

CONCEITOS INDETERMINADOS E FIGURAS AFINS

Carlos C. Proença¹

Sumário: **1.** Os conceitos indeterminados; **1.1.** Noção e razão da existência dos conceitos indeterminados na ordem jurídica; **1.2.** A interpretação dos conceitos indeterminados e a limitação das técnicas subsuntivas e silogísticas; **2.** Referências legais; **2.1.** No Direito Administrativo; **2.1.1.** Em especial, no Direito Financeiro; **2.1.2.** Em especial, no Direito Tributário; **2.2.** Noutros ramos do Direito, sobretudo privado, e na ordem jurídica da União Europeia (breve referência); **3.** Figuras afins; **3.1.** Discricionariedade; **3.2.** Discricionariedade técnica; **3.3.** Valores e princípios? **4.** O preenchimento da indeterminação conceptual e alguma liberdade para o ativismo judicial.

¹ Licenciado, Mestre e Doutor (*PhD*) em Direito; Professor Adjunto do ISCAL-IPL; Professor Auxiliar da UAL; Jurista no Tribunal de Contas.

1. Os conceitos indeterminados

1.1. Noção e razão da existência dos conceitos indeterminados na ordem jurídica

É um dado assente que a ordem jurídica assenta, normalmente, em conceitos claros, fixos, definidos, rígidos ou densos (em suma, determinados), os quais permitem a aplicação imediata das inerentes normas, logo a obtenção direta e automática dos efeitos jurídicos constantes das respetivas estatuições, assim se alcançando e garantindo a certeza e a segurança do sistema jurídico.

Não obstante ser esta a tendência, não menos verdade é que o legislador, por vezes, também recorre, enquanto técnica legislativa e aquando da elaboração de algumas normas jurídicas, tanto de Direito público como de Direito privado, aos chamados conceitos indeterminados¹, os quais podem ser definidos como conceitos cujo conteúdo e alcance é *impreciso*, caracterizando-se ainda pela sua *maleabilidade*. Karl ENGLISH definiu-os como “*conceitos cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos*”².

Esta incerteza, ou imprecisão, consiste numa indeterminação *a priori* de tais conceitos e decorre do reconhecimento, pelo próprio legislador, da sua incapacidade natural para prever todas as possíveis situações quotidianas, as quais multiplicam-se e apresentam-se com elementos inovadores a cada dia. Para a justificação do recurso, pelo legislador, aos conceitos indeterminados contribui, portanto, e como ensina J. BAPTISTA MACHADO, a abertura da ordem jurídica a uma “*mudança das conceções sociais e às alterações da vida trazidas pela sociedade técnica – isto é, [a ordem jurídica] precisa de adaptar-se e de se fazer permeável aos seus próprios fundamentos ético-sociais*”³.

Consequentemente, neste tipo de conceitos, ao intérprete da inerente norma cabe um papel decisivo no preenchimento da indeterminação, o qual só ocorre *a posteriori*, isto é, após a ocorrência de um caso concreto e real de vida, suscetível de despoletar a aplicação do preceito que emprega tal tipologia concetual. Nas palavras de José de OLIVEIRA ASCENSÃO, estamos diante de normas “*cujo conteúdo não é imediatamente apreensível*”, pelo que o conteúdo do preceito indeterminado (ou da norma jurídica que o emprega) “*exige o confronto com categorias da vida social*”⁴.

¹ Também designados de *preceitos indeterminados* ou *cláusulas gerais*, como se ensina na *Introdução ao Estudo do Direito*, nomeadamente de acordo com as lições de José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 9.ª edição, Coimbra, 1995, p. 228; ou de J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1995, p. 113 e ss.

² Cfr. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 10.ª edição (edição em português), Lisboa, 2008, p. 208.

³ Cfr. *op. cit.*, p. 113.

⁴ Cfr. *op. cit.*, p. 228.

Os conceitos indeterminados são, portanto, conceitos *vagos*, empregues pelo legislador e carecidos de preenchimento pelos aplicadores do Direito (no caso do Direito Administrativo, onde tal tipo de preceito mais prolifera⁵ e releva, serão, *prima facie*, os órgãos administrativos e, no âmbito do controlo a que os mesmos estão sujeitos, os tribunais administrativos), encontrando-se nas também denominadas normas *abertas*⁶, pautadas pela ausência de conceitos fixos, sujeitas, por isso, a valorações autónomas protagonizadas pelo intérprete⁷. Daí a sua maleabilidade.

O grau de indeterminação dos conceitos nem sempre é igual, podendo variar, o que significa que alguns conceitos indeterminados são também *gradativos*, pressupondo, portanto, uma graduação que deverá ser feita pelo aplicador da norma jurídica (*maxime* pelo julgador).

1.2. A interpretação dos conceitos indeterminados e a limitação das técnicas subsuntivas e silogísticas

Constando de normas jurídicas (ou da sua estrutura), *maxime* de natureza legislativa, mais precisamente da respetiva *previsão*, ou dos seus *pressupostos de facto*, os conceitos indeterminados não estão isentos da tarefa interpretativa a cargo do aplicador do direito, o qual, também em relação a eles, deve, previamente à respetiva aplicação, determinar o seu sentido e alcance, naturalmente no contexto do sistema jurídico onde os mesmos se inserem.

Também no âmbito da interpretação das normas jurídicas que empregam conceitos indeterminados, a qual igualmente conjuga a letra da lei com o respetivo espírito, apenas um resultado interpretativo se afigurará correto, o qual concluirá pela verificação, ou não, do preceito indeterminado interpretando. Não será, portanto, pelo recurso aos conceitos indeterminados, por parte do legislador, que as inerentes normas poderão comportar várias interpretações, ou resultados interpretativos alternativos, por aqui, desde já, se distinguindo tal figura de outras figuras afins, como a *discricionariedade*, que adiante veremos. Sucede sim que, da análise da norma, o intérprete conclui que o legislador, ao utilizar conceitos indeterminados, quis que fosse aquele a precisar tais conceitos,

⁵ A título de exemplo, encontramos os conceitos de “*interesse público*” ou de “*conveniência de serviço*”.

