta de veracidade na comunicação gera facilmente uma responsabilidade pela confiança. À partida serão de considerar legítimas as expectativas de quem acreditou no que lhe foi dito. Se há uma falta (consciente) de veracidade, a responsabilidade do sujeito impõe-se e justifica-se facilmente. Tal é o que decorre do regime do dolo, da reserva mental e da simulação, cujas valorações são transponíveis para a tutela da confiança.

O Direito está pensado, como muitas vezes temos observado, para "pessoas de bem"; pessoas que hão-de poder, por isso que o são ou devem ser, merecer o crédito dos demais e, desse modo, proporcionar o "fiar-se" nos outros. Daí decorre que não há, em princípio, culpa do lesado quando alguém acredita no que lhe foi dito: o art. 570.º não é convocável para diminuir ou excluir a responsabilidade de quem comunica perante aquele que nele confiou.

Por análoga razão, é inexigível, como se conclui do disposto no art. 260.º, a comprovação, pelo terceiro que contrata com um representante, dos poderes de quem se arroga legitimidade para o efeito (para efeito de uma tutela perante a falta ou o abuso de poderes de representação).

8. Na falta de indicação diferente – de conhecimento positivo comprovado, por parte daquele que se convoca para assumir as consequências da defraudação das expectativas de outrem, de representações particulares de alguém –, só as representações conformes com os padrões da normalidade dos sujeitos são atendíveis.

É igualmente nesse sentido que depõem os regimes da venda de bens onerados e da venda de coisas defeituosas em matéria de responsabilidade pelo "dano de confiança". Há que atender na falta de outra indicação, respectivamente, aos "limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria", assim como às qualidades médias requeridas pela função que a coisa vendida normalmente desempenha: o que ainda seja compatível com estes, ainda que contrariando as expectativas do comprador, não é relevante (cfr. os arts. 905.º e 913.º/1 e 2)[8].

As expectativas médias, normais, são as que mais facilmente concitam a protecção do ordenamento. Representações particulares requererão uma

[8] Cfr CARNEIRO DA FRADA (2003), pp. 662 ss. (abordando a integração na doutrina da confiança do também chamado "dano de confiança" ainda que proveniente da violação de deveres contratuais), e pp. 689-690.

justificação especial para serem atendidas. O direito civil apresenta-se também, desta forma, como o direito comum das pessoas comuns.

9. Dissemos que, segundo o Direito, devemos poder confiar no que dizemos uns aos outros. Mas os termos em que somos chamados a responder pelas expectativas que criamos, explícita ou implicitamente, são diferentes. A destrinça entre representações jurídicas e representações relativas a factos materiais é relevante[9].

Assim, na hipótese de representações relativas a certos factos jurídicos, a lei prescinde da culpa como critério da imputação da confiança e da sua defraudação em certas hipóteses nas quais o risco de uma representação errónea advém de uma certa esfera jurídica, inacessível ou mais difícil de controlar pelo parceiro negocial do que pelo seu titular: veja-se, na venda de bens alheios e da venda de bens onerados, o estatuído, em benefício do comprador, nos arts. 899.º e 909.º, em contraste com o disposto na venda de coisas defeituosas, no art. 915.º, para o caso de tutela do comprador contra vícios materiais da coisa: há uma responsabilidade do vendedor de coisa alheia, ou de um bem onerado, ainda que sem culpa, pois a falta de legitimidade para a venda ou a existência de um ónus ou limitação que exceda os limites normais dos direitos da mesma categoria não é facilmente detectável por terceiro e contraria o sentido implícito com que o sujeito se apresenta a negociar.

10. Uma última observação: por muito que se apresentem como justificadas e legítimas, as expectativas só são de proteger na medida das consequências que possa produzir a sua frustração. A esse desiderato responde ordinariamente, no sistema de requisitos da protecção da confiança, a necessidade de um investimento de confiança.

Ora, compreende-se que num sistema assente no reconhecimento da autonomia privada de cada um, se estão em causa meras expectativas de um sujeito numa conduta futura de outrem, o investimento de confiança haja de apresentar-se suficientemente significativo para justificar a oneração do sujeito com uma obrigação de lhes corresponder ou de responder pelos danos decorrentes da sua frustração: afinal de contas, a

[9] Cfr. Canaris (1971), cuja distinção seguimos em Carneiro da Frada (2003), pp. 748-749.

responsabilidade pela confiança corresponde a um *ius aequum*, que surge em virtude de um comportamento que era livre e que a ordem jurídica, à partida, lhe permitia.

Como também se compreende que, precisamente em virtude da liberdade que assiste aos sujeitos, a tutela das expectativas legítimas tenha de dar prevalência a soluções indemnizatórias-compensatórias. A inibição/prevenção de um comportamento defraudador de confiança constituirá, portanto, uma *ultima ratio*, dada a restrição máxima que uma proibição ou adstrição de comportamento implica para a autonomia privada (por isso que a elimina, e não apenas a onera).

Diferentemente nas representações do sujeito fundadas em declarações de outrem. Na vida jurídica, deve poder acreditar-se naquilo que outros dizem. E cada um, se é responsável, há-de poder contar com que outros acreditem nas suas palavras e se guiem por elas. Veja-se, significativamente, o disposto em sede de responsabilidade por declarações não sérias (no art. 245.º/2). O investimento de confiança do declaratário não terá também de ser significativo: tendencialmente poderá apresentar-se menor. No limite, poderá mesmo ser dispensado: veja-se a tutela de que aufere a contraparte num negócio celebrado por representante sem poderes, que não depende de qualquer investimento de confiança (cfr. o art. 268.º/4 e o art. 269.º): a ordem jurídica assegura assim uma protecção abstracta, independente das disposições de confiança de cada um, favorecendo a fiabilidade do tráfico negocial por sobre circunstâncias individualizadoras.

E também o espaço para a mitigação de uma responsabilidade pela confiança *ex vi* do art. 570 é menor do que estando em causa expectativas numa conduta futura do sujeito fundadas num comportamento não declarativo dele.

Compreende-se: na órbita dos negócios, no tráfico negocial, há actuações que conformam a vida dos demais, mesmo que não revistam a natureza de declarações negociais *stricto sensu*. As declarações dos sujeitos, mais do que os indícios sem intuito comunicacional que a experiência da vida e as suas circunstâncias possam revelar aos demais quanto a condutas futuras dos sujeitos, têm aí um papel preponderante. Qualquer sociedade carece de proteger de modo mais eficaz o sistema de comunicação humano, assegurando a credibilidade dos conteúdos que nele são produzidos para uma adequada coordenação de condutas.

Como se entende que essa protecção do sistema de comunicação seja prosseguida muitas vezes de modo generalizador, tornando a protecção das expectativas nas declarações independente (ou menos dependente)

do volume do investimento de confiança. O valor da palavra tenderá a ser o mesmo, não variando em função do nível do investimento.

Actos e palavras são, portanto, distintos, como referentes das expectativas: a tutela do confiante reflecti-lo-á também[10].

Bibliografia

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Beck, München, 1971 (reimpr. Nendeln 1981).

CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel, "A responsabilidade dos intermediários financeiros por informação deficitária ou falta de adequação dos instrumentos financeiros", in Carneiro da Frada, Manuel, *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, Lisboa, 2021, pp. 95-106.

[10] Abordamos essa distinção em CARNEIRO DA FRADA (2003), pp. 610 ss., pp. 647 ss., e pp. 741 ss.

Pobreza: Conceito, Mitos e Remédios*

Maria d'Oliveira Martins**

Sumário:

Introdução; 1. Conceito; a) Pobreza em Portugal; b) Conceito absoluto e conceito relativo de pobreza; 2. Mitos; a) Os pobres são culpados pela sua situação?; b) Os pobres aproveitam-se do assistencialismo, usando de todos os esquemas e artifícios para obter subsídios, esgotando as verbas disponíveis?; c) Os pobres não pagam impostos nem contribuem para o bem comum?; d) Quem vive com o Rendimento Social de Inserção vive bem? 3. Remédios; a) A Segurança Social num contexto pós-social; b) A criminalização da mendicância: uma nova tendência; c) A necessidade do desenvolvimento de um novo Direito da pobreza, concebido como um Direito de Compaixão

Introdução

Esta apresentação vai ser dividida em três partes.

A primeira procurando caracterizar o fenómeno da pobreza.

A segunda visa desmistificar algumas ideias feitas sobre a pobreza, partindo do conceito de *aporofobia*, desenvolvido por Adela Cortina.

A terceira parte versará sobre os remédios que são oferecidos para resolver o problema da pobreza, para no final, se procurar esboçar uma proposta de reforma do Direito da Pobreza, de forma que se converta num Direito da Compaixão. .

---

* Este texto corresponde à conferência que foi proferida no dia 16 de maio de 2023, no âmbito das *Católica Talks*, incorporando já algumas reflexões suscitadas pelos comentários críticos que foram feitos pela Professora Maria da Glória Garcia, a quem muito agradeço. As suas generosas considerações – tanto na preparação da conferência, como no papel de comentadora crítica – foram muito úteis e contribuíram para um enriquecimento da reflexão que neste momento ainda não está fechada. Faz parte de um projeto que terá continuação em trabalhos futuros.

** Professora Auxiliar na Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (https://orcid.org/0000-0003-2352-2736).

1. Conceito

a. Pobreza em Portugal

De acordo com os dados da Pordata, em 2021, 43,3% da população portuguesa seria considerada pobre, se não houvesse lugar a apoios sociais fornecidos pela Segurança Social. Este número cai significativamente se considerarmos esses mesmos apoios. Para o mesmo ano, a taxa de risco de pobreza desce significativamente para 16,4%, quando se consideram as pensões e outros apoios sociais.

Descendo ao concreto, a partir da perspetiva fornecida pelo Relatório de 2022 "Pobreza e Exclusão Social em Portugal", dizer em 2021 que uma pessoa vivia em situação de pobreza significava dizer que vivia com menos de 554,42 euros mensais. "Em 2021 viviam em Portugal 2312 mil pessoas em risco de pobreza ou exclusão social [o que corresponde a cerca de 23% da população nacional]. Desta população, 1893 mil pessoas [18% da população] tiveram, em 2020, um rendimento disponível por adulto equivalente inferior a 554,42 €/mês e cerca de 775 mil pessoas viviam com um rendimento mensal inferior a 369,67 €"[1].

Dentre a população que se encontrava em risco de pobreza, 5,9% da população em Portugal (ou seja, cerca de 590 000 pessoas) não tinha capacidade financeira para ter uma refeição de carne ou peixe (ou equivalente vegetariano) pelo menos de dois em dois dias.

Neste mesmo ano, registou-se, em relação a 776 mil pessoas que viviam acima do limiar de pobreza, "uma proximidade perigosa a este risco", com um rendimento disponível inferior a 646,83 € mensais por adulto equivalente[2].

Em Portugal, estão bem identificados os grupos com maior risco de pobreza ou exclusão social

– "as mulheres (23,5%) comparativamente com os homens (21,2%);

– os agregados familiares constituídos por um adulto com crianças dependentes (38,2%), por dois adultos com três ou mais crianças dependentes (33,2%) ou por um adulto isolado com 65 anos ou mais (32,5%) comparativamente com as famílias compostas por dois adultos com duas (13,1%) ou com apenas uma (15,1%) criança dependente ou as famílias de três ou mais adultos sem crianças dependentes (16,3%);

---

[1] Observatório Nacional de Luta contra a Pobreza (2022), p. 9.

[2] Observatório Nacional de Luta contra a Pobreza (2022), p. 8.

– as pessoas que se encontram fora do mercado de trabalho (33%), com destaque para os desempregados (60,4%), comparativamente com as que estão em emprego (13,4%);

– as pessoas com níveis de escolaridade até ao ensino básico (30,4%) comparativamente com as que têm ensino superior (8,7%);

– os estrangeiros extracomunitários (37,4%) comparativamente com a população portuguesa (22,1%);

– os arrendatários a preço reduzido ou gratuito (34,1%) ou a preço de mercado (30,9%) comparativamente com os proprietários sem hipoteca/crédito habitação (24,1%) ou com hipoteca/crédito (14,7%);

– a população das zonas pouco povoadas (29,9%) comparativamente com a população das áreas densamente povoadas (19,6%)"[3].

Em termos de faixa etária, aquela que apresenta o maior risco de pobreza é aquela que se encontra entre os 55 e os 64 anos, uma vez que nela se encontra uma maior proporção de trabalhadores com baixos níveis de escolaridade e que, em situação de desemprego, têm maior dificuldade em regressar ao mercado de trabalho. É de ressaltar que "47,6% dos desempregados à procura de novo emprego com idade compreendida entre 55 e 74 anos não recebiam subsídio de desemprego, sendo o grupo etário com maior proporção de desempregados sem subsídio de desemprego"[4].

Não obstante o risco de pobreza parecer circunscrito a 23,12% da população, os dados sobre a pobreza mostram-nos uma realidade preocupante em Portugal, uma vez temos uma parte significativa da população em situação de vulnerabilidade. Note-se, exemplificativamente, que em 2021, "31,1% não tinha capacidade para assegurar o pagamento imediato de uma despesa inesperada de cerca de 540 € sem recorrer a empréstimo" e "16,4% da população em Portugal não tinha capacidade financeira para manter a casa adequadamente aquecida"[5].

b. Conceito absoluto e conceito relativo de pobreza

Para se compreender como se chega a estes números e estas percentagens, é preciso explicar o conceito de pobreza de que se parte. Podemos dizer em abstrato que pobreza corresponde à impossibilidade de atingir

---

[3] Observatório Nacional de Luta contra a Pobreza (2022), pp. 16 e 17.

[4] Observatório Nacional de Luta contra a Pobreza (2022), p. 19.

[5] Observatório Nacional de Luta contra a Pobreza (2022), pp. 7 e 8.

um certo nível de bem-estar[6]. Esta definição é, porém, vaga demais para poder ser operacionalizada.

Em Portugal, o conceito para efeitos estatísticos usado para medir o risco de pobreza é um conceito relativo. Isto significa que o limiar de pobreza se baseia numa linha imaginária traçada no valor correspondente a 60% da mediana do rendimento auferido por cada adulto. De todos aqueles que se encontram abaixo dessa linha, diz-se que se encontram abaixo do limiar de pobreza. Diz-se que este conceito é relativo na medida em que apenas permite aferir da situação de pobreza por comparação com a situação dos demais concidadãos.

O conceito de pobreza que usamos em Portugal não é, todavia, o mesmo que se usa noutros países. Cada país, cada organização tem os seus conceitos para aferir da pobreza, o que torna difícil comparar as situações de pobreza identificadas.

Para se estudar a pobreza podem ser usados conceitos absolutos ou relativos de pobreza.

O primeiro conceito a ser formulado nos estudos sobre a pobreza foi absoluto. Este foi desenhado pela mão de Seehohm Rowtree na sua obra *Poverty – A study of Town Life*, de 1901. O conceito de Rowtree media a pobreza a partir dos preços de um cabaz de bens e serviços considerados como essenciais para a existência física de uma pessoa (alimentação, alojamento e artigos domésticos).

Hoje o conceito absoluto de pobreza continua a ser desenvolvido, embora com maior intensidade nos estudos sobre a pobreza dos países em desenvolvimento. O Banco Mundial, por exemplo, usa um conceito absoluto desde 1990, sendo tomado como referência desde então. De acordo com o critério do Banco Mundial formulado em 1990, seriam considerados pobres aqueles que vivessem com menos de 1 dólar por dia. Este critério tornou-se a base do Objetivo do Desenvolvimento do Milénio de 2015. O valor de 1 dólar por dia tem sido atualizado ao longo dos anos. Hoje, considera-se, para efeitos de aplicação do critério do Banco Mundial, o valor de 2,15 dólares diários para aferição da situação

[6] Estamos, portanto, longe da mera associação da pobreza à fome: "A poor person was essentially defined as someone without enough to eat. It is no suprise, therefore, that a large part of government's effort to help the poor is posited on the idea that the poor desperately need food, and that quantity matters" – Abhijit V. Banerjee e Esther Duflo – *The Poor Economics*.

de pobreza. Este é o valor de referência tomado em consideração no ODS relativo à Erradicação da Pobreza da ONU[7].

Diferentemente, o conceito relativo remonta apenas ao último quartel do século XX. O primeiro autor a sugeri-lo foi Peter Townsend no seu estudo *Poverty in the United Kingdom: a Survey of Household Resources and Standards of Living*, de 1979 (e depois, na sua senda: *Poor Britain* de Mark e Lansley, em 1985; *Breadline Britain in the 1990's* de Gordon e Pantazis, em 1997). A ideia subjacente à adoção de um conceito relativo de pobreza seria a de que esta não pode ser medida apenas de forma absoluta, uma vez que a sua identificação também não pode deixar de estar dependente do contexto socioeconómico em que se vive. De acordo com o critério relativo, a pobreza calcula-se, pois, olhando ao rendimento de cada indivíduo ou família, confrontando-o com o dos demais residentes no mesmo país. A grande vantagem deste critério é o de permitir abranger no cômputo das necessidades essenciais as que resultam do contexto social em que se vive.

As vantagens da adoção de um conceito são as desvantagens do outro. Vejamos.

A opção por conceito absoluto de pobreza permite, por um lado, destacar aquelas que podem ser as necessidades mais importantes para um indivíduo abstrato e perceber em que níveis de privação poderá alguém encontrar-se em relação ao cabaz de bens e serviços que as satisfaçam. Por outro, permite também uma comparação entre países, na medida em que oferece uma medida objetivamente verificável (embora se verifique alguma variação entre estas medidas[8]).

Em contrapartida, a adoção de um conceito absoluto ignora que as necessidades individuais podem variar de acordo com o país e a realidade em que se encontram. Sendo o conceito absoluto bom para identificação de situações de carência extrema, o mesmo não permite compreender a situação real em que as pessoas se encontram na sociedade em que se inserem, nem as carências que podem sentir por comparação com a situação de vida daqueles que as rodeiam. De acordo com a proposta de Ravallion, veja-se o exemplo da camisa de linho assinalada por Adam Smith:

---

[7] Conforme consta da meta 1.1 do ODS relativo à erradicação da pobreza (v. https://ods.pt/objectivos/1-erradicar-a-pobreza/).

[8] Ravallion (2010), p. 13.

> "A linen shirt, for example, is, strictly speaking, not a necessary of life. The Greeks and Romans lived, I suppose, very comfortably though they had no linen. But in the present times, through the greater part of Europe, a creditable day-labourer would be ashamed to appear in public without a linen shirt, the want of which would be supposed to denote that disgraceful degree of poverty which, it is presumed, nobody can well fall into without extreme bad conduct"[9].

A opção do Banco Mundial e da ONU por este conceito absoluto de pobreza tem-se prendido com a ideia de que a pobreza absoluta "pode provavelmente ser eliminada com um crescimento económico suficiente, que é um elemento-chave da estratégia do Banco Mundial para alcançar o seu «sonho de um mundo livre de pobreza»"[10].

A opção pelo conceito relativo de pobreza permite, por outro lado, responder às insuficiências do conceito absoluto, na medida em que qualifica os fenómenos de pobreza, situando a pessoa no tempo e espaço em que se encontra.

Não obstante, o conceito relativo é impeditivo de qualquer comparação internacional: o limiar de pobreza varia de país para país[11]. Por exemplo, se em Portugal o limiar da pobreza ronda os 550 euros mensais, em França ele ronda os 1128 euros mensais, atendendo a que os rendimentos são significativamente mais altos neste último país. O conceito relativo apresenta ainda outra desvantagem não despicienda: atendendo à possibilidade de variação dos rendimentos de ano para ano, o limiar de pobreza pode baixar ou aumentar artificialmente sem que nada melhore ou piore substancialmente na vida das pessoas, o que pode ser enganador.

Diferentemente do que sucede com a pobreza absoluta, a resolução da pobreza relativa não é apenas uma questão de crescimento económico, mas sim de mudanças na redistribuição de rendimento: "Os resultados da pobreza relativa dependem mais da forma como a distribuição do

---

[9] Adam Smith *apud* Ravallion (2010), p. 17.

[10] Ravallion (2010), p. 3.

[11] Just as richer countries tend to adopt more generous definitions of what it means to be "poor," richer people within a given country tend to have higher personal "poverty lines." Recognizing this fact explicitly leads to an interesting, and radically different, way of setting a national poverty line. This approach recognizes the inherent subjectivity and social specificity to any notion of "basic needs." It also recognizes that there are many non-market goods that can influence individual welfare, but the value of which is not evident in demand behaviour. – Ravallion (2010), p. 20.

rendimento se altera; de facto, argumenta-se por vezes que a pobreza relativa estará sempre entre nós e ouve-se frequentemente a citação bíblica acima referida em defesa desse ponto de vista"[12]. É por esta razão que grande parte dos países mais desenvolvidos preferem falar de pobreza de acordo com um critério relativo de pobreza. É afinal o conceito que lhes concede a melhor base para gizarem medidas que permitam melhorar a distribuição de rendimentos.

É esta divergência quanto ao modo de olhar para a pobreza que cria uma grande disparidade no que toca à definição da pobreza em cada país, fazendo parecer que os habitantes dos países mais pobres são necessariamente mais frugais: "Os limiares de pobreza nacionais variam enormemente em todo o mundo e revelam um acentuado desnível económico. Os 15 países mais pobres (em termos de consumo privado per capita) têm um limiar médio de 1,25 dólares por pessoa e por dia, enquanto a média é de 25 dólares por dia para os 15 países mais ricos"[13]. Mesmo entre os países da OCDE que optam pela utilização de um conceito relativo de pobreza, o limiar da mesma pode oscilar entre os 40% e os 60% – da média ou da mediana dos rendimentos[14].

Para além destas duas formas de medir o limiar da pobreza, o direito comparado mostra que é possível a combinação dos dois métodos, tendo em vista um apuramento mais rigoroso das situações de pobreza.

Na Europa, a Comissão Europeia definiu a utilização do conceito relativo de pobreza, identificando oficialmente como pobres todos os que se encontram abaixo da linha dos 60% da mediana do rendimento. Não obstante, são utilizados complementarmente outros critérios, como é o caso do cálculo do nível de privação material a partir de uma lista de doze *items* considerados essenciais (considerando-se pobre aquele que está privado de pelo menos quatro elementos da mesma: pagar a renda, manter a casa quente, fazer face a despesas inesperadas, comer carne ou peixe regularmente, ir de férias, ter um aparelho de televisão, ter máquina de lavar, ter carro, ter um telefone, ter uma casa sem infiltrações, paredes húmidas, ou pisos, fundações ou caixilhos das janelas apodrecidos, banheira ou duche em casa, e sanita com autoclismo para uso exclusivo do agregado familiar)[15].

---

[12] Ravallion (2010), p. 3.
[13] Ravallion (2010), p. 24.
[14] Ravallion (2010), p. 15.
[15] European Comission (2011), pp. 8 e 9.

Outros critérios que ajudam a medir o nível de pobreza prendem-se com a identificação de famílias que vivem sem emprego ou com aquilo que é designado como os orçamentos de referência (com base em cabazes de bens essenciais). Para além do limiar da pobreza, a União Europeia tem desenvolvido outros indicadores de pobreza[16], as suas Estatísticas de Rendimento e Condições de Vida (EU – SILC) com base nestes e noutros indicadores. É com base nestes dados que se faz a monitorização da coesão social na Europa.

Em Portugal, para além da adesão a um critério relativo de acordo com as indicações da União Europeia, a identificação das situações de carência económico-financeira também é definida a partir do Indexante de Apoios Sociais (IAS). Do IAS depende o acesso a uma série de prestações sociais: o valor das deduções de IRS, o recebimento do RSI, o recebimento do subsídio de desemprego ou a isenção das taxas moderadores.

Não obstante, em Portugal a atribuição de apoios sociais não depende apenas da verificação das condições – absolutas ou relativas – de uma pessoa. Esta depende de fatores alheios à identificação de carência, nomeadamente da verificação de uma situação de desemprego de caráter involuntário; da inscrição no Centro de Emprego; de residência legal em Portugal há mais de 6 anos; ou ainda de autorização para a Segurança Social para aceder a todas as informações relevantes para a avaliação da condição económica de quem requer os apoios.

2. Mitos

A sociedade desconfia dos mais pobres, sobretudo, dos que pedem nas ruas. Não é um medo recente. Pelo contrário, ele remonta a tempos antigos. Exemplos de preconceitos que a sociedade associa aos mais pobres. O mais antigo prende-se com a ideia de que os pobres vivem de esquemas para não trabalharem, porque são preguiçosos. A situação agrava-se quando os pobres são estrangeiros. Nesse caso, é comum pensar-se que vêm aproveitar-se dos nossos recursos e dos postos de trabalho que deveriam ser dos nacionais.

Adela Cortina analisa este preconceito e dá-lhe um nome concreto: *aporofobia*.

---

[16] Recentemente, houve uma tomada de consciência do valor da utilização de mais do que uma medida de pobreza em simultâneo – BRADSHAW (2001).

Segundo esta filósofa espanhola, *aporofobia* tem o significado de "rejeição, aversão, temor e desprezo ao pobre, ao desamparado que, ao menos aparentemente, não pode devolver nada em troca"[17]. A razão que esta autora apresenta para justificar esta aversão prende-se com a perceção de que os mais pobres são incapazes de "ter algo de interessante para dar em troca"[18], num mundo marcado pela lógica de dar e receber, pressupondo que o Estado apenas nos dará proteção se cumprirmos com os nossos deveres e responsabilidades. "É a fobia do pobre o que leva à rejeição às pessoas, raças e etnias que habitualmente não têm recursos e, portanto, não podem oferecer nada ou parecem não poder fazê-lo."[19]

Todavia, como vamos perceber, muitas das ideias feitas que temos em relação aos mais pobres, nada mais são do que isso: ideias feitas. Ideias feitas estas que devem ser combatidas, uma vez que assentam em equívocos.

Estes preconceitos dão origem, no mínimo, a um corte de vínculos interpessoais. Em casos extremos, a discursos de ódio e a violência (ainda que seja de denotar que a pobreza não vem referida no artigo 240.º do Código Penal) ou mesmo à prática de crimes contra os mais pobres: agressões físicas, tratamento vexatório e em certos casos até tentativas de homicídio[20].

Nas ruas, a fobia ao pobre traduz-se em arquitetura hostil, a qual é acriticamente aceite. A arquitetura hostil é caracterizada por elementos urbanos impeditivos de que pessoas sem-abrigo se possam sentar ou deitar no espaço público: pedras colocadas sob viadutos, grades em volta de canteiros ou sítios relvados, elementos pontiagudos firmados em vãos de estações de transporte público, goteiras estrategicamente posicionadas e programadas em sítios abertos debaixo de prédios, floreiras em frente a espaços comerciais, bancos de jardim divididos ou cortados a meio, bancos públicos com dimensões ou curvaturas que não permitem a uma pessoa deitar-se. Já para não falar de cercas elétricas ou arame farpado

[17] CORTINA (2020), Introdução.

[18] CORTINA (2020), Introdução.

[19] CORTINA (2020), Capítulo I

[20] Veja-se o chocante caso de 2022 de um sem-abrigo que foi queimado por transeunte (v. Notícia de 22.09.2022 – https://rr.sapo.pt/noticia/pais/2022/09/22/sem-abrigo-queimado-no-porto-instituicoes-chocadas-com-violencia-consideram-caso-alarmante/300732/).

que é estrategicamente posicionado para evitar invasões de certas áreas que pudessem ser consideradas de uso livre[21].

a. Os pobres são culpados pela sua situação?

O primeiro mito assenta na ideia de que os pobres são, de certa forma, culpados pela sua situação. Ele deriva da ideia antiga de que os pobres o são porque não trabalham.

Esta ideia vem de longe. Foi ela que inspirou as primeiríssimas leis dos pobres no século XIV, centradas, de certa forma, num dever de trabalhar.

Entre as primeiras leis nesse sentido contam-se, em Portugal, as Leis do Trabalho de D. Afonso IV de 1349 e a Lei das Sesmarias de D. Fernando 1375, que foram as nossas "leis dos pobres". Estas leis acabaram por servir "de matriz às leis Quinhentistas e Seiscentistas contra a mendicidade e a vagabundagem"[22]. Na Ordenação de 1349 já se lia que "os que não querem trabalhar devem ser açoitados e deitados fora da vila".

Recorde-se que estas leis surgiram num contexto histórico muito particular. Elas surgiram para responder aos problemas causados pela peste negra, a qual dizimou centenas de pessoas e gerou o aumento de salários (pelo cruzamento da crescente procura por trabalhadores e pela escassez dos mesmos) e inflação crescente.

Na Lei das Sesmarias, no mesmo sentido, proibia-se o ócio e a esmola aos pobres que fossem capazes de trabalhar, para que que "nenhuum no nosso senhorio nom viva sem mester ou sem obra de serviço e de proveito". A lei fundamentava o seu juízo, com o argumento, por um lado, de que isso contribui para o abandono dos "mesteres e obras de que husam e vam star e amdar com elles nom fazendo outro serviço nem outra obra de proveito". Para além disso, acrescentam "por que a vida dos homens nom deve seer ociosa e a smolla nom deve soer dada se nom aaquel que per ssij nom pode gaanhar nem merecer per serviço de seu corpo (…)". Para cumprir este desiderato, a lei previa a captura pelas autoridades e a condenação ao trabalho de todos os que pediam dinheiro, escusando-se assim de trabalhar.

---

[21] V. exemplos de arquitetura hostil em https://www.vivadecora.com.br/pro/arquitetura-hostil/.

[22] Abreu (2007), p. 97: "a lei de 1375 representa uma sistematização das medidas de combate à mendicidade e repressão dos pedintes apostando no trabalho compulsório como medida corretora dos desvios sociais que empurravam para ociosidade e vagabundagem".

Em Inglaterra, a Ordenance of Labourer (1379) cumpria o mesmo desiderato proibindo a esmola aos pedintes que estivessem em condições de trabalhar, caso aqueles tivessem menos de 60 anos.

O objetivo de leis como estas passava pela eliminação dos mendigos, como maneira de forçar as pessoas a trabalhar, aceitando salários inferiores àqueles que poderiam ser as suas expectativas. "Isso significava que qualquer pessoa que ainda não trabalhasse podia ser obrigada a trabalhar involuntariamente para quem quisesse o seu trabalho"[23]. Pensava-se que este seria o melhor incentivo para o aumento de mão de obra e o fomento do cultivo dos campos.

Embora subentendido nas leis do século XIV, o dever de trabalhar surge mais explicitamente nas leis século XV, com o reforço da condenação do ócio. Veja-se, a título exemplificativo, a condenação dos ociosos feita pela *Vagabonds and Beggars Act* inglesa de 1494 estabelecendo que "vagabundos, ociosos e suspeitos serão colocados nas reservas durante três dias e três noites e não terão outro sustento senão pão e água, e depois serão expulsos da cidade".

A condenação dos ociosos foi uma constante na legislação sobre a pobreza, conduzindo à distinção entre os pobres merecedores e não merecedores de ajuda, a qual em Inglaterra chegou a ser feita através do uso de um distintivo[24]. Distintivo este que deveria ser usado por todos os beneficiários de ajuda e pelas suas famílias. Olhava-se para o mesmo como desempenhando várias funções, destacando-se, do ponto de vista da comunidade em que os pobres se inseriam, duas: sensibilizar a comunidade para os pobres da sua comunidade e distinguir os pobres merecedores e não merecedores de ajuda e perceber os casos abusivos na distribuição das esmolas e fundos disponíveis (os que usavam distintivo eram aqueles que tinham passado por um controlo). Para além destas funções, este distintivo procurava ser também um incentivo a trabalhar:

---

[23] QUIGLEY (1997), pp. 5 a 7.

[24] "In order to make sure that relief «may not be misapplied and consumed by the idle, sturdy, and disorderly beggars,» all people who received poor relief, parents and children, were required to wear the letter «P» in red or blue cloth on the right shoulder of their uppermost garment. Refusal to wear the badge resulted in one of two types of punishment: a reduction or elimination of relief or imprisonment at hard labor up to twenty-one days. A fine of twenty shillings was punishment for giving relief to poor who were not wearing their badge. The badging part of the act was not repealed until 1810 and was apparently continued in some places even after repeal" – QUIGLEY (1997), p. 20.

estigmatizando quem o usasse permanentemente, esse distintivo acabava por pretender ser um incentivo a que as pessoas vivessem do seu trabalho ao invés de subsídios.

Não obstante este ser um entendimento antigo, a verdade é que hoje se sabe que a pobreza é um fenómeno bem mais complexo do que isso. A pobreza tem múltiplas causas que não se prendem com ócio.

Há situações de pobreza que não são controláveis. O melhor exemplo prende-se justamente com a situação em que se encontram muitos trabalhadores. Há efetivamente trabalhadores pobres. Atentemos novamente nas informações contidas no Relatório de 2022 "Pobreza e Exclusão Social em Portugal": "Do inquérito de 2021 sobressai a seguinte caracterização da população abaixo do limiar de pobreza: (…) 47,5% da população dos 18 aos 64 anos estava inserida no mercado de trabalho, sendo que 1/3 era composta por TCO [trabalhadores por conta de outrem]. Na população com 18 ou mais anos inserida no mercado de trabalho, 90,2% trabalhava a tempo inteiro".

Para além disso, há pobreza que deriva de desemprego involuntário (ex. quem fica desempregado dos 55 aos 64 anos tem muita dificuldade em encontrar novo emprego). Isto para não excluir outros casos de pobreza que em nada se prendem com o ócio: pessoas com deficiência, pessoas que ficaram presas a ciclos de pobreza e até casos psiquiátricos.

Ademais, como se pode ler no mesmo Relatório de 2022[25], os próprios perfis de pobreza apontam para a existência de grupos particularmente vulneráveis, sem que isso possa ser associado a pouca vontade de trabalhar (mulheres, agregados familiares com crianças dependentes, pessoas com níveis de escolaridade até ao ensino básico). As estatísticas mostram até que o sítio onde se vive também afeta a propensão para a pobreza. Qualquer uma destas circunstâncias afasta, portanto, a ideia de que basta esforço e trabalho para sair da pobreza. É mais complexo do que isso.

E mais: hoje sabe-se a pobreza tem manifestações físicas que podem impactar negativamente na saúde de quem a experiencia, sendo responsáveis pela perpetuação involuntária desta situação de pobreza, gerando ciclos de pobreza, dos quais não se sai apenas com força de vontade. Está hoje demonstrado que a pobreza altera o funcionamento do cérebro, provocando uma redução do desempenho de algumas funções executivas (diferenças estas que se juntam às já conhecidas diferenças de vocabulário, leitura e memória e que se verificam entre pessoas de diferentes

[25] Observatório Nacional de Luta contra a Pobreza (2022), p. 18.

estratos económicos)[26]. E esta alteração muitas vezes já se formou em período pré-escolar, tornando difícil reverter a situação apenas através da educação[27].

A pobreza e o *stress* que coloca sobre as pessoas "pode reduzir a superfície do cérebro, encurtar os telómeros [responsáveis pela proteção do material genético de cada célula] e o tempo de vida (…)"[28]. É até responsável pelo aumento das hipóteses de obesidade e tornam aqueles que foram ou são sujeitos a essa experiência propensos a correr riscos excessivos[29]. E isto não é tudo: "A ciência dos efeitos biológicos do stress da pobreza está na sua fase inicial. Ainda assim, apresentou-nos múltiplos mecanismos através dos quais esses efeitos podem ocorrer, e muitos deles admitem uma componente hereditária. Se uma mulher grávida, por exemplo, for exposta às tensões da pobreza, o seu feto e os gâmetas desse feto podem ser afetados, estendendo os efeitos da pobreza pelo menos aos seus netos. E pode ir mais longe".

Ao olhar para as alterações biológicas que a pobreza provoca percebe-se que é, em muitos casos incapacitante, não bastando a vontade para sair dela. "Quando a pistola de tiro dispara, os pobres estão muito atrás da linha de partida."[30]

Não se pode, portanto, olhar para a pobreza como se fosse um defeito de caráter, mas como uma situação complexa que não pode deixar de ter uma abordagem multiforme. É, portanto, este um mito que importa desfazer.

---

[26] STRICKLAND (2015) (entrevista a Kimberle Noble, pediatra e neurocientista, na Columbia University).

[27] Neste sentido, Kimberle Noble defende a tomada de medidas mais cedo para beneficiar as crianças ainda em desenvolvimento: "Early childhood education is very importante, but we know that the achievement is already susbtantial by the time children reach sholl, or even pre-scholl. We're unlikely to bridge the gap completely by focusing only on schooling. We need interventions that target families even earlier. If the poverty-reduction trial shows benefits for children's development, it will support arguments for more generous social services programs aimed at poor families" – STRICKLAND (2015).

[28] COOPER (2017).

[29] COOPER (2017).

[30] COOPER (2017). E continua: "The asymmetry of outcomes for the poor is so enormous because it is so expensive to be poor. Imagine losing a job because your phone was cut off, or blowing off an exam because you spent the day in the ER dealing with something that preventative care would have avoided completely. Something as simple as that can spark a spiral of adversity almost impossible to recover from. The reality is that when you're poor, if you make one mistake, you're done. Everything becomes a sudden-death gamble".

b. Os pobres aproveitam-se do assistencialismo, usando de todos os esquemas e artifícios para obter subsídios, esgotando as verbas disponíveis?

O debate público está muito orientado para a crítica ao assistencialismo e para a necessidade de reduzir as despesas sociais[31]. O problema é que este debate se faz partindo do pressuposto errado de que os mais pobres se aproveitam do assistencialismo, usando de todos os esquemas e artifícios para obter subsídios, esgotando as verbas disponíveis.

Em Portugal não temos estudos sobre a percentagem de não-recurso às prestações sociais. Mas em França, no Reino Unido[32] e na Alemanha[33] o tema tem vindo a merecer atenção. No Reino Unido, este dado é aliás fornecido de forma centralizada[34]. Aí, o não-recurso é um fenómeno tão conhecido que até está retratado no filme de ficção *I Daniel Blake*.

Na Alemanha, por exemplo, "a questão da não utilização está inscrita desde o início no debate sobre a «pobreza oculta» (*verdeckte armur*), por vezes chamada «pobreza na sombra» (*dunkelziffer der armut*). Este conceito, que existe há muito tempo na Alemanha, refere-se a agregados familiares que não são visíveis nas estatísticas federais relativas aos beneficiários de prestações sociais mínimas ou, por outras palavras, à pobreza que escapa aos sistemas de proteção social"[35].

A invisibilidade destes agregados familiares deve-se em grande parte à complexidade no acesso à Segurança Social. Ao invés de oferecer um sistema simples de apoios sociais, a Segurança Social cada vez mais se transforma num caleidoscópio de pensões diversas. Se de acordo com a ideia original de Beveridge, o Estado deveria proporcionar um mínimo nacional calculado de acordo com os custos de alimentação, combustível

---

[31] Rode (2022).

[32] C'est le cas au Royaume-Uni, seul pays où des données officielles sont produites par les services statistiques des deux principaux ministères en charge de la protection sociale. Elles font partie des indicateurs de suivi des politiques sociales, publiés chaque année pour rendre compte de l'efficacité des politiques publiques. Marc et al. (2022), p. 9.

[33] "(…) les principaux travaux sur le non-recours aux prestations de solidarité en Allemagne s'accordent sur le constat d'un « problème social sévère » (Harnisch, 2019, 29) tant le phénomène est statistiquement fréquent, avec des taux parmi les plus élevés des pays que nous observons – Rode (2022), p. 18.

[34] A l'inverse de l'Angleterre, où la production d'indicateur de non-recours est « centralisé », l'Allemagne se distingue par la mobilisation de sources de données et de modèles de microsimulation 30 différents, par des chercheurs aux appartenances multiples – Rode (2022), p. 18.

[35] Rode (2022), p. 19.

ou o necessário para ter luz (se bem que deixando espaço para encorajar a ação individual para providenciar mais à respetiva família[36]), hoje a Segurança Social desmultiplica-se em mil pensões e apoios. Para aceder a estes é preciso, não raramente, conhecimento especializado.

A própria desmaterialização da Segurança Social compromete a possibilidade de acesso a informação (tantas vezes, apenas disponível *online*). Com efeito, o acesso à rede é um problema para algumas pessoas, sobretudo as mais idosas e aquelas que não tem acesso a computador em casa.

Outras causas concorrem para esta situação. Nomeadamente, o carácter invasivo de muitas ajudas e o medo da estigmatização. Recordem-se exemplificativamente a este respeito as normas da Segurança Social que obrigam a que o acesso às prestações sociais mínimas apenas se faça mediante a autorização a esta para aceder a todas as informações relevantes para aferição da situação socioeconómica.

Isto significa que, mesmo com alguns apoios disponíveis e dirigidos à sua situação concreta, os mais pobres não conseguem aceder a todas as prestações sociais a que poderiam ter direito.

Em França, o Observatório ODENORE (Observatoire des non-recours aux droits et services, resultante da colaboração do Laboratoire de sciences sociales PACTE e da Universidade Grenoble-Alpes) calcula que todos os anos, 5,7 mil milhões de euros relativos rendimento de social de inserção, 700 milhões de euros de cobertura universal complementar de saúde, 378 milhões de euros de ajuda à aquisição de cobertura complementar de saúde, etc., não são pagos aos seus beneficiários[37].

Algumas reformas levadas a cabo no Reino Unido e na Alemanha, no que toca às prestações sociais, procuraram justamente fazer face às críticas sobre a elevada taxa de não-recurso às prestações sociais. No Reino Unido, em 2013 o sistema da Segurança Social foi simplificado através da criação de uma nova prestação – o *Universal Credit (UC)* – com o objetivo de fundir e substituir seis apoios sociais existentes, correspondendo a cerca de 60% do envelope financeiro das principais prestações sociais[38].

Também na Alemanha, um dos intuitos da reforma Hartz IV de 2005 foi o de fazer face aos elevados níveis de não-recurso às prestações sociais[39].

---

[36] V. significativamente Parágrafo 130 do Beveridge Report 1942.

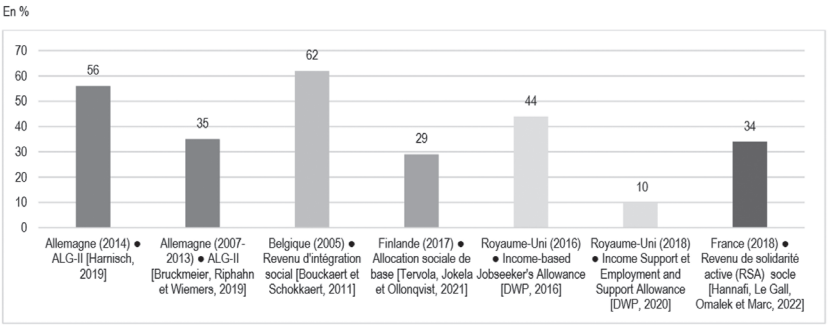
[37] Odenore (2012).

[38] Rode (2022), p. 7.

[39] Rode (2022), p. 17.

"A fusão das prestações existentes, em comparação com a multiplicidade de prestações antes de 2005, era suposto facilitar o conhecimento dos direitos. O grande debate público realizado na altura foi também visto como uma forma de sensibilizar para a existência das prestações sociais e legitimar a sua utilização"[40].

Graphique • Taux de non-recours au revenu minimum dans les différents pays : synthèse des estimations les plus récentes



Note > Ce graphique synthétise les résultats des estimations les plus récentes des taux de non-recours correspondant au revenu minimum garanti dans chaque pays étudié. Les méthodes, les sources et les données sont détaillées dans ce *Dossier de la DREES*.
Lecture > En 2005, en Belgique, le taux de non-recours au revenu d'intégration sociale estimé par Bouckaert, Schokkaert (2011) atteignait 62 %.
Source > Les sources indiquées sur le graphique sont référencées dans la bibliographie.

Quadro retirado de: MARC *et al.* (2022), p. 6.

c. Os pobres não pagam impostos nem contribuem para o bem comum?

Um outro mito associado à pobreza prende-se com a convicção de que os mais pobres não contribuem para o bem comum. Este mito leva muitos a defender que o Estado não deve gastar muitos recursos em relação a quem não contribui para a comunidade.

Este facto, porém, não é verdadeiro. É certo que, em Portugal, estão isentos de IRS todos aqueles que auferem de rendimentos até 762 €/mês. Não obstante, a verdade é que todos os cidadãos, sem exceção, pagam IVA, impostos sobre tabaco e álcool e quotizações sociais.

No que toca a estes impostos sobre o tabaco e álcool, a doutrina chama a atenção para o seu carácter regressivo. Incidindo sobre o consumo, a verdade é que as pessoas que auferem menores rendimentos monetários

[40] RODE (2022), p. 20.

acabam apresentar um maior esforço no que toca ao pagamento destes impostos[41/42].

Também afastando esta ideia, podemos recordar a polémica em que esteve envolvida a ideia de introdução da "raspadinha" para o património em Portugal, instituída em maio de 2021. Tendo rendido cerca de 6 milhões de euros logo no primeiro ano para o Fundo de Salvaguarda do Património Cultural[43].

A questão que se levantou e acabou depois por conduzir à suspensão dessa lotaria (no decurso da discussão na especialidade do OE para 2023[44]) prendia-se justamente com a prevalência do jogo patológico nas classes mais pobres[45], atendendo ao facto de serem conhecidos os efeitos aditivos deste tipo de jogo, não obstante nunca terem sido realizados estudos em Portugal sobre o tema[46]. Estudos demonstram que, em Portugal, "ser do sexo masculino, com baixa escolaridade e rendimento, e ter motivações financeiras conduz a alta frequência na participação em jogos". "[O perfil destes jogadores é constituído] por homens com rendimentos mais baixos, que registaram uma diminuição do rendimento do seu agregado familiar nos últimos dois anos e que são movidos por motivações financeiras"[47].

---

[41] Rodrigues *et al*. (2002).

[42] "Os estilos de vida associados a consumos mais elevados de bebidas alcoólicas e ao tabagismo encontram-se maioritariamente associados ao sexo masculino e à categoria dos operários" – Antunes (2010).

[43] V. Primeiro ano da "raspadinha" rendeu seis milhões de euros para o património, in *Público* 02.07.2022, disponível em https://www.publico.pt/2022/07/02/culturaipsilon/noticia/ano-raspadinha-rendeu-6-milhoes-euros-patrimonio-2012039.

[44] Consequência desta suspensão foi o artigo 208.º da LOE 2023 que "em 2023, o Governo dota do FSPC de 5.000.000 euros, tendo em vista a eliminação da lotaria do património".

[45] "Quase 80% das pessoas que jogam na «raspadinha» são de classe média baixa e baixa, in *Público* 27.03.2021, disponível em https://www.publico.pt/2021/03/27/sociedade/noticia/quase-80-pessoas-jogam-raspadinha-sao-classe-media-baixa-baixa-1956099.

[46] "Although the addictive aspects of scratchcards are described in the scientific literature, no epidemiological studies" – Vilaverde e Morgado (2020).

[47] Brochado *et al.* (2018), p. 564. Neste mesmo estudo, conclui-se que *"*os jogadores do EuroMilhões tendem a ser homens com rendimentos mais baixos, motivados pela compra de um carro, de uma casa e pelo pagamento de dívidas (ou seja, motivações financeiras). Entre os jogadores da lotaria passiva/classe, os apostadores de alta frequência eram mais frequentemente homens idosos, com rendimentos mais baixos e motivados pelo aumento das poupanças e pela ajuda às suas famílias (ou seja, motivações de segurança)" – Chagas *et al.* (2022), p. 920.

Em 2018 estimou-se que em Portugal cada português gastava, em média, 160 euros por ano na raspadinha. Um número que impressiona em face ao que é gasto em média em Espanha (14 euros por ano por pessoa)[48].

O que esta raspadinha do património evidenciou foi justamente o facto de quem estaria a sustentar esta receita serem os mais pobres[49]. Cruzando estes números mais amplamente com os do jogo, podemos ficar com uma ideia mais rigorosa do quanto, por esta via, os mais pobres também contribuem para o bem comum. As receitas do jogo são utilizadas em Portugal sobretudo para o financiamento do subsistema de ação social da Segurança Social. De acordo com o Orçamento do Estado de 2023, quase 5,5% das receitas deste subsistema provém do jogo: 2,5% provém das lotarias e o restante dos impostos de jogo e exploração de apostas mútuas.

d. Quem vive com o Rendimento Social de Inserção vive bem?

O Rendimento Social de Inserção (RSI) tem estado sob ataque nos últimos anos. É tomado como um exemplo de uma prestação que cria subsídio-dependência.

Veja-se, a este propósito, o que dizia o acordo de incidência parlamentar assinado nos Açores pelo PSD, Chega/Açores, CDS-PP/Açores e PPM/Açores a este respeito: "os partidos signatários comprometem-se, durante a atual legislatura, a criar condições de desenvolvimento económico, promoção da inclusão social laboral, de competências pessoais, sociais e profissionais, quebrando o ciclo de pobreza, permitindo desta forma reduzir, através da inserção social e laboral o número de beneficiários do Rendimento Social de Inserção (RSI), em idade ativa, com capacidade de trabalho, aumentando a sua colaboração com a comunidade em que estão inseridos e fiscalizando de modo eficiente a sua atribuição, considerando-se para o efeito a atual situação económica da região"[50].

---

[48] "In 2018, sales figures reached €1594 million for scratchcards, which is approximately €160 spent per person in Portugal. Importantly, this figure is much higher than neighboring countries, for instance, in Spain, the amount spent in scratchcards in 2018 was €627.1 million (approximately €14 per person)" – Vilaverde e Morgado (2020).

[49] Aguiar-Conraria (2020).

[50] O acordo de incidência parlamentar está disponível em https://psdacores.pt/wp-content/uploads/2020/11/CHEGA.pdf

O texto de acordo assinado com a IL é ligeiramente diferente na parte final, referindo que a atribuição desta prestação deve ser de carácter temporário e fiscalizada nos termos

Ou ainda o que o Chega defendeu em 2021, a propósito da proposta que apresentou para alteração do regime do RSI: a "criação de mecanismos reforçados para a sua atribuição quando estejam em causa comunidades ou destinatários com especial predominância de subsidiodependência", a par da criação do conceito de "comunidades subsidiodependentes"[51].

A ideia que se faz do RSI é a de que este permite que as pessoas se encostem à Segurança Social para fazer a sua vida. No entanto, os números mostram-nos que de facto esta afirmação é um mito.

Em primeiro lugar, é preciso explicar que Portugal foi um dos últimos países da União Europeia a adotar um programa de rendimento mínimo.

Em segundo lugar, a mera consulta das tabelas correspondentes ao RSI e que aqui se reproduzem abaixo mostram que os montantes em causa são muito reduzidos. De acordo com o Guia Prático do Rendimento Social de Inserção de 01 de junho de 2023, o valor máximo que alguém pode receber desta prestação são 209,11 euros. O valor apenas poderá ser superior caso os beneficiários façam parte da mesma família. Nesse caso, o valor do titular poderá cumular, conforme resulta da tabela, com os valores que corresponderem aos indivíduos maiores ou menores que com ele viverem.

A razão de ser destes valores tão baixos prende-se com a tentativa de evitar o desincentivo a trabalhar que este tipo de rendimentos pode provocar: "O maior entrave à ocorrência de desincentivos no programa encontra-se, no entanto, no próprio valor do rendimento mínimo. Em 1997, o valor da pensão social era de 21000$00, o que correspondia a cerca de 37% do salário mínimo nacional, fixado em 56700$00. Em princípio, só no caso de trabalhadores com níveis salariais extremamente baixos é que estariam reunidas as condições para que a «armadilha da pobreza» se accionasse"[52].

---

da lei (v. https://iniciativaliberal.pt/wp-content/uploads/2020/11/PSD-INICIATIVA-LIBERAL.pdf).

[51] "Subsidiodependência degenera evolução do ser humano: Ventura apresenta nova lei para o RSI", *in* Ionline 28.06.2021 (disponível em https://ionline.sapo.pt/artigo/739081/subsidiodepend-ncia-degenera-evolucao-do-ser-humano-ventura-apresenta-nova-lei-para-o-rsi?seccao=Portugal_i).

[52] RODRIGUES (2001), p. 8.

