

TÓPICOS SOBRE TÉCNICAS LEGISLATIVAS

Raul Guichard

A. PARTES GERAIS; DEFINIÇÕES; REMISSÕES; PRESUNÇÕES; E FICÇÕES

1. AS “PARTES GERAIS” (OU “DISPOSIÇÕES GERAIS”)

1. Nas chamadas “partes gerais”, muito vulgares no âmbito de codificações¹ com alguma vastidão, pretende o legislador reunir matérias comuns a certas “partes especiais”, estabelecendo um “compêndio de pré-decisões”, respondendo a “um catálogo de questões preliminares” (nestes termos, por exemplo, BAPTISTA MACHADO). Para tomar emprestada uma expressão da álgebra, “põem-se em evidência ou fora do parêntesis os factores comuns”. Dentro do mesmo símile, fala-se de uma “Klammerfunktion” das partes gerais.

2. É intuitivo que, por razões de economia ou simplificação, de “sistematicidade”, até de “transparência”, por imperativos de racionalidade afinal (prevenção de contradições), qualquer corpo legislativo com alguma extensão dificilmente pode prescindir do recurso a partes gerais (todavia, estas terão em concreto alcances bastante diferentes). Desse modo, querer-se-á fugir ao casuísmo e às inúmeras lacunas que deste sempre advêm. Para além disso, nenhum outro meio se mostra apto para evidenciar com tanta propriedade os princípios e as conexões (sistemáticas, construtivas, funcionais e valorativas) dos institutos e das matérias reguladas. Fala-se aqui de uma “função principal” das partes gerais. O legislador será chamado a reflectir sobre o plano sistemático

¹ Sobre os movimentos de codificação e os modernos códigos, ver o nosso *À volta da ideia e do significado da codificação e da função do poder judicial* (em curso de publicação).

subjacente, num esforço para vertê-lo de forma coerente e em coordenação com as partes especiais.

Sendo certo que muitas vezes os anteriores desideratos não são alcançáveis por inteiro, havendo necessidade de introduzir modificações e excepções ao regime contido na parte geral, “sobrecarregando-se” afinal a exposição normativa (note-se que raramente as partes gerais conterão referências ou remissões para as normas das partes especiais). Basta pensar na coordenação no nosso e noutros códigos civis entre o regime dos vícios redibitórios, previsto na compra e venda, e o do erro, contido na parte geral.

3. As partes gerais, a “divisão abstracta e horizontal” da matéria que nelas tem guarida, apresentam algumas desvantagens ou perigos. Nomeadamente, podem denotar um vezo “abstractizante”, “formalista” ou “doutrinário”, pender para o conceptualismo (ou ser deste uma seqüela), desligando-se da realidade e das solicitações pragmáticas com prejuízo do próprio conteúdo material. Conspícuas mostram-se também as dificuldades que suscitam, sobretudo para um “leigo”, na leitura, no entendimento e na aplicação da lei, justamente pela assim introduzida formulação abstracta, pela necessidade de se percorrerem lugares sistématicos diversos e de se dar prevalência às “normas especiais”.

4. Semelhantes inconvenientes ganham um peculiar significado ou acuidade quando se tem em vista a adopção de uma parte geral de alcance muito vasto, que pretenda reunir (a anteceder as demais matérias reguladas em outras divisões capitais) as normas e princípios gerais de toda uma área ou ramo do direito.

As partes gerais, entendidas com essa amplitude, desenvolveram-se pioneiramente nas codificações penais – tomem-se como exemplos mais antigos o *Codex Juris Vavarici Criminalis*, de 1751, e o *Josephinische Strafgesetzbuch*, de 1787 (e assim, aliás, também o *Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten*, de 1794, no espaço aí dedicado ao direito penal) –, onde de resto o seu uso tem justificações particulares e está facilitado por uma relativa homogeneidade das matérias reguladas.

Nas grandes codificações civis, isso sucedeu precursoramente no Código Civil alemão de 1896 (*Bürgerliche Gesetzbuch*, BGB). Porém, já no séc. XVIII, a generalidade das exposições ou manuais sobre o direito comum continham uma parte geral introdutória. Demais, no BGB o primeiro Livro (intitulado “Allgemeiner Teil” e compreendendo os

§§ 1 a 240) só parcialmente satisfaz as exigências de uma parte geral estritamente entendida – isto é, erigida segundo critérios estritamente lógicos e coerentes – e acabe por repetir, como observa F. WIEACKER, em ponto pequeno o sistema das Pandectas.

Consabidamente, a sistematização abraçada no BGB remonta a A. HEISE, ao seu *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, de 1807 (conquanto aí o direito das coisas precedesse o direito das obrigações). E tal *sistema externo*² foi seguido depois por vários outros códigos civis, entre os quais o grego, o nosso de 66 e, no essencial, a recente codificação brasileira. Isso, a despeito de se fazerem ouvir importantes vozes de contestação (algumas até anteriores à aprovação do BGB), cujo conteúdo já parcialmente demos a conhecer. Mas, em rigor, há que distinguir entre as objecções dirigidas à inclusão de uma parte geral, as que têm por alvo o conteúdo e a estruturação desta e o critério que lhe preside, e aquelas que incidem sobre a divisão quadripartida das relações jurídicas usada nos livros subsequentes (e ainda sobre o próprio esquema da relação jurídica).

O debate, que de algum modo persiste até aos nossos dias e se reacendeu no contexto de certos projectos ou iniciativas de um “Código Civil europeu”, é suficientemente conhecido e está largamente documentado, para que nos possamos limitar a alguns apontamentos muito sintéticos. Mencionar-se-ão apenas as críticas de autores tão proeminentes como E. ZITELMANN – evidenciando desde logo que a sistematização acolhida nos demais Livros do BGB pecaria por ausência

² Por contraposição a *sistema interno*. Os termos da distinção – que remonta na sua formulação a P. HECK e é recorrentemente invocada na literatura jurídica – são familiares a qualquer jurista: o primeiro refere-se à estrutura formal da lei (ou do modo de comunicação ou exposição do direito, mais em geral), à divisão do respectivo conteúdo ou matéria, ao “arranjo exterior” ou às “fórmulas de exteriorização”; o segundo consiste na “estrutura material”, com as suas “articulações e conexões internas”, com a sua “lógica imanente”, representa a “ordem” ou o “sistema” (isento na medida do possível de inconsistências e contradicções) de princípios, valores, teleologias subjacentes às várias normas e figuras.

Todavia, o sistema externo, além da prosseguir a clareza e a elegância, deve procurar evidenciar, comunicar ou, quando menos, espelhar o sistema interno. Mas também condiciona e conforma este último – desde logo, no conhecimento (e na sua aprendizagem) e no acesso que a ele temos. Note-se ainda que muitas regulações não se atêm a um sistema conceptual e estritamente ordenado, não se deixam assim “aprisionar”. Sobre isto ver ainda o nosso *A Língua, o Direito, as Leis e a Legística* (em curso de publicação).

de unidade de critério, correspondendo a uma “divisão cruzada” –, J. KOHLER, A. B. SCHWARZ, F. WIEACKER, e, na nossa doutrina, ORLANDO DE CARVALHO – salientando ainda a “desumanização do direito civil” e a “reificação do homem” envolvida na parificação dos sujeitos aos demais elementos da relação jurídica, de uma “descentração” fala-se também a este propósito.

Conquanto se reconheça que a elaboração de uma parte geral representa uma tarefa irrenunciável da ciência do direito, perguntar-se-á, ainda com F. WIEACKER, se um código deve copiar essa sistemática científica; e, nessa sequência, se a há que adoptar no próprio ensino académico do direito – para o professor e para os estudantes nos anos iniciais, o ensino e o estudo da parte geral representarão um não pequeno “calvário pedagógico”.

É apontado igualmente que alguns legisladores de direito privado, posteriores ao BGB, por exemplo, o suíço e o italiano e o alemão, no ZGB da ex-República Democrática Alemã, abdicaram da inclusão de uma parte geral (acaso disciplinando antecipadamente as situações ou casos mais típicos e frequentes e remetendo para essa sede em situações específicas) e preferiram, como objecto directo de regulamentação, o contrato à figura mais abstracta do negócio jurídico.

Não menos distintos juristas, porém, saíram em defesa da inclusão de uma parte geral e da sistematização abraçada no BGB. Destaca-se a argumentação de A. MANIGK e P. HECK. Em particular, este último distingue, no contexto da ciência, da construção jurídica e da sua exposição, três possibilidades de “arrumação externa”: repetir os pontos comuns em cada um dos domínios – o que facilitaria a aplicação, mas traria consigo uma grande proximidade; inserir tais aspectos num desses domínios especiais e, depois, estendê-los aí aos demais ou incluir nestes uma remissão para aquele – técnica da “interpolação” e da remissão, que teria por si a simplificação do sistema, sendo para o seu autor muito cómoda, mas impedindo uma panorâmica geral e tornando a aplicação difícil e insegura; ou destacar, autonomizar num lugar próprio, numa parte geral, os traços comuns – o que promoveria uma visão global e, por isso, uma rápida e imediata orientação, assumindo pois a parte geral uma função de ordenação, um “propósito de perspectivação”, sendo tanto mais útil quanto maior fosse a sua extensão e o número de partes especiais. Isto tornaria esta última possibilidade, utilizada noutras ciências, preferível às anteriores, sem que os defeitos assacados se

lhes possam dizer inerentes, resultando antes de um conceptualismo que também aqui se poderia manifestar. Idênticos três caminhos ou vias seriam viáveis no âmbito da técnica legislativa, onde à escolha presidem, todavia, sobretudo considerações de praticabilidade. Então, no juízo de P. HECK, avultariam ainda mais as vantagens da parte geral já postas em destaque.

Por fim referir-se-á, entre nós, em polémica com ORLANDO DE CARVALHO, a posição de ANTUNES VARELA. Nomeadamente, evidenciou este autor o préstimo científico e técnico e as virtualidades da figura da relação jurídica, a qual não envolveria, em geral e como esquema didáctico ou legislativo, uma depreciação do valor capital que compete, entre os seus vários elementos, ao(s) sujeito(s), e salientou, por outro lado, o valor pragmático da classificação germânica das relações jurídicas³.

³ Sobre o “sistema” do BGB, e sobretudo acerca da inclusão de uma parte geral e do préstimo de uma tal “técnica legislativa”, cfr., por todos, Alfred Manigk, *Neubau des Privatrechts. Grundlagen und Bausteine*, Leipzig, 1938, págs. 5 e ss. (defendendo a Parte Geral do BGB); Ernst Zitelmann, *Der Wert eines “allgemeinen Teil” des bürgerlichen Rechts*, *GrünhutsZ.*, 33 (1906), págs. 1 e ss. (autor que assenta na distinção entre três funções que uma parte geral pode realizar: a sistematização científica, um papel didáctico e a de instrumento auxiliar na elaboração das leis; o teor da sua crítica à Parte Geral do BGB já ficou registado atrás); Philipp Heck, *Der Allgemeine Teil des Privatrechts. Ein Wort der Verteidigung*, *AcP*, 146 (1941), págs. 1 e ss. (contra o afastamento no ensino da parte geral; e mantendo as virtualidades de semelhante técnica legislativa); Carl Hans Nipperdey, *Das System des Bürgerlichen Rechts, in Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts*, München, 1938, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, 7, págs. 95 e s. (invocando a heterogeneidade do conteúdo da parte geral, e onde se lê, dentro da recusa daquela no projecto de um *Volksgesetzbuch*: “[...] eines allgemeinen Teils bedarf es in der Privatrechtskodifikation nicht”); Justus Wilhelm Hedemann, *Volksgesetzbuch*, 1942, pág. 40 (que, no mesmo contexto, manteve que “[das BGB] ist die Meisterleistung auf dem Gebiet des sogenannten Allgemeinen Teils gewesen. Und nun wird dieser Allgemeine Teil, der berühmt war über die Grenzen Deutschlands hinaus, geopfert. Das Volksgesetzbuch wird keinen solchen Allgemeinen Teil haben. Den Männern, die die ersten Grundlagen für das kommende Gesetzeswerk gelegt haben, ist dieser Verzicht nicht leicht geworden. Aber die Erkenntnis, dass das Leben schwerer wiegt als die Gelehrsamkeit, hat gesiegt”); Karl Larenz, *Neubau des Privatrechts*, *AcP*, 145 (1939), págs. 91 e ss. (defendendo uma parte geral incidindo estritamente sobre a matéria dos contratos obrigacionais); Andreas B. Schwarz, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, *ZRG RA*, 42 (1921), págs. 578 e ss.; Wolfgang Thiele, *Zu einem Allgemeinen Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, *JZ*, 1951, págs. 405 e ss.; Franz Wicacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1996 (2. unveränderter Nachdruck der 2. Neubearb.

Auflage von 1967; existe tradução para português de A. M. Botelho Hespanha sob o título *História do Direito Privado Moderno*, págs. 486 e ss. (compulsando as críticas dirigidas à inclusão de uma parte geral, e com indicação da literatura mais antiga), e Id., *Larenz: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, AcP, 168, págs. 522 e ss.; Folke Schmidt, *The German Abstract Approach to Law. Comments on the System of the Bürgerliches Gesetzbuch*, Scandinavian Studies in Law, 9 (1935), págs. 131 e ss.; J. H. Merryman / R. Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford, 2007, págs. 68 e ss.; Imre Zajtay, *Rechtsvergleichende Bemerkungen über das Code Civil und das Bürgerliches Gesetzbuch*, AcP, 157, especialmente págs. 483 e ss.; Helmut Coing, *Erfahrungen mit einer bürgerlich-rechtlichen Kodifikation in Deutschland*, ZVglRWiss., 81 (1982), págs. 1 e ss.; Franz Bydliński, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien, 1996, págs. 119 e ss. e 135 e ss. (defendendo a parte geral como instrumento de simplificação e clareza legislativas, servindo os valores da justiça, igualdade, segurança e adequação; e indicando que será possível reconduzir as matérias diversas aí tratadas a princípios valorativos centrais); Claus-Wilhelm Canaris, *Funções da Parte Geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade*, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, II, *A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2006, págs. 23 e ss. (advogando a relevância didáctica, científico-sistemática – distinguindo embora a parte geral de um determinado código da parte geral do direito civil –, e legística da parte geral; e apontando, como pilares conceituais da parte geral do direito civil, o sujeito de direito, o direito subjectivo, os objectos de direitos e o negócio jurídico, e, como valores ou princípios fundamentais que lhe estão subjacentes, a liberdade jurídica e a igualdade).

Como se disse, a ordenação sistemática do BGB não se viu secundada imediatamente noutras codificações civis europeias. Não o foi, desde logo, no Código Civil suíço. A este propósito, vale a pena transcrever as palavras do principal artífice da codificação suíça, Eugen Huber (*Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, I, Bern, 1901, págs. 22 e s.): “A segunda questão diz respeito à construção de uma parte geral. Nós recusámo-la. Ao invés, a ciência do direito privado moderno e, na sua sequência, o BGB adoptaram-na. Acreditamos ter decidido correctamente em face das nossas circunstâncias. Primeiro, há que recordar que nenhum dos Códigos em vigor nos Cantões suíços contém uma tal parte geral. Parece, assim, não haver qualquer necessidade prática para a sua criação. Está fora de dúvida que se pode estabelecer uma ordenação ou regulamentação comum para todos os institutos jurídicos. Mas igualmente certo será que, então, para cada um em particular devem ser criadas normas especiais. Descobre-se antes que as disposições gerais assumem grande significado para determinada espécie de situações, e que para outras o seu valor é menor ou em todo o caso diferente. As coisas apresentam-se mais simples quando a regulamentação geral necessária é exposta em ligação com o instituto dominante, ou seja, aonde ela tem a sua sede principal na aplicação prática. Contudo, mesmo assim, algo se perde: As definições ou determinações gerais dos conceitos pressupostos pelo legislador não são expostas nem estabelecidas de um modo geral na lei. É de ver aí uma falha? Supomos

que não, pois tais definições gerais dos conceitos cabem, na maioria dos casos, senão em todos, não ao legislador mas à ciência. Quando dizíamos acima que as disposições legislativas hão-de ter em vista a sua imediata aplicabilidade, então tal consideração de-põe contra a construção de uma parte geral. Indiscutivelmente, é de destacar o esforço para progredir, através das várias disposições, do particular para o mais geral, como é de assinalar a simplificação da legislação susceptível de ser alcançada pela formulação de regras gerais. Mas, para o legislador, apenas na medida em que uma disposição para o caso particular se torne dispensável. Não sendo esse o caso, então a regra geral não representa uma simplificação ou desoneração, mas o contrário. Para a ciência e o ensino a generalização é contudo imprescindível. Diferentemente, o legislador nunca deve perder de vista a conformação das disposições legais para a prática. E isto ainda mais na nossa situação, pois entre nós falta uma aprendizagem correspondente dos funcionários aos quais está confiada a administração do Direito, e assim o risco de uma excessiva generalização das disposições legais não seria atenuado por uma tal formação teórica, como sucede noutras paragens. Os nossos tribunais populares exigem disposições legais imediatamente práticas”.

Mas, mais tarde, a concepção sistemática do BGB teve tradução no *Astikos Kodix*, o Código Civil grego de 1940. Sobre isso, a origem do Código Civil grego e, em especial, a predominante influência que nele teve o BGB, cfr. Penelope Agallopoulou, *Basic Concepts of Greek Civil Law*, Athens, 2005, págs. 31 e ss.; A. F. Schnitzer, *Vergleichen-de Rechtslehre*, I, Basel, 1961, págs. 214 e ss. (com indicação da situação posterior ao fim do domínio turco – através da proclamação da independência em 1822 e reconhecida, finalmente, pelo Tratado de Adrianópolis de 1829 –, e anterior ao Código de 1940: imperaria o direito bizantino-romano, em grande parte os Basílicos ou seu epitome o *Hexabiblos*, e, ao lado, para suprir as muitas deficiências e anacronismos, recorrer-se-ia à pandectística do séc. XIX, especialmente ao *Pandektenlehrbuch* de B. Windscheid que aí gozaria de uma tal fama que era encarado como autoritativo); Demetrius Gogos, *Das griechische Bürgerliche Gesetzbuch vom 15. März 1940*, AcP, 149 (1944), págs. 78 e ss.; Georgiso Mantzoufás, *Das griechische Zivilgesetzbuch und seine theoretische Grundlagen*, Athen, 1954; Apostolos Georgiades, *Der Einfluss des deutschen BGB auf das griechische Zivilrecht*, AcP, 2000, págs. 493 e ss.

No essencial também o Código Civil polaco de 1964 (*Kodeks cywilny*; note-se que no começo dos anos noventa, com a transição para uma economia de mercado, a parte respeitante ao direito das obrigações foi em grande parte substituída, retomando-se muita do conteúdo da lei sobre o direito das obrigações de 1933, e, posteriormente, no ano 2000, o Código polaco conheceu ainda ulteriores profundas modificações) seguiu a sistematização do BGB, embora se tenha adoptado uma ordem diferente na arrumação das matérias, nomeadamente o direito das coisas antecede o direito das obrigações, e não se inclua o direito de família. Cfr. acerca da codificação do direito privado polaco, introdutoriamente, com referências ulteriores, Gábor Hamza, *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlagen, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn*, Budapest, 2002, págs. 151 e ss.