⁶ Esta abertura de algumas normas jurídicas também pode significar um espaço de atuação, não apenas do aplicador do direito nem necessariamente deste, mas do próprio legislador. Assim sucede com as normas constitucionais abertas, entendida como “*abertura vertical, para significar o carácter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, se «abrem» à mediação legislativa concretizadora*”. Assim J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Coimbra, 2005, p. 1164 e 1165.

⁷ Cfr. Karl ENGLISH, *op. cit.*, p. 207; J. BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 113.

apresentando-se esse preenchimento como condição da verificação da previsão, ou dos pressupostos de facto, logo, e também, da aplicação da norma.

Sob o ponto de vista da metodologia, a indeterminabilidade dos conceitos significa, igualmente, que as normas que os consagram implicam uma *delegação* nos órgãos aplicadores das mesmas, que os concretizarão. Tais conceitos opõem-se, assim, aos conceitos *fixos*, *rígidos* ou *densos* (todos estes definidos, ou *determinados*, à partida), também empregues pelo legislador, mas como técnica alternativa.

Os conceitos indeterminados desafiam, pois, a hermenêutica jurídica⁸, limitando as *técnicas ou esquemas subsuntivos*, protagonistas de uma aplicação automática de normas jurídicas, pautada pela técnica da mera subsunção de um caso concreto e real de vida à previsão de um preceito legal (necessariamente fixo ou “determinado”), da qual decorrerá o necessário efeito ou consequência jurídica. Tais conceitos aniquilam ainda os *silogismos jurídicos* (v.g. judiciários), materializados na dedução de conclusões lógicas nas decisões (v.g. dos órgãos da Administração Pública, dos Tribunais), traduzidas nas estatuições das normas jurídicas aplicadas às situações da vida, deduzidas de duas premissas, uma maior (os pressupostos de facto constantes da previsão da norma interpretanda) e outra menor (a factualidade concreta)⁹.

Na verdade, também se poderá dizer que, diante de um conceito indeterminado, o intérprete terá, *ex ante*, apenas noção, ou ciência, daquilo que o mesmo não compreende, desconhecendo, no entanto, todas as possíveis situações que tal conceito poderá contemplar, as quais vão surgindo quotidianamente; e somente após esse surgimento, portanto *ex post*, poderão as mesmas ser analisadas à luz do conceito indeterminado em análise, ou seja, *casuisticamente*, concluindo-se pela sua verificação ou pela sua não verificação.

2. Referências legais

Como já se afirmou, os conceitos indeterminados estão presentes em todos os ramos do Direito, público ou privado. Refira-se, a este título, nomeadamente, a *boa fé*, transversal a todo o edifício

⁸ Num texto de 1987, António MENEZES CORDEIRO identificou nos conceitos indeterminados “*modelos de decisão fluidos*” caracterizados pelo “*arbítrio do interprete-aplicador*”. Cfr. *Tendências Actuais da Interpretação da Lei: do Juiz-Autómata aos Modelos de Decisão Jurídica*, in *Revista Jurídica*, n.ºs 9/10, 1987, p. 13.

⁹ Cfr. Manual de ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, 1976, p. 327.

jurídico português¹⁰ e que surge sempre mediante uma fórmula aberta e geral, desprovida, portanto, de uma fixação rígida dos direitos e deveres por ela contemplados.

Evidentemente, os preceitos indeterminados também se encontram noutras ordens jurídicas, para além do nosso Direito interno, designadamente externas, como seja o Direito da União Europeia. Vejamos alguns exemplos, sobretudo em áreas e subáreas da juridicidade pública, com particular destaque para o Direito Administrativo (a par do Direito Constitucional, um dos principais ramos do direito público), onde os conceitos indeterminados assumem maior importância ou, pelo menos, maior preponderância.

2.1. No Direito Administrativo

Começando pelo Direito Administrativo, setor juspublicista onde mais relevam as referências legais a alguns dos conceitos indeterminados vigentes na nossa ordem jurídica, será um lugar comum lembrarmos o *princípio da legalidade da administração* na sua dimensão *primado do poder legislativo sobre o poder administrativo*, da qual decorrem os subprincípios da *prevalência e precedência de lei*¹¹ sobre toda e qualquer atuação da Administração Pública, seja ela decisional, regulamentar ou contratual. Sem embargo, a Administração também encontra um enquadramento jurídico-constitucional nos artigos 266.º e seguintes da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP). Ora, quer na lei, quer na CRP vislumbram-se vários conceitos indeterminados que relevam no âmbito de aplicação do Direito Administrativo.

Com efeito, é sabido que sobre a Administração Pública incide um *dever geral de boa administração* – também ele um conceito indeterminado, embora numa aceção diferente, uma vez que o mesmo não se apresenta, *expressis verbis*, num preceito legal – o qual, se por um lado, deve nortear a sua atuação, por outro, também afere o *mérito* das decisões administrativas. Parece-nos, igualmente, inquestionável que, relacionado com aquele dever geral, avulta o *princípio da prossecução do interesse público* [artigo 266.º, n.º 1, da CRP, e artigo 4.º do Código do Procedimento Administrativo (adiante CPA)], bem como o *princípio da boa administração* (artigo 5.º do CPA), este último consubstanciado através de “*critérios de eficiência, economicidade e celeridade*” das

¹⁰ Veja-se, entre muitas outras referências legais que poderiam ser feitas, o n.º 2 do artigo 762.º do Código Civil (principal diploma do direito privado comum); o artigo 126.º do Código do Trabalho (principal fonte legislativa de um ramo de direito privado especial ou, porventura, misto); ou o artigo 10.º do Código do Procedimento Administrativo (referência legislativa num dos principais ramos de direito público).