Pelo Titular	209,11 € (100%) do valor do RSI
Por cada indivíduo maior	146,38 € (70%) do valor do RSI
Por cada indivíduo menor	104,56 € (50%) do valor do RSI

A mera consulta da tabela do RSI permite perceber atualmente que o valor atribuído fica muito abaixo da linha de pobreza. Atualmente, o valor atribuído a um indivíduo a viver sozinho corresponde a 37% do limiar de pobreza. O que não é suficiente sequer para assegurar alimentação e alojamento em simultâneo. Quando ele é atribuído a um agregado familiar, ele é ainda assim baixo[53]. Este rendimento, apesar de não corrigir a situação de pobreza, apenas foi concebido para reduzir a severidade ou intensidade da pobreza[54].

Recorde-se que, tal como resulta do referido Guia Prático, para esta prestação não basta a alegação de que não se tem outros rendimentos. O acesso a esta prestação depende da verificação de outros requisitos, nomeadamente, da situação de desemprego involuntário, e da autorização dada à Segurança Social para esta poder "aceder a todas as informações relevantes para avaliação da situação socioeconómica".

---

[53] Mantenho o que sustentei em "A despesa pública justa" ao considerar este rendimento como "constitucionalmente insuficiente para assegurar o cumprimento dos deveres mínimos de benevolência que o Estado foi assumindo desde o século XVIII, (…) segundo os quais cada pessoa tem um valor moral intrínseco e o direito a ter uma vida com perspetivas de realização que vão bem para além de assegurar o mínimo de sobrevivência a cada dia que passa" – MARTINS (2016), pp. 365.

[54] RODRIGUES (2001), p. 17: "This would seem to us to be one of the most successfully achieved objectives in the programme: that of significantly improving the living conditions of the least protected households and individuals in Portuguese society." E continua: "Consideration of the effects of the GMI on the severity and intensity of poverty does, however, enable us to identify what is in fact the programme's greatest potentiality: to significantly alleviate situations of great precariousness. The Guaranteed Minimum Income Programme thus appears to be a programme that, rather than reducing the prevalence of poverty, seeks to alleviate its most extreme forms" – *Ibidem*, p. 24.

O mesmo autor mantém esta opinião em 2009, ao analisar o impacto do CSI e do RSI, em conjunto: "a more significant result is the change in the intensity and severity of poverty" – RODRIGUES (2009).

Mesmo quando se faz o confronto dos valores da despesa com prestações sociais com a do pagamento relativo ao RSI, ficamos com a ideia de que este valor é insignificante.

Despesa da Segurança Social: total e por tipo

Quanta gasta a Segurança Social em prestações sociais, como pensões, rendimento social de inserção, desemprego, maternidade, doença ou em subsídios à formação profissional?

Euro - Milhares

Anos	Despesa da Segurança Social						
	Total	Prestações Sociais					
		Total	Familiares	Doença e Maternidade	Desemprego e Apoio ao Emprego	Pensões, Suplementos e Complementos	Rendimento Social de Inserção (ex-Rendimento Mínimo Garantido
2014	37.523.665,3	22.124.964,2	776.650,7	825.120,4	2.238.737,2	15.953.982,5	294.446,0
2015	33.095.112,7	21.506.641,4	771.183,3	916.852,2	1.760.640,4	15.753.196,1	287.351,1
2016	30.030.286,0	21.772.948,2	797.270,5	979.530,3	1.509.656,4	16.124.291,2	334.677,7
2017	29.368.949,2	22.130.652,9	845.380,8	1.062.204,7	1.312.244,0	16.485.493,8	344.098,0
2018	34.165.126,8	22.987.654,6	1.134.024,2	1.176.677,3	1.234.060,9	16.964.456,1	360.396,1
2019	38.502.251,1	24.197.397,9	1.305.782,5	1.300.742,5	1.188.259,2	17.854.963,9	347.937,1
2020	39.731.614,4	27.427.377,7	1.390.621,4	1.506.625,9	1.515.083,2	18.414.923,7	339.697,9
2021	42.781.102,8	28.170.562,5	1.461.223,4	1.459.361,4	1.592.508,6	18.888.790,1	356.161,4

Despesa da Segurança Social: total e por tipo
Fontes de Dados: IGFSS/MTSSS
Fonte: PORDATA
Última actualização: 2023-02-09

Em Portugal, em 2021, o RSI correspondeu, como resulta deste quadro da PORDATA, a 0,8% da totalidade da despesa gasta em prestações sociais por parte da Segurança Social (356 161,40 euros *versus* 42 781 102,80 euros). Então, se compararmos o valor dessa despesa com o da despesa pública das Administrações Públicas, reforçamos esta conclusão: o pagamento de RSI corresponde a 0,0003% do montante total da despesa pública das Administrações Públicas do mesmo ano[55].

Do que se conclui que apenas a desinformação e a aporofobia acima referida gera a convicção de um grande dispêndio de dinheiro por parte da Segurança Social e de um grande número de pessoas a beneficiarem desta medida. Os números reais mostram-nos de facto o contrário: uma medida com pouca expressão orçamental, mas cujo impacto positivo é subvalorizado.

Não se nega, todavia, que haja quem cumule o RSI com outros rendimentos da economia paralela. Ainda assim, os casos patológicos e que se prendem com mecanismos que escapam ao controlo da Segurança Social não nos devem fazer esquecer tanto o carácter despiciendo desta despesa quanto os efeitos benéficos que ela traz no alívio da severidade da pobreza nos casos em que ela é mais extrema.

[55] De acordo com o valor fornecido pela Conta Geral do Estado de 2021, p. 47.

3. Remédios

a. A Segurança Social num contexto pós-social

Atualmente, a intervenção sobre a pobreza não pode deixar de ser vista no contexto da Segurança Social.

A instituição da Segurança Social não pode deixar de ser encarada como um ponto de viragem no que toca ao tratamento da pobreza. Recorde-se que o primeiro programa social público generalizado surgiu na Alemanha, pela mão de Bismark, fruto do crescimento do movimento socialista e das reivindicações operárias que o acompanhavam. As suas medidas visavam segurança dos trabalhadores contra acidentes e a instituição de um sistema de saúde, concedendo simultaneamente proteção a todos os que eram incapazes de trabalhar por força da idade ou de alguma incapacidade. Passariam estes, de acordo com esta proclamação feita, no discurso de 17 de novembro de 1881, a poder reivindicar legitimamente "um maior grau de bem-estar do Estado do que a que têm recebido até agora"[56].

O sistema de Bismark assentava numa ideia de seguros obrigatórios, sendo o financiamento feito por meio do pagamento de contribuições pelos seus beneficiários[57]. A sua ideia era a de permitir aos trabalhadores o acesso a uma pensão de reforma decente, desde que eles contribuíssem para o sistema[58].

Para a criação deste sistema, Bismark baseou-se em "instituições existentes"[59], como é o caso das leis do trabalho que já atribuíam a responsabilidade por acidentes de trabalho aos empregadores e no

---

[56] Bismark's Proclamation on Social Policy.

[57] "To do justice to Bismarck, it must be added that, even with hindsight, his 1889 pension legislation can only but be classified as "modern": it covered all blue- and white-collar workers of the time (up to an income threshold), including those working in inland waterways transport, the cottage industry, in small businesses, in agriculture, as well as domestic workers. Excluded were civil servants and employees in pharmacies" – SCHOLZ (2015), p. 17.

[58] "He offered to the German skilled workers, not to Germany's Lumpenproletariat (Marx) (…), a system that, if all went right, would offer a decent pension at old age. Workers not joining the system would have to labour until death or would have to rely at old age on the family or charity" – SCHOLZ (2015), p. 17.

[59] "Bismarck did not create his social insurance scheme from a void. He built on the basis of the already existing institutions and also-unconsciously – drew from the ideas of the revolution of 1848 whichhe so deeply abhorred." – SIGERIST (1999), p. 477.

Estatuto prussiano de 1854 que tornava obrigatória a inscrição em certas associações mutualistas e o pagamento das suas contribuições tanto por empregadores como por trabalhadores[60].

O seu projeto não foi isento de críticas. Uma das críticas que lhe era dirigida alegava que este esquema mais não passava de um alívio organizado à pobreza pago à custa dos trabalhadores que dele beneficiavam[61].

Em Inglaterra, anos mais tarde – mais concretamente em 1945 – Beveridge introduziu um sistema de segurança social ainda mais ambicioso[62], ao qual não é alheia a influência de Bismark. É um sistema universal, instituído com a ambição explícita de acabar com a pobreza. Através deste sistema, o Estado providenciaria um mínimo básico a todos. Para além disso, deveria assumir políticas públicas de pleno emprego. Deveria ainda assumir as funções de provedor de saúde e educação. Estas funções – juntamente com os abonos para crianças – constituíam os três pilares da Segurança Social[63].

Com o objetivo de atacar os "cinco gigantes": Carência, Doença, Ignorância, Miséria e Indolência, as medidas propostas por Beveridge visavam a provisão pública contra a pobreza. Não obstante o objetivo explícito de erradicação da pobreza, Beveridge não prescindia da componente de responsabilização pessoal. Nesta medida, uma parte substancial do seu plano de Segurança Social visava a substituição de rendimento de trabalho, em casos de interrupção e perda dos mesmos. Tinha esta política subjacente, portanto, a ideia de que a principal forma de obter rendimento é através do trabalho, pelo que a sua falta não poderia deixar de ser atendida pelo Estado[64]. Dos cidadãos esperava-se em troca que buscassem e aceitassem todas as oportunidades razoáveis de emprego e que cooperação, de forma a evitar que o sistema passasse a financiar a indolência.

---

[60] "In other words: the idea of compulsory insurance was accepted in Germany long before Bismarck, although it was applied only in a very limited way" – SIGERIST (1999), p. 478.

[61] "[The Social-democrats] (…) spoke of a "beggars' insurance," one that would merely prevent the worker from becoming a beggar, while making him pay for what he receive" – SIGERIST (1999), p. 487.

[62] Para Beveridge, "o desemprego era um problema da sociedade e não dos pobres" – MÓNICA (2016), p. 56.

[63] Como se lê no parágrafo 301 do Beveridge Report 1942.

[64] Consoante podemos ler no parágrafo 12 do Beveridge Report 1942: "All the principal causes of interruption or loss of earnings are now the subject of schemes of social insurance".

Este sistema não era, porém, exclusivo dos trabalhadores[65]. Ele também abrangeria trabalhadores independentes, donas de casa[66], pessoas em idade de trabalhar, mas que estivessem desempregadas, menores até aos 15 ou 16 anos (consoante estivessem ou não na escola) e pessoas mais velhas, que tivessem ultrapassado a idade de trabalhar.

E mais: ele garantia ainda assistência a quem não estivesse coberto por este sistema de segurança social, para que nenhuma necessidade de subsistência ficasse por cobrir, embora, como o relatório de Beveridge desde logo advertia, esta assistência não deveria ser tão desejável quanto os benefícios da segurança social: "deve satisfazer adequadamente essas necessidades até ao nível de subsistência, mas deve ser sentida como algo menos desejável do que uma prestação de seguro; caso contrário, os segurados não recebem nada pelas suas contribuições"[67].

Não obstante, a preocupação pela manutenção da subsistência mínima não fica por aqui. Como se lê no parágrafo 19 deste relatório: em qualquer subsídio, deve ter-se a preocupação de assegurar o necessário para a subsistência[68]. De acordo com as medidas propostas por Beveridge, deveria haver um ajustamento de rendimentos às necessidades das famílias[69]. Para além destas vantagens, a todos os beneficiários da Segurança Social seria ainda oferecida cobertura em termos de tratamento médico e reabilitação, por um serviço nacional de saúde, tendo também direito a despesas de funeral.

---

[65] V. parágrafo 19 do Beveridge Report 1942.

[66] De chamar a atenção para a proteção especial dada às mulheres em caso de casamento, maternidade, viuvez e reforma e também no caso de invalidez e reforma do marido. Se a mulher tivesse o seu próprio trabalho, ela poderia beneficiar de subsídio de maternidade e pensões de reforma e invalidez (embora mais baixas).

[67] Paragraph 369 do Beveridge Report 1942.

[68] "Unemployment, benefit, disability benefit, basic retirement pension after a transition period, and training benefit will be at the same rate, irrespective of previous earnings. This rate will provide by itself the income necessary for subsistence in all normal cases."

[69] "Adequacy of Benefit The fourth fundamental principle is adequacy of benefit in amount and in time. The flat rate of benefit proposed is intended in itself to be sufficient without further resources to provide the minimum income needed for subsistence in all normal cases. It gives room and a basis for additional voluntary provision but does not assume that in any case. The benefits are adequate also in time, that is to say except for contingencies of a temporary nature, they will continue indefinitely without means test, so long as the need continues, though subject to any change of conditions and treatment required by prolongation of the interruption in earning and occupation" – Parágrafo 307 do Beveridge Report 1942.

O esquema de Segurança Social pensado por Beveridge seria unitário e tutelado por um Ministério próprio, com representações locais[70]. Em termos de financiamento, este sistema seria suportado tanto por contribuições pagas pelos trabalhadores, trabalhadores independentes e desempregados e pagas pelos empregadores de trabalhadores dependentes[71] quanto por verbas do Orçamento do Estado (sobretudo na parte relativa a pensões de velhice e a crianças)[72].

O facto de este sistema ser, em parte, financiado pelo Orçamento do Estado foi uma novidade introduzida por Beveridge, assumindo uma divergência clara em relação ao sistema de Bismark. Foi, aliás, esta divergência que lhe permitiu começar a desenhar um sistema universal de Segurança Social que não deixasse ninguém para trás, garantido a subsistência mínima para todos. O financiamento público do sistema de Segurança Social seria assegurado por verbas tributárias. A todos os

---

[70] Parágrafo 19 do Beveridge Report 1942.

[71] "Flat Rate of Contribution: The second fundamental principle of the scheme is that the compulsory contribution required of each insured person, or his employer is at a flat rate, irrespective of his means. All insured persons, rich or poor, will pay the same contributions for the same security; those with larger means will pay more only to the extent that as tax-payers they pay more to the National Exchequer and so to the State share of the Social Insurance Fund. This feature distinguishes the scheme proposed for Britain from the scheme recently established in New Zealand under which the contributions are graduated by income, and are in effect an income-tax assigned, to a particular service. Subject moreover to one exception, the contribution will be the same irrespective of the assumed degree of risk affecting particular individuals or forms of employment. The exception is the raising of a proportion of the special cost of benefits and pensions for industrial disability in occupations of high risk by a levy on employers proportionate to risk and pay-roll" (parágrafo 305 do Beveridge Report 1942).

[72] "The National Exchequer provides one-third of the total cost of unemployment benefit, one-sixth of the cost of pensions and of disability and maternity benefits for new entrants at age 16, together with the cost of bringing in the existing population of all ages for the ordinary benefits at the flat rate of contribution, one-sixth of the cost of industrial disability not covered by industrial levy and the whole cost of children's allowances and national assistance.

(vi) The National Exchequer and the local rates meet the cost of the health and rehabilitation services with the help of a grant from the Social Insurance Fund representing the receipts from the contributions assigned to these services. Division of costs between the National Exchequer and the local rates depends upon the further investigation of the finance and organisation of these services, suggested in para. 437."

beneficiários era exigida uma contribuição fixa de baixo valor[73], a qual era condição essencial para que este sistema universal não aumentasse excessivamente os impostos[74].

Embora o Sistema de Bismark fosse tomado como referência por muitos países europeus, a verdade é que o foi a adoção do modo de financiamento de Beveridge que permitiu aos Governos alargar as suas respostas sociais e dar resposta aos problemas de uma população crescente e à evolução do mercado de trabalho (com mais trabalhadores informais). "O projeto de Beveridge foi globalmente bem-sucedido ao tornar socialmente aceitável a ideia de o Estado assumir a responsabilidade pelos seus cidadãos, desde o berço até ao túmulo."[75]

Este contraste torna os seus sistemas e reflexões de ambos os sistemas como contendo "todos os ingredientes necessários para os debates contemporâneos"[76].

Não obstante ter surgido com base em esquemas racionais, construídos como um todo, a verdade é que a Segurança Social se tem vindo a degradar, em muitos países, muito por força de "políticas desgarradas e de mera conjuntura, cronopoliticamente desadequadas"[77]. Nota-se todavia que não é possível falar de um modelo único de Segurança Social que seja assumido em toda a Europa, até porque são destacados na literatura, pelo menos, quatro modelos de proteção social no velho continente[78]: o modelo escandinavo (em que "a provisão pública de bem-estar financiada por impostos prevalece em detrimento do mercado e da família"[79]); o modelo anglo-saxónico (marcado pela aplicação de "rígidos critérios de elegibilidade para os programas sociais existentes, que abrangem

---

[73] "Beveridge's proposal required setting the mandated flat-rate contribution at a low level, as it had to be socially and economically acceptable and adequate to the worker with the lowest contributable earnings"-SCHOLZ (2015), p. 17.

[74] "Beveridge needed the social contribution as one distinguished revenue element, in order to avoid unacceptable increases in income tax for the middle classes and other" – SCHOLZ (2015), p. 17.

[75] SCHOLZ (2015), p. 8.

[76] SCHOLZ (2015), p. 8.

[77] LOUREIRO (2010), p. 33. Este autor enumera nas pp. 34 a 37 as medidas que foram tomadas em Portugal e que contribuem para os problemas de sustentabilidade da Segurança Social.

[78] LOUREIRO (2010), p. 82 também refere esta quadripartição para falar das "quatro Europas sociais".

[79] BRANCO (2022), p. 14.

um número limitado de beneficiários"[80]); o modelo continental ou zona central da Europa (em grande medida inspirado no modelo de seguro social de Bismarck, assente em prestações proporcionais aos descontos feitos pelos trabalhadores e empregadores, mas marcado também por uma "atrofia da rede de mínimos sociais e das prestações não contributivas (deixando espaço para a sociedade civil de inspiração religiosa)"[81]); e o modelo mediterrânico ou da Europa do Sul (marcado pelo atraso da modernização social e assente num sistema "«familista por defeito», isto é, a família desempenha um papel central e transversal na prestação de cuidados aos seus membros"[82])[83].

Em Portugal, as insuficiências da Segurança Social têm conduzido, por um lado, a um reforço das políticas de ativação, condicionando, em grande medida, os apoios sociais a uma crescente responsabilização dos beneficiários de apoios (obrigando-os à procura ativa de emprego[84]). Têm também conduzido ao recurso a "formas não-estatais de proteção"[85]. Veja-se exemplificativamente o papel que tem sido assumido por instituições de caridade alimentar como o Banco Alimentar ou o REFOOD, suprindo as falhas – que são do Estado – de chegar efetivamente a quem precisa, cumprindo ainda a missão de dar voz e visibilidade ao problema da pobreza. Com evidentes problemas[86].

b. A criminalização da mendicância: uma nova tendência

Num contexto em que a pobreza persiste, sem que a Segurança Social seja suficiente para a erradicar, e que, em muitos Estados, se agrava com a pressão de refugiados e migrações, endurecem as medidas tentando combater a mendicância.

Se a tendência que verificamos desde tempos antigos era a da proscrição e criminalização da mendicância, a verdade é que nos anos 1960 já se tinha registado aqui na Europa e nos Estados Unidos um movimento de liberalização e despenalização da mendicância, cortando cerce com

---

[80] Branco (2022), pp. 13 e 14.

[81] Branco (2022), 2022, p. 15.

[82] Branco (2022), p. 16.

[83] Também com interesse, cruzando uma visão sobre proteção social e leis laborais, v. Alesina e Glaeser (2006).

[84] João Carlos Loureiro – *Adeus ao Estado Social*..., p. 96.

[85] João Carlos Loureiro – *Adeus ao Estado Social*..., p. 95.

[86] Martins (2022).

as práticas que, provindo ainda das antigas leis dos pobres condenatórias do ócio e da vadiagem, se revelavam desajustadas aos novos tempos[87]. Este movimento coincidiu com o auge da assunção do cuidado dos mais pobres pelo Estado.

Recentemente, a vaga da criminalização foi de novo assumida. Como assinalou o TEDH no Ac. Lacatus c. Suíça, em 2021, a realidade europeia não correspondia, de todo, à da década de 1990: dos trinta e oito Estados que integram o Conselho da Europa, apenas nove países não reprimem criminalmente a mendicidade, aplicando sanções que vão das repreensões orais ou multas até à aplicação de penas de prisão, passando pelo trabalho comunitário e pelo confisco das esmolas[88]. O mesmo sucedeu nos Estados Unidos, em grande medida baseada na generalização da ideia de que "a livre proliferação da pequena criminalidade conduziria inevitavelmente a um abandono dos espaços públicos. Abandono este que seria gerador e potenciador de desordem pública", que resulta da conhecida teoria que ficou conhecida pelo artigo subordinado ao título Broken Windows[89].

Esta nova tendência tem sido sustentada com base em três argumentos jurídicos principais. "Em primeiro lugar, a afirmação de que não existe um direito constitucionalmente protegido de pedir de esmola. Em segundo lugar, o reconhecimento da criminalização da mendicância como única medida eficaz (de entre outras possíveis menos gravosas, mas insuscetíveis de alcançarem o mesmo fim) para dissuadir dos comportamentos assediadores dos pedintes. Em terceiro lugar, a assunção de que a assistência aos mais pobres deve ser feita apenas pelo Estado e pelos seus mecanismos de ação social"[90].

Recentemente, o TEDH, no caso Lacatus c. Suíça, veio condenar a proibição da mendicância absoluta contida na lei penal genebrina, que violava o artigo 8.º da CEDH, deitando por terra os argumentos que sustentam o apoio e o respaldo constitucional que muitos países oferecem à criminalização de mendicância e dando uma indicação muito clara

---

[87] V. argumentação expendida no Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, Papachristou v. City of Jacksonville, 405 U.S. 156 de 1972, dando nota de que as antigas leis dos pobres não se adequavam aos tempos que se viviam: «esta lei é nula por vagueza, tanto no sentido de que "não dá a uma pessoa de inteligência comum um aviso justo de que a sua conduta prevista é legalmente proibida", (...) quanto porque encoraja detenções e condenações arbitrárias e erráticas (...)» – MARTINS (no prelo).

[88] MARTINS (no prelo).

[89] WILSON. e KELLING (1982). Sobre isto v. MARTINS (no prelo).

[90] MARTINS (no prelo).

no que toca à necessidade de os países aderentes da CEDH fazerem marcha-atrás nas políticas criminais contra os mais pobres que assentem em proibições gerais, por violarem o artigo 8.º dessa mesma Convenção de forma excessiva[91]. Não obstante, deixou sem censura as proibições parciais ou de mendicidade agressiva.

c. A necessidade do desenvolvimento de um novo Direito da Pobreza, concebido como um Direito de Compaixão

Perante a complexidade do fenómeno da pobreza e os equívocos que se geraram em torno deste tema, proponho a reconstrução do Direito da Pobreza como um Direito de Compaixão. Um Direito que toma como pressuposto o nosso preconceito e hostilidade para com os pobres, mas que visa combatê-los ativamente, mediante o comprometimento de toda a sociedade com aqueles que estão privados de uma vida em condições condignas.

Bem sei que parece uma contradição usar numa expressão jurídica uma expressão que remete para sentimentos. Mas de facto não é, como bem diz Norbert Bilbeny, "é bom e desejável" que a justiça inclua a compaixão como cuidado existencial[92]. "A compaixão […] move-nos para a Justiça"[93]. No caso da pobreza – sobretudo atendendo ao fenómeno de aporofobia desenvolvida pela sociedade e aos mitos que acabam por conduzir naturalmente a soluções jurídicas penalizadoras para quem está numa situação de extrema vulnerabilidade – é extremamente importante assumir um papel militante. A falta de compaixão conduz-nos naturalmente a um trato cruel. "A aporofobia tem bases cerebrais e sociais que, felizmente, podem ser modificadas, e os caminhos mais adequados para essa transformação são a educação, entendida em sentido amplo, e a construção de instituições económicas, políticas e sociais capazes de promover o respeito à igual dignidade de cada uma das pessoas concretas", como nos recorda Adela Cortina[94].

O Direito da Compaixão que proponho deve assentar em dois eixos principais. O primeiro eixo deve consistir numa aposta e promoção de instituições públicas, financiadas por receitas públicas, que contribuam

---

[91] Martins (no prelo).
[92] Bilbeny (2015), p. 195.
[93] *Ibidem*.
[94] Cortina (2020), Capítulo 5.

para uma eliminação da pobreza. Deveria haver um consenso de que a provisão pública é melhor do que a caridade privada a resolver o tema da pobreza. O segundo eixo deste Direito deve assentar na promoção ativa do igual tratamento de todos os cidadãos.

Com base nestas ideias, enuncio os mais relevantes elementos que integram este Direito da Pobreza, os quais desenvolverei posteriormente.

a) *A defesa do RSI como garantia mínima de cidadania.*

Como defendi em *A Despesa Pública Justa* o Estado tem como dever – e deveria assumi-lo como despesa pública prioritária – o pagamento de um mínimo existencial para aqueles que não têm outros meios para o fazer. "O direito a uma vida minimamente condigna deve ser encarado pelo Estado como uma despesa de inscrição prioritária, até mesmo à frente das despesas decorrentes de leis e de contratos que nos termos da Constituição pareciam ser as únicas limitações ao legislador orçamental. Isto porque […] esta é uma despesa que deve ser considerada isenta da invocação da *reserva do financeiramente possível.*"[95]

A esta luz, o RSI deve, portanto, ser encarado despesa pública prioritária, oferecida como garantia mínima de cidadania[96].

b) *O reconhecimento da necessidade recetiva como conteúdo mínimo dos direitos sociais*.

Também no sentido da erradicação da pobreza, o Estado deveria assumir uma ideia de prioridade na prestação de serviços públicos àqueles que mais necessitam. Esta ideia deveria ser traduzida no conteúdo mínimo dos direitos sociais.

Como defendi em *A Despesa Pública Justa*, "quem tem capacidade para aceder aos bens que também são objecto de prestação pública, não deve ser objecto de prioridade no que toca à definição dos deveres despesa pública. A despesa deve ser, antes de mais, feita em relação àqueles que demonstrem, quer incapacidade para a fazer, quer quem sem essas prestações poderiam ficar numa situação de vulnerabilidade."[97]

---

[95] Martins (2016), pp. 368 e 369.
[96] Martins (2017).
[97] Martins (2016), p. 414.

Com esta ideia, defendo uma certa degressividade na prestação pública de bens: "assim como aqueles que têm maior rendimento devem contribuir mais para o bolo de receitas tributárias, inversamente aqueles que podem ficar expostos a situações de vulnerabilidade deveriam poder receber com prioridade e mais do Estado"[98].

Trata-se, mais uma vez, de colocar o Direito ao serviço da Justiça, promovendo uma especial atenção ao cuidado existencial de todos. Numa lógica personalista e personalizante, a prioridade deve ser prestação de bens essenciais a pessoas que ou não possam aceder a eles ou que podendo teoricamente aceder a eles, fiquem na prática – e por terem suportado essa despesa – ou incapacitadas de prover às suas necessidades elementares ou expostas a situações que façam perigar uma vida condigna.

c) *A proteção da presença dos mais pobres no espaço público.*

No sentido da educação para formação de cidadãos compassivos, é preciso que a sociedade proteja a presença dos mais pobres no espaço público.

O tratamento dado a todos os cidadãos deve ser respeitador da igualdade e dignidade de todos. Sabendo do preconceito e mitos que rodeiam os pobres, o Estado deveria promover ativamente o tratamento neutro e respeitador dos mais pobres e vulneráveis da sociedade, formando as autoridades para lidar com os mais pobres do espaço público e impedindo, nomeadamente, os agentes policiais de enxotarem ou mesmo deterem, sem razão, os pedintes e sem-abrigo, para não incomodarem as demais pessoas com os seus pedidos ou histórias de vida[99].

A presença dos mais pobres no espaço público é essencial para permitir a todos uma tomada de consciência do número de pessoas desfavorecidas que fazem parte da comunidade e até das insuficiências da atuação das entidades públicas no que toca à resolução dos problemas da pobreza. Quem sabe até se "a mendicidade pode

---

[98] Martins (2016), p. 415.

[99] V. sobre a ideia de neutralidade e sobre o entendimento que se vem desenvolvendo em torno do Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América Reed v. Town of Gilbert (2015) – Lauriello (2016).

provocar a reflexão dos outros, e mesmo a ação, desafiando crenças ou estilos de vida"[100/101].

d) *A proteção do discurso de pobreza à luz da liberdade de expressão.*

O Direito de Compaixão não ficaria completo sem o reconhecimento do discurso de mendicância como um discurso protegido à luz da liberdade de expressão.

Que discurso é este? Tudo aquilo que envolva a passagem da mensagem "Sou pobre e preciso de dinheiro", envolvendo mesmo o reconhecimento como liberdade de expressão de certas práticas discursivas que não envolvam a utilização de palavras: a mão ou o copo estendido na nossa direção; a apresentação de fotografias de crianças; a apresentação de feridas, deformações ou aleijões, mesmo que causem incómodo ou choque a quem passa.

Como afirmou o Tribunal Constitucional austríaco, "o facto de tais comunicações serem vistas como assediantes, e em certas circunstâncias também como perturbadoras ou chocantes, não altera a proteção fundamental de tal comportamento comunicativo pelo artigo 10.º da CEDH [Convenção Europeia dos Direitos do Homem]"[102].

O reconhecimento deste discurso à luz da liberdade de expressão deveria culminar na proibição da adoção de toda e qualquer medida, por parte do Estado, que de alguma forma procurasse contrariar/proibir ou limitar um comportamento que tenha como manifestação este discurso protegido.

Como defendemos no comentário ao Acórdão Lacatus c. Suíça, o reconhecimento claro do discurso de mendicância à luz da liberdade de expressão teria como efeito obrigar os Estados a repensar toda e qualquer forma de criminalização da mendicidade. Obrigaria a repensar até nos casos de criminalização da mendicidade agressiva, de forma a não impedir a comunicação das necessidades quando as pessoas estão mais vulneráveis[103].

---

[100] HERTIG e FORT (2012), p. 109.

[101] MARTINS (no prelo).

[102] Acórdão do Tribunal Constitucional Austríaco de 30 de junho de 2012.

[103] MARTINS (no prelo).

Bibliografia:

Abreu, Laurinda, "Repressão e controlo da mendicidade no Portugal Moderno" in Abreu, Laurinda (ed.), – *Asistencia y Caridad como Estratégias de Intervención Social: Iglesia, Estado y Comunidad* (s. XV-XX), Universidad del País Vasco, 2007.

Alesina, Alberto e Glaeser, Edward L., "Why are welfare states in the US and Europe so different? What do we learn?", *Horizons stratégiques* 2006/2 (n.º 2), pp. 51 à 61 (disponível em https://www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2006-2-page-51.htm).

Antunes, Ricardo, "Classes sociais e a desigualdade na saúde", *CIES e-WORKING PAPER* N.º 85/2010, disponível em https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/1610/1/CIES-WP85%20Antunes.pdf.

Beveridge Report 1942 (disponível em http://pombo.free.fr/beveridge42.pdf).

Bilbeny, Norbert, *Justicia Compasiva. La Justicia como cuidado de la existencia*. Madrid: Tecnos, 2015.

Bismark's Proclamation on Social Policy de 17.11.1881 (disponível em https://ghdi.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=1808&language=english).

Bradshaw, Jonathan, *Methodologies to measure poverty: more than one is best!*, Paper for International Symposium Poverty: Concepts and Methodologies. Mexico City, março 28/29 2001 (disponível em https://www.bristol.ac.uk/poverty/pse/conf_pap/mex01_jrb.pdf).

Branco, Rui, *Proteção Social no Portugal Democrático – Trajetórias de Reforma*. Lisboa: FFMS, 2022.

Brochado, Ana, Santos, Maria, Oliveira, Fernando e Esperança, José, "Gambling behavior: Instant versus traditional lotteries", *Journal of Business Research*, Volume 88, July 2018, pp. 560-567.

Chagas, Bernardo T., Gomes, J. F. S., Griffiths e Mark D., "Consumer Profile Segmentation in Online Lottery Gambling Utilizing Behavioral Tracking Data from the Portuguese National Lottery", *Journal of Gambling Studies*, Sep2022, (pages 917 to 939).

Cooper, Christian, "Why poverty is like a disease?" (*Nautilus*, 17 April 2017, disponível em https://www.deepl.com/translator#en/pt/and%20make%20you%20more%20likely%20to%20take%20outsized%20risks).

Conraria, Luís Aguiar, "Como por os mais pobres a pagar mais impostos? A Santa Casa da Miséria explica" (disponível em https://expresso.pt/opiniao/2020-02-29-Como-por-os-mais-pobres-a-pagar-mais-impostos--A-Santa-Casa-da-Miseria-explica).

Cortina, Adela, *Aporofobia: um desafio para a democracia*. São Paulo: ContraCorrente, 2020 (versão digital sem indicação do número de páginas).

European Comission – *The measurement of extreme poverty in the European Union,* 2011, pp. 8 e 9.

Gordon, David e Pantazis, Christina (eds.), *Breadline Britain in the 1990's*, Bristol: Summerleaze House Books, 1997 (disponível em https://www.poverty.ac.uk/

sites/default/files/attachments/Breadline%20Britain%20in%20the%201990s%20%28Gordon%20%20Pantazis%201997%29_0.pdf).

HERTIG, Maya e FORT, Olivia Le, "L'interdiction de la mendicité à l'épreuve desdroits fondamentaux", in *Tangram*, 2012, n.º 30, pp. 107-112 (disponível em http://archive--ouverte.unige.ch/unige:42829).

LAURIELLO, Anthony D., "Panhandling Regulation after Reed v. Town of Gilbert", in *Columbia Law Review*, vol. 116, 2016 (disponível em https://columbialawreview.org/content/panhandling-regulation-after-reed-v-town-of-gilbert/).

LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

MACK, J. e LANSLEY, S. *Poor Britain*, London, George Allen & Unwin, 1985 (disponível em https://www.poverty.ac.uk/free-resources/poor-britain).

MARC, Céline, PORTELA, Mickaël, HANNAFI, Cyrine, LE GALL, Rémi, RODE, Antoine e LAGUÉRODIE, Stéphanie, "Quantifier le non-recours aux minima sociaux en Europe. Un phénomène d'ampleur qui peine à susciter le débat" in *Les dossiers de la Drees*, n.º 94, mars 2022, p. 9 (disponível em https://drees.solidarites-sante.gouv.fr/sites/default/files/2022-03/DD94.pdf).

MARTINS, Maria d'Oliveira, *A Despesa Pública Justa: Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública*. Coimbra: Almedina, 2016.

MARTINS, Maria d'Oliveira, "A criminalização da mendicância e o Acórdão Lacatus c. Suíça do TEDH tomado como uma oportunidade perdida numa defesa intransigente da dignidade dos mais pobres", *in* Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria da Glória Dias Garcia"? (no prelo).

MARTINS, Maria d'Oliveira, "RSI: Cidadania menor?" in *Jornal Económico*, 25.08.2017 (disponível em https://jornaleconomico.pt/noticias/rsi-cidadania-menor-200924/).

MARTINS, Maria d'Oliveira, "A fome e os deveres do Estado", in *Expresso* 01.12.2022 (disponível em https://expresso.pt/opiniao/2022-12-01-A-fome-e-os-deveres-do-Estado-139f4b20).

MÓNICA, Maria Filomena, *Os pobres*, Lisboa: A esfera dos livros, 2016.

ODENORE, *L'envers de la "fraude sociale"*, Paris: La Découverte, 2012.

OBSERVATÓRIO NACIONAL DE LUTA CONTRA A POBREZA, Relatório de 2022 "Pobreza e Exclusão Social em Portugal", 2022.

QUIGLEY, William P. (1997) "Five Hundred Years of English Poor Laws, 1349-1834: Regulating the Working andNonworking Poor", *Akron Law Review*, Vol. 30 : Iss. 1 , Article 4, pp. 5 a 7 (disponível em: http://ideaexchange.uakron.edu/akronlawreview/vol30/iss1/4).

RODE, Antoine, "La quantification du non-recours en Europe. Historique et principales «scènes de production» des mesures réalisées dans 5 pays européens", 12 | 2022|Working Paper # 34 – ODENORE (Observatoire des non-recours aux droits et services) (disponível em https://odenore.msh-alpes.fr/sites/odenore/files/Mediatheque/quantification_du_non-recours_rode_wp_34_odenore.pdf).

RODRIGUES, Carla, PARENTE, Paulo e D'UVA, Teresa Bago – "Efeito distributivo do aumento da taxa normal do IVA", novembro de 2002 (disponível em https://www.gpeari.gov.pt/documents/35086/160446/w-paper30.pdf/f9d6b396-dc8d-532e-f830-d763f050f463?t=1616421021399).

RODRIGUES, Carlos Farinha, (Anti-poverty effectiveness and efficiency of the Guaranteed Minimum Income Programme in Portugal), Instituto Superior de Economia e Gestão – DE *Working papers* n.º 8-2001/DE/CISEP, 2001.

RODRIGUES, Carlos Farinha, (Efficacy of anti-poverty and welfare programs in Portugal: the joint impact of the CSI and RSI), Setembro 2009, disponível em https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/1734/1/getFile%20Farinha.pdf.

ROWTREE, Seehohm, *Poverty – A study of Town Life*, New York: Macmillan and Co., Limited, 1901 (disponível em https://wellcomecollection.org/works/cv2ekdg7/items?canvas=11).

SCHOLZ, Wolfgang, "Financing social security out of contributions: About origins, present discussions and prospects of a success story" in *International Social Security Review*, Vol. 68, 4/2015.

SIGERIST, Henry E., "From Bismarck to Beveridge: Developments and Trends in Social Security" *in* Legislation in *Journal of Public Health Policy* , 1999, Vol. 20, No. 4 (1999), pp. 474-496.

STRICKLAND, Eliza, "How Poverty Changes Kid's Brains" (entrevista a Kimberle Noble, pediatra e neurocientista, na Columbia University) *in* Nautilus, 14 Dec., 2015 disponível em https://nautil.us/how-poverty-changes-kids-brains-235733/?_sp=3a89d0f3-3c48-407d-9895-f2fd1ea1b15d.1675075978278).

TOWNSEND, Peter, *Poverty in the United Kingdom: a Survey of Household Resources and Standards of Living*, Middlesex, New York, Victoria: Penguin Books, 1979 (disponível em https://www.poverty.ac.uk/system/files/townsend-book-pdfs/PIUK/piuk-whole.pdf).

RAVALLION, Martin, *Poverty Lines across the World,* Policy Research Working Paper 5284, 2010 (disponível em https://documents1.worldbank.org/curated/en/298951468174919253/pdf/WPS5284.pdf).

VILAVERDE, Daniela e MORGADO, Pedro, "Scratching the surface of a neglected threat: huge growth of Instant Lottery in Portugal", 2020, excerto disponível em https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S2215-0366%2820%2930039-0.

WILSON, James Q. e KELLING, George, "Broken Windows", in *The Atlantic*, de março de 1982 (disponível em http://faculty.washington.edu/matsueda/courses/371/Readings/Wilson%20and%20Kelling%20(1982).pdf).

Em Tema de Ordem Pública*

Nuno Manuel Pinto Oliveira**

SUMÁRIO: 1. O conceito de ordem pública *no direito privado comparado. 2. O aparecimento da* ordem pública *no Código Civil francês de 1804. 3. O desaparecimento da* ordem pública *no Código Civil alemão de 1900. 4. O conceito de* ordem pública *no direito privado português. 5. O desaparecimento da* ordem pública *no Código Civil português de 1867. 6. O reaparecimento da* ordem pública *no Código Civil português de 1966. 7. (Cont.) Coordenação entre a* ordem pública *e a* ordem de valores *constitucionais. 8. Os problemas causados pelo modelo dualista do Código Civil português. 9. (Cont.) O abandono doutrinal e jurisprudencial dos modelos dualistas. 10. (Cont.) O abandono legislativo dos modelos dualistas. 11. Coordenadas para um desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial do direito civil português. 12. (Cont.) Consequências de um desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial do direito civil português – em especial, a* superação *da assimetria entre os artigos 81.º, n.º 1, e 340.º, n.º 2, do Código Civil.*

1. O conceito de *ordem pública* no direito privado comparado

O artigo 280.º do Código Civil, ao declarar nulos os negócios jurídicos contrários aos bons costumes ou à ordem pública, encontra correspondência em todos os sistemas jurídicos.

Qualquer que seja o sistema, de *civil law* ou de *common law*, o princípio da invalidade ou da ineficácia dos actos jurídicos e, em especial,

---

Por opção do autor, o presente texto não segue o novo acordo ortográfico.

* O presente texto teve como ponto de partida a comunicação apresentada no dia 6 de Julho de 2023. O autor agradece o comentário da Professora Doutora Elsa Vaz de Sequeira, as intervenções do Professor Doutor Jorge Pereira da Silva e do Professor Doutor António Cortês, que participaram presencialmente na sessão, e as intervenções do Dr. Evaristo Mendes e da Professora Doutora Ana Filipa Morais Antunes, que participaram à distância, através da plataforma *zoom*.

** Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Professor catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho (com contrato na situação prevista no artigo 73.º do ECDU).

dos negócios jurídicos *contrários à lei* é completado por conceitos indeterminados, como os *bons costumes* ou a *ordem pública*[1]. O Código Civil francês de 1804 declarava inválidos os contratos cuja causa fosse ilícita, porque contrária aos bons costumes ou porque contrária à ordem pública; o Código Civil alemão de 1900 deixou cair a ordem pública, declarando inválidos, nulos, tão-só os contratos cujo conteúdo seja ilícito, porque contrário aos bons costumes.

Entre os dois modelos, entre o *modelo dualista* do Código Civil francês de 1804 e o *modelo monista* do Código Civil alemão de 1900[2], o Código Civil italiano de 1942 ou o Código Civil português de 1966 conservaram o modelo dualista, continuando a distinguir a contrariedade aos bons costumes e a contrariedade à ordem pública[3].

Em Inglaterra, ainda que não sejam convocados os bons costumes e a ordem pública, há algum consenso em torno da invalidade dos contratos contrários à *public policy*[4].

Embora o termo *public policy* cause a impressão de estar mais próximo da *ordem pública*, os autores ingleses distinguem, dentro dos actos contrários à *public policy*, os acordos para a prática de um acto ilícito[5], os acordos contrários ao funcionamento das instituições políticas (*agreements which tend to injure good government*)[6] ou das instituições

---

[1] Sobre a invalidade ou ineficácia por contrariedade aos bons costumes ou à ordem pública, *vide*, por todos, Zimmermann (1992), p. 697-715; Zweigert/Kötz (1996), p. 374-382; Kötz (1994), p. 209-231; Meinertzagen-Limpens (1995), p. 219-25; Kötz (2009), ou Kötz (2012); Infante Ruiz/Oliva Blázquez (2009), p. 1-58; Terlizzi (2016), p. 15-26; ou Colombi-Ciacchi (2021), p. 3-14.

[2] Expressões de Canovas (1963), p. 783-820.

[3] Entre os afloramentos mais recentes do modelo dualista está o anteprojecto de um Código europeu dos contatos: O art. 2.º do anteprojecto dizia que as partes podem determinar livremente o conteúdo do contrato, dentro dos limites impostos pelas normas imperativas, pelos bons costumes ou pela ordem pública; o art. 30.º diz que o conteúdo do contrato é lícito quando não seja contrário aos bons costumes, à ordem pública ou às normas imperativas, designadamente às disposições comunitárias ou às disposições nacionais; e o art. 140.º, que um contrato é nulo quando seja contrário aos bons costumes, à ordem pública ou a uma norma imperativa disposta para a protecção do interesse geral ou de interesses particulares, em «situações de importância social primária» [cf. Gandolfi (2004)].

[4] Sobre a *public policy* do direito inglês, *vide* por todos Menezes Cordeiro (2017), p. 109-117; Atiyah (1995), p. 341-354; Beatson/Burrows/Cartwright (2010), p. 379-438; ou McKendrick (2013), n.os 8.211-8.266.

[5] Cf. Beatson/Burrows/Cartwright (2010), p. 385-386.

[6] Cf. Beatson/Burrows/Cartwright (2010), p. 388.

judiciais (*agreements which tend to pervert the course of justice*)[7], e os acordos contrários aos valores éticos e/ou aos valores morais de uma sociedade (*agreements which are contrary to good morals*)[8] – conceito em tudo semelhante ao de acordos, ou de contratos, contrários aos bons costumes[9].

2. O aparecimento da *ordem pública* no Código Civil francês de 1804

I. – Em *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Jean Domat enunciava, entre os princípios gerais relativos às *convenções*, ou às *obrigações convencionais*, o de que as convenções ou contratos têm o valor de leis[10] e o de que, para que os contratos tenham o valor de leis, os contraentes têm o dever de nada fazer que ofenda, ou que possa ofender, a ordem pública[11]. O conceito de contrariedade à ordem pública ou de ofensa à ordem pública compreendia a violação de deveres para com terceiros e a violação de deveres para consigo próprio: compreendida a violação de deveres para com terceiros, porque «a vinculação (*engagement*) de cada particular àquilo que diz respeito à ordem social de que faz parte [obriga-o] a nada fazer em relação aos outros (*à l'égard des autres*) que ofenda (*qui blesse*) tal ordem»; compreendia a violação de deveres para consigo próprio, porque a vinculação (*engagement*) de cada particular àquilo que diz respeito à ordem social «obriga-o também a conter-se a si mesmo (*en son rang*); de tal maneira que não faça um mau uso nem de si mesmo, nem daquilo que é seu. Porque ele é na sociedade aquilo que um membro é no seu corpo»[12]. Entre os dois elementos, entre a violação de deveres para com terceiros e a violação de deveres para consigo próprio, Domat como que subvalorizava ou primeiro, para sobrevalorizar o segundo:

---

[7] Cf. BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2010), p. 389-393.

[8] Cf. BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2010), p. 393.

[9] Em *The German Law of Contract*, Markesinis traduz a fórmula do § 138 do Código Civil alemão – *Sittenwidrigkeit* – por nada mais nada menos que… contrariedade à *public policy* [cf. MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006), p. 247 ss.].

[10] DOMAT (1689), p. 25 – em que a primeira regra é a de que *les engagements tiennent lieu de lois.*

[11] DOMAT (1689), p. 25 – em que a terceira regra é *ne faire rien en son particulier qui blesse l'ordre public.*

[12] DOMAT (1689), p. 25.

> «aquele que, sem fazer mal aos outros (*sans faire tort à autrui*) caiu em algum comportamento desregrado (*dans quelque deréglement*) que ofenda o público, seja nas suas pessoas, seja nos seus bens, como aqueles que se desesperam, aqueles que blasfemam ou aqueles que juram, aqueles que dispõem prodigamente dos seus bens (*ceux qui prodiguent leurs biens*), todos aqueles, enfim, que violam os bons costumes, o pudor ou a honestidade de uma maneira que ofende (*blesse*) a ordem exterior, são justamente punidos pelas leis civis, segundo a qualidade do seu comportamento desregrado (*de son derèglement*)»[13, 14, 15].

Inspirando-se, em alguma medida, em Domat, os projectos de Código Civil francês colocam a ordem pública como limite da autonomia privada.

O termo surgia sobretudo em duas disposições – no artigo 6, no quadro das *disposições gerais*, e no artigo 1133, no quadro das disposições específicas sobre as *obrigações convencionais* ou *obrigações contratuais* e, em particular, sobre a *licitude* ou *ilicitude da causa* como *condição de validade* do contrato. O artigo 6 dizia que não pode derrogar-se, por convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes: *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*. Em complemento do artigo 6, relativo à *publicação*, aos *efeitos* e à *aplicação das leis em geral*, o artigo 1133, relativo aos *contratos*, às *obrigações convencionais* ou às *obrigações contratuais*, pronunciava-se sobre a *causa* e, em especial, sobre a *ilicitude da causa.* O n.º 1 do artigo 1133 dizia que *a causa ilícita anula a convenção* e o n.º 2 do artigo 1133, que *a causa é ilícita, quando seja proibida por lei, contrária aos bons costumes ou à ordem pública: La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*.

---

[13] Domat (1689), p. 25.

[14] Em todo o caso, no Capítulo XI, Domat retoma o termo *ordem pública*, para o articular com a distinção entre o *direito público* e o *direito privado* e para definir as leis de *direito público* ou de *ordem pública* como as «leis de Estado», ou seja, aquelas que disciplinam os cargos públicos, as leis e os regulamentos de polícia [Domat (1689), pág. 94].

[15] Sobre o contributo de Domat para o conceito de *ordem pública*, *vide* por todos Barcellona (2021).

Enquanto o artigo 6 do Código Civil francês de 1804 teve uma história atribulada, difícil[16], o artigo 1133 teve uma história fácil, quase que uma história demasiado fácil – o projecto apresentado por Bigot-Préameneu fazia referência à causa ilícita no artigo 30[17] e foi aprovado pelo Conselho de Estado, sem discussão[18].

II. – Esquecendo as histórias fáceis, demasiado fáceis, diremos qualquer coisa sobre a história difícil do artigo 6[19]:

a) Em 24 de Thermidor do ano 8 [no nosso calendário: em 12 de Agosto de 1800], Portalis apresentou o primeiro projecto relativo às *disposições gerais* do Código Civil francês.

O artigo 9 pronunciava-se sobre as leis que interessavam *ao público*, sem se referir à *ordem*:

> «*La contravention des dispositions qui intéressent le public ou les bonnes mœurs ne pourra être couverte par des conventions ou par des fins de non recevoir*»[20].

A tradução do primeiro termo da alternativa contido no artigo 9 do projecto apresentado por Portalis – *ne pourra être couverte par des conventions* – é relativamente fácil. O artigo 9 do projecto, ao dizer «*[l]a contravention des dispositions qui intéressent le public ou les bonnes mœurs ne pourra être couverte par des conventions*», pode traduzir-se por «[a] contravenção das disposições que interessam ao público ou aos bons costumes não pode ser coberta por convenções» – não pode deixar de ser proibida e passar a ser permitida, por efeito de uma convenção. A tradução do primeiro termo da alternativa contido no artigo 9 – *ou par des fins de non recevoir* –, essa, é absolutamente difícil. O conceito de *fins de non recevoir* designava todos os limites aos poderes de cognição do juiz, todos os limites à admissibilidade das acções, todos os

---

[16] FENET (1836), *passim*.

[17] FENET (1836a), p. 8.

[18] FENET (1836a), p. 54.

[19] Sobre a história dos artigos 6 e 1133 do Código Civil francês de 1804, *vide*, p. ex., FERRARA (1914), p. 46-50, ou CASTRO (1982), p. 987-1086 (1017-1020).

[20] FENET (1836), p. 16.

limites à admissibilidade dos recursos[21]. O artigo 9 do projecto, ao dizer «*[l]a contravention des dispositions qui intéressent le public ou les bonnes mœurs ne pourra être couverte* […] *par des fins de non recevoir*», poderá traduzir-se por «a contravenção das disposições que interessam ao público ou aos bons costumes não pode ser coberta por disposições processuais sobre os limites dos poderes de cognição do juiz, ou sobre a admissibilidade da acção, ou sobre a admissibilidade do recurso».

Boulay de la Meurthe propôs uma reformulação do texto, para que ficasse redigido em termos mais simples: «*Il ne peut être dérogé par des actes particuliers aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*»[22] – não pode derrogar-se, por actos particulares, as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes.

Entre as diferenças mais ou menos sensíveis entre as duas disposições estava a de substituir *lois qui intéressent le public* por *lois qui intéressent l'ordre public.*

A reformulação proposta por Boulay foi aprovada, sem discussão – ou, em todo o caso, sem discussão digna de reprodução nas actas dos trabalhos preparatórios do código[23]. O termo *ordem pública*, ausente do projecto de Portalis, entrava nos projectos de código, sem que para o novo termo fosse apresentada qualquer *explicação* ou *justificação*.

O conceito de *ordem pública* era um *critério de qualificação* das leis – de algumas leis: as leis que interessassem à ordem pública seriam imperativas, não poderiam ser derrogadas por actos particulares, como, p. ex., por contratos; as leis que não interessassem à ordem pública seriam dispositivas – poderiam ser derrogadas por actos particulares.