Igualmente o nosso Código Civil de 1966 aderiu à “sistematização germânica”. Quanto à influência do BGB no Código Civil português e, em especial, à adopção neste, por indução daquele, de uma Parte Geral e às vantagens e aos inconvenientes de tal sistema externo, remeter-se-á para os estudos contidos em *Auf dem Wege zu einem gemeineuropäische Privatrecht – 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder* (herausg. Eric Jayme / H.-P. Mansel), Baden-Baden, 1997 (com destaque para o estudo de Jorge Sinde Monteiro aí incluído a págs. 29 e ss., e posteriormente publicado na RLJ, ano 132.º, págs. 34 e ss. e 69 e ss., sob o título *Manuel de Andrade e a Influência do BGB sobre o Código português de 1966*); Orlando de Carvalho, *A Teoria Geral da Relação Jurídica. Seu sentido e limites*, RDES, XVI (1969), págs. 55 e ss., e Id., *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*, I, Coimbra, 1967, pág. 18, nota 10 (indicando remontar o “sistema das *Pandectas*” a A. Heise, ilustrando a sua posterior difusão e tecendo-lhe firmes críticas); João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, I, Coimbra, 1989, págs. 33 e ss.; Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra, 1992, págs. 134 e ss.; António Pinto Monteiro, *A Parte Geral do Código, a Teoria Geral do Direito Civil e o Direito Privado Europeu*, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil...*, cit., II, págs. 57 e ss. (onde se abordam as questões de saber se se justifica uma Parte Geral no Código Civil, em que medida está a disciplina da Teoria geral do Direito Civil dependente dessa Parte Geral e se esta servirá para a construção do direito privado europeu; quanto ao último ponto, o autor conclui: “[...] Comungamos desta preocupação de construir um conjunto de princípios e de regras que dê unidade e coerência a disposições dispersas, soltas, carecendo, muitas vezes, de rigor técnico-jurídico, das inúmeras directivas comunitárias que sufocam o direito dos Estados membros. Cremos ser esse um passo indispensável para se poder falar de um direito privado europeu. Claro que esse passo não tem de passar pela consagração de uma Parte Geral. Mas não deixa de se afigurar metodologicamente correcto e vantajoso seguir uma via próxima, quer procurando eleger os princípios essenciais comuns do direito privado europeu, quer concentrando, numa parte introdutória de um Código europeu dos contratos, os princípios e as regras jurídicas comuns a esse sector objecto de regulamentação. Com este sentido, não será porventura de repudiar uma parte geral do direito dos contratos.”); António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, I, Coimbra, 1999, págs. 59 e ss.

Semelhantemente, encontramos uma Parte Geral (mas esta aparece apenas no terceiro Livro e somente para o direito patrimonial) no *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek* (*Burgerlijk Wetboek* – Código Civil neerlandês; só com a entrada em vigor da parte respeitante ao direito patrimonial – em rigor dos Livros 3, *Vermogensrecht in het algemeen*, 5, *Zakelijke rechten*, 6, *Algemeen gedeelte van het verbintenisrecht*, e, em parte, 7, *Byzondere contracten*, em 1/1/1992 – o Código de 1838 foi revogado). Quanto à nova codificação civil neerlandesa, ao processo da sua elaboração (logo em 1947, E. M. Meijers – que dada a sua ascendência judaica fora banido da Universidade de Leiden e posteriormente havia sido preso num campo de concentração durante a ocupação nazi – foi encarregado de redigir uma nova lei civil, e o seu projecto, dividido já em 9 Livros, servirá de base ao actual Código, cujas várias partes vêm entrando sucessivamente em

II. AS DEFINIÇÕES LEGAIS

1. Afirma-se que “le juriste est un professionnel de la définition”. Por outro lado, prevenia a sabedoria romana, no direito *omnis definitio periculosa est* (IAVOLENIUS). E adverte-se que o legislador não é um lexicógrafo.

2. Notar-se-á preliminarmente que, de uma maneira geral, o recurso a definições, sobretudo de termos ou vocábulos não exclusivamente

vigor, não tendo ainda o Livro 9, referente ao direito da propriedade industrial, entrado em vigor, e prevendo-se um décimo Livro, respeitante ao direito internacional (privado), às tendências que aí se fazem sentir (realização plena do princípio da igualdade entre os sexos, “recepção” dos direitos do homem no direito civil, protecção do consumidor, integração do direito comercial, atenção aos ensinamentos da análise económica do direito, ponderação da regulamentação internacional uniforme da compra e venda, inspiração em vários projectos europeus de harmonização do direito das obrigações) e, em especial, à sua Parte Geral (e à sua propensão mais técnica e abstractizante), ver Ewoud Hondius, *Das neue Niederländische Zivilgesetzbuch. Allgemeiner Teil*, AcP, 191, págs. 378 e ss. (especialmente págs. 386 e ss.); Arthur S. Hartkamp, *Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht*, AcP, 191, págs. 396 e ss. (especialmente págs. 399 e ss.), Id., *Deutsche Einflüsse auf das niederländische Privatrecht*, AcP, 200, págs. 507 e ss., e Id., *Das neue Niederländische Zivilgesetzbuch aus europäischer Sicht*, RabelZ 57 (1993), págs. 664 e ss.; H. Schlosser, *op. cit.*, págs. 220 e ss.; Eltjo J. H. Schrage, *Das System des neuen niederländischen Zivilgesetzbuch*, JBl, 1994, págs. 501 e ss.; Wolfgang Mincke, *Einführung in das niederländische Recht*, München, 2002, págs. 38 e ss.; E. O. H. P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Maastricht, 1995 (com um pequeno resumo em língua inglesa); J. H. M. van Erp, *The use of comparative law in the legislative process*, in <http://www.library.uu.nl/publarchieff/jb/congres/01809180/15/b3.pdf> (com referências aos trabalhos preparatórios do NBW).

Por último, refira-se que o recente Código Civil brasileiro de 2002, seguindo parcialmente o sistema do BGB e do Código português, está dividido numa Parte Geral e numa Parte Especial, compreendendo esta última cinco Livros – o direito das obrigações, o direito de empresa, o direito das coisas, o direito da família e o direito das sucessões. E já o Código de 1916 apresentava uma Parte Geral, a que se seguiam quatro Livros, os mesmos do BGB e do Código português, mas numa ordem diferente: direito de família, direito das coisas, direito das obrigações, direito das coisas e direito das sucessões. Sobre isto, cfr. Francisco Amaral, *A Parte Geral do novo Código Civil brasileiro, Influência do Código Civil português*, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, II, Coimbra, 2006, págs. 43 e ss.; e, em geral sobre o novo Código civil brasileiro, do mesmo autor, *O novo Código Civil Brasileiro*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV, *Novos Estudos de Direito Privado*, Coimbra, 2003, págs. 9 e ss.

técnico-jurídicos, é bem mais frequente nas leis (nos *statutes*) da *common law* do que nas da *civil law*. E aí as definições surgem quase sempre antecipadamente, no início do texto legal, e porventura ordenadas alfabeticamente. Tal técnica, que de algum modo é comparável ao uso de uma parte geral, tem aliás hoje bastante curso nos regulamentos comunitários e conhece crescente sucesso nas legislações nacionais.

Costuma apontar-se que, onde os demais europeus “preferem qualificar”, os ingleses, ciosos da certeza, descrevem e recenseiam, aludindo-se sobretudo à predisposição para a minudência, o casuísmo e a “concretude” dos *statutory instruments* (“labirintos enumerativos” já lhes chamou alguém). Mais em geral, invoca-se que o pensamento anglo-saxónico tende a ser “empírico” (“experimental”), “concreto e vago”, funcionando “por enumeração e inventário”, por contraposição ao francês, “teórico”, “abstracto e preciso” e “fortemente analítico”. A natureza pragmática e o pendor indutivo (“irracional” ou “alógico”, e enraizado no passado), por oposição ao “raciocínio por conceitos” e de cariz abstracto e dedutivo (movido pela “tentação da elegância” e vogando ao sabor das circunstâncias), é quase sempre reconhecido como um traço do “national spirit” britânico, que logo se terá reflectido na *common law* (por muitas reservas que levantem semelhantes explicações “românticas”, a partir da “alma de uma nação”, do “carácter nacional ou do “génio de um povo”, uma entidade tão omnicomprensiva como desprovida de verdadeira força explicativa; haveria aliás que investigar quanto a *common law* não terá influenciado e impregnado o espírito britânico).

Neste contexto, importa ter consciência de que o redactor de textos legais inglês observa de modo estrito certos “princípios semânticos” (e as correspondentes “regras interpretativas”). Um deles é o princípio *ejusdem generis*, segundo o qual os termos genéricos surgidos depois de termos específicos devem interpretar-se como referidos a pessoas, coisas ou objectos da classe ou tipo particular em que aqueles últimos se inserem. Assim, na sequência “house, office, room or other place...”, o último termo, genérico, ter-se-á como respeitante a lugares fechados, pois acompanha outros referidos ao mesmo género. Segundo outro princípio, *expressio unius est exclusio alteris*, ou seja, quando no final de uma enumeração não aparece um termo genérico, aquela há-de entender-se taxativamente, excluindo-se implicitamente outras coisas, pessoas ou actividades. Por exemplo, no direito inglês, a descrição do

objecto social tem de especificar absolutamente tudo o que a sociedade pode fazer. Por fim, de acordo com o princípio *noscitur sociis*, as palavras ou expressões (de sentido duvidoso ou contestado) devem entender-se de forma intimamente dependente do contexto, associados portanto aos demais termos contíguos. Desse modo, se um *statute* prescreve que os explosivos sejam levados para uma mina num “case or canister”, um saco de pano não se inclui aí, pois o *case* ou *container* deverá ter a mesma resistência que uma “lata” – *canister* (*Foster v. Diphwys Casson Slate Co.*, [1887], 18 QBD 428).

3. Seja como for, já o Digesto recorria amiúde à técnica das definições: o Título 16 do Livro 50 intitula-se justamente *De verborum significatione*. E, desde há muito, elas surgem amplamente nos instrumentos normativos internacionais (em parte para evitar problemas de traduções díspares) e, nos nossos dias, nos regulamentos comunitários (por influência do direito inglês? por necessidade de homogeneizar as terminologias nacionais?).

4. A nós interessam as definições legais. A estas podem contrapor-se as definições doutrinárias, apontando, com N. IRTI, que as últimas possuem não carácter estipulativo ou sintético, mas indutivo ou analítico.

Eventualmente, o legislador, arrogando-se competência científica (ou didáctica), reservada em princípio à doutrina, não resiste a uma incursão nos terrenos da “construção dogmática”, fornecendo definições sem verdadeira eficácia normativa (algo diferentes são os casos em que a lei se pretende servir do resultado de uma construção teórica a que desse modo adere). Assim ocorria, a par e passo, nas codificações do séc. XVIII, por vezes apelidadas de “Lehrbücher mit Gesetzkraft”, onde, em geral, o legislador se sentia imbuído de um “fio persuasivo e pedagógico” (a que estava, frequentemente, associada uma intenção demagógica).

5. Não raro, a lei prefere falar de “noção” ou “noções”, usando muito diferentes operadores linguísticos para as introduzir (dependendo aliás do tipo de definição em causa, como se compreende), nomeadamente “(não) é ...”, “considera-se ...”, “entende-se por...”, “*x* (não) é constituído por ...”, “*x* deve ter ou conter ...”; e por vezes a “noção” – melhor se falaria então em técnica da denominação – consiste apenas na atribuição de um nome ao fenómeno disciplinado, cabendo ao intérprete a correspondente desenvolvimento numa definição.

Como sempre se indica, as definições constituem normas jurídi-

cas incompletas, destinadas a integrarem outras. A sua não desprezível utilidade reside em clarificar, precisar ou delimitar o objecto da regulamentação (demais, poderá uma definição concorrer para a concisão – falando-se de uma “Abkürzungsfunktion” – quando comparado o seu uso com o de uma regulamentação casuística) e em tornar unívocos (ou pelo menos circunscrever os sentidos admissíveis) certos termos (expressões) ou conceitos, estabelecendo a necessária “unidade” de interpretação, ou seja, precavendo a atribuição de sentidos diversos ou díspares. Destarte, de um modo bastante geral, as definições limitam a “liberdade de interpretação”. E, por vezes, obrigam o próprio legislador a uma operação ou função de autocontrole e reflexão.

Assim será quando menos num determinado domínio⁴. Com efeito, muitas definições estão delimitadas a um instituto ou norma: “para efeito deste artigo ...”, “para efeito deste capítulo ...”. Tão-pouco é inusual que o legislador salogue ou introduza a reserva de um sentido distinto ou divergente decorrente das necessidades do eventual específico contexto, forneça portanto apenas uma “Normaldefinition”.

6. Pode estabelecer-se, como máxima, que as definições se mostram necessárias quando, do ponto de vista do destinatário ou do aplicador (da lei), o termo em causa não seja usual, se possa contar com que lhe venha a ser atribuído um sentido diferente do intencionado ou com que vários “receptores” o entendam de modos distintos⁵.

⁴ Sobre a questão aqui subjacente da “relatividade dos conceitos jurídicos”, ver adiante.

⁵ Não será inútil notar que o léxico jurídico mostra uma pronunciada tendência para se subtrair a uma classificação ou nomenclatura. Salientes são, em especial, as suas articulações horizontais (quanto às várias áreas do direito), verticais (do léxico técnico ao comum) e diacrónicas. Vale todavia a pena percorrer alguns dos seus “estratos” (tomando sobretudo o âmago constituído pela linguagem legal; mas note-se, por um lado, que as linguagens jurídicas concebidas como metalinguagens sobre a linguagem-objecto da lei, sobretudo a linguagem da ciência jurídica e jurisprudencial, têm uma estrutura mais complexa do que a da linguagem legal, e, por outro, que amplos fenómenos de interpenetração ocorrem entre essas várias linguagens).

Constantemente, o direito usa os termos (por “termo” entende-se – seguindo SAUSSURE e de acordo com importância por ele atribuída ao signo linguístico – o conceito e a sua expressão linguística, e não apenas termos singulares mas também sintagmas) da linguagem natural, vocábulos de uso corrente, na acepção que estes aí revestem (pelo menos ao nível denotativo; é porém frequente persistir o direito em utilizar palavras que na linguagem vulgar caíram em desuso). Assim acontece, desde logo, como é óbvio, para a generalidade dos “*items* funcionais” dentro de uma frase, mas agora temos sobretudo em vista os “*items* simbólicos ou representacionais” partilhados com a lin-

guagem geral, ditos também “unmarked vocabulary”. Fala-se, neste quadro, de *adjuncts* (co-ocorrentes) e de *subjuncts* (vocabulário de apoio). Embora o fenómeno valha para quase todas as linguagens técnicas, a “recepção” de lexemas da linguagem corrente no direito é (e nem de outro modo poderia ser, dada a sua função) muito mais amplo do que noutros âmbitos.

Vai, igualmente, o direito buscar os seus termos a determinadas linguagens técnicas ou científicas: à medicina (pense-se no conceito de morte e de perturbação mental), à economia (haja só em vista a noção de concorrência), à informática, etc. O que acontece cada vez com mais frequência e intensidade. Por essa via, entram no direito, na sua linguagem, diversos vocabulários técnicos. Eventualmente – quando a autonomia da valoração jurídica se esbate na “dependência linguística”, na incapacidade de acesso do jurista à linguagem doutros domínios – isso implicará a sua “sujeição a um discurso externo”. Seja como for, no caso de contacto entre outras linguagens sectoriais e a do direito, o terreno comum de entendimento não pode deixar de ser a linguagem geral (base, aliás, também de todas as disciplinas específicas, desde logo para ser exercitável um controle epistémico).

Outras vezes, toma o direito emprestados termos ou expressões da linguagem corrente e “modifica-os”, dando-lhes uma nova e peculiar acepção (parcialmente distinta, discrepante, ou mesmo contraditório, da originária), ou fixa-se (“coagulando-o”) num dos vários sentidos possíveis. Adquirindo (acaso apenas gradualmente e de modo implícito através de um “uso estável” sobretudo por parte da doutrina – “*multa renascuntur quae iam cecidere cadentque quae nunc sunt in honore vocabula, si volet usus quem penes in arbitrium est et ius et norma loquendi*”, como já o exprimiu HORÁCIO) a palavra ou palavras um significado adicional ou mais preciso (fenómeno da especialização), e doravante assente entre os juristas. Como hipóteses de “terminologização”, de mutação semântica (a “ressemantização” é até encarada por alguns como uma dos traços mais marcantes do discurso jurídico), por aquisição de um sentido técnico parcialmente distinto, mais extenso ou restrito, operada através de uma “redefinição” (incorporada quiçá numa definição legal), pense-se nas palavras *lei*, *documento*, *instrução* (como fase do processo), *excepção*, *coisa*, *fruto*, *ausência*, *acção*, *acto*, *obrigação*, *negócio*, *culpa*, *violência*, *repetição* (na significação correspondente ao étimo latino – pedir de volta, recuperar – o qual de resto é quase totalmente estranho à linguagem comum). A acepção técnica é não raro denunciada pela qualificação ulterior do termo (habitualmente por um adjectivo; demais, a posição do adjectivo pode exprimir realidades diferentes, sendo tais diferenciações relativamente frequentes no direito), v.g., *lei em sentido formal*, *acto ilícito*, *culpa grave*, interesse *legítimo* (*processual*; *difuso*). Repare-se também que a “fixação” ou “transmutação” do sentido não vale apenas para palavras ou termos singulares, mas igualmente para sintagmas, como “boa fé”, “bom pai de família”, etc. E, em termos bem mais gerais, muitas outras palavras e expressões, mesmo proposições e verbos auxiliares, podem adquirir um significado “especializado”. De resto, em grande parte, a linguagem jurídica tenta assinalar fronteiras precisas (por exigências de mono-referencialidade) ao significado corrente das palavras, como adverte P. FEWMARK. Aqui cabe ainda a distinção entre sentidos e palavras que na linguagem quotidiana são usadas “promiscuamente” –

pense-se em *propriedade e posse* ou em *taxa e imposto*.

Costuma falar-se neste âmbito – embora as expressões não se possam considerar inteiramente felizes – de conceitos, ou de um vocabulário, semi-técnicos, sub-técnicos ou mistos. Os quais levantam especiais escolhos ao intérprete. Sobretudo a um não-jurista (para um técnico do direito, assente o contexto, a “colisão homonómica” será improvável), cuja familiaridade com o termo na linguagem corrente é capaz de causar dificuldades e induzir em erro (conforme se usa na tradutologia, identificar-se-á aqui um “falso amigo”). Dificuldades, seja no seu *reconhecimento*, seja na sua *assimilação* (e, pela sua complexidade semântica e polissemia agravada, na *escolha do respectivo equivalente*). Vejam-se os seguintes casos, em inglês, quanto às diversas acepções, em função do contexto, da palavra *issue* (exemplo colhido de E. ALCARAZ VARÓ / BRIAN HUGHES): “The testator died without *issue*”, i.e. “offspring, children” (descendência em linha directa); “The parties could not agree on the *issue*”, i.e. “disputed point” (questão); “The passport was *issued* by the Liverpool office, i.e. “give out” (emitido); “Parties must wait for process to *issue* from the court, i.e. “be served” (informar-se, ser notificado). Ou haja em vista os vários significados da palavra *dispor*: *organizar, determinar, estabelecer, estipular, fazer uso de, alienar*; ou da palavra *prescrição*: *norma, ordem, excepção peremptória ao exercício de um direito* (“prescrição extintiva”), *usucapião* (prescrição aquisitiva); ou da própria designação *direito*; ou de *processo* e de *obrigação*.

Claro que não é exigível ao legislador que renuncie ao uso de termos correntes atribuindo-lhes embora um sentido em parte diferente; mas, na medida do possível, pedir-se-á que aclare o significado próprio que aqueles assumem no contexto jurídico (porventura mediante uma definição).

Simultaneamente, o direito e a ciência jurídica (como sucede com qualquer disciplina científica; e as dificuldades de compreensão para um “leigo” não se mostram nos vários domínios, no essencial, diferentes) forjam palavras (ou pedem-nas emprestadas, mas desprendendo-as totalmente do seu sentido comum), criam conceitos próprios (desde logo os “conceitos-base” da dogmática), vocábulos ou expressões “puramente técnicos” (*termini tecnici, terms of art*), sem correspondência na linguagem corrente e tendencialmente monossémicos (tendo, portanto, como função eliminar a ambiguidade e facilitar a comunicação). Pense-se apenas em termos (quer unidades simples, quer unidades compostas) quase totalmente estranhos ao uso diário, como *usucapião, enfiteuse, anticrese, anatocismo, quirográfico, “culpa in contrahendo”, “actio libera in causa”, “violação contratual positiva”, sinalagma, lucro cessante e danos emergentes, comodato, modo* (no sentido de encargo ou ónus).

Há quem (só) para o vocabulário puramente técnico, para os tecnicismos específicos, utilize a expressão *terminologia* (de resto, toda a linguagem especial cria uma terminologia; sendo o exacto conteúdo de tais termos estranho a um leigo a possibilidade de serem integralmente compreendidos por este é reduzida – porventura a sua definição ou explicação no texto da lei será uma ajuda bem vinda). Nesta e na anterior hipótese (vocabulário semi-técnico), pode falar-se, com N. IRTI, de um “autónomo código e sistema linguístico” (uma distinção similar à precedente, e que aliás apresenta carácter relativo, entre *conceito técnicos, semi-técnicos* e *conceitos da linguagem corrente*, é possível

estabelecer-se entre *conceitos jurídicos primários e secundários* ou “verdadeiros”, “*autênticos*” *conceitos jurídicos e conceitos relevantes juridicamente*).