¹¹ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, pp. 256 e 829.

decisões administrativas (n.º 1 do aludido preceito), bem assim da aproximação dos “serviços [públicos] das populações e de forma não burocratizada” (n.º 2 do mencionado artigo). Em relação a estas duas exigências veja-se ainda o n.º 1 do artigo 267.º da CRP.

Neste périplo telegráfico por escassos preceitos da CRP e do CPA vislumbram-se vários conceitos indeterminados que permitirão ajuizar do cumprimento, ou não, do mencionado dever geral de boa administração, tais como: “interesse público”, “eficiência”, “economicidade”, “celeridade”, “serviços públicos próximos das populações” e “organização da Administração Pública de forma não burocratizada”, alguns dos quais, como os de “eficiência” e de “economicidade”, não se confinam à ciência jurídica.

A um destes conceitos indeterminados – o de “interesse público” (dada a sua relevância no Direito Administrativo) – o CPA recorre por diversas vezes, para além do supracitado artigo 4.º, mais precisamente no artigo 7.º, alusivo ao *princípio da proporcionalidade*, e que condiciona os comportamentos da Administração Pública à *adequação* dos fins visados, na “*prossecação do interesse público*”; no artigo 13.º, referente ao *princípio da decisão*, no âmbito do qual a conduta decisional da Administração Pública pode ser determinada pela defesa do interesse público; no artigo 132.º, que permite a continuidade, em vez da declaração de deserção, da tramitação de um procedimento administrativo, fundada no interesse público da respetiva decisão; ou ainda no artigo 170.º, que, no quadro da revogação ou anulação administrativa, manda observar “*as formalidades exigidas para a prática do ato revogado ou anulado que se mostrem indispensáveis à garantia do interesse público...*”.

Também no atual CPA, uma novidade em relação ao diploma homólogo que o precedeu, foi, tal como se lê no ponto 10 do preâmbulo, “*a consagração do princípio de que a execução coerciva dos atos administrativos só pode ser realizada pela Administração nos casos expressamente previstos na lei ou em situações de urgente necessidade pública, devidamente fundamentada*”, princípio previsto no artigo 176.º e no qual se emprega o conceito indeterminado de “*urgente necessidade pública*”. Por diversas vezes ainda, o mencionado Código recorre a um preceito indeterminado, parcialmente coincidente com aquele, como seja a “*urgência*” da decisão administrativa (*vide* o artigo 26.º, sobre o objeto das deliberações dos órgãos colegiais) ou da adoção de todas as medidas que se revelem inadiáveis pelo titular de órgão, agente ou entidade impedido (*vide* o artigo 71.º).

Ainda no CPA, destaca-se, entre tantos outros, o conceito indeterminado de “*conveniência*” e suas derivações, a que aludem, entre outros, os artigos 125.^{o12}, 165.^{o13}, 185.^{o14} 195.^{o15} ou 199.^{o16}.

Noutras áreas da ordem jurídica, igualmente inseridas nos domínios do Direito público e, de alguma forma, inclusivamente, do próprio Direito Administrativo, sem embargo da respetiva autonomia dogmática e da autonomia pedagógica há muito adquiridas, vislumbramos o Direito Financeiro e, porventura, até dentro deste, o Direito Tributário (ou Direito Fiscal)¹⁷, no âmbito dos quais também encontramos vários conceitos indeterminados a desempenhar papéis relevantes. Vejamos alguns exemplos.

2.1.1. Em especial, no Direito Financeiro

O Direito Financeiro e, no seu seio, o Direito das Finanças Públicas também são marcados pelo *princípio da legalidade*: os órgãos e agentes da Administração Pública que gerem dinheiros públicos apenas podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por esta impostos.

Abrangendo, portanto, todos e quaisquer comportamentos da Administração Pública, designadamente os da denominada *administração prestadora*, o princípio da legalidade tem, também, uma dimensão *financeira*, vocacionada para a utilização, gestão ou administração dos dinheiros públicos, a qual é enformada por normas jurídicas, algumas comportando conceitos indeterminados, e princípios jurídicos, ambos marcados por alguma abertura ou latitude.

¹² Alude a “*diligências complementares que se mostrem convenientes*” que podem ocorrer, oficiosamente ou a pedido dos interessados, no âmbito da audiência dos interessados abrangida pelo procedimento do ato administrativo.

¹³ Que o emprega como um dos fundamentos para a revogação de um ato administrativo por outro ato administrativo.

¹⁴ Onde a “*inconveniência*” se encontra prevista como um dos fundamentos das reclamações e dos recursos, sempre que a lei não determine o contrário.

¹⁵ No seio da tramitação do recurso hierárquico, prevê-se que o autor do ato ou da omissão, após o recebimento do requerimento, notifique as pessoas que possam ser prejudicadas pela procedência do recurso “*para alegarem, no prazo de 15 dias, o que tiverem por conveniente*”.

¹⁶ Onde se prevê que “*o recurso tutelar previsto na alínea c) do n.º 1 só pode ter por fundamento a inconveniência... do ato ou da omissão nos casos em que a lei estabeleça uma tutela de mérito*”.

¹⁷ O Direito Financeiro e o Direito Tributário podem ser entendidos como subsetores do Direito Administrativo ou, nas palavras de Diogo FREITAS DO AMARAL, dois ramos do “*Direito Administrativo especial*”, dividido entre Direito Orçamental e da Contabilidade Pública e Direito Fiscal. Cfr. *Curso de Direito Administrativo*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 178, posição não unanime na doutrina, uma vez que também há quem os considere ramos autónomos da ordem jurídica. Como dissemos, não se coloca em causa a sua evidente autonomia pedagógica, nem tampouco dogmática, mas apenas a sua autonomia científica, uma vez que também nos parece evidente que ambos, como áreas do direito público, regulam a organização, o funcionamento e a fiscalização de dois subsetores da *Administração Pública do Estado*, mais precisamente a *administração financeira* e a *administração tributária*.