Como critério de qualificação, designaria uma «espécie particular de leis»[24].

b) O artigo 8 dos projectos apresentados ao Tribunado no dia 14 de Thermidor do ano 9 [2 de Agosto de 1800], no dia 4 de Fructidor do ano 10 [22 de Agosto de 1801] e na sessão do *corps législatif* do dia 3 do Frimário do ano 10 [2 de Novembro de 1801] correspondia ao artigo 9 do projecto apresentado por Portalis, com a redacção de Boulay.

---

[21] Federico de Castro traduz *fins de non recevoir* por *desestimación*, ou seja, por não conhecimento do objecto da acção ou do recurso [Castro (1982), pág. 1018].

[22] Fenet (1836), p. 16.

[23] Fenet (1836), p. 16.

[24] Expressão do Tribuno Andrieux – *apud* Fenet (1836), p. 67.

O facto de o artigo 8 convocar conceitos indeterminados, como *bons costumes* e como *ordem pública*, e sobretudo o facto de o artigo 8 distinguir entre leis *que são de ordem pública* e leis *que não são de ordem pública*, entre leis *que interessam à ordem pública* e leis *que não interessam à ordem pública*, entre leis que, por interessarem à ordem pública, *são imperativas* ou *injuntivas* e leis que, por não interessarem à ordem pública, *não são imperativas*, *não são injuntivas,* foram causa de *controvérsia*.

O Tribuno Andrieux criticava-o dizendo que era «mais um axioma do direito que um artigo de uma lei»[25]. Entre os corolários da sua natureza, mais de *axioma* que de *artigo*, mais de axioma *do direito* do que de artigo *de uma lei* encontrar-se-iam os dois seguintes:

Encontrar-se-ia, em primeiro lugar, a falta de clareza, de precisão e de rigor.

Em consequência da sua falta de precisão e da sua de rigor, engendraria a *confusão* entre as convenções contrárias *aos bons costumes* e as convenções contrárias *às leis que interessam aos bons costumes* ou entre as convenções contrárias *à ordem pública* e as convenções contrárias *às leis que interessam à ordem pública*.

Encontrar-se-ia, em segundo lugar, e sobretudo, a *desvalorização da função legislativa*, degradada a uma função que põe a valer leis que podem ou não ser de ordem pública e, por isso, que podem ou não ser inderrogáveis por actos particulares.

«Qual é esta espécie particular de leis? Que é *interessar à ordem pública*? Que é *interessar aos bons costumes?*», perguntava Andrieux[26], para sugerir que as expressões da lei não tinham *sentido* ou, em todo o caso, não tinham nenhum sentido *útil*.

Embora «suficientemente inteligíveis para entrar na discussão ordinária», as expressões do projecto não seriam «suficientemente precisas para entrar na redacção de uma lei»[27].

A prova provada da falta de precisão das expressões legais estaria em que «alguém poderia ser admitido a provar, perante um tribunal, que […], [ainda que] a convenção [fosse] contrária aos bons costumes, que

[25] FENET (1836), p. 67.
[26] FENET (1836), p. 67.
[27] FENET (1836), p. 67.

ela não derroga nenhuma lei»[28] – ou que, ainda que a convenção fosse contrária à ordem pública, ela não derroga nenhuma lei.

O artigo 8 do projecto apresentado associava confusamente os *bons costumes,* a *ordem pública* e a *lei*; sugeria que as convenções contrárias aos bons costumes só seriam inválidas, só seriam nulas, se infringissem uma lei que interessasse aos bons costumes; sugeria, sobretudo, que as convenções contrárias à ordem pública só seriam inválidas, só seriam nulas, se infringissem uma lei que interessasse à ordem pública.

Andrieux sustentava ou sugeria que nenhuma das duas coisas fazia sentido.

As convenções contrárias aos bons costumes seriam, deveriam ser, sempre inválidas; seriam, deveriam ser, sempre nulas – ninguém deveria ser admitido a provar que uma convenção contrária aos bons costumes não era inválida, não era nula, por não derrogar nenhuma lei. Embora *formalmente* apresentado para o caso das convenções contrárias aos bons costumes, e só para as convenções contrárias aos bons costumes, o argumento procedia, *material* ou *substancialmente*, para o caso das convenções contrárias à ordem pública. As convenções contrárias à ordem pública seriam, deveriam ser, sempre inválidas; seriam, deveriam ser, sempre nulas – ninguém deveria ser admitido a provar que uma convenção contrária à ordem pública não era inválida, não era nula, por não derrogar nenhuma lei. Independentemente da associação ou da dissociação entre os bons costumes, a ordem pública e a lei, Andrieux sustentava ou, em todo o caso, sugeria que *todas as leis*, sem excepção, *interessam à ordem pública*: «segundo a redacção [do artigo 8], alguém poderia ser admitido a provar, perante um tribunal, que a lei à qual a convenção impugnada é contrária não seria uma lei que interessa à ordem pública»[29] – e ninguém deveria ser admitido a prová-lo, porque *toda a lei interessa à ordem pública*.

Em conclusão – «[o] projecto de lei [seria], em geral, incoerente, desordenado, [estaria] deslocado no início do código e [em todo o caso seria] indigno de aí figurar»[30].

Inspirado por Andrieux, o Tribunado pronunciou-se pela *rejeição* do projecto – e Napoleão, preocupado com o *sucesso* ou *insucesso* do

[28] Fenet (1836), p. 67-68.
[29] Fenet (1836), p. 67-68.
[30] Fenet (1836), p. 68.

código, do *seu* código civil, suspendeu os trabalhos durante algum tempo (cerca de seis meses).

III. – A alegação de falta de precisão ou de rigor poderia ter uma resposta – e teve-a.

O Tribuno Demeunier explicava que o artigo 8 significava, em substância, a devolução da competência para decidir sobre a validade ou invalidade dos contratos aos tribunais:

> «Os tribunais dirão [aquilo que interessa à ordem pública e aos bons costumes] em público, num juízo fundamentado, e o tribunal de cassação, regulador supremo nesta matéria, confirmará ou anulará as suas decisões»[31].

A alegação de que, em consequência da falta de precisão e de rigor, o artigo 8 confundia *bons costumes* e *leis que interessam aos bons costumes*, *ordem pública* e *leis que interessam à ordem pública*, essa, só com dificuldade podia ter uma *resposta satisfatória.*

Portalis, ao defender o projecto perante o *corps législatif*[32, 33], dispensava-se de sustentar, ou sequer de sugerir, que a fórmula «leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes» fosse uma fórmula correcta; precisa e rigorosa. A *ordem pública* era representada como o fim de toda a política – logo, de todas as leis: «A manutenção da ordem pública [seria], numa sociedade, a lei suprema»[34] – daí que «[n]ão [fosse] senão para manter a ordem pública que há governo e que há leis»[35].

Em tema de *bons costumes*, Portalis dizia algo que não estava dito no projecto.

---

[31] FENET (1836), p. 93.

[32] Em sessão do *corps législatif* de 23 do Frimário do ano 10 [14 de Dezembro de 1802].

[33] O texto do projecto era em tudo igual àquele que tinha sido apresentado e rejeitado pelo Tribunado – desvalorizando-se todas as propostas de correcção, ainda que tivessem sido apresentadas pelos tribunos que tinham votado a favor do projecto, como, p. ex., a proposta do Tribuno Portier no sentido de se substituir a expressão «*qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*» pela expressão «*qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs*», explicada, em termos muito razoáveis, com o argumento de que «uma das duas circunstâncias será suficiente para que se dê como nula a convenção concluída» [*vide* FENET (1836), p. 228].

[34] FENET (1836), p. 362.

[35] FENET (1836), p. 361.

Em vez de uma *associação* entre os *bons costumes* e a *lei*, Portalis preconizava uma *dissociação* – as convenções contrárias aos bons costumes «[seriam] proscritas em todas as nações polidas (*policées*)»[36], em consequência, só poderiam ser proibidas, ainda que não fossem contrárias à lei – ainda que não fossem contrárias a nenhuma lei.

Entre os bons costumes e a lei haveria uma relação de *complementaridade*: «Os bons costumes podem completar (*suppléer*) as boas leis […]. Se alguém pudesse ofendê-los pelas convenções, depressa a honestidade pública deixaria de ser mais que um nome e todas as ideias de honra, de virtude, de justiça, seriam substituídos pelas desordenadas combinações determinadas pelo interesse pessoal e pelos cálculos do vício»[37].

Em tema de *ordem pública*, Portalis não dizia nada que não estivesse dito – as convenções exprimiriam as *vontades particulares* e as leis exprimiriam a *vontade geral.*

> «Seria, portanto, impossível que se autorizasse entre os cidadãos convenções capazes de alterar, ou de comprometer, a ordem pública»[38].

O Tribuno Grenier confirmava o critério de Portalis, relacionando os *actos particulares* ou as *convenções particulares* com os *interesses privados* e a *ordem pública* com os *interesses públicos*; seria precisamente por terem por objecto *interesses particulares* que as *convenções particulares* exprimiram a *vontade particular* e seria precisamente por ter por objecto *interesses públicos* que as leis exprimiriam a *vontade geral.*

«A convenção não pode[ria] ter por objecto senão os interesses particulares»[39]; ora, como «[a]quilo que constitui a ordem pública é do interesse de todos»[40], a razão de ser da proibição das convenções contrárias à ordem pública seria (ou deveria ser) evidente – a convenção contrária à ordem pública é, e só pode ser, *proibida*, pela razão de que os interesses particulares não podem contrariar o interesse de todos.

Em todo o caso, sempre poderia perguntar-se duas coisas. Se a cláusula dos bons costumes devia autonomizar-se das leis como critério de decisão sobre a validade ou invalidade das convenções, por que não deveria

---

[36] Fenet (1836), p. 362.
[37] Fenet (1836), p. 362.
[38] Fenet (1836), p. 361-362.
[39] Fenet (1836), p. 367.
[40] Fenet (1836), p. 367.

autonomizar-se a ordem pública? Se as cláusulas dos bons costumes e da ordem pública deviam autonomizar-se das leis, por que não deveria o texto da lei dizer, simplesmente, convenções contrárias à ordem pública (em vez de convenções contrárias a leis que interessam à ordem pública)?

As palavras de Portalis sugeriam que os *bons costumes* fossem de *ordem pública* – ao afirmar que «[o]s bons costumes […] são o verdadeiro cimento da edifício social», que tudo aquilo que ofende os bons costumes ofende a natureza e que tudo aquilo que ofende a natureza ofende as leis[41], dava a impressão de proferir uma afirmação muito semelhante à de que que tudo aquilo que ofende os bons costumes ofende a ordem pública.

O Tribuno Faure, ao apresentar o projecto aprovado pelo Tribunado perante o *corps législatif*[42], confirmava-o, ao dizer que «[a]s razões da nulidade das convenções contrárias à ordem pública são as mesmas da nulidade das convenções contrárias aos bons costumes»[43]. Os bons costumes e a ordem pública prevaleceriam sobre os actos particulares, sobre as convenções particulares, por se referirem a *princípios* e a *valores* de toda a sociedade – as convenções contrárias aos bons costumes seriam inválidas, nulas, porque os bons costumes participariam da ordem pública e, participando da ordem pública, seriam inderrogáveis. Entre as consequências da proibição das convenções contrárias à ordem pública encontrar-se-ia a proibição das convenções contrárias aos bons costumes – a nulidade das convenções contrárias aos bons costumes seria a consequência, uma consequência necessária, da nulidade das convenções contrárias à ordem pública, e vice-versa: «*uma [seria] a dependência necessária da outra*»[44].

3. O desaparecimento da *ordem pública* no Código Civil alemão de 1900

I. – O § 106 do projecto apresentado pela 1.ª Comissão de redacção do Código Civil alemão dizia nulo o negócio jurídico cujo conteúdo contrariasse os bons costumes ou a ordem pública: *dessen Inhalts gegen die guten Sitten oder dir öffentliche Ordnung verstößt*[45].

---

[41] FENET (1836), p. 362.

[42] Em sessão do *corps législatif* de 14 do Ventoso do ano 11 [5 de Março de 1803].

[43] FENET (1836), p. 389.

[44] FENET (1836), p. 389.

[45] "Motive der 1. Komission", in: MUGDAN (1899), p. 359 ss. (406).

A Exposição de motivos do projecto começava por constatar que as demais legislações continham, tão-só, duas ou três regras sobre a contrariedade aos bons costumes – a regra da nulidade do negócio jurídico cujo objecto seja uma prestação contrária aos bons costumes, a regra da nulidade do negócio jurídico cuja eficácia estivesse subordinada a uma condição contrária aos bons costumes e as regras sobre a *conditio ob turpem causa:* «… em tudo o mais [*scl.*, em tudo o que não seja a nulidade do negócio jurídico cujo objecto seja uma prestação contrária aos bons costumes] limitam-se a dizer alguma coisa sobre as condições contrárias aos bons costumes e sobre a *conditio ob turpem causa*». Constatando-o, considerava a directriz traçada pelas demais legislações, designadamente pelo Código Civil francês como demasiado restritiva (*zu eng*).

Em primeiro lugar, deveria ampliar-se o alcance da cláusula geral dos bons costumes. Seriam, ou deveriam ser, nulos todos os negócios cujo *conteúdo* fosse contrário aos bons costumes, ainda que a contrariedade não decorresse de nenhuma *condição*. Em segundo lugar – em desenvolvimento apresentado como «um passo muito significativo do legislador, porventura não isento de objecções» –, deveria completar-se a cláusula geral dos bons costumes com a cláusula geral da ordem pública. Seriam, ou deveriam ser, nulos todos os negócios jurídicos cujo conteúdo fosse contrário à *ordem pública.*

Com a primeira, com a cláusula geral dos bons costumes, pretendia-se proibir os negócios jurídicos cujo conteúdo lesasse interesses éticos ou morais e com a segunda, com a cláusula geral da ordem pública, pretendia-se proibir os negócios jurídicos cujo conteúdo lesasse os interesses gerais do Estado – como, p. ex., os contratos cujo conteúdo lesasse a liberdade de iniciativa económica ou empresarial (*Gewerbefreiheit*).

A ordem pública abrangeria todos os princípios constitucionais[46], alguns princípios gerais de carácter económico e social e alguns princípios gerais de carácter político.

Entre os princípios constitucionais estariam sobretudo os princípios da liberdade pessoal e da liberdade de consciência e de religião[47]. Os princípios gerais de carácter económico e social seriam sobretudo

[46] SALEILLES (1901), p. 254-302 (269): «… todos os princípios gerais de carácter constitucional, servindo de fundamento à ordem social, industrial e política, como o princípio da liberdade individual, o da liberdade de consciência, o da liberdade económica e industrial, e outras concepções deste género…».

[47] *Vide* "Bericht der XII Kommission", in MUGDAN (1899), p. 964.

aqueles por que deveria disciplinar-se a *luta de classes* e garantir-se a protecção dos trabalhadores[48]. Entre os princípios gerais de carácter económico, os trabalhos preparatórios falavam sobretudo da liberdade de iniciativa económica ou empresarial (*Gewerbefreiheit*) e, entre os princípios gerais de carácter social, falavam sobretudo da liberdade sindical (*Koalitionsfreiheit*)[49]. Os princípios gerais de carácter político, esses, seriam sobretudo aqueles por que deveria disciplinar-se a *eleição* e o exercício das funções pelos titulares de órgãos *eleitos* – seriam sobretudo «[aquelas] concepções [dominantes] em matéria de moralidade política e eleitoral, tais como os princípios que asseguram a liberdade do direito de sufrágio e que condenam todos os contratos que sejam meios de corrupção política ou eleitoral»[50].

Em todo o caso, a 1.ª Comissão admitia que, com as duas grandes cláusulas gerais do § 106, *bons costumes* e *ordem pública*, se desenhava um amplo espaço (*Spielraum*) de discricionaridade judicial (*richterliche Ermessen*), «até agora [até então] desconhecida em tais grandes áreas do direito», e que, ao desenhar-se um amplo espaço de discricionaridade judicial, não se excluía (não poderia excluir-se) que houvesse erros[51].

II. – Os argumentos da 1.ª Comissão de redacção do código foram contestados.

Gierke, ainda que admitisse a contraposição entre a ordem jurídica e a ordem ética[52] e definisse a contrariedade à ordem jurídica em termos amplos, como consequência de um *juízo de desvalor*[53], criticava o conceito de ordem pública como «completamente indeterminado»[54] e, em termos em tudo semelhantes a Gierke, Zitelmann considerava que o conceito de ordem pública era desnecessário: Ou bem que a ordem pública é ordem

---

[48] SALEILLES (1901), p. 269: «… abstraindo de todas as alterações da constituição política, [o conceito de ordem pública designaria concepções económicas, políticas e sociais] de natureza, no terreno puramente social, a enriquecer-se constantemente de novos princípios, no que respeita às garantias que devem dominar e a como regulamentar a luta de classes e a assegurar a protecção dos trabalhadores».

[49] *Vide* "Bericht der XII Kommission", in MUGDAN (1899), p. 964.

[50] SALEILLES (1901), p. 269.

[51] "Motive der 1. Komission", in MUGDAN (1899), p. 406.

[52] Cf. GIERKE (1895), p. 287-288 – dizendo que devia declarar-se nulo um negócio jurídico desde que fosse objecto de um juízo de desvalor da parte da ordem jurídica ou da ordem ética.

[53] GIERKE (1895), p. 288: «*ausdrücklich mißbilligter*».

[54] GIERKE (1889), p. 168.

jurídica, faz parte da ordem jurídica – e então a contrariedade à ordem pública caberia na contrariedade à lei, prevista no § 105 do projecto. Ou bem que a ordem pública é ordem ética, faz parte da ordem ética – e então a contrariedade à ordem pública caberia na contrariedade aos bons costumes, prevista no § 106 do projecto[55].

Em particular, o argumento da 1.ª Comissão de que com os *bons costumes* se protegeriam os interesses éticos ou morais e de que com a *ordem pública* se protegeria o interesse político, do Estado, era colocado em causa pelos comentadores do projecto.

A alegação de que havia interesses gerais do Estado, de que havia interesses políticos que não fossem, simultaneamente, *éticos*, *morais* ou *jurídicos* era uma afirmação discutível[56] e, ainda que a afirmação em não fosse discutível, sempre seria discutível a relação entre os interesses gerais do Estado e a liberdade de iniciativa económica ou empresarial.

Gierke considerava que «não [era] de forma nenhuma o interesse [político] do Estado que determina[ria] que dev[esse] considerar-se nulo um contrato que limita desproporcionadamente a liberdade de iniciativa económica» – seria sim um interesse ético ou moral, o interesse ético ou moral de protecção da personalidade contra a sua própria liberdade ou contra o seu próprio exercício da sua própria liberdade[57].

«A consciência moderna», declarava Gierke, «representa a liberdade de aproveitar economicamente as suas capacidades, inatas ou adquiridas, e a liberdade de escolha de profissão como um bem ético e, por isso, como um bem inalienável»[58].

Entre os negócios por que se limita desproporcionada ou excessivamente a liberdade de iniciativa económica e os negócios por que se limita desproporcionada ou excessivamente a liberdade pessoal encontrar-se-ia uma relação de semelhança. O princípio determinante da nulidade dos negócios por que se limita excessivamente a liberdade de iniciativa económica seria em tudo semelhante ao princípio determinante da nulidade dos negócios por que alguém renuncia à capacidade jurídica, por que alguém se sujeita à escravidão, por que alguém renuncia à liberdade pessoal, como, p. ex., à liberdade de contrair casamento, ou por que

---

[55] Zitelmann (1890), p. 58-59.
[56] Zitelmann (1890), p. 59.
[57] Gierke (1889), p. 169.
[58] Gierke (1889), p. 169.

alguém renuncia à sua honra[59]. A nulidade dos contratos que limitassem desproporcionada ou excessivamente a liberdade de iniciativa económica ou empresarial seria só um caso de aplicação, seria só um *Anwendungsfall*, do princípio de acordo com o qual cada indivíduo, ao actuar ou exercer a sua liberdade contratual, vinculando-se, deve considerar os limites da eticidade (do seu *ser ético*)[60].

Em todas as circunstâncias pensáveis, razoavelmente pensáveis, seria suficiente a constatação de que o contrário é contrário à ordem ética ou à ordem moral, para que se concluísse pela sua *invalidade* – e, dentro da invalidade, pela sua *nulidade*[61].

III. – Inspirando-se nas críticas, a 2.ª Comissão eliminou a referência à *ordem pública*.

Os *Protokolle* dão-nos conta de duas alterações ao texto do § 106: em primeiro lugar, substituiu-se *bons costumes*, *gutten Sitten*, por *eticidade*, *Sittlichkeit*, e em segundo lugar, suprimiu-se a referência à *ordem pública*, à *öffentliche Ordnung*[62].

Entre as razões para a supressão da *ordem pública* sobressairiam duas.

O conceito de ordem pública era indeterminado; carecia de uma delimitação segura; e ainda que não fosse indeterminado, sempre o conceito de ordem pública seria desnecessário. Os negócios contrários à ordem pública podiam sempre representar-se como negócios contrários à ordem ética ou à ordem jurídica: ora como negócios contrários à ordem ética, logo coordenáveis ao conceito de negócios cujo conteúdo seja contrário aos bons costumes, ora como negócios contrários à ordem jurídica, logo coordenáveis ao conceito de negócios cujo conteúdo seja contrário à lei.

O relatório explicativo considerava claro, declarava como evidente, que a protecção de algumas liberdades económicas, como a liberdade de exercício de uma actividade empresarial (*Gewerbefreiheit*), de alguns direitos políticos, como o direito de voto, e de alguns direitos sociais, como a liberdade sindical, exigia a nulidade de certos negócios jurídicos

---

[59] GIERKE (1889), p. 169.

[60] GIERKE (1889), p. 169.

[61] Gierke admitia contudo que a alusão aos bons costumes, ou à eticidade, decorrente do § 106 fosse adaptada, distinguindo-se a *liberdade ética* e a *ordem ética* – os negócios podiam ser nulos por conflituarem com a *liberdade ética* de um *indivíduo*, limitando-a excessivamente, ou podiam ser nulos por conflituarem com a *ordem ética* de uma *comunidade* [GIERKE (1889), p. 169].

[62] "Protokolle der 2. Komission", in MUGDAN (1899), p. 586 ss. (724).

e, em especial, de certos contratos. «Simplesmente, tal nulidade te[ria] incontestavelmente lugar, de acordo o projecto [revisto]» – e teria incontestavelmente lugar, de acordo com o projecto revisto, «pela razão de que os negócios [por que se restrinjam desproporcionada ou excessivamente as liberdades económicas, os direitos políticos ou os direitos sociais] são contrários aos bons costumes».

IV. – A Comissão do *Reichstag*[63] e o Pleno do *Reichtstag*[64] rejeitaram as propostas para recolocar a ordem pública na formulação do § 106 do Código Civil.

O debate em torno do § 106 do projecto – descrito como uma discussão importante e, sobretudo, como uma discussão especialmente intensa, especialmente viva[65] – polarizou-se em torno da alternativa *determinação-indeterminação*.

Entre os argumentos dos que consideravam desnecessária a *ordem pública*, sobressaía o da *abstracção* e a *imprecisão*. O conceito de *ordem pública* seria tão *abstracto*[66], teria uma tão acentuada *imprecisão*, que poderia tornar-se «extremamente perigoso»: «o juiz poderia considerar-se autorizado a desenvolver uma concepção filosófica ou política, se não mesmo religiosa, da ordem pública, a partir do conjunto dos princípios constitucionais, ou da economia geral da legislação, ou mesmo de um sistema pessoal de política social ou de filosofia, seja moral, seja religiosa»[67] Entre os argumentos dos que consideravam necessária a *ordem pública* sobressaía o da *concretização* dos valores, suficientemente *precisos*, da moderna *legislação política* e da moderna *legislação social*.

Os deputados mais conservadores estiveram em geral contra a distinção entre os bons costumes e a ordem pública e os deputados mais progressistas, sociais-democratas ou socialistas, estiveram em geral a favor da distinção – a favor da ordem pública[68].

---

[63] *Vide* "Bericht der XII Kommission", in MUGDAN (1899), p. 948 ss. (964).

[64] *Vide* "1. Berathung im Plenum" e "2. Berathung im Plenum", in MUGDAN (1899), p. 975 ss. e 1023 ss., respectivamente.

[65] SALEILLES (1904), p. 154-156 (154).

[66] Saleilles fala de um carácter de *abstracção* e de *generalidade*, de *generalidade abstracta* [SALEILLES (1901), p. 154].

[67] SALEILLES (1904), p. 154.

[68] Cf. SALEILLES (1904), p. 154: «O partido socialista [defendeu] violentamente (*sic*) a menção da ordem pública».

Os deputados conservadores alegavam que o conceito de bons costumes teria um conteúdo determinado, estável, tendencialmente insensível a preferências ideológicas e que o conceito de ordem pública teria um conteúdo indeterminado, instável, sensível às preferências ideológicas do aplicador do direito[69]. Os deputados progressistas contra-alegavam que havia um grande número de contratos que lesavam a liberdade do trabalho ou, inversamente, a integridade do trabalhador e que, não obstante, «não só não [eram] condenados, mas eram mesmo encorajados pelos costumes actuais, e só seriam denunciados por uma minoria, por uma pequena minoria, cujas concepções poderiam constituir, provavelmente, uma doutrina política, social ou moral, mas não poderiam ser representados como costumes ou usos, como fazendo parte dos bons costumes»[70].

O problema estava em averiguar se devia ou não dar-se ao juiz os meios necessários para assegurar a aplicação dos grandes princípios[71] – se devia ou não dar-se ao juiz os meios necessários para declarar nulos, p. ex., os contratos concluídos num *espírito desfavorável* aos grandes princípios sobre a protecção dos trabalhadores[72].

Os deputados mais conservadores, ainda que não colocassem em causa a necessidade de dar ao juiz os meios necessários para assegurar a aplicação dos grandes princípios, designadamente aos grandes princípios sobre a protecção dos trabalhadores, diziam que o conceito de conceito de bons costumes era suficientemente determinado e de que o conceito de ordem pública não o era. Os deputados mais progressistas e, em especial, o deputado Stadthagen[73] diziam que a razão de ser da oposição ao conceito de ordem pública era só uma razão aparente, em substância falsa (era só um *Scheingrund*): «aquilo que se disse sobre a aptidão da

---

[69] SALEILLES (1901), p. 269: «a ordem pública constitui uma concepção jurídica, e mesmo ideológica, que está além dos usos (*en dehors des usages*) e que pode mesmo, como se notou no *Reichstag*, ser-lhes contrária».

[70] SALEILLES (1901), p. 270.

[71] Em comparação com algum interesse, Saleilles escrevia que a consagração da *contrariedade à ordem pública* como causa de invalidade de um acto e, em especial, de um negócio jurídico, «significaria dar [ao juiz] […] como que uma espécie de excepção de inconstitucionalidade» [SALEILLES (1901), p. 270].

[72] SALEILLES (1904), p. 154-155.

[73] Em discurso desde sempre considerado como paradigmático [*vide*, p. ex., SALEILLES (1901), p. 269 e 275], ainda evocado como *ponto de referência* para as discussões em torno da relação entre os dois conceitos, *bons costumes* e *ordem pública* [*vide*, p. ex HAFERKAMP (2003), p. 708-752, ou HAFERKAMP (2006), p. 105-127].

ordem pública para se adaptar e para se expandir pode dizer-se ainda em maior medida dos bons costumes»[74].

> «Que são os bons costumes?», perguntava Stadthagen. «Eliminai os bons costumes do código, e não o tornareis pior. Os bons costumes podem ser interpretados das mais distintas maneiras. Podem mesmo ser contra a lei, ou interpretados contra a lei. São, em qualquer caso, em ampla medida subjectivos.»[75]

Enquanto que os bons costumes poderiam ser contra a lei, ou interpretados contra a lei, a ordem pública não – enquanto que os bons costumes seriam, em ampla medida, subjectivos, a ordem pública seria objectiva: «deve deduzir-se daquilo que é admitido e reconhecido e, em todo o caso, dos fundamentos da ordem social»[76].

Em resposta ao deputado Stadthagen, o deputado Lenzmann começava por dizer que, das duas, uma: «Ou bem que os bons costumes e a ordem pública são a mesma coisa – e, então, colocá-los lado a lado é uma tautologia, logo desnecessária —, ou bem que não são a mesma coisa»[77]. Colocando-se do lado do segundo termo da alternativa, Lenzmann considerava que aquilo que devia entender-se por bons costumes e aquilo que devia entender-se por ordem pública eram coisas completamente diferentes[78]:

«O conceito de bons costumes não [seria] tão vago como o de ordem pública»[79] – a diferença entre os bons costumes e a ordem pública estaria em que o conceito de bons costumes seria um conceito determinado pela ciência do direito e o conceito de ordem pública, um conceito indeterminado (em absoluto indeterminado): «O conceito de bons costumes ou de contrariedade aos bons costumes, *contra bonos mores*, tornou-se um *terminus technicus*, cujo conteúdo foi desenvolvido ao longo dos séculos»[80].

Como o conceito de bons costumes fosse um conceito determinado, os juízes já estariam prontos para o aplicar: «sabem, já sabem, o que *contra bons mores* significa»; como o conceito de ordem pública fosse

---

[74] "1. Berathung im Plenum", in MUGDAN (1899), p. 1005.
[75] "1. Berathung im Plenum", in MUGDAN (1899), p. 1005.
[76] "1. Berathung im Plenum", in MUGDAN (1899), p. 1005.
[77] "1. Berathung im Plenum", in MUGDAN (1899), p. 1016.
[78] "1. Berathung im Plenum", in MUGDAN (1899), p. 1016.
[79] "1. Berathung im Plenum", in MUGDAN (1899), p. 1017.
[80] "1. Berathung im Plenum", in MUGDAN (1899), p. 1016.

um conceito indeterminado, os juízes ainda não estariam prontos para o aplicar – teriam de aprender a fazê-lo. Lenzmann concluía advertindo «para o perigo de substituir [um conceito determinado, como o de bons costumes] por um conceito indeterminado e vago, que o juiz ainda deve aprender»[81].

O teor das críticas, designadamente das críticas de Gierke, à cláusula geral da *ordem pública* constante do projecto da 1.ª Comissão, conjugado com o teor dos discursos, designadamente do deputado Lenzmann, é elucidativo – a doutrina e a jurisprudência alemãs, ainda que de quando em quando fossem sensíveis ao fenómeno da *socialização* do direito privado[82], exprimiam alguma preocupação, porventura algum receio, perante a *incerteza* ou a *insegurança* resultantes de conceitos como *ordem pública*[83].

O legislador, sensível à preocupação, porventura ao receio da doutrina e da jurisprudência, abandonou a *ordem pública*, em favor dos *bons costumes*.

4. O conceito de *ordem pública* no direito privado português

A concretização do conceito de ordem pública no direito civil português terá tido três grandes etapas – a primeira terá começado com o Código Civil de 1867, a segunda com o Código Civil de 1966 e a terceira com a Constituição da República Portuguesa de 1976.

5. O desaparecimento da *ordem pública* no Código Civil português de 1867

O Código Civil de 1867 assume uma *ruptura* com o Código Civil francês de 1804 – designadamente, em tema de *condições* ou de *requisitos* de *validade* dos contratos.

I. – A *ruptura* estava de alguma forma *anunciada* desde há décadas – p. ex., por Vicente José Ferreira ou pelo Visconde de Seabra, na sua monografia sobre a *propriedade*.

---

[81] "1. Berathung im Plenum", in MUGDAN (1899), p. 1016.

[82] Como acontecia, p. ex., com GIERKE (2018), p. 1029-1116.

[83] Como acontecia, p. ex., com GIERKE (1889), p. 168-169.

Vicente José Ferreira Cardoso da Costa publicou, em 1822, um livro intitulado *Que é o Código Civil?* O autor acusava os conceitos indeterminados de *bons costumes* e de *ordem pública* do artigo 6 do Código Civil francês de serem «uma das grandes origens de perturbação e [de] incerteza que tem reinado, até ao presente, na jurisprudência civil»[84]. A perturbação não seria necessária[85] – e, não sendo necessária, seria inconveniente:

> «Terão [bons costumes e ordem pública] para todos a mesma, e idêntica, significação? Suscitará em todos as mesmas ideias? Será uma lei clara e de fácil inteligência?; ou será isto um foco de intermináveis incertezas e discussões?»[86].

Inspirando-se em Vicente José Ferreira, o Visconde de Seabra criticava o artigo 1133 do Código Civil francês, por duas razões: em primeiro lugar, criticava a decisão do legislador francês de convocar o conceito de causa, considerava-a um disparate, um «solene disparate, devido aos preconceitos do direito romano»[87]; em segundo lugar, criticava a decisão do legislador francês de convocar os conceitos de *bons costumes* e de *ordem pública* como critérios de qualificação da causa como lícita; considerava-a um erro, uma imperfeição, entre as imperfeições infinitas do Código Civil francês[88]:

> «Aqui acresce à impropriedade do termo *causa* a dificuldade de fixar a inteligência do que são esses bons costumes e essa ordem pública»[89].

Em consonância com as convicções do Visconde de Seabra, o Código Civil de 1867 não admitia os bons costumes ou a ordem pública como critério autónomo de decisão sobre a validade ou a invalidade de um acto – em especial, de um contrato.

---

[84] Cardoso da Costa (1822), p. 53.

[85] Cardoso da Costa (1822), p. 55: «não poderão [os] nossos leitores deixar de conhecer que não é precisa uma legislação com decretos assim indeterminados e vagos [como] *que interessem à ordem pública e aos bons costumes*».

[86] Cardoso da Costa (1822), p. 55.

[87] Seabra (1850) p. 237.

[88] Seabra (1850) p. 242 (nota m5).

[89] Seabra (1850) p. 240.

O artigo 10.º convocava o conceito de *ordem pública* como critério de qualificação das disposições legais como absoluta e incondicionalmente obrigatórias, no sentido de que a contrariedade a uma disposição legal tinha como consequência uma invalidade absoluta, de eficácia automática e, sobretudo, uma nulidade insanável do acto praticado[90].

O artigo 671.º não convocava nem o conceito de *bons costumes*, nem o conceito de *ordem pública* como critérios de decisão sobre a validade ou invalidade dos actos – em especial, dos contratos[91]. O artigo 671.º, n.º 4, dizia que «[n]ão podem legalmente ser objecto de contrato [o]s actos contrários à moral pública, ou às obrigações impostas por lei» – em consequência, o conceito de *bons costumes* era abandonado para dar lugar ao de *moral pública* e o conceito de *ordem pública* era abandonado, *sem mais*.

II. – O alcance do abandono dos *bons costumes* e da *ordem pública* deve explicar-se.

Os autores coordenavam o caso da *contrariedade à lei* e o caso da *contrariedade à moral*, desde que *pública*, ao conceito de *impossibilidade*, a um conceito *amplo* de *impossibilidade*, compreendendo a impossibilidade física e a impossibilidade jurídica.

José Tavares contrapunha a impossibilidade por força da natureza e a impossibilidade por força da lei, para dizer que, entre os casos de impossibilidade por força da lei, estava a contrariedade à moral pública[92] e Cabral de Moncada, a nulidade dos actos *materialmente impossíveis* e a nulidade dos actos *juridicamente impossíveis*, «por se traduzirem em finalidades […] contrárias à lei ou ao *mínimo ético* do direito»[93].

Coordenando os dois casos ao conceito de *impossibilidade*, a um conceito *amplo* de *impossibilidade*, descobriam algum *paralelismo* entre

---

[90] Sobre a interpretação do artigo 10.º do Código Civil português de 1867, *vide* por todos Dias Ferreira (1870), p. 27-31; Cunha Gonçalves (1929), p. 386-414; Tavares (1930), p. 145 ss.; Cabral de Moncada (1995), p. 45 ss.; ou Pires de Lima/Antunes Varela (1961), p. 68-72.

[91] Sobre a interpretação do artigo 671.º do Código Civil português de 1867, *vide* por todos Dias Ferreira (1871), p. 153-157; Cunha Gonçalves (1929), p. 337-361; Moreira (1907), p. 461; Moreira (1925), p. 56; Tavares (1930), p. 500 ss.; Cabral de Moncada (1995), p. 668 ss.; Andrade (1974), p. 349 ss.; ou Pires de Lima/Antunes Varela (1961), p. 264.

[92] Tavares (1930), p. 509.

[93] Cabral de Moncada (1995), p. 669.

o regime dos actos contrários à *moral pública* e o regime dos actos contrários à *ordem pública*, previstos no artigo 10.º.

O artigo 671.º, n.º 4, ao sancionar com a nulidade os actos e, em particular, os contratos *contrários à moral pública* significaria que a *moral pública* tem, nos contratos, *força equivalente* à da *ordem pública*, ou *força equivalente* à dos princípios de *ordem pública*[94] – a impossibilidade jurídica dos actos contrários à *moral pública* seria sancionada com a nulidade do artigo 671.º[95] e a impossibilidade jurídica dos actos contrários à *ordem* pública seria sancionada ou com a nulidade do artigo 10.º ou com a nulidade do artigo 671.º. O caso estava em averiguar se o abandono do conceito de *bons costumes* para dar lugar ao de *moral pública* e o abandono do conceito de *ordem pública*, sem mais, correspondiam a diferenças de palavras ou a diferenças de regime.

a) O termo *moral* e, em concreto, *moral pública* pode designar uma de duas coisas – pode designar ainda uma *moral positiva*, correspondente às concepções admitidas e reconhecidas em alguma *comunidade*, ou já uma *moral ideal*, *suprapositiva*.

O primeiro termo da alternativa – *moral positiva* – fazia com que o conceito de *moral pública* convergisse com o de *bons costumes*, como definidos no direito alemão ou no direito francês; o segundo termo da alternativa – *moral ideal, suprapositiva* – faria com que o conceito de *moral pública* divergisse do de *bons costumes*. Ora, a doutrina e a jurisprudência portugueses concordavam em interpretar o artigo 671.º, n.º 4, do Código Civil de 1867 dando preferência ao primeiro termo da alternativa – *moral positiva*.

Os autores concordavam em dizer que o conceito de *moral pública* era um *conceito indeterminado*. «A significação das palavras *moral pública* [era] ainda extremamente vaga»[96]; seria difícil defini-la em todos os casos, «com objectiva segurança»[97]; seria impossível formular uma

---

[94] Cunha Gonçalves (1929), anotação aos artigos 669.º-671.º, p. 347.

[95] Cf. designadamente Dias Ferreira (1871), anotação ao artigo 643.º, p. 156: «Basta pois que o objecto ou a condição do contrato sejam contrários à moral pública, ainda que não proibidos por lei, para ser nulo o contrato».

[96] Dias Ferreira (1871), anotação ao artigo 643.º, p. 156 – ainda que explicando que «não há outras com significação mais precisa para este caso; e, ao menos, aquelas [moral pública] são já clássicas na jurisprudência, achando-se até adoptadas na carta constitucional».

[97] Cabral de Moncada (1995), p. 672.

«doutrina precisa», por que se dissesse aquilo que é e aquilo que não é contrário à *moral pública*[98]. O conteúdo da *moral pública* dependeria dos lugares, e dos tempos[99]; dependeria «[d]a maior ou menor dissolução dos costumes»[100]; e, ainda que não correspondessem a uma dissolução dos costumes, sempre dependeria das «imposições irresistíveis da moda»[101]. Em vez de uma doutrina precisa, em vez de um critério rígido, sempre demasiado rígido, deveria aspirar-se, tão-só, a um critério geral, ainda que de quando em quando demasiado flexível, de orientação.

Em primeiro lugar, deveria esclarecer-se que a *moral pública* era um conjunto de *convicções* ou de *ideias* – não era, ou não era necessariamente, um conjunto de práticas[102]. Em segundo lugar, deveria aproximar-se *moral pública* de uma *éticapositiva* ou de uma *moral positiva*, distanciando-a de uma *ética ideal* ou de *moral ideal, suprapositiva.*

A *ética ideal* ou a *moral ideal, suprapositiva*, cuja confusão com a *moral pública* se rejeitava, era associada a adjectivos como *pessoal*, *subjectiva*, *filosófica* ou *religiosa*.

Cabral de Moncada falava de um «sistema teórico de moral, de base filosófica, construído sobre uma tábua de valores absolutos»[103], e Manuel de Andrade, de uma «moral transcendente, religiosa ou filosófica»[104]. Embora não haja nenhuma correlação logicamente necessária entre absoluto ou *transcendente* e *pessoal* ou *subjectivo*, os dois autores faziam corresponder o «sistema teórico de moral, de base filosófica, construído sobre uma tábua de valores absolutos» a um sistema construído «segundo o sentir individual de cada um»[105] e os valores de uma ética ou de uma moral transcendente, filosófica ou religiosa, à *moral pessoal* ou *subjectiva* do juiz[106]. Ora o perigo do *subjectivismo* determinaria que devesse

---

[98] Cabral de Moncada (1995), p. 672.

[99] Cf. designadamente Cunha Gonçalves (1929), anotação aos artigos 669.º-671.º, p. 347.

[100] Cf. designadamente Cunha Gonçalves (1929), anotação aos artigos 669.º-671.º, p. 347.

[101] Cf. designadamente Cunha Gonçalves (1929), anotação aos artigos 669.º-671.º, p. 347.

[102] Andrade (1974), p. 349 ss.: «[n]ão se trata de usos ou práticas morais, mas de ideias ou convicções morais; não da moral que se observa e se pratica (*mores*), mas daquela que se entende dever ser observada (*bonos mores*)».

[103] Cabral de Moncada (1995), p. 672-673.

[104] Andrade (1974), p. 349.

[105] Cabral de Moncada (1995), p. 672-673.

[106] Andrade (1974), p. 349.

abandonar-se uma *moral transcendente* em favor de uma *moral imanente*, positiva, «reinante num determinado momento no seio duma sociedade, impregnada de motivos religiosos, constituindo a sua '*ordem moral'* relativa, paralela e subjacente à sua *'ordem jurídica'*, acompanhando-a e penetrando-a […]»[107].

Em vez de subjectiva, a *moral pública* seria *objectiva*, em vez de transcendente, seria *imanente*; em vez de suprapositiva, seria positiva:

> «[n]ão se trata[ria] […] da moral subjectiva ou pessoal do juiz, antes sim da moral objectiva e precisamente da que corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social. Não se trata ainda, portanto, da moral transcendente, religiosa ou filosófica, mas da moral positiva (*hoc sensu*)»[108].

Em terceiro lugar, deveria aproximar-se a *moral pública* de um *mínimo ético* ou *moral.*

A *moral positiva* era mais ampla que uma *moral pública*, pelo que «[…] não [seriam] ainda todos os imperativos dessa moral [positiva] que [constituiriam] o limite ou o critério para determinar se os actos praticados com o seus desconhecimento serão nulos ou não»[109]. Em tema de *contrariedade à moral,* deveria distinguir-se «entre o que ela [a moral pública] *exige* e o que ela apenas *recomenda*, entre aquilo que ela [a moral pública] considera *louvável* – sendo *virtude* a sua observância – e aquilo que ela reputa estritamente obrigatório – constituindo *vício* ou pecado mortal a sua inobservância»[110].

Entre os imperativos da *moral positiva*, só seriam imperativos da *moral pública*

> «aqueles que representa[ssem] o chamado *mínimo ético* do direito, isto é, que se acha[ssem] incorporados na ordem jurídica, por tal forma que a sua violação constitu[ísse] ao mesmo tempo uma violação da moral e da lei»[111].

---

[107] Cabral de Moncada (1995), p. 672-673.

[108] Andrade (1974), p. 349.

[109] Cabral de Moncada (1995), p. 673.

[110] Andrade (1974), p. 341 (nota n.º 1).

[111] Cabral de Moncada (1995), p. 673 – dizendo, quase de seguida, que «[…] nem tudo aquilo que se afasta da pura moral na sua expressão mais elevada deverá considerar-se só por isso imoral, para o efeito de ser tido por nulo; bem como nem tudo aquilo

b) Constatando-se, como se constatava, que a *moral* de que falava o artigo 671.º, n.º 4, do Código Civil de 1867 era ainda uma *moral positiva*, *o* abandono do conceito de *bons costumes* para dar lugar ao de *moral pública* correspondia a uma *diferença de palavras*, irrelevante para os *conceitos* e para as *estruturas* do sistema de direito civil.

Os dois conceitos seriam equivalentes[112], ou ainda que não fossem equivalentes, sempre os *bons costumes* contribuiriam para *concretizar* o conceito de *moral pública.*

Guilherme Moreira, p. ex., explicava o critério da lei dizendo «[é] contrária à moral pública a obrigação que tenha por objecto factos que despertem o escândalo público ou que a opinião pública repute contrários aos bons costumes»[113] e o critério de Guilherme Moreira era citado, p. ex., por Pires de Lima e por Antunes Varela[114] – entre os *bons costumes* e a *moral pública* haveria só um mediador, a chamada *opinião pública*.

O aplicador do direito deveria confirmar-se com as *representações* da *opinião pública*, para se pronunciar sobre aquilo que é e que não é contrário à *moral pública.*

Ora, a *necessidade prática* de o aplicador do direito se conformar com as representações da *opinião pública*, por «[ser] difícil a um juiz colocar-se em oposição com os usos diuturnos do país ou da sociedade a que pertence»[115], seria *reforçada* por uma (autêntica) *necessidade* jurídica – pela *necessidade jurídica* de distinguir os actos que vão de encontro a uma *moral ideal, suprapositiva*, e os actos «vão de encontro a essa moral *positiva* reinante no seio duma sociedade»; pela *necessidade jurídica* de distinguir os actos que ofendem o *mínimo ético* e os actos que, «mesmo ofendendo o *máximo* do imperativo moral, todavia não ofendem o seu *mínimo* incorporado na ordem jurídica»[116].

c) Enquanto ao abandono do conceito de *bons costumes* para dar lugar ao de *moral pública* correspondia a uma *diferença de palavras*, o

---

que à consciência do juiz se afigura imoral, mas somente aquilo que se revelar contrário ao *mínimo* dos sentimentos éticos comuns, consagrados *praticamente* nos costumes e concepções duma sociedade».

[112] Cf. designadamente Cunha Gonçalves (1929), anotação aos artigos 669.º-671.º, p. 347: «… nulidade das obrigações *contrárias à moral pública* ou aos bons costumes».

[113] Moreira (1925), p. 56

[114] Pires de Lima/Antunes Varela (1961), p. 264 (em especial, na nota n.º 2).

[115] Cunha Gonçalves (1929), anotação aos artigos 669.º-671.º, p. 347.

[116] Cabral de Moncada (1995), p. 673.

abandono do conceito de *ordem pública*, sem mais, esse podia corresponder a uma *diferença de palavras* ou a algo mais que uma diferença de palavras – a uma diferença *de conceitos* e de *estruturas*.

Os termos da alternativa eram dois, e só dois: ou bem que a contrariedade do acto à *ordem pública* devia desconsiderar-se como irrelevante, ou bem que a contrariedade do acto à *ordem pública* podia considerar-se como relevante, *por estar compreendida na contrariedade às obrigações impostas por lei*.

O primeiro termo da alternativa – irrelevância da contrariedade à ordem pública – poderia porventura sustentar-se sobre a directriz de interpretação do artigo 11.º do Código Civil de 1867:

> «A lei que faz excepção às regras gerais não pode ser aplicada a nenhuns casos que não estejam especificados na mesma lei.»

Ora, as *normas imperativas*, *todas as normas imperativas*, poderiam ser qualificadas como normas «que faz[em] excepção às regras gerais», no sentido do artigo 11.º, pela razão de que *todas as normas imperativas fazem excepção ao princípio da liberdade negocial*.

Cabral de Moncada, p. ex., considerava que os limites à autonomia privada eram só, e só podiam ser, «os [limites] marcados na própria índole jurídica formal dos actos jurídicos praticados (nos seus elementos essenciais e naturais) ou os impostos, no interesse público, por outros imperativos da ordem jurídica geral, representados nas leis ditas de interesse público ou de interesse e ordem pública (*jus cogens*)»[117].

Como todas as normas imperativas fazem excepção ao princípio da liberdade negocial, todas as normas imperativas seriam, *nesse, sentido*, normas excepcionais[118] [119].

---

[117] Cabral de Moncada (1995), p. 668.

[118] Cf. designadamente Andrade (1974), p. 339 (nota n.º 1).

[119] Em favor do primeiro termo da alternativa, encontrar-se-ia três factores adicionais ou suplementares – a *deslocação* da doutrina portuguesa da *área de influência* do direito francês para a *área de influência* do direito alemão, o acolhimento dado à monografia de Philip Lotmar sobre o *contrato imoral* [Lotmar (1896)] e, em termos que causam alguma perplexidade, o não acolhimento dado à monografia de Francesco Ferrara sobre o *contrato ilícito* ou, em termos mais exactos, sobre o *negócio ilícito* [Ferrara (1914)]. Em primeiro lugar, com a publicação do Código Civil alemão de 1900 e, sobretudo, com a publicação da tradução para francês do Código Civil alemão de 1900, dá-se uma deslocação da doutrina portuguesa da cultura do *círculo jurídico romanístico* para a cultura do *círculo jurídico germânico*. Ora, o § 138 do Código Civil alemão pronunciava-se pela

Embora o contexto favorecesse o primeiro termo – *irrelevância da ordem pública* –, o segundo termo da alternativa – *relevância da ordem pública*, *por estar compreendida na contrariedade às obrigações impostas por lei* – prevaleceu, a final.

O critério da contrariedade à lei, ou às obrigações impostas por lei, deixou de ser interpretado nos termos mais restritivos que resultariam do artigo 11.º do Código Civil de 1867 para passar a ser interpretado em termos mais amplos – menos restritivos.

Cabral de Moncada e Manuel de Andrade diziam que havia contrariedade à lei, ou às obrigações impostas pela lei, sempre que o negócio jurídico proibisse algo que a lei prescrevia ou prescrevesse algo que a lei proibia: «Sempre que a lei formul[asse] qualquer dessas proibições ser[ia] ilegal o objecto dos respectivos negócios jurídicos»[120].

Ora, a lei poderia formular as proibições de uma forma directa ou indirecta, de uma forma explícita ou implícita. Em rigor, «não [seria] necessária uma proibição directa ou explícita[121] – seria suficiente uma proibição indirecta ou uma proibição implícita.»

Quando Cabral de Moncada e Manuel de Andrade falam de um negócio contrário a uma proibição directa, estão a falar de um negócio incompatível com uma *regra*, com uma regra *específica* – estão a falar dos actos, ou dos negócios, proibidos por uma disposição especial da

---

invalidade e, dentro da invalidade, pela nulidade dos negócios jurídicos contrários aos bons costumes – sem se pronunciar nem pela validade, nem pela invalidade dos negócios jurídicos contrários à ordem pública. Em segundo lugar, a concretização do conceito indeterminado de contrariedade à *moral pública* do artigo 671.º, n.º 4, do Código Civil de 1867 inspirou-se, em ampla medida, na monografia de Philip Lotmar sobre o *contrato imoral*. O problema estava em que a monografia de Philip Lotmar pretendia explicar que era um negócio imoral, porque contrário aos *bons costumes* no sentido do § 138 do Código Civil alemão – não pretendia explicar que era um negócio ilegal ou ilícito, porque contrário à *ordem pública*, Em terceiro lugar, inexplicável ou, em todo o caos, inexplicadamente, a concretização dos conceito indeterminado de *moral pública* não se inspirou, ou só em muito limitada medida se inspirou na monografia de Francesco Ferrara sobre o *contrato ilícito* – em que se contradistingue, como contradistinguiam o Código Civil francês de 1804 e o Código Civil italiano de 1865, a contrariedade aos *bons costumes* e a contrariedade à *ordem pública.* O facto é surpreendente – Ferrara era um autor lido com atenção em Portugal e o livro de Ferrara encontra-se catalogado na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, fazendo com que seja improvável que Cabral de Moncada, José Tavares ou Manuel de Andrade o desconhecessem.

[120] ANDRADE (1974), p. 334.

[121] ANDRADE (1974), p. 334.

lei[122]. Quando Cabral de Moncade e Manuel de Andrade falam de um negócio contrário a uma proibição indirecta, estão a falar de um negócio incompatível com um *princípio*, com um princípio genérico – estão a falar dos actos, ou dos negócios proibidos por uma disposição genérica, «pelos próprios princípios gerais de direito»[123].

