

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
-
- Francesco Macario**
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- António Barroso Rodrigues**
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
-
- Aquilino Paulo Antunes**
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
-
- Fernando Loureiro Bastos**
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
-
- Francisco Rodrigues Rocha**
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
-
- Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa**
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
-
- João Andrade Nunes**
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- 277-307 **João de Oliveira Geraldes**
Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- 309-325 **José Luís Bonifácio Ramos**
Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- 327-355 **Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- 357-389 **Luís de Lima Pinheiro**
O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- 391-405 **Mario Serio**
Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- 407-445 **Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- 447-465 **Peter Techet**
Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- 467-489 **Pierluigi Chiassoni**
Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- 491-539 **Rafael Oliveira Afonso**
O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- 541-560 **Renata Oliveira Almeida Menezes**
A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- 561-608 **Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)
-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights
-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade

“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

Telmo Coutinho Rodrigues*

Resumo: Neste artigo analisam-se expressões como *são aplicáveis, com as devidas adaptações, as disposições de...*, habitualmente presentes nos enunciados de normas remissivas, especialmente as que remetem amplamente para um regime ou para um diploma. Procede-se a uma breve análise do funcionamento das normas remissivas e das normas paralelas que surgem da sua aplicação. Defende-se que o fragmento de enunciado *com as devidas adaptações* exprime uma norma, que designamos comando de modificação, e que a sua existência se justifica pela tendencial sobreinclusividade das normas paralelas. Defende-se que os comandos de modificação impõem ao intérprete-aplicador o dever de corrigir a sobreinclusividade da norma paralela substituindo o seu operador deôntico e/ou a(s) unidade(s) de efeito da estatuição desta. Conclui-se que os comandos de modificação são fonte de discricionariedade linguística, mas também, e sobretudo, de discricionariedade normativa.

Palavras-chave: Normas remissivas; Sobreinclusividade normativa; Adaptação-solução; Discricionariedade; Genericidade; Vagueza.

Abstract: This paper analyses expressions such as *the provisions of... shall apply made the necessary adaptations*, which are commonly found in the wording of referential norms, especially those broadly referring to a regime or to an act. A brief analysis is made on the functioning of the referential norms and of the parallel norms emerging from their application. I argue that the fragment of the statement *made the necessary adaptations* expresses a norm – a modification command –, and that its existence is justified by the tendency of over-inclusiveness of the parallel norms. I argue that the modification commands impose on the interpreter-applicator the duty to correct the over-inclusiveness of the parallel norm by replacing its deontic operator and/or its unit(s) of effect. I conclude that the modification commands are a source of linguistic discretion, but also, and above all, of normative discretion.

Keywords: Referential norms; Normative over-inclusiveness; Adaptation-solution; Discretion; Genericity; Vagueness.

* Advogado; Candidato ao grau de Mestre em Direito Administrativo (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); telmo.rodrigues17@gmail.com.

Sumário: 1. Introdução; 2. As normas remissivas e as normas paralelas; 3. A sobreinclusividade das normas paralelas; 4. Os comandos de modificação como normas; 5. Os comandos de modificação como fonte de discricionariedade; 5.1. Discricionariedade linguística; 5.1.1. Genericidade; 5.1.2. Vagueza; 5.1.3. Conclusão da subsecção 5.1.; sequência; 5.2. Discricionariedade normativa; 6. Conclusão.

1. Introdução

Existem vários enunciados de normas remissivas que são acompanhados de expressões que parecem limitar ou modificar o pleno alcance da remissão. Referimo-nos a expressões como *são aplicáveis com as necessárias/devidas adaptações*¹, *são aplicáveis, mutatis mutandis*², *são correspondentemente aplicáveis*³, *são aplicáveis, na medida em que*

¹ Por exemplo, o artigo 107.º do Código do Procedimento Administrativo, o n.º 4 do artigo 280.º do Código dos Contratos Públicos, o n.º 1 do artigo 41.º do Regime Geral das Contraordenações, o n.º 2 do artigo 13.º da Lei da Concorrência, o artigo 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, ou o n.º 1 do artigo 470.º do Código de Processo Civil.