Nos princípios encontramos, entre outros, o princípio da igualdade nas suas várias dimensões: (i) tratamento igualitário de situações iguais; (ii) proibição da discriminação e do arbítrio (iii) exigência de tratamento diferenciado de situações que se apresentem distintas.

Nas normas jurídicas que recorrem a conceitos indeterminados, vislumbra-se, designadamente, o n.º 1 do artigo 1.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (adiante LOPTC)¹⁸, o qual inseriu na jurisdição ao Tribunal de Contas (doravante TdC), entre outras matérias, a apreciação da “*boa gestão financeira*”¹⁹. Nesta sede poder-se-á relembrar o controlo da legalidade financeira a cargo do TdC, órgão do Estado, de soberania e de hétero-controlo financeiro e jurisdicional da atuação da Administração Pública, podendo efetivar “*responsabilidades por infrações financeiras*” (vide o último segmento do n.º 1 do artigo 1.º da LOPTC), competência no âmbito da qual poderá condenar os responsáveis pela violação do dever de *boa gestão financeira*, ou seja, por situações de má gestão financeira, traduzidas, nomeadamente, na aplicação indevida de dinheiros públicos (por exemplo, desvio de valores ou realização de pagamentos indevidos).

Sendo certo que a ponderação deste conceito indeterminado – boa gestão financeira – implica, por um lado, e em abstrato, que a gestão financeira se deva pautar por critérios de *prudência, racionalidade económica, eficácia e eficiência, e respeito pelos instrumentos de redistribuição* (que, no fundo, mais não são do que várias dimensões de uma boa gestão, mas que, também elas, se apresentam como conceitos indeterminados e até extravasam as fronteiras da ciência jurídica e adentram noutras ciências sociais, como a Economia), não menos certo é que, por outro lado, e decisivamente, tal ponderação também deverá ser feita em concreto e caso a caso, aqui afastando-se o legislador de uma definição fixa, ou rígida, dos deveres abrangidos pelo aludido conceito indeterminado.

Poder-se-á mencionar, também, os n.ºs 5 e 6 do artigo 61.º (epigrafado de “*Responsáveis*” e inserido na Secção II, intitulada de “*Da responsabilidade financeira reintegratória*”, do Capítulo V, por sua vez epigrafado “*Da efetivação de responsabilidades financeiras*”) da LOPTC que, a propósito da responsabilidade financeira a operar pela reposição de montantes de dinheiros ou valores públicos, empregam vários conceitos indeterminados.

Assim, se o mencionado n.º 5 se refere à “*culpa*” como pressuposto da responsabilidade financeira reintegratória do agente que desviou dinheiros ou valores públicos ou realizou pagamentos

¹⁸ A Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

¹⁹ Cfr. Paulo NOGUEIRA DA COSTA, *O Tribunal de Contas e a Boa Governança. Contributo para uma Reforma do Controlo Financeiro Externo em Portugal*, Coimbra, 2014, p. 221.

indevidos, também é verdade que os comportamentos *culposos* suscetíveis de gerar aquele tipo de responsabilidade poderão ser vários, devendo cada conduta, passível de o integrar em abstrato, ser analisada casuisticamente.

Destarte, o n.º 6 recorre a conceitos indeterminados oriundos do direito adjetivo, como sejam a “*cooperação e a boa fé processual com o Tribunal*”, conjugando-os de seguida com conceitos que também poderão ser qualificados de indeterminados, embora aqui de forma mais discutível, do Direito (já substantivo) Financeiro: os “*princípios da boa gestão*”²⁰. Dissemos discutível porque poder-se-á suscitar a questão de saber se o recurso, pelo legislador, a normas jurídicas que não sejam regras, como os valores jurídicos ou os princípios jurídicos, mobiliza conceitos indeterminados ou uma figura afim. A locução “*boa gestão*” apela, inquestionavelmente, a um conceito indeterminado, o mesmo já não ocorrendo, pelo menos de forma clarividente, com a menção aos “*princípios*” enformadores desse tipo gestor.

Na mesma inserção sistemática, mas agora a propósito da responsabilidade financeira direta (dos agentes) ou subsidiária (dos membros do Governo, gerentes, dirigentes, entre outros potenciais responsáveis), a alínea c) do n.º 3 do artigo 62.º da LOPTC prevê a existência de responsabilidade financeira reintegratória subsidiária quando, no desempenho de funções de fiscalização que lhe estiverem cometidas, “*houverem procedido com culpa grave*”, este último (“*culpa grave*”) também um exemplo de um conceito indeterminado, além de gradativo por pressupor um grau mais elevado de culpa.

2.1.2. Em especial, no Direito Tributário

Pelo menos desde a reivindicação norte-americana de “*no taxation without representation*”, a que se assistiu nos Estados Unidos da América no contexto social que antecedeu a luta pela independência face à soberania da Coroa Britânica, a qual apontava para a exigência constitucional de qualquer imposto dever ser criado por lei, nesta residindo a legitimidade democrática da sua exigência, que o Direito Tributário, como subárea do Direito público, encontra no *princípio da legalidade* um dos seus pilares²¹.

²⁰ Transcreve-se a norma em questão para melhor enquadramento do leitor: “*Aos visados compete assegurar a cooperação e a boa fé processual com o Tribunal, sendo-lhes garantido, para efeitos de demonstração da utilização de dinheiros e outros valores públicos colocados à sua disposição de forma legal, regular e conforme aos princípios de boa gestão, o acesso a toda a informação disponível necessária ao exercício do contraditório*”.