Seriam nulos, por serem contrários à obrigações impostas por lei, os negócios incompatíveis «[com os] interesses fundamentais que o nosso sistema jurídico pretende tutelar», ora, os interesses fundamentais, «que o nosso sistema jurídico pretende tutelar»; corresponderiam a *princípios* — logo, seriam *nulos*, por serem contrários às obrigações impostas por lei, os negócios jurídicos contrários aos princípios correspondentes às obrigações impostas, «que [constituiriam] como que um substrato desse sistema»[124].

Os termos de Cabral de Moncada são impressivos:

> «[d]eve[riam] […] considerar-se actos contrários à lei todos aqueles que se achem proibidos, já por qualquer disposição especial da lei, já pelos próprios princípios gerais de direito»[125].

Em primeiro lugar, deveriam considerar-se contrários à lei todos aqueles actos que se achassem proibidos «por qualquer disposição especial da lei» e, em segundo lugar, deveriam considerar-se contrários à lei todos aqueles actos que, ainda que não se achassem proibidos por nenhuma disposição especial da lei, se encontrassem proscritos pelos princípios gerais de direito – ou seja, pela *ordem pública*.

Os argumentos em favor de uma interpretação mais ampla, menos restritiva, do critério da contrariedade à lei, ou às obrigações impostas por lei, eram de alguma forma reforçados pelos Códigos do Notariado – em especial, pelos Códigos do Notariado de 1931 e de 1935.

O primeiro, aprovado pelo Decreto n.º 20550, de 26 de Novembro de 1931, dizia, no seu artigo 178.º, que são nulos os actos praticados em contravenção dos n.os 1 e 3 do artigo 92.º. O segundo, aprovado pelo Decreto n.º 26118, de 24 de Novembro de 1935, dizia, no seu artigo 193.º, que são nulos os actos praticados em contravenção dos n.os 1 e 3 do artigo 220.º,

---

122 Cabral de Moncada (1995), p. 670.
123 Cabral de Moncada (1995), p. 670.
124 Andrade (1974), p. 334.
125 Cabral de Moncada (1995), p. 670.

o n.º 1 do artigo 92.º do Código do Notariado de 1931 e o n.º 1 do artigo 220.º do Código do Notariado de 1935 determinavam que «[o]s notários são obrigados a prestar a sua intervenção em todos os actos legais da sua competência para que forem rogados, mas podem recusá-la *[s]e os actos forem expressamente proibidos pela lei ou contrários aos bons costumes ou à ordem pública*». Expulsa pelo Código Civil, a ordem pública reentrava no sistema de direito privado pelo Código do Notariado.

6. O reaparecimento da *ordem pública* no Código Civil português de 1966

I. – O Código Civil de 1966 readmite os bons costumes e a ordem pública no artigo 280.º:

> «É nulo o negócio contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes»[126].

O critério da *contrariedade aos bons costumes* corresponderia sensivelmente ao critério da *contrariedade à moral pública* do artigo 671.º, n.º 4, do Código Civil de 1867[127] – com o termo *bons costumes* designar-se-ia «os ditames da moral pública […] que prevalece em uma certa sociedade e que, salvo quando a lei expressamente a derrogue, é um limite à liberdade de cada um (haja ou não lesão directa de alguém […])»[128]. O critério da *ordem pública*, esse, corresponderia sensivelmente ao critério da *contrariedade implícita à lei* ou ao critério da *contrariedade, implícita* ou *explícita,* aos *princípios gerais de direito*.

O desenho das causas de invalidade, por ilicitude, do negócio jurídico deduzido do artigo 280.º do Código Civil é aparentemente simples, ainda que algo assimétrico.

---

[126] Sobre a interpretação do artigo 280.º do Código Civil português, *vide* por todos Pires de Lima/Antunes Varela (1986), anotação ao artigo 280.º, p. 258-259; Menezes Cordeiro (2020), anotação ao artigo 280.º, p. 808-825; Morais Carvalho (2017), anotação ao artigo 280.º, p. 338-345; ou Vaz de Sequeira (2014), anotação ao artigo 280.º, p. 690-696.

[127] Cf. designadamente Pires de Lima/Antunes Varela (1986), anotação ao artigo 280.º, p. 258-259; C. A. Mota Pinto/Pinto Monteiro/P. Mota Pinto (2005), p. 557--559; Carvalho (1981), p. 55; ou P. Pais de Vasconcelos/P. L. Pais de Vasconcelos (2019), p. 582-583.

[128] Carvalho (1981), p. 55.

O negócio poderia ser ilícito por *ilegalidade* ou por *imoralidade* – a *ilicitude por ilegalidade* poderia resultar da contrariedade à lei ou da contrariedade à ordem pública; a *ilicitude por imoralidade*, essa, resultaria, sempre, da ofensa aos bons costumes.

Os limites da *contrariedade à lei* e da *contrariedade à ordem pública* retirar-se-iam da contraposição entre regras e princípios. O negócio seria contrário à lei se fosse proibido por *regras* e seria contrário à ordem pública se fosse proibido por *princípios*.

Os limites da *contrariedade aos bons costumes* e da *contrariedade à ordem pública*, esses, poderiam retirar-se de um de dois critérios. Ou bem que resultariam da contraposição entre princípios *de dentro* e *de fora do sistema*. Entre princípios *de dentro do sistema*, ou seja, princípios jurídicos ou sistemáticos e princípios *de fora do sistema*, ou seja, princípios extrajurídicos ou extra-sistemáticos, como extrajurídicos ou extra-sistemáticos seriam os princípios morais e os princípios éticos. Ou bem que resultariam da contraposição entre princípios relativos à *esfera privada* e princípios relativos à *esfera pública*. Entre princípios relativos à esfera privada, sensíveis aos interesses do indivíduo ou da família, e princípios relativos à esfera pública, exclusiva ou essencialmente sensíveis aos interesses da comunidade ou do Estado – sempre ou quase sempre designados como bem comum, bem público, interesse público ou interesse social.

II. – O corolário lógico da afirmação de que os limites da *contrariedade aos bons costumes* e da *contrariedade à ordem pública* resultam da contraposição entre princípios *de dentro* e *de fora do sistema* é o de que *os bons costumes e a ordem pública devem distinguir-se pela natureza, jurídica ou não jurídica, dos princípios afectados*[129].

«[E]nquanto a ordem pública surg[iria] como um elemento sistemático, os bons costumes aparece[riam] antes como um elemento extra-sistemático ou metajurídico.»[130] Entre os *bons costumes* e a *ordem pública* encontrar-se-ia toda a diferença entre o *direito* e o *não direito*, entre o *sistema jurídico* e os *sistemas não jurídicos*, ainda que *normativos*:

---

[129] Cf. designadamente Morais Carvalho (2017a), anotação ao artigo 280.º, p. 343, ou Morais Carvalho (2017b), p. 670.

[130] Cf. Vaz de Sequeira (2014), anotação ao artigo 280.º, p. 694, ou Vaz de Sequeira (2022), p. 85.

> «Aí onde a ordem pública pertence à esfera do direito, o bom costume, ao menos em si mesmo, está de fora dela. Ele não é outra coisa senão a moral comum, própria de um determinado ambiente histórico: constitui, por isso, um sistema normativo distinto do direito»[131].

O corolário lógico da afirmação de que os limites da contrariedade aos bons costumes e da contrariedade à ordem pública devem resultar da contraposição entre princípios relativos à *esfera privada* e princípios relativos à *esfera pública* é o de que *os bons costumes e a ordem pública devem distinguir-se pela natureza, individual, familiar ou social, dos bens jurídicos, dos interesses e/ou dos valores protegidos*.

Enquanto a ordem pública surge como um elemento referido ao bem comum ou ao bem público, os bens costumes apareceriam antes como um elemento referido ao bem privado – ao bem de um indivíduo ou de uma família. Entre os *bons costumes* e a *ordem pública* encontrar-se-ia toda a diferença entre o *bem privado* e o *bem público*; entre as *razões éticas* ou *morais* relacionadas com a prossecução de um *bem privado* e as *razões pragmáticas* relacionadas com a prossecução de um *bem público.*

a) O primeiro critério de distinção entre os bons costumes e a ordem pública, por que se remete para a *contraposição*, para a *dicotomia*, entre princípios *de dentro* e *de fora* do sistema, é o critério mais frequentemente aplicado na doutrina e na jurisprudência.

O termo *bons costumes* designaria um conjunto de princípios éticos ou morais, aceites por todas as pessoas de boa fé, correctas e honestas[132] – ou, em distinta formulação, «por todas as pessoas que pensam

---

[131] De Cupis (1949), p. 245-250 (250).

[132] Cf. acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Outubro de 1993 – processo n.º 084138 –, relatado pelo Conselheiro Fernando Fabião; de 1 de Fevereiro de 2000 – processo n.º 99A1061 –, relatado pelo Conselheiro Aragão Seia; de 1 de Março de 2001 – processo n.º 00S245 –, relatado pelo Conselheiro Diniz Nunes; de 13 de Janeiro de 2005 – processo n.º 04B4365 –, relatado pelo Conselheiro Salvador da Costa; de 10 de Julho de 2008 – processo n.º 7B1994 – e de 27 de Novembro de 2008 – processo n.º 07B3045 –, relatados pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza; de 6 de Março de 2014 – processo n.º 2296/10.0TVLSB.L1.S1 –, relatado pelo Conselheiro Lopes do Rego; de 17 de Maio de 2017 – processo n.º 309/07.2TBLMG.C1.S1 –, relatado pelo Conselheiro Nunes Ribeiro; ou de 14 de Julho de 2021 – processo n.º 2010/12.6TBGMR.G2.S1 –, relatado pelo Conselheiro Fernando Baptista.

com equidade e justiça»[133]. Em consequência, seria contrário aos *bons costumes* o negócio jurídico que conflituasse com as convicções éticas ou morais[134], com o «senso comum de justiça» [135] ou com «o sentido do decoro ou da dignidade de todas as pessoas que pensam com equidade e justiça»[136].

Com a cláusula geral dos bons costumes, o direito civil abrir-se-ia a princípios e a valores procedentes *de fora* do sistema jurídico[137] – logo, a princípios e a valores *extrajurídicos* ou *extrassistemáticos*; em certo sentido, *metajurídicos*[138] ou *metassistemáticos*[139].

Estariam em causa «bitolas»[140], «regras circunscritas e acolhidas, do exterior, pelo sistema»[141] – e, entre as *bitolas*, entre os princípios e os valores procedentes *de fora* do sistema jurídico estariam em causa, p. ex., as normas sobre o comportamento familiar e, fora da esfera familiar, as normas sobre o comportamento profissional.

Enquanto a cláusula geral dos *bons costumes* deveria concretizar-se a partir de argumentos extrajurídicos, a partir de argumentos morais e

---

[133] Cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Novembro de 2017 … processo n.º 1919/15.0T8OAZ.P1.S1 –, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos.

[134] Cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Março de 2001 – processo n.º 00S245 –, relatado pelo Conselheiro Diniz Nunes.

[135] Cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 2005 – processo n.º 05B3320 –, relatado pelo Conselheiro Oliveira Barros.

[136] Cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Novembro de 2017 … processo n.º 1919/15.0T8OAZ.P1.S1 –, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos.

[137] O conceito indeterminado de bons costumes é comummente representado como uma *cláusula de recepção*. De Cupis põe contudo em causa a representação comum, dizendo que «… é discutível se a sua relevância jurídica [*scl.*, a relevância jurídica dos bons costumes] se concretiza num fenómeno de recepção ou se, pelo contrário, se reduz a um fenómeno de simples reenvio, através do qual a sua substância não jurídica permanece imodificada» [De Cupis (1949), p. 250].

[138] Expressão de António Menezes Cordeiro, p. ex., na sua dissertação *Da boa fé no direito civil*, [Menezes Cordeiro (1997), p. 1217].

[139] Expressão de António Menezes Cordeiro, p. ex., na sua anotação ao artigo 280.º [Menezes Cordeiro (2020), p. (824 – n. m. 83).

[140] Menezes Cordeiro (2020), p. 808-825 (822 – n. m. 76): «O Código Civil reconhece bitolas a que empresta um conteúdo jurídico, mas que, por razões de circunspecta tradição, nunca refere de modo expresso».

[141] Menezes Cordeiro (2020), p. 822 (n. m. 75).

éticos, a cláusula geral da ordem pública deveria concretizar-se a partir de argumentos jurídicos[142].

O termo *ordem pública* designaria um conjunto de princípios jurídicos, i.e., de princípios «imanentes ao ordenamento jurídico»[143]. «[E]mbora não [estivessem] expressamente legislados, [os princípios de ordem pública] cont[eriam] regras fundamentais que inspiram o direito positivo e que, consequentemente, dever[iam] ser respeitadas»[144]. Em consequência, seria contrário à ordem pública o negócio jurídico que conflituasse com os princípios fundamentais da ordem jurídica, considerada no seu conjunto[145].

Com a cláusula geral da ordem pública, o direito civil abrir-se-ia a princípios e a valores procedentes *de dentro* do sistema jurídico – logo, *sistemáticos*[146].

Estariam em causa normas do sistema, constituindo um "apanhado", um conjunto de princípios indisponíveis[147], ainda que não expressamente legislados[148] – e, entre os princípios e os valores procedentes *de dentro* do

---

[142] Jorge Morais de Carvalho, p. ex., diz que «[a] ordem pública opera num plano estritamente jurídico, dizendo respeito a princípios fundamentais do ordenamento jurídico» [Morais Carvalho (2017a), p. 343, ou Morais Carvalho (2017b), p. 670] e Hörster escreve que «[a] ordem pública é constituída por normas *de carácter jurídico*» (Hörster (1992), p. 523 – sublinhado nosso).

[143] Expressão do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Outubro de 1993 – processo n.º 084138 –, relatado pelo Conselheiro Fernando Fabião.

[144] Expressão do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 2013 – processo n.º 637/1999.L1.S1 –, relatado pelo Conselheiro Granja da Fonseca.

[145] Cf. acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Outubro de 1993 – processo n.º 084138 —, relatado pelo Conselheiro Fernando Fabião; de 22 de Maio de 2012 – processo n.º 82/04-6TCFUN-A.L1.S2 –, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos; de 21 de Março de 2013 – processo n.º 637/1999.L1.S1 –, relatado pelo Conselheiro Granja da Fonseca; de 7 de Junho de 2016 – processo n.º 2835/14.8TCLRS.L1.S1 –, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos; ou de 15 de Março de 2023 – processo n.º 1936/15.0T8VFX-R.L1.S1 –, relatado pelo Conselheiro Barateiro Martins.

[146] Em todo o caso, com uma restrição – com a restrição de que «… não se justifica uma compreensão muito vasta da ordem pública, tão ampla que a identifique com o conjunto das normas imperativas do ordenamento» [Carneiro da Frada (2007), pág. 85].

[147] Menezes Cordeiro (2020), anotação ao artigo 280.º, p. 822 (n. m. 75).

[148] Menezes Cordeiro (2020), anotação ao artigo 280.º, p. 824 (n. m. 83): «Ao contrário dos bons costumes, a ordem pública (interna) constitui um factor sistemático de restrição da autonomia privada. Esta é limitada por normas jurídicas imperativas. Todavia, o sistema não inclui apenas normas, a retirar das fontes, pela interpretação: ele abrange, antes, também princípios, a construir pela Ciência jurídica. Tais princípios correspondem a vectores não expressamente legislados, mas de funcionamento importante. Eles podem ser injuntivos».

sistema jurídico, estariam em causa, p. ex., os princípios da dignidade da pessoa humana[149], da liberdade pessoal, ou da liberdade de participação na vida económica, social e política[150].

b) O segundo critério de distinção entre os bons costumes e a ordem pública, por que se remete para a *contraposição*, para a *dicotomia*, entre princípios relativos à *esfera privada* e princípios relativos à *esfera pública*, ainda que menos frequentemente aplicado, é um critério frequentemente invocado na doutrina e na jurisprudência.

Os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Outubro de 1993[151] ou de 1 de Fevereiro de 2011[152], p. ex., definem a *cláusula geral* da *ordem pública* como o conjunto dos princípios em que se alicerça a ordem económica e social[153], por que se afirmam certos princípios e valores essenciais ou por que se prosseguem «certos objectivos de interesse geral»[154], «cuja prevalência interessa ao Estado e à sociedade»[155].

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Maio de 2019[156], esse, define a *cláusula geral* da *ordem pública* como um *conceito*, como o conceito *indeterminado* através do qual «o Direito protege os valores e princípios do ordenamento que são inderrogáveis por serem base da coexistência social e garantes de um bem público».

Os *bons costumes* teriam uma conotação mais individualista, ou, em todo o caso, não teriam uma conotação (individualista ou colectivista) definida; a *ordem pública*, essa, teria uma conotação definida mais colectivista (mais comunitária ou comunitarista) – corresponderia à expressão do *bem comum*, «tal como é definido [em determinada]

---

[149] Cf. designadamente Oliveira Ascensão (1999), p. 282.

[150] Vide, p. ex., C. A. Mota Pinto/Pinto Monteiro/P. Mota Pinto (2005), p. 557-558; e, por último, Menezes Cordeiro (2020), anotação ao artigo 280.º, p. 824 (n. m. 84).

[151] Proferido no processo n.º 084138 e relatado pelo Conselheiro Fernando Fabião.

[152] Proferido no processo n.º 6845/07.3TBMTS.P1.S1 e relatado pelo Conselheiro Hélder Roque.

[153] Expressão do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Outubro de 1993 – processo n.º 084138 –, relatado pelo Conselheiro Fernando Fabião.

[154] Expressão do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Fevereiro de 2011 – processo n.º 6845/07.3TBMTS.P1.S1 –, relatado pelo Conselheiro Hélder Roque.

[155] Expressão do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Outubro de 1993 – processo n.º 084138 –, relatado pelo Conselheiro Fernando Fabião.

[156] Proferido no processo n.º 336/18.4T8OER.L1.S1 e relatado pela Conselheira Catarina Serra.

comunidade»[157], concretizado através das *bases* ou dos *fundamentos* da *coexistência social*[158]; através dos *pressupostos* ou através dos *requisitos objectivos básicos do sistema social, «na configuração concreta que este historicamente assume*»[159].

Independentemente da sua *conotação*, mais individualista ou mais colectivista (mais comunitária), alega-se de quando em quando que as cláusulas gerais dos *bons costumes* e da *ordem pública* deveriam concretizar-se a partir de argumentos distintos – diz-se explicitamente que a cláusula geral dos *bons costumes* deve concretizar-se a partir de argumentos *éticos* ou *morais* e diz-se, explícita ou implicitamente, que a cláusula geral da *ordem pública* deve concretizar-se a partir de argumentos *pragmáticos*.

O *ponto de vista decisivo* para o juízo sobre a contrariedade aos bons costumes seria um ponto de vista *axiológico* ou *deontológico*; ao aplicar-se a cláusula geral dos bons costumes decide-se do bem e do mal[160]; o *ponto de vista decisivo* para o juízo sobre a contrariedade à *ordem pública* seria um ponto de vista *teleológico*; ao aplicar-se a cláusula geral da *ordem pública* decide-se daquilo que é conveniente, oportuno ou útil para a prossecução do *bem comum* ou do *bem público*[161], daí que designe «aspectos mais marcadamente *técnico-organizacionais* da vida em sociedade»[162].

Entre os corolários da *ordem pública* consensual ou quase consensualmente admitidos na doutrina e na jurisprudência encontra-se a proibição de actos, designadamente de actos de autolimitação dos direitos de personalidade, conflituantes com o princípio ou com o valor da dignidade da pessoa humana[163], a proibição das vinculações perpétuas, ou por tempo

---

157 P. Pais de Vasconcelos/P. L. Pais de Vasconcelos (2019), p. 586.

158 Carneiro da Frada (2007), p. 85.

159 Carneiro da Frada (2007), p. 89.

160 P. Pais de Vasconcelos/P. L. Pais de Vasconcelos (2019), p. 586.

161 P. Pais de Vasconcelos/P. L. Pais de Vasconcelos (2019), p. 586: a ordem pública «[t]em de comum com a Moral a sua configuração como constelação de valores, mas que, em vez de decidirem do bem e do mal, regem sobre a utilidade e conveniência social, que em vez de se fundarem na ética se fundam na política».

162 Carneiro da Frada (2007), p. 89.

163 Cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Maio de 2019 – processo n.º 336/18.4T8OER.L1.S1 –, relatado pela Conselheira Catarina Serra.

indeterminado[164]; a proibição das vinculações desproporcionadas ou excessivas[165], designadamente das vinculações decorrentes dos *contratos amordaçantes*, dos contratos «que deixam uma das partes atada de pés e mãos»[166]; ou a proibição das cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade por dolo ou por culpa grave[167].

III. – Entre os tópicos controvertidos está a *extensão* do conceito de *bons costumes*.

A controvérsia polariza-se em torno da alternativa entre duas concepções – entre uma *concepção mais restrita* e uma concepção *mais ampla* dos bons costumes.

Entre uma concepção mais restrita, menos ampla, por que se circunscreve o alcance dos bons costumes a alguns aspectos da vida social – comportamento familiar, comportamento sexual e deontologia profissional[168] – e *uma concepção mais ampla*, por que se estende o alcance dos bons costumes a todos os aspectos da vida social[169].

A concepção mais restrita, menos ampla, permite concretizar o alcance dos bons costumes em algumas proposições relativamente simples. Estando em questão normas sobre o comportamento familiar, o conteúdo dos *bons costumes* poderia resumir-se em que «não são admissíveis negócios jurídicos (excluindo os actos próprios do Direito da família e que a lei tipifica) que tenham por objecto prestações que envolvem relações familiares» e, em tema de normas sobre o conteúdo sexual, poderia resumir-se em que «não são admissíveis negócios jurídicos […] que

---

[164] Cf. designadamente C. A. Mota Pinto/Pinto Monteiro/P. Mota Pinto (2005), pág. 631, ou Almeida Costa (2006), p. 322 – e, desenvolvidamente, Baptista Machado (1991), p. 623-646, ou Henriques (2001).

[165] Cf. designadamente Menezes Cordeiro (2021), pág. 604.

[166] *Vide*, na doutrina, p. ex., Andrade (1974), p. 350; C. A. Mota Pinto/Pinto Monteiro/P. Mota Pinto (2005), p. 557-558; Baptista Machado (1991), p. 623-646; e, na jurisprudência, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Outubro de 1993 – processo n.º 084138 –, relatado pelo Conselheiro Fernando Fabião.

[167] *Vide*, na doutrina, p. ex., Pinto Monteiro (1990), p. 258, Prata (1985), p. 757-758; ou Pinto Oliveira (2008), esp. nas págs. 19-28, e, na jurisprudência, p. ex., o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Março de 2002 – processo n.º 01A3321 –, relatado pelo Conselheiro Garcia Marques.

[168] *Vide,* desde logo, Menezes Cordeiro (1997), p. 1216-1234.

[169] *Vide*, p. ex., P. Pais de Vasconcelos/P. L. Pais de Vasconcelos (2019), p. 583, ou Carneiro da Frada (2007), p. 89.

tenham por objecto condutas sexuais»[170]. Estando em questão normas sobre o comportamento profissional, o conteúdo dos bons costumes deveria referir-se «[às] regras deontológicas, formuladas por instâncias profissionais próprias: advogados, médicos, jornalistas e banqueiros»[171].

A concepção mais ampla, essa, não permite concretizá-lo em proposições tão simples. «Os princípios éticos ou morais fundamentais pode[riam] dizer respeito a aspectos muito variados da vida em sociedade»[172] – no limite, a todos os aspectos da vida em sociedade, tão variados entre si como variadas são as sociedades contemporâneas, por «[n]ão [haver] campos da vida das pessoas que sejam moralmente neutros»[173].

Os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 1996[174] e de 21 de Março de 2013[175] pronunciaram-se expressamente a favor da concepção mais ampla, menos restrita, sustentando que, ao tratar-se do conceito de *bons costumes*,

> «[se trata] não só de regras ligadas a um comportamento moral, do ponto de vista sexual, familiar, deontológico, como a um comportamento de honestidade e probidade não consentâneo com o abuso de direito».

Independentemente daquilo que os acórdãos *dizem* ou *não dizem*, deve atender-se àquilo que os tribunais *fazem* – àquilo que os tribunais concretamente *decidem*.

Ora os tribunais portugueses têm aplicado com alguma frequência a cláusula geral da *contrariedade aos bons costumes* às situações de incentivo ao aproveitamento de um delito[176], entre os quais se contariam as situações de conclusão de um contrato para prejudicar directa e intencionalmente um terceiro, em proveito próprio[177] – e as situações de

---

[170] Menezes Cordeiro (2020), anotação ao artigo 280.º, p. 822 (n. m. 76).

[171] Menezes Cordeiro (2020), anotação ao artigo 280.º, p. 822 (n. m. 77).

[172] Morais Carvalho (2017a), anotação ao artigo 280.º, p. 343.

[173] P. Pais de Vasconcelos/P. L. Pais de Vasconcelos (2019), p. 583 – ainda que admitindo que «as exigências de moralidade se coloquem com maior acuidade nuns do que noutros».

[174] Proferido no processo n.º 96A187 e relatado pelo Conselheiro Fernando Fabião.

[175] Proferido no processo n.º 637/1999.L1.S1 e relatado pelo Conselheiro Granja da Fonseca.

[176] Expressão de Vaz de Sequeira (2023), p. 65-96 (84-87).

[177] Cf. designadamente os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Fevereiro de 2000 – processo n.º 99A1061 –, relatado pelo Conselheiro Aragão Seia; de 10

conclusão de um contrato para prejudicar um terceiro ou, em geral, as situações de inventivo ao aproveitamento de um delito só com alguma dificuldade se coordenam, só com dificuldade se deixam coordenar, às áreas do comportamento familiar, ou do comportamento sexual, ou sequer ás áreas da deontologia profissional.

Estendendo-se o alcance dos bons costumes de forma a dizer respeito a todos os aspectos da vida social, as normas sobre o comportamento familiar ou sobre o comportamento profissional serão *exemplos*, só *exemplos*, de normas éticas ou morais convocadas pelo conceito indeterminado de *bons costumes* – «a predicação concreta do conteúdo negocial à Moral não se esgota [nem] na moral sexual ou familiar a que os manuais se costumam restringir», nem, tão-pouco, na «moral profissional»[178] [179].

7. (Cont.) **Coordenação entre a *ordem pública* e a *ordem de valores* constitucionais**

Com a Constituição da República Portuguesa de 1976, o modelo de concretização da cláusula geral da ordem pública explícita ou implicitamente assumido pela doutrina e pela jurisprudência posterior ao Código Civil de 1966 confrontou-se com algumas dificuldades.

I. – O acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 15 de Janeiro de 1958, comummente designado como *acórdão* ou *decisão Lüth*[180], pronunciou-se sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito civil em termos tão impressivos que ainda hoje são tomados como *ponto de referência*[181].

---

de Julho de 2008 – processo n.º 7B1994 – e de 27 de Novembro de 2008 – processo n.º 07B3045 –, relatados pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza; de 30 de Abril de 2019 – processo n.º 261/14.8TBVCD.P1.S1 –, de que fomos relator.

[178] P. Pais de Vasconcelos/P. L. Pais de Vasconcelos (2019), p. 583.

[179] Em termos em tudo semelhantes, Morais Carvalho (2017a), anotação ao artigo 280.º, p. 343: «Não se limitam, ou nem sequer se referem, ao contrário do que se defendeu de forma quase unânime durante algum tempo, a uma eventual moral sexual dominante, que é, aliás, cada vez menos consensual e limitadora do comportamento das pessoas».

[180] Consultado em WWW: < https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115_1bvr040051.html >; para uma apresentação do acórdão em língua portuguesa, *vide* Nunes Fritz (2019)

[181] *Vide*, p. ex., Larenz/Wolf/Neuner (2012), p. 44-52; Canaris (1984), p. 201-246 e Canaris (1985), p. 9-12 = Canaris (2012), p. 727-773; Hager (1994), p. 373-383; Hager (2008), p. 21-34; ou Neuner (2008), p. 75-106.

O Tribunal Constitucional Federal descreve a questão fundamental como sendo a de determinar o *se* e, caso afirmativo, o *como* da eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre sujeitos de direito privado e indica, como *teses extremas*, a tese de que todos os direitos fundamentais se dirigem exclusivamente contra o Estado e a tese de que todos os direitos fundamentais ou, pelo menos, alguns dos direitos fundamentais – aqueles que devem considerar-se como *mais importantes* – se dirigem contra todas as pessoas, incluindo os sujeitos de direito privado[182].

Em favor da *primeira tese*, da tese de que os direitos fundamentais se dirigem exclusivamente contra o Estado, poderia argumentar-se que os direitos fundamentais são *direitos de defesa* dos cidadãos contra o Estado – *Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat*[183] – e, em favor da *segunda tese*, da tese de que os direitos fundamentais se dirigem contra todas as pessoas, deveria contra-argumentar-se que os direitos fundamentais são, *simultaneamente*, expressão de uma *ordem de valores* (Wertordnung) ou um *sistema de valores* (Wertsystem) centrada na dignidade do ser humano, cuja personalidade é chamada a desenvolver-se livremente na comunidade social[184].

O acórdão de 15 de Janeiro de 1958 chama ao caso o conceito de *eficácia de irradiação* (*Austrahlungswirkung*) da *ordem de valores* ou do *sistema de valores* do direito constitucional sobre o direito civil[185]. Enquanto *decisão constitucional fundamental*, a ordem de valores ou o sistema de valores deduzido dos direitos fundamentais é uma decisão relevante para todas as funções do Estado e para todas as áreas área do direito, incluindo o direito civil. O legislador não pode contrariá-la, «nenhuma disposição de direito civil pode contrariá-la», e o julgador, ao aplicar alguma disposição de direito civil, deve interpretá-la de acordo com a ordem ou com o sistema de valores deduzido das normas de direitos

---

[182] Cf. acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 15 de Janeiro de 1958 – parágrafo n.º 23.

[183] Cf. acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 15 de Janeiro de 1958 – parágrafo n.º 24.

[184] Cf. acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 15 de Janeiro de 1958 – parágrafo n.º 25.

[185] Cf. acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 15 de Janeiro de 1958 – parágrafo n.º 29.

fundamentais[186]. Ora, a *eficácia de irradiação*, a *Austrahlungswirkung*, da ordem de valores ou do sistema de valores do direito constitucional sobre o direito civil concretizar-se-ia, essencialmente, na sua *eficácia interpretativa*.

A pergunta sobre o *se* só poderia ter uma resposta *afirmativa* – os direitos fundamentais seriam direitos com *eficácia horizontal*, i.e., nas relações entre sujeitos de direito privado.

Esclarecido que a pergunta sobre o *se* só pode ter uma resposta afirmativa, deveria perguntar-se pelo *como* da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos de direito privado. Os termos da alternativa seriam dois – a *eficácia horizontal directa* ou *imediata*, através da aplicação das disposições do direito constitucional nos litígios de direito privado, ou a *eficácia horizontal indirecta* ou *mediata*, através da aplicação das disposições de direito privado, designadamente das disposições do direito civil.

O Tribunal Constitucional Federal coloca em evidência para que um litígio entre particulares sobre direitos ou deveres resultantes das normas de direito privado, designadamente de direito civil, continua a ser, material e processualmente, um litígio de direito privado ainda que as normas de direito privado, designadamente de direito civil, sejam interpretadas de acordo com as normas de direito constitucional. «O direito aplicado é o direito civil, ainda que a sua interpretação deva seguir o direito público, especificamente o direito constitucional.»[187] Entre as teses da *eficácia horizontal directa* ou *imediata* e da *eficácia horizontal indirecta* ou *mediata* deveria dar-se preferência à segunda – à *eficácia horizontal indirecta* ou *mediata*. Os padrões ou *standards* de valor dados pelas normas de direitos fundamentais (*grundrechtliche Wertmäßtabe*) deveriam aplicar-se às relações entre sujeitos de direito privado através de disposições de direito privado – e, dentro das disposições de direito privado, deveriam aplicar-se através de disposições legais *imperativas, cogentes* ou *injuntivas*, coordenáveis ao conceito de *ordem pública*[188]. Entre as disposições legais imperativas, cogentes ou injuntivas, estariam as disposições legais por que se consagram *cláusulas gerais*, como boa fé

---

[186] Cf. acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 15 de Janeiro de 1958 – parágrafo n.º 25.

[187] Cf. acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 15 de Janeiro de 1958 – parágrafo n.º 26.

[188] O Tribunal Constitucional Federal falava de *ordre public*, em francês.

do § 242 ou bons costumes dos §§ 138 e 826 do Código Civil alemão: – para disposições legais por que se remete para padrões ou *standards* de fora do direito *civil* ou, em termos mais amplos e mais gerais, por que se remete para padrões ou *standards* de fora *do direito*[189].

II. – O conceito de *ordem de valores* é em todo o caso controvertido[190, 191] – e, como corolário da controvérsia em torno do conceito de *ordem de valores*, discute-se o sentido e o alcance da tese da *eficácia da irradiação* das normas de direitos fundamentais[192 193].

Em contraste com o artigo 1.º da Lei Fundamental, o artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa determina que «[o]s preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias […] vinculam as entidades públicas e privadas».

Entre os pontos assentes, por serem pontos de consenso entre as doutrinas da *eficácia imediata* e da *eficácia mediata* dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre sujeitos de direito privado, encontrar-se-ia o dever de concretização das cláusulas gerais do direito civil de acordo com os princípios e aos valores do direito constitucional.

O conceito de ordem pública encontrar-se-ia entre os conceitos indeterminados «que torna[m] o direito civil permeável às *valorações constitucionais*»[194] – e que, ao tornarem o direito civil permeável às *valorações constitucionais*, determinam o abandono de modos de pensar *mais antigos*, *mais simples* em favor de modos de pensar *mais complexos*.

---

[189] O Tribunal Constitucional falava de *standards* por que se remete para a globalidade das representações de valor (*Wertvorstellungen*) de uma comunidade ou de um povo, em dado momento do seu desenvolvimento cultural e espiritual, expressas na sua constituição (parágrafo n.º 27).

[190] Para um crítica do conceito de *ordem de valores*, *vide* por todos, HABERMAS (1996), p. 302-316.

[191] Para uma apreciação da controvérsia, *vide*, p. ex., CALVO (2010), ou PEREIRA DA SILVA (2018), p. 55-72 – colocando em contraste o antigo conceito de *ordem de valores* (no singular) e o conceito novo de *ordens de valores* (no plural).

[192] Para uma crítica dos conceitos de *eficácia de irradiação* e, como consequência da *eficácia de irradiação*, da *eficácia horizontal indirecta* ou *mediata* das normas de direitos fundamentais, *vide* por todos MACCRORIE (2005); MACCRORIE (2013), p. 191--213; ou MACCRORIE (2016), p. 151-162.

[193] Para uma apreciação da controvérsia, *vide*, por último, PEREIRA DA SILVA (2018), p. 315-350 – sugerindo uma *superação* da dicotomia eficácia imediata-eficácia mediata.

[194] CARNEIRO DA FRADA (2007), p. 85.

O fenómeno é hoje comum aos sistemas de direito privado ou, no mínimo dos mínimos, aos sistemas de direito privado de todos os Estados-membros[195] e da União Europeia[196] – de quando em quando recebido com cepticismo[197], de quando em quando com entusiasmo, como uma *garantia* contra a *instrumentalização* do direito privado[198].

A representação *mais antiga* do modo de pensar adequado à concretização da ordem pública corresponde à de um procedimento mais linear, com um único sentido.

Os princípios de ordem pública deduziam-se das regras específicas ou de um sistema de regras específicas, desde que imperativas[199]; procedia-se linearmente, num só sentido, porque se procurava um princípio mais *abstracto* e mais *genérico* a partir de uma regra mais *concreta* e mais *específica* ou de um conjunto de regras mais *concretas* e mais *específicas*. – Em certo sentido, a concretização da ordem pública fazia-se *de baixo para cima*; fazia-se das regras mais específicas para os princípios mais genéricos.

A representação *mais recente* do modo de pensar adequado à concretização da ordem pública, essa, corresponde à de um procedimento com um *duplo sentido.*

Os princípios de ordem pública podem ser deduzidos de regras específicas ou deduzidos de princípios genéricos, como, p. ex., de princípios constitucionais: por um lado, pode procurar-se um princípio de ordem pública adequado ao caso nas razões justificativas das *regras* de direito civil e, por outro lado, pode procurar-se um princípio de ordem pública adequado ao caso nas razões justificativas dos *princípios* de direito constitucional.

Quando se procura a ordem pública nas razões justificativas das *regras* de direito civil, está de alguma forma a concretizar-se o conceito

---

[195] Sobre a constitucionalização dos sistemas de direito privado dos Estados-membros, *vide* por todos Mak (2007), e os textos publicados em Grundmann (2008) ou em Trstenjak/Weingerl (2016).

[196] Sobre a constitucionalização do sistema de direito privado da União Europeia, *vide* por todos Colombi-Ciacchi (2006), p. 167-180; Cherednychenko (2008), p. 35-60; Colombi-Ciacchi (2008), p. 149-160;

[197] Cf. designadamente Cherednychenko (2007).

[198] Cf. designadamente Colombi-Ciacchi (2011), p. 111-125.

[199] Cf. designadamente Hörster (1992), p. 523 (n. m. 868). «… o seu relevo próprio [da ordem pública] consiste em que a ilicitude continua mesmo onde exista contrariedade, não a uma norma específica, mas a um princípio geral que se deduz de um sistema de normas imperativas […], p. ex., de princípios constitucionais.»

indeterminado de ordem pública *de baixo para cima* – está a deduzir-se das regras mais específicas, de conteúdo mais concreto, um princípio mais genérico, de alcance mais amplo. Quando se procura a ordem pública nas razões justificativas dos *princípios* de direito constitucional, está de alguma forma a concretizar-se o conceito indeterminado de ordem pública *de cima para baixo* – está a deduzir-se de princípios mais genéricos, de conteúdo mais abstracto, como tipicamente são os princípios de direito constitucional, princípios mais específicos, de conteúdo mais concreto, como tipicamente são os princípios de direito civil.

III. – Entre os princípios e valores constitucionais constantemente convocados para concretizar a *ordem pública* está o princípio da dignidade da pessoa humana.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 30 de Maio de 2019[200] convoca a *fórmula do objecto* como contributo para uma concretização do conceito de *dignidade*:

> «Inspirada na filosofa moral de Kant, a 'fórmula do objecto' foi preconizada, na Alemanha, por Günter Dürig e assenta, fundamentalmente, no seguinte raciocínio: '*a dignidade da pessoa humana enquanto tal é atingida se o ser humano concreto é reduzido à condição de objecto, de simples meio, de elemento substituível'*. Ou seja: cada pessoa tem o dever de respeitar as outras e de se abster de as tratar como objecto ou como um simples meio, pois a pessoa humana é um fim em si; indo mais longe, existe um núcleo material mínimo de dignidade, que, segundo Dürig, é mesmo independente da concepção que cada um tenha sobre a sua própria dignidade»[201].

Convocando a *fórmula do objecto*, ainda que com consciência das suas *limitações*[202], o Supremo Tribunal de Justiça deduz daí um princípio geral de proibição de instrumentalização das pessoas:

---

[200] Proferido no processo n.º 336/18.4T8OER.L1.S1 e relatado pela Conselheira Catarina Serra.

[201] Sobre a relação entre a *fórmula do objecto* e a filosofia kantiana, *vide*, Cortês (2005), p. 601-631.

[202] Sobre os limites da *fórmula do objecto*, *vide*, p. ex., Hoerster (1983), p. 93 ss.; Pinto Oliveira (2002), p. 105 ss.; MacCrorie (2003), p. 151-174; Pinto Oliveira (2011), p. 29-33; MacCrorie (2013), p. 227-245; Pinto Oliveira (2013), p. 475-524 (esp. nas págs. 508 ss.); ou Pereira da Silva (2018), p. 43-54 e 416-440.

> «Ainda que não se convoque a 'fórmula do objecto', é indiscutível que existe, no ordenamento jurídico português, uma proibição geral da instrumentalização das pessoas. Tal instrumentalização é contrária à ordem pública, pois ofende um dos valores 'contidos' na e protegidos pela ordem pública – o valor inderrogável, irrenunciável e indisponível da dignidade humana».

a) A remissão de conceito indeterminado para conceito indeterminado, do conceito de ordem pública para o conceito de dignidade da pessoa humana, é de quando em quando recebida com algum cepticismo. Jorge Morais Carvalho, p. ex., escreve que, «em muitos casos, o problema relacionado com a concretização do conceito de ordem pública é ultrapassado através de remissão para outro conceito indeterminado, o de dignidade da pessoa humana, surgindo novo problema de concretização»[203].

O cepticismo sobre se a remissão para o conceito de dignidade será uma autêntica *concretização* ou será só uma constatação das *semelhanças de família* entre o conceito de *dignidade* e o conceito de *ordem pública* é de alguma forma compreensível.

O artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa contém, tão-só, uma *directriz*, e uma directriz *genérica*, extremamente *imprecisa*, para a resolução de casos controvertidos – como, p. ex., o da licitude dos negócios pelos quais alguém se compromete a pagar uma compensação em dinheiro por actos sexuais (pela prostituição)[204] [205], dos negócios cujo fim ou cujo efeito é proporcionar as condições necessárias ou, em todo o caso, convenientes ao exercício da prostituição[206], dos negócios por que se explora economicamente conversas de teor sexual, p. ex., no contexto de um contacto pelo telefone[207] [208], ou dos negócios por que se

---

[203] Morais Carvalho (2017b), p. 694-695.

[204] *Vide* o caso 1 de Colombi-Ciacchi/Mak/Mansoor (2021).

[205] Sobre a controvérsia em torno da validade-invalidade dos negócios relacionados com a *prostituição*, *vide* desenvolvidamente Vaz de Sequeira (2023), p. 78-81.

[206] *Vide* o caso 2 – primeira variante – de Colombi-Ciacchi/Mak/Mansoor (2021).

[207] *Vide* o caso 3 de Colombi-Ciacchi/Mak/Mansoor (2021).

[208] Cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 9 de Junho de 1998 [com anotação de Schulze (1999), p. 636-640].

explora economicamente a exibição de imagens de teor sexual, p. ex., no contexto de um *peep show*[209].

Embora o cepticismo seja de alguma forma compreensível, a remissão para o conceito de dignidade contribui, ou pode contribuir, para a resolução de problemas como o da *validade dos negócios jurídicos pelos quais alguém se compromete a disponibilizar o seu corpo como objecto do divertimento alheio*, ou o da validade *dos negócios pelos quais alguém se compromete a disponibilizar a sua vida* – os acontecimentos, ordinários ou extraordinários, de que se faz a sua vida – *como objecto de divertimento alheio*, ou o da validade dos negócios pelos quais se explora a *trivialização da violência*.

b) Entre as situações em que alguém se compromete a disponibilizar o seu corpo como objecto do divertimento alheio estão os *jogos* ou *passatempos* em que se pratica o *arremesso* ou o *lançamento de anões*[210]; entre as situações em que alguém se compromete a disponibilizar a sua vida como objecto de divertimento alheio estão os *reality shows*, como o *Big Brother*; entre as situações em que se explora a *trivialização da violência* estão os *passatempos* por que se pratica a *simulação de homicídios*[211].

Os *jogos* ou *passatempos* pelos quais se praticava o *arremesso* ou o *lançamento de anões* foram proibidos pelas autoridades administrativas francesas – e a proibição das autoridades administrativas foi confirmada pelo *Conseil d'État*[212], com a explicação de que *o respeito pela dignidade da pessoa humana era uma das componentes da ordem pública*; de que o *jogo* ou o *passatempo* que consistia em *lançar um anão* conduzia a utilizar como *projéctil* uma pessoa afectada por uma deficiência física, «apresentada como tal»; e de que, ao fazê-lo, um tal *jogo* ou *divertimento*, «pelo seu próprio objecto», *desrespeitava* ou *ofendia a dignidade*

---

[209] Cf. acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo alemão de 15 de Dezembro de 1981 – in: *BVerwGE* 64, 274 – e de 30 de Janeiro de 1990 – in: *BVerwGE* 84, 314 – e acórdão do Tribunal Federal suíço de 9 de Maio de 1980 – in: *BGE* 106 Ia 267.

[210] Para uma descrição do caso, *vide*, p. ex., MacCrorie (2013), *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 295.

[211] Para uma descrição do caso, *vide*, p. ex., MacCrorie (2013), *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 294-295.

[212] Cf. acórdão do *Conseil d'État* de 27 de Novembro de 1995 (n.º 136727) – disponível em WWW: < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007877723/ >.

da pessoa humana[213] [214]. Os *reality shows*, como o *Big Brother*, ainda que tenham sido discutidos no final do século XX e no início do século XXI[215], são hoje comummente difundidos em todos ou quase todos os países[216]. Os *jogos* ou *passatempos* pelos quais se praticava a *simulação de homicídios* foram proibidos pelas autoridades administrativas alemãs, com o argumento de que «constituíam um perigo para a ordem pública, dado que os actos homicidas simulados e a banalização da violência que deles resulta são contrários aos valores fundamentais que prevalecem na opinião pública», e a proibição das autoridades administrativas foi confirmada pelos tribunais de Bona e do Estado da Renânia do Norte-Vestefália.

A decisão do tribunal administrativo do Estado da Renânia do Norte--Vestefália foi objecto de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo alemão, alegando, designadamente, que a proibição conflituava com a liberdade de prestação de serviços, o Supremo Tribunal Administrativo alemão submeteu a questão ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, através de um reenvio prejudicial – e o acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 14 de Outubro de 2004, proferido no processo C-36/02, pronunciou-se no sentido de que

---

[213] O acórdão do *Conseil d'État* diz, na sua fundamentação, que «*l'attraction de 'lancer de nain' consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle*; […] *par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine*».

[214] A decisão do *Conseil d'État* foi objecto de recurso para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com fundamento na violação do direito de exercício de uma profissão livremente escolhida e/ou na violação do princípio da igualdade no exercício da profissão livremente escolhida pelo interessado – não obstante, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem não admitiu o recurso, por razões processuais [cf. decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem de 16 de Outubro de 1996 (n.º 29961/96) – disponível em: WWW: < https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22fulltext%22:%5B%22wackenheim%22%5D,%22documentcollectionid2%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22DECISIONS%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-28235%22%5D%7D >].

[215] Como demonstra, p. ex., o relatório do Conselho da Europa *Compilation of responses to the questionnaire on "Big Brother" type programmes*, disponivel em: WWW: < https://rm.coe.int/16805949d1 >.

[216] Sobre a controvérsia em torno da compatibilidade dos *reality shows*, como o *Big Brother*, com o sistema constitucional, *vide*, por todos, MacCrorie (2013), p. 298-300; ou Gomes Canotilho/Machado (2003).

> «[o] direito comunitário não se opõe a que uma actividade económica que consiste na exploração comercial de jogos de simulação de actos homicidas seja objecto de uma medida nacional de proibição adoptada por razões de protecção de ordem pública, devido ao facto de essa actividade ofender a dignidade humana».

c) Vieira de Andrade diz, a propósito do primeiro caso, que «o Estado [pode] proibir o *desporto* fornecido por uma discoteca que consista em ver quem consegue lançar mais longe um anão»[217], apresentando duas linhas de argumentação distintas para o sustentar.

A prática, por ser manipulatória[218], reduziria a pessoa do anão a uma coisa; «comporta[ria] uma intolerável 'coisificação' de uma pessoa»; ainda que não fosse manipulatória, sempre significaria a exposição de deficiências físicas; em consequência, sempre poderia ser proibida, por significar um *duplo aviltamento* ou uma *dupla degradação*: – por significar um aviltamento ou pela degradação da pessoa em concreto e por significar uma degradação do «valor comunitário da personalidade»[219].

O conceito indeterminado de ordem pública permite uma reformulação do problema – em vez de se perguntar se «o Estado [pode] proibir o *desporto* fornecido por uma discoteca que consista em ver quem consegue lançar mais longe um anão», deve perguntar-se se o juiz, ao concretizar o conceito indeterminado de ordem pública, deve declarar nulos os negócios necessários para que o *desporto* em causa seja *fornecido* por uma discoteca.

Os argumentos deduzidos para explicar/para justificar por que é que o Estado pode proibir o *desporto* fornecido por uma discoteca determinam que o juiz deva declarar nulos os negócios jurídicos necessários para que o *desporto* seja *fornecido*. Entendida como um princípio ou como um valor «intangível e indisponível de todas as pessoas» – «[como] um

---

[217] Vieira de Andrade (2009), p. 311 (nota n.º 143).

[218] Vieira de Andrade esclarece, entre parêntesis, que, por ser manipulatória, «não [é] comparável ao 'homem-canhão' do circo».

[219] Vieira de Andrade (2009), p. 311 (nota n.º 143) – explicando que o critério continuaria a aplicar-se, sem restrição sensível, ainda que o anão tivesse consentido, ainda que estivessem garantidas as condições de segurança necessárias para conter dentro de limites aceitáveis os riscos para a sua vida e para sua a integridade e ainda que, dada a sua deficiência, lhe fosse difícil encontrar emprego.

daqueles '*valores injuntivos do ordenamento*'»[220] –, a dignidade da pessoa humana é um dos *aspectos,* das *dimensões* ou dos *momentos* da ordem pública. Os negócios por que uma pessoa *se vincula a disponibilizar o seu corpo como objecto de um divertimento alheio são negócios jurídicos cuja finalidade ou cujo efeito são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana* – logo, *incompatíveis com a ordem pública.*

O argumento da *degradação da personalidade*, considerada em *concreto*, como *bem jurídico subjectivado*, poderá proceder, *a pari*, para o segundo caso; poderá proceder, *a pari*, para o caso dos negócios jurídicos pelos quais alguém se compromete a disponibilizar a sua vida como objecto de um divertimento *alheio*. O argumento da *degradação da personalidade*, considerada *em abstracto*, como *bem jurídico objectivo*, poderá proceder, *a fortiori*, para o terceiro caso; poderá proceder, *a fortiori*, para o caso dos negócios jurídicos pelos quais se explora a *trivialização da violência*[221].

IV. – Os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Maio de 2019[222] e de 18 de Junho de 2020[223] constituem casos paradigmáticos do modelo de pensar *mais recente*; de concretização do conceito indeterminado de ordem pública *de cima para baixo* – a partir dos princípios de direito constitucional para os princípios de direito civil.

O primeiro, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Maio de 2019, pronunciou-se sobre a validade dos negócios jurídicos por que os pais permitiam a participação de crianças num *reality show*. Constatando que «[a]través do conceito indeterminado de 'ordem pública', o Direito protege os valores e princípios do ordenamento que são inderrogáveis», e que são inderrogáveis «por serem base da coexistência social e garantes de um bem público», o Supremo Tribunal de Justiça declarou que

---

[220] Expressão do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 30 de Maio de 2019 – processo n.º 336/18.4T8OER.L1.S1 —, relatado pela Conselheira Catarina Serra.

[221] Para uma discussão sobre o contributo do caso apreciado e decidido pelo acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 14 de Outubro de 2004 (Omega) para a harmonização do conceito de *ordem pública* direito europeu dos contratos, *vide* por todos DE LANGE (2007), p. 3-24; SMITS (2008), p. 749-760 = WWW: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1132684 >; ou MAK (2021a), p. 20-22.

[222] Proferido no processo n.º 336/18.4T8OER.L1.S1 e relatado pela Conselheira Catarina Serra.

[223] Proferido no processo n.º 1037/16.3T8OER.L1.S1 e relatado pelo Conselheiro Oliveira Abreu.

o princípio da dignidade da pessoa humana era um princípio da ordem pública – dizendo que «[a] instrumentalização das pessoas e, em particular, das crianças é contrária à ordem pública, pois ofende o valor da dignidade humana».

O segundo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 2020, pronunciou-se sobre uma disposição dos Estatutos de uma fundação, em que se determinava:

> 1.º – O cargo de Presidente do Conselho de Administração pertence vitaliciamente ao filho mais velho do Instituidor da Fundação de harmonia com o disposto no art.º 29.º dos estatutos revogados.
>
> 2.º – O cargo de Presidente do Conselho de Administração transmitir-se-á com o mesmo carácter vitalício, aos sucessivos herdeiros do instituidor em linha directa, sempre com preferência pelo mais velho do sexo masculino, e, não havendo, em qualquer das sucessões, herdeiros do sexo masculino, à herdeira mais velha.