Em todo o caso, a especificidade da linguagem do direito (ou dos vários direitos) não repousa apenas ou sobretudo no aspecto lexical (e destacar-se-á em moldes mais gerais a “relação dinâmica” entre termos jurídicos técnicos e não-técnicos), mas também na sua (morfo-)sintaxe (não propriamente caracterizada por fenómenos peculiares mas antes pela frequência de alguns fenómenos não ausentes da linguagem comum), na sua semântica, e, se se quiser, na sua pragmática (nas “implicações do uso sobre o significado”). Mais: o *corpus* de termos “especificamente jurídicos” revela-se algo diminuto, embora o seu conhecimento seja condição para a compreensão da “matéria do direito” (assumindo aqueles, pois, “carácter medular”). E tão-pouco se deve esquecer que inclusive várias “palavras-base” não estão, no discurso jurídico, definidas em termos perfeitamente inequívocos e “normativos” (sendo, aliás, vários deles uma herança antiga e cultural e comunitariamente partilhada).

No fim de contas, os termos jurídicos fazem parte da língua ou linguagem geral. E muitas vezes são rápida e extensamente apropriados por esta (pense-se apenas nos termos *arguido, alibi, peculato, segredo de justiça, amnistia, acção, adopção*), para o que contribui quer o facto de o direito “penetrar” a vida quotidiana (e pensar-se-á também na participação de todos os cidadãos na “actividade do direito”), quer o relativo prestígio da esfera ou área do jurídico e dos seus operadores. Ocasionalmente, o direito funciona até como *interface* pelo qual termos próprios doutros domínios especiais transitam para a linguagem comum (*a latere*, assinala-se que a influência das linguagens especiais na linguagem comum tem hoje, em grande parte por obra dos *media*, e constituindo até uma fonte de preocupação segundo alguns, uma amplitude sem precedentes, seja no aspecto lexical, por exemplo na utilização generalizada de conceitos abstractos, seja quanto à sintaxe, por exemplo na tendência geral para a nominalização, seja no que respeita a certas formas de pensar e discorrer – falando-se de um “intelectualização” e “cientificização” da linguagem de todos os dias). Por outro lado, mesmo termos “exclusivamente jurídicos” são usados por todos analogicamente, porventura com perda de complexidade ou mesmo com alguma desvirtuação do sentido – haja somente em vista as expressões “em última instância” e “trazer à colação”. Demais, é negável que algumas línguas nacionais, nos seus primórdios, devem muito à linguagem jurídica. E poderá partilhar-se a convicção de DE MAURO: [...] di solito si crede che siano [poeti e letterati] a fare lingua, invece io credo che una riflessione più attenta su come vanno le cose dica che il legislatore di sicuri (ovviamente), il giudice, l'amministratore, fanno più lingua di un professor di filosofia del linguaggio”.

Realcem-se, assim, a necessária comunicação, a mútua referência e interessão, a inextrável “permeabilidade” através de frequentes transvases e “contaminações”, entre as duas linguagens (aqui haverá apenas uma especificidade quantitativa quanto ao nexo sempre existente entre uma qualquer linguagem técnica e a linguagem corrente). Alguns termos têm aliás uma especial função de charneira entre a linguagem jurídica e a linguagem corrente (com M. VILLEY, pode, como exemplo bem ilustrativo, voltar-se aqui à palavra *direito*; e com o mesmo autor indicar-se-á que ||]à se manifeste la dépen-

dance de toute science du droit par rapport aux divers visions du monde que structure le langage commun”).

Especificamente, e da perspectiva do intérprete ou aplicador da lei, quanto à relação entre a linguagem jurídica e a linguagem corrente, colocar-se-ão as seguintes mais frequentes questões (como G. TARELLO as enumera; e a elas teremos oportunidade de voltar): Quando um vocábulo da lei, de uso comum ao tempo em que a lei foi formulada, assumiu supervenientemente um significado técnico, qual dos sentidos prevalecerá? E na hipótese inversa de difusão sucessiva do vocábulo no uso ordinário? É sempre de aceitar que um vocábulo técnico, num texto normativo, deva ser entendido na acepção técnica em vez de na acepção corrente? Se os processos de “tecnização” não são unívocos, seja na dimensão sincrónica (dentro de vários domínios ou institutos), seja na dimensão diacrónica, qual das concorrentes acepções se deve privilegiar?

Por fim, dentro do discurso jurídico, existem certos termos ou locuções específicas que constituem “marcas de pertença”, “sinais de reconhecimento”, com imediata conotação técnica (mas não imprescindíveis no que respeita à denotatividade científica), “uma espécie de patine estilística” (M. GARAVELLI), cuja forte presença (nem tanto porventura na lei) ou particular incidência é peculiar à língua jurídica. São os chamados *tecnicismos colaterais* (ou, mas tal expressão será menos feliz, estereótipos). Constituídos amiúde por verbos usados conjuntamente com termos técnicos – por exemplo, *impugnar uma sentença, indeferir o recurso*. E por certos fenómenos de lexicalização, também muito usuais. Recorrente é ainda o uso de determinadas “expressões *figées*”, como *em sede de, a título de, sem prejuízo de, in casu*. Na classificação proposta por M. GARAVELLI poderiam nomear-se neste contexto os nomes gerais – por exemplo, *coisa, facto, sujeito* – necessários para garantir uma validade a mais ampla e geral possível à lei (e não se vê como tais termos haveriam de ser substituídos), tecnicismos colaterais de uso estável e praticamente insubstituíveis, escolhas sinonímicas destinadas a realçar o registo do discurso, tecnicismos micro-sintácticos (locucionais, proposicionais). Diferentes serão aliás as razões da sua adopção: desde logo, a escolha de um certo registo (não sendo indispensáveis para obter a precisão semântica desejada); mas também a necessidade de uma certa “fixação formulária”, penhor de correcção formal, atemporalidade e objectividade – institucionalização se se quiser – inerentes ao discurso jurídico (também traduzindo uma mera habituação linguística, por vezes). Mas alguns dos tecnicismos colaterais poderiam ser substituídos sem perda de rigor ou exactidão. E, desse modo, contribuir-se-ia para a inteligibilidade do direito pela generalidade dos cidadãos, sobretudo quando se tratasse de suprimir palavras, expressões ou fórmulas arcaicas, especiosas ou de um modo geral estranhas ao uso comum. Em todo o caso, a manutenção de algumas desses termos, para além de propiciar uma imediata identificação da pertinência do domínio jurídico, pode até, por outra banda, facilitar a compreensão pela maioria dos destinatários já familiarizados com tal uso. E, como é notado, a repetição e redundância formal ou ritualista traduzem, nalgumas hipóteses, a procura de um maior efeito perlocutório (é irrecusável o carácter simbólico e até “mágico” – reminiscência de outros tempos – da palavra ou de algumas palavras do direito e do processo judiciário).

Sobre tudo isto, aqui apenas afluído, consultar ainda o nosso *A Língua, o Direito..., cit.*

Mas o recurso a definições conhece limites (conforme já se insinuou; assinala-se *a latere* que em muitas codificações mais antigas as definições eram vistas como um precioso instrumento de circunscrição da liberdade ou discricionariedade do juiz). Desde logo, de *ordem lógica*, pois não se podem definir sem “circularidade” todos os termos dum determinado conjunto ou universo. Em segundo lugar, de *ordem semântica*, pois a própria definição carece de interpretação (poderá todavia questionar-se se esta decorre exactamente nos moldes que valem para as demais normas), embora geralmente os termos utilizados no *definiens* comportem menor discricionariedade interpretativa (por conterem mais abundante ou precisa “informação”). Em terceiro lugar, de “*ordem estrutural*”, havendo que saber em que medida são vinculativas para o aplicador, *rectius*, se têm todas carácter prescritivo (ou pertencem àquele “*unverbindlicher Gesetzesinhalt*” de que falava FR. EISELE); se representam apenas um “juízo assertivo” ou antes um comando; se constituem verdadeiras normas ou, talvez mais correctamente, qual a sua verdadeira força, sobretudo em relação a outras normas. Entronca ainda aqui a questão da eventual “impotência” da lei para impor “definições não verdadeiras”. Por último, limites da *ordem da oportunidade e do mérito*, inquirindo-se se convém ou não definir (ou, para o legislador, se não se mostra mais útil ou oportuno lançar mão de outra técnica legislativa). De facto, o uso de definições, permitindo fugir a repetições (e hoje o legislador, mais do que por exemplo no período do Iluminismo, é avesso a repetir-se), evidenciando (sobretudo tratando-se de definições pela indicação de género e espécie) os nexos de construção e o “reticulado sistemático” da lei, evitando controvérsias, reduzindo a discricionariedade do intérprete, promovendo em termos gerais a certeza, impõe ao mesmo tempo certas cautelas, pois tem a não despendida desvantagem de “petrificar” o sentido da lei, não permitindo a sua necessária flexibilidade e adaptação à mudança. Assistir-se-á eventualmente a uma progressiva “*décalage*” em relação à acepção corrente e evolutiva do termo definido. Além disso, a dificuldade em dar uma definição “completa” (uma perfeita equivalência ente o *definiens* e o *difiniendum*) é mais do que evidente. E uma definição “incorrecta” pode ser bem danosa. Demais, as definições lexicais não eliminam a vaguidade (vagueza) e a ambiguidade. Por fim, na falta de indicação expressa, surgirão dúvidas sobre o exacto âmbito em que se deve operar com a definição. Aliás, em geral, as chamadas definições condicionais (em

que o *definiendum* não é aclarado em termos gerais, mas apenas sob certos pressupostos, pelo *definiens*), a que a lei frequentemente recorre, levantam embaraços ao intérprete (no caso de não verificação de tais pressupostos, o *definiendum* fica “indefinido”). Por seu lado, as “definições contextuais” ou “implícitas” requerem explicações suplementares (porventura omitidas pela lei e decorrendo por vezes do enquadramento numa determinada teoria).

7. Vale a pena dar notícia (alterada a numeração; e embora se trate de um passo relativamente longo) de algumas regras que J. RÖDIG enuncia quanto ao uso correcto de definições legais. Começando pelas regras com “motivação lógica”:

“1. As *categorias sintácticas* [...] empregues para a formulação do *definiens* devem ser compatíveis com as categorias sintácticas empregues para a formulação do *definiendum*. [...] 2. Há-de ser possível transformar a definição legal de um conceito jurídico num enunciado material com um conteúdo tal que o conceito corresponda a um certo objecto (ou complexo de objectos) exactamente quando as características ou elementos nomeados no âmbito do *definiens*, e na relação lógica aí indicada, estão presentes nesse objecto (ou complexo de objectos). [...] 3. Definições múltiplas devem ser susceptíveis de ordenação entre si de modo a que as partes componentes de um *definiens*, que surja numa definição posterior (no sentido de tal série), sejam compostas ou de conceitos básicos que permanecem por definir ou de *definienda* de definições anteriores. *Nota:* A possibilidade de uma tal série ou ordem pode existir também quando as definições legais são *de facto* ordenadas de outro modo. Uma ordenação diferente é, por exemplo, aconselhável se se trata de colocar no início o conceito dominante num ‘sistema’ [Kodifikat], ou quando algumas partes componentes do *definiens* ainda carecem por seu lado de ser precisadas (através de ulteriores definições legais). 4. *Definições condicionadas* são na medida do possível de evitar [...] 5. ‘*Definições contextuais*’. Definições com contexto-*definiendum* devem, quando possível, ser evitadas. Há que abster-se de definições com contexto-*definiens* (em sentido amplo). [...] 6. *Definições implícitas* são de recusar”.

Passando agora às regras de ordem pragmática, “amigas do leitor”:

“1. *Definições cindidas ou divididas*. *Nota:* As definições divididas são compostas de várias proposições ou frases – geralmente separadas por um ponto ou um ponto e vírgula. Fala-se em ‘definições cindidas

agrupadas' quando o carácter conjunto das várias partes componentes da definição está expresso através de remissão ou de normas iniciais que delimitam a extensão da definição. [...] Definições divididas não agrupadas devem ser evitadas. *Explicação*: a substituibilidade do *definiens* pelo *definiendum* e, portanto, a função da definição perdem-se se não é claro quais as partes que pertencem e quais as que não pertencem ao *definiens*. 'Definições cindidas agrupadas' podem revelar-se adequadas. Na medida em que desemboquem em cadeias de definições correctamente construídas, não suscitam problemas. [...] 2. Dentro de um 'sistema' [Kodificat], os conceitos indefinidos devem constituir, na medida do possível, o conteúdo de palavras referentes a fenómenos empíricos directamente observáveis ['beobachtungssprachliche Wörter'] ou poderem ser definidos com auxílio de outros 'sistemas' [Kodificate] disponíveis. [...] 3. Como *definienda* são de escolher expressões "menotecnicamente" adequadas. *Definienda* hão-de ser, por um lado, as mais marcantes e expressivas que for possível; mas, por outro lado, a notoriedade e a força expressiva não devem ser obtidas à custa de uma 'excessiva oneração' resultante de um uso linguístico corrente. *Explicação*: Diz-se 'inadequadamente onerado' um *definiendum* legalmente definido quando exista na linguagem corrente pelo menos uma acepção divergente da da definição legal. Especialmente perigosa mostra-se uma inadequada oneração quando o significado da linguagem vulgar se encontra tão próximo do significado legal que o destinatário ao ler a lei não se dá imediatamente conta que a expressão em causa, a fim de contribuir para uma proposição ou norma jurídica com nexo, tem de ser definida num sentido diferente do que lhe atribui a linguagem corrente. [...] 4. As definições serão enunciadas como tais. Regras ou normas linguísticas não devem criar a impressão de serem regras ou normas materiais (referentes ao conteúdo). *Explicação*: Já se advertiu para os perigos resultantes da confusão entre regras ou regulações linguísticas e regras ou regulações materiais [...]. Para a explicação do carácter definitório de uma proposição jurídica são pensáveis vários procedimentos. A técnica clássica da inclusão entre parêntesis do *definiendum* conduz a desnecessárias definições contextuais. Já não levanta problemas a utilização de aspas; a dignidade do legislador não sai prejudicada se na lei se declara *ipsis verbis* que, sob a expressão 'proibição do recurso à força própria', queria designar aquele comportamento, que... . Uma norma ou proposição jurídica ou uma secção ou divisão

de normas pode, além disso, ser epigrafada ou intitulada, pelo próprio legislador, ‘definição ou determinação do conceito’ ou ‘definições ou determinações de conceitos’. Finalmente, é possível salientar o desvio do significado da expressão legalmente definida daquele que assume na linguagem corrente por intermédio de uma formulação ‘quase-fictiva’: ‘... como [*definendum*] vale’ ou ‘... por [*definendum*] entende-se ...’.

5. *Definienda* devem ser enunciadas como tais. O destinatário da lei tem de ser suficientemente advertido de que, ao topar com uma expressão definida legalmente, deve consultar (ou ter lido) a definição legal no local designado. *Explicação*: No caso de utilização disseminada de expressões definidas é recomendável a indicação entre parêntesis da norma que contêm a definição legal. 6. A definição estará o menos possível afastada do complexo normativo em cuja formulação o legislador se serve da expressão legalmente definida. *Nota*: A favor de uma secção ou divisão prévia contendo as várias definições podem todavia depor as circunstâncias de que aquelas estejam estreitamente relacionadas entre si (especialmente se constituem cadeias de definições [...]) e de que só uma leitura conjunta assegure a reconstrução e entendimento linguístico da lei”.

8. Em geral, as definições podem ser de vários tipos e preencher uma variedade de funções. Correntemente, como *summa divisio* “quanto ao objecto”, separam-se as *definições nominais* das *definições reais*. Apenas as últimas, (também ditas “definições objecto-objecto”) que de um modo genérico ilustram a “natureza” de um ente indicando as suas propriedades necessárias e suficientes, se revelariam imediatamente passíveis de um juízo de verdade ou falsidade, de serem infirmadas, supondo todavia uma prévia informação (ou investigação) que permita identificar o seu objecto (as coisas denotadas pelo termo). E dividem-se, por sua vez, em “*próprias ou exactas*”, isto é, por *genus* e *differentia specifica*, referindo-se à “essência” (por vezes, classificar-se-á certo fenómeno como espécie de um género previamente ou noutra local definido, havendo quem fale então em *definições compostas*, outras vezes, a definição poderá estabelecer-se excluindo do género certas espécies, as *definições negativas*; advirta-se que este tipo de definições, aqui ou acolá, encerrará o perigo de um juízo erróneo do legislador, ao colocar o fenómeno no âmbito de uma categoria mais ampla, classificação contraditada pela concreta disciplina para ele prevista), ou *por descrição*, seja de acidentes (forma, cor, grandeza, etc.), seja da sua causa (causa material, formal ou final).

Enquanto as primeiras (que têm por “objecto” uma palavra ou termo e não propriamente a “coisa” ou o “ente” - ditas também “definições palavra-palavra” e “palavra-coisa”; as quais todavia, como é claro, não estão isentas de “efeitos cognitivos” e “eficácia ideológica” análogos às definições reais, e sempre exaltam a importância do *definiendum*, em particular, a decisão legislativa de definir novos termos ou de redefinir palavras da linguagem ordinária ou corrente ou de não precisar o sentido comum inculca uma “visão do mundo” reflectida na norma), ditas definições nominais, podem ser *sintácticas*, tratando-se de estabelecer uma mera regra que autoriza num determinado contexto a substituição ou “transformação” de um símbolo por outro, abstraindo dos respectivos significados, e *semânticas*, as quais aderevem um determinado significado, subdividindo-se em *analíticas* (ou descritivas ou “reais”, conquanto haja quem reserve esta última denominação, neste contexto, para indicar as definições que dão conta das características mais relevantes do objecto), se pretendem indicar a intensão assumida por determinada palavra ou termo para certo grupo de pessoas ou utilizadores, apurada aquela portanto por análise (em si, a definição analítica não será falsa ou verdadeira, mas tal juízo recairá sobre a afirmação a ela subjacente de que reproduz correcta ou adequadamente um uso linguístico existente) e *sintéticas* (às quais se dá também o nome de prescritivas ou arbitrarias), quando esteja em causa a atribuição de um significado sem conexão com um preexistente uso linguístico (nesse sentido, elas são artificiais e, portanto, sintéticas).

Num plano algo diverso (atendendo mais à “função”, se se quiser), coloca-se a distinção (trata-se em certa parte de gradações dentro de um *continuum*) entre *definições lexicais* (estabelecimento da “regra de uso” preexistente), *definições descritivas* (indicação das diversas famílias de sinónimos), *redefinições* (definições explicativas, consistindo na assunção, isolamento, de um sentido mais preciso, nomeadamente para uso técnico, entre os eventualmente vagas e diversas acepções de um termo) e *definições estipulativas* (atribuição prescritiva de um significado, seja mediante a introdução de um termo novo, seja definindo em moldes próprios, por exemplo no âmbito da linguagem científica, um vocábulo já existente); haverá ainda que juntar as *definições ostensivas* ou por “mostração”.

9. Indiquem-se agora as regras da teoria clássica da definição⁶ (obra de ARISTÓTELES, nomeadamente), que mantinham dever aquela ser constituída por um *definiendum* e por um *definiens* que se mostrariam equivalentes, ser constituída pela indicação do *genus proximus* e da *differentia specifica*, e fornecer a essência da coisa definida (mas, como se previne, “a essência da essência é uma inessência”; epistemicamente, as definições reais estão condenadas ao fracasso). Além disso, a definição teria de evitar a *circularidade* – uma tautologia é, claro, inútil (mas em rigor a circularidade deve ser referida à totalidade das proposições nas quais a fórmula da definição se integra; e as definições indutivas ou recursivas – como a seguinte definição: “*x* é parente em linha recta de *y* se descende deste ou se descende de um parente em linha recta dele” –, ditas também não explícitas por não respeitarem o princípio da eliminabilidade, não incorrem em circularidade) – e não seria formulada nega-

⁶ E recordem-se, usando a terminologia da lógica clássica, as possíveis relações entre conceitos, do ponto de vista da sua extensão (isto é, o conjunto de elementos ou indivíduos – entidades e objectos – a que o conceito se refere; tradicionalmente designam-se por *conceitos singulares* aqueles que se referem apenas a um indivíduo, por *conceitos particulares* aqueles que se referem a parte de uma classe, e por *conceitos universais* aqueles que se referem a todos os membros de uma classe). Assim, teremos um *conceito subordinado* quando todos os elementos da sua extensão pertencem à extensão do *conceito subordinante*, mas não se verifica o inverso. E o conceito subordinado será dito *espécie* (ou conceito-espécie) e o conceito subordinante *género* (ou conceito-género), se, no mínimo, duas espécies esgotam a extensão do género e entre si não apresentam nenhum elemento comum. Os conceitos-espécie (subordinados a um género comum) dizem-se na sua relação mútua *coordenados*. Como *contrários* (a designação pertence à terminologia usada no contexto das relações entre proposições estabelecidas segundo o conhecido quadrado lógico ou das oposições) nomeiam-se dois conceitos-espécie que não esgotam o género, por a este ainda pertencerem outros conceitos subordinados. Com a designação de *contraditórios* quer referir-se dois conceitos-espécie que esgotam a extensão do género. Dois conceitos serão *idênticos* se a sua extensão coincidir, se todos os elementos da extensão de um entram na extensão do outro (e inversamente). Não apresentando nenhum elemento comum, que pertença simultaneamente à extensão de ambos, estaremos perante conceitos *disjuntivos*.