²¹ Cfr. Jónatas E. M. MACHADO e Paulo NOGUEIRA DA COSTA, *Curso de Direito Tributário*, Coimbra, 2009, p. 47.

Naturalmente, o Direito Tributário é marcado por outros princípios, como os da *universalidade*, *igualdade* e *necessidade tributária*, *capacidade contributiva*, etc., também eles pautados pela latitude e por abrangerem várias dimensões.

Também nas *leis* que criam e regulam impostos, aliás na própria CRP, que, igualmente, prevê alguns, encontramos conceitos indeterminados, matéria que se apresenta de uma forma particularmente sensível, atento um corolário do mencionado princípio da legalidade: o da *tipicidade tributária*²².

Vejamos alguns exemplos.

No âmbito dos impostos sobre o rendimento (IRC e IRS) e apesar de o n.º 2 do artigo 104.º da CRP se inserir no âmbito da tributação das empresas, é pacífico que tal norma também se estende aos indivíduos e famílias, exigindo, portanto, que a tributação quer das pessoas coletivas quer das pessoas singulares seja feita segundo o seu “*rendimento real*”.

Ainda no artigo 104.º da CRP, o n.º 4 incumbe o legislador ordinário de, no âmbito da tributação do consumo, onerar “*os consumos de luxo*”.

No artigo Listas I e II do Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado emprega-se o conceito indeterminado de “*reconhecido interesse público nacional*”.

No Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, conceitos como os de “*custos padrões conduza a desvios significativos*” (artigo 26.º, n.º 3), “*prejuízos fiscais*” (artigos 69.º a 71.º, entre outros) ou “*condições normais*” (artigos 26.º, n.º 4, e 107.º, n.º 2) também se apresentam como indeterminados.

No Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, o conceito de “*atividades de natureza e interesse cultural*” [álínea c) do n.º 2 do artigo 78.º-F e n.º 1 do artigo 152.º] é indeterminado.

²² Sobre a problemática vide Ana Paula DOURADO, *O princípio da legalidade fiscal. Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Coimbra, 2003.

2.2. Noutros ramos do Direito, sobretudo privado, e na ordem jurídica da União Europeia (breve referência)

Já dissemos que os conceitos indeterminados não são uma categoria concetual exclusiva do Direito público, tendo ilustrado com a “*boa fé*”, presente também nos ramos do Direito privado. Nestes, e ainda que muito sumariamente, ilustremos alguns exemplos de preceitos indeterminados.

No Direito Civil situam-se nessa categoria, entre muitos outros, os conceitos de “*bons costumes*” e de “*ordem pública*” (consagrados por diversas vezes no Código Civil, nomeadamente nos artigos 271.º e 280.º)²³.

No Direito do Trabalho (mas também no Direito do Funcionalismo Público, aqui com a advertência de que voltamos a estar nos domínios do direito público) encontramos, entre outros, a “*justa causa*”, designadamente de despedimento e de resolução do contrato de trabalho (respetivamente artigos 351.º e 394.º do Código do Trabalho²⁴; e artigos 288.º, 297.º e 307.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas) ou o “*prejuízo sério*” eventualmente sofrido pelo trabalhador em caso de alteração do seu local de trabalho (artigo 194.º do Código do Trabalho) ou em situação de mobilidade (artigo 95.º Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas).

No Direito da União Europeia, o apuramento da responsabilidade civil extracontratual da União (bem assim do Banco Central Europeu, que, no quadro institucional daquela importantíssima organização internacional, merece autonomização, em virtude de usufruir de personalidade jurídica e orçamento próprio) é feito de acordo com os “*princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros*”, conceito indeterminado previsto no segundo e no terceiro parágrafos do artigo 340.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia²⁵.

3. Figuras afins

Diferentes dos conceitos indeterminados apresentam-se outras figuras do Direito, ainda que possam apresentar alguma semelhança ou afinidade com aqueles, como sejam a discricionariedade, a discricionariedade técnica e, mais discutivelmente, pensamos, os valores e os princípios jurídicos.

²³ Estes e outros exemplos podem ver-se em J. BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 114.

²⁴ Cfr. António MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 14.ª edição, Coimbra, 2009, p. 609.

²⁵ Para mais desenvolvimentos, vide Carlos CARRANHO PROENÇA, *Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia*, Lisboa, 2017, pp. 587 e 588.

3.1. Discricionariedade

É sabido que a discricionariedade apela à ideia de escolha entre sentidos decisórios distintos. Ou seja, a Administração Pública (por exemplo, na área de financeira) opta por fazer algo, decidindo nesse sentido, quando também poderia ter escolhido, ou optado por realizar algo diferente, decidindo, nesta eventualidade, em sentido diverso. A discricionariedade distingue-se, assim, da vinculação, embora ambas resultem de normas jurídicas.

Com efeito, enquanto parâmetro de controlo, as regras jurídicas, legais ou regulamentares autorizam, por vezes, os órgãos das pessoas coletivas que integram a Administração Pública, nas suas atuações, a optar por uma determinada decisão de entre várias decisões possíveis e alternativas, ou, talvez melhor, por um sentido decisório em detrimento de outros também legalmente admissíveis. Dito ainda de outro modo, a lei permite à Administração Pública que, mediante uma escolha, faça algo quando poderia ter optado por fazer algo distinto; ou decida em determinado sentido quando poderia ter decidido em sentido distinto.

Não se trata, saliente-se, de uma escolha totalmente livre, ou arbitrária (caprichosa), mas antes de uma opção parametrizada por critérios de racionalidade, isto é, a escolha ocorre dentro de determinados limites e sempre na prossecução do interesse público²⁶, cabendo lembrar que a decisão discricionária é objeto de fiscalização, seja o controlo efetuado pela própria Administração (no âmbito dos instrumentos de autocontrolo), trata-se do escrutínio levado a cabo pelos Tribunais (no quadro de vias de hétéro-controlo)²⁷.