O problema estava em averiguar se a disposição, na parte em que dava «preferência pelo [herdeiro] mais velho do sexo masculino», era contrária à ordem pública, por violação do princípio da igualdade – e o Supremo considerou que sim: que «[n]ão [era] tolerável por violação do princípio constitucional da igualdade que se reclam[asse] a tutela jurídica [de uma situação] que encerra uma lógica de que os homens devem prevalecer sobre as mulheres ou vice-versa»; «daí que não se [pudesse] pretender aplicar um estatuto de uma entidade de interesse público, na parte em que discrimin[asse] as mulheres».

Entre os dois movimentos de concretização – *de baixo para cima* e *de cima para baixo* –, há relações de complementação e de esclarecimento recíprocos. Em termos em tudo semelhantes aos de Larenz, «o pensamento não procede aqui 'linearmente', num só sentido, mas é sempre de sentido duplo» e que é sempre de sentido duplo porque «o princípio [se esclarece] pelas suas concretizações», em princípios de alcance mais restrito e ou em regras, e porque as suas concretizações, os princípios de alcance mais restrito e as regras, se esclarecem «pela sua união perfeita com o princípio»[224].

---

[224] Larenz (1997), p. 676.

8. Os problemas causados pelo modelo dualista do Código Civil português

Independentemente da sua maior ou menor sensibilidade aos princípios e valores constitucionais, o modelo dualista do Código Civil português de 1966 está hoje em *crise* – ainda que, à data da sua entrada em vigor, correspondesse ao modelo dominante nos sistemas do *círculo jurídico romanístico*, foi progressivamente abandonado, nos círculos jurídicos *romanístico* e *germanístico*, em favor dos *modelos monistas*.

Os trabalhos preparatórios do Código Civil francês de 1804 eram elucidativos acerca da dificuldade de coordenação entre os conceitos indeterminados de *bons costumes* e de *ordem pública*. Portalis, ao afirmar que «[o]s bons costumes […] são o verdadeiro cimento da edifício social»[225], sugeria que tudo aquilo que contraria os bons costumes ofende a ordem pública. Ora, se tudo aquilo que contraria os bons costumes ofende a ordem pública, a autonomia do conceito indeterminado de bons costumes seria injustificada e injustificável – o princípio delimitador da autonomia privada seria um, e um só: a *ordem pública*.

A doutrina e a jurisprudência alemãs, algo insatisfeitas com o abandono da *ordem pública* pelo § 138 do Código Civil, propuseram-se interpretar a remissão para os *bons costumes* como uma remissão para os *princípios* e para os *valores* gerais da *ordem jurídica* – ou seja, como uma remissão para aquilo que, de acordo com os actuais usos da linguagem, se designa por *ordem pública*[226]. A doutrina e a jurisprudência francesas, algo insatisfeitas com a recepção simultânea das duas cláusulas gerais, dos *bons costumes* e da *ordem pública*, propuseram-se interpretar a remissão para os *bons costumes* como uma remissão para um *aspecto*, para uma *dimensão* ou para um *momento específico* da ordem pública – para a dimensão ou para o momento *moral* da ordem pública.

Em consonância com os desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência, a lei de modernização do Código Civil francês de 2016 e a lei de modernização do Código Civil belga de 2022 deixaram cair os *bons costumes*, declarando *inválidos* e, dentro das invalidades, declarando *nulos*, tão-só os negócios contrários à *ordem pública*.

A proposta de modernização do Código Civil espanhol de 2023 é mais radical (ainda mais radical): os artigos 1219 e 1221 da proposta de

---

[225] Fenet (1836), p. 362.

[226] *Vide,* por todos, Kötz (2009), p. 88-99.

modernização deixam cair os dois conceitos indeterminados *clássicos*, deixam cair os conceitos de *bons costumes* e de *ordem pública*, e devolvem a função de delimitação da autonomia privada a um único critério – ao conceito *moderno* de *princípios básicos do ordenamento jurídico*.

9. (Cont.) O abandono doutrinal e jurisprudencial dos modelos dualistas

I. – O contraste entre o direito francês e o direito alemão causou alguma perplexidade seja em autores alemães, como Steinbach, seja em autores franceses, como Saleilles.

Steinbach começava por sugerir que a dificuldade do direito alemão com o conceito de *ordem pública* tivesse como causa só um *erro*, e só um *erro de tradução*.

O projecto apresentado pela 1.ª Comissão de redacção do Código Civil alemão traduzia a expressão *ordre public* do Código Civil francês por *öffentliche Ordnung*; ora, o conceito de *ordre public*, no sentido do artigo 6.º do Código Civil francês, correspondia essencialmente ao conceito de interesse público – *öffentliches Interesse*[227].

Saleilles, admitindo que a dificuldade tivesse por causa algo mais que um erro, contrapunha duas formas de representar as relações entre os *bons costumes* e a *ordem pública*: a primeira, explícita ou implicitamente assumida nos trabalhos preparatórios do Código Civil alemão, era a de que os *bons costumes* fossem o contrário da *ordem pública*[228] e a segunda, explícita ou implicitamente assumida nos trabalhos preparatórios do Código Civil francês, era a de que os *bons costumes* fossem algo de *distinto* da *ordem pública* ou, em todo o caso, algo de *específico* dentro da *ordem pública*.

Quando descreve a primeira forma de representar as relações entre os dois conceitos, Saleilles convoca a contraposição entre *critérios objectivos* e *critérios subjectivos* e entre *critérios abstractos*, de quando em quando designados como *teóricos*, e critérios *mais concretos*, de quando em quando designados como mais *práticos*.

O critério dos bons costumes pressuposto pelo código alemão seria um critério objectivo. «A objectividade da delimitação [do conteúdo

---

[227] Steinbach (1898), p. 13.

[228] Cf. Saleilles (1901), anotação ao § 138, p. ex. na p. 270: «Os bons costumes e a ordem pública seriam, frequentemente, o oposto um do outro».

dos bons costumes] seria tirada, agora, não da rigidez de um critério jurídico, [de uma] concepção abstracta e inflexível, mas da plasticidade, eminentemente flexível e variável, de uma simples constatação dos usos ou, sobretudo, de um certo ideal de moralidade social, em matéria de usos económicos.»[229] O critério da ordem pública, esse, seria um critério subjectivo – sensível à ideologia do juiz. Estreitamente relacionado com a *subjectividade* do critério do critério da *ordem pública* estaria a circunstância de se tratar de um critério *abstracto*, essencialmente teórico – estaria a circunstância de se tratar, para usarmos os termos de Saleilles, de um critério *de princípio*. O conteúdo da ordem pública deduzir-se-ia de um conjunto de princípios constitucionais um conjunto de regras legais[230] – e, como se deduzisse de um conjunto de princípios ou de um conjunto de regras, ficaria sempre na *fronteira* entre aquilo que os princípios e as regras dizem e aquilo que se quer que digam, ou que se quereria que dissessem[231]. Estreitamente relacionado com a *objectividade* do critério dos *bons costumes* estaria a circunstância de se tratar de um critério *concreto*, essencialmente *prático* – estaria a circunstância de se tratar, para usarmos os termos de Saleilles, de um critério *de facto*. O conteúdo dos bons costumes deduzir-se-ia, ou deveria deduzir-se, das concepções éticas ou morais adoptadas na comunidade.

O abandono da *ordem pública* em favor dos *bons costumes* significaria o abandono de um critério mais *abstracto*, mais *teórico*, em favor de um critério mais *concreto*, mais *prático*; ao abandono de um critério mais abstracto e mais teórico, por ser um *critério de princípio*, em favor de um critério mais concreto e mais prático, por ser um *critério de facto* – não significaria nada mais; não significaria, p. ex., nenhum abandono dos interesses públicos, políticos, sociais, e económicos, subjacentes ao direito moderno:

> «Os únicos princípios morais que o juiz devia respeitar, ou fazer respeitar, não seriam aqueles que fossem, para si próprio, um ideal

---

[229] SALEILLES (1901), anotação ao § 138, p. 262.

[230] SALEILLES (1901), anotação ao § 138, p. 270: «… de um *stock* de ideias jurídicas, procedentes seja do direito público, seja do direito privado, seja do direito industrial, susceptíveis de formar as bases da ordem social, num país determinado».

[231] Entre a forma e a substância da ordem pública haveria um hiato: Embora *formalmente* se deduzisse (tendesse a deduzir-se) de um conjunto de princípios constitucionais ou de um conjunto de regras legais, *substancialmente* a ordem pública deduzir-se-ia (tenderia a deduzir-se) de um determinado sistema político, económico ou social.

> de consciência, e sim, só, aqueles que tivessem encontrado a sua expressão prática na concepção comum, na *conception que le peuple se faisait*, seja da lealdade nos negócios, seja da moralidade, no domínio da vida jurídica»[232].

Quando descreve a segunda forma de conceber as relações entre os dois conceitos, de bons costumes e de ordem pública, Saleilles convoca a distinção entre o *privado* e o *público*; entre uma *moralidade privada* e uma *moralidade pública*.

O critério dos bons costumes pressuposto pela doutrina e pela jurisprudência francesas referir-se-ia a uma *moralidade privada*[233]; às exigências da moral e da ética, consideradas do ponto de vista do comportamento de cada indivíduo*;* o critério da ordem pública pressuposto pela doutrina e pela jurisprudência francesas referir-se-iam a uma *moralidade pública*[234]; às exigências da moral e da ética, às mesmas exigências da moral e da ética, «consideradas do ponto da ordem social» – do ponto de vista do comportamento de todos os indivíduos, como elementos da sociedade. Em certo sentido, o conceito de *bons costumes* designaria a ordem pública em matéria ética e moral e o conceito de ordem pública designaria os *bons costumes* em matéria política, social e económica[235]. «Os dois pontos de vista, em lugar de se oporem, completar-se-iam reciprocamente.»[236]

O facto de os conceitos de *bons costumes* e de *ordem pública* serem diferentes explicaria que, na Alemanha, o conceito de *bons costumes* abrangesse princípios que, na França, seriam de *ordem pública* e que, na França, o conceito de *ordem pública* abrangesse princípios que, na Alemanha, relevariam dos *bons costumes*, por exprimirem uma ordem ética e moral. O direito alemão, ao abandonar a ordem pública, não teria seguramente querido determinar a *irrelevância* do *interesse público* na decisão sobre a validade dos negócios jurídicos privados. O direito francês, ao consagrar a ordem pública, não terá seguramente querido promover

---

[232] Saleilles (1901), anotação ao § 138, p. 262.

[233] Entendida em termos amplos, i.e., em termos de abranger a lealdade nos negócios.

[234] Entendida em sentido amplo, i.e., em termos de abranger todas as bases éticas e morais da vida em sociedade.

[235] Saleilles (1901), anotação ao § 138, p. 271.

[236] Saleilles (1901), anotação ao § 138, p. 271.

a *relevância* do *interesse público* como resultasse das representações económicas, sociais ou políticas do juiz[237].

II. – Em França, a superação doutrinal e jurisprudencial da autonomia dos *bons costumes* decorre de uma *interpretação histórica* dos artigos 6 e 1133 do Código Civil.

O discurso do Tribuno Faure, ao dizer que «[a]s razões da nulidade das convenções contrárias à ordem pública são as mesmas da nulidade das convenções contrárias aos bons costumes»[238], depunha no sentido de que a referência aos *bons costumes* não seria em rigor necessária – a referência à *ordem pública* seria, em rigor, suficiente.

Laurent deduzia do discurso do Tribuno Faure que os *bons costumes* designavam, tão-só, um dos aspectos da *ordem pública*[239] e, em termos mais impressivos, Malaurie declarava que a relação entre os *bons costumes* e a *ordem pública* era uma relação de *coappartenance historique*[240]. Os dois conceitos, *bons costumes* e *ordem pública*, deveriam ser agregados, «como expressão de um conceito unitário, no âmbito do qual a ordem pública assume o papel principal e os bons costumes, um papel acessório»[241].

O conceito de ordem pública decompor-se-ia num *aspecto político*, num *aspecto* ou *momento económico* e num *aspecto* ou *momento ético* ou *moral*; declinar-se-ia em *ordem pública política*, em *ordem pública económica*, de *direcção* e de *protecção*, e em *ordem pública moral*; dentro do conceito, mais amplo, de *ordem pública*, os *bons costumes* designariam tão-só o seu *aspecto ético* ou o seu *aspecto moral* – designariam, tão-só, o conceito mais restrito de uma *ordem pública ética* ou *moral*[242].

---

[237] Saleilles (1901), anotação ao § 138, p. 271: «… em nenhum caso seria permitido ao juiz deduzir um princípio teórico, não admitido pela lei».

[238] Fenet (1836), p. 389.

[239] Laurent (1865), p. 88.

[240] Malaurie (1953), p. 30.

[241] Cf. Terlizzi (2013), p. 71; «Buon costume e ordine public (nel diritto comparato)», cit., pág. 17, ou em Terlizzi (2018), p. 135-143.

[242] *Vide*, por todos, Capitant (1929), p. 60 ss. – em que se escreve, p. ex., que «[a] noção de bons costumes se liga estreitamente à [noção de] ordem pública» (p. 65). – *ou* Ghestin (1984), p. 77-97.

Em rigor, «[t]eria sido suficiente falar de leis que interessam à ordem pública; se aí se acrescentaram os bons costumes, foi para dar à redacção toda a clareza possível»[243].

A contrariedade aos *bons costumes* implicaria logicamente a contrariedade à *ordem pública*: «Tudo o que diz respeito aos *bons costumes* interessa à *ordem pública*»[244]. Em contrapartida, nem tudo aquilo que diz respeito à *ordem pública* interessaria aos *bons costumes* – à chamada *ordem pública ética* ou à chamada *ordem pública moral*[245].

Enquanto na França houve uma superação da *autonomia*, na Alemanha houve uma superação das *interpretações* mais *eticizantes* ou mais *moralizantes* dos bons costumes.

O perigo de que a eliminação do termo *ordem pública* do texto da lei fizesse com que os interesses públicos, com que os interesses políticos, sociais e económicos subjacentes ao direito moderno ficassem de fora do § 138 do Código Civil alemão foi evitado[246].

Steinbach sugeria que os dois conceitos, que o conceito de bons costumes, de uma ordem ética ou moral, e o conceito de um interesse público, eram insusceptíveis de uma distinção estrita[247]. Em questões tão comuns como os negócios usurários, a restrição da concorrência, ou a renúncia a direitos, como, p. ex., a renúncia dos trabalhadores às condições de segurança, a contrariedade aos bons costumes significaria sempre contrariedade ao interesse público[248]. Planck, p. ex., sustentava que tudo, ou que praticamente tudo, aquilo que se pretendia proteger com a proibição dos actos contrários à *ordem pública* podia e devia proteger-se com a proibição dos actos, designadamente dos negócios jurídicos, contrários aos *bons costumes*. Os negócios, contrários aos grandes princípios do direito moderno, em especial aos princípios da liberdade pessoal, da liberdade de consciência e de religião, da liberdade de exercício de uma actividade económica, da liberdade sindical, ou da liberdade de voto (de exercício do direito de voto) deveriam sempre representar-se como negócios contrários aos bons costumes[249].

---

243 Laurent (1865), p. 88.
244 Laurent (1865) p. 88.
245 Laurent (1865), p. 88.
246 Cf. Haferkamp (2003), p. 711 ss.
247 Steinbach (1899), p. 47-50 (47).
248 Steinbach (1899), p. 47-50 (47).
249 Planck (1903), p. 247-250 (248).

O problema seria essencial ou exclusivamente uma questão de *proporção*.

O aplicador do direito deveria averiguar se havia uma violação dos grandes princípios, no sentido em que os grandes princípios são admitidos e reconhecidos pelo direito moderno: não seria toda a limitação da liberdade no quadro de uma actividade económica ou de uma empresa que conflituaria, p. ex., com a liberdade pessoal – sê-lo-ia só uma limitação da liberdade que excedesse a medida de uma limitação legítima, considerados todos os interesses, designadamente económicos, conflituantes[250].

Em desenvolvimento das ideias desenhadas desde os trabalhos preparatórios do Código Civil, a doutrina e a jurisprudência alemãs defendem, com maiores ou menores hesitações[251], a unidade dos bons costumes e da ordem pública[252] e dizem, ora que os bons costumes do § 138 compreendem a ordem pública[253] ora que a ordem pública compreende os bons costumes – a ordem ética ou moral do § 138[254].

---

[250] PLANCK (1903), p. 248.

[251] von Thur, p. ex., duvidava de que devesse procurar-se uma disposição especial da lei para decidir sobre a validade ou invalidade dos actos e, em especial, dos negócios jurídicos por que se limitasse desproporcionada ou excessivamente a liberdade pessoal. Os termos da alternativa seriam dois: se fosse absolutamente necessário fundamentar a ilicitude de uma vinculação desproporcionada ou excessiva a partir de uma disposição especial da lei, então teria de se sustentar que a vinculação é contrária aos bons costumes, no sentido do § 138 do Código Civil alemão; se, porém, não fosse absolutamente necessário fundamentar a ilicitude a partir de uma disposição especial da lei, então não teria de sustentar-se que a vinculação é contrária aos bons costumes. Ora, a aplicação de uma disposição especial da lei, como, p. ex., do § 138 do Código Civil alemão não seria de forma nenhuma necessária – os *limites dos limites* à liberdade pessoal, p. ex., seriam imanentes à ordem jurídica. «A lei não sanciona todas as vinculações jurídico-negociais, qualquer que seja o seu conteúdo» – sancioná-las-ia sim, e só, desde que o seu conteúdo fosse compatível com a situação económica e social. Estando em causa vinculações desproporcionas ou excessivas, não sancionadas pela ordem jurídica, não seria necessária nenhuma disposição especial da lei que determinasse a sua invalidade ou a sua ineficácia – o desvio (*Umweg*) do âmbito do direito para o âmbito da moral, através do § 138 do Código Civil alemão, seria injustificado [VON THUR (1957), p. 183-184].

[252] *Vide*, p. ex., HEDEMANN/FREISLER (1940), nota n.º 42 — a*pud* HAFERKAMP (2003), p. 723.

[253] *Vide,* p. ex., FLUME (1992), p. 367: «*Man muß ihn* [der Terminus 'gute Sitten'] *so verstehen – wie ihn auch die Verfasser des BGB verstanden haben —, daß er die 'öffentliche Ordung' mit einschließt*».

[254] *Vide*, p. ex., SIMITS (1960).

O resultado da *comparação* é a constatação da *fungibilidade* do conceito de *bons costumes* do direito alemão e do conceito de *ordem pública* do direito francês[255].

Os artigos 6 e 1133 do Código Civil francês e o § 138 do Código Civil alemão estariam de acordo em exigir que o controlo do conteúdo dos negócios jurídicos dependesse das concepções éticas e morais admitidas e reconhecidas na comunidade[256].

O legislador francês terá partido do princípio de que os bons costumes, de que as *bonnes mœurs*, cabiam na ordem pública, *ordre public*, pelo que uma alusão especial às *bonnes mœurs* não seria de forma nenhuma necessária[257]. O ponto de vista da ordem pública compreenderia o ponto de vista dos bons costumes. O legislador alemão, esse, terá partido do princípio de que ou bem que a *ordem pública* cabia na ordem jurídica do § 134 ou bem que cabia na ordem ética do § 138 – dizendo, explicitamente, que os negócios jurídicos contrários à ordem pública deveriam representar-se, como negócios contrários à ordem jurídica ou como negócios contrários à ordem ética[258]. «O ponto de vista tirado dos bons costumes compreenderia o ponto de vista tirado da ordem pública.»[259]

Em lugar de um critério com maiores perigos de subjectividade, abstractamente deduzido de um determinado sistema político, económico ou social, os dois legisladores, francês e alemão, quiseram, tão-só, consagrar um critério com menores riscos de subjectividade, concretamente induzido das concepções éticas e morais de uma comunidade: «… tratar-se-ia, em qualquer dos casos, das concepções correntes, seja no domínio dos costumes privados, seja no terreno das relações dos indivíduos com a sociedade [com a colectividade social], seja no terreno das relações dos indivíduos com o Estado»[260].

---

[255] A fungibilidade dos termos *bons costumes* e *ordem pública* seria de alguma forma confirmada pelo direito anglo-americano: – ainda que os autores ingleses e norte-americanos distinguissem as *good manners* ou *good morals* da *public policy*, em muitos casos o fundamento da ilicitude, logo da invalidade do contrato poderia resultar de qualquer um dos dois conceitos, das *good morals* ou da *public policy* [cf. STEINBACH (1898) p. 16-178)]

[256] SALEILLES (1904) p. 154-155.

[257] STEINBACH (1899), p. 16.

[258] STEINBACH (1899), p. 16.

[259] SALEILLES (1901), anotação ao § 138, p. 272.

[260] SALEILLES (1901), anotação ao § 138, p. 271.

10. (Cont.) **O abandono legislativo dos modelos dualistas**

I. – O problema estava em que os artigos 6 e 1133 do Código Civil francês de 1804, ao distinguirem os bons costumes e a ordem pública, ainda que porventura tivessem tido a finalidade de completar a alusão à ordem pública com alguma coisa que contribuísse para que o texto ficasse mais claro teriam tido o efeito de *confundir* os dois termos.

Em 1944, foi constituída uma comissão de reforma do Código Civil francês e, em 1948, a comissão de reforma propôs que se chegasse a uma *solução de compromisso*.

A solução *mais radical* de deixar cair os bons costumes foi considerada excessiva, pela razão de que a remissão para os bons costumes, ainda que fosse *desnecessária*, não era de todo em todo inútil: «… o aditamento [dos bons costumes] não [seria] um pleonasmo; tem a finalidade de dar ao texto um esclarecimento, um *supplément de clarté*, de acordo com as palavras do Tribuno Faure, e de demonstrar aos tribunais que não devem considerar a ordem pública como uma noção de oportunidade política e social, e sim como uma noção constituída por um certo número de princípios morais»[261]. Em lugar da solução mais radical de deixar cair os bons costumes, a comissão de reforma propôs a solução *mais moderada* de colocar os bons costumes na *dependência* da *ordem pública*.

O antigo artigo 6 do Código Civil francês de 1804 deveria ser substituído por um novo artigo, com o número 34, em que se dissesse que «o acto jurídico não pode ter um objecto contrário à ordem pública, em especial aos bons costumes» («*l'acte juridique ne peut avoir un objet contraire à l'ordre public,* notamment *les bonnes mœurs*»)[262].

O abandono dos trabalhos da comissão de reforma adiou a modernização do direito civil francês – durante nada mais nada menos que sessenta ou setenta anos.

Em 2016, e só em 2016, depois de doze anos de sucessivos projectos – depois do *avant projet Catala* de 2005, depois do *projet Terré* de 2009, depois dos dois *projets de Chancellerie*, de 2008 e de 2011, depois do *projet d'ordonnance* de 2015 —, foi aprovada uma reforma do Código Civil francês em matéria de direito das obrigações.

---

[261] *Apud* Romain (1995), p. 19.
[262] *Apud* Romain (1995), p. 19.

Os argumentos subjacentes à proposta de 1948 inspiraram (terão inspirado) o *projet d'Ordonnance* de 2015[263] e a *Ordonnance n.º 2016-131,* de 10 de Fevereiro de 2016[264].

O artigo 6 continua a distinguir os bons costumes e a ordem pública; ainda que o artigo 6 continue a distingui-los, o *modelo dualista* do antigo artigo 1133 foi substituído pelo *modelo monista* do novo artigo 1102[265] – o segundo período do novo artigo 1102 determina que «[a] liberdade contratual não permite derrogar as regras que interessam à ordem pública»[266], sem fazer qualquer referência aos *bons costumes*.

O *rapport au Président de la République* explica que «[a] noção de bons costumes aparece como obsoleta, considerada a evolução da sociedade, e a jurisprudência abandonou-a progressivamente em favor da noção de ordem pública […]»[267].

Os comentadores falam de uma *segunda juventude* da ordem pública[268], ainda que duvidem de que se trate de uma segunda juventude do *conceito* ou tão-só do *termo*.

Se se trata de uma segunda juventude do conceito, por se reconhecer, ou por se renovar o reconhecimento, de que aquilo que contraria os *bons costumes* ofende os princípios e os valores fundamentais de uma comunidade ou de uma sociedade; ou *se se trata, tão-só, de uma segunda juventude do termo*, por se reconhecer, tão-só, que um conceito

---

[263] Ministère de justice, *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, consultado em: WWW: < http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf > = *Minuta da medida provisória sobre a reforma do direito contratual, do regime geral e da prova das obrigações]*, consultado em: WWW: < http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Projet_reforme_contrats_2015_PORTUGAIS.pdf >.

[264] Consultada em: WWW: < *https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032004939* >.

[265] Expressões de Espín Canovas (1963), p. 783-820.

[266] O texto original do segundo período do novo artigo 1102 do Código Civil francês é o seguinte: «*La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public».*

[267] *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des* obligations, consultado in: WWW*:* < https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539 >.

[268] Passagnoli (2018), p. 37-43 (37): «*L'*ordre public *vive una seconda giovinezza con la riforma del Code Civil. Esso sembra destinato, ora, ad assolvere le funzioni precedente svolte, sotto il profilo del controllo di liceità del contratto, dalle discipline formalmente soppresse della* cause *e delle* bonnes moeurs».

com conotações éticas ou morais tem qualquer coisa de *mais antigo*, de *antiquado*, e que um conceito neutro, sem conotações, tem qualquer coisa de *mais moderno*[269].

Inspirando-se na lei de modernização do Código Civil francês, os artigos 1.3, 5.51 5.56 do Código Civil belga, na redacção das leis de 28 de Abril de 2022, fazem referência a um, e só a um, princípio delimitador da autonomia privada – a *ordem pública*.

O artigo 1.3, colocado entre no Livro I – *Disposições gerais*, diz no seu terceiro parágrafo que não pode derrogar-se nem a ordem pública nem as normas imperativas[270].

Os artigos 5.51 e 5.56, colocados no Livro V – *Das obrigações*, pronunciam-se sobre a *licitude da prestação* e sobre a *licitude da causa,* respectivamente.

O artigo 5.51 diz que a prestação é ilícita desde que constitua ou que, ainda que não constitua, deixe que continue uma situação contrária à ordem pública ou a normas imperativas[271] e o artigo 5.56, que a causa (do contrato) é ilícita desde que seja contrária à ordem pública ou a normas imperativas[272]. Explicando-os, a Exposição de motivos diz que «a liberdade contratual há-de ser enquadrada por limites», que *classicamente* os limites são fixados pela lei e pelas noções de *bons costumes* e de *ordem pública*, que, *na substância*, os novos artigos 5.51 e 5.55 correspondem aos princípios clássicos e que, *na forma*, só *na forma*, não lhes correspondem – que «a noção de 'bons costumes' não foi retomada, por estar incluída na noção de 'ordem pública'»[273].

II. – Em alternativa à tendência para o abandono de um dos conceitos indeterminados, o de bons costumes, em favor do conceito alternativo

---

[269] *Vide*, por todos, Pagliantini (2021), p. 670-710 (694).

[270] O texto original do terceiro parágrafo do novo artigo 1.3. do Código Civil belga é o seguinte: «*On ne peut déroger à l'ordre public ni aux règles impératives».*

[271] O texto original do novo artigo 5.51 do Código Civil belga é o seguinte: «*La prestation est illicite lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives*».

[272] O texto original do novo artigo 5.56 do Código Civil belga é o seguinte: «*La cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives*».

[273] Chambre des réprésentants de Belgique – Session extraordinaire 2019 (16 juillet 2019), *Proposition de loi portant inscrition du livre 5 "Les obligations" dans le nouveau Code civil déposée par M. Servais Verherstraeten* – consultada em: WWW: < https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/0174/55K0174001.pdf >.

– ordem pública –, os Princípios de direito europeu dos contratos, os Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais (Princípios UNIDROIT) e o anteprojecto de um quadro comum de referência do direito privado europeu propõem o abandono dos dois conceitos indeterminados, de bons costumes e de ordem pública, em favor dos conceitos de *normas imperativas,* de *princípios jurídicos fundamentais* ou de *valores jurídicos fundamentais*.

Os Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais (Princípios UNIDROIT) propõem uma definição ampla de *normas imperativas*, capaz de *absorver* os bons costumes e a ordem pública: o artigo 1.4 refere-se às normas imperativas de origem nacional, internacional ou supranacional aplicáveis por remissão das normas de direito internacional privado e o artigo 3.3.1. aos contratos que violam uma norma imperativa.

Ora, o comentário ao artigo 1.4 explica que deve atribuir-se ao termo *normas imperativas* um sentido amplo, capaz de compreender disposições específicas e princípios genéricos – i.e., aquilo que comummente se designa por princípios de ordem pública.[274]

Os Princípios de direito europeu dos contratos propõem uma distinção entre as regras específicas e os princípios genéricos; entre a contrariedade a regras específicas e a contrariedade a princípios genéricos, desde que fundamentais.

O artigo 15.101 pronuncia-se sobre os contratos cujo conteúdo seja contrário a princípios genéricos, desde que fundamentais, determina que o contrato é nulo, de nenhum efeito, na medida em que lhes seja contrário; o artigo 15.102 pronuncia se sobre os contratos cujo conteúdo seja contrário a regras específicas; determina que o contrato pode ser nulo, de nenhum efeito, ou não, atendendo ao conteúdo da norma imperativa infringida ou violada e a um conjunto de factores, descritos (exemplificativamente) no n.º 3.

Inspirando-se nos Princípios de direito europeu dos contratos, o anteprojecto de um quadro comum de referência contrapõe *Contracts infringing fundamental principles* e *Contracts infringing mandatory rules*[275]. O artigo II.–7:301 do anteprojecto de um quadro comum de

---

[274] Cf. anotação ao artigo 1.4 in *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce internaciona 2016l*, disponível em: WWW: < https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-French-i.pdf >.

[275] Sobre a distinção entre a contrariedade a regras específicas e a princípios genéricos nos projectos de harmonização do direito privado europeu, *vide* por todos FAUVARQUE-COSSON/MAZEAUD (coord.) (2008); STORME (2006), p. 34-44 – disponível em: WWW:

referência, sob a epígrafe *Contracts infringing fundamental principles*[276], declara que um contrato deve ser declarado nulo desde que infrinja um princípio reconhecido como fundamental pela ordem jurídica dos Estados-Membros ou da União Europeia e que a nulidade seja necessária para dar ao princípio infringido efeito útil[277]. O artigo II. – 7.302 do anteprojecto, sob a epígrafe *Contracts infringing mandatory rules*[278], declara que um contrato, ainda que não infrinja nenhum princípio fundamental, pode ser declarado nulo desde que infrinja uma regra imperativa:

> (1) … os efeitos da violação de normas imperativas sobre a validade dos contratos são os efeitos prescritos pela norma imperativa infringida ou violada.
>
> (2) Se a norma imperativa nada determinar expressamente os efeitos da infracção ou violação sobre a validade do contrato, o tribunal pode:
>
> (a) declarar que o contrato é válido;
> (b) anular o contrato, com efeito retroactivo, no todo ou em parte;
> (c) modificar o contrato ou os seus efeitos.
>
> (3) A decisão alcançada de acordo com o parágrafo (2) deve ser uma resposta adequada e proporcional à violação, atendendo a todas as circunstâncias relevantes, incluindo:
>
> (a) a finalidade da norma violada;
> (b) a categoria de pessoas para cuja protecção a norma existe;

< https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2672648 > ou em: WWW: < https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2006_XI%20_34_freedom-of-contract-mandatory-and-non-mandatory-rules-in-european-contract-law >; GRIGOLEIT (2009) – disponível in: WWW: < https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Zwingendes_Recht_(Regelungsstrukturen) > ou GRIGOLEIT (2012) – disponível in: WWW: < https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Mandatory_Law_(Basic_Features_of_Regulation_in_European_Private_Law) >; MACQUEEN (2010), p. 555-570; ou MAK (2021a), p. 19-28 (22-24).

[276] Correspondente ao artigo 15:101 dos Princípios de direito europeu dos contratos.

[277] O texto original do artigo II.–7:301 é o seguinte: «*A contract is void to the extent that*: (a) *it infringes a principle recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union; and* (b) *nullity is required to give effect to that principle*».

[278] Correspondente ao artigo15:101 dos Princípios de direito europeu dos contratos e ao artigo 3.3.1 dos Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais (= Princípios UNIDROIT).

(c) qualquer sanção que possa ser imposta de acordo com a norma infringida ou violada;
(d) a gravidade da violação;
(e) se a violação foi intencional,
(f) a relação de proximidade entre a violação e o contrato[279] [280].

III. – Ora, os artigos II.–7:301 e II.–7:302 do anteprojecto de um quadro comum de referência do direito privado europeu inspiraram os artigos 1219 e 1221 da *proposta reformada de modernização* do Código Civil espanhol, apresentada em 31 de Julho de 2023.

O artigo 1219 da proposta[281] determina que as partes são livres de conformar o conteúdo do contrato, desde que não seja contrário às normas imperativas ou aos princípios básicos do ordenamento jurídico e o artigo

---

[279] O texto original do artigo II.–7:302 é o seguinte: «(1) *Where a contract is not void under the preceding Article but infringes a mandatory rule of law, the effects of that infringement on the validity of the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule*. (2) *Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement on the validity of a contract, a court may;* (a) *declare the contract to be valid;* (b) *avoid the contract, with retrospective effect, in whole or in part; or* (c) *modify the contract or its effects*. (3) *A decision reached under paragraph (2) should be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether the infringement was intentional; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract*».

[280] Embora o pensamento subjacente ao artigo II.–7:302 seja semelhante ao do artigo 3.3.1 dos Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais (= Princípios UNIDROIT), a redacção do artigo 3.3.1 é algo diferente: «(2) Quando a norma imperativa não prescrever expressamente os efeitos de sua violação sobre o contrato, as partes poderão valer-se das medidas jurídicas nele previstas, desde que razoáveis segundo as circunstâncias. (3) Para determinar o que é razoável há que se considerar, em particular: (a) a finalidade da norma que foi violada; (b) a categoria de pessoas para cuja proteção a norma existe; (c) qualquer sanção que possa ser imposta conforme a norma violada; (d) a gravidade da violação; (e) se uma ou ambas as partes conheciam ou deveriam ter conhecimento da violação; (f) se o cumprimento do contrato implica a violação da norma; e (g) as expectativas razoáveis das partes».

[281] Cujo texto original é o seguinte: «*Las partes podrán establecer del modo que tengan por conveniente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a las normas imperativas o a los principios básicos del ordenamiento jurídico*».

1221[282], que as partes são livres de utilizar o contrato para alcançar a finalidade que queiram, desde que não seja contrária às normas imperativas ou aos princípios básicos do ordenamento jurídico[283]. Explicando a decisão de abandonar os antigos conceitos indeterminados de *bons costumes* e de *ordem pública*, o preâmbulo da *proposta reformada* declara que «[se considerou] necessário rever as fórmulas empregues pelo Código Civil para estabelecer os limites da autonomia da vontade», em particular a remissão para os *bons costumes*[284] ou para a *moral*[285]:

> «São locuções que, no que concerne aos limites da autonomia da vontade e não obstante a sua tradição histórica, não reflectem o pluralismo da sociedade actual, ou o actual sistema de princípios do ordenamento [jurídico], necessariamente fundado na Constituição. Por isso, neste ponto, as referências aos bons costumes, à moral e mesmo à ordem pública – neste último caso, por causa da pluralidade de significados da expressão – foram substituídas pela referência aos 'princípios básicos do ordenamento [jurídico] espanhol'»[286].

---

[282] Cujo texto original é o seguinte: «*Los contratantes son libres de utilizar el contrato para alcanzar la finalidad que deseen, con el límite de las normas imperativas y de los principios básicos del ordenamiento jurídico*».

[283] Em complemento das disposições gerais artigos 1219 e 1221, de alcance mais amplo, o artigo 1101 da proposta de modernização do Código Civil, sob a epígrafe *Obrigações submetidas a condições ilícitas*, declara nulas as obrigações que dependam de condições contrárias a normas imperativas ou a princípios básicos da ordem jurídica: «*Son nulas las obligaciones que dependan de condiciones contrarias a las normas imperativas o a los principios básicos del ordenamiento jurídico*».

[284] Como dos *bons costumes* que se fala no actual artigo 1271 do Código Civil espanhol: «*Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*».

[285] Como da *moral* que se fala no actual artigo 1255 ou no actual art. 1275 do Código Civil espanhol – no actual artigo 1355, em que se diz que «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*»; no actual artigo 1275, em que se diz que «*Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*».

[286] Comision General de Codificación, *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*, Gobierno de España / Ministerio de Justicia, Madrid, 2023 – consultado em: WWW. < https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf > (pág. 23).

11. Coordenadas para um desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial do direito civil português

Estando o modelo dualista do Código Civil português de 1966 *em crise*, em especial depois de ter sido *abandonado* pelo direito francês e pelo direito belga, deverá continuar-se com a actual *interpretação declarativa* ou deverá evoluir-se para uma *interpretação correctiva* dos artigos 280.º e 281.º do Código Civil português?

Em França, a decisão legislativa de abandonar a *causa* e, dentro dos critérios da qualificação do negócio como ilícito, a decisão legislativa de abandonar a *autonomia* dos *bons costumes* foi descrita como uma *revolução de palavras*[287], sem que à revolução das palavras correspondesse uma revolução dos conceitos e das estruturas.

Ora, ainda que não se faça propriamente nenhuma *revolução*, fará porventura sentido fazer-se uma *reforma das palavras* dos artigos 280.º e 281.º do Código Civil?

O actual texto do artigo 280.º do Código Civil diz que é nulo o negócio jurídico «contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes»; deverá interpretar-se como se dissesse, tão-só, que é nulo o *negócio jurídico contrário à ordem pública*?; deverá interpretar-se como se dissesse que *é nulo o negócio jurídico contrário à ordem pública, em especial aos bons costumes*?; ou, deixando cair, num *único movimento*, os *bons costumes* e a *ordem pública*, deverá interpretar-se como se dissesse *que é nulo o negócio jurídico contrário aos princípios básicos* ou *fundamentais do ordenamento jurídico português*?

I. – Giulia Terlizzi enumera três diferenças entre falar-se em *bons costumes* como algo de *autónomo* relativamente à *ordem pública* ou como algo de *não autónomo* – como um *aspecto*, como uma *dimensão* ou como um *momento* da *ordem pública.*

A *primeira diferença* relaciona-se com a *dicotomia entre aquilo que está dentro e aquilo que está fora do direito; entre aquilo que é e aquilo que não é jurídico.* O termo *bons costumes* aponta para algo que está *fora* do direito – para algo que não é *jurídico*, como não são jurídicos os *costumes*, como não é jurídica a *ética* ou como não é jurídica a *moral*; o termo *ordem pública* aponta para algo que está *dentro* do direito – para algo que é *jurídico*. A *segunda diferença* relaciona-se com a *dicotomia*

[287] Expressão de Terlizzi (2017), p. 695-724.

entre o indivíduo e a comunidade ou a sociedade. O termo *bons costumes* é, em certo sentido mais comprometido; aponta para uma *comunidade* ou para uma *sociedade*; o termo *ordem pública* é, em certo sentido, mais neutro – pode apontar mais para o indivíduo ou para a família, pode apontar mais para a comunidade ou para a sociedade, sem que qualquer das duas conotações deixe de fora a conotação alternativa. A *terceira diferença*, essa, relaciona-se com a *dicotomia entre o passado e o presente*. O termo *bons costumes* aponta para o *passado* – para uma *tradição*, em que se constituiu o *costume* – e o termo ordem pública, para o *presente* ou, porventura, para o *futuro*[288].

Entre os pontos consensuais está o de que a concretização dos conceitos indeterminados do direito civil, designadamente do conceito indeterminado de *bons costumes*, deve fazer-se a partir dos princípios e dos valores do direito constitucional – e, dentro dos princípios e dos valores do direito constitucional, a partir da dignidade e dos direitos da pessoa humana. Ora, com a concretização dos *bons costumes* através da remissão para a dignidade e para os direitos da pessoa – logo, para algo que está *dentro do direito* – deixaria de fazer grande sentido o uso de um termo, *bons costumes*, que aponta para algo que está *fora do direito*; com a concretização dos conceitos indeterminados do direito civil através da remissão para a dignidade e para os direitos da pessoa – logo, para algo de referido ao *indivíduo* – deixaria de fazer grande sentido o uso de um termo, *bons costumes*, que aponta para a comunidade ou para a sociedade; com a concretização dos conceitos indeterminados do direito civil através da remissão para a dignidade e para os direitos da pessoa – logo, para algo que é referido ao *presente* – deixa de fazer grande sentido o uso de um termo, *bons costumes*, que aponta para o *passado*.

Os bons costumes estão orientados para um comunidade ou para uma sociedade, e não faz sentido falar-se em costumes, se com os costumes se pretende designar a dignidade da pessoa humana ou os direitos de personalidade; os bons costumes estão orientados para os valores do passado, para uma tradição, e não faz sentido falar-se de costumes se com os costumes se pretende designar os valores do presente ou do futuro.

A substituição do conceito de bons costumes pelo conceito de ordem pública, na modalidade de ordem pública moral, significa que se quis deixar de fazer referência à comunidade ou à sociedade para se fazer

---

[288] Terlizzi (2013), esp. nas págs. 143-147 – cujas ideias são retomadas Terlizzi (2016) e, sobretudo, em Terlizzi (2018).

referência ao indivíduo: «… não obstante a noção de dignidade esteja por definir, representa incontestavelmente uma remissão para os valores do indivíduo; os costumes são, inevitavelmente, o produto de uma sociedade»[289]. A substituição do conceito de bons costumes pelo de ordem pública moral significa que «[se quis] deixar de olhar para o passado, para o 'costume' consolidado pela *tradição* de uma sociedade, para abrir o direito, e os intérpretes do direito, a uma perspectiva dirigida para o futuro, concretizada na referência ao valor da dignidade»[290].

II. – Esclarecido que significa dizer-se que os bons costumes devem ser, tão-só, um *aspecto,* uma *dimensão* ou um *momento* da ordem pública, o abandono da dicotomia bons costumes-ordem pública significa, tão-só, uma maior clareza, uma maior precisão ou um maior rigor na sistematização das causas de invalidade dos negócios jurídicos.

A doutrina portuguesa tem-se pronunciado pela coordenação dos bons costumes ou, em todo o caso, do «núcleo fundamental dos bons costumes»[291] à ordem pública.

Os autores mais distintos, de referência, concordam em afirmar que «regras incluídas na ordem pública podem, em substância, corresponder aos bons costumes»[292].

Os grandes princípios éticos e morais seriam, simultaneamente, princípios de ordem pública e, reciprocamente, os grandes princípios de ordem pública seriam princípios éticos e morais (seriam princípios ética e moralmente relevantes)[293]. Entre as regras incluídas na ordem pública que, em substância, corresponderiam aos bons costumes estariam todas, ou quase todas, as regras essenciais dos bons costumes[294].

Pedro Pais de Vasconcelos chega a sugerir que a *coincidência* entre as duas ordens, entre a ordem pública e a ordem ética ou moral, é a *consequência necessária* de um Estado constitucional, democrático e

---

289 Terlizzi (2013), p. 145.

290 Terlizzi (2013), p. 145.

291 Expressão de Menezes Cordeiro (1997) p. 1223.

292 Menezes Cordeiro (1997), p. 1223.

293 P. Pais de Vasconcelos/P. L. Pais de Vasconcelos (2019), p. 586-587: «Naturalmente e normalmente existem grandes áreas de coincidência entre a Ordem Pública e a Moral: os grandes princípios morais são geralmente considerados também de Ordem Pública, assim como os grandes princípios de Ordem Pública são usualmente princípios morais».

294 Menezes Cordeiro (1997), p. 1223.

pluralista e que a *não coincidência* entre as duas ordens é a *consequência necessária, inevitável*, de um Estado totalitário.

Em «sociedades politicamente não violentadas», o *núcleo fundamental* da ordem pública é a ordem ética e moral e o *núcleo fundamental* da ordem ética e moral é de ordem pública: «[n]a zona em que não [coincidissem] – geralmente domínios muito técnicos do direito económico e social, em que a ordem estatal paraleliza em relação à moral, ou se adianta a ela, ou rege matérias axiologicamente pouco importantes – a ordem pública constitui[ria] um subsistema moral, hierarquicamente inferior»[295].

Em termos comparáveis aos da doutrina, a jurisprudência portuguesa tem-se pronunciado pela coordenação dos bons costumes à ordem pública, em especial para recusar a aplicação de leis estrangeiras, ou para recusar o reconhecimento de decisões arbitrais, ou para recusar o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras.

Entre os acórdãos mais recentes encontra-se a afirmação de que

> «ainda que não seja possível determinar, *a priori*, o conteúdo da cláusula geral da ordem pública internacional, é latamente consensual a ideia de que o mesmo é enformado pelos princípios estruturantes da ordem jurídica, como são, desde logo, os que, pela sua relevância, integram a Constituição em sentido material, […] os princípios fundamentais do Direito da União Europeia e ainda […] os princípios fundamentais nos quais se incluem os da boa-fé, dos bons costumes, da proibição do abuso de direito, da proporcionalidade, da proibição de medidas discriminatórias ou espoliadoras, da proibição de indemnizações punitivas em matéria cível […]»[296].

---

[295] P. Pais de Vasconcelos/P. L. Pais de Vasconcelos (2019), p. 586-587: «Naturalmente e normalmente existem grandes áreas de coincidência entre a Ordem Pública e a Moral: os grandes princípios morais são geralmente considerados também de Ordem Pública, assim como os grandes princípios de Ordem Pública são usualmente princípios morais».

[296] Cf. acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Março de 2017 e de 26 de Setembro de 2017 – processos n.º 103/13.1YRLSB.S1 e n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1, respectivamente —, relatados pelo Conselheiro Alexandre Reis, cujos critérios foram aplicados, p. ex., pelos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Novembro de 2020 – processo n.º 2004/08.6TVLSB.L2.S1 —, relatado pelo Conselheiro Manso Rainhao; de 23 de Março de 2021 – processo n.º 2652/19.9YRLSB.S1 —, relatado pela Conselheira Graça Amaral, e de 21 de Março de 2023 – processo n.º 2863/21.7YRLSB.S1 —, relatado pelo Conselheiro Oliveira Abreu.

Em qualquer caso, a *superação* do modelo dualista dos artigos 280.º e 281.º do Código Civil português, com a *desvalorização* do conceito indeterminado de bons costumes e a correlativa *valorização* do correlativo conceito de ordem pública, não significa (não pode e não deve significar) um *deficit* de tutela de uma ordem ética ou da moral[297].

Os negócios contrários aos *bons costumes* continuarão a ser negócios nulos; simplesmente, não serão nulos por contrariedade aos *bons costumes*, e sim por ofensa a um específico *aspecto*, a uma específica *dimensão* ou a um específico *momento* da ordem pública – por ofensa a uma ordem pública *ética* ou *moral*.

Em vez de significar um *deficit* de tutela de uma ordem ética ou moral, a *superação* do modelo dualista significa (deve significar) sim uma *revalorização* da ordem pública.

O *papel* da ordem pública será (deverá ser) mais amplo e, por ser mais amplo, será (deverá ser) mais inclusivo[298]; como o papel da ordem pública seja (deva ser) mais amplo e mais inclusivo, confunde-se com o *papel* dos princípios básicos do ordenamento jurídico português; como os princípios básicos do ordenamento jurídico português sejam (devam ser) inspirados por um *personalismo ético*[299], os princípios básicos do ordenamento jurídico português são *princípios personalistas*. Entre os princípios e valores protegidos estão (devem estar) a dignidade e os direitos da pessoa humana.

III. – Contra a solução exposta só poderá (contra-)argumentar-se que os argumentos pressupostos pelo conceito de bons costumes e os argumentos pressupostos pelo conceito de ordem pública devem hierarquizar-se, excluindo-se entre si.

Os argumentos pressupostos pelo conceito indeterminado de *bons costumes* seriam sempre e só argumentos éticos e morais e os argumentos pressupostos pelo conceito indeterminado de *ordem pública* seriam sempre e só argumentos jurídicos – a concorrência entre os bons costumes e a ordem pública só poderia ser resolvida pela *exclusão*. Ou bem que se argumentaria a partir de princípios éticos ou morais, ou bem que se

---

[297] Expressão de Passagnoli (2018), p. 38.

[298] Passagnoli (2018), p. 38: «*la soppressione delle* bonnes moeurs i*n ambito contrattuale non crea un deficit di tutela: suppone, piuttosto, un ruolo ampliato e inclusivo dell'*ordre public».

[299] Sobre o *personalismo ético*, *vide*, p. ex., Pinto Oliveira (2013), ou Pinto Oliveira (2016).

argumentaria a partir de princípios jurídicos: argumentando-se a partir de princípios éticos ou morais, deveria deixar-se cair os argumentos jurídicos; deveria dar-se prioridade aos *bons costumes* sobre a *ordem pública*; argumentando-se a partir de princípios jurídicos, deveria deixar-se cair os argumentos éticos ou *morais;* deveria dar-se prioridade à *ordem pública*. Jorge Morais de Carvalho, p. ex., considera que a *concorrência* deve resolver-se a partir da exclusão dos argumentos éticos e morais – logo, da prioridade da *ordem pública*: «neste caso, deve dar-se prevalência à aplicação da cláusula de ordem pública, privilegiando o plano jurídico e, assim, evitando o recurso a planos ou níveis de raciocínio (de certa forma) estranhos ao Direito»[300].

O contra-argumento da necessidade de uma *hierarquia* só faz sentido, só faz pleno sentido, no quadro de uma qualquer modalidade da *tese da separação* entre o direito e a moral[301] – deixa de fazer sentido, deixa de fazer pleno sentido, no quadro de qualquer uma das modalidades da *tese da conexão*, i.e., de qualquer uma das modalidades da tese de que «a definição do conceito de direito deve incluir elementos morais»[302].

Em geral, os argumentos favoráveis à tese da conexão afiguram-se mais convincentes que os argumentos favoráveis à tese da separação[303] – e, desde que sejam abandonados os quadros da tese da separação, o contra-argumento deduzido contra a coordenação dos bons costumes à ordem pública deixa de fazer pleno sentido.

Os princípios *éticos* e *morais* convocados pelo conceito indeterminados de bons costumes são, simultaneamente, *princípios jurídicos* – e, como são, simultaneamente, *princípios jurídicos*, podem e devem coordenar-se ao conceito de *ordem pública*.

Se os argumentos éticos ou morais não fossem simultaneamente argumentos jurídicos, faria sentido, pleno sentido, dizer-se que o recurso a argumentos éticos ou morais era um recurso a argumentos estranhos ao Direito; faria sentido dizer-se que, «se o objecto de um contrato (por exemplo, uma cláusula) for simultaneamente contrário à ordem pública e ofensivo dos bons costumes, entende-se que deve ser salientado apenas o primeiro elemento, por ser aquele que permite uma resposta mais

---

[300] Morais Carvalho (2017b), p. 687 ss.
[301] Expressão de Alexy (1997), p. 3 e p. 17 ss.
[302] Expressão de Alexy (1997), p. 4 e p. 17 ss.
[303] *Vide*, desenvolvidamente, Alexy (1997), *passim*.

fundamentada através de um raciocínio jurídico»[304]; se, porém, os argumentos éticos e morais forem simultaneamente argumentos jurídicos, não faz sentido, pleno sentido, dizer-se que o recurso a argumentos éticos ou morais é um recurso a argumentos estranhos ao Direito; não faz sentido, pleno sentido, salientar apenas o primeiro elemento – *contrariedade à ordem pública* –; não faz sentido salientá-lo por permitir uma resposta mais fundamentada que o segundo – que a *contrariedade aos bons costumes* –, e, sobretudo, não faz sentido salientá-lo por permitir uma resposta mais fundamentada «através de um raciocínio jurídico».

Em diferentes palavras, ainda que insistindo em igual pensamento:

O raciocínio subjacente a uma decisão em que se aplica princípios éticos e morais, através da concretização de um conceito indeterminado como *bons costumes*, é tão jurídico como o raciocínio subjacente a uma decisão em que se aplica princípios jurídicos, através da concretização do conceito indeterminado de *ordem pública*.