A comparação entre dois conceitos pode ainda tomar em conta a sua *intensão ou compreensão* (ou conteúdo, ou seja, o conjunto de características dos objectos por ele denotados, as quais nele estão representadas). Daí resultam as seguintes concebíveis combinações: dois conceitos extensionalmente e intensionalmente idênticos, ou seja, sinónimos; extensionalmente idênticos e intensionalmente distintos; extensionalmente distintos mas intensionalmente idênticos – possibilidade que não se pode, claro, verificar; extensionalmente e intensionalmente distintos.

tivamente (tal proibição de definições negativas revela-se no entanto ou supérflua ou injustificada). E haveria ainda de mostrar-se *clara e precisa* (conquanto geralmente não se indique como alcançar tal desiderato; em termos mais actuais, dir-se-á que na sua aplicação não devem surgir “candidatos neutrais ou neutros”, ou, como usam expressar-se os juristas, não existir um “halo conceptual”).

Já a moderna teoria da definição, para além de não atribuir relevo à distinção entre género próximo e diferença específica, pois sempre se trata de dois conceitos supra-ordenados ao *definiendum*, destaca o *princípio da “eliminabilidade”* ou *“substituabilidade”* e o *princípio da “não-criatividade”* (com este último, quer tornar-se viável a identificação de uma classe de proposições, definições nominais, que é lícito introduzir sem qualquer fundamentação adicional num dado sistema). Princípios susceptíveis de serem desdobrados numa série de regras destinadas a garanti-los e a evitar, por conseguinte, contradições: quanto à estrutura da fórmula da definição, esta deve *ser construída de uma maneira explícita estando precedida de um quantificador universal* – para todo e qualquer *x*; quanto aos caracteres do *definiendum*, este *não deve conter conectores lógicos* (exige-se, portanto, um *definiendum* atómico, não molecular); *as variáveis aí presentes devem ser todas distintas*; as variáveis compreendidas no *definiens* e no *definiendum* *hão-de ser as mesmas*; não se permitiria juntar a um conjunto de proposições definições que contivessem conceitos que ocorressem já no *definiens* dessas proposições.

10. Para os nossos limitados propósitos, e quanto às definições legais (seguindo a instrutiva exposição de G. TARELLO) interessa sobretudo discriminar (sem que se excluam parciais sobreposições) os tipos que a seguir se indicam.

As definições baseadas em classificações. E, dentro destas, as *definições por género (próximo) e diferença específica* – pense-se, a título exemplificativo, na noção do contrato de compra e venda do art. 874.º do Código Civil (doravante CC), onde o género é o contrato e a diferença específica do *definiendum* o particular “objecto” do contrato descrito (esse tipo de definição surge para quase todos os contratos nominados); as *definições extensionais ou denotativas* (nas quais, dado que as normas jurídicas se apresentam como gerais e abstractas, os indivíduos ou elementos são indicados “generalizados”), também denominadas, um pouco impropriamente, classificatórias ou por elencação (embora estas

possam também não ser exaustivas, e amiúde digam respeito a requisitos ou condições, entendidos cumulativa ou disjuntivamente, da aplicação da norma) – tome-se como exemplo o art. 204.º do CC (tais definições surgem por vezes a par de uma prévia definição de outro tipo, tendo então uma *função exemplificativa* ou uma *função complementar*, pretendendo nesta última hipótese exaurir os casos de aplicação); e as *definições por exclusão*, de que pode servir de modelo o art. 205.º do CC.

As *definições por designação*. E, no seu âmbito, as *definições parentéticas*, que consistem na indicação entre parêntesis do termo definido depois da expressão definidora (as “*Klammerdefinitionen*” do BGB, a que já se fez alusão); as *definições por título, epígrafe ou rubrica*, utilizando o legislador o termo como *rubrica legis* sem o repetir no *corpus* do preceito (para as quais se colocará a questão da sua proveniência e da sua exacta relação com o corpo do preceito); as *definições por menção* (a definição por mero emprego de um vocábulo ou expressão nominal, revelando um uso linguístico do legislador, não será no entanto uma verdadeira definição).

As *definições por conceptualização*. E, no seu âmbito, as *definições por enumeração das características necessárias* (e terão de ser todas, embora a lei possa mencionar uma série fechada de características das quais bastará a presença de algumas; é fácil advertir a dificuldade técnica de uma tal definição), podendo dar-se como exemplo o art. 659.º do Código do Processo Civil (CPC), quanto à sentença e aos elementos que dela devem constar; as *definições por descrição empírica* do objecto ou da situação qualificada, como amostra das quais pode servir o art. 3.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), quanto à situação de insolvência; as *definições pela (indicação da) origem*, como sucede no art. 212.º do CC, quanto aos frutos, sobretudo no n.º 2, a propósito da definição de frutos naturais e de frutos civis; as *definições por quantificação ou quantitativas*, ou seja, envolvendo uma mensuração – “luzes visíveis a 150 metros” (cfr. aliás art. 19.º, n.º 3, do Código da Estrada) –, as quais tendem a multiplicar-se nas leis de ordenação social em domínios técnicos.

As *definições operativas*, em que o *definiendum* é individualizado mediante uma característica qualitativa (só) verificável mediante uma “operação” (onde estará presente uma discricionariedade interpretativa não obstante a certeza quanto ao significado atribuído ao *definiendum*). De resto, esse tipo de definição mostra-se o único conveniente quando

o *definiendum* é um termo que exprime uma “disposição”, a disposição de um objecto a reagir de uma dada maneira em face de certo estímulo (se este é uma operação susceptível de ser repetida, a definição pode de certo modo ser verificada experimentalmente; o seu grande mérito será, em geral, evitar a tautologia sem perder as vantagens de uma definição “abstracta”). Pense-se, modificando o último exemplo apresentado, na seguinte definição de “visível”: “perceptível numa noite escura com atmosfera clara”.

Por fim, assinale-se que em muitas definições, nomeadamente as de tipos contratuais, à fixação do uso linguístico associa-se um conteúdo normativo regulamentador (ao caracterizar a lei o tipo contratual através dos efeitos ou deveres dele decorrentes).

III. AS REMISSÕES OU A TÉCNICA DO REENVIO

1. Começemos com uns quantos exemplos dentro do Código Civil. Tomem-se os arts. 227.º, n.º 2; 244.º, n.º 2; 250.º, n.º 1; 251.º; 252.º, n.º 2; 594.º; 678.º; 953.º; 974.º; 433.º; 289.º, n.º 3; 156.º; 139.º; 913.º; 939.º; 1156.º.

Aí, o legislador em vez de regular directa ou completamente certa questão, fá-lo “por referência” para outra(s) norma(s), apropriando-se do seu conteúdo normativo. Não é inteiramente correcto dizer, como por vezes se encontra, que o domínio de aplicação da norma *ad quem* se amplia; não, num certo sentido, ele mantém-se intocado pela remissão. A norma remissiva revela-se, neste sentido, uma norma incompleta, e serve-se de outra, “incorporando-a”, para integrar o seu conteúdo, seja a estatuição, seja a hipótese, ou até ambas (sem prejuízo da ideia, metodologicamente correcta, que impõe a necessária consideração conjunta da hipótese e da consequência da norma). Uma das dificuldades mais frequentes com que o intérprete depara consiste até em saber qual o alcance da remissão, se ela abrange apenas os efeitos ou também os pressupostos. Pense-se no discutido problema do sentido da remissão do art. 252.º, n.º 2, para os arts. 437.º e ss. do CC.

2. De um modo geral, as remissões (a discussão, no âmbito da reflexão legística⁷, sobre a sua utilização iniciou-a precursoramente a J.

⁷ Acerca da ciência ou arte da legística, ver, com indicações, o nosso *A Língua, o Direito...*, cit.

BENTHAM, autor que, de resto, revelou uma intensa predileção por tal técnica, nomeadamente no seu *Constitutional Code*, só comparável à sua animadversão pelas ficções) são utilizadas por uma razão de economia ou de simplificação, para “poupar espaço”, banir redundâncias, “tornando mais fluído o discurso normativo” e “evitando sobrecargas”. É como expediente para desonerar ou facilitar a tarefa do legislador (algumas vezes mesmo para a “delegar”, como sucede nas remissões contidas em muitas leis para regulamentos administrativos, o que aliás levantará reservas se toca no sistema legal e constitucional de divisão de poderes e competências). Mas também servem outros importantes propósitos, mormente a mostração ou explicitação de conexões (sistemáticas) existentes entre vários preceitos ou institutos; ou permitir a adaptação a outras normas ou regras (sociais, jurídicas ou técnicas). Diferentemente, as “remissões declaratórias ou inautênticas” só pretendem facilitar a aplicação ou o entendimento da lei, explicitar o que está subentendido na norma ou resulta de outro preceito. É sobretudo em codificações mais antigas que se encontram tais remissões com um exclusivo propósito “demonstrativo”.

3. Atribuem-se algumas facetas contraproducentes às remissões. A saber: quebra de continuidade do discurso; menor “legibilidade” e dificuldade da interpretação (pois haverá que considerar duas ou mais normas e a sua inter-relação); opacidade da substância da disposição em causa; perda da visão de conjunto (inclusive pelo próprio legislador, que terá sempre de manter a consciência do alcance da regulamentação operada através da remissão e cuidar de saber se o conteúdo da norma para a qual remete se adapta ao contexto a regular). Como refere R. PAGANO, as remissões constituem um expediente cómodo, para quem redige as normas mas desconfortável para o legislador e sobretudo para os utentes da lei. De resto, as repetições, que assim se querem evitar, poderiam até contribuir para “a construção da coerência” do texto normativo e para a clareza e evidenciação do conteúdo da norma em causa.

4. Quanto à forma e funcionamento das remissões, convém ressaltar alguns aspectos e distinções. Por vezes, a norma *ad quem* (norma para a qual se remete) é “citada” (ou identificada pelo respectivo numeral). Outras vezes, será indicada por meio do seu conteúdo ou pela designação da matéria regulada. Em princípio, se o alcance da remissão for claro e certo (as chamadas remissões implícitas ou tácitas originam problemas de orientação adicionais, sobretudo para os “leigos”)

mostra-se indiferente o modo de referência.

Por outro lado, a norma remissiva pode referir-se quer a normas da mesma lei quer de outra lei (ou até de outro ordenamento); assim, as remissões dir-se-ão, respectivamente, *intra-* e *extra-sistemáticas* ou internas e externas. Estas últimas, eventualmente, representarão uma “recepção” ou “transformação” de outro ordenamento ou parte dele, como acontece com o art. 8.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (porventura a expressão remissão não se usará aqui em sentido técnico). Além disso, a remissão é estabelecida, por vezes, para diferentes complexos normativos e técnicos (remissões para regras técnicas, para as *legis artis*, as quais levantam especiais problemas que aqui iremos omitir).

Também no que concerne ao seu alcance, as remissões apresentam diferenciações (como em parte já demos conta, nomeadamente ao distinguir remissões quanto à hipótese e quanto à estatuição). O seu objecto pode ser um conceito ou figura legal, um específico preceito, todo um instituto ou mesmo um diploma legal e, no limite, outro ordenamento. Nas “remissões globais ou integradoras”, onde se manda aplicar “em bloco” um outro instituto, ou até domínio legal, estes passam a assumir então uma função integradora ou subsidiária no seu conjunto (vejam-se os casos dos arts. 156.º e 139.º; e ainda do art. 913.º do CC). Tais remissões (e também a remissões de semelhante índole se poderá reconduzir o funcionamento das partes gerais) servem, em primeira linha, a finalidade de permitir o preenchimento de lacunas que se constatem na aplicação da(s) norma(s) remissiva(s) ou do instituto em causa. É tarefa interpretativa apurar quais as normas do conjunto normativo referido chamadas a ser aplicadas (directa ou indirectamente). Um resultado semelhante persegue ainda o legislador quando prevê expressamente, e desde logo, a extensão do regime de certo instituto a um outro ou a vários outros (como sucede no art. 939.º e no art. 1156.º do CC).

Distinguem-se igualmente as “remissões estáticas” (materiais ou fixas), que se reportam ao teor ou conteúdo de outra norma num momento preciso, por exemplo, ao tempo da publicação do diploma que contém a norma remissiva (pode até acontecer que a norma para que se reenvia já não esteja em vigor), e as “remissões dinâmicas” (formais ou móveis), mais vulgares, que se dirigem ao teor que a norma *ad quem* tenha à altura da aplicação, resultante porventura de modificações desde a sua entrada em vigor. Nestas últimas, o legislador não tem a certa consciência do conteúdo (completo) da norma *a quo*. E, quiçá, da revo-

gação da norma *ad quem* resultará uma lacuna por impossibilidade de aplicação da norma remissiva.

Mencionem-se, por fim, as remissões à “segunda potência” ou em “duplo grau” e as “cadeias de remissões”, ditas também “remissões em cascata (cfr., *inter alia*, arts. 433.º, 289.º, 1269.º e ss. do CC; e arts. 156.º, 139.º e 123.º e ss.). Já as “remissões cruzadas” ou “remissões circulares” (remissão para uma norma que por sua vez remete para a disposição que lhe faz referência) são quase sempre fruto de um lapso do legislador, devendo em todo o caso ser evitadas.

5. Frequentemente, as remissões estão acompanhadas das expressões ou dos operadores linguísticos “com as necessárias adaptações” ou “com as adaptações devidas” (ou, como também se diz, *mutatis mutandis*), o que traduz a noção de que inexiste uma exacta ou inteira coincidência entre as hipóteses da norma remissiva e da norma *ad quem*, mas somente ocorre certa semelhança ou analogia (expressamente reconhecida; por vezes, as adaptações devidas são de tal extensão e profundidade que se hesitará quanto à adequação do emprego da remissão). C.-W. CANARIS fala neste caso numa “analogia de remissão”. O que impõe, de resto, ao aplicador o cuidado de verificar, no caso a apreciar, a ocorrência das razões justificativas da regulamentação para a qual é estabelecida a remissão. Sucede mesmo indicar a norma remissiva a base ou termo da analogia e os seus limites. Mas também ocorrem “remissões abertas” (renunciando-se à indicação ou identificação das concretas normas *ad quem*), capazes de suscitar forte dúvidas sobre o seu âmbito.

IV. AS PRESUNÇÕES LEGAIS

1. Deparamos com elas amiúde ao percorrer os textos legais (mormente no direito privado, como assinala F. GÉNY; ficará sem referência a questão da recondução geral do *ius dispositivum* à categoria das presunções). Em geral, uma presunção consiste, seguindo a definição do art. 349.º do CC, numa ilação retirada de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido (ou na definição, decalcada das fornecidas por R.-J. POTHIER e J. DOMAT, contida no art. 1349 do *Code Civil* francês – “Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d’un fait connu à un fait inconnu”; veja-se ainda o art. 1352 – “La présomption légale dispense de toute preuve celui au

profit du quel elle existe”).

No dia-a-dia, ao (inter)agirmos, ao discorrermos, estabelecemos quase constantemente similares inferências: de manhã, deparo com as ruas molhadas – circunstância conhecida ou notória –, concluo que choveu – facto ignorado mas presumido; o meu interlocutor segue a exposição com veementes acenos de cabeça, disso inferirei que me está a escutar e a anuir ao que digo. Como se verifica facilmente, tais presunções assentam no essencial em “regras ou máximas da experiência” (se se quiser, no *id quod plerumque accidit*), intuitivamente obtidas; portanto, o seu fundamento reside num juízo (comum) de probabilidade, mais ou menos seguro, mas sempre falível ou precário (bastando por isso, em geral, para o pôr em crise, a simples contraprova). Já alguém o exprimiu poeticamente, afirmando que elas representam a “sombra da verdade”.

Também o julgador ou o juiz se socorre de presunções (*presumptiones hominis*) no estabelecimento e avaliação das provas. São as chamadas presunções judiciais, de facto ou simples, a que alude o art. 351.º do CC (a instituição, na veste de regras, e com força análoga às estabelecidas na lei, de presunções pela jurisprudência releva obviamente do poder criador atribuído à sua actividade).

2. Agora interessam-nos apenas as presunções legais (ou de direito). Bastará para nos darmos conta da frequência e importância de tal técnica legislativa percorrer os seguintes artigos do Código Civil: 68.º, n.º 2; 223.º, n.º 1; 243.º, n.º 3; 441.º; 488.º, n.º 2; 493.º, n.º 2; 500.º, n.º 3; 952.º, 1260.º, n.º 2, e n.º 3; 1268.º, n.º 1; 1371, n.ºs 1 e 2; 1826.º; 2071, n.º 1; 2315.º e 2316.º.

Começará por se notar que as presunções legais não se baseiam necessariamente num juízo inferencial (“relações empíricas”), dando como verosímil ou normal a ocorrência do facto presumido (estabelecidos certos indícios; ou pelo menos aceitando a normal coligação lógica ou psicológica do facto-base e do facto presumido). Acontece que o legislador seja movido pela intenção de favorecer determinado valor merecedor de tutela, de regular ou compor certo conflito de interesses, de instituir certo “arranjo normativo” para determinadas hipóteses, de simplificar a prova de alguns factos indo a lei em socorro de uma das partes em vista das dificuldades que ela enfrentaria segundo as regras probatórias gerais, de repartir o ónus probatório segundo critérios distintos dos gerais. Às primeiras razões chamaremos “ideológicas”, às segundas “técnicas” (adaptando a terminologia de J. WRÓBLEWSKI).

3. No plano probatório (não nos interessa agora especialmente o debate tradicional quanto à natureza substancial ou meramente processual das presunções, desde que se tenha consciência de que estas frequentemente assumem influência decisiva no plano substantivo; e descuramos a questão da necessidade ou não de alegação do facto presumido), conforme estabelece o art. 344.º do CC, as presunções invertem o ónus da prova (fórmula a entender convenientemente, não se modificando, como se verá, em rigor o resultado da repartição do ónus da prova; é, por outro lado, duvidoso que todas as disposições que invertem o ónus da prova constituam presunções). Em termos gerais, considerar-se-á como “provado” (“verdadeiro”, “ficcional-se-á verificado”) certo evento (ou eventualmente determinado direito ou situação jurídica) estabelecido um outro – a menos que ocorra prova em contrário do facto presumido, sendo esta admissível e nos moldes em que o for. Ou seja, quem tem a seu favor a presunção está dispensado ou isentado da prova do facto a que ela conduz (cfr. art. 350.º, n.º 1, do CC).

Isto, todavia, desde que assente a “fonte” (os “indícios”, os “actos vizinhos ou conexos”, a “base”, o “facto primário”) da presunção (também aqui, evidentemente, as exigências probatórias nem sempre serão idênticas). Dir-se-á pois que aquilo que se altera é o facto cuja prova se mostra necessária (por princípio, a prova do facto primário será mais fácil). De um “ónus recuado” e de um “déplacement de la preuve” falam, a este propósito, respectivamente, ANTUNES VARELA e E. BARTIN.