Os parâmetros previstos na lei e aos quais as decisões discricionárias devem obediência podem variar, conferindo à Administração Pública uma maior ou uma menor amplitude na escolha que lhe competirá fazer²⁸. Quanto maior for essa amplitude, maior será o âmbito da liberdade de decisão e menor será a vinculação da decisão administrativa, da mesma forma que quanto maior se apresentar o domínio das vinculações, menor será o campo da liberdade decisória, isto é, da escolha

²⁶ Nesta prossecução do interesse público, que também configura um princípio fundamental norteador da atividade administrativa (artigo 266.º, n.º 1, da CRP), já encontramos algum tipo de vinculação, a que João CAUPERS chama de vinculação *tendencial*. Cfr *Introdução ao Direito Administrativo*, 9.ª edição, Lisboa, 2007, p. 76.

²⁷ Não se confunda, portanto, a *discricionariedade* com o *mérito* (ou conveniência ou oportunidade), que é um conceito que visa alcançar a *boa (ou até a melhor) decisão administrativa*, este sim, tradicionalmente insuscetível de controlo jurisdicional, isto é, de um juízo de (des)valor ou de (des)conformidade em relação à juridicidade a realizar pelos tribunais administrativos.

²⁸ Alguns exemplos de normas jurídicas, constantes de atos legislativos, conferidoras de margem de liberdade a órgãos de pessoas coletivas que integram a Administração Pública podem ler-se em João CAUPERS, *op. cit.*, pp. 73 a 75.

discricionária deixada ao decisor público, pelo que é a discricionariedade que se assume como um verdadeiro *poder*, ao passo que a vinculação se apresenta antes como um *dever*.

Aspetos como os (i) da *competência* do órgão para a adoção da decisão, (ii) da sua *finalidade* e (iii) dos seus *pressupostos de facto* são vinculados (e não discricionários), o mesmo acontecendo em relação (iv) à sua *forma* e (v) *formalidades*, nomeadamente no que tange à fundamentação, se estas exigências resultarem de exigências legais.

A discricionariedade resulta da intenção do legislador, o qual entendeu que, para uma melhor prossecução de determinado interesse público, a Administração Pública deve poder optar por um conteúdo decisional de entre vários possíveis. Na discricionariedade, a qual também pressupõe a correta interpretação da norma de Direito Administrativo, o órgão decisor da Administração Pública conclui que o legislador optou pela incompleição daquele preceito e investiu nele, enquanto aplicador do Direito, uma margem de liberdade de apreciação do circunstancialismo fáctico presente na adoção da decisão, e deu-lhe alguma latitude.

Sendo verdade que se vislumbra uma menor vinculação à lei nas decisões dos órgãos aplicadores do direito – sejam órgãos da Administração Pública, trate-se dos Tribunais que os controlam – que passam pela aplicação de conceitos indeterminados (comparativamente ao que acontece com os conceitos fixos ou rígidos) mas também pelo exercício de poderes discricionários (relativamente ao que sucede com os poderes vinculados), não menos verdade é que a discricionariedade e os conceitos indeterminados não se confundem. Com efeito, nestes o legislador não confere poderes discricionários à Administração Pública, não obstante a invista no dever de, previamente à aplicação das respetivas normas, os interpretar e valorar e, nesta tarefa, preencher e concretizar tais conceitos. Este preenchimento e concretização não passa, porém, pela realização de escolhas ou opções decisórias como sucede na discricionariedade, tal como não se rege por critérios de oportunidade. A interpretação correta do preceito indeterminado, ainda que se encontre dependente de uma apreciação valorativa da concreta situação de facto, já o dissemos, será apenas uma, a qual não deixa de ser, portanto, um exercício vinculado²⁹.

²⁹ Neste cotejo, parece-nos pertinente a observação de J. BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 115, que reconduz as situações de discricionariedade ao *princípio da oportunidade* e os conceitos indeterminados ao *princípio da legalidade*.

3.2. Discricionarietà técnica

Distinta da discricionarietà propriamente dita afigura-se a *discricionarietà técnica*, na qual não está em causa o reconhecimento, pela lei, à Administração Pública de uma liberdade decisória em sentido próprio, que comporta uma margem de escolha, antes resulta das insuficiências do Direito Administrativo, e da própria ciência jurídica, e, conseqüentemente, da remissão para outras ciências, outros domínios do conhecimento ou outras áreas do saber.

Na verdade, fruto de uma maior intensidade da intervenção do Estado na sociedade e de uma crescente tecnicidade das atuações administrativas, por vezes a lei remete o seu intérprete e aplicador para outras ciências, como as ciências económicas e empresariais (imprescindíveis no Direito Financeiro, em especial no domínio do controlo financeiro, que se afigura necessariamente técnico), onde cabem, por exemplo, os conceitos de “*racionalidade*” e “*sustentabilidade económica*”, “*eficiência*” e “*eficácia*”, ou as ciências da natureza, como a biologia (imprescindíveis em novos setores do Direito que também derivaram do Direito Administrativo, como o Direito do Ambiente ou o Direito do Mar), cujo horizonte compreende, por exemplo, o conceito de “*sustentabilidade ambiental*”.

Por outro lado, nos pressupostos de facto de algumas normas jurídicas vislumbram-se situações que carecem de uma apreciação especial, designadamente no que concerne a aspetos *técnicos* situados fora da ciência jurídica. Serão os casos, por exemplo, das decisões que devam ser tomadas por órgãos especializados, legalmente previstos e tecnicamente habilitados a realizar juízos técnicos (v.g. um júri de especialistas para avaliar provas no âmbito de um concurso público para determinado cargo ou para a avaliar certos trabalhos).