12. (Cont.) **Consequências de um desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial do direito civil português – em especial, a *superação* da assimetria entre os artigos 81.º, n.º 1, e 340.º, n.º 2, do Código Civil**

Entre as consequências da superação do *modelo dualista* do Código Civil português estaria uma superação da *assimetria* entre os artigos 81.º e 340.º do Código Civil.

O artigo 81.º, n.º 1, diz que a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é inválida, se for contrária aos princípios da *ordem pública* e o artigo 340.º, n.º 2, diz que o consentimento – em que, em toda a regra, se concretiza a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade – é ineficaz, como causa de exclusão da ilicitude, se for contrário aos bons costumes; ora o silêncio do artigo 81.º, n.º 1, sobre os *bons costumes* e o silêncio do artigo 340.º, n.º 2, sobre a ordem pública causaram, sempre causaram, alguma perplexidade. Menezes Cordeiro, p. ex., escrevia que, que no artigo 340.º ficou por referir a regra da irrelevância do consentimento do lesado quando «o acto seja contrário à ordem pública» e que no artigo 81.º ficou por referir a regra da irrelevância da limitação contrária aos bons costumes[305].

---

[304] Morais Carvalho (2017b), p. 687 ss.

[305] Menezes Cordeiro (1997), p. 1212 (nota n.º 38).

Os autores propõem-se resolver o problema ora através de uma *aplicação conjugada* dos artigos 81.º, n.º 1, e 340.º, n.º 2, ora através de uma *aplicação* do artigo 280.º aos casos previstos no artigo 81.º, n.º 1, e no artigo 340.º, n.º 2, do Código Civil.

Em primeiro lugar, através de uma *aplicação conjugada* dos artigos 81.º, n.º 1, e 340.º, n.º 2, por que se aplicasse ao artigo 81.º, n.º 1, o limite dos *bons costumes* e ao artigo 340.º, n.º 2, o limite da *ordem pública*[306], em segundo lugar, através de uma *aplicação* do artigo 280.º aos casos previstos no artigo 81.º, n.º 1, e no artigo 340.º[307].

O artigo 81.º, n.º 1, deveria articular-se com o artigo 280.º, n.º 2 – «quanto à invalidade dos negócios contrários à ordem pública ou ofensivos dos bons costumes»[308] – «[a] licitude, logo a admissibilidade de qualquer restrição voluntária a um direito de personalidade, depende[ria], […] *em necessária articulação com o artigo 280.º*, da sua conformidade […] com os bons costumes […] – […] a apreciar em concreto, diante do direito em causa e dos termos (extensão, duração, etc.) da sua pretendida limitação»[309]. O argumento deduzido a propósito do artigo 81.º, n.º 1, aplicar-se-ia *a pari* ao artigo 340.º, n.º 2 – a eficácia de qualquer consentimento dependeria, *em necessária articulação com o artigo 280.º*, da sua conformidade com a ordem pública. Pedro Pais de Vasconcelos conclui que a articulação do artigo 81.º, n.º 1, e *a pari* do artigo 340.º, n.º 2, com o artigo 280.º, n.º 2, determina a *redundância* da remissão do artigo 81.º, n.º 1, para a *ordem pública* e da remissão do artigo 340.º, n.º 2, para os *bons costumes*[310].

Em rigor, seria suficiente que o artigo 81.º, n.º 1, do Código Civil admitisse que pudesse *validamente* comprimir-se os direitos de personalidade e que o artigo 340.º, n.º 2, do Código Civil admitisse que pudesse

---

[306] Menezes Cordeiro (1997), p. 1212 (nota n.º 38): para resolver o problema da ausência dos bons costumes no artigo 81.º, n.º 1, deveria atender-se «à sua confluência com o artigo 340.º»; para resolver o problema da ausência da ordem pública no artigo 340.º, deveria atender-se à sua confluência com o artigo 81.º: «Como […] os casos mais significativos de ilicitude de danos, não obstante permissão do lesado, têm a ver com bens da personalidade, a necessidade de respeitar,, a ordem pública, teve consagração expressa no artigo 81.º, n.º 1».

[307] *Vide*, p. ex., P. Pais de Vasconcelos/P. L. Pais de Vasconcelos (2009), p. 58; Neto (2017), p. 121-124; Vasconcelos (2014), anotação ao artigo 81.º, p. 201-204 (203).

[308] Cf. Neto (2017), p. 121-122.

[309] Cf. Vasconcelos (2014), anotação ao artigo 81.º, p. 203.

[310] P. Pais de Vasconcelos/P. L. Pais de Vasconcelos (2009), p. 58.

eficazmente consentir-se na *agressão* de terceiros, seja aos direitos pessoais seja aos direitos patrimoniais do lesado.

O argumento da *suficiência* da admissão ou do reconhecimento dos dois tipos de acto causa-nos algumas dúvidas – o consentimento não é necessariamente um negócio jurídico e, ainda que o fosse, seria conveniente uma reinterpretação dos textos.

Orlando de Carvalho, p. ex., distinguia o consentimento vinculante, o consentimento autorizante e o consentimento tolerante, para dizer que o primeiro, o consentimento vinculante, constitui um «compromisso jurídico autêntico, designadamente um contrato», que o segundo, o consentimento autorizante, constitui um «compromisso jurídico *sui generis*, que atribui a outrem um poder de agressão», e que o terceiro, o consentimento tolerante, não constitui um compromisso jurídico – «não atribui um poder de agressão, mas justifica implicitamente a mesma»[311]. Os consentimentos vinculante e autorizante seriam negócios jurídicos, como fossem negócios jurídicos estariam sujeitos aos princípios gerais dos negócios jurídicos, designadamente em matéria de capacidade[312]; o consentimento tolerante, não – deveria ser prestado, p. ex., pelo menor, «desde que tivesse a suficiente maturidade para a avaliação das respectivas consequências»[313].

Independentemente de se concordar, ou não, com a distinção entre as três modalidades de consentimento — vinculante, autorizante e tolerante – sempre há um ponto consensual ou quase consensual na doutrina e na jurisprudência.

O consentimento para uma intervenção médica, com finalidade terapêutica, em benefício próprio, não deve qualificar-se uma declaração de vontade negocial no sentido do direito civil[314] – e, entre as razões por que não deve qualificar-se como uma declaração negocial está o facto de o regime das intervenções médico-cirúrgicas ter elementos, como o *privilégio terapêutico*, incompatíveis com o seu conceito e com o seu regime[315].

---

311 Carvalho (1981), p. 183.

312 Carvalho (1981), p. 184.

313 Carvalho (1981), p. 183-184.

314 *Vide*, por todos, desenvolvidamente, Dias Pereira (2004), p. 73-79.

315 Sobre as diferenças entre as declarações relevantes para efeitos dos artigos 81.º e 340.º do Código Civil e a declaração de vontade negocial, reguladas nos artigos 217.º ss., *vide*, p. ex., MacCrorie (2016), p. 283-294 – defendendo, designadamente, a inaplicabilidade aos casos previstos nos artigos 81.º e 340.º de um conceito de declaração de

Excluída a qualificação do consentimento como uma declaração de vontade negocial, como *negócio jurídico*, será sim (só) um *acto jurídico em sentido restrito*.

O artigo 295.º do Código Civil determina que «[a]os actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições [dirigidas aos negócios jurídicos]» – e, embora o artigo 295.º faça com que não seja necessário *interpretar correctivamente* os textos, o resultado de uma articulação dos artigo 81.º, n.º 1, e 340.º, n.º 2, com o artigo 280.º, *interpretados declarativamente*, seria insatisfatório: a cláusula geral dos bons costumes só teria como consequência a *invalidade* do acto previsto no artigo 81.º, n.º 1, *por remissão do artigo 295.º* e, ainda assim, *se a analogia das situações o justificasse*, e a cláusula geral da ordem pública só teria como consequência a *ineficácia* do acto previsto no artigo 340.º, n.º 2, *por remissão do artigo 295.º* e, ainda assim, *se a analogia das situações o justificasse*.

Evitando resultados insatisfatórios, a *superação* do modelo dualista do Código Civil português permitiria que se interpretasse o artigo 81.º, n.º 1, como se dissesse que a declaração do titular de direito de personalidade será nula, se for contrária aos princípios de ordem pública e, em especial, aos bons costumes e o artigo 340.º, n.º 2, como se dissesse que a declaração do titular do direito, pessoal ou real, afectado será nula se for contrário aos bons costumes, como paradigma dos princípios de ordem pública.

Bibliografia

ANDRADE, Manuel de, *Teoria geral da relação jurídica, vol. II – Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 2003

ALEXY, Robert, *Concetto e validità del diritto,* Einaudi, Turim, 1997.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das obrigações*, 10.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2006.

ATIYAH, Patrick S., *An Introduction to the Law of Contract*, 5.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1995.

---

vontade sensível à *aparência* ou à *confiança* da contraparte, a inadequação das *regras gerais* sobre a interpretação das declarações de vontade negocial e a *insuficiências* das regras gerais sobre a falta e os vícios da vontade.

Baptista Machado, João, "Do princípio da liberdade contratual", in *Obra dispersa, vol. I – Direito privado. Direito internacional privado*, João Baptista Machado. Scientia Juridica, Braga, 1991, p. 623-646.

Barcellona, Mario, "Ordine pubblico (diritto privato)", in *Enciclopedia del diritto. I tematici, vol. I – Contratto*, Giuffrè, Milano, 2021.

Beatson, Jack/Burrows, Andrew/Cartwright, John, *Anson's Law of Contract*, 29.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010.

Cabral de Moncada, Luís, *Lições de direito civil*, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1995.

Calvo, Roberto, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Giuffrè, Milano, 2010.

Canaris, Claus-Wilhelm, "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 184 (1984), p. 201-246 e vol. 185 (1985), p. 9-12 = *Gesammelte Schriften*, vol. I – *Rechtstheorie*, De Gruyter, Berlin, 2012.

Capitant, Henri, *Introduction à l'étude du droit civil: notions générales,* 5.ª ed., Pedone, Paris, 1929.

Cardoso da Costa, Vicente José Ferreira, "Notas", in. *Que he o Código Civil?*, Typographia de Antonio Rodrigues Galhardo, Lisboa, 1822.

Carneiro da Frada, Manuel, "A ordem pública no direito dos contratos", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. 4, 2007, p. 287-300.

Carvalho, Orlando de, *Teoria geral do direito civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano (1.ª turma) do curso jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981.

Cherednychenko, Olha, "Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or Towards Walking in Circles?", in *Constitutional Values and European Contract Law, Grundmann*, Stefan (org.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008.

Cherednychenko, Olha, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Sellier. European Law Publishers, München, 2007.

Cortês, António "O princípio da dignidade humana em Kant", *Boletim da Faculdade de Direito [da Univeridade de Coimbra]*, vol. 81, 2005.

Colombi-Ciacchi, Aurelia, "National and European Fundamental Rights in European Private Law: A Shield Against the Instrumentalisation of Private Law", in *European Constitutionalism without Private Law. Private Law without Democracy*, Joerges, Christian /Ralli, Tommi (coord.) in: ARENA Report No 3/11 / RECON Report No 14, 2011, págs. 111-125.

Colombi-Ciacchi, Aurelia, "Immoral Contracts in Europe: The First Common Core", in *Immoral Contracts in Europe*, Colombi-Ciacchi, Aurelia/Mak, Chantal/Mansoor, Zeeshan (coord.), Intersentia, Antwerp / Cambridge, 2021.

COLOMBI-CIACCHI, Aurelia, "Social Rights, Human Dignity and European Contract Law", in *Constitutional Values and European Contract Law,* Grundmann, Stefan (org.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008.

COLOMBI-CIACCHI, Aurelia, "The Constitucionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice", *European Review of Contract Law*, *Vol. 2, No. 2,* 2006, p. 167-180.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da, "anotação ao artigo 10.º", in *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português, vol. I – Artigos 1.º-39*, Coimbra Editora, Coimbra, 1929.

DE CASTRO, Federico, "Notas sobre las limitaciones intrinsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de derecho civil*, vol. 35, 1982, p. 987-1086.

DE CUPIS, Adriano, "Leggi proibitive, norme imperative e ordine pubblico", *Anuario di diritto comparato*, vol. 22, 1949, p. 245-250.

DIAS FERREIRA, José, "anotação ao artigo 10.º", in *Código Civil portuguez annotado*, vol. I – Artigos 1.º-473.º, Imprensa Nacional, Lisboa, 1870, p. 27-37.

DIAS FERREIRA, José, "anotação ao artigo 643.º", in *Código Civil portuguez annotado*, vol. II – Artigos 474.º-1055.º, Imprensa Nacional Lisboa, 1871, p. 153-157

DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de direito civil (dissertação de mestrado*), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004.

DÖLEMEYER, Barbara/MOHNHAUPT, Heinz/SOMMA, Alessandro, *Richterliche Anwendung des Code Civil in seinen europäischen Geltungsbereichts außerhalb Frankreich,* Vittorio Klostermann, Frankfurt-am-Main, 2006.

DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, vol. I,* Jean-Baptiste Coignard, Imprimeur, Paris, 1689.

ESPÍN CANOVAS, Diego, "Las nociones de orden público y buenas costumbres como limites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa", *Anuario de derecho civil*, vol. 16, 1963.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte/MAZEAUD, Denis (coord.), com a colaboração de Racine, Jean-Baptiste/Sautonie-Laguionie Laura/Tenenbaum,Aline/Wicker, Guillaume, *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier – European Law Publishers, Munich, 2008.

FENET, Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, vol. VI,* Vidocq, Paris, 1836.

FERRARA, Francesco*, Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 2. ed., Società Editrice Libraria, Milano, 1914.

FLUME, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, vol. II – Das Rechtsgeschäft,* 4. ed., Springer, Berlin / Heidelberg, 1992.

Chambre des réprésentants de Belgique – *Session extraordinaire 2019 (16 juillet 2019), Proposition de loi portant inscrition du livre 5 "Les obligations" dans le nouveau Code civil déposée par M. Servais Verherstraeten,* 2019.

Comision General de Codificación, *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos,* Gobierno de España / Ministerio de Justicia, Madrid, 2023.

Gandolfi, Giuseppe (coord.), *Code européen des contrats. Avant projet*, Giuffrè, Milano, 2004.

Ghestin, Jacques, "L'ordre public, notion à contenu variable en droit français", in *Les notions à contenu variable en droit*, Perelman, Chaïm/van der Elst, Raymond (coord.), Bruylant, Bruxelles, 1984.

Gierke, Otto, "Die soziale Aufgabe des Privatrechts" in *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Springer, Berlin, 1889 – com tradução para inglês de McGaughey, Ewan, 'The Social Role of Private Law', *German Law Journal*, vol. 19, 2018, págs. 1029-1116.

Gierke, Otto*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuch und das deutsche Recht*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1889.

Gierke, Otto von, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuch und das deutsche Recht,* Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1889.

Gierke, Otto von, *Deutsches Privatrecht, vol. I – Allgemeiner Teil und Personenrecht,* Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1895.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 2016.

Conselho da Europa, *Compilation of responses to the questionnaire on "Big Brother" type programmes*, Strasbourg, 2002.

Gomes Canotilho, José Joaquim e Machado, Jónatas Eduardo, *Reality shows e liberdade de programação,* Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

Grigoleit, Hans Christoph, "Mandatory Law (Basic Features of Regulation in European Private Law)", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law,* Oxford University Press, Oxford, 2012.

Grigoleit, Hans-Christoph, "Zwingendes Recht (Regelungsstrukturen)", *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, vol. II* – Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus/Zimmermann, Reinhard (coord.) p. 1822-1827, Kau-Z, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

Grundmann, Stefan (org.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008.

Habermas, Jürgen, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*), tradução de Ceppa, Leonardo, Milan, Guerini, 1996.

Haferkamp, Hans-Peter, "§ 138. Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher", in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, vol. I – Allgemeiner Teil.* §§ 1-240, Schmoeckel, Mathias/ Rückert, Joachim/ Zimmermann, Reinhard (coord.), Mohr Siebeck, 2003.

Hager, Johannes, "Fundamental Rights in National (namely, German) Contract Law", in *Constitutional Values and European Contract Law*, Grundmann, Stefan (coord.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 21-34.

HAGER, Johannes, "Grundrechte im Privatrecht", *Juristenzeitung*, 49, no. 8 (1994) p. 373-83.

HENRIQUES, Paulo*, A desvinculação unilateral ad nutum nos contratos civis de sociedade e mandato,* Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

HOERSTER, Norbert, "Zur Bedeutung des Prinzips von Menschenwürde", *Juristische Schulung*, (1983), Heft 2, p. 93-96.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil.* Almedina, Coimbra, 1992.

INFANTE RUIZ, Francisco José/Oliva Blázquez, Francisco "Los contratos ilegales en el derecho privado europeo", *InDret,* n.º 3, 2009.

KÖTZ, Hein, "Die Ungültigkeit von Verträgen wegen Gesetz-und Sittenwidrigkeit (Eine rechtsvergleichende Skizze)", *Rabels Zeitschrift für auslãndisches und internationales Privatrecht,* vol. 58, 1994, p. 209-231.

KÖTZ, Hein, "Sitten- und Gesetzwidrigkeit von Verträgen", *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, vol. II – Kau-Z*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

KÖTZ, Hein, *Vertragsrecht, Mohr Siebeck*, Tübingen, 2009.

KÖTZ, Hein, "Illegality", in *Max Planck Encyclopedia of European Private Law,* Oxford University Press, Oxford, 2012.

LANGE, Roel de, "The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights", *Erasmus Law Review*, vol. 1 – n.º 1, 2007.

LARENZ, Karl/WOLF, Manfred/NEUNER, Jörg, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,* 10.ª ed., C. H. Beck, München, 2012.

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito* (título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), tradução de Lamego, José, 3.ª ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

LAURENT, François, *Principes de droit civil, vol. I,* Bruylant, Pedone/Bruxelles / Paris, 1865

LOTMAR, Philip, *Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1896.

MACCRORIE, Benedita, "A irrenunciabilidade dos direitos de personalidade", *Pessoa, direito e direitos – Colóquios 2014-2015*, Pinto Oliveira, Nuno Manuel e Maccrorie, Benedita (coord.), Direitos humanos – Centro de investigação interdisciplinar / Escola de Direito, Braga, 2016, p. 283-294.

MACCRORIE, Benedita, "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e os contratos de longa duração", in *Pessoa, direito e direitos – Colóquios 2014-2015*, Pinto Oliveira, Nuno Manuel e Maccrorie, Benedita (coord.), Direitos humanos – Centro de investigação interdisciplinar / Escola de Direito, Braga, 2016, p. 283-294.

MACCRORIE, Benedita, "O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional", in *Estudos em comemoração do décimo aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*, Escola de Direito da Universidade do Minho / Livraria Almedina, Braga / Coimbra, 2003, p. 151-174.

MACCRORIE, Benedita, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Livraria Almedina, Coimbra, 2013.

MACQUEEN, Hector, "Illegality and Immorality in Contracts. Towards European Principles", in *Towards a European Civil Code*, Hartkamp Arthur/Hesselink, Martijn/Hondius, Ewoud/Mak, Chantal/Du Perron, Edgar (coord.), 4.ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010.

MAK, Chantal "Immorality of Contracts in Europe: Four Approaches", in *Immoral Contracts in Europe*, Colombi-Ciacchi, Aurelia/Mak, Chantal/Mansoor, Zeeshan (coord.), Intersentia, Antwerp / Cambridge, 2021, p. 19-28 (22-24).

MAK, Chantal, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007.

MALAURIE, Philippe, *L'ordre public et le contrat. Etude de droit civil comparé. France, Angleterre, U.R.S.S.*, Ed. Matot-Braine, Reims, 1953.

MARKESINIS, Basil S/UNBERATH, Hannes/JOHNSTON, Angus, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.ª ed., Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2006.

MCKENDRICK, Ewan "Contracts", in: *English Private Law,* Burrows, Andrew (coord.), 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.

MEINERTZAGEN-LIMPENS, Anne, "Quelques aspects de l'ordre public en droit comparé", in *L'ordre public. Concept et applications,* Romain, Jean-François/Grégoire, Michèle/ Simonart,Valérie/Puttemans, André/van Gysel Alain-Charles/Massager, Nathalie/ Meinertzagen-Limpens, Anne/Ekelmans, Mark (coord.), Bruylant, Bruxelles, 1995.

MENEZES CORDEIRO, António, *Da boa fé no direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

MENEZES CORDEIRO, A. Barreto, *Direito inglês dos contratos, vol. I – Formação, conteúdo, vícios,* AAFDL, Lisboa, 2017.

MENEZES CORDEIRO, António (com a colaboração de Menezes Cordeiro, A. Barreto), *Tratado de direito civil, vol II – Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, 5.ª ed. Almedina, Coimbra, 2021.

MENEZES CORDEIRO, António, "anotação ao artigo 280.º", in *Código Civil comentado, vol. I – Parte geral,* Menezes Cordeiro, António (coord.), Coimbra, Livraria Almedina, 2020.

MORAIS CARVALHO, Jorge, "anotação ao artigo 280.º", in *Código Civil anotado, vol. I – Artigos 1.º-1250.º*, Prata, Ana (coord.), Livraria Almedina, Coimbra, 2017, p. 338-345.

MORAIS CARVALHO, Jorge, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017b.

MOREIRA, Guilherme, *Instituições de direito civil, vol. I – Parte geral,* Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907.

MOREIRA, Guilherme, *Instituições de direito civil, vol. II – Das obrigações,* Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907.

MOTA PINTO, Carlos Alberto/PINTO MONTEIRO, António/MOTA PINTO, Paulo, *Teoria geral do direito* civil, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

MUGDAN, Benno, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vol. I – Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil*, R. v. Decker, Berlin, 1899.

NETO, Luísa, "anotação ao artigo 81.º", in *Código Civil anotado, vol. I – Artigos 1.º-1250.º,* Ana Prata (coord.), Livraria Almedina, Coimbra, 2017.

NEUNER, Jörg, "O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental", *Revista da ESMESC*, vol. 15, 2008, p. 75-106.

NUNES FRITZ, Karina "Decisões históricas: o caso Lüth e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais", disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/313983/decisoes-historicas-o-caso-luth-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos--fundamentais*,* 2019.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *Direito civil. Teoria geral, vol. II – Acções e factos jurídicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

PAGLIANTINI, Stefano, "Lex perfecta, trionfo dell'ordine pubblico e morte presunta del buon costume: Appunti per una ristampa della Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano", *Persona e mercato*, n.º 4 – 2021, p. 670-710.

PASSAGNOLI, Giovanni, "Note sull'ordre public dopo la riforma del Code civil", *Persona e mercato, n.º 1,* 2018, p. 37-43.

PEREIRA DA SILVA, Jorge, *Direitos fundamentais. Teoria geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018.

PINTO MONTEIRO, António, *Cláusula penal e indemnização*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990.

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, "Tomando a sério o personalismo ético", in: *Pessoa, direito e direitos. Colóquios 2014/2015*, Direitos Humanos — Centro de Investigação Interdisciplinar / Escola de Direito [da Universidade do Minho], Braga, 2016, p. 277-293.

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, "Os princípios de um 'personalismo ético' como projecto de 'materialização' do direito privado", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 475-524.

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, "O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética", *Lex Medicinae*, ano 8, n.º 15, 2011, p. 29-33.

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, *Cláusulas acessórias ao contrato – Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar. Cláusulas penais*, 3.ª. ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2008.

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, *O direito geral de personalidade e a "solução do dissentimento". Ensaio sobre um caso de "constitucionalização" do direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

PIRES DE LIMA, Fernando Andrade/ANTUNES VARELA, João de Matos (com. colaboração de Manuel Henrique Mesquita), anotação ao artigo 280.º, in *Código Civil anotado, vol. i – Artigos 1.º-761.º*, 4. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1986.

PIRES DE LIMA, Fernando Andrade/ANTUNES VARELA, João de Matos, *Noções fundamentais de direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1961.

PLANCK, Gottlieb, *Bürgerliches Gesetzbuch, vol. I – Einleitung und Allgemeiner Teil,* 3.ª ed., J. Guttentag, Berlin, 1903.

PRATA, Ana, *Cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade contratual*, Livraria Almedina, Coimbra, 1985.

ROMAIN, Jean-François, "L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme", in, *L'ordre public: Concept et applications*, vol. 3, Grégoire, M./Romain, J.-F/Simonart, V. (coord.), Bruxelles, Bruylant, 1995.

SALEILLES, Raymond, anotação ao § 138, in *Code civil allemand, traduit et annoté, vol. I. – Livre I. Partie générale (art. 1 à 240) – Livre II – Section I à VI (art. 241 à 432),* C. Bufnoir, P. Cazelles, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. Lévy Ulmann e R. Saleilles, Imprimerie Nationale, Paris, 1904, p. 154-156.

SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté*, F. Pichon, Paris, 1901.

SEABRA, António Luiz de, *A propriedade,* Imprensa da Universidade, Coimbra, 1850.

SIMITS, Konstantin, *Gutte Sitten und ordre public*, Elwert, Marburg, 1960.

SMITS, Jan M., "Human Dignity and Uniform Law: An Unhappy Relationship", in *Essays in Honor of Saul Litvinoff,* Olivier Moréteau, Julio Romanach e Alberto Zuppi (coord.), Baton Rouge, 2008, p. 749-760.

STEINBACH, Emil, "Die 'gutten Sitten' im Rechte", *Deutsch Juristen-Zeitung*, 1899, p. 47-50.

STEINBACH, Emil, *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung*, Manz, Wien, 1898.

STORME, Matthias,"Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law", *Juridica International*, Vol IX/2006, 2006, p. 34-44.

TAVARES, José, *Os princípios fundamentais do direito civil, vol. i – Teoria geral do direito civil*, 2. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1930.

TERLIZZI, Giulia, "Buon costume e ordine pubblic (nel diritto comparato)", in *Digesto della discipline privatistiche.* Aggiornamento X, UTET, Torino, 2016.

TERLIZZI, Giulia, "Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti", *Rivista di diritto civile,* ano 68, 2017, p. 695-724.

TERLIZZI, Giulia, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale,* Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.

TRSTENJAK, Verica/WEINGERL, Petra (coord.), *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law,* Springer, Cham / Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 2016.

VASCONCELOS, Joana, anotação ao artigo 81.º, in *Código Civil anotado, vol. I – Parte geral,* Luís Carvalho Fernandes/José Carlos Brandão Proença (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 201-204.

VASCONCELOS, Pedro Pais de/VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria geral do direito civil*, 9. ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2019.

VAZ DE SEQUEIRA, Elsa, anotação ao artigo 280.º, in *Código Civil anotado, vol. I – Parte geral*, Luís Carvalho Fernandes/José Carlos Brandão Proença (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 690-696.

VAZ DE SEQUEIRA, Elsa, Taveira da Fonseca, Ana, *IV Encontros de direito civil – Limites à autonomia privada,* Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023.

VAZ DE SEQUEIRA, Elsa, *Teoria geral do direito civil. Princípios fundamentais, situações jurídicas e sujeitos,* 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, 4. ed., Livraria Almedina, 2009.

VON THUR, Andreas von, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, vol. II – tomo i – Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft,* Duncker & Humblot, Berlin, 1957.

ZITELMANN, Ernst, *Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, vol. II*, Guttentag, Berlin, 1890.

ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta/Kluwer, Cape Town/Deventer/Boston, 1992.

V. Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça, 28 de Outubro de 1993 – processo n.º 084138 – relatado pelo Conselheiro Fernando Fabião.

Supremo Tribunal de Justiça, 28 de Outubro de 1993 – processo n.º 084138 – relatado pelo Conselheiro Fernando Fabião.

Supremo Tribunal de Justiça, 1 de Fevereiro de 2000 – processo n.º 99A1061 – relatado pelo Conselheiro Aragão Seia.

Supremo Tribunal de Justiça, 1 de Março de 2001 – processo n.º 00S245 – relatado pelo Conselheiro Diniz Nunes.

Supremo Tribunal de Justiça, 19 de Março de 2002 – processo n.º 01A3321 – relatado pelo Conselheiro Garcia Marques.

Supremo Tribunal de Justiça, 12 de Maio de 2005 – processo n.º 05B3320 – relatado pelo Conselheiro Oliveira Barros.

Supremo Tribunal de Justiça, 13 de Janeiro de 2005 – processo n.º 04B4365 – relatado pelo Conselheiro Salvador da Costa.

Supremo Tribunal de Justiça, 10 de Julho de 2008 – processo n.º 7B1994 – relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza.

Supremo Tribunal de Justiça, 27 de Novembro de 2008 – processo n.º 07B3045 – relatados pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza.

Supremo Tribunal de Justiça, 10 de Julho de 2008 – processo n.º 7B1994 - relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza.

Supremo Tribunal de Justiça, 1 de Fevereiro de 2011 – processo n.º 6845/07.3TBMTS. P1.S1 – relatado pelo Conselheiro Hélder Roque.

Supremo Tribunal de Justiça, 22 de Maio de 2012 – processo n.º 82/04-6TCFUN-A. L1.S2 – relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos.

Supremo Tribunal de Justiça, 21 de Março de 2013 – processo n.º 637/1999.L1.S1 – relatado pelo Conselheiro Granja da Fonseca.

Supremo Tribunal de Justiça, 6 de Março de 2014 – processo n.º 2296/10.0TVLSB.L1.S1 – relatado pelo Conselheiro Lopes do Rego.

Supremo Tribunal de Justiça, 7 de Junho de 2016 – processo n.º 2835/14.8TCLRS.L1.S1 – relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos.

Supremo Tribunal de Justiça, 14 de Março de 2017 – processo n.º 103/13.1YRLSB.S1 – relatado pelo Conselheiro Alexandre Reis.

Supremo Tribunal de Justiça, 17 de Maio de 2017 – processo n.º 309/07.2TBLMG.C1.S1 – relatado pelo Conselheiro Nunes Ribeiro.

Supremo Tribunal de Justiça, 26 de Setembro de 2017 – processos n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1 – relatado pelo Conselheiro Alexandre Reis.

Supremo Tribunal de Justiça, 7 de Novembro de 2017 – processo n.º 1919/15.0T8OAZ.P1.S1 – relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos.

Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Abril de 2019 – processo n.º 261/14.8TBVCD.P1.S1 – de relatado pelo Conselheiro Nuno Pinto Oliveira.

Supremo Tribunal de Justiça 30 de Maio de 2019 – processo n.º 336/18.4T8OER.L1.S1 – relatado pela Conselheira Catarina Serra.

Supremo Tribunal de Justiça, 10 de Novembro de 2020 – processo n.º 2004/08.6TVLSB.L2.S1 – relatado pelo Conselheiro Manso Rainhao.

Supremo Tribunal de Justiça, 14 de Julho de 2021 – processo n.º 2010/12.6TBGMR.G2.S1 – relatado pelo Conselheiro Fernando Baptista.

Supremo Tribunal de Justiça, 23 de Março de 2021 – processo n.º 2652/19.9YRLSB.S1 – relatado pela Conselheira Graça Amaral.

Supremo Tribunal de Justiça, 15 de Março de 2023 – processo n.º 1936/15.0T8VFX-R.L1.S1 – relatado pelo Conselheiro Barateiro Martins.

Supremo Tribunal de Justiça, 21 de Março de 2023 – processo n.º 2863/21.7YRLSB.S1 – relatado pelo Conselheiro Oliveira Abreu.

Jurisprudência Estrangeira

Acordão do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 15 de Janeiro de 1958.

Acordão do Supremo Tribunal Federal Alemão de 9 de Junho de 1998.

Acordão do Supremo Tribunal Administrativo Alemão de 15 de Dezembro de 1981 – in: *BVerwGE* 64, 274.

Acordão do Supremo Tribunal Administrativo Alemão de 30 de Janeiro de 1990 – in: *BVerwGE* 84, 314.

Acórdão do Tribunal Federal suíço de 9 de Maio de 1980 – in: *BGE* 106 Ia 267.

Cf. acórdão do *Conseil d'État* de 27 de Novembro de 1995 (n.º 136727).

Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 14 de Outubro de 2004 (Omega)

Com este Barro – ou a exigibilidade nos limites do reconhecimento

Pedro Garcia Marques*

O texto que ora se publica partiu do ensejo proporcionado pela realização de uma *talk*, realizada no dia 11 de Julho de 2023 e integrada no âmbito da série *Católica Talks*, promovida pela *Católica Research Centre for the Future of Law*.

A série de *talks* do ano em causa foi dedicada ao tema comum de conceitos gerais de Direito. A nossa intervenção debruçou-se sobre o conceito de exigibilidade, tendo-se sustentado num texto, em forma de mero rascunho, subordinado ao título de "*Heed the Rising Voices* – a exigibilidade ou o que têm Stephenson Daedalus, Antígona, Clitemnestra, Jesuíno Gonçalves, Riobaldo e Pêro Vaz de Caminha para nos dizer?" e disponibilizado com o único intuito de servir de apoio à exposição.

Pretendo agradecer à minha colega e amiga Senhora Professora Doutora Elsa Vaz de Sequeira, o gentilíssimo convite que, na qualidade de coordenadora *Católica Research Centre for the Future of Law*, me dirigiu a participar em mais esta iniciativa do Centro de Investigação.

Queria ainda e de modo muito particular agradecer, penhoradamente, a enorme honra que me concedeu a Senhora Professora Ana Rita Alfaiate pelo facto de ter tão pronta e generosamente aceitado o convite que lhe dirigi de assumir a tarefa de comentar a intervenção.

Não podia ter esperado melhor atenção e mais cuidado e agudo olhar, como o comprovam os muitos e valiosíssimos comentários críticos que, em sede, do comentário e de posterior diálogo, resultaram como contributos a uma discussão que não esquecerei e que constituirão fonte perene de mais rica e profunda reflexão futura sobre o tema a que, ali, naquele dia, a discussão nos levou. Bem haja, porque palavras maiores não há.

Gostaria ainda de agradecer aos colegas investigadores presentes, embora de modo muito especial ao Doutor Marcel Piterman, à Mestre

[1] Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, https://orcid.org/0000-0002-6212-7096.

Rachel Bruno Anastácio, à Mestre Joana Arnaut e ao Mestre Miguel Carmo Mota por terem acedido ao meu repto de ler trechos escolhidos de *Portait of a Young Man as an Artist,* de JAMES JOYCE, de *Antígona* e de *Electra, de* SÓFOCLES, das *Terras do Sem Fim*, de JORGE AMADO, do *Grande Sertão Veredas, de* GUIMARÃES ROSA, assim como da *Carta do Achamento* de Pêro Vaz de Caminha. E por, deste modo, terem tornado esta *talk* inolvidavelmente participada. Bem hajam, por tudo.

A *talk* então realizada como, de resto, o texto apresentado em baixo, procuram ser fi*éis* ao espírito originário das *Católica Talks*, ou seja, a de partilha com os colegas investigadores de um conjunto de ideias que, fazendo parte do corpo de um trabalho de investigação em curso deverá, a seu tempo, ganhar forma escrita.

Também, por isso, o texto que ora se leva à estampa em momento algum reflecte por inteiro o que naquela *talk* foi dito e discutido, antes escolhe algumas apenas das ideias aí expendidas, num esforço que, entre um revisitar de caminhos já iniciados no passado e percursos que, agora, *ex novo*, resultam propostos, mais não *é do* que um passo adicional, embora ainda um passo apenas, para um esforço de publicação monográfica que, assim espero, possa, num horizonte temporal não muito longínquo, ver a luz do dia.

Desde logo, do texto em baixo ressalta evidente a ausência dos excertos que, naquele dia da *talk*, foram lidos e que, pela voz do Miguel, da Rachel, da Joana e do Miguel (perdoar-me-á a amizade de todos a informalidade do trato), deram a vida a Stephenson Daedalus, de JAMES JOYCE, a Antígona e a Clitemnestra, de SÓFOCLES, a Jesuíno Gonçalves e ao narrador do *Terras do Sem Fim* de JORGE AMADO e ainda a Riobaldo, de GUIMARÃES ROSA, assim como ao Pêro Vaz de Caminha, da *Carta do Achamento*. Também a essas vozes espero um dia regressar.

Vozes que, naquele momento irrepetível, testemunhos se tornaram do que nos desafia em exigência de (re)pensar, ontem como hoje, … a exigibilidade.

Comecemos, pois.

"Um dia, quando Cuidado (*Cura*) atravessava o rio, encontrou barro (*cretosum lutum*, argila calcária); atentamente retirou um pedaço e começou a moldá-lo. Enquanto a pensava no que teria feito, apareceu Júpiter. Cuidado pediu-lhe que o infundisse de espírito (*ut det illi spiritum*) e ele, com alegria, assentiu. Mas quando Cuidado quis que lhe fosse dado o seu nome, Júpiter proibiu-o e exigiu que lhe fosse dado antes o nome dele. Enquanto Cuidado e Júpiter discutiam, a Terra (*Tellus*) ergueu-se e desejou que o nome dela fosse dado à criatura, pois que lhe tinha dado parte do seu corpo. Tomaram [então] Saturno como juiz. E Saturno assim julgou: "Tu, Júpiter, que lhe deste o espírito, receberás o seu espírito aquando da sua morte; tu, Terra, que lhe deste o teu corpo, receberás o seu corpo. Mas tu, Cuidado, que primeiro a inventaste (*quia prima finxit*), tê-la-ás enquanto for viva (*teneat quamdiu viverit*). E porque existe uma grande controvérsia entre vós sobre o seu nome, que se chame "homo", que ele parece ter sido feito de húmus (*quia videtur esse factus ex humo*)".

HEIDEGGER, *Sein und Zeit,* atribuindo a notícia e relato da "fábula antiga (*alten Fabel*)" a K. BURDACH[1]:

Com este barro, tão pobre
tão magro, tão escuro
com este barro onde a luz,
até a mais dura, dificilmente
penetra;
onde a água, também ela
crua, não se demora,
e se escapa; com este barro
onde só a solidão,
essa sim, funda e tão nossa,
se sente em casa;
com este barro

[1] HEIDEGGER (2006), p. 197 e 198 e K BUDARCH, *Faust und die Sorge. Deutsche Vierteljahresschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte*, I (1923), p. 1 e segs., *apud* HEIDEGGER, *ibidem*.

– que pão, que roupa, que morada
hão-de fazer mãos assim
tão cegas e tão ávidas?

Eugénio de Andrade, *Com este barro*[2]

O Senhor Deus formou, pois, o homem do barro da terra, e inspirou-lhe nas narinas um sopro de vida e o homem se tornou um ser vivente.

Génesis 2:7

Muitos, da tradição clássica à hebraica, são os passos que nos inspiram a surpreender-nos barro, em barro infundidos, por ele iluminados, dele emersos em identidade e nome.

O que, com o poeta, é esse barro, "tão pobre/ tão magro, tão escuro"[3], sê-lo-á vida. Vida/barro "Onde só a solidão/ essa sim, funda e tão nossa,/ se sente em casa"[4].

O que desse *homo*/ser vivente esperar, então?

1. A afirmação de um *initium*, desde logo. De um agostiniano "[Initium] ergo ut esset, creatus est homo, ante quem nullus fuit (*para que este [começo] foi, então, o homem criado antes do qual nenhum alguma vez existiu*)"[5].

Regressamos ao que já antes referiramos, muito embora, dando um passo em frente, não antes ensaiado[6].

Eis, pois, *[Initium] ergo ut esset, creatus est homo, ante quem nullus fuit*. Pois que, em cada nascimento é "este nascimento inicial" "reafirmado"[7]. E nele, nesse nascimento inicial, sempre reafirmado em cada nascimento, em cada novidade – nisso que de novo surge a cada momento num mundo já existente e que assim permanecerá após a morte de cada indivíduo – algo se pode ademais, assim ARENDT (e assim nós

[2] ANDRADE (2017), p. 560 e 561.
[3] *Idem,* p. 560.
[4] *Idem,* p. 561.
[5] SANTO AGOSTINHO (2000), XI.XXI, p. 1137. Tradução nossa.
[6] Cfr. o *nosso* (2016), p. 311 e segs. e, em medida diminuta, o *nosso* (2023), p. 308.
[7] *Idem, ibidem.*

com a Autora), afirmar e concluir. Respeitantes que se tornam ao que o homem, pela precisa razão de nascer e, por isso, de ser *o* começo, *pode* no que concerne a criação de algo novo, de uma novidade de que ele próprio proveio.

E, "[p]orque ele [o homem] *é* um início, o homem pode começar; ser humano e ser livre são uma e a mesma coisa"[8]. Rematando e concluindo, no que será a possibilidade aberta por Santo Agostinho (de ARENDT também?), no sentido de que "Deus criou o homem em ordem a introduzir no mundo a faculdade do começo: liberdade"[9].

Remete-nos, então, para o reconhecimento, numa dimensão individual, disso que define o indivíduo: livre enquanto expressão de novidade lançada no mundo, único enquanto afirmação nesse mundo de natalidade e de afirmação aí daquilo que é único.

De uma liberdade se trata, na verdade. Muito embora, aqui, não de uma "disposição humana interior", mas antes sim do algo que se assume e surge como o "carácter da experiência humana no mundo (*as a character of human existence in the world*)"[10].

Não se trata, por isso, de uma liberdade enquanto algo que o homem possui (ou, quando isso se negue, naturalmente, não possuirá), antes sim de uma liberdade que nele, e, muito particularmente, no seu "aparecimento no mundo", é "equiparada (*equated)",* no sentido*,* assim sugere ARENDT, de ser a revelação mesma do "aparecimento da liberdade no universo"[11].

Neste preciso sentido, o homem é livre "porque ele é um começo e porque [ele] foi assim criado [como começo] depois do universo ter já vindo à existência (*had already come into existence*)."[12].

Liberdade, portanto, como começo. Como criação do criador e da criatura também. Como cultivo que em natalidade transforma cada acto. Criador, por isso, e nisso que em novidade brota do que em semente leva o gesto encerrado em cada acção, livre se mostra, enquanto liberdade se torna testemunho do que, de novo aí e nesse momento, surge no mundo.

Remissiva a acção, como referimos no passado [13], para um agir, no sentido mais geral, significa ela tomar iniciativa, iniciar (*archein*,

---

[8] *Idem, ibidem.* Parêntesis rectos nossos.

[9] *Idem, ibidem.*

[10] ARENDT (2006), p. 165.

[11] *Idem,* p. 165 e 166.

[12] *Idem,* p. 166.

[13] Tema persistente no nosso pensamento, em especial, cfr. os *nossos* (2016), p. 321 e segs., (2023), p. 308 e segs., (2023b), p. 2088 e segs.

começar, ser primeiro – num sentido originário que sofre uma progressiva *descaracterização*, no sentido de um muito outro, o de governar, do qual desaparecerá por completo aquele de começo, de criação), imprimir movimento a (o latino *agere*).

Pelo que, regressando a ARENDT, como faremos ainda tantas vezes, "se a acção, como início, corresponde ao facto do nascimento, se é a actualização da condição humana da natalidade, então a fala/o discurso (*speech*) corresponde ao facto da distinção (*distinctness*) e é a actualização (*the actualization*) da condição humana da pluralidade, i.e., de viver com ser distinto e único entre iguais"[14].

2. E assim porque no *discurso* se vê convocada uma dimensão que, se nos clássicos e na sua compreensão do *político* se deixa já entrever, não se deixa, no entanto, ainda, como se diria hoje, *tematizar*. Pois que aí – nessa outra dimensão – se joga o que, por via, da heideggariana *Rede/conversa* se vê desvelado na *linguagem*. A precisa dimensão na linguagem que a HEIDEGGER exigiu após *Sein und Zeit*, a *Kehre/viragem de sentido* necessária à afirmação – e sustento – de que a linguagem será a *casa do Ser*.

Aquela dimensão que aqui procuramos está bem presente no *discurso* enquanto especificamente político e no modo como, em público, se vê promovido. Assim, portanto, no contexto do debate que, na *ágora*, antes, na Antiguidade Clássica, como, agora, em todas as *ágoras*, na realidade alcançável ou virtual, formam os *fora* da contemporaneidade.

Ora, aquela dimensão que ora procuramos dilucidar desponta no discurso político como seu verdadeiro traço característico. Toquemos, pois, nesse discurso especificamente político para aquela dimensão desvendar.

Não científico – embora interesse à ciência (ou não estaríamos aqui os dois, cara leitora, se fosse o caso de à ciência não interessar) – opõe-se o discurso político ao discurso – científico – preocupado com o conhecimento e procura da verdade, dispensando a necessidade ou mesmo a procura de prova ou forma alguma de demonstração.

É, na verdade, o discurso político tributário da precisa procura de persuasão que "rege a relação dos cidadãos da polis"[15]. E, nestes termos, com ARENDT de que tanto nos temos socorridos, discurso e persuasão revelam os termos em que cultura, por um lado, e política, se relacionam,

---

[14] ARENDT (1998), p. 178.

[15] *Idem, ibidem*

apresentam e manifestam: como um todo, diz, cultura e política "pertencem um ao outro (*belong together*)"[16].

Na medida em que ambos, política e cultura, do mesmo modo excluem conhecimento e verdade – nem um, nem outra, na cultura como na política, "estão em jogo"[17] – sustentam-se ambos, política e cultura, na mesma medida, no "juízo e [na] decisão"[18].

E assim, juízo, no modo de "uma troca judiciosa de opinião sobre a esfera da vida pública e o mundo em comum (*common world*)"[19], requesta a decisão sobre "que tipo de acção que aí", nesse mundo comum, "deve ser realizada (*what manner of action is to be taken in it*)"[20]. Uma decisão que, em função de cada resolução quanto ao "tipo de coisas" que nesse mundo em comum deverão aparecer, será, nada menos, que a decisão sobre "o modo"[21] como esse mundo surgirá.

Juízo, neste sentido, assoma, por isso, como a mais política das qualidades humanas.

Juízo esse que, numa dimensão política, se manifesta por via da expressão de uma opinião. O que, no domínio de qualquer discurso, seja ou não político, mais não será que a afirmação de e, com isso, a partilha e o tornar comunicável de um *gosto*, com tudo o que de irremissivelmente pessoal nisso, i.e., nesta forma particular de juízo, vai implicado.

Também por isso, fundar o juízo e o pleno significado cultural do que neste, como forma de acção, se encerra, no gosto (pessoal), importa emprestar ao seu significado verdadeiramente político uma relevância, de novo, com ARENDT, "mais abrangente e talvez mais profunda"[22].

E assim, desde logo, porque aqui se joga a natureza específica de qualquer discurso que se encontra presente em qualquer conversa, no preciso sentido heideggeriano de *Rede* e não apenas naquilo que, em diálogo ou afirmação, se encerra no discurso especificamente político, desde logo logo nos *lugares de costume* em que se vê mais habitualmente praticado.

Em cada conversa/conversação/*Rede* – e não apenas naquela que se desenvolva na *ágora* e, por isso, institucionalmente (e apenas nesse

---

[16] *Idem, ibidem.*
[17] *Idem, ibidem.*
[18] *Idem, ibidem.*
[19] *Idem, ibidem.*
[20] *Idem,* p. 220.
[21] *Idem, ibidem.*
[22] *Idem, ibidem.*

sentido) designado de política –, desponta o juízo como dimensão de discurso que, uma vez, identificada, aí funda os termos precisos de uma "validade" particular, capaz de a erigir a uma verdadeira forma de acção, na precisa medida em que se mostra carregada do que melhor a caracteriza em afirmação de individualidade, cumprindo-se no mesmo campo em que a linguagem desafia o agente na sua identidade e o confronta com quem ele é.

De uma validade, portanto e retomando o fio à meada, que brota do "domínio da actuação e do discurso (*the realm of acting and speaking*)"[23]. Ou seja, com ARENDT, do "domínio político" em que a "qualidade pessoal" ganha protagonismo, no qual a pessoa que alguém é – «"who one is"»[24] –, ao invés das suas qualidades ou talentos individuais, se torna manifesta.

Está isso, se bem cremos, bem presente na natureza mesma do *gosto* e do gosto *pessoal*, enquanto juízo que, onde se afirme, sempre será político, na verdade. E assim presente, desde logo, nos termos como KANT, na sua *Critica do Juízo,* em particular no contexto do juízo estético, o entende. A ARENDT devemos essa nota.

Mas que significado é esse subjacente ao *juízo,* mais profundo e mais abrangente, capaz de fundar uma *validade particular* que dele fará uma forma de acção, quando juízo mais não é que uma mera expressão de opinião? O que, no domínio de qualquer discurso, seja ou não político, mais não será que a afirmação e, com isso, a partilha e o tornar comunicável de um *gosto*, com tudo o que de irremissivelmente pessoal nisso, i.e., nesta forma particular de juízo, vai implicado.

O que pode, portanto, o *gosto* pessoal, que, no domínio estético, como todos os gostos, se não deixa discutir – *de gustibus non disputandum est* – proporcionar, em medida de caracterização fiável do que cada um, nada menos, seja – *who one is*? Como ainda e sobretudo o que pode juízo que é gosto e não passa de opinião revelar daquela dimensão, verdadeira característica do discurso, capaz de o tornar verdadeira forma de acção?

Regressamos, a propósito, a uma incursão encetada no (nosso) passado[25], sem nos demorarmos aqui na compreensão do que nesse passado desenvolvemos sobre o juízo especificamente estético envolvido no esforço kantiano acima mencionado. Antes, assim pensamos, enveredando agora

---

[23] *Idem, ibidem.*

[24] *Idem, ibidem.*

[25] Assim, em especial e de modo mais detalhado, o *nosso* (2016), p. 334 e segs..

por caminho enriquecido com o que o tempo e com o que a reflexão de que o tempo é feito permitem.

Comecemos com o trecho preciso e relevante neste contexto de KANT na sua terceira crítica:

> "O juízo do gosto requer o assentimento de todos, e quem quer que declare alguma coisa como sendo bela deseja que todos devam aprovar o objecto em causa e, do mesmo modo, o declarem como sendo belo. (…) Procura *atrair/persuadir* o consentimento de todos os outros (*Mann wirbt um jedes andern Beistimmung*) [na tradução de ARENDT do verbo *werben um* adopta um bem mais sugestivo "woo the consent"], porque tem um fundamento para aquilo que é comum para todos"[26].

Este «"wooing" [deixamos a palavra no original em língua inglesa] ou persuadir, com ARENDT, aproxima-se de "modo muito próximo" daquilo que, na Grécia, se chamaria *peithein*, o discurso convincente ou persuasivo»[27] e que os helénicos clássicos tomavam como a "forma tipicamente política das pessoas falarem umas com as outras"[28].

De discurso se trata. E de um capaz de criar a percepção de arbitrariedade, pois que não se impõe com fundamento em factos demonstráveis, menos ainda nos termos de uma pretensão de verdade, assegurada com fundamento num acordo sustentado num argumento que se pretenda tomar como indiscutível.

De discursos, menos que um só, na verdade, que (sustentados ou não em o argumento indiscutível) encontram a precisa comunhão com a opinião expendida no discurso político precisamente na procura de persuasão. Ou seja, naquilo que KANT descreve como, e que ARENDT nota com acutilância, a procura de "*atrair/persuadir* o consentimento" – *jedes andern Beistimmung umwerben*, do "woo the consent"[29], expressão, como vimos, da Autora, de todos os outros.

---

[26] KANT (1968), § 19, p. 237.
[27] ARENDT (2006), p. 219.
[28] *Idem, ibidem.*
[29] *Idem, ibidem.*

Ora, onde quer que as pessoas sujeitem a juízo "coisas do mundo que são comuns a todos", algo mais se encontra "implicado (*implied*) nesses juízos do que essas coisas"[30] que todos comungam.

3. E assim será porquê?

Desde logo, seguramente porque, por via do gosto, se discrimina e decide "entre qualidades" e, nisso que, tomando por referência o juízo estético, no belo, em particular no que cada um considera como sendo belo, o gosto, enquanto juízo quotidianamente exercido, «toma conta do belo na sua forma "pessoal"»[31]. E nessa forma, no modo como assumida, se vê comunicada e partilhada e, porventura, na forma tão humana daquilo que se chama persuasão, se joga a pretensão de cada um de ver no outro, quando do belo falamos, que "o verdadeiramente belo seja facilmente reconhecido" [32].