Mas, em certas presunções (nomeadamente as que tão-só afirmam a existência do facto ou da situação presumida sob reserva de prova em contrário), a prova da sua “base” exprimirá afinal o carácter condicional da generalidade dos preceitos legais, integrando o acto- ou situação-base (porventura sempre existente, e com ou sem relação com o facto presumido) a hipótese da norma. Alguns autores querem até apartar todos aqueles casos em que a “base da presunção” não se situa fora da hipótese da norma de direito material a aplicar, ou seja, onde a hipótese da “presunção” ou a sua estrutura não é “dúplice”, não tem como pressuposto, para além da incerteza processual da verificação de um facto integrante da hipótese do preceito cujos efeitos estão em causa (conforme sucede para todas as normas de repartição do ónus da prova), ainda a existência da base da presunção (o que também levará, desde logo, a não atribuir a natureza de presunção às chamadas “regras interpretativas” – tome-se entre nós o art. 237.º do CC). Sugere J. WRÓBLEWSKI

chamar a tais presunções (por exemplo, a presunção de inocência) “presunção formais”, por oposição às “presunções materiais”.

4. De acordo com o art. 350.º, n.º 2, do CC, as presunções legais são de duas espécies (numa distinção que remonta aos glosadores): relativas, *iuris tantum* (*iuris sed non de iure*), cedendo perante prova em contrário (podendo em princípio esta ser levada a cabo por qualquer meio; é óbvio que a lei é livre de limitar tal prova e a sua eficácia, ou mesmo excluí-la, como de seguida se exporá); ou absolutas, *iuris et de iure*, irrefutáveis ou inatacáveis, ao estar a prova em contrário precluída (*contrariam probationem non admittens*).

Quanto a estas últimas, colocar-se-á primeiro a dúvida de se para determinar se se está perante uma presunção irrefragável valem os meios interpretativos normais, ou será preciso que a lei o diga específica ou expressamente. Por outro lado, indicar-se-á que elas são difíceis de distinguir das ficções – haja em vista, por exemplo, o art. 243.º, n.º 3, do CC –, a que nos referiremos de seguida. Tal “parentesco” (duas espécies de uma forma primitiva indiferenciada incluindo ambas – sugere L. FULLER) pode mesmo constatar-se, em termos mais gerais, entre as presunções, ilidíveis ou não, e as ficções, pois ambas as figuras serviriam, nas fórmulas de J. RIVERO, para “apagar o real”, “sistematizar o mais provável” e “acorrer ao que não se pode conhecer”.

Costuma todavia avançar-se, como começo de distinção, que *factio cessat, ubi veritas locum habere potest*. Ou, nas palavras de ALCIATO, a presunção *fundatur in veritate*. F. CARNELUTTI contrapõe, a este propósito, “equivalência natural” a “equivalência jurídica”. E J. RIVERO frisa que a ficção recusa deliberadamente a realidade, enquanto a presunção (não ilidível) somente se desinteressa dela.

Apenas se recordará que as presunções (ou as normas habitualmente ou pelo próprio legislador assim qualificadas) não têm de repousar invariável e unicamente num juízo inferencial. Por outro lado, as presunções absolutas constituem até porventura uma técnica legislativa (“dirigida a reforçar o rigor da disciplina substancial da *facti-species*”; “a simple rule of substantive law”) de índole e *ratio* diversas das das presunções relativas (“a risk-allocation mechanism”, sendo “the rationale underlying their existence [...] an amalgam of logic and policy”). Uma demarcação, nos termos apontados, em relação às ficções parece, assim, só se poder estabelecer para as presunções ilidíveis, quando baseadas numa inferência justificada pela experiência e na medida em que

a sua refutação não esteja sujeita a limitações probatórias (requisitos a que L. FULLER junta ainda a necessidade de “be phrased in realistic terms; order not an “inference but a disposition of the case in a certain contingency”⁸).

V. AS FICÇÕES LEGAIS

1. A figura provém do direito romano, pelo menos este deu-lhe o nome e utilizou-a consciente e sistematicamente, dedicando-lhe mesmo um desvelado carinho (mas exemplos de ficções encontram-se já no Código de Hamurabi). A *fictionis iuris* mostra seguras raízes religiosas, sobretudo como modo de contornar o formalismo dos actos rituais – assim, em vez do sacrifício de um animal, oferecer-se-ia uma sua representação ou figura.

A ampla aplicação de ficções no direito romano correspondeu à necessidade, ditada por alterações sócio-económicas, de adaptar e desenvolver algumas das rígidas, formalísticas e ultrapassadas regras do *ius civile* (com *actiones* taxativamente estabelecidas, que viriam a ser superadas pelas *actiones praetoriae*, no fundo *actiones ficticiae*), aparentando no entanto respeitá-las, ao não se ousar contraditá-las abertamente. Foi, como afirma R. DEMOGUE, sobretudo consequência de duas coisas: economia de meios e carácter conservador do direito. E ocorria pela actuação, justificada em razões de equidade, e paralela à analogia (com algum exagero, certos autores consideram mesmo as ficções como uma etapa do desenvolvimento do pensamento analógico), do pretor no âmbito do *ius honorarium* ou por intermédio de apóstatas leis. A primeira das hipóteses de ficções apresentadas nas *Institutiones* de GAIUS é a *fictionis se herede* (que permitia aos *honorum possessores* actuar como se fossem os *heredes do ius civile*; e à qual se há-de associar a *fictionis suitas*, considerando os filhos emancipados ainda *in potestate* e portan-

⁸ Em pormenor, com desenvolvimentos dos quais de todo prescindimos, sobre a evolução histórica da figura, o seu entendimento dogmático e enquadramento no direito probatório, na matéria do ónus da prova (subjectivo e objectivo) e suas relações com os princípios dispositivo e inquisitório, cfr. apenas as obras “clássicas” de JUSTUS WILHELM HEDEMANN, *Die Vermutung nach dem Recht des deutschen Reiches*, Jena, 1904, *passim*; GIAN ANTONIO MICHELI, *L’Onere della Prova*, Padova, 1966; e HANS-JOACHIM MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin, 1975, especialmente págs. 58 e ss.

to *heredes sui*). A generalidade das *fictiones* (uma excepção era a *fictio civitatis*) desse período consiste fundamentalmente na antecipação ou “postecipação” de situações ou elementos de facto (aponte-se apenas a bem conhecida *fictio legis Corneliae*).

Curiosamente, séculos depois, entre os sécs. XIV e XVII, e ao que parece desprendidamente do direito romano embora por razões similares – no caso, directamente, a superação de um número limitado de *writs* –, a *common law* recorrerá também extensa e porventura com ainda menor pudor (mais “brutal” ou “assertivamente”) a semelhante técnica. Os mais famosos exemplos de ficções processuais a que então se lançou mão são, como se sabe, o chamado *bill of Middlesex* e o *ejectment*.

2. Também de “ficções dogmáticas” (“científicas” e “jurisprudenciais”, “teóricas” ou “de fundamentação” e “aplicativas”, como igualmente são apeladas) se fala, consistindo estas na qualificação ou no enquadramento (ou exclusão), conscientemente falso, “forçado” ou “translativo” (“uma operação intelectual derivada”, na expressão de R. DEKKERS), de certos factos ou situações num conceito ou figura dogmática já estabelecidos (mas, por esse modo, redefinido; e, como nota L. FULLER, sendo constante o processo de adaptação das categorias jurídicas, para as ajustar a novas condições, só aí veremos uma ficção se ele ocorrer conspícua, abrupta e porventura “deselegantemente”), para efeito da fundamentação e justificação de certas soluções⁹. Soluções

⁹ Em HANS Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*, Leipzig, 1920, encontra-se uma tentativa de responder à questão (epistemológica) primeira de saber como se pode chegar a resultados válidos ou correctos com a utilização de representações ou ideias consciente ou intencionalmente falsas (distinguindo-se entre autênticas ficções, que envolveriam em si uma contradição, e semi-ficções, as quais “apenas” contrariariam a realidade). Procura-se aí delinear um “sistema geral” das ficções, percorrendo a influência destas nos vários domínios do pensamento humano, e fundar um “ficcionalismo sistemático”. As ficções revelar-se-iam um instrumento imprescindível e omnipresente no funcionamento da nossa mente, na sua actividade classificatória e de simplificação, de apropriação, elaboração e organização da realidade, e de formulação de leis ou regras sobre esta – o autor parte da ideia básica de que o entendimento humano não reflecte meramente a realidade mas a reelabora (falsifica, afinal) conceptual, analógica e metaforicamente, tendendo a assimilar novas experiências sob categorias familiares. Mas no uso (correcto) das ficções deveria ser seguido um preceito básico: uma vez utilizadas proficuamente, haveria que prescindir delas, ter consciência do carácter aproximativo do resultado obtido e introduzir as correcções necessárias. Fundamentalmente, o processo de pensamento consistiria numa série de erros, mutuamente opostos, que se compensariam. E caberia lutar contra a tentação de isolar um desses passos ou etapas – o pecado capital

novas, mas que assim parecem resultar das virtualidades de princípios e categorias preexistentes ou com eles ser compatíveis, facilitando-se a sua compreensão teórica, salvando-se, transitoriamente pelo menos, uma teoria perimida mas que se julga conveniente manter, preservando-se afinal a coerência do sistema. O mesmo vale para a superação de certas regras ou normas legais, cuja revogação (explícita) se mostraria difícil (conforme já o advertiam R. JHERING e F. GÉNY, usando a designação de “ficções históricas”; de “continuidade na evolução” fala, por sua vez, R. DEKKERS). Com isso, alcançar-se-ia a necessária “aclimatação a novas regras e institutos jurídicos”. Mas poderão ser meras razões de comodidade e de falta de imaginação jurídica, e mesmo de recusa do reconhecimento da realidade, ou a “preguiça legislativa” a explicar o recurso a ficções dogmáticas e históricas.

Virão à mente vários exemplos. Desde logo, a justamente apelidada “teoria da ficção” (antagónica da “teoria da realidade”, e com uma longa história, tendo nascido pelo menos no início do séc. XVII, mas remontando de algum modo aos canonistas do séc. XIII) que pretende explicar a personalidade colectiva. É as “ficções de vontade” com que se continua muitas vezes a operar para qualificar determinado acto como negocial (mesmo para além da tese das relações contratuais de facto; lembrar-se-ão ainda as figuras do quase-contrato e do quase-delito, com origens em GAIUS). Neste contexto insere-se também a ficção de uma renúncia à responsabilidade do condutor de um veículo, no caso de aceitação de “boleia” ou “transporte gratuito ou de obsequiosidade”.

Note-se que algumas dessas ficções não visam propriamente o enquadramento conceitual ou a ordenação dos factos ou hipóteses (em-

da hipostasiação ou reificação (induzida pela conceptualização).

A obra citada, fortemente tributária da filosofia kantiana, foi pela primeira vez publicada em 1911, embora escrita cerca de trinta anos antes. E teve forte repercussão, nomeadamente entre os juristas. Cf., especialmente, *op. cit.*, págs. 46 e ss., quanto às ficções jurídicas, semi-ficções – que o autor encara enquanto “modelo de conhecimento” – e quanto à “prinzipieller Zusammenhang” aí reconhecida entre o método da matemática e o da ciência jurídica (mormente no uso abundante e profícuo de ficções).

Para uma exposição e crítica à teoria de VAHNINGER, especialmente quanto às ficções jurídicas, ver JOSEF ESSER, *Wert und Bedeutung der Fiktionen*, Frankfurt a. M., 1969, *op. cit.*, por exemplo pág. 17; HANS KELSEN, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob*, *Annalen der Philosophie*, I (1919), págs. 630 e ss.; e Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, Standford, 1967, págs. 93 e ss. e especialmente 123 e ss.

bora obedecerem a uma certa necessidade de ordem interna) mas sim a persuasão. O que logo as torna inadmissíveis onde levem a ladear a proibição de aplicação analógica de uma norma.

Ocasionalmente, a ficção incide directamente sobre os próprios factos a qualificar e a apreciar. O exemplo mais flagrante de uma ficção jurisprudencial, para evitar a aplicação de uma norma reputada injusta ou contrária a valores fundamentais, será talvez a atitude dos juizes ingleses que, a fim de contornarem o preceito penal, do fim do séc. XVIII, que punia obrigatoriamente com a pena de morte todos os culpados de *grand larceny* – nomeadamente todo o roubo de mais de duas libras –, passaram a estimar em 39 *shillings* toda a quantia roubada.

3. As ficções jurídicas virão com o ímpeto codificador moderno a cair em descrédito ou pelo menos em declínio, em grande parte pelo quase-monopólio e primazia então atribuídos, dentro das fontes do direito, à lei (sempre alterável – perdido o “fetichismo das antigas leis”) ou ao legislador. Nessa medida, tornaram-se inúteis ou desnecessárias.

Mas também, num outro nível, pela consciência da sua inadequação, pois sucede, quer que a “fórmula ficcional” “canonize” o seu domínio e o circunscreva à partida (e porventura arbitrariamente), quer que ela não assinale as balizas da sua aplicação (se se quiser, duas manifestações da mesma limitação: poder a ficção obscurecer o fundamento da solução e a ponderação dos interesses que a ditou, e, aplicada “dedutivamente”, conduzir a resultados não pensados e malpropícios). Demais, e no que respeita directamente às ficções dogmáticas e jurisprudenciais, por vezes estas concorrem (ou têm mesmo esse propósito) para ocultar as reais razões ou os fundamentos últimos das decisões encontradas e impedir uma cabal discussão e discriminação dos problemas, estabelecendo uma espécie de “força persuasiva vicarial”, assente numa induzida sensação de similitude.

E assim foram formuladas apreciações bem negativas. A palavra, em geral, adquiriu uma conotação depreciativa, como sinónimo de fingimento, falsidade, ilusão, subterfúgio. Mais em particular, as ficções representariam uma “deformação do real” (“máscara ou veladura da realidade” – os autores alemães falam em “*Verschleierungsfiktionen*”), “uma manipulação ou entorse dos factos”, uma “artificialidade”. E um “sinal de falência da ciência jurídica”. A censura estendeu-se às ficções legais, as quais chegaram a ser apodadas de “sífilis” do sistema jurídico (BENTHAM, autor que identifica em todo o lado a “pestilenta respiração

da ficção”).

Doutra perspectiva, porém, já se manteve que as ficções constituiriam um “mal necessário”, “um expediente pragmático”, “uma elementar necessidade prática”, “permitindo o progresso do direito sem alteração formal deste”. Seriam um “modo de preencher os interstícios do direito” (BENTHAM), o “meio menos imperfeito para remediar deficiências do sistema”, cuja “credibilidade” ficaria abalada pela introdução de uma exceção ou derrogação a certo princípio ou regra (ou seja, “em vez de se alterarem as normas, alterar-se-iam os factos”). Contribuiriam para a concisão da exposição (daí terem sido apeladas a “álgebra do direito”). As ficções representariam até um “precioso instrumento” ao dispor do legislador.

De facto, não se vê que não seja lícito recorrer a tal técnica (e pensamos sobretudo nas ficções legais; ou “práticas”, como lhes chamou J. UNGER). A questão é antes, no que mais nos interessa, a das funções que é capaz de preencher¹⁰ e a dos limites a que está sujeita a sua

¹⁰No seu já citado perecuentíssimo estudo da figura, Lon. L. Fuller, encarando em geral as ficções (sobretudo as jurisprudenciais, muito frequentes no âmbito da *commom law*, e as dogmáticas; segundo o autor, a mais extensa utilização das ficções no direito do que noutros domínios científicos, exceptuando talvez o da física, teria a sua explicação última no “commitment to comprehensive system” que no domínio jurídico se faz sentir), percorre os seguintes motivos ou funções por trás da sua utilização: *a reconciliação de um específico resultado jurídico com certas expressas ou implícitas premissas ou postulados* (quanto mais abundantes estas e mais inflexível a sua natureza, maior a necessidade de recorrer a ficções); *a facilitação da exposição*, sobretudo pelo teor (descriptivo) condensado ou concentrado, pela concisão e simplificação (um “convenient shorthand”, dispensando circunlóquios), das “abbreviatory fictions” (susceptíveis, assim, de serem substituídas pela explicitação do respectivo conteúdo); *uma intenção persuasiva* (tal como a têm as metáforas e outras figuras de estilo; de resto, como para as metáforas, poderia falar-se de ficções vivas e mortas), a que se adirá eventualmente *um propósito “apologético” ou “misericordioso”* (expressão, afinal, da tendência comum para recusar reconhecer eventos tristes ou desagradáveis, e do desejo, igualmente inerente à natureza humana, de invocar os factos favoráveis e aprazíveis, ainda que imaginários ou inverídicos; onde caberiam, estando aliás também presente uma função “legitimadora”, a ficção do conhecimento generalizado da lei e a de que “the king can do no wrong”); *razões criativas e heurísticas*, enquanto instrumento prático, ou fórmula de resolução de determinado problema, que se antecipa a um enquadramento dogmático e a uma explicação científica cabal (poderá falar-se aqui de “ficções exploratórias”), visando a introdução de alterações do direito ou da lei, mantendo embora as vestes antigas – as chamadas “ficções históricas”, expressão de “conservadorismo” (*conservatism of policy, emotial conservantism e intellectual conservantism*), mas apresentando

utilização. Quanto a este último aspecto, perguntar-se-á: Até que ponto pode a lei “dispor” sobre a realidade (pressupondo-se que a realidade ou as proposições jurídicas não independam, dada a sua natureza, da realidade material, havendo mesmo quem entenda não haver, no domínio do direito, lugar para “genuínas” ficções, quanto aos “factos ou relações estritamente jurídicos”, uma eventual assimilação ou equiparação nunca representaria uma ficção; por outro lado, certos autores sustentam não consistir a ficção numa oposição às leis físicas ou mesmo sociais ou morais, mas sim às “regras técnicas” geralmente seguidas)? Em certos domínios, como o direito penal, que espaço resta para as ficções (e o mesmo se questiona quanto às presunções absolutas)?

4. É vulgar a constatação de que as ficções legais funcionam como remissões implícitas ou “abreviadas” ou “estenográficas” (porém, autores como R. JHERING pretenderam apartar do conceito de ficção aquelas que exclusivamente visam tal finalidade). Como explica R. WEIMAR: “Trata-se de remissões abreviadas: determinada situação que corresponde a uma hipótese H^1 , distinta de uma hipótese H^2 , é ainda subsumida a H^2 , para daí resultarem efeitos jurídicos idênticos. A equiparação das hipóteses permite prescindir, em vista dos efeitos jurídicos, de uma inteira formulação de raiz, doutra maneira necessária, de uma hipótese não abrangida por uma previsão legal e pelos respectivos efeitos”. E acrescenta o autor que, como a lei, segundo a sua natureza, não contém nenhuma afirmação sobre factos, a utilização de uma ficção não representa a afirmação de que algo de distinto é (facticamente) igual; a lei apenas prescreve que para diferentes hipóteses devem valer os mesmos efeitos jurídicos.

Indica-se também serem as ficções uma “excepção mascarada” a uma regra do sistema. Efectivamente, nas ficções, a lei “assimila” ou “equipara” (funcionalmente), considera como se juridicamente fossem iguais, determinadas situações a outras já reguladas (das quais, no entanto, aquelas se demarcam consabidamente; da analogia a ficção distancia-se ao prescindir de uma coerência lógica, assente num juízo de igualdade), no intuito de as submeter todas à mesma disciplina. Pode, igualmente, a lei “ignorar” certos factos, tê-los como não

a vantagem de constituírem um andaime, um instrumento provisório ou transitório, passível de ser removido uma vez cumprida a sua função e quando daí em diante se revele desnecessário; *meros motivos de fantasia e de cedência à força do hábito* (designadamente aos ditames do uso linguístico).

verificados, ao arrepio da realidade. Ou sucederá que estabeleça uma “diferenciação” (putativa) para alguns eventos dentro de certa hipótese (onde, em princípio, se enquadrariam), para que a consequência prevista não tenha para eles lugar.

Todavia, o uso de uma ficção não está forçosamente em contradição, não se revela sem mais incompatível, com a ideia de justiça ou de igualdade (que aquela tem ínsita, mandando tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual). Isso não acontece pelo menos naqueles casos onde a equiparação ou assimilação das duas realidades, à partida concebidas e recortadas distintamente, obedece a um ponto de vista ou critério valorativamente justificado (o qual se revela mais decisivo, sobrepondo-se no resultado àquele que presidiu à inicial diferenciação). Neste sentido, J. ESSER indica ser a ficção a expressão de uma necessidade de igual valoração, suscitada pela semelhança ou analogia intrínseca dos *Tatbestände*.