Não se trata aqui, portanto, da discricionarietà propriamente dita, de que acima falámos, no sentido da presença da tal margem, ou liberdade, de *opção na decisão a tomar*, mas sim de discricionarietà técnica, ainda que também esta se caracterize por margem liberdade de *apreciação*, a qual condiciona (isto é, subtrai a liberdade) a decisão que será tomada com base nessa apreciação.

Assim, a alínea f) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC, ao atribuir competência ao TdC para apreciar, além da legalidade, “*a economia, eficácia e eficiência, segundo critério técnicos, da gestão financeira das entidades referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º, incluindo a organização, o funcionamento e a fiabilidade dos sistemas de controlo interno*”, emprega conceitos que relevam no âmbito da discricionarietà técnica. O mesmo se diga em relação ao n.º 1 do artigo 50.º, do mesmo

diploma legal, ao incumbir o TdC, no âmbito da fiscalização sucessiva, e por referência às entidades previstas no artigo 2.º, de apreciar, além da legalidade, “*a economia, eficiência, e eficácia da sua gestão financeira*”, e à alínea h) do n.º 3 do artigo 54.º, igualmente da LOPTC, que estabelece que os relatórios que encerram os processos de verificação externa das contas apreciam, se for caso disso, a “*economia, eficiência e eficácia da gestão financeira*”.

A discricionariedade técnica também não se confunde com os conceitos indeterminados que existem no Direito, porquanto estes, tratando-se de conceitos jurídicos, são preenchidos através de critérios fornecidos pela ciência do Direito; além disso, neles, o legislador não remete para outras ciências.

No entanto, também será de conceber a existência de “conceitos indeterminados” noutras ciências distintas da ciência jurídica, nomeadamente noutras ciências sociais como a ciência económica (v. g. os conceitos de *sustentabilidade, eficiência, eficácia da gestão financeira*), uma vez que aquela categoria concetual não será apanágio apenas do Direito. Nessas ciências o preenchimento dos respetivos conceitos indeterminados será feito à luz de critérios próprios fornecidos por essas áreas do saber.

3.3. Valores e princípios?

Mais difícil, ou menos clarividente, se apresenta a diferenciação entre dois tipos de normas jurídicas: as que empregam conceitos indeterminados e as que consagram valores e princípios jurídicos.

Os valores e os princípios jurídicos, por contraposição às regras de direito, são “normas” (conceito que aqui empregamos numa aceção ampla, que abrange as três manifestações normativas da ordem jurídica: as regras, os princípios e os valores jurídicos) compatíveis com vários graus de otimização³⁰ ou que comportam diversos níveis de concretização, situando-se num grau de abstração superior ao das normas em sentido restrito (ou das regras jurídicas)³¹, pelo que a valoração, ou juízo, do seu respeito, ou desrespeito, não se apresenta absoluto. A “liberdade de conformação” do preceito de direito apresenta-se bem maior nos valores e nos princípios jurídicos, mais maleáveis, comparativamente ao que ocorre com as regras jurídicas, estas “mais determináveis”, rígidas, densas ou fixas.

³⁰ Cfr. João CAUPERS, *op. cit.*, p. 76.

³¹ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1144.

A observância dos valores da *dignidade humana* (artigo 1.º da CRP) ou da *justiça* (artigo 202.º, n.º 1, da CRP, e 8.º do CPA), a salvaguarda dos princípios da *prossecação do interesse público* (artigos 266.º, n.º 1, da CRP, e 4.º do CPA) ou da *igualdade* (artigos 13.º e 266.º, n.º 2, da CRP, e 6.º do CPA), por exemplo, coadunam-se com vários níveis de otimização por eles comportados, devendo as decisões administrativas, para estarem de acordo com eles, conformar-se com um desses níveis: aquele que se revelar exigível em função da situação concreta em análise.

Até certo ponto, os valores e os princípios jurídicos são normas dotadas “apenas” de estatuição, efeito ou consequência jurídica, faltando-lhe, portanto, a previsão ou os pressupostos de facto, aspeto que lhes confere maior amplitude ou abertura. É precisamente nesta ausência de previsão que, talvez, reside a diferença entre os conceitos indeterminados e os princípios e os valores jurídicos.

A distinção entre os conceitos indeterminados e os valores e os princípios jurídicos não se afigura fácil, nem simples, se é que se justifica. Esta constatação e inquietação podem ser evidenciadas com a seguinte indagação: até que ponto os valores e os princípios não serão, eles próprios, exemplos de “normas” que empregam conceitos indeterminados?

Na relação entre regras e princípios jurídicos, ouçamos a lição de J. J. GOMES CANOTILHO quando, começando por reconhecer a particular complexidade distintiva, alude ao critério do “*grau de determinabilidade*” para referir que “*na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa*”³².

Na verdade, também se constata que, com alguma frequência, os conceitos indeterminados surgem em preceitos legais consagradores de princípios jurídicos.

Por exemplo, o *princípio da proporcionalidade*, tal como enunciado no artigo 7.º do CPA, é enformado pela “*prossecação do interesse público*” (este um conceito indeterminado); o mesmo sucede em relação ao *princípio da decisão* (artigo 13.º do CPA), onde também se alude àquele conceito indeterminado (nos n.ºs 1 e 3); o n.º 3 do artigo 162.º do CPA, relativo ao regime da nulidade no quadro da invalidade dos atos administrativos, refere-se a vários *princípios*, entre os quais os “*princípios da boa fé*”, como critério da possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos.

Quanto a nós, estes exemplos ilustram as dificuldades de demarcação de fronteiras, se é que existem, entre o que são conceitos indeterminados e o que são princípios jurídicos.

³² *Vide op. cit.*, p. 1144.

4. O preenchimento da indeterminação conceptual e alguma liberdade para o ativismo judicial

Chegados aqui, impõe-se responder à questão de saber como preencher a indeterminação dos conceitos? A resposta está, em parte, subjacente à formulação da mesma: o *preenchimento* dos conceitos indeterminados é essencial.