Por isso, se compreende que se tome "o gosto como a actividade de uma alma verdadeiramente cultivada – *cultura animi*" [33] e que, nessa forma pessoal de assumir o belo – que o será de assumir tudo o que convoque o juízo como gosto –, se diga que, em cada momento em que cada um o faça, «produz, então, uma "cultura"» [34]. E, por fim, que ganhe sentido pleno a afirmação de ARENDT, que inspira este excurso, no sentido de que "o gosto" seja "a capacidade que verdadeiramente humaniza o belo e cria a cultura"[35].

Tomamos, então, o ensejo de ARENDT na chamada à colação de um outro sentido que ao conceito de cultura traz, não apenas um outro sentido, mas, por isso, outro alcance e possibilidades de reflexão. "Cultura, palavra e conceito", diz, "é romana na origem"[36]. A palavra deriva de "*colere* – cultivar, habitar (*to dwell*), tomar conta (*to take care*)", cuidar (*to tend*) e preservar" e respeita, "primariamente, à relação do homem com a natureza, no sentido de cuidar da natureza até que se torne adequada à habitação humana"[37]. E, nesse juízo, se indica uma "atitude de cuidado

---

[30] *Idem, ibidem.*
[31] *Idem,* p. 221.
[32] *Idem, ibidem.*
[33] *Idem,* p. 220.
[34] *Idem,* p. 221.
[35] *Idem, ibidem.*
[36] ARENDT (2006), p. 208.
[37] *Idem, ibidem.*

amoroso (*an attitude of loving care*)" e afirma-se em contraste absoluto em relação a todos os esforços de "sujeitar a natureza à dominação do homem (*to subject nature to the domination of man*)"[38].

De modo que, nota, cultura, não apenas se aplica a "cultivar o solo", mas antes poderá ainda e também respeitar ao «"culto" dos Deuses»[39], tomando conta e cuidando daquilo que propriamente lhes pertença.

No entanto e para o que aqui nos interessa, respeitando a *cultura* enquanto *realidade* participante na definição do humano enquanto tal, lembra a Autora que "aparentemente (*it seems*)" terá sido CÍCERO quem primeiro empregou a palavra "para matérias do espírito e da mente (*on matters of spirit and mind*)"[40].

Fala CÍCERO, assim ARENDT, de "*excolere animum*, de cultivo da mente" e assim de "*cultura animi* no mesmo sentido em que falamos ainda hoje de mente cultivada" – apenas sucede, diz, num à parte, que não estamos conscientes do sentido metafórico associado a este uso[41].

Esse uso, metafórico, por excelência por via do qual nos coloca CÍCERO diante do que designa de *cultura animi* encontramo-lo na conhecida passagem:

> "(…) nem todos os campos cultivados (*agri*) são frutíferos (*frugiferi sunt*) (…) também [,do mesmo modo,] nem todas as pessoas cultas (*omni culti*) geram frutos (*fructum ferunt*). Mais ainda, para continuar a mesma comparação, tal como um campo, por fértil que seja o solo (*quamvis fertilia*), não poderá ser frutífero sem cultivo, do mesmo modo [a alma] não pode ser frutífera sem ensino (*sic sine doctrina animus*). Assim, uma coisa é débil sem a outra (*Ita est utraque res sine altera debilis*)"[42].

Rematando, então, com o seu não menos conhecido:

> "Cultura da alma é, no entanto, filosofia (*Cultura autem animi filosofia est*)"[43].

---

[38] *Idem, ibidem.*
[39] *Idem, ibidem.*
[40] *Idem, ibidem.*
[41] *Idem, ibidem.*
[42] CÍCERO (2001), II, 13, p. 158 e 159.
[43] *Idem, ibidem.*

Esta precisa *cultura animi* a que CÍCERO se refere, surge, na verdade, no seio de uma *cultura*, a romana, originariamente agrícola e que a agricultura sempre manteve em elevada estima. Bebe, por isso, do sentido que lhe é conferido pelo termo forjado no seio de uma cultura que construíra com a natureza uma relação de "proximidade incomparável"[44], nela tendo infundido a marca da sua específica presença *civilizadora* – de regresso a ARENDT, recorda esta que aos romanos e a essa proximidade se deve a "criação da famosa paisagem italiana"[45].

De modo que, a compreensão aí de cultura enquanto *criação*, implicou fazer verter no acto criador por definição, i.e., no acto artístico e, por antonomásia, na arte, como expressão generalizada da criação, do novo, a relevância daquela proximidade com a natureza enquanto cultivo, enquanto *colere* e, com isso, enquanto *cultura. Arte*, dizia-se, deve brotar tão naturalmente como a paisagem[46]. E esta é e deve ser "natureza cuidada"[47].

De modo que quando se fale de espírito e do que nele cultura torna humano, *cultura* enquanto *colere* assume relevância determinante quanto àquilo que *cultura animi* deverá ser. Cunhando isso que é o *cultivo do espírito*, enquanto "treino de filosofia (*training of philosophy*)"[48]. Na forma especificamente romana daquilo que fora a grega *paideia,* será esta, aos olhos romanos, aquela específica forma de cultura enquanto *colere* que, no domínio do espírito à *paideia*, à educação do cidadão, empresta a presença e a procura do que nasce de novo, do que nele se investiu em cuidado e em estima; do que nele se encontra de lugar humano para habitar. A isso – e por isso – se associando a posterior latina expressão de *humanitas.* Onde isso haja – onde haja *cultura animi*, num acto consciente de *excolere animum* – haverá aí *cultura.* Aí haverá *humanitas.*

E é isso que permite a ARENDT afirmar, desde logo, quando tomamos o exemplo romano e a sua *humanitas* que também "humanismo, como cultura, é, evidentemente, de origem romana"[49].

---

[44] *Idem,* p. 209.
[45] *Idem, ibidem.*
[46] *Idem, ibidem.*
[47] *Idem, ibidem.*
[48] *Idem, ibidem.*
[49] *Idem, ibidem.*

Mas, como referimos acima, nota que não estamos conscientes ainda do sentido metafórico associado a este uso[50].

E procurar esse sentido implica o caminho que juízo e decisão, gosto e escolha se abre – a ARENDT e a nós – em modo novo de entender o preciso significado que CÍCERO encerra em forma metafórica na afirmação de que cultura e política e, com uma e outra, *humanitas* terão, num novo e mais largo alcance, que ser.

Para o efeito serve-se de mais uma conhecida afirmação de CÍCERO: "*Errare mehercule malo cum Platone (...) quam cum istis vera sentire"*[51].

O que daqui se retira importa do mesmo modo, seja o passo traduzido nos termos, diríamos já, canónicos, diz o tribuno TÚLIO, no sentido de que é preferível *errar com Platão do que defender a verdade com os seus opositores* ou antes, como faz uma (quiçá apenas aparentemente) titubeante ARENDT, no sentido de que será preferível secundar o racionalismo platónico, errando, do que "sentir (*sentire*)" a verdade com a adesão ao irracionalismo pitágorico[52]. E assim porque revela o que aí se encontra em modo da afirmação de liberdade: preferir a companhia de Platão e dos seus pensamentos, mesmo que nos conduzam no sentido inverso ao da verdade, é uma questão de *gosto.* E no gosto, assim como no sentido a que este, como juízo, conduz, se encontra a afirmação daquilo que, para homens como *Cícero*, cidadãos romanos e patrícios, os define como aquilo que são: homens livres. Caracterizando, do mesmo passo, os termos precisos em que essa liberdade que os define é por eles concebida.

Seguindo, de novo, ARENDT *par e passu*, nota que aquilo que CÍCERO nos diz respeita ao facto de que para um verdadeiro humanista, no sentido em que é forjado como homem livre nos termos da acima mencionada *humanitas*, "nem as verdades de um cientista, nem a verdade do filósofo, nem a beleza do artista podem ser absolutas"[53], pois que o humanista, pela razão mesma de não ser um especialista, "exerce a faculdade de julgamento e de gosto que se encontra para além da coerção que cada especialidade nos impõe"[54].

---

[50] *Idem, ibidem.*

[51] CÍCERO (2001), I, XVII, p. 41.

[52] *Idem, ibidem.*

[53] ARENDT (2006), p. 222.

[54] *Idem, ibidem.*

No contexto da *humanitas* romana aplicada a homens livres em todos os sentidos, a questão decisiva era precisamente a da liberdade, de não serem, portanto, coagidos, seja pela ciência, pela filosofia ou pelas artes.

Por isso, a afirmação de CÍCERO, em toda a sua ousadia, desde logo porque respeitante à verdade e à sua (não) procura. Pois que, diz, no que respeita a sua "associação aos homens e às coisas", "eu recuso-me a ser coagido, mesmo pela verdade, mesmo pela beleza"[55].

Assim, neste ponto, em que mesmo a verdade cede o seu lugar à liberdade e esta se vê afirmada nos termos em que o gosto se faz valer numa decisão que, sendo um juízo, poderá não ser judiciosa, mesmo quando o não seja, não será essa decisão, por isso, menos livre, antes possivelmente, sê-lo-á mais.

E neste ponto, como dizíamos, se compreende o verdadeiro alcance de se afirmar que "[e]ste humanismo é o resultado da *cultura animi*, de uma atitude que sabe como tomar conta e preservar e [ainda] admirar as coisas do mundo"[56]. E o que, numa *cultura* como a romana – "o primeiro povo a levar a sério a cultura, do mesmo modo como nós o fazemos"[57] –, permite compreender o que é uma "pessoa cultivada"[58]: "uma que sabe escolher a sua companhia entre os homens, entre as coisas, entre os pensamentos (*among thoughts*), no presente como no passado"[59].

Isso que, no modo como se enceta a relação entre cada um na cidade, permite que encontremos no *in termino civilitatis* de um LUTERO, no seu desafio de Wittenberg, a remissão para o reconhecimento, numa dimensão individual, disso que define o indivíduo: livre enquanto expressão de novidade lançada no mundo, único enquanto afirmação nesse mundo de natalidade e de afirmação do que é único. Aquilo com que, na verdade, começámos e que em AGOSTINHO suscitara a afirmação: "[Initium] ergo ut esset, creatus est homo, ante quem nullus fuit (*para que este [começo] foi, então, o homem criado antes do qual nenhum alguma vez existiu*)"[60].

E, com ela, como dissemos, a afirmação da liberdade como experiência humana no mundo. Como começo. Como novidade e criação. E que, numa dimensão política, se exprime como afirmação de um *gosto*, com

---

[55] *Idem, ibidem.*
[56] *Idem, ibidem.*
[57] *Idem, ibidem.*
[58] *Idem, ibidem.*
[59] *Idem, ibidem.*
[60] SANTO AGOSTINHO (2000), XI.XXI, p. 1137. Tradução nossa.

tudo o que de irremissivelmente pessoal nisso, i.e., nesta forma particular de juízo, vai implicado.

E assim também – e sobretudo – o cuidado. O cuidar que o será pela precisa razão pela qual *cultura* como *colere,* como cultivo autoriza, na forma radical, porventura ilimitada e seguramente sempre imprevisível, de afirmação de cada um em autonomia plena e do acolhimento que esta (seja qual for o modo de que na vida de cada um se revista ou a razão que tenha, pois que gostos não se discutem) merecer numa cidade que entende a diferença que o gosto confere a quem o afirma, em cada juízo que faça, o rosto humano que torna visível uma alma que se exije livre de se cultivar e de gerar a novidade que, em cada um, se encerra, desde que nasceu e pelo facto de ter nascido.

Por isso, o modo como ARENDT remata, como exemplo preciso disso que se aceita e acolha como afirmação de cada um na sua diferença, independentemente da razão que tenha, enquanto parte de uma *humanitas* que depende de uma *cultura animada* por *almas cultivadas, cultura animi*, precisamente.

4. E aí funda os termos precisos de uma "validade" particular, capaz de a erigir a uma verdadeira forma de acção, na precisa medida em que se mostra carregada do que melhor a caracteriza em afirmação de individualidade, cumprindo-se no mesmo campo em que a linguagem desafia o agente na sua identidade e o confronta com quem ele é.

De uma validade, portanto, que brota do "domínio da actuação e do discurso (*the realm of acting and speaking*)", ou seja, do "domínio político" em que a "qualidade pessoal" ganha protagonismo, no qual a pessoa que alguém é – «"who one is"»[61] –, ao invés das suas qualidades ou talentos individuais apenas, se torna manifesta.

Pois que, nesse ponto de comunicabilidade que, em comunidade e num sentido que se torne possível de (um muito arendtiano) *togetherness,* o indivíduo, nos termos precisos em que aí se vê inserido, poderá, em razão do mesmo juízo de gosto e dos termos de paradoxal incomunicabilidade em que se vê exercido – *de gustibus non disputandum est* –, despontar como dimensão inextrincável de um todo em que se não dissolve, menos ainda se confunde.

---

[61] *Idem, ibidem.*

E assim pois que, de novo com a Autora, em cada juízo, no modo como ajuíza, a pessoa "revela-se, até certo ponto, também a si própria"[62] – que "tipo de pessoa é"[63]. E fá-lo em tais termos que, mesmo se involuntários, o revela como alguém que "se libertou de idiossincrasias meramente pessoais"[64].

Cumprindo-se naquilo que o caracteriza como identificadores de quem é o agente, acção e fala (*speech*), como referimos no passado[65], relacionam-se de modo tão próximo porque o acto "primordial e especificamente humano" tem de conter a resposta à pergunta que interroga qualquer recém-chegado: "quem és tu (*Who are you*)?"[66]. Já a isto nos referimos noutra sede e a isso voltamos agora, embora, se bem cremos, dando um passo em frente[67]. Embora menos, se bem nos parece, por via da resposta a um *Who are you?*, antes sim melhor parecendo aproximar-se da fórmula alternativa, presente na frase inaugural de Hamlet: *Who´s there?* E assim, na pertinente forma de interpelação dirigida ao agente para que, no espaço que ocupa com os outros, olhe para si próprio e, tal como aí se encontra, desse modo, se descubra.

Ou seja, assim – *Who´s there?* – naquele sentido de cultivo e do que de cultivo brota, nasce em cada um, em imprevisível novidade.

E do que do nascimento resulta, não será apenas o que no mundo aparece, antes respeitará ao *demais*. Ao *demais*, enquanto expressão de algo que se situa para além disso que se nos apresenta ante a vista, sê-lo-á de um *quem*.

Esse, precisamente, que aí está e se não sabe *quem seja*, esse que pergunta *Who´s there?* Esse *who* que irrompe, em *Hamlet*, da desconfiada e, sobretudo, assustada sentinela Bernardo; mas também *nessoutro* que na reacção assoma, em terror puro, pelas palavras "*`tis bitter cold./ And I am sick at heart."* saídas da boca do seu companheiro em guarda Francisco.

E do que aí se nos apresenta e interpela em pergunta que, no momento em que é formulada, mostra que aí está alguém novo.

Assim tomando a palavra e a voz e, com elas, o juízo e assim a sua presença em tudo o que aponta e recorda essa novidade, sobretudo o nascimento e a surpresa que, do novo, a admiração se alimenta.

---

[62] *Idem, ibidem.*
[63] *Idem, ibidem.*
[64] *Idem, ibidem.*
[65] Cfr. *O nosso* (2016), p. 305.
[66] Arendt (1998), p. 178.
[67] Assim, originalmente, o *nosso* (2016), *loc.cit.*.

De modo que, se o contexto que aqui nos traz, nos traz também a possibilidade de pensar de novo os termos do que acção e cultura podem importar como desafio, será esse desafio válido, na precisa medida em que molda, mais do que condiciona, a acção que a cada um deve ser reconhecida como estando, não apenas no campo das suas possibilidades (sendo, por isso, parte de uma capacidade sua que não se discute), mas como constituindo ainda a coisa mesma que se reconhece como parte inextrincável daquilo que a pessoa *é* e que, como tal e precisamente por isso, se exige ver respeitada, como dimensão essencial de uma consideração que, enquanto direito seu, lhe é *reconhecida*. E assim, porque parte de um reconhecimento em humanidade fundado, dever se torna e a ele adstrito se encontra cada um. E, desse modo, como parte de uma humanidade que *humanitas* é e, na *cidade*, se impõe.

Essa qualidade presente em cada momento em que cada um, por via do gosto ajuiza; essa qualidade tornada forma de acção que importa reconhecer enquanto dimensão de humanidade, encontra a sua sede na forma peculiar em que essa mesma humanidade se manifesta. Menos que no momento decisivo da acção com significado simbólico definidor de toda uma existência, é no quotidiano da vida dita comum que aquela qualidade se coloca em evidência.

E assim nos gestos de outro modo insignificantes de todos os dias em que, no entanto, se exerce e manifesta isso que é próprio de cada um e que, nisso que aí existe de expressão de individualidade e de diferença, pretendemos comunicar e com os outros procuramos partilhar, quando não mesmo convencer, da validade e certeza do nosso juízo e disso de que gostamos ou não.

Uma decisão e nela a expressão de gosto, na verdade, que, assumido na forma intransigente com que tantas vezes esse gosto se faz anunciar – como referido acima *de gustibus non disputandum est* –, será, na pletora de ocasiões em que todos os dias, a cada momento, cada decisão se vê tomada, encontrada a improvável matriz disso que, na vida de cada um, no quotidiano indistinto de que é feita a repetição de gestos aparentemente insignificantes, cultura e civilização permitem notar em reconhecimento que assevera e garante a presença aí de alguém. De alguém que ao Direito importa reconhecer e, quando vulnerável, proteger.

E de proteger se trata, como incumbência ao Direito imposta, daqueles que, quando não reconhecidos vulneráveis, quando o sejam e carecidos, porque vulneráveis, de protecção, remetidos se tornam à posição, em nada

diversa, dos *supra* recordados Bernardo que, assustado, pergunta *Who´s there?* e do seu camarada Francisco que, em terror, responde, como dito, "*`tis bitter cold./ And I am sick at heart.*". Pois que, de ambos, naquela pergunta e na inusitada resposta, resulta a improvável e surpreendente personificação da ideia de *vítima*.

Bernardo e Francisco, apesar de guardas – e fazendo jus à inversão de papéis em que SHAKESPEARE os coloca (Bernardo que vem render Francisco, interpela e interroga-o, em forma de aviso, com a pergunta que se esperaria que Francisco, sentinela de serviço, dirigisse a quem quer se que aproximasse) – são vítimas, comungando com todas as vítimas o preciso isolamento e solidão, que a todos nega o que importa para que possam existir: uma voz que revele um juízo e, com ela, o reconhecimento de um discernir, de uma *re-flexão* reveladora de *quem* são – *who he/she (e não já one*, em inglês/*Man*, em alemão*) is*.

Vítimas porque não mais que aquele – o *fantasma* de Hamlet – que os atormentava e causava terror, serão. Vítimas porque, também eles, aterrorizados, como todas as vítimas, de *fantasmas* não passam.

Aí também na precisa medida em que traz à colação uma dimensão de reconhecimento que mergulha aí – no discurso e, nele, no juízo, sobretudo – as suas raízes e que neles encontra a precisa dimensão de autonomia e de emancipação, no modo como cada um ajuíza e afirma, em liberdade, o seu gosto, aí, dizíamos, se encontra o preciso espaço de cultivo e de novidade para o qual se requer o solo, o húmus de que é feito também um Direito que, quando disso parta, apenas pode encontrar perante si a originalidade de quem, nascendo, se cria e se (re-)inventa, a partir desse momento, *anew*. E que apenas assim reconhecido encontrará, também no Direito, o espaço de realização que se torna, de novo recorrendo à conhecida expressão de ARENDT, *digno para a habitação humana*.

5. Com isso se logrando assegurar a cada um uma dimensão de *reconhecimento* que na sua dimensão especificamente *jurídica* se inspirará em, não sendo, no entanto, inteiramente tributária do que resulta do (já famoso) dito de HEGEL *Der Mensch ist Anerkennen*. E assim, pelas razões que veremos, pelo que ilumina, ao mesmo tempo que sobrecarrega e limita o Direito, no que lhe cabe a cada um reconhecer.

Um reconhecimento jurídico, adiantamos, que não o é já relativo a uma *coisa* e à atribuição a esta de um valor; que não o será, por isso, dependente da consideração do liame de cada sujeito com um objecto

considerado *como* seu e nos termos em que cada objecto sempre como coisa será de considerar. Não dependente, por isso, de *propriedade* ou de *posse* para que, nos termos daquele contributo, em cada um se possa encontrar uma *pessoa jurídica*.

Do que se trata, então?

Brevemente voltamos, então, ao *jovem* HEGEL de *Jena*[68].

Aquilo que, na verdade, nos termos da procura de recuperação do seu trabalho por HONNETH, corresponde ao seu esforço de *Jena inicial* de procura de afirmação de uma ideia de "inter-subjectividade originária da humanidade"[69] plasmada no seu *System der Sittlichkeit*[70] e ainda, embora, segundo HONNETH não já, de modo tão claro, no posterior *Jenaer Realphilosophie II*[71]. Em causa estando um esforço encetado no momento inicial do seu pensamento de fundação de uma forma de inter-subjectividade fundada na raiz mesma de uma humanidade que, em cada um, se topa em razão do modo como se pode ver entendido enquanto alguém carecido de reconhecimento.

Na sua origem, nota HONNETH, poderia bem este esforço inicial de HEGEL ter conduzido à identificação e distinção de "diversos graus de autonomia pessoal" assegurados exclusivamente dentro de "um quadro de uma teoria da inter-subjectividade"[72]. E assim, como no passado referimos[73], nos termos de uma progressão cujos traços essenciais se advinham na passagem do seu *System der Sittlickeit*[74], de 1802/03, para o seu ainda fragmentário manuscrito fundado nas suas lições proferidas na Universidade de Jena *Realphilosophie (I)/ Das System der speculativen Philosophie*, de 1803/04[75].

Em causa estando aquele sentido de *reconhecimento* que se projecta, tornando-a compreensível, na noção mesma de *pessoa*, assim traduzindo

---

[68] De modo mais detalhado, o *nosso* (2016), p. 762 e segs..

[69] HONNETH (1992), p. 53.

[70] Cfr. HEGEL (2002, manuscrito original de 1802-1803), *passim*.

[71] Cfr., *do mesmo*, *Realphilosophie (II)* publicado sob o título "Naturphilosophie und Philosophie des Geistes, Vorlesungsmanuskript zur Realphilosophie (1805-1806)", *in* ROLF-PETER HORSTMANN (ed.), *Jenauer Systementwürfe*, III, Felix Meiner Verlag, Hamburgo, 1987. (doravante 1987, manuscrito original de 1805-1806).

[72] *Idem.*

[73] Como indicado acima, com mais detalhe, por nós (2016), p. 762 e segs..

[74] HEGEL (2002), *passim.*.

[75] HONNETH, *cit.,* p. 48.

de forma aproximada o termo que, em alemão com aquele não coincide, e que a HEGEL devemos quando profere o acima mencionado *der Mensch ist Annerkennen.*

Toquemos, de novo, de modo injustamente breve no que de fundamental importa salientar no domínio de reconhecimento que aqui se encontra em causa[76].

De uma tentativa se trata apenas com vista a, no esforço do *jovem* HEGEL de *Jena,* dar conta da distinção a que aí procede entre três dimensões essenciais de *reconhecimento*, cada uma manifestando um momento de evolução dos termos em que o mencionado reconhecimento inter-subjectivo comunitariamente assente se vê assegurado. E assim, sempre na sequência de um conflito que antecipa já a posterior formalização de uma dialética conducente ao necessário e resolutivo *aufheben*.

Em causa estaria sempre o estabelecimento de relações de reconhecimento mútuo capazes lograr o nível de auto-realização almejado por cada um, enquanto indivíduo plenamente autónomo e consciente de si. E, com isso, a possibilidade mesma, porque sua condição indispensável, de formação bem-sucedida da identidade individual.

Em simultâneo, em causa estava a primeira proposta conceptual que, de modo original no seu pensamento, criara a possibilidade teórica de distinção precisa de estádios individuais de formação de consciência, por via dela se assegurando, assim HONNETH, a oportunidade de "diferenciar diversos conceitos de pessoa"[77].

Ora, essa identidade individual carece da construção por cada um de uma relação consigo próprio que, nesta fase inicial do pensamento hegeliano em que se sustenta HONNETH, depende dos termos em que se constrói a relação de cada um com os outros. Dependendo, por isso, do seu estabelecimento nos termos de uma estrita dimensão de inter-subjectividade. E dela, dessa forma particular em que se constrói a relação inter-subjectiva, faz depender aquele processo de formação de identidade e de auto-realização. De modo que, o processo de formação

---

[76] Sem prejuízo de outros pontos no que escrevemos noutros momentos, pois que de um tema recorrente no nosso esforço se trata, regressamos à menção do *nosso* (2016), p. 762 e segs., como momento inicial e de explanação mais detalhada.

[77] HONNETH, *op. cit.*, p. 53 e segs. Aí sobre a crítica contundente do Autor à viragem hegeliana no sentido de uma filosofia da consciência em momento posterior à fase de Jena, sobretudo no seu período inicial.

de identidade e de auto-realização de cada um e o modo mais ou menos bem sucedido como se vê logrado, depende do preciso modo como cada um vê assegurado o preciso reconhecimento que procura encontrar nos outros, em particular naqueloutros que considera como merecedores de reconhecimento por si.

A auto-realização dependerá, portanto, da afirmação de relações de reconhecimento mútuo e recíproco entre indivíduos que, de um modo ou de outro, como veremos, reconhecem nos outros o que esperam que os outros reconheçam nesses indivíduos.

Apesar disso, ou seja, de ser feito de e imerso em inter-subjectividade, será ele, no entanto, também, em simultâneo (e em não menor medida), um processo de auto-realização e, nesse sentido, feito de uma relação que cada um constitui consigo próprio.

Dizê-lo significa, por isso, afirmar que aquele processo de inter-subjectiva procura de reconhecimento em que cada um assegura a formação de identidade no sentido da auto-realização é, inelutavelmente, uma relação dependente de um encontro com um outro também ele empenhado numa relação consigo próprio.

Nela – nessa relação – se acentua a precisa dimensão de afirmação de identidade individual, a partir da auto-percepção de cada um na sua identidade infungível, num processo em que cada um procura compreender-se – ou descobrir-se como é. Tornando essa busca parte inextrincável da expectativa e mesmo da pretensão de reconhecimento que cada um dirige aos outros. Pois que são, uma e outra expectativas, fundadas no que cada um procura ver pelos outros reconhecido em si, em *diferença* e em *individualidade*.

No entanto, na medida em que aquela dimensão de inter-subjectividade é marcada por uma relação entre sujeitos empenhados numa relação consigo próprios, a afirmação da natureza inter-subjeciva do processo de reconhecimento importa uma dimensão inevitável de *luta*. Desde logo, aquela que sempre decorrerá do facto de que, nesta dinâmica relacional, cada um, na relação com o outro, está apenas disposto a reconhecer no outro os precisos traços de diferença e de individualidade que esse outro deve reconhecer naquele.

Os traços de um processo de afirmação de identidade e de afirmação da pretensão de reconhecimento assim entendido trazem consigo, por isso, a semente do *conflito*. Aquela precisa semente que germina em cada momento em que se dê a ausência de reconhecimento da parte dos outros daquilo que deles espero que em mim reconheçam, como

correlato do que afirmo estar disposto a reconhecer neles, esperando que a mim me reconheçam, na mesma medida de reconhecimento que dirijo aos outros.

Funda-se, portanto, qualquer dessas relações, considerada como um todo, na dinâmica de um conflito gerado pela experiência de *desrespeito* (*Mibachtung*). E será a precisa modalidade deste, sentida na experiência concreta de cada um, que permite identificar a modalidade, também, ela de *reconhecimento*, a que aquele, uma vez desrespeitado, almeja e que dos outros exige, no sentido de lograr a sua auto-realização.

Parte que se torna de uma *luta* que encontra no outro e na sua pretensão de reconhecimento, não só o momento de confronto, mas também de possível conciliação superadora do bloqueio por aquele conflito gerado, surge, por isso, cada reivindicado reconhecimento como uma pretensão que, em face de cada experiência de negação, gerará a experiência de ofensa, de indignação ou mesmo de ultraje.

Essa experiência sustenta-se num processo social que, pela razão mesma de ser inter-relacional, se torna, no domínio preciso da socialidade em que se vê esgrimido, verdadeiramente moral.

Ora, no âmbito deste processo de reconhecimento feito de encontro e confronto entre sujeitos envolvidos numa relação que o é também (e em simultâneo) de uma relação consigo próprios, identifica HEGEL três modalidades fundamentais de procura de reconhecimento por cada um por si e para si e de simultânea reivindicação de pretensão de reconhecimento recíproco. Em causa estão, em simultâneo, três modos fundamentais de afirmação de relação com os outros e do que cada uma delas permite afirmar, em cada um, um modo particular de reconhecimento construído consigo próprio e afirmado perante si mesmo.

São essas modalidades fundamentais de procura de reconhecimento, diz, a *auto-confiança* (*Selbstvertrauen*), o *respeito por si próprio* (tradução aproximada, se bem que longe de ser rigorosa de *Selbstactung*) e a *auto-estima* (também em tradução próxima de *Selbstwertgefühl*).

Na primeira, *Selbstvertrauen*, em causa está o sentimento de confiança em si mesmo construído no contexto de relações familiares. Será aí o amor e o modo como, no contexto preciso das relações filiais, se vê forjado, determinante na construção do modo como cada um se auto-compreende desde a primeira infância, em que se mostra totalmente dependente e indefeso.

Desenvolve-se, propõe-nos HEGEL, sabemo-lo bem, como uma relação de amor genuíno na medida em que possa tornar-se conhecimento

intersubjectivamente partilhado entre quem participa da relação fundada em laços filiais[78].

Funda-se aqui a *confiança* que o outro representa e, nesse sentido, é para mim[79]. Desta ideia de relação de conhecimento de si próprio *presente* no outro, deriva HEGEL pela primeira vez o conceito de *reconhecimento*[80] – em nota de margem, como refere HONNETH, «nas relações de amor o "eu natural não cultivado" é reconhecido»[81]. E é verdade que, citando HEGEL, no contexto da relação fundada nos termos do amor, quando eu "não reconheço o meu parceiro na interacção como sendo um certo tipo de pessoa, então também não posso na reacção [que terá] por ele ser reconhecido como esse tipo de pessoa, pois lhe foram negadas por mim todas as características e capacidades que eu espero ver por ele plenamente afirmadas em mim"[82].

Não serão, no entanto, esses os termos de relação fundada em reconhecimento que caracterizam os termos precisos *do* reconhecimento que aqui nos traz em cuidado. Ou seja, aquele que desafia a nossa compreensão do que desse reconhecimento está implicado num preciso e específico campo: o do Direito.

Na verdade, se consideramos aquele – reconhecimento – tornado possível nos termos de uma relação fundada em amor genuíno, determinante da modalidade fundamental de procura de reconhecimento fundada na (e fundadora da) *auto-confiança* (*Selbstvertrauen*), depressa notaremos a sua inadequação como modalidade de procura reconhecimento especificamente requestada pelo (e para) o Direito. Se bem que, quando se procure saber que modalidade será essa, surpreendente se tornará, se bem pensamos, o préstimo e improvável centralidade que dimensões de procura de reconhecimento envolvidas na *auto-confiança* (*Selbstvertrauen*), e desta vertida em cada acto e em cada gesto de amor, terão na iluminação do que para o Direito importe em dilucidação do modo de reconhecimento que se lhe impõe promover, nos termos de uma exigência juridicamente accionável.

Fiquemo-nos então, por ora, ainda nesta primeira modalidade de reconhecimento que a *auto-confiança* (*Selbstvertrauen*) faz depender

---

[78] *Idem, ibidem*.

[79] *Idem, ibidem.*

[80] *Idem, ibidem.*

[81] *Idem,* p. 63 e 64, citando HEGEL, *op. cit.,* p. 202, nota 1.

[82] *Idem,* p. 64 e 65.

daquilo que um HEGEL, ainda (tão) *jovem,* no seu texto ainda fragmentário sobre *o Amor*, de modo tão inspirado, nos diz. Pedindo desculpa pelas elisões, sublime:

> "Este amor genuíno exclui todas as oposições. Não é o entendimento cujas relações deixam sempre a multiplicidade de termos relacionados entre si, como uma multiplicidade e cuja unidade é sempre uma unidade de oposições (deixados como oposições). Não é também razão, porque a razão opõe, de forma aguda, o seu poder determinante daquilo que é determinado. O amor também não restringe, nem é restringido; não é, de modo algum finito. É um sentimento. No entanto, não é um único sentimento (entre outros sentimentos singulares). (…); no amor, a vida está presente como um duplicado de si própria e como um si mesmo individual e unificado. (…) finalmente, o amor destrói a objectividade e, desse modo, anula e transcende a reflexão, priva as oposições do homem de todos os caracteres de estranheza e desvela a vida em si mesma, sem qualquer defeito adicional. No amor o separado ainda permanece, mas como algo unido e não mais como algo separado; a vida (no sujeito) sente a vida (no objecto)"[83].

Se regressarmos ao momento da primeira infância, nos termos sugeridos por HEGEL, aí, quem desempenha o papel de mãe e de pai, no modo como se relaciona com a sua bebé, se constrói a precisa capacidade que a esta, desde os primeiros momentos da sua existência, permitirá ganhar confiança no seu corpo como meio eficaz para, por via dos gestos e de manifestações de que é capaz, expressar as suas necessidades. E, com o tempo, numa antecipação em HEGEL do que será uma muito posterior *explicação freudiana*, será aquele processo, construído no seio da família e vertido em manifestações diárias de amor genuíno (e na medida em que o seja), processo essencial para o firmar da construção em cada um de uma confiança em si mesmo, no sentido de que, se as suas necessidades e desejos forem expressos, não será a pessoa ignorada ou mesmo abandonada pelo outro.

Toda a relação de amor, seja constituída entre pais e filhos, seja entre amantes ou entre amigos implica uma experiência de reconhecimento em que em causa se não encontra, com HONNETH, um tipo de respeito

[83] HEGEL (1948), p. 304 e 305.

racionalmente cognoscível (como designa um "*kognitive Respektierung*"[84]), antes sim "uma afirmação da independência guiada por, na verdade, sustentada em cuidado (*Zuwendung*)"[85]. É disto que falamos quando nos referimos a reconhecimento enquanto "elemento constitutivo de amor"[86].

Nesta medida, a forma de reconhecimento encontrada no amor, aquela precisamente que HONNETH nos relembra ter sido por HEGEL descrita como "ser em si mesmo num outro (*Seinselbstsein in einem Fremden*)"[87], não representa tanto um "estado inter-subjectivo" quanto "um arco comunicacional ligando" a experiência de "se ser capaz de se estar sozinho (*Alleinseinkönnens*)" e a de "se estar em fusão (*Verschmolzensein*)"[88]. Por isso, remata, aqui a «"relação comigo mesmo (*Ich-Bezogenheit*)" e simbiose»[89] representam contrapesos mutuamente exigidos que, tomados em conjunto, permitem a cada um "ser consigo próprio no outro (*Beisichselbstsein im Anderen*)"[90].

Mas nada no Direito e no reconhecimento como pretensão se aproxima daquele encontrado na exigência de *Selbstvertrauen/ Auto-confiança*. Não se requer ali o que aqui se encontra envolvido num compromisso que depende em absoluto de um exercício absoluto e ineliminável de liberdade que é, por definição, o amor.

Projecta-se, ademais, o Direito para além do "círculo social das relações primárias"[91] próprio daquele em que em causa está a exigência de *Selbstvertrauen/ Auto-confiança*. Fundado este último naquele sentimento de *amor* e dependente da sua manifestação pelo outro, necessariamente confina os termos em que se torna possível o reconhecimento fundado na auto-confiança.

E, no entanto, se reconhecimento fundado em "relações jurídicas"[92] difere em quase todos os domínios essenciais daquele fundado em amor, a verdade é que, um e outro, apenas podem ser compreendidos quando se

---

[84] HONNETH (1992), p. 173.
[85] *Idem, ibidem.*
[86] *Idem, ibidem.*
[87] *Idem,* p. 170.
[88] *Idem, ibidem.*
[89] *Idem, ibidem.*
[90] *Idem, ibidem.*
[91] *Idem,* p. 174.
[92] *Idem, ibidem.*

apele ao mesmo "mecanismo de reconhecimento recíproco"[93]. Fazendo de ambos *espécies do mesmo género*. Tipos diversos de "um mesmo modelo de socialização (*des gleichen Musters der Vergesellschaftung*)"[94].

Sendo, que, no que concerne ao Direito, a compreensão de cada um dependente da sua qualidade de titular de direitos, convoca, como naquela relação de reconhecimento recíproco fundada no amor, um esforço de auto-compreensão, que o será, em simultâneo, de incremento dos termos em que o mesmo se traduzirá num novo estádio de auto-consciência. No Direito, no entanto, em causa está aquilo que, em cada um, permite compreender-se e afirmar-se como "titular de direitos (em tradução do que aproximadamente designa como *Träger von Rechten*)"[95].

No entanto, no Direito, assim como no centro de esforço de reconhecimento que nele desponta como exigência, será isso apenas possível a partir do momento em que adoptemos «a perspectiva do "eu generalizado (*generalisiertes Anderen*)"»[96]. Pois que apenas onde reconheçamos em cada um dos outros "membros do todo comunitário (*die anderen Mitglieder Gemeinwesens*)"[97] a precisa qualidade de titulares de direito, poderemos também nós "compreender-nos a nós próprios como pessoas de direito"[98], no sentido, com HONNETH, que acompanhamos de perto, de que "algumas das nossas pretensões serão seguramente satisfeitas"[99].

Assim, voltando a HONNETH, relembra este os termos da pergunta que ao *jovem* HEGEL se impõe no momento da passagem de um reconhecimento que, como exigência, transborda as fronteiras do exíguo espaço afectivo da *auto-confiança /Selbstvertrauen* formado pelos poucos em relação e a quem se reserva uma "ligação positiva (*positive Bindung*)" [100], para a modalidade de reconhecimento própria do Direito, projectando-se, aí, sobre o espaço da comunidade. E essa pergunta toma como paradigma o estrito núcleo familiar, assim como o *estado*, adiantamo-lo, *de natureza* que, nesse primeiro nível de reconhecimento de *Selbstvertrauen/ Auto--confiança*, se torna possível. Eis, então, nas palavras de HONNETH, o questionamento e a dúvida em HEGEL:

---

[93] *Idem, ibidem.*
[94] *Idem, ibidem.*
[95] *Idem, ibidem.*
[96] *Idem, ibidem.*
[97] *Idem, ibidem.*
[98] *Idem, ibidem.*
[99] *Idem, ibidem.*
[100] *Idem,* p. 173.

> «Como [é que], numa situação social marcada por relações de competição mútua, podem indivíduos chegar a um compromisso quanto a uma ideia de "direitos e deveres" intersubjectivos?»[101]

Sabemos a que se refere HEGEL e ao que dos contratualistas, em particular de HOBBES, toma em inspirada explicação para o que se segue (e que, nesta sede, se não pode se não deixar em notas quase telegráficas).

Pois, nota, neste estado, que, como naqueles, *de natureza* apelida, pessoas e famílias defrontar-se-ão, em competição, pela terra – recurso tomado como condição de sobrevivência por antonomásia –, e assim pelo seu domínio e posse. E, nesse *estado*, nota, falecem as condições necessárias à edificação do tipo de reconhecimento que a afirmação entre membros de uma comunidade de direitos e obrigações recíprocos exige e requer.

Carência que justifica, então, a pergunta subsequente, à guisa de remate:

Como conceber que aí, nesse momento, mais que um *estado de natureza* seja possível?

Cosa mentale será, seguramente, aquela transição. Nesse sentido, de novo apoiando-nos em HONNETH sustentado, por sua vez, em HEGEL, ocorre «"em mim (*in mich*)"»[102], é um «"movimento do meu pensamento (*die Bewegung meines Gedankens*)"»[103]. Muito embora, o seja também enquanto afirmação de um contrato e, com ele, afirmação, assim também, de "relações jurídicas" que o contrato verte em evento fundado na ordem prática, fruto de uma necessidade empírica que requesta e se fundamenta em reconhecimento mútuo.

Selada aquela transição por meio de um contrato social, parte ele de um estado que de natureza não exclui a competição mútua. Antes que nela encontra a palpável realidade que ao Direito atribui o nome e a função de uma forma de reconhecimento que aquela competição supera. E que, em reconhecimento novo, reciprocamente aceite, aquela realidade funda *ex novo*.

Por isso, se compreende que HEGEL identifique esse *reconhecimento*, enquanto possibilidade, sim, mas, sobretudo, enquanto compromisso.

---

[101] *Idem,* p. 71.

[102] *Apud* HONNETH, *cit.,* p. 71 que, por sua vez, cita HEGEL (1987), P. 206.

[103] *Idem, ibidem.*

Momento fundacional, na verdade, do Direito e de uma pretensão juridicamente exigível. De uma pretensão que, nesse momento, qualifica, do mesmo modo, os sujeitos da relação. Qualifica-os e assim à ideia mesma de *pessoa de direito*, em dignidade. Nas palavras de HEGEL, em termos aproximados daqueles a que fomos levados por HONNETH[104]:

> « (…) o Direito é a relação de pessoas, nas suas condutas para com os outros – é o elemento universal do seu ser livre – ou a determinação, a limitação da sua liberdade vazia. Esta relação ou limitação não é para mim tornada compreensível e tornada acessível; antes, o [seu] objecto é ele próprio, acima de tudo, esta criação do direito, i.e., a relação de reconhecimento (*der anerkennenden Beziehung*). No reconhecimento (*In dem Anerkennen*), o ser deixa de ser este indivíduo; ele existe, por direito, no reconhecimento, i.e., não mais se encontra [exaurido] na sua existência imediata. O reconhecido (*Das Anerkannte*) é reconhecido como valendo imediatamente como tal, através do seu ser – mas este ser é, ele próprio, derivado do conceito; ele é um ser reconhecido (*anerkanntes Seyn*); (…)»[105].

A auto-compreensão exigida na consideração do sujeito como pessoa jurídica impõe que, pelo menos, este "aprenda a compreender-se a si mesmo como um ente inter-subjectivo (*als intersubjektives Wesen*), existindo ao lado de pessoas com pretensões concorrentes (*konkurririeenden Ansprüchen*)"[106]. Impondo-se, por isso, quando se assuma o encargo de se compreender a constituição da consciência individual do Direito, que é a própria relação prática do espírito subjectivo com o mundo que tem de ser projectada para uma outra dimensão. Em causa, no Direito, está, portanto, a necessidade da inter-relação e da auto-consciência construída nesse contexto inter-relacional.

E é num momento ainda anterior e não necessitado de um compromisso que depende em absoluto de um exercício absoluto e ineliminável de liberdade – que é, por definição, o amor – que HEGEL identifica o momento inicial desse *reconhecimento*. Fiéis que são, um e outro modelos, como dito acima, ao mesmo *mecanismo de reconhecimento recíproco*, iguais se tornam, na verdade, na sua pertença ao mesmo modelo de socialização.

---

[104] HONNETH, *idem,* p. 71 e 72.

[105] HEGEL (1987), p. 197, Tradução nossa.

[106] HONNETH, *Idem, ibidem.*

Concebível se tornando que algum reconhecimento próprio de sujeitos de direito possa, entre indivíduos, pré-existir ao momento de conflito – possibilidade que HEGEL toma como certa e empiricamente necessária –, mas que, ocorra no estádio de reconhecimento que importa a aquiescência recíproca de cada um como dotado de direitos e deveres. Pessoa jurídica fundar-se-á, como acima se reproduziu em forma de citação, um "ser" que "deixa de ser um indivíduo", pois que existe, "por direito", "não mais na sua existência imediata"[107], antes sim "no reconhecimento"[108]. O seu ser é, podemos agora compreendê-lo, "gerado a partir do conceito (*erzeugt auf dem Begriffe*)", sendo, portanto, "ser reconhecido (*annerkantes Sein*)"[109].

Neste movimento em que cada um necessariamente reconhece e é reconhecido como ser capaz de reconhecimento, podemos, então, completar o que naquela citação falta para que se torne completa:

> "é o homem [ele próprio] este reconhecimento e este movimento em si mesmo é aquilo que supera o seu estado natural: ele é reconhecimento (*Er ist Anerkennen*)"[110].

Pois bem, semelhante compreensão, no espaço de afirmação do Direito por meio de um reconhecimento em que a auto-compreensão de cada um como dotado de direitos e deveres assoma à consciência no momento em que cada um veja o outro, nos mesmos termos, ou seja, como sujeito de Direito, depende de um reconhecimento prévio acima mencionado, que, como aí aludido, se faz presente enquanto necessidade empírica e não apenas – ou mesmo não de todo – teórica.

E identificado esse momento que, na realidade empírica, irrompe por entre os estádios, também empiricamente necessários, de reconhecimento, situar-se-á ele, naquele ainda inicial de um *estado de natureza* em que famílias e, nela indivíduos, confrontados mutuamente com pretensões irreconciliáveis de propriedade exclusiva sobre tudo o que no seu horizonte de domínio se encontre, importará, naquele estado e enquanto nele se mantenham a ineliminável ameaça constante de que qualquer família ou qualquer indivíduo se possa, em exclusivo, apropriar de todos os bens. Desse modo, marcando, desde o início, o *estado de natureza*

---

[107] *Idem, ibidem.*
[108] HEGEL (1987), p. 197,
[109] *Idem, ibidem.*
[110] *Idem, ibidem.*

com uma "grave perturbação da vida social"[111] que, em HEGEL, encontra correlato numa não menor perturbação de cada um, enquanto membro do corpo social.

Pois que aquela ameaça de esbulho e consequente irresolúvel perturbação no *estado da natureza* importa a remissão de cada um à posição de *indivíduos isolados*, a quem, na medida em que se compreendam como auto-conscientes de si mesmos, se não autoriza que se tomem para além da restrita medida em que sejam apenas e só «"para si mesmos (*fürsichseienden*)"»[112]. Excluídos se tomando do espaço de interacção em que, longe da possibilidade de *serem* nos termos do reconhecimento de que são capazes – como seres reconhecidos e reconhecedores –, em caso algum poderão «"ser para o outro (*für den anderen*)"»[113], sendo, então, «"por via do outro excluído de ser (*er vom Sein durch den Anderen ausgeschlossen wird*)"»[114].

O sentido, por isso, da já referida *luta*, do *conflito* que resulta desta exclusão que caracteriza o *estado da natureza* revela, então, a possibilidade mesma de uma dimensão do mencionado reconhecimento prévio de que depende a possibilidade mesma do Direito e, com ele, possibilidade também da compreensão de cada um como *sujeito de direitos* ganhar (literalmente) vida.

Num primeiro passo arriscado na compreensão de uma *luta de vida ou de morte* que ganha plena forma na posterior *Fenomenologia,* HEGEL qualifica já, neste momento da sua obra inicial em Jena, o acto de agressão que inaugura aquela luta como um *crime*. Um crime contra a propriedade alheia. Mas, já neste HEGEL ainda *jovem,* toma o criminoso como aquele cuja motivação para agir, nesse *estado de natureza*, não é a lesão do outro. Antes sim o vê como alguém cuja presença se faz notar em razão de um motivo que, no crime que perpetra, afirma como uma reivindicação: a de que os outros "notem a sua existência"[115].

O que se segue, no *conflito* que aflora no preciso momento da actuação criminosa será expressão da presença aí de quem, no acto ilícito perpetrado e na reacção por quem por ele se vê lesado, revela, de um lado e do outro, quem, apesar de actuar impulsionado pelo "actualizar aí/pelo

---

[111] HONNETH, *cit.,* p. 74.
[112] HEGEL (1987), p. 209, *apud* HONNETH, *cit.,* p. 74.
[113] HEGEL, *idem, ibidem, apud* HONNETH, *idem, ibidem.*
[114] HEGEL, *idem, ibidem, apud* HONNETH, *idem, ibidem.*
[115] HONNETH, *idem,* p. 75.

realizar («*zur "Wirklichkeit (...) zu gelten"»* [116]) um modo de «"viver para si próprio (*Fürsichseins*)"»[117], procura – e assim, seguramente, no criminoso – ser «"reconhecido pelo outro, como contando como um absoluto para ele"»[118].

Assim, também do lado de quem se vê lesado, não será, portanto, a sua reacção compreendida apenas como motivada pela mera reacção à lesão sofrida e à possível ofensa, mesmo ultraje, que o crime nele tenha gerado. Antes sim, se compreende como dirigida ao restabelecimento do seu "conhecimento de si próprio, ou seja, de se tornar reconhecido"[119]. De modo que, situado o significado da ofensa provocada pelo crime a este nível de compreensão, não serão a reacção, assim como os termos em que essa se vê afirmada, explicados pela ofensa que resulta da destruição de propriedade. Antes sim o são – a reacção e os termos em que se manifesta – pela mesmíssima pretensão que motivara a actuação do criminoso, também ela, pelo seu lado, incompreensível quando tomada como mera pretensão de apropriação ou de destruição de bens. Na verdade, na acção do criminoso e na reacção ao crime, em causa está, portanto, a procura de reconhecimento. Num e noutro, sempre se trata de reconhecimento e da sua procura.

Apenas assim se compreende que, no momento em que se anuncia uma relação marcada pela *luta*, se possa afirmar ser essa uma luta *de vida ou de morte.* E assim porque, em causa estão, nas pessoas do criminoso e da vítima da sua agressão, quem toma a sua existência para si próprios como a de seres que *são,* literalmente, *reconhecimento*, pelo que se justificará, de pleno, a afirmação em HEGEL no sentido Hegel Hede que "a legitimidade das suas pretensões vale mais que a sua existência física"[120].

Em confronto, numa luta de vida ou de morte, ambos os sujeitos nesta luta (tornada a prazo numa relação) «"veem-se um ao outro como ser puro (*als reines Selbst*)"», possuindo ambos, então, «"um conhecimento da vontade (*Wissen des Willens*)"»[121], na medida em que, nesta luta, cada um toma o outro, (mesmo que ainda) implicitamente, como pessoa dotada de direitos. Trata-se, como bem nota HONNETH, de uma afirmação

---

[116] HEGEL (1987), p. 211, *apud* HONNETH, *cit.,* p. 78.

[117] *Idem, ibidem, apud idem, ibidem.*

[118] *Idem, ibidem, apud idem, ibidem.*

[119] HONNETH, *idem,* p. 78.

[120] *Idem,* p. 79. HONNETH refere-se aqui apenas ao ofendido, no entanto, vale bem também para o agente.

[121] HONNETH, *cit.,* p. 80.

apodítica ainda. Mas, nos termos em que a constrói HEGEL, no contexto de uma compreensão a ambos comum da sua própria finitude, descritivo se torna de um processo formativo da vontade subjectiva marcado pelo nascimento "de uma relação jurídica inter-subjectiva conscientemente assumida (*ein intersubjektiv gewubtes Rechtsverhältnis*)"[122].

Assim, algo cabe dizer até ao momento, em forma de remate, regressando, em parte apenas, a considerações já antes por nós expendidas[123].

O que trazemos do pensamento hegeliano, neste que é o período de Jena inicial, de novo apoiando-nos em HONNETH, **é o de afirmação de um contexto fundado "numa alternativa teorética-comunicacional"**[124]. E nele de um quadro de "relações normativamente substanciais de comunicação"[125] das quais os indivíduos se diferenciam uns dos outros antes que possam plenamente "compreender os outros como sujeitos dotados de individualidade"[126].

Nesse contexto, assim como nesse quadro de referência verdadeiramente originais, um início se dá. O início de um pensamento que o será apenas na medida em que se tome um transcurso de "estádios de auto-mediação de consciência individual"[127]. De uma consciência que, pelo que se leva visto, se compreende a si própria como "unidade imediata de singularidade e universalidade" e, nessa medida, se permite a possibilidade de se entender si própria como a "totalidade"[128].

A *luta pelo reconhecimento*, nestes termos, assim entendida, será certamente um processo social que conduz a uma integração crescente na comunidade. Mas será sobretudo, em simultâneo e em não menor medida, determinante, entre os participantes na contenda, em cada um deles, de uma "descentração de formas individuais de consciência"[129].

Reconhecimento referir-se-á, então, ao passo cognitivo da consciência no momento em que «esta se constrói a si mesma em totalidade já

---

122 *Idem, ibidem.*
123 Cfr. *o nosso* (2016), p. 763 e segs..
124 *Idem.*
125 *Idem,* p. 51.
126 *Idem, ibidem.*
127 *Idem,* p. 51.
128 *Idem, ibidem.*
129 *Idem,* p. 51.