5. Em pormenor, podem distinguir-se, segundo a sua função ou forma, vários tipos de ficções (não sem alguma sobreposição entre si): as “*ficções-remissões*”, de que servirão de exemplos o art. 275.º, n.º 2, e o art. 224.º, n.º 2, do CC, ao aí se estatuir, sem se repetir a sua enunciação, que as consequências associadas, respectivamente, à verificação efectiva da condição e à eficácia da declaração são aplicáveis; as “*ficções-presunções*”, onde frequentemente o legislador regula certo comportamento, muitas vezes um silêncio ou omissão, ordenando a consequência coligada a um outro, uma actuação ou acção, por normalmente aquele ter o significado e a vontade subjacente correspondente a esta, como sucede no art. 923.º, n.º 2, do CC, e no art. 484.º, n.º 1, do CPC; as “*ficções-definições*”, as quais se podem exemplificar com o art. 212.º, n.º 3, o art. 261.º, n.º 2, e o art. 805.º, n.º 2, al. c), do CC (aliás, em termos muito gerais e abstractos, as ficções serão substituíveis – o inverso é também verdade – por definições, o que explica o paralelo da discussão sobre a “inverdade” de certas definições com a questão da “irrealidade” das ficções); as “*ficções-aclaratórias*”, v.g., art. 2230.º do CC – tendo-se por não escritas as condições aí referidas, já não se coloca o problema da repercussão da sua invalidade sobre o testamento –, e art. 2119.º do CC – que considera o herdeiro titular exclusivo, afastando os demais, dos bens que lhe hajam sido atribuídos na partilha da herança desde o momento da abertura desta (“modo de expressão plástico” de um tratamento *sui generis* dessa situação, pois os herdeiros

apenas possuem um direito a uma quota indeterminada de um todo, direito que agora se vê convertido *desde o início* num direito exclusivo a uma parcela determinada).

6. Às classificações anteriores corresponde, *grosso modo*, a enumeração proposta por T. NICKEL (na esteira também de J. ESSER) das “manifestações funcionais” assumidas pelas ficções. Assim, estas surgiriam para atalhar problemas quanto à consequência legal, através da inequivocidade, expressividade e concisão da *facti-species* ficcionada, e da assim obtida ilustração do objectivo da regulamentação. Ou corresponderiam a uma razão de economia legislativa (uma remissão condensada), ajudando ainda a aclarar a *ratio legis*. Ou serviriam como meio para definir, de “modo escondido ou indirecto”, conceitos jurídicos (estaria em causa apenas fixar normativamente um conceito, donde o carácter “supérfluo” de tais ficções). Ou, e tratar-se-ia porventura da mais importante espécie de ficções, constituiriam uma prescrição (“Befehl”), suprimindo ou substituindo a falta de manifestação de vontade (ao faltar ou ser defeituosa esta), complementando-a ou aclarando-a; desse modo se superaria a “passividade inibidora” daquele de quem se esperaria uma manifestação (completa e clara) de vontade.

7. Numa outra classificação, também bastante sugestiva, tomando como critério o resultado obtido ou perseguido pela ficção, destriça-se entre: “*ficção-benefício*”, em que o legislador visa estender, por razões de justiça (relativa) uma situação vantajosa (como acontece no instituto do casamento putativo, arts. 1647.º e s. do CC); “*ficção-sanção*” (uma intenção sancionatória está, por exemplo, latente nas ficções do n.º 2 do art. 275.º e do n.º 2 do art. 224.º do CC); “*ficção de continuidade*”, expressão do jurídico *horror vacui*, presente no “expediente” da retroactividade (cfr., por exemplo, arts. 2050.º e 2062.º do CC – retroacção da aceitação e do repúdio da herança ao momento da abertura da sucessão, isto é, à altura da morte do autor da sucessão).

8. Por último, anote-se que, ao estabelecer uma ficção (mas também uma presunção não ilidível), o legislador se serve correntemente dos seguintes “operadores linguísticos”: “tem-se por”, “considera-se (sempre)”, “vale como”, “equivale a”. Bastante inusual é a própria lei designar uma sua disposição ou figura como ficção (assim procedeu porém, num exemplo sempre citado, o *Code Civil* no art. 739, qualificando expressamente a representação sucessória como “une fiction de la loi”).

VI. CRITÉRIOS DE ESCOLHA ENTRE AS VÁRIAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS

Atenta a “fungibilidade” da maior parte das técnicas legislativas enunciadas (enquanto se prendam com o problema da repetição de elementos normativos), é uma questão de adequação (de optimização, tendo em vista a inequívocidade, a concisão e a legibilidade da lei) saber a qual delas se deve, em cada caso, lançar mão. A este propósito, J. RÖDIG formula – tendo como critérios quer a frequência relativa da repetição dos elementos normativos quer a ocorrência contextual ou dispersa destes – as seguintes regras (com carácter indicativo e aproximativo): “No caso de comparativamente poucas ‘ocorrências de regulamentação’ próximas em termos jurídicos, aventar-se o uso de uma remissão ou de uma ficção. Se aquelas se situam, no interior do ‘sistema’ [Kodificat] no seu todo, uma ao lado da outra (por exemplo, em normas seguidas) ou se estão, de modo reconhecível, sistematicamente conexas (referidas uma à outra), então recomenda-se o uso de uma ficção. *Fundamento*: a referida conexão aproxima a ficção de uma nova regulamentação material com a inerente força expressiva; não importará a falta de explicitação das disposições que ostentam os efeitos jurídicos tomados em conta. Ao invés, se as ‘ocorrências de regulamentação’ – em número supostamente mais reduzido – estão confusamente dispersas dentro do ‘sistema’ [Kodificat], então só uma remissão (expressa, com designação da norma *ad quam*) dá conta da exacta conexão ou referência. A – directa – remissão para os efeitos jurídicos é, na dúvida, de preferir à – indirecta – remissão para os fundamentos ou pressupostos jurídicos.

No caso de comparativamente abundantes ‘ocorrências de regulamentação’ próximas em termos jurídicos, é aconselhável uma normação geral de toda a regulamentação com ajuda de definições legais ou também de partes gerais. As duas formas de normação não se excluem. Dever-se-á contudo prescindir, na dúvida, de definições legais, em favor de disposições formuladas nos termos da linguagem corrente, conquanto antepostas à demais regulamentação (‘postas em evidência antes do parêntesis’), quando o custo de criação linguística supere as desvantagens resultantes de repetições ou de sínteses em linguagem corrente”.

Noutro local, o autor junta que as definições legais deveriam ser usadas no caso de repetições frequentes conexas ou contextuais de elementos da regulamentação, mas já haveria que preferir as partes

gerais, se tais elementos normativos ocorressem repetidamente mas de modo disperso.

Por último, tratando-se de ‘sistemas’ [Kodificate’] diversos, então, se as repetições se mostram relativamente raras, impor-se-ia recorrer a repetições explícitas, ou, no caso de se revelarem relativamente frequentes, a remissões.

B. TIPOS OU ESPÉCIES DE CONCEITOS

1. Depois de acima já se terem registado as possíveis relações entre conceitos quanto à respectiva extensão, nos termos da lógica clássica, justifica-se agora, pela sua utilidade para os juristas (e relevância para a técnica legislativa), proceder a algumas distinções entre várias espécies de conceitos (seguimos, com adaptações, a exposição de M. HERBERGER / D. SIMON).

Tomem-se desde logo os chamados *conceitos qualitativos*, que predicam determinada qualidade para certo objecto (por exemplo, x é alto). Com auxílio deles integram-se dentro de certas classes os objectos a que tais conceitos se aplicam. Pelo que também são rotulados *conceitos classificatórios*. Mas estes últimos representam mais propriamente uma espécie dos anteriores, devendo os conceitos ser então escolhidos de modo a não se sobreporem (conceitos disjuntivos) e a formarem uma divisão exaustiva ou completa do domínio em causa (ou seja, abrangendo todos os elementos).

2. Nomeiem-se, por outro lado, os *conceitos comparativos* (x é mais alto que y ; ou a distinção entre graus de culpa, entre culpa grave, leve e levíssima), conceitos relacionais ou “gradativos”, susceptíveis de serem utilizados, dada a sua transitividade e assimetria, para ordenar objectos atendendo a uma determinada qualidade ou característica que lhes é atribuível em maior ou menor medida (uma relação de simetria será ainda necessária para dar conta de objectos que possuam no mesmo grau a qualidade em causa, como à frente se explicará)¹¹. Conforme

¹¹ Uma relação entre os conceitos comparativos e um “sistema móvel” é não raro estabelecida. Sobre a ideia de um sistema móvel (também considerado uma alternativa, numa posição intermédia, às cláusulas gerais e às previsões normativas rígidas), ver introdutoriamente o nosso *A ideia de um sistema móvel, em especial no domínio da responsabilidade civil. Apresentação da tradução do texto de Walter Wilburg* “Desen-

se observa, o mesmo objectivo só poderia ser conseguido com conceitos qualitativos através da introdução de uma nova classe. É também evidente que os conceitos comparativos (ou topológicos) têm uma estrutura lógica mais complexa.

3. A este contexto pertencem os *conceitos tipológicos* ou, simplesmente, *tipos*. Muitas vezes, eles são vistos como uma classe dentro dos conceitos comparativos, quando seja possível estabelecer uma ordenação que inclua todos objectos ou elementos em causa (admitida uma eventual relação de simetria, estando os objectos no mesmo plano quanto à qualidade ou característica tomada em conta, e assegurado que entre dois deles não se estabeleça simultaneamente uma relação de mais ou menos e uma relação de igualdade).

Não se entrará, como se compreende, nas muito diversas accepções em que na linguagem jurídica se fala de tipos, e na recepção, transformação ou deturpação que nesse âmbito sofreu o respectivo conceito como o entenderam C. G. HEMPEL / P. OPPENHEIM, mas notar-se-á apenas, com R. WANK, que, quando os juristas contrapõem o conceito de tipo ao conceito de classe, estão normalmente a aludir a certas especificidades (presentes de resto em muitas conceitos indeterminados). A saber: *A susceptibilidade de gradação dos elementos ou caracteres do conceito* – designar-se-iam então por tipos os conceitos cujos “sub-conceitos” são todos ou parte deles conceitos comparativos –, vindo a “gradabilidade” afinal a significar o processo de construção de grupos de casos para a concretização de conceitos indeterminados. E *o especial modo de combinação dos elementos ou caracteres do conceito* – seriam apontadas as condições suficientes; algumas das características indicadas seriam dispensáveis, pondo-se a questão subsequente de apurar se haveria um núcleo imprescindível e qual o peso relativo dos várias elementos (do conceito).

No entanto (e sem se pretender negar que normalmente *tipo* designa um conjunto ou complexo de caracteres ou elementos gradativos que se relacionam de modo variável, sendo porventura alguns mais centrais ou até essenciais e outros mais periféricos – e tal co-variação é talvez a maior dificuldade para a respectiva “operacionalização”) não parece que se possa apartar em termos estritos *tipo de conceito*, se se atender a

que as definições não assumem necessariamente a forma de uma equivalência, nelas não tem o *definiens* que consistir exclusivamente na indicação de condições ou características necessárias, e que estas podem ser graduáveis, isto é, estar presentes em maior ou menor medida ou mais ou menos próximas de um ponto óptimo¹².

4. Por oposição aos conceitos qualitativos temos os *conceitos quantitativos*, que adscrevem aos objectos de certo domínio uma determinada indicação de medida (por isso se dizem também conceitos métricos).

5. Aflorem-se ainda duas classificações de conceitos correntes entre os juristas. Por um lado, os chamados *conceitos indeterminados* por antítese aos *conceitos determinados*. Aqui não há todavia uniformidade de entendimentos. Aqueles são, por vezes, identificados com os conceitos tipológicos de que já falámos (e os conceitos determinados apresentados como classificatórios). Outras vezes, indeterminação é tomada como sinónimo de ambiguidade ou anfibiologia (conquanto existam muitos conceitos ambíguos ou polissémicos cujas variantes de significado são perfeitamente determinadas). Sucede também terem-se por indeterminados aqueles conceitos que além de um núcleo apresentam um “halo”, “uma zona de sombra ou difusa” (como a lua num céu cheio de nuvens). Tal imagem, que apresenta a desvantagem de não dar conta dos casos claramente não abrangidos no conceito, remete-nos para a ideia de vaguidade (é frequente que a ideia de indeterminação exprima ainda outras condições ausentes da ideia de vaguidade). Os conceitos indeterminados seriam, em suma, aqueles cujo conteúdo ou extensão se revelam incertos, carecendo para a sua aplicação da “fixação” do respectivo significado (mas isso poderá dizer-se da grande maioria dos conceitos jurídicos)¹³.

¹² Assim H.-J. KOCH / H. RÜSSMAN, em resposta à concepção de K. LARENZ de uma impossibilidade de reconduzir o pensamento tipológico ao pensamento conceptual.

Quanto aos conceitos comparativos e à sua relação com o pensamento tipológico no direito, consulte-se ainda Gerhard Otte, *Komparative Sätze im Recht, Zur Logik eines beweglichen Systems*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, II, págs. 301 e ss.; e Peter Koller, *Möglichkeiten und Grenzen eines beweglichen Rechtssystems, in Wertung und Interessenansgleich im Recht*, Graz, 1975, págs. 1 e ss.

¹³ Dentro da *indeterminação* ou *fuziness* dos conceitos jurídicos e em geral da linguagem do direito (e partindo da consciência de que os conceitos não constituem nenhuma “grandeza” precxistente à linguagem e, depois, nela encontrem expressão, sendo antes a linguagem constitutiva para a sua formação, não existindo uma relação unívoca entre as palavras e os conceitos), convém discriminar, de acordo com os termos

Em geral, afirma-se, função dos conceitos indeterminados (assim como das cláusulas gerais, a que aludiremos adiante; ambos imprescindíveis “válvulas de escape da ordem jurídica”, a “parte movediça e absorvente do ordenamento”, capazes de “ductilidade histórica” e de “registar fases diversas da consciência social”, sobre os quais se constituiria um “sistema aberto”) seria permitirem o ajustamento ou a evolução da lei, integrando as mudanças e particularidades das situações da vida e obviando à “rigidificação e ao esclerosamento de complexos normativos” (*tempora mutantur lex et mutatur in illis*), e efectuarem a necessária “osmose” (por “remissão”, afinal) entre aquela e os usos (do tráfico) e as concepções ético-sociais (sobretudo na hipótese de mutação dos “critérios normativos” – a “Funktionwandel” associada a uma

habituais, os seguintes aspectos:

A ambiguidade, equívocidade ou polissemia – de que se fala se existe mais do que um significado ou variantes de significado (o que também ocorre na homonímia e na paronímia, conquanto aí se trate de palavras aparentemente, foneticamente, idênticas ou com grandes semelhanças, mas com diferentes raízes e significados – pense-se, dentro da linguagem jurídica apenas em *remissão*, como técnica legislativa, *remissão*, como causa de extinção das obrigações, e *remição*, como direito potestativo de resgate), ou seja, o conceito em jogo tem mais do que uma intensão. No caso da sua confusão, no âmbito de um silogismo, cair-se-á na falácia comumente designada por *quarternio terminorum*. A ambiguidade concerne dentro do “triângulo básico” de OGDEN / RICHARDS ao domínio do símbolo, estando em jogo apurar qual de várias expressões análogas é a que importa.

A vaguidade (ou vagueza) – com que se usa exprimir a circunstância de as regras de utilização de uma expressão ou termo não serem claras, ou, dito de outro modo, o facto de não ser possível decidir para todo e qualquer objecto se ele pertence à extensão do conceito. Segundo o conhecido “modelo semântico dos três domínios”, estaremos perante os chamados candidatos neutros, que surgem entre, sendo aliás a fronteira fluida, os candidatos positivos e os negativos. Como se constata, a vaguidade diz respeito dentro do “triângulo semântico” à relação referente-símbolo, e resultará de os elementos do conceito serem dados na forma das condições suficientes para a utilização da expressão (e, como se compreende, sendo “maior” a intensão de um conceito, mais as características ou notas diferentes indicadas, desde que não numa relação de disjunção – nem sempre, necessariamente, uma alteração da intensão implicará uma alteração da extensão –, menor será a sua extensão).

A fluidez ou a porosidade – quando se modificou o referente, o “mundo exterior”, podendo falar-se de uma ambiguidade no tempo.

A que se adirá ainda a *inconsistência* – ambiguidade segundo os utilizadores (da qual podem servir de exemplos as divergências de uso quando se passa da linguagem corrente para a linguagem jurídica).

“Entwicklungsfunktion” de que fala F. BYDLINSKI; mencione-se ainda neste contexto, quanto às cláusulas gerais, a sua função de desenvolvimento do direito). Os conceitos indeterminados (e as cláusulas gerais que os contêm) permitiriam outrossim a “individualização” da solução. E, como principais exemplos de conceitos indeterminados são apontados os conceitos “carecidos de preenchimento valorativo” (nomeadamente, “boa fé”, “bons costumes”, “ordem pública”, “interesse público”, “justa causa”, “prazo razoável”, “actividade ou coisa perigosa”).

6. Por outro lado, refiram-se os *conceitos* (ou *elementos da facti-species*) *normativos* por oposição aos *conceitos descritivos* (contendo uma referência a um “dado da realidade física”). Contrariamente ao que se possa pensar, muitos destes últimos (pedidos emprestados a grande maioria à linguagem corrente) estão longe de ser unívocos, correspondendo os seus diversos sentidos a repartições diferentes dos “campos semânticos” (ou, se assim se quiser, exprimindo diversas “regras de aplicação semânticas”, segundo o contexto). O que se entende, por exemplo, por “bosque”? Ou quantas árvores fazem uma floresta? Com menos de quantos cabelos se é calvo? Quantos grãos de areia fazem um monte?¹⁴ Ou que significa “animal” (será uma bactéria ou um vírus um animal)? Quando se transforma um feto num ser humano?

Sem prejuízo da tese do carácter principalmente normativo de todos os conceitos utilizados pelo direito¹⁵, observar-se-á que muitas

¹⁴ As duas últimas questões, em forma de “paradoxos”, foram já formuladas por EUBULIDES (filósofo sobretudo conhecido pelo famoso paradoxo do mentiroso: “nunca digo a verdade”).

¹⁵ Com efeito, deve manter-se que a generalidade dos conceitos legais (e os elaborados sobre aqueles pela jurisprudência ou ciência jurídica) são conceitos normativos. Que-rendo com isso dizer-se que eles seguem um modelo especial (um *modus recipiendi*, na expressão de W. RAIBLE), pertencem a uma linguagem específica, inserem-se numa arquitectura conceptual particular e participam de uma “lógica” e “leis” próprias. A formação e a aplicação de tais conceitos reflectem a teleologia imanente às normas legais – e a relação que nelas, à luz da respectiva *ratio*, se estabelece entre hipótese e estatuição – e ao sistema jurídico no seu conjunto, a função deste, se se quiser. Formulado doutro modo, os elementos da hipótese legal e os conceitos nesta contidos representam a “malha” juridicamente tecida pela qual os factos sociais são apreendidos ou “recortados” (apenas um certo domínio e alguns aspectos serão relevantes juridicamente, abstraído-se dos demais – o direito vive em grande parte da abstracção) e compreendidos ou valorados. Acostando-nos ainda a BAPTISTA MACHADO, dir-se-á que os factos aparecem configurados do ponto de vista do direito quando se procede à sua *in-spicium*, in-specção, segundo a *facti-species* e os conceitos aí utilizados.

Convém juntar que um termo ou conceito (técnicos ou não; a linguagem e os conceitos correntes ou normais quando aí incorporados sofram uma necessária “deformação”, são lidos com “óculos” ou “lentes” especiais) poderão variar de significado, mesmo no interior de um mesmo sistema jurídico, consoante o concreto “lugar”, o ramo do direito, o instituto jurídico, a *sedes materiae*, onde são empregues – é a chamada “relatividade dos conceitos jurídicos”, usando a expressão cunhada por MÜLLER-ERZBACH (a relatividade dos conceitos ou categorias jurídicas pode também ser entendida como a variação do seu significado em relação a outros domínios ou ciências, o que chama a atenção para a “transformação” ou “reformulação” a que, no discurso jurídico, se submetem os conceitos tomados de outras áreas). Assim, perguntar-se-á sempre o que significa aquele termo ou conceito “no sentido de determinada norma”, e a sua compreensão e a respectiva aplicação supõem necessariamente o conhecimento das disposições jurídicas em que se integra. Nomeadamente, dependerá da situação, do contexto ou da “moldura” (legal) determinar se o conceito usado o foi na sua acepção vulgar ou numa acepção técnico-jurídica (e portanto também variará a força de um argumento interpretativo baseado no sentido comum ou vulgar de certo termo). Em todo o caso, a decisão (a “competência das competências”) seguirá sempre critérios ou regras jurídicas.