Mas como se opera a esse preenchimento?

Paralelamente ao que ocorre com as normas que contemplam conceitos fixos ou rígidos, isto é, determinados, o preenchimento dos conceitos indeterminados, naturalmente, não dispensa a tarefa interpretativa da norma jurídica consagradora do conceito indeterminado *sub judice*, antes a convoca com particular acuidade. Além disso, o preenchimento dos conceitos indeterminados apresenta-se um domínio que melhor demonstra a importância do artigo 9.º do Código Civil, fornecedor dos critérios da interpretação da lei, transversais a todo o edifício jurídico.

Nesse preenchimento, e em particular no âmbito do Direito Administrativo em toda a sua extensão, aqui se abarcando as suas subáreas do Direito Financeiro e do Direito Tributário, evidentemente participam os órgãos da Administração Pública e, em última instância, os órgãos jurisdicionais que normalmente os controlam (Tribunais Administrativos e Fiscais, e TdC).

A verificação, ou não, da *facti-species* da norma consagradora de conceitos indeterminados conduz, porém, o intérprete a uma especial valoração das circunstâncias específicas do caso concreto em análise³³ ou, por outras palavras, a uma apreciação em concreto da situação em causa. Na verdade, os conceitos indeterminados ou as cláusulas gerais permitem “*a adaptação da norma à complexidade da matéria a regular, às particularidades do caso ou à mudança das situações*”³⁴.

O correto sentido e alcance da norma jurídica (ou do seu *tatbestand*) que contempla conceitos indeterminados, se se preferir o resultado da tarefa hermenêutica a que o intérprete da norma chega, já o dissemos, não deixará de ser apenas um, tal como ocorre nas normas que não empregam tais conceitos, ou seja, nas que utilizam conceitos fixos ou determinados. No entanto, as circunstâncias do caso concreto e real de vida *sub judice* condicionam tal resultado, seja na conclusão da sua verificação, seja na conclusão oposta. Significa isto que o preenchimento do conceito indeterminado

³³ Com efeito, e na esteira de J. BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 114, trata-se de preceitos “*carecidos de preenchimento valorativo*”.

³⁴ Assim J. BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 114.

é feito caso a caso e tendo em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, portanto, *casuisticamente*.

Aliás, os conceitos indeterminados (ou os preceitos vagos ou as cláusulas gerais) são, nas palavras de José de OLIVEIRA ASCENSÃO, uma manifestação de uma “*tendência para a individualização na aplicação de normas*”³⁵ e de resolução de casos, onde o autor também insere uma figura por nós qualificada como afim: a da atribuição de poderes discricionários; distinguindo-se de outra tendência, oposta àquela: a *tendência das soluções generalizadoras*.

Preenchimento valorativo e concretização casuística afiguram-se, portanto, essenciais na determinação (isto é, na avaliação ou no juízo do seu preenchimento) dos conceitos indeterminados.

Em especial, os órgãos da Administração Pública devem motivar ou fundamentar as suas decisões, expondo, de forma coerente, pertinente e plausível o juízo valorativo administrativo manifestado, o qual exprimirá não só a concretização do conceito, como os critérios avaliativos empregues, assim demonstrando os argumentos da formação da sua convicção.

Relacionado com este problema levanta-se também a questão de saber se os Tribunais Administrativos poderão sindicar a interpretação de conceitos indeterminados constantes da lei operada pelos órgãos da Administração Pública, a qual convoca o *princípio constitucional da separação de poderes* e a questão, com ele conexas, de saber se existe uma *reserva da administração*. Sem ser nossa pretensão entrar a fundo neste problema pertinente, o qual justificaria outro trabalho, não deixaremos de referir que, tratando-se a verificação do preenchimento, ou não, dos conceitos indeterminados de um problema essencialmente interpretativo, diremos que sim.

Com efeito, se é certo que os conceitos indeterminados constam de normas cujo sentido e alcance carece de uma tarefa interpretativa e valorativa a cargo do competente órgão da Administração Pública, não menos verdade é que tais conceitos também pressupõem um entendimento comum, assente em critérios fornecidos pela própria norma. Nesse exercício interpretativo e valorativo ter-se-á em conta o sistema jurídico e a intenção do legislador, pelo que, no preenchimento e na concretização dos conceitos indeterminados, a Administração Pública não deixará de desenvolver uma atividade vinculada, concluindo pela solução do caso concreto que, em princípio, e de acordo com a sua convicção coerente e razoavelmente fundamentada, será a correta. A interpretação da lei, incluindo a dos conceitos indeterminados, não se rege nem por uma liberdade subjetiva nem por critérios de oportunidade, estando antes em causa um *poder* (ou, talvez melhor

³⁵ Cfr. *op. cit.*, pp. 227 e 228. No mesmo sentido J. BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 114.

dito, um dever) *vinculado*, logo sujeito ao controlo jurisdicional. Na verdade, a concretização do juízo pelo órgão da Administração Pública e os inerentes critérios de avaliação não são absolutamente livres, porquanto devem ser adequados, razoáveis e coerentes³⁶.

No escrutínio jurisdicional a que o juízo valorativo administrativo está sujeito também se vislumbra algum espaço para atuações marcadas pelo *ativismo judicial*, uma vez que a interpretação sistemática, teleológica e evolutiva, partindo da letra da lei, porém considerando também quer o espírito do sistema, quer a intenção do legislador, quando extravasa estes dois elementos, a ponto de quebrar a neutralidade que, normalmente, caracteriza a atuação do poder judicial, a isso dá cobertura.

³⁶ Neste sentido, *vide* o acórdão da 2.^a Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 27 de novembro de 2013, processo n.º 1159/09, disponível *in*: www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d3fa5d25ce444b4c80257c3600544933?OpenDocument