"ideal"»[130], na medida em que "numa outra semelhante totalidade, [numa outra] consciência, se reconhece a si própria"[131].

Apenas assim, *deste* único preciso modo, torn inevitável o *conflito*, a *luta*. E *esta* inevitabilidade, do mesmo modo que *esta* luta/*este* conflito e, por força *dela/dele*, *esta* consciência assomam como inevitáveis e necessários quando o reconhecimento se busque, se exija e ocorra. *Assim* e *deste* único modo, de novo, tornando compreensível a afirmação de HEGEL escolhida por HONNETH e que ora reproduzimos:

> "eu não posso saber, se é reconhecida ou respeitada [a exigência de] que a totalidade como uma [consciência] singular seja precisamente a mesma a totalidade, por si própria, na outra consciência, excepto através da aparência das acções dos outros contra a minha totalidade"[132], pois que, "do mesmo modo, o outro tem que me parecer a mim ele próprio como uma totalidade, da mesma maneira que eu [pareço] a ele"[133].

E aqui desponta, como traço comum a qualquer dos dois estádios de reconhecimento mencionados, um, nas palavras de HONNETH, "elemento de particularismo moral", enquanto "nódulo estrutural de toda a eticidade"[134]. Pois, de novo e muito de perto com o Autor, é apenas cada "laço simbioticamente alimentado (*jene symbiotisch gespeiste Bindung*)"[135] e produto de uma demarcação "mutuamente pretendida" que gera o grau de auto-confiança individual (*individuellem Selbstvertrauen*)" indispensável a uma "participação autónoma na vida pública", formando, de resto, a sua ineliminável "base crítica (*unversichtbare Basis*)"[136].

É certo, portanto, que em causa está uma forma de reconhecimento devida a toda e qualquer pessoa como capaz de agir de acordo com razões e, por isso, como agente original, autora, na verdade, de ditames morais (e políticos) a cuja obediência se vincula.

---

[130] *Idem,* p. 49.

[131] HEGEL, *System der speculativen Philosophie,* p. 217, *apud* HONNETH, *ibidem,* p. 49. Parêntesis rectos nossos.

[132] *Idem,* p. 218, nota 1, *apud* HONNETH, *idem, ibidem.*

[133] *Idem, ibidem.*

[134] HONNETH, *cit.,* p. 174.

[135] *Idem, ibidem.*

[136] *Idem, ibidem.*

Importando, por isso, na forma particular de reconhecimento que aqui leva envolvida, o compromisso com um *estatuto* que, nos termos de uma definição meramente aproximada – seguramente próxima da sua origem na racionalidade prática kantiana –, poderia corresponder àquela de uma dignidade universal e universalmente adscrita a toda e qualquer pessoa como ser racional.

E assim como condição para que, em passo incremental de dimensão de reconhecimento até aqui desconhecida, em cada um se possa ver e em cada um se possa dar conta da sua auto-compreensão como *pessoa*, como correlato de uma responsabilidade inerentemente moral, seguramente, na medida em que nela se vê, não apenas a capacidade para participação em toda a reflexão envolvida no que importa à deliberação pública, mas também aquela capacidade que impõe a atribuição a cada um de *direitos*.

E de direitos e sua atribuição no que isso tem de precípuo: o reconhecimento em cada *sujeito* de precisa qualidade capaz de afirmar que, na mesma medida em que está sujeito à lei, tem, nessa mesma medida, de ser tomado como seu *autor*.

Por isso, se compreende que se veja este momento designado como um estádio em que se vê cultivada e lograda uma dimensão de verdadeiro *Selbstachtung* ou, no nosso idioma, de *respeito por si próprio*, na ausência, como acima avisámos, de melhor tradução.

Também, por isso, ao reconhecimento na *pessoa de direito* de direitos é, portanto, co-essencial aquele do exercício e, com isso, a criação das condições que projectem o reconhecimento para o domínio da sua realização, como parte integrante do que esse reconhecimento, agora tornado jurídico, exige.

No entanto, é de *propriedade* e de *posse* que tudo depende.

De uma *posse* que traz ao de cima a mencionada dimensão de reconhecimento prévio e que, no domínio do Direito e no espaço de reconhecimento que este concita, encontra já um eu que é reconhecido pelo outro "como aquele que o exclui"[137]. Uma forma de reconhecimento apenas que, na *propriedade*, encontra forma exasperada. E nesta propriedade entendida como «"direito" de [cada um] se afirmar (*the "right" to assert oneself*)" e assim de afirmar, nos mesmos termos, "o seu poder sobre

[137] RAUCH (1983), p. 27.

todas as coisas"[138], surge propriedade, lembra RAUCH, como "paradigma de todos os direitos, em geral"[139].

Se *direito* – de cada um – assoma como um conceito no sentido que emerge de uma compreensão especificamente hegeliana, que se funda e depende de reconhecimento, no Direito, no entanto, esse reconhecimento fica dependente daquela *propriedade* como conceito.

E dependente tudo se encontra ainda de *contrato* (e deste enquanto conceito). E nessa medida, nos precisos termos que o contrato me vincula como "*persona* jurídica (*as a legal* persona), não como uma identidade particular"[140], pela precisa razão de que, naquilo a que me vinculo, "a minha personalidade (*personhood*) não é afectada"[141].

E, no entanto, apesar de me obrigar naquela dimensão que é "externa à minha personalidade", o contrato "é-me dirigido como pessoa" e afecta, portanto, precisamente aquilo que ignora: "a minha existência"[142].

Ora, num processo de negação e superação que aqui já antecipa a dialética de *Fenomenologia* bem se compreende, com RAUCH, que, nessa precisa negação, "eu me veja reflectido sobre o meu próprio sentido de ser eu próprio (*I am reflect back into my selfhood*)"[143]. Nesse sentido tornando possível a afirmação de que a "vontade universal absorve o eu individual, no entanto, nesta vontade universal eu vejo-me como pessoa".

Vejo-me em tais termos que, neste sentido, ganha significado a afirmação de dignidade.

Mas em causa estará sempre um *contrato*. E, no contrato, "reconhecimento torna-se o fundamento da propriedade (*the basis of property*)"[144].

Ora, fechado o Direito em *propriedade* e em *contrato* como fonte de reconhecimento juridicamente relevante, o que fica é o *relato* de um *reconhecimento* que apenas depende de um *conflito* e, por isso, de uma *luta* que, em face de uma *coisa* de que se procura ser *proprietário*, se define e estabelece nos estritos termos do que o *contrato*, tomado como paradigma epistémico, permite alcançar.

---

138 *Idem, ibidem.*
139 *Idem, ibidem.*
140 *Idem,* p. 36.
141 *Idem,* p. 37.
142 *Idem, ibidem.*
143 *Idem, ibidem.*
144 *Idem,* p. 28.

Na verdade, dependente de *propriedade* e de *coisa* e da *luta* que sobre uma e outra se possa travar, *pessoa* será aquela que à *propriedade* e à *coisa* possa aceder. Sendo *apenas pessoa* e como *pessoa* sendo reconhecida na exclusiva medida em que a *coisa possa* alcançar e lhe seja permitido por ela *lutar*, desde logo, num confronto de *vida* e de *morte*, tornando-a *sua*.

Apenas, então, *pessoa de direito* o será. Sujeita, portanto, de direitos de que é titular e de deveres a que se encontra adstrita. Dotada do estatuto que a torna, a seus olhos, merecedora das formas de reconhecimento recíproco que em qualquer das modalidades de *Selbstachtung* e *Selbstvertrauen* vão envolvidas. Digna, por isso, de *respeito*/*Achtung* pelos demais, dotada que se encontra, enquanto *pessoa de direito*, das condições que lhe permitem investir em pleno respeito por si própria/ *Selbstachtung*. Digna ainda de *confiança/Vertrauen* por todos granjeável, na precisa medida em que em si mesma, enquanto *pessoa de direito*, por essa razão, confia.

Apenas, então, reconhecido será cada um como ser autónomo e emancipado. Igual, portanto, em direitos e em deveres em relação a quem assim o reconheça.

Sempre assim, repetimo-lo, *pessoa*, igual em direitos e deveres e como tal reconhecida apenas quando à coisa e à propriedade possa aceder e naquela luta possa participar. E apenas nestas condições, pelo Direito reconhecido será como *pessoa* e, nessa qualidade, *respeitado*, assim como considerado digno de *confiança.*

Mas, sobretudo, para o Direito, *pessoa* sê-lo-á na medida apenas em que se possa *excluir* o *outro*. A *esseoutro*, ao que é excluído da *propriedade*, se reconduzirá o entendimento de todo aquele de quem se não espera ter capacidade para à coisa aceder ou dela se tornar proprietário – pois que, por vencido sempre se tomará na luta que por essa coisa e por causa dela *ensues*. No Direito de *propriedade* e de *contrato* feito e deles dependente, *nisso* se esgota o alcance epistémico do que esse *outro*, no e para o Direito, possa ser. E, assim, na proporção directa da exclusão a que aí, no Direito, o *outro* se vê remetido.

Outro, por isso, no preciso sentido a que a ciência de Direito condena o *que* – não já *quem* – não é visto como capaz de aceder à coisa e à sua propriedade, menos ainda capaz de vencer a luta de vida e de morte que por ela – por essa coisa e pela sua propriedade – se trave.

De modo que cabe perguntar: nesse mundo que é o do Direito e do *respeito* e *confiança* que pode granjear a cada um em modo de reconhecimento, *quem* – também agora para o Direito – é o *outro*?

Se, sabemos já *quem* é a pessoa, *sujeito* de direito, igual (em direitos e deveres), *quem* é, então, o *outro*?

Quem o *outro é* brotará da história de um mundo real habitado por aqueles que o Direito, assim entendido, apenas consegue compreender enquanto arrumados em *categorias*, não ainda em *nomes*. *Categorias* que trazem consigo a marca do lhes é reconhecido ou do resultado desse reconhecimento negado: *Herren* e *Knechte,* na precisa linguagem hegeliana, *senhores* e *escravos*, sim, seguramente, mas não só, antes também, entre estes últimos, todos os que com estes ou outros *nomes,* entre *esseoutros*, caiba integrar e assim por força do reconhecimento que teima em lhes ser negado. Sempre *Knechte*, sempre subordinados, sempre subjugados, na verdade.

Onde pontificam categorias, não ainda nomes, a procura de saber *quem* são os *outros* pode bem assomar sob a forma de uma *advertência*, mesmo até de uma *admoestação*. Desde logo, naquela que KAHN escolheu para uma e outra nos dirigir, desinquietando-nos, desafiando-nos. Mesmo que se trate de uma *advertência* promovida noutro contexto, aqui, por não menos pertinente, cabe trazê-la à colação.

Assim KAHN, partindo de um contexto histórico que conhecemos bem:

> "(…) A classe dominante (*master class*) numa sociedade esclavagista precisava de explicar e de confirmar esta assimetria. A narrativa da revolução – ou, mais especificamente, de uma ausência em revoltar-se (*failure to revolt*) – funcionou para ligar história política a crença moral e religiosa. Rebelião seria a condição por via da qual o escravo exigia igualdade política e moral. O não rebelar-se (*failure to rebel*) é lido como justificação para a manutenção daquelas precisas condições que, da perspectiva do sujeito dotado de autonomia (*autonomous subject*), justificariam a rebelião.
>
> (…) O padrão não é diferente daquele [que encontramos] dentro da vida familiar; mulheres e crianças confirmam a sua condição subordinada ao aceitarem as condições que mantém essa subordinação.
>
> (…) Até se rebelarem, não são iguais".[145]

Uma *admoestação* que serve para quem não *seja*, nem tenha *voz*, porque não tem coisas, nem se espera que tenha, nem luta, nem se espera que o faça.

---

[145] KAHN (2007), p. 160 E 161.

De modo que, não tendo *voz* e enquanto o *reconhecimento*, em Direito, seja aquilo que vimos, apenas e só, não mais, *esseoutro*, literalmente, *não existe*[146].

Uma *admoestação* que, em relação a *este* reconhecimento de que o Direito é *capaz*, nos força a uma posição de desconfiança.

Pois que, *quem* são os *outros* resulta da carne e dos ossos *desseoutros* que se nos impõem quando as *suas* histórias, uma vez contadas, forçam as *categorias* e nelas revelam *quem*, *contra* aqueles que dessas categorias se fazem valer, ali está?

Quem são os *outros*, afinal? *Quem*…para o Direito?

7. O que de uma – *propriedade* (e *posse* ainda também) e de outro – *contrato* – ficam é, sim, o relato de uma *luta* e do nela vai implicado de inevitável *despersonalização*. Pois que em causa sempre estará a exclusão de alguém que, remetido à condição do outro, nele excluirá o "sentido de ser si próprio (*selfhood*)"[147]. De uma exclusão do preciso sentido que, do mesmo modo que permite a cada um ver-se a si próprio como um eu em si mesmo e, por isso, como absoluta vontade autónoma, implica a exclusão também e sobretudo disso que cada um espera (e exige), em razão desse modo como se compreende, sob a forma de *reconhecimento*.

Excluído fica, então, aquele *reconhecimento* capaz de responder, afinal, à pretensão de, em cada um, ser visto um ser reconhecido como alguém dotado de autonomia, de independência e de sentido de ser si próprio (*selfhood*).

Em causa está um *reconhecimento* que exige um *conhecimento* de natureza muito particular. Um *conhecimento* dependente, na verdade, da compreensão do outro "*enquanto* pessoa (*qua* person)"[148] e um *conhecimento* que ao Direito caberia actualizar nos termos do que uma *luta*, e de uma luta de vida e de morte, permite desvelar.

De uma *luta* que permite mais desvelar. Mais, seguramente, que o conhecimento proporcionado por um Direito que, dependente de *propriedade* e de *contrato* enquanto conceitos, compreende cada indivíduo (e participante na *luta*) apenas como possuidor *imediato* do *seu* corpo e das *suas* coisas que toma *em mãos*. *Conhecendo* e compreendendo apenas e só o que a satisfação *imediata*, própria da instrumentalidade, permite.

---

[146] Cfr., a propósito, e com mais detalhe, *o Nosso* (2022), *passim.*

[147] *Idem, ibidem.*

[148] RAUCH, *cit.,* p. 29.

Ora, munido desse "conhecimento sozinho", não logra o Direito a "união"[149] entre duas pessoas que se tomam e reconhecem mutuamente como *seres para si próprios*.

Antes, se de *reconhecimento* se fala aqui e daquele *reconhecimento* proporcionado pelo Direito, falar-se-á, então também, do preciso *conhecimento* que, no Direito, se projecta para além de um carácter estritamente *imediato* (e *instrumental*).

E esse horizonte que falta ao Direito e à de reconhecimento aí envolvida, se mais não disséssemos do que até aqui demos conta, dependente que se encontra de *propriedade* (e da *posse*) e do *contrato*, prejudica a possibilidade mesma de reconhecimento nas modalidades conhecidas e de que falámos. Excluída ficará, na verdade, a própria possibilidade de atribuição de relevo à *auto-confiança*/*Selbstvertrauen* e, com isso, necessariamente determinante, nos termos acima descritos, da modalidade fundamental de procura de reconhecimento fundada na e fundante daquela *auto-confiança/ Selbstvertrauen*. E assim porque, já nesse domínio, na própria *vontade* em que cada um se entende "completo em si mesmo *e* idêntico ao outro", então, aí se afirma que o "reconhecimento imediato está na vontade, no amor"[150]. Apenas, então, com RAUCH, se logra afirmar que "a realização desse reconhecimento se encontra no Direito, como universal abstracto"[151].

Dependente o Direito, de novo, de *propriedade* e do *contrato,* aquém fica ele do tipo de *reconhecimento* que aqui e agora se requesta.

Para que se desvelem – *conhecimento particular* e *reconhecimento* – no Direito envolvido e de que ele é capaz, importará chamar à colação o *Selbstwertgefühl/* a *auto-estima* como terceiro estádio de reconhecimento, até este ponto deste escrito apenas mencionado, mas, ao contrário dos dois primeiros – *Selbstachtung* e *Selbstvertrauen* –, não mais que isso.

Na verdade, quando tomado como fundamento e pretensão de *reconhecimento* que supera aqueles que se encontram envolvidos, num primeiro estádio, em *Selbstachtung*/*respeito por si próprio* e, num segundo, em *Selbstvertrauen/auto-confiança*, ora desponta uma nova e muito outra pretensão e mesmo exigência envolvidas naquela procura de *reconhecimento*. Pois que, naquele *Selbstwertgefühl*, qual tradução mais próxima, mesmo que ainda imprópria, da nossa *auto-estima*, nos vemos remetidos

---

[149] *Idem, ibidem.*
[150] *Idem, ibidem.*
[151] *Idem, ibidem.*

para o preciso sentimento enraizado em cada um, a cada vez que cada um pensa e afirma: *eu sou dotado de valor*. Sentimento esse que, ao campo do Direito e dos *direitos* que, neste domínio, a todos cabe, por igual, ver reconhecidos, acrescenta ao domínio de reconhecimento que cada um para si reclama, na forma de pretensão e mesmo de exigência, *algo mais* dotado de particular relevância.

Sendo esse *algo mais*, o preciso sinal de diferença e de identidade que, num processo de individuação, à dimensão de autoria acrescenta o preciso traço de originalidade que, no processo de relação consigo mesmo, forjado no modo em que, a cada momento, enceta a relação com o outro, é capaz de infundir em cada um a certeza de ser único. Parte inextrincável se tornando de um modo de auto-compreensão que aquele sentimento – aquele *algo mais* – alimentará no lograr de uma auto-percepção de infungibilidade. *Algo mais* capaz, portanto, de incutir em cada um a certeza de ser uma presença única e que, apenas enquanto assim reconhecida, a essa presença empresta o a *forma* e o *feitio* daquilo que a torna uma presença especificamente humana. Feita que o é sempre de uma *voz*, certamente; de uma *face* também; mas, sobretudo, de um – no sentido de forjada num – *nome*.

De um *nome,* dito, *próprio* pelo que nele se impregna de uma marca cujo sentido se encerra num dito que, desde a primeira vez que demos com ela, não mais nos saiu da memória: *"para existir é preciso ter nome"*. Frase que, como noutra ocasião referimos[152], resumiu a campanha *Nascer Cidadão*[153] a favor do registo de todos os nascidos em território português. Dito que torna imediata a compreensão da *recusa de Proctor*. Protagonista da peça de Arthur Miller, *Crucible*, de 1953, levada à cena em pleno período de *caça às bruxas* promovida pela Comissão do Senado norte-americano contra as actividades anti-americanas, liderada pelo senador McArthy, também essa referência[154], já por nós feita noutras ocasiões, ora revisitamos.

Instado a assinar uma declaração por escrito confessando, falsamente, a prática de actos de feitiçaria, como condição para que a sua vida e a aquelas dos seus familiares fosse poupada, assim responde Proctor:

---

[152] Assim, desde logo, num momento inicial e de modo detalhado, nos *nossos* (2016), p. 713 e segs. e ainda em (2020), p. 2477. Sublinhando matéria que se tornou no nosso trabalho persistente.

[153] Iniciativa conjunta dos Ministérios da Justiça e da Saúde.

[154] De novo, inicialmente e de modo detalhado, nos *nossos* (2016), p. 713 e segs. e ainda em (2020), p. 2477.

> "Danforth: Então explique-me, Senhor Proctor, porque é que não deixa…
>
> Proctor: Porque é o meu nome! Porque não posso ter outro na minha vida! Porque eu minto e assino o meu nome em mentiras (*Because I lie and sign myself to lies*)! Porque não sou digno do pó que está sob os meus pés (*Because I am not worth the dust on the feet them that hang*)! Como posso eu viver sem o meu nome? Dei--vos a minha alma; Deixai-me o meu nome!".[155]

Será isso também *Selbstwertgefühl*. Ou, antes, reivindicação de que assim seja tratado.

8. Ora, mantendo-nos em recordação do que proferimos noutra sede, reproduzimos o que aí afirmámos[156], chegamos a este momento central em que, com CANTISTA neste passo, cabe assumir a "coexistência" como "a forma do homem estar no mundo" e definição mesma do "existir" do homem[157], *humus*-lugar próprio do *pensamento* – que se enraíza no seu ser no mundo que é a palavra e a acção –tomando-o (ao pensamento), precisamente, como *vigilante* e actuante, pelo "seu carácter *cuidadoso*"[158]. Ora, aqui chegados, o que cabe, então reconhecer em e a cada um?

Para que uma resposta se possa ensaiar, regressamos, então, ao que atrás dissemos, num esforço de síntese que começa também a ganhar forma conclusiva. A cada um cabe reconhecer que vale pela precisa capacidade que todos têm de ajuizar e, nela, de sempre procurar persuadir – do kantiano *werben um,* recordado por Arendt no seu, em tradução aproximada, *woo the consent.* No juízo como faculdade, em discernimento, portanto, e constante procura de persuasão, capacidade e mérito se conjugam de modo a cada um autorizar a afirmação perante si próprio de um *eu tenho*

---

[155]) MILLER (1992), p. 115. Cfr. versões traduzidas em português, *As Bruxas de Salém,* Tradução de RUI GUEDES DA SILVA, Editorial Presença, Lisboa 1964 e *Bruxas de Salém,* Tradução de FERNANDO VILLAS-BOAS, Coleção Teatro Nacional de São João, Editora Hùmus, Porto, 2023, texto correspondente a peça homónima levada a cena pelo Teatro Nacional de São João, encenação de NUNO CARDOSO, estreada a 16 de Março de 2023.

[156] Nos termos dos *nossos* (2016), p. 725 e segs. (2020), p. 2513. Tema central e recorrente se tornando para nós.

[157] CANTISTA (2001), p. 461. Regressamos aqui, de modo breve, a percurso inicialmente encetado *no nosso* (2016), *passim.*

[158] *Idem,* p. 462.

valor. E, vendo-se assim a si próprio, aos demais requerer, exigir mesmo, a modalidade de reconhecimento própria do hegeliano (*Selbst)wertgefühl.*

E esse juízo, a mais política das faculdades humanas, se na Àgora da *Polis* entre iguais se realiza, o *Mundus* – recorrendo à distinção em PLUTARCO a propósito de fundação de Roma a que no passado recorremos e para cujo sentido profundo ora apenas posso remeter[159] – mergulha em *humanitas* e por ele se vê impregnado. E encontra em todo aquele que, *em razão* do seu *gosto,* prefira o acima tratado *Errare mehercule malo cum Platone (...) quam cum istis vera sentire*[160] a reivindicação de *respeito*/*Achtung* e de ser tomado como *digno de confiança*/*Vertrauen*, nos mesmos termos em que, desse modo, se reconhece a si mesmo – por isso, dotado de *Selbstachtung* e *Selbstvertrauen*.

Num universo que do Direito faz, por isso também, a *mais política das artes* e o torna *cuidado/Cura* e terra/*Telos*, próprios da inspiração heideggariana com que abrimos este escrito, habitado por aqueles que no juízo – e neste, no gosto – os torna, a seus olhos e aos demais, no verdadeiro sentido hegeliano, *seres para si próprios.* E então, aí, Direito torna-se *cultura*. E *cultura* marca aí – no Direito – a presença do que é novo e do que em cada momento de novidade que irrompe de cada nascimento cabe investir em cuidado e estima. Direito como *cultura* enquanto *colere*, então. Como *cultivo*, habitação e cuidado. *Direito* que como *cultivo* mais se lhe vê imposto em exigência de reconhecimento, em razão do juízo como faculdade e nele do gosto e assim do que neles, a cada momento em que cada uma ajuiza, manifesta o seu gosto e persuade – *wooes the consent* –, se coloca em evidência como expressão mesma de novidade. Um *initium* que empresta a cada momento da natalidade, a infungível imprevisibilidade que, quando brote livremente do discurso entre sujeitos discernentes que, ajuizando, discutem e discordam, torna o mundo digno de *habitação humana*.

Assim, ao gosto e ao juízo que, no modo como cada um o afirma, manifesta a presença aí da liberdade, liberdade sê-lo-á de alguém cuja voz e discernimento urge ver-se reconhecidos em cada acto de emancipada autonomia que o gosto e a desejável persuasão desvelam do *quem* aí se apresenta como diferente, seguramente, mas sobretudo como único.

---

[159] Assim, originalmente, o *nosso* (2020), p. 2473 e 2521 e segs..

[160] CÍCERO (2001), I, XVII, p. 41.

Reconhecimento que, na *Polis*, corpo dará à expressão paradigmática do que AGAMBEN baptizara de uma *vida qualificada*. Experiência verdadeira e genuína de cidadania livre própria de todo aquele que se recusa a ser coagido, *mesmo pela verdade, mesmo pela beleza*, como vimos com CÍCERO.

E *reconhecimento* de uma liberdade presente também, como referimos, nos gestos de todos os dias que, mesmo na sua habitualidade e aparente banal irrelevância, amiúde manifestam aí a presença de alguém que decide e age em autonomia plena.

Mas também de um *reconhecimento* que, porque requestado, enquanto exigência especificamente jurídica, saberá topar aqueles a quem esse reconhecimento falte, impondo-se *aí*, por não estar *aí* presente, em forma de reivindicação.

Ora, como disséramos, disso se trata como incumbência do Direito: a ele se impõe notar a presença *aí* de alguém que importa reconhecer e, sempre que vulnerável, proteger. Notando ainda que, quando não reconhecidos como vulneráveis e quando o sejam, por força dessa vulnerabilidade, carecidos de protecção, remetidos se tornam à posição de *vítima* e, com isso, como mencionado, ao isolamento e solidão que lhes nega o que precisam para que possam existir. Sendo isso aquela voz reveladora de um juízo, a presença de um ser discernente e o reconhecimento, aí, da possibilidade de uma *re-flexão*, enquanto um *re-ligar* presente a cada momento em que discernimento se torna forma de acção, por manifestar *quem* o faça; *alguém,* por isso, que se apresenta perante nós e nos desafia exigindo ser *tido em conta*.

De modo que sempre importará perguntar se realidades existem, novas, que esse reconhecimento exige a um Direito a quem essa vulnerabilidade cabe identificar. E assim, sobretudo, a um Direito Penal que naquele isolamento e solidão encontra a razão para como *vítimas* tomar aqueles a quem se não reconhece que sejam um *quem*. Dotado, para que o seja, de um *nome próprio*.

E essas realidades, novas porventura, existem?

9. Seguramente que sim. E, por via delas, novas perspectivas despontam para o Direito e para o Direito Penal, em particular.

Realidades que se não compreendem nos termos do que a um bem jurídico atomizado se possa assegurar em entendimento.

Aí onde liberdade se não vê – ou se não deixa apreender quando vista – como coisa.

Menos ainda justiça aí se joga quando apropriável.

Reflexão que poderá, porventura, ser relevante quando se pergunte nos termos do que somos aqui desafiados:

Será novo o domínio da exigibilidade que ora desponta?

Será que na violência doméstica ou nos maus tratos e asim na mutilação genital feminina ou no casamento forçado ou ainda nos crimes contra a liberdade e auto-determinação sexual, será que aí, dizíamos, é essa criação, autoria, originalidade, a possibilidade mesma de nascimento de algo de novo que brota do simples facto de cada um nascer e estar aí e aí se realizar que ao Direito cabe proteger nos crimes contra as pessoas, abarcando nele o ponto de síntese do que em todos os tipos importa tutelar e proteger?

Já a isto nos referimos e a isso regressamos, reproduzindo o que importe, mas em modo de interrogação[161].

Não será verdade na violência doméstica? Não estará aí em causa está a garantia da iniciativa, da originalidade, da diferença, como traço de uma vida que a todos é garantida como fruto das suas escolhas e do destino que para si elejam? Como fruto, por isso, da sua criação, enquanto forma vivida de uma existência que assegura a cada um o lugar de autoria?

Por isso, como antes dissemos e ora repetimos nos mesmos termos[162], o *domínio existencial* como dimensão de censura particular associada a estes tipos e assim a natureza pública destes, bem como a não exigência de reiteração. Por isso, também a possibilidade de se considerar a possibilidade de afastamento de *agressão actual*, por isso, para efeitos de preenchimento de respectivo pressuposto da legítima defesa (que não ainda, no entanto e não sendo de mais sublinhá-lo, dos seus requisitos para efeitos de exclusão de ilicitude), nos casos de acto de afastamento de agressão por vítima de violência doméstica, mesmo que, no momento da sua actuação, não se encontre o agente a executar ou prestes a infligir maus tratos físicos ou psicológicos descritos pelo legislador ou não se encontre a impedir ou prestes a impedir o acesso ou a fruição aos recursos na lei mencionados. A tudo isto me referi, em tempos, de forma mais detalhada e para aí remeto mais considerações sobre o assunto[163].

---

[161] Assim no *nosso* (2023), p. 308 e segs.

[162] *Idem, ibidem.*

[163] Assim, *o nosso* (2013), p. 319 a 373.

Mais, de novo, como então afirmámos[164], a mesma ideia de liberdade, enquanto dimensão de autoria original, capaz de acção e de iniciativa e, com isso, de afirmação em diferença de uma vida que, por isso, se não vê pelo Direito concebida como meramente fisiológica – *vida nua* com AGAMBEN –, mas como afirmação de autonomia e auto-determinação plenamente livre de vontade está na base de novos tipos e ainda reconsideração do bem ou bens jurídicos que outros tipos já existentes se propõem tutelar.

E não será assim também na mutilação genital feminina? Em que, na forma de um novo tipo, desde 2008, um novo traço simbólico se afirma em que o que está em causa se joga precisamente e de novo, naquela dimensão de acção, iniciativa, novidade, criação que comando e originalidade como fundamento da liberdade etimologicamente partilham na expressão de *arquè*. Como também dissemos e ora reproduzimos[165], trata-se aqui de tutela dessa autonomia criadora, dessa garantia de emancipação na vida presente e futura, feita pelas mãos de quem se constrói por via das suas próprias escolhas, para além de e mais além da tutela da integridade física e psíquica. E de integridade integridade *pessoal* se trata. Sobretudo de meninas que em fase precoce da vida se devem ver protegidas do que em acto, na amputação que se lhes impõe, as condena a um enclausuramento cultural que visa afastá-las da possibilidade mesma de sobre si, a partir desse momento e sobretudo na vida adulta, poderem dispor.

Símbolo de uma afirmação que, nisso que aí desponta de afirmação de liberdade e emancipação individual, é, por definição, cosmopolita e, portanto, universal no seu alcance e no seu alcance de sempre. E de sempre no sentido de em todo o tempo ou, pelo menos, em todo o tempo feito de humanidade. E assim a resposta ao que se alege em forma de procura de exculpação ou de isenção pessoal de pena a favor do agente por convicção culturalmente motivado. Pois que, nenhuma cultura, assim designada na sua raiz, ou seja, enquanto *cultivo*, como fonte do que de humano brota em cada gesto que nos define como tal, questiona, quando seja *cultura/cultivo*, o que de universal marca a compreensão mesma do que à existência humana empresta a marca indelével de dignidade.

---

[164] Assim no *nosso* (2023), p. 308 e segs.

[165] *Idem, ibidem.*

E não caberá dizer *coisa* substancialmente similar em relação à criação no mesmo ano e por via do mesmo diploma do crime de casamento forçado, constante do artº 154º-B do Código Penal?

E não será assim também assim, de novo, nos crimes contra a liberdade e auto-determinação sexual?

De novo, sem novidade em relação ao que antes dissemos[166], assim na compreensão de crimes sexuais previstos na Secção II, do Título I do Código Penal. Tornados, recentemente apenas, como contra a liberdade e auto-determinação sexual, não já contra ou não apenas contra o corpo – apenas, de novo, sublinhamos – da vítima, menos ainda contra o pudor, deixando, por isso, de se ver remetidos para um campo de tutela fundado na defesa de valores colectivos.

De novo aí a rejeição da compreensão de cada um como mero *corpo* e da sua vida como mera sobrevivência fisiológica. Não. Isso que se bastaria com a consideração da vida numa dimensão biológica que em nada de relevante se destacaria da vida animal – a agambeniana *vida nua*, referida acima, entendida como *zoon* – e justificaria, de pleno, a felizmente ultrapassada consideração da maior parte destes tipos como *crimes de mão própria*, não alcança o que o legislador compreendeu como estando encerrado na censurabilidade específica associada aos crimes sexuais.

Contra a liberdade o são. De uma dimensão de autonomia existencial que se escreve pela mão do/da seu/sua autor/a, na forma de decisões sobre a sua existência que apenas a si lhe cabem e que mobilizam todo o seu ser, no seu corpo e, no que nele se reflecte, do seu espírito criador. E criador que o é, porque fundador de uma nova vida, original e na sua raiz, por isso, radicalmente distinta das demais. Por isso, crimes contra a dimensão de liberdade que, no domínio da vivência sexual de cada um, aí reflecte essa auto-determinação emancipada e livre de interferência, não só da vontade, mas *pessoa* que, para o ser, exige de todos os outros, o respeito e consideração necessários ao seu livre desenvolvimento.

Por isso, as consequências imediatas, entre outras tantas, do afastamento da consideração de muitos daqueles como *crimes de mão própria* e da incorrecta consideração que em causa está um atentado contra o corpo da vítima que apenas pelo corpo do agente se pode infligir. Não assim. O que fica dito acima mostra como assim não pode ser.

---

[166] *Idem,* p. 309 e 310.

E com isso, também, as possibilidades novas que nesse domínio se assumem e por aquela razão, à admissibilidade de formas de comparticipação que se abrem aos modos diversos e não menos lesivos de formas interferência não necessariamente físicas na liberdade e auto-determinação sexual, enquanto manifestação da forma mais vasta de auto-determinação e livre desenvolvimento de personalidade constitucionalmente garantidos.

Será que aí, dizíamos, é essa criação, autoria, originalidade, a possibilidade mesma de nascimento de algo de novo que brota do simples facto de cada um nascer e estar aí e aí se realizar que, imprimindo no que faça a marca do que faça, do seu *nome* literalmente, ao Direito cabe proteger nos crimes contra as pessoas, abarcando nele o ponto de síntese do que em todos os tipos importa tutelar e proteger.

De liberdade falamos e, sim, de vontade livre.

De um livre desenvolvimento de personalidade que, mais do que em autonomia, em verdadeira emancipação se vê compreendida como horizonte do que ao Direito Penal importa assegurar na parte que lhe toca da construção, pelo Direito, de um Estado que, no quotidiano e na existência de cada um e em cada momento particular, se afirma *de Direito* e democrático e fundado em *liberdade*.

Onde o Direito Penal tope dimensões vulnerabilidade que a cada um, em momentos particulares da sua vida e em dimensões únicas da sua existência, impeçam a possibilidade de realização pessoal numa vida que seja sua e, por isso, juridicamente garantida como estando nas suas mãos, nelas se moldando na forma em que cada um melhor se reveja, onde isso tope, dizíamos, se cumprirá Direito Penal o que se lhe impõe de reconhecimento em cada um, em cada fase da sua vida, desde a sua concepção à sua morte, uma vida que é sua e, nesse sentido, *qualificada*.

Como prosseguir, então?

Porventura, aceitando que tudo o que se leva dito nos desafia à consideração do que, em tudo isso, se procura e dos outros se espera: um *reconhecimento*.

O que isso seja e o que disso se possa tomar como substrato de uma pretensão e fundamento de uma exigência será, necessariamente, matéria *normativa*. A qual, quando se discuta na sua exigibilidade, se torna, por isso, matéria *de Direito*.

Todos domínios, porventura, novos de um reconhecimento pretendido e…exigido.

10. Realidades que bem denunciam o desajuste, a insuficiência de fundo – hoje dir-se-ia *estrutural* – do que *justiça* para o Direito, enquanto conceito propriamente jurídico tradicionalmente requesta e exige – não mais que distributiva, do que proporcione a consideração *more geométrico* de um *suum cuique tribuere.*

Ora, em tudo o que percorremos de realidades que são casos e nomes de quem exige reconhecimento de uma de uma *ek-sistência*, em tudo isso perpassa o traço perene de uma dimensão existencial que exige reconhecimento para lá do que a justiça permite alcançar, *qua suum cuique tribuere* de dar a cada um o que, coisa concreta e precisa e em precisa medida, é seu.

Aqui ressoam particularmente verdadeiras as palavras de WALTER BENJAMIN:

> "A justiça designa a categoria ética do existente (*des Existenten*), a virtude a categoria ética do que é devido (*des Gefordeten*). Pode exigir-se a virtude, mas a justiça, em última instância, pode apenas ser, como estado do mundo ou como estado de Deus (*als Zustand der Welt oder als Zustand Gottes*)"[167].

Nela – na justiça –, sempre com o Autor, o seu "sentido último, de modo algum pode respeitar ao direito de propriedade da pessoa, mas a um direito-a-bens-do-Bem (enquanto tradução possível de *ein Guts-Recht des Gutes*, como indicado em cima)"[168].

De modo que, coincidente com um bem que não pode ser apropriado, enquanto "estado do mundo (*Zustand der Welt*)", em causa estará sempre fazer do mundo o bem supremo, apenas pode significar "concebê-lo como absolutamente inapropriável"[169], fundadora, com AGAMBEN, de uma:

> "*relação [dirigida a] um inapropriável (relazone a un inappropropriabile)* como a única relação possível [em relação] àquele estado supremo do mundo, no qual esse, enquanto justo, não pode ser, de modo algum, apropriado"[170].

---

[167] *Idem, ibidem.*
[168] *Idem,* p. 167 e 168.
[169] AGAMBEN (2015), p. 116.
[170] *Idem, ibidem.*

De modo que *isto* que cada um de nós é e que em *barro* ou *argila* se forma, será o que for, mas como *nosso* e na medida em que *nosso* seja, não se deixa definir, pois que como *nosso* se não deixa apreender. O que será *isto*, será o que *o* poeta, em admiração, proclama:

> "(…)
> Nor shall death brag thou wander'st in his shade,
> When in eternal lines to time thou grow'st:
> So long as men can breathe or eyes can see,
> So long lives *this*, and this gives life to thee. (…)"[171]

Vida, portanto, e *barro* feito da insubstancial fragilidade do ar que respiramos.

Mas *vida* que apenas o é e *barro* que apenas nos molda e manifesta *quem* somos, sempre, com VARGAS LLOSA, se manifeste:

> "(…) lo que hace que el ser humano sea de veras humano: la capacidad de salir de sí mismo y mudarse en otro, en otros, modelados con la arcilla de nuestros sueños."[172]

Pois, apenas com esse outro e em razão dele *argila/barro* nos tornamos. *Nós*. Pois que:

> "(…) la nuestra será siempre, por fortuna, una historia inconclusa. Por eso tenemos que seguir soñando, leyendo y escribiendo, la más eficaz manera que hayamos encontrado de aliviar nuestra condición perecedera, de derrotar a la carcoma del tiempo y de convertir en posible lo imposible."[173]

Pois que, então e de novo, de sonhos somos feitos.

E aí, saídos de nós, no espaço do encontro em que nos projectamos com os demais, assim reconhecidos. *Isso* de cada um de nós *se espera*.

---

[171] SHAKESPEARE, Excerto de Soneto 18.

[172] MARIO VARGAS LLOSA, *Elogio de la lectura y la ficcion,* Discurso Nobel, Proferido por ocasião da aceitação do Prémio Nobel da Literatura de 2010, 7 de Dezembro de 2010, Fundação Nobel, 2010.

[173] *Idem, ibidem.*

Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer – Il Potere Sovrano et la Nuda Vita*, Einaudi, Turim, 2005.

AGOSTINHO (SANTO), *A Cidade de Deus,* Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. DIAS PEREIRA a partir do original latino *De Civitate Dei*, baseada na 4ª edição de B. DOMBART e A. KALB, colecção teubneriana, Leipzig, 1928-1929, reproduzida em *Oeuvres de Saint Augustin*, ed. Bilingue de DESCLÉE DE BOUWER. Paris, 1959, confrontado *pari passu* com texto latino dos beneditinos de S. Mauro utilizado por MIGNE na Patrologia Latina XLJ e reproduzido pela Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Madrid, 1977 em Obras de San Agustin, XVI-XVIII – *La Ciudad de Dios*, vol. II, 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2000.

ANDRADE, Eugénio de, *Poesia*, Prefácio de JOSÉ TOLENTINO DE MENDONÇA, Assírio & Alvim, Porto, 2017.

ARENDT, Hannah, – *The Human Condition,* Introdução de Margaret Canovan, 2ª edição (do original de 1958), University of Chicago Press, Chicago, 1998 (disponível em português sob o título *A Condição Humana*, Tradução de Roberto Raposo, Colecção Antropos, Relógio d`Água, Lisboa, 2001);

ARENDT, Hannah, "What is freedom?", *in* HANNAH ARENDT, *Between Past and Future,* Introdução de JEROME KOHN, Penguin Classics, Nova Iorque, 2006 (Original de 1954), p. 142 a 169;

BENJAMIN, Walter, "*Notes to a Study on the Category of Jutice*" e "*Notizen zu einer Arbeit über die Kategorie der Gerechtigkeit*", *in* ERIC LEVI JACOBSON, *Metaphysics of the Profane. The Political Theology of Walter Benjamin and Gershom Scholem*, texto original em alemão e texto traduzido em inglês, tradução do original em alemão para inglês de ERIC LEVI JACOBSON, texto original com data de autoria provável de 1916, Columbia University Press, Nova Iorque, 2003, pp. 166-169.

(TAMBÉM DISPONÍVEL *IN* PETER FENVES E JULIA NG (ED.), *Walter Benjamin – Toward the Critique of Violence – A Critical Edition*, tradução do original em alemão para inglês de ERIC LEVI JACOBSON, texto original com data de autoria provável de 1916, Stanford University Press, Stanford, 2021).

CANTISTA, Maria José, "A Significação do *Bios Politikós* ou o regresso ao pensamento de Hannah Arendt", *in Poiética do Mundo – Homenagem a Joaquim Cerqueira Gonçalves*, Edições Colibri, Departamento de Filosofia Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2001, p. 459 a 471.

CÍCERO, *Tusculan Disputations*, edição bilingue em latim e inglês, tradução do original em grego clássico para idioma inglês por J.E. KING, Loeb Classical Library, Harvard University Press, Cambridge, Mass., Londres, 2001 (Original de 45 a. C. Original da edição traduzida citada de 1927).

DERRIDA, Jacques, "Donner la Mort", *in* JEAN-MICHEL RABATÉ e MICHAEL WETZEL, *L´Étuique du Don – Jacques Derrida et la Pensée du Don, Colloque de Royaumont Décembre 1990,* Métailié-Transition, Paris, 1992, p. 11 a 108;

HEGEL, Wilhelm Friedrich, "Love", *in On Christianity – Early Theological Writings by Friedrich Hegel*, tradução de T. M. KNOX, introdução e fragmentos traduzidos por

RICHARD KRONER, Harper Torchbooks, Harper & Brothers, Nova Iorque, 1948, p. 304 e 305;

HEGEL, Wilhelm Friedrich, „Das System der speculativen Philosophie. Fragmente aus Vorlesungsmanuskripten zur Philosophie der Natur und des Geistes (1803-1804)", *in* KLAUS DÜSING e HEINZ KIMMERLE (ed.), *Jenauer Systementwürfe*, I, Felix Meiner Verlag, Hamburgo, 1986;

HEGEL, Wilhelm Friedrich, *Realphilosophie (II)* publicado sob o título "Naturphilosophie und Philosophie des Geistes, Vorlesungsmanuskript zur Realphilosophie (1805-1806)", *in* ROLF-PETER HORSTMANN (ed.), *Jenauer Systementwürfe*, III, Felix Meiner Verlag, Hamburgo, 1987.

HEGEL, Wilhelm Friedrich, *System der Sittlichkeit [Critik des Fichteschen Naturrechts]*, HORST D.BRANDT (ed.), Meiner, Hamburgo, 2002 (manuscrito original de 1802-03);

HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit,* Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 2006.

HONNETH, Axel, *Kampf um Anerkennung – Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992;

HONNETH, Axel, *The Struggle for Recognition – The Moral Grammar of Social Conflicts*, Tradução para inglês de *Kampf um Anerkennung – Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp (Frankfurt am Main, 1992), Polity, Cambridge, 1995;

KANT, Immanuel, „Kritik der Urtheilskraft", *in Kants Werke Akademie-Textausgabe*, Deutsche Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter & Co., Berlim, 1968, V, 1790, p. 165-486 reimpressão de Gesammelte Schriften, ed. Königliche Preussiche Akademie der Wissenschaften, V (1938), 1790, p. 165-485, Berlim, 1968 (Original de 1908 a 1913).

MARQUES, Pedro Garcia, "Ora, Trabalha, Sofre e Cala…ou Não", *in Estudos Dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 319 a 373.

MARQUES, Pedro Garcia, *O Juízo Crítico da Culpa,* Dissertação de doutoramento, Universidade Católcia Portuguesa, Lisboa, 2016, inédito.

MARQUES, Pedro Garcia, "*Nem Sempre Nomes – ou o Nomear como Transgressão Constitutiva do Direito"*, *in* JOSÉ LOBO MOUTINHO, HENRIQUE SALINAS, ESLA VAZ DE SEQUEIRA, PEDRO GARCIA MARQUES (ed.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva,* IV, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, p. 2473 a 2529.

MARQUES, Pedro Garcia, "Os Sem... Ou o Que Deles Resta Entre a Atimia e a Afantasia", *in Prof. Doutor Augusto Silva Dias* In Memoriam, vol. II, Lisboa, AAFL, 2022, p. 745 a 779.

MARQUES, Pedro Garcia, "Comando e Liberdade – ou da Legalização da Eutanásia aos crimes contra as pessoas, em busca dos novos desafios que os interpelam", *in* ELSA VAZ DE SEQUEIRA (ed.) *Católica Talks – Direito e Personalidade,* UCP Editora, Lisboa, Maio de 2023, p. 261 a 314;

MARQUES, Pedro Garcia, "Da Morte Medicamente Assistida, Entre Nós: Entre a *Tabula Rasa* e a *Rasura Tabulae*, o que fica afinal?", *in* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, PEDRO MACHETE, FILIPA URBANO CALVÃO, ANTÓNIO CORTÊS, RAQUEL CARVALHO, LUIS FÁBRICA, MARTA PORTOCARRERO, JORGE PEREIRA DA SILVA, MARIA OLIVEIRA MAR-

TINS e ARMANDO ROCHA, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria da Glória F.P.D. Garcia,* III, UCP Editora, Lisboa, Novembro de 2023, p. 2069 a 2019 (Citado 2023b)

MILLER, Arthur, *The Crucible,* Heinemann, Oxford, 1992 (original de 1953).

RAUCH, Leo, *Hegel and the Human Spirit,* Tradução e comentário de LEO RAUCH, Wayne State University Press, Detroit, 1983, do original em ROLF P. HORSTMANN com JOHANN HEINRICH TREDE (ed.), G. W. F. HEGEL, *Gesammelte Werke,* Volume 8: *Jenaer Systementwürfe III,* Felix Meiner Verlag, Hamburgo, 1986.

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 proémio 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 amplíssimos, 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 adjectivo, uma preposição ou uma palavra de outra classe morfossintáctica. 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 *arbítrio*. 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 raro[5], 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 proscrição 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 Lineu[9], é natural que a explosão regulamentar das últimas décadas envolva problemas de ambiguidade nessas áreas.

No direito privado, recordo-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 *anfibologia*, 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 *equívocos* (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 noutro 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 exaustivamente 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 exaustiva. Se, pelo contrário e como é comum, a determinação não for exaustiva, 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 Neves[15] – 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.

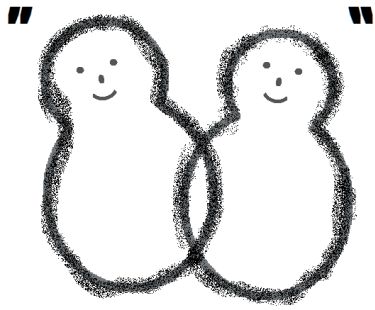
A ambiguidade, portanto, é matéria de mera interpretação, e não pode surpreender que caiba no seu âmbito uma categoria tradicional do ensino sobre interpretação da lei. Trata-se das interpretações «declarativa lata» e «declarativa restrita», a que outros autores, numa terminologia mais germânica, chamam «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 fantasminhas, 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 Duarte[21], 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 «fantasminha», 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 dilatórios», 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 jusnaturalismo[23] em que me incluo, todas as razões atendíveis pelos tribunais são direito[24], 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 facetas[27], 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 ALEXY (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 infinitude 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 infinitude dos possíveis casos abrangidos por uma disposição legal, ou pela sua falta, ultrapassa a infinitude 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 sintácticas, 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 ↔ X é um pedaço de terra rodeado de água por todos os lados.

As palavras à direita do sinal de equivalência (↔) 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 → X é careca → X tem menos de 100 000 cabelos.

Aqui, as palavras à esquerda do primeiro sinal de implicação (→) 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 (↔) 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 consequente), 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 *irredutíveis*, ou seja, conceitos que não é possível analisar através de outros conceitos. A irredutibilidade, no entanto, não implica vaguidade nem outro género de indeterminação. P. ex., os conceitos de «esquerda» e «direita», no seu sentido espacial, são irredutíveis, mas absolutamente determinados. Os conceitos irredutíveis 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 aplicação[40], 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 razoável[55] 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 conceito[59], 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 noutros 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 pessoa[63], 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 Rawls[66], aos «conceitos interpretativos» de Dworkin[67] e aos «conceitos essencialmente contestados» de Gallie, de 1956[68], que estão na origem dos dois anteriores. Sobre estes, já escrevi noutros sítios[69], 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 *reacções 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 infinitude 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-feira[74] –, 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 cataglotismo[76], «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 consequente 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 matérias[81], 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 excurso 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 oiro», 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 oiro 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 arbítrio», 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 consumidor[94] 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, epigrafado «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 estádio 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* remonta pelo menos à *Teoria Geral* de Manuel de Andrade, no capítulo da simulação[105], 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 reinterpretariam 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, subdeterminação, 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 ativéssemos 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 doutrinais 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 omnicompreensiva. 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 preceito[115], 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 substituibilidade, 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» estatuam «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 condenação[124], 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 negativa[127], 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 omisso, 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. Reconheçamos 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 «declaratário 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 geral[128], 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 redunda 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 niilista, 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.

Comecemos 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 «pretenso 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-visto[137], 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). Noutro 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 comummente 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 excepções, 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 semelhantes[141], 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 peremptoriedade 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 pessoas[142], 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 peremptoriedade 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 peremptórios: 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 faltará também a peremptoriedade 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 peremptoriedade, e que a aparente não peremptoriedade 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 Seabra[144] 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 proémio 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 princípio[148] 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 simplificadamente: 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 doutrinais ao estado de necessidade, ao abuso do direito, à alteração das circunstâncias, aos deveres da boa fé, à justa causa de resolução e a outros[152] 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 – tabeliónica 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 jheringuiana 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 bimilenar[163], conta decerto com um número suficiente de séculos para o considerarmos longevo[164], e longevo 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 reagem[169], 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 delimitado[172], 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 leis[173], 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 défice 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 excepção 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.te, 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 terminológicas[184], 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 culposo 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 contraporia. 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 sugeri-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 *considere* 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 geral[191], 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.

Ánjel, 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.corpusthomisticum.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 Deônticos 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*, reimp., 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 Univesity 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 Rechtbegriff», *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.

HOOKER, 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 Civis, Comerciais e de Consumo. Uma Inquirição de Taxinomia», em Rui Ataíde *et al.* (org.), *Estudos de Direito do Consumo*, vol. I, 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. I, 3.ª ed., Beck, 1997.

ROXIN, Claus/Greco, Luís, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 5.ª ed., 2020

SAVIGNY, Friedrich Carl von, «System des heutigen römischen Rechts», *Veit und Comp*, 1840, vol. I, 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, Berlim, 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, Berlim, 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.

Apoio

Colaboradores

Ana Taveira da Fonseca
Gonçalo de Almeida Ribeiro
Luís Fábrica
Mafalda Miranda Barbosa
Manuel Carneiro da Frada
Maria d'Oliveira Martins
Nuno Pinto Oliveira
Pedro Garcia Marques
Pedro Múrias