Por exemplo, *posse* não significa o mesmo no direito penal e no direito civil; nem *acessão*, no direito civil e no direito internacional; tão-pouco *negligência* tem, nesses dois ramos do direito, exactamente o mesmo sentido; e *as causas de exclusão da ilicitude*, sob o mesmo nome embora, não se configuram rigorosamente em idênticos moldes nesses vários domínios; a distinção entre *prédio rústico e urbano* não se faz exactamente da mesma maneira no direito fiscal e no direito civil; *obrigação* pode assumir no direito comercial o significado de título negociável, representativo de uma dívida, emitido por uma sociedade.

Mas, por outro lado, a directa “intertextualidade” das normas e conceitos (expressa eventualmente de modo explícito em remissões), não os permite tomar isoladamente, sem considerar o todo, isto é, o sistema que é o ordenamento jurídico (na sua unidade). R. STAMMLER afirmou a este propósito, embora com um relativo exagero, que quando alguém aplica um preceito legal aplica todo o código no qual aquele se encontra (do ponto de vista da “constituição do texto” de um diploma legal ou de um código, não se poderá porém deixar de indicar a relativa autonomia e autarcia de certas partes – neste sentido, diz-se, um código aproxima-se mais de uma “obra de consulta” ou “que se folheia” do que de um romance ou narrativa – sem prejuízo de uma “intenção de coerência” quer *local* quer *global*).

Em suma, como explica BAPTISTA MACHADO, depois de referir que todos os conceitos utilizados pela lei são conceitos integrados num contexto ou sistema conceitual específico, e por isso conceitos normativos, “[a] diferenciação entre eles, a respectiva significação, a delimitação do alcance de cada um em face dos outros [...] são tudo problemas a resolver segundo critérios de articulações *interiores* ao sistema específico em que tais conceitos se integram, segundo a lógica própria desse sistema, de acordo com o *mapa topográfico* que a lógica intrínseca do sistema desenha”. E, adaptando a concepção e a terminologia de WITTGENSTEIN, poderá manter-se que a linguagem jurí-

vezes os conceitos normativos são parificados com os conceitos valorativos (aqueles cuja aplicação implica uma valoração, também ditos por isso conceitos carecidos de preenchimento valorativo, e dependem de certas e mutáveis “condições e concepções sociais”).

Mas é também frequente a aproximação dos conceitos normativos àqueles (como “alheio”, “funcionário”, etc.) que se referem a “factos institucionais”, por oposição aos “factos naturais ou brutos”, na esteira da distinção explicitada por J. R. SEARLE¹⁶, tomando como base a ideia

dica constitui um específico *Sprachspiel* (o complexo língua e actuação, referidas uma à outra), com o seu *Sprachgebrauch* próprio e regras particulares determinadas pelo diferente *Lebenskontext*.

¹⁶ Abra-se aqui um parêntesis para a necessária explanação de alguns aspectos do pensamento de J. R. SEARLE neste contexto. Preliminarmente, o autor quer explicar a totalidade da realidade institucional através de três noções ou elementos constitutivos: a noção de *intencionalidade colectiva* (insusceptível de ser reduzida à intencionalidade individual), a de *atribuição de função* (que sempre dependeria do, seria relativa ao, observador – contrariamente à causalidade natural –, enquanto pressupõe uma teleologia ou uma inerente normatividade) e a de *normas constitutivas* (ou “constitucionais”).

Mais em detalhe, expõe que os factos institucionais se caracterizam por apresentarem “características atribuídas socialmente”, as quais estão intimamente relacionados com normas ou convenções (só através destas acedem à existência), não se reportando puramente à experiência factual (nem dependendo directamente das propriedades físicas do objecto que desempenha o “status-função”).

E aponta seis elementos dos factos institucionais, que se passam a enunciar. *Primo*, os conceitos que os nomeiam têm uma espécie particular de auto-referência, traduzida no facto de uma parcela da sua definição já implicar que acreditemos ou estejamos convictos dessa sua qualidade ou função (por exemplo, forma parte da definição de dinheiro que se acredite que é dinheiro, se “tenha como dinheiro”); o paradoxo que de tal auto-referencialidade poderia resultar é mais aparente do que real: não necessitamos da palavra em causa para enunciar os factos que representam as funções desempenhadas (para pensarmos que algo é dinheiro e utilizá-lo como meio para acumular valor, como instrumento para pagar dívidas ou como moeda válida em geral, não carecemos da palavra *dinheiro*). *Secundo*, muitos deles são criados por enunciados performativos (em que “dizer é fazer”). *Tertio*, a prioridade lógica pertence aos factos naturais, só sobre estes se constroem os factos institucionais. *Quarto*, há-de existir uma relação sistemática ou inter-relacionamento entre eles (os factos institucionais estão desenhados precisamente com esse propósito). *Quinto*, prevalecem eles sobre os objectos sociais, ou seja, o processo ou a actividade tem primazia sobre o produto. *Sexto*, apresentam quase todos (pelo menos os mais fundamentais) uma componente linguística constitutiva, desde logo revelada no uso de expressões performativas ou realizativas na sua criação; a linguagem desempenharia neles uma função diferente da que preenche quanto aos factos brutos, não apenas descritiva mas uma fundamental função simbólica ou simbolizante

(ver ainda sobre alguns problemas aqui envolvido, na perspectiva do autor, adiante nesta nota)

Por outro lado, como traços gerais de uma teoria dos factos institucionais identifica o autor, desde logo, a circunstância de determinados “status-funções” (ou “funções de estatuto”) poderem ser impostas a certas entidades a que já tinham sido atribuídas outras “status-funções”, ou seja, a estrutura “*X* vale como (ou considera-se) *Y* em (no contexto de) *C*” é susceptível de ser reiterada, e assim os factos institucionais decorreriam muitas vezes de uma (prévia) instituição. Depois, o facto de existirem sistemas entrelaçados de tais estruturas iteradas operando prolongadamente no tempo (a acumulação e o inter-relacionamento dos “status-funções” e das formas de realidade institucional neles baseadas explicariam, em boa medida, que um instrumento simples e frágil se revele tão poderoso e gere um conjunto tão sólido). O teste para aferir da presença de um genuíno facto institucional seria a possibilidade de codificar de modo explícito as regras subjacentes. Em geral, as “status-funções” tratam ou referem-se a uma questão de poder (surgido da aceitação colectiva) – poderes *positivos ou negativos* (deveres), *condicionados ou não condicionados* (à verificação de certos pressupostos), relações de poder *simbólicas, deónicas, honoríficas ou processuais*. Assim se entenderia que os factos institucionais funcionassem causalmente. Além disso, os fenómenos sociais dependem de um *background* de capacidades, o qual possibilita a interpretação linguística e a interpretação perceptual, estruturando a consciência, as nossas experiências e a sequência destas (numa forma dramática ou narrativa), onde teriam especial importância as nossas disposições motivacionais, predispondo-nos para certos tipos de “expectativas” e de comportamentos.

Por último, cabe assinalar (o ponto ficou atrás de remissa) que, para SEARLE, também a linguagem ou a língua é um facto institucional (ou está condicionada por factos institucionais), tendo igualmente nela lugar (tanto no que se prende com o significado da palavra como com o significado intencionado pelo seu utente) a imposição de um “status-função”. A linguagem será até a instituição fundamental, independentemente de outras instituições, mas carecendo estas dela para existirem (os “status-funções” implicam necessariamente a representação de que um certo objecto possui determinado *status*, o que em último termo supõe a linguagem e as palavras necessárias para o exprimir, simbolizar ou indicar). Mas, sendo assim, a linguagem, enquanto instituição, não carecerá de uma instituição prévia, remetendo afinal para ela própria?! Não se cairá, então, num retrocesso infinito ou numa forma de circularidade? Uma primeira (mas em parte insatisfatória) réplica a tal dificuldade seria a de que a linguagem (ou língua) não pressupõe a linguagem, pois ela própria já é linguagem; mais precisamente haveria que assinalar ser a linguagem, à partida, concebida para operar como uma categoria auto-identificadora de factos institucionais. Porém, deparamos agora com a questão de por que não podem todos os factos institucionais possuir essa característica (auto-identificadora). A resposta, segundo ainda SEARLE, é a de que podem, mas então estaremos a tratar os objectos ou factos em questão (que encaramos como simbolizando algo a que se atribui, colectivamente, estatuto institucional) como pelo menos em parte tendo carácter linguístico. Ou seja, passar do *status* material ou fáctico (“bruto”) para o *status* institucional envolve *eo ipso* um “trânsito linguístico” (sendo que geralmente operado por

de regras ou normas constitutivas (por confronto com normas regulativas de uma realidade já existente) de uma “forma de vida”, de uma “actividade” ou de uma “prática institucional”, ideia aliás já avançada por L. WITTGENSTEIN.

C. IUS STRICTUM E IUS AEQUUM

1. Convém, por fim, contrapor dois grandes tipos (ideais) de regulamentação legal¹⁷. Referimo-nos às regulamentações casuísticas (do

palavras, pois revela-se mais fácil pensar por palavras, e certos pensamentos delas não prescindem em absoluto). Todos os factos institucionais, e, portanto, a linguagem também (mas com esta estaria a criar-se algo com capacidades representativas ulteriores), pressupõem ou têm como condição, antes, a capacidade de atribuir um sentido ou uma função simbólica (simbolizante) a um objecto que não o possui em si, intrinsecamente. Por fim, tida a anterior dificuldade por superada, recapitula o autor outras razões (menos abstractas) pelas quais os factos institucionais requerem a linguagem. Em primeiro lugar, a linguagem ou uma outra simbologia mostra-se epistemologicamente indispensável para reconhecer um facto institucional, visto a respectiva função, como já sabemos, não decorrer directamente da sua estrutura física (aquele suporia nomeadamente um indicador de “status”; pense-se no caso da moeda que trouxemos atrás à colação). Em segundo, os factos em causa, inerentemente sociais, têm de ser comunicados. Em terceiro, na vida real, os fenómenos em questão são extremamente intrincados, e a representação de tal informação tão complexa exige uma linguagem. Em último lugar, a existência continuada, a persistência de tais factos no tempo, independentemente da duração dos desejos e inclinações dos participantes na instituição, requer um meio para a sua representação livre dos estados (mais primitivos ou rudimentares) psicológicos pré-linguísticos dos participantes.

¹⁷ Como modelos ou estilos gerais de regulamentação, tipos de formulação, susceptíveis de serem acolhidas (ou porventura combinados) num código ou numa lei, podem indicar-se, como por exemplo o faz K. LARENZ (e na sua esteira, entre nós, C. A. MOTA PINTO), o *estilo casuístico*, o “*estilo das directivas*” (*der Richtlinienstil*) o *estilo abstractizante e generalizante* (*der abstrahierend-generalisierende Stil; die abstrakte Methode*).

Acostando-nos à exposição do mesmo autor, diremos que o primeiro desses estilos se caracteriza pela tentativa de regular a totalidade das situações da vida na sua concretezude, o mais próximo possível das suas particulares, levando pois a uma regulamentação extremamente minudente. E como expoente de tal tipo de formulação apontar-se-á o *Allgemeines Landrecht* prussiano de 1794, com os seus 19187 parágrafos (três dos quais abordando os precisos deveres entre a mulher e o homem quanto às relações sexuais, admitindo aliás em certas circunstâncias a recusa daquela do “débito conjugal”, e cinco outros, o problema do hermafroditismo; o casuismo, aliado a um propósito ex-

planatório e, a outro nível, a um indistigável patriarcalismo, da regulamentação deixa-se ainda ilustrar na seguinte disposição: “Eine gesunde Mutter ist dem Kind selbst zu säugen verpflichtet. Wie lange sie aber dem Kinde die Brust reichen sollte, hängt von der Bestimmung des Vaters ab” – II 2 §§ 67 e s., e sobretudo nos quase 60 preceitos – I 2 §§ 48 e ss. – dedicados à enunciação das coisas acessórias de várias coisas principais). No segundo estilo de regulamentação, que de algum modo representa uma via intermédia, através de (meras) directivas o legislador limita-se a fixar linhas de orientação e critérios genéricos (acaso plasmados em cláusulas gerais), os quais não apresentam elementos ou caracteres estritamente determinados. Recorre-se a conceitos maleáveis e fluidos (porventura a conceitos valorativos e indeterminados), sendo atribuída ao juiz uma relevante margem de apreciação. O *Código Civil suíço* (ZGB) de 1907 costuma ser mencionado como paradigma de tal tipo de norma.

O terceiro socorre-se de conceitos abstractos definidos e delimitados rigorosa e exactamente. Isso tornará, no normal dos casos, mais fácil a tarefa de subsunção. Outras vantagens de semelhante estilo, assente em formulações sintéticas e sucintas, residem na sua clareza e no facto de propiciar uma visão de conjunto harmoniosa, expressão afinal de uma valoração unitária. Uma regulamentação geral e abstracta serve ainda a flexibilidade e a adaptabilidade a novas e diferentes circunstâncias e concepções. Simultaneamente, possibilita-se um tratamento igual de casos idênticos ou semelhantes. As suas desvantagens estão na falta de inteligibilidade para os destinatários (cidadãos). De um modo geral, quanto mais abstracto e geral um conceito, desprendido das concretas manifestações e figurações da vida e do tráfico, mais difícil será a sua compreensão. Por outro lado, se formulado de maneira demasiadamente abstracta e geral, podem nele caírem situações que não se pretendiam abarcar, porque a elas não se adequa a estatuição, e serem omitidas diferenciações necessárias (a uma decisão justa para os casos concretos). Então, a jurisprudência e a doutrina vêm-se na necessidade de proceder a uma interpretação correctiva ou a diferenciações que quebrarão a unidade da lei. Semelhante estilo abstractizante e generalizante, traduzindo sobretudo preocupações de segurança jurídica e calculabilidade das decisões, supõe, como se compreende, a possibilidade de recorrer a uma ciência jurídica que disponibilize, em virtude de uma capacidade de abstracção altamente desenvolvida, um repositório dos necessários conceitos e formulações (gerais). Assim sucedeu para o *Código Civil alemão* (BGB) de 1896. Onde, por exemplo, para se tomar um caso representativo afim à sua Parte Geral, seguindo-se o percurso antecipadamente trilhado pela pandectística, se passou dos “tipos sociais” da compra e venda, da doação, do aluguer, do casamento, dos esposais, etc., ao conceito mais geral, mas ainda compreensível para um leigo, de contrato; subsequentemente, deste transitou-se para o conceito de negócio jurídico – para incluir aquelas situações onde apenas uma parte exprime a sua vontade, como sucede no testamento, na denúncia de um contrato, etc. –, já estranho a um não-jurista; e, nessa demanda pela maior abstracção possível, chegou-se finalmente, como “fecho da abóbada”, ao conceito (“ra-refeito”) de declaração negocial (decomposta ainda num elemento interno, a vontade, e num elemento externo, a declaração) – desse modo, quis-se decantar a ídica de negócio de eventuais elementos “exteriores”, como por exemplo a forma; e sobre tal noção

domínio do *ius strictum*), por um lado, e às “cláusulas gerais” (do domínio do *ius aequum*), por outro.

Nas primeiras, a lei procede a uma enumeração, a uma “inventariação” do objecto a disciplinar. Se porventura promove a certeza, tal tipo de regulamentação, como indica BAPTISTA MACHADO, é muitas vezes inconveniente, “já pela própria complexidade da matéria a regular, já por se tratar de relações sociais sujeitas a mutações aceleradas, já por se tratar de relações em que o contacto entre as partes se estabelece de forma a envolver dimensões mais profundas da pessoa de cada uma delas”. E o mesmo autor acrescenta: “[p]or outro lado, a regulamentação casuística corre sempre o risco de conter omissões” (desembocando em “lacunas de regulamentação” – não compreendendo todas as situações carecidas do mesmo tratamento jurídico – e “lacunas de excepção” – abrangendo inadvertidamente situações que reclamariam um tratamento diferente). Perante uma enumeração não taxativa, mas meramente exemplificativa ou demonstrativa, podendo portanto o aplicador ir além do “catálogo” da lei, a principal dificuldade estará antes na falta de uma “ajuda de orientação” (de um “norte”), ficando por proclamar uma “idéé directrice” a que obedeçam os casos previstos e a ampliação destes pelo juiz (E. KRAMER).

2. No que respeita às cláusulas gerais, as suas virtualidades já ficaram retratadas brevemente (a evitação uma disciplina fragmentária ou, no outro extremo, pesada e minudente). Demais disso, elas contêm frequentemente uma referência à própria finalidade da regulamentação legal (traço que porventura as “definições intensionais” partilham), facilitando assim o trabalho do aplicador.

Não existe, no entanto, absoluta unanimidade sobre o que seja uma cláusula geral. Diz-se, nomeadamente, que estas se caracterizam pela sua “abertura”, por um potencialmente amplo ou extenso campo de aplicação, pelos numerosos casos ou situações abrangidos. E o seu âmbito de incidência mostrar-se-ia indefinido à partida (na terminologia atrás explicada, os candidatos neutros serão em grande número). Mas há quem fale já de cláusulas gerais perante uma regulamentação genéri-

se estruturou depois a disciplina de questões tão relevantes (para os contratos, afinal) como o são, entre outras, a do erro e a da incapacidade.

Uma via semelhante adoptou, em boa parte e com forte influência germânica, o Código Civil português. Sobre isto e o estilo legislativo do Código de 1966, ver ainda o nosso *À volta da ideia e do significado da codificação...*, cit.

ca visando o comum dos casos – e aqui até não seria decisivo o critério da frequência empírica, da extensão da regulamentação ou da quantidade, mas antes o do seu “peso específico” ou o seu carácter de regra (por oposição às normas ou regras especiais, ditadas por razões privativas de certo sector de relações). Então, muitas vezes, tratar-se-á de “normas de captação” (“Auffangtatbestände”), com natureza subsidiária. Contudo, não se deixa de obtemperar que a cláusula geral, aparecendo depois de uma previsão detalhada e minuciosa, lhe introduz, eventualmente, excepções em “casos especiais”; ou preverá uma última possibilidade de “correção” da regulamentação que a antecede e à qual se refere (que pode também estar na forma de uma cláusula geral), geralmente por razões de equidade.

Pretendem certos autores, começando por apontar as múltiplas conexões existentes entre as cláusulas gerais, os conceitos normativos e os conceitos indeterminados, distinguir tais categorias em último termo pelo grau de abstracção (do mais elevado para o menos elevado, na ordem em que se acabaram de enumerar).

Indica-se, doutra banda, consistir a cláusula geral numa máxima, pauta ou critério de decisão, para todo um certo domínio, resultante principalmente da indicação do fim ou das finalidades prosseguidas. Agora tender-se-á a aproximá-la da enunciação de princípios gerais.

Verdadeiramente característico das cláusulas gerais, sustentam outros, seria a necessidade de precisar ou concretizar o seu conteúdo, careceriam elas de “preenchimento valorativo” para serem susceptíveis de aplicação a uma situação concreta – mas semelhante nota em grande parte resulta da inclusão muito frequente senão constante de conceitos indeterminados, por vezes vários, na cláusula geral. Assim, nela estaria envolvido certo grau de “discricionariedade *intra legem*”, gozando o aplicador de um maior poder de decisão, erigido porventura (numa concepção algo diferente) em “legislador complementar (ou sucedâneo)”.

3. O que não seria porém óbice ao seu carácter vinculativo. Designadamente, acentua-se que a respectiva concretização se há-de realizar com base em critérios objectivos, sendo esse procedimento passível de extenso controlo. Realça-se sobremodo a necessidade de convocar nesse contexto a totalidade das demais regras e dos princípios do ordenamento, incluindo os “precedentes” disponíveis (tratamos aliás aqui com um dos domínios predilectos do “direito judiciário”); e no esforço de concretização das cláusulas gerais assume, como se sabe, particular

importância a construção pela jurisprudência e pela doutrina de “grupos de casos”), que com aquela apresentem uma qualquer (material, lógica ou teleológica) conexão – o “systematische Test” de que fala F. BYDLINSKI. De resto, os critérios de decisão poderão ser colhidos noutros complexos normativos, constituindo assim as cláusulas gerais “remissões” ou, mais poeticamente, “janelas do direito” para outras áreas normativas ou valorativas.

4. B. RÜTHERS atribui, em termos muito gerais, às cláusulas gerais três fundamentais e conexas funções: uma “*função de lacuna*” (uma incompletude querida pelo legislador), uma “*função de adaptação*” (à mutação das circunstâncias e dos valores) e uma “*função de criação do direito*” (delegada no aplicador).

Por seu lado, H. GARSTKA refere que as cláusulas gerais se caracterizam pelo elevado grau de indeterminação, generalidade e abstracção dos conceitos nela compreendidos ou das respectivas hipóteses. E distingue: As *cláusulas gerais* “*salvatórias*”, as quais permitem superar “posições jurídicas formais” e decidir contra o seu titular (poderá falar-se de uma função limitativa, de controlo ou de correcção do exercício de posições jurídicas); pense-se nas figuras da *negotiae bona fidei*, do *boni et auquui*, assim como da *exceptio dolis*, e em geral no abuso de direito. As *cláusulas gerais* “*extensificantes*” (“*amplificadoras*”), que ao contrário das anteriores não restringem o *ius strictum*, mas criam uma ordenação (ou uma “autorização”) sobreposta às demais, e em face da qual estas representarão disposições especiais (apontar-se-á para uma função de complementação); amplia-se, pois, a extensão da regulamentação legal, a par de um muito elevado grau de indeterminação. Aqui se inserirão ainda as “*normas de captação*”, destinadas a colmatar lacunas na ausência de preceitos especiais. E as “*Angstklausen*”, onde se consagra uma “hipótese-recurso” formulada propositadamente de maneira muito vaga, à qual se recorrerá se se constata na aplicação da lei que esta olvidou enunciar determinado caso. Por fim, as *cláusulas gerais* “*autónomas ou reguladoras*”, que não surgem como as anteriores (cerceando ou ampliando o domínio de aplicação de outras disposições) em directa conexão com outras normas, tendo antes um conteúdo regulativo próprio (função regulativa). Muitas vezes, será assinalada, *grosso modo*, a relevância, e demarcados os seus efeitos jurídicos (ou fornecidos critérios igualmente gerais para o efeito), de certas situações da vida, tarefa doutro modo insusceptível de ser levada a cabo, dada a sua indeterminação e indefinição (actual) e

atendendo à complexidade da questão jurídica envolvida.

Já G. TEUBNER, num trabalho seminal a propósito dos bons costumes (“guten Sitten”), refere três funções basilares das cláusulas gerais: a “*função de recepção*”, traduzida na incorporação das normas sociais; a “*função de transformação*”, por força da qual meros (simples representações de) valores sociais (sem constituírem ainda normas mas representando só pré-formas destes) seriam elevadas a regras de comportamento pelo juiz; a “*função de delegação*”, consistindo na transferência de tarefas legislativas para o poder judicial. TEUBNER sublinha, noutro plano, que o alto grau de indeterminação predestina as cláusulas gerais “justamente para assumirem o papel de normas de colisão para conflitos entre sistemas sociais parciais”.

5. Se se quiser, e muito concisamente, a necessidade e conveniência do recurso às cláusulas gerais deriva da impossibilidade ou incapacidade do legislador de regular exaustiva ou extensamente, proporcionando critérios valorativos de decisão completos e adequados, certos domínios da vida social, em razão da imprevisibilidade ou imponderabilidade das específicas configurações ou fisionomias das relações aí verificáveis.

O uso de cláusulas gerais (e uma especial parcimónia será pedida em certos domínios, como o direito penal) comporta porém um não menosprezável sacrifício e risco para a segurança e certeza jurídicas, ao assim se fornecer menor “orientação” ao juiz, ao se “fortalecer” a posição da instância aplicadora da lei, chamada a exercer o seu “prudente arbítrio”; e tanto mais quanto aquelas comportem uma “função de delegação” (a designação “normas de delegação” para caracterizar as cláusulas gerais provém, como se sabe, de P. HECK; elucidativa é também a expressão de J. W. HEDEMANN “*ein Stück offengelassener Gesetzgebung*”). E encobre por vezes uma demissão do legislador da sua precípua responsabilidade (política) de encontrar uma regulamentação (justa, adequada e certa) para os problemas e conflitos sociais; aquele esconde-se por detrás de “dilatórias fórmulas de compromisso” (C. SCHMITT), tergiversando, tendendo para um “legislar meramente simbólico”. Fala-se então numa “fuga para as cláusulas gerais” (J. W. HEDEMANN).

6. Em face do que se disse, dos inconvenientes e méritos assacados, por um lado, à regulamentação casuística e, por outro, às cláusulas gerais, surgirá como particularmente recomendável, em muitas áreas,

que a lei combine ou junte uma enumeração meramente exemplificativa (“em especial quando: ...”; “designadamente se: ...”) com uma cláusula geral que recubra as restantes hipóteses. Tal técnica legislativa seria a que melhor permitiria conciliar “sowohl den Bedürfnissen nach rechtsstaatlicher Sicherheit als auch nach zukunftsgerichteter Rechtssetzung” (H. HILL). Como explica E. KRAMER, a enumeração dos casos mais marcantes ou representativos (à altura da promulgação) auxiliaria a orientação dos destinatários da lei, e, para os aplicadores, seria sempre bem-vindo material ilustrativo atinente ao sentido a seguir na concretização e desenvolvimento da cláusula geral (quando nenhuma das concretas hipóteses especificamente enumeradas se verifique).

7. E, de facto, reiteradamente o legislador socorre-se dessa técnica. O que se exemplificará com a disciplina da resolução por incumprimento do contrato de arrendamento urbano pelo senhorio, contida no art. 1083.º, n.º 2, do CC (na redacção que resulta da Lei que aprovou o Novo Regime do Arrendamento Urbano – NRAU). Aí começa-se por estabelecer uma cláusula geral (“É fundamento de resolução o incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento [...]”), e depois procede-se a uma enumeração exemplificativa dos casos que poderão constituir um incumprimento grave (“[...] designadamente, quanto à resolução pelo senhorio: a) [...]; b) [...]; c) [...]; etc.). Ocorrerá aliás notar que as várias alíneas do n.º 2 do art. 1083.º contêm abundantes conceitos indeterminados: “[...] violação reiterada e grave de regras de higiene, de sossego, de boa vizinhança ou de normas constantes do regulamento do condomínio; “[...] utilização do prédio contrária à lei, aos *bons costumes* ou à *ordem pública*” (itálicos nossos).

8. A combinação da uma cláusula geral e de uma enumeração exemplificativa não deixa porém, por sua vez, de suscitar problemas do domínio da interpretação lógico-sistemática (como advertem especialmente H. KLANG e F. BYDLINSKI). Em princípio, os casos previstos de modo singular e preciso na enumeração cairão patentemente no âmbito ou campo da cláusula geral. Daí que, desde logo, a esta última não se tenha que recorrer se o caso *sub judice* se subsume numa daquelas. Mas pode passar-se, excepcionalmente, que a norma “especial”, ou seja, uma das hipóteses elencadas, se revele menos precisa (tomada na sua letra; no exemplo do direito português atrás dado, isso poderá muito bem acontecer desde logo pelo uso de conceitos indeterminados nas

várias alíneas) do que a norma geral, *rectius*, a cláusula geral. E que, por conseguinte, a consideração desta última, a ponderação da *ratio legis* de todo o preceito nela expressa, imponha uma interpretação restritiva ou uma redução teleológica daquela primeira. Voltando ao nosso exemplo, uma utilização do prédio contrária à lei, nos termos da al. b), pode ainda não constituir, por exemplo pela atípica situação em causa, um incumprimento que, nos termos do proémio do n.º 2 do 1083.º, “[...] pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento”.

Por outra banda, haverá também que saber se naqueles casos onde falta um elemento de uma das hipóteses especificamente enumeradas é lícito recorrer (ainda) à cláusula geral. Como indicam os autores anteriormente nomeados, não se afigura curial suprir a ausência desse elemento através da simples menção da cláusula geral, pois dessarte privar-se-ia de verdadeiro sentido a conformação de *facti-species* específicas. Mostrar-se-á necessária a presença de outra(s) circunstância(s) que possa(m) “suprir” o elemento da hipótese em falta, ao ser-lhe(s) atribuído um peso ou uma relevância semelhante ou idêntico (nos termos – digamos – de um “sistema móvel”). No exemplo dado, pode perguntar-se se uma única ou isolada violação das “regras de higiene, de sossego, de boa vizinhança ou de normas constantes do regulamento do condomínio” (note-se que a al. a) do n.º 2 do art. 1083.º exige uma “violação reiterada” de tais regras) é susceptível de constituir causa de resolução pelo senhorio por traduzir um “incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível [...] a manutenção do arrendamento” (conforme se prevê em termos gerais no proémio do n.º 2 do art. 1083.º).

INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

Para além das obras citadas nas notas de rodapé, mencionem-se ainda as seguintes:

ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Digesta. Escritos acerca do Direito, do pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros* (Vol. 1.º e Vol. 2.º), Coimbra, 1995

A. MENEZES CORDEIRO, *Introdução à edição portuguesa de “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”* (C-W. Canaris), Lisboa, 2008

A. VARELA / J. M. BEZERRA / SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 1985

A. KAUFMANN / W. HASSEMER (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Reststheorie der Gegenwart*, Heidelberg, 1994

ARTHUR KAUFMANN, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, Köln, 1984
Analogie und „Natur der Sache“, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Heidelberg, 1982

ARTHUR SCHOPENHAUER, *Ueber Schriftstellerei und Still*, Berlin, 2003

B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Torino, 2001

BERND MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2003

BERND RÜTHERS, *Rechtstheorie*, München, 1999

Wir denken die Rechtsbegriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip, Zürich, 1987

Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen, 1968

BERNHARD GROSSFELD, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996

Zauber des Rechts, Tübingen, 1999

BRYAN A. GARNER, *The Elements of Legal Style*, Oxford, 2002

BRYAN R. WILSON (ed.), *Rationality*, Oxford, 1970

CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1970

Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, 2005 (4.ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto)

CH. PERELMAN / P. FORIERS (publ.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, 1974

CLAUS-WILHELM CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin, 1983

DIETER HORN, *Rechtssprache und Kommunikation*, Berlin, 1966

DANS SPERBER / DEIRDRE WILSON, *Relevance. Communication and Cognition*, Oxford, 1986

DAVID DUARTE / ALEXANDRE S. PINHEIRO / MIGUEL L. ROMÃO / TIAGO DUARTE, *Legística. Perspectivas Sobre a Concepção e redacção de Actos Normativos*, Coimbra, 2002

DONALD DAVIDSON, *Truth, Language, and History*, Oxford, 2005

EDGAR MORIN, *La méthode 4. Les idées – Leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation*, Paris, 1991

EIKE VON SAVIGNY, *Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren*, München, 1973

E. ALCARAZ VARÓ, *El inglés jurídico*, Barcelona, 2002

E. ALCARAZ VARÓ / BRIAN HUGHES, *El español jurídico*, BARCELONA, 2002

ERNEST GELLNER, *Words and Things*, London, 1968

ERNST CASSIRER, *La Philosophie des formes symboliques. 1. Le Langage*, Paris, 1972

ERNST FORSTHOFF, *Recht und Sprache: Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Darmstadt, 1964

FERDINAND DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, 1995

FRIJOF HAFT, *Juristische Rhetorik*, Freiburg, 1987

G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktionen in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*, Weimar, 1859

GIOVANNI TARELLO, *L'Interpretazione della Legge*, Milano, 1980

GERHARD OTTE, *Komparative Sätze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie. II (1972), págs301 e ss.

GÜNTHER GREWENDORF (Hrsg.), *Rechtskultur als Sprachkultur; zur forensischen Funktion der Sprachanalyse*, Frankfurt am Main, 1992

GÜNTHER TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt am Main, 1971

GUSTAV RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1959 (que se consultou na 2.^a edição, editada por K. Zweigert, de 1980).

Rechtsphilosophie. Studienausgabe, München, 2003 (existe uma excelente tradução portuguesa de Cabral Moncada da edição de 1934, que aliás corresponde à edição revista citada)

HANS DÖLLE, *Vom Stil der Rechtssprache*, Tübingen, 1949

HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1992

HORST HEINRICH JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, Paderbon, 1983

H. HANNAPEL / H. MELENK, *Alltagssprache*, München, 1990

HELMUT HATZ, *Rechtssprache und juristische Begriff*, Stuttgart, 1963

HEINRICH HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*, München, 1977

HEINRICH LAUSBERG, *Handbuch der Literarischen Rhetorik*, Stuttgart, 1990

- HUBERT ROTTFLEUTHNER, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg, 1981
- HEINZ SCHÄFER (Hrsg.), *Theorie der Rechtssetzung*, Wien, 1988
- H. SCHMIDINGER / C. SEDMAK (Hrsg.), *Der Mensch – ein «animal symbolicum»? Darmstadt, 2007*
- HEINRICH TRIEPEL, *Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts*, Heidelberg, 1947
- HANS-JOACHIM KOCH (Hrsg.) *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg, 1976
- H. ALBERT / E. TOPITSCH (Hrsg.), *Werturteilsstreit*, Darmstadt, 1979
- HANS ALBERT, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, 1991
- HANS Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960 (existe uma superlativa tradução para português de B. Machado)
- HERMANN HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg, 1982
- IAN MCLEOD, *Legal method*, London, 2007
- Legal theory*, London, 2007
- JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983
- JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação*, BFDUC, vol. LXIII (1987), págs. 406 e ss.
- J. M. CONLEY / W. M. O'BARR, *Just Words. Law, Language and Power*, Chicago, 1998
- J. P. VINAY / J. DARBELNET, *Stylistique comparée du français et de l'anglais*, Paris, 1977
- J. S. PTÖFI / A. PODLECH / EIKE VON SAVIGNY (Hrsg.), *Fachsprache – Umgangssprache*, Kronberg, 1975
- J.-L. SOURIOUX / P. LERAT, *Le langage du droit*, Paris, 1975
- JACINTO MARTÍN MARTÍN, *Normas de Uso del Lenguaje Jurídico*, Granada, 1991
- JAN M. SMITIS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, London, 2008
- JEAN-BERNARD AUBY, *La globalisation. Le droit et l'État*, Paris, 2003
- JEREMY BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham, Jeremy Bentham*, Vols. I-XI (http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php?person=172&Itemid=99999999)
- JOHN M. CONLEY / WILLIAM M. O'BARR, *Just Words. Law, Language and Power*, Chicago, 1998
- JOHN R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, 1995
- Mind, Language and Society, Philosophy in the Real World*, New York, 2001
- J. MIRANDA / M. REBELO DE SOUSA (coord.), *A feitura das leis*, vols. I e II, Lisboa, 1986

- JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma recepção*, Lisboa, 1990
- JULIUS ERLER, *Die Sprache des neuen Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin, 1896
- JÜRGEN RÖDIG (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlin, 1976
- JÜRGEN RÖDIG / EBERHARD BADEN / HARAKD KINDERMANN, *Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlin, 1975
- JUSTUS WILHELM HEDEMAN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933
- KARL-HEINZ STRACHE, *Das Denken in Standards: Zugleich ein Beitrag zur Typologik*, Berlin, 1967
- K. LARENZ / M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004
- KENNETH J. VANDEVELDE, *Thinking Like a Lawyer*, Oxford, 1996
- KARL ENGISCH, *Die Relativität der Rechtsbegriffe*, Berlin, 1958
- Einführung in das juristische Denken*, Berlin, 2005 (10. Auflage herausg. und bearb. von Thomas Würtenberger; há uma inexecedível tradução de Baptista Machado da 3.^a edição de 1964)
- KLAUS VORPEIL, *Urteilssprache im internationalen Vergleich*, NJW, 1994, págs. 1925 e ss.
- LUDWIG GÜNTHER, *Recht und Sprache. Ein Beitrag zum Thema vom Juristendeutsch*, Berlin, 1898
- Le Raisonement Juridique. Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale* (publiés par Hubert Hubien), Bruxelles, 1971
- LOTHAR KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, Berlin, 1977
- LUDWIG WITTEGENSTEIN, *Werkausgabe in 8 Bände* (Suhrkamp)
- M. HERBERGER / D. SIMON, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Frankfurt am Main, 1980
- M. TULLIUS CICERO, *De Optimo Genere Oratorum*
- De Finibus Bonorum et Malorum* (<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/optgen.shtml>)
- MARY DOUGLAS (ed.), *Rules and Meanings*, London, 1973
- MICHEL FOUCAULT, *Les Mots et les Choses*, Paris, 1966
- P. BROOKS / PAUL GEWIRTZ (org.), *Law's Stories. Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, 1996
- Natalino Irti, *Norme e fatti: saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984
- PAUL KIRCHHOF, *Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache*, Berlin, 1987
- PAUL AMSELEK (dir.), *Théories des actes de langage, éthique et droit*, Paris, 1986
- PETER E. TIERSMA, *Legal Language*, Chicago, 1999
- PETER L. BERGER / BRIGITTE BERGER, *Sociology: A Biographical Approach*,

London, 1981

PETER L. BERGER / THOMAS LUCKMANN, *The Social Construction of Reality*, New York, 1966

PETER NEWMARK, *Paragraphs on Translation (Topics in Translation)*, London, 1993

A Textbook of Translation (Skills), London, 1988

R. MÜLLER-ERZBACH, *Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes: Zur Beleuchtung der Begriffsjurisprudenz; Vortrag gehalten in der Wiener Juristischen Gesellschaft, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Bd. 32, págs. 343 e ss.

R. WASSERMANN / J. PETERSEN (Hrsg.), *Recht und Sprache. Beiträge zu einer bürgerfreundlichen Justiz*, Heidelberg, 1983

R. ZÄCH, *Recht und Sprache*, in *Rechtsanwendung in Theorie und Praxis. Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, Basel, 1993

RAUL GUICHARD, *Zur Bedeutung der Präjudizien für die Rechtsprechung nach deutschen Recht*, Trier, 1987 (polic.)

Regras de Legística a Observar na Elaboração de Actos Normativos da Assembleia da República, Lisboa, 2008 (http://www.parlamento.pt/Arquivo-Documentacao/Documents/AR_Regras_Legistica.pdf)

RENÉ DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, 1911

RICHARD ROBINSON, *Definitions*, Oxford, 1969

RODOLFO PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2004.

Informatica e diritto, Milano, 1986

ROLF WANK, *Die juristische Begriffsbildung*, München, 1985

RUDOLF HAAS, *Recht und Sprache*, München, 1996

SALVATORE PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978

SANDRA BEATRIZ HALE, *The Discourse of Court Interpreting: Discourse practices of the law, the witness and the interpreter*, Amsterdam, 2004

STEVEN PINKER, *How The Mind Works*, London, 1998

The Language Instinct: The New Science of Language and Mind, Oxford, 1995

Words and Rules: The Ingredients of Language, London, 1999

The Stuff of Thought: Language as a Window into Human Nature, Oxford, 2008

T. VIEHWEG / F. ROTTER (ed.), *Recht und Sprache*, ARSP, 9, Wiesbaden, 1977

THEO ÖHLINGER (Gesamtredaktion), *Methodik der Gesetzgebung: legistische Richtlinien in Theorie und Praxis*, Wien, 1982

THOMAS NICKEL, *Die Erklärungsfiktion im bürgerlichen Recht*, Frankfurt am Main, 1997

TONIO WALTER, *Kleine Stilkunde für Juristen*, München, 2002

U. SCARPELLI / PAOLO DI LUCA (a cura di), *Il Linguaggio del Diritto*, Milano, 1994

ULRICH KLUG, *Juristische Logik*, Berlin, 1982

UWE WESEL, *Fast alles, was recht ist. Jura für Nicht-Juristen*, Zürich, 2004

VALENTIN PETEV, *Das Recht der offenen Gesellschaft. Grundlegung einer Philosophie des Rechts*, Berlin, 2001

W. KAMLAH / P. LORENZEN, *Logische Propädeutik: Vorschule des vernünftigen Redens*, Stuttgart, 1996

W. SCHRECKBERGER (Hrsg.), *Gesetzgebungslehre: Grundlagen, Zugänge, Anwendung*, Stuttgart, 1986

WALTER E. WEISFLOG, *Rechtsvergleichung und juristische Übersetzung. Eine interdisziplinäre Studie*, Zürich, 1996

WALTER MERK, *Werdegang und Wandlungen der deutschen Rechtssprache*, Marburg, 1933