² Esta expressão encontra-se sobretudo no âmbito dos atos legislativos da União Europeia, como ocorre na primeira parte do artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 111/2005 do Conselho, de 22 de dezembro de 2004 (“Para efeitos de aplicação do presente regulamento e sem prejuízo do disposto no artigo 30.º, são aplicáveis *mutatis mutandis* as disposições do Regulamento (CEE) n.º 515/97”), ou no artigo 3.º da Diretiva 2008/118/CE do Conselho, de 16 de dezembro de 2008 (“As formalidades estabelecidas pelas disposições aduaneiras comunitárias para a entrada de produtos no território aduaneiro da Comunidade são aplicáveis *mutatis mutandis* à entrada na Comunidade de produtos sujeitos a impostos especiais de consumo a partir de um dos territórios referidos no n.º 2 do artigo 5.º”). Nota-se, porém, que os atos legislativos mais recentes tendem a deixar essa expressão, substituindo-a pela sua equivalente “com as devidas adaptações”, como ocorre na segunda parte do n.º 2 do artigo 11.º do Regulamento (EU) n.º 1143/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2014 (“[A] Comissão pode solicitar, por meio de atos de execução, que os Estados-Membros em causa apliquem no seu território ou em parte dele, com as devidas adaptações, as disposições dos artigos 13.º, 14.º, 16.º e 17.º não obstante as disposições do artigo 18.º, bem como que apliquem os artigos 19.º e 20.º, conforme adequado”).

³ Por exemplo, o n.º 7 do artigo 35.º do Regime Geral das Infrações Tributárias ou o artigo 117.º do Código Penal. A chamada aplicação correspondente de normas pode ser necessária como operação prévia à realização das necessárias adaptações, servindo para identificar o material normativo a adaptar. Não nos debruçaremos especificamente sobre o tema da aplicação correspondente (*entsprechende Anwendung*), também designada por analogia de remissão (*Verweisungsanalogie*). Sobre ela, paradigmaticamente, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1983, p. 24, e HANS-ULRICH KARPEN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1970, pp. 78-80. Cfr., ainda, MARTIN MATIES, *Die gesetzlich angeordnete entsprechende Anwendung*, “Juristische Rundschau”, n.º 7, 2007

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

a analogia das situações o justifique⁴ ou são aplicáveis desde que sejam compatíveis/conformes com a sua natureza⁵.

Estas expressões indiciam a presença de um determinado tipo de normas, que designaremos por comandos de modificação, e que servem para modificar os efeitos da norma remissiva a que surgem acopladas. Cabe perceber qual o seu efetivo alcance já que, na maioria das vezes, delas surgem mais interrogações do que respostas⁶.

Será este o objeto do nosso estudo, especialmente equacionando sobre se são ou não, e em que medida, fonte de discricionariedade⁷.

Levar a cabo a referida análise não prescinde de uma nota prévia, com a brevidade possível, à categoria das normas remissivas.

2. As normas remissivas e as normas paralelas

A estrutura das normas remissivas é, como a de qualquer norma, tripartida: previsão, operador deôntico e estatuição. Nestas normas, tipicamente, o operador deôntico e a estatuição (que doravante designaremos, em conjunto, por conseqüente) estabelecem a imposição da aplicação de determinado regime aos factos da previsão da respetiva norma remissiva (doravante também designada por antecedente). Assim, uma norma remissiva pode ser representada por $\forall x \rightarrow Ia$, em que $\forall x$ =para todos x , I =imposição (de), a =aplicar conseqüente (de outra norma).

Diz-se que o conseqüente para o qual a norma remissiva remete constitui o objeto da remissão⁸, havendo aqui que distinguir essencialmente duas possibilidades.

(pp. 265-270), pp. 267-268, e ALFRED G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, pp. 55-57.

⁴ Paradigmaticamente, o artigo 295.º do Código Civil, mas também o artigo 157.º do mesmo Código.

⁵ Por exemplo, o n.º 2 do artigo 12.º da Constituição da República e o artigo 939.º do Código Civil.

⁶ Sobre estas expressões e as dificuldades que causam à cognoscibilidade do Direito, JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO / ANTÓNIO MANUEL ABRANTES, *Manual de Legística Formal*, Macau, Fundação Rui Cunha, 2015, pp. 335-336; CECIL T. CARR, *Referential Legislation*, “Journal of Comparative Legislation and International Law”, vol. 22, n.º 4, 1940 (pp. 191-194), pp. 191-192.

⁷ A oportunidade do presente estudo surge da falta, no âmbito nacional, de um exame mais aturado a estas expressões normativas, que a doutrina anglo-saxónica designa por “modifying language”, JONATHON SIZEMORE, *Fulk v. Norfolk Southern Railway Company*, “New York Law School Law Review”, vol. 60, n.º 3, 2016 (pp. 659-672), p. 660.

⁸ RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 325.

O objeto da remissão pode ser simples ou complexo, consoante seja formado por um só consequente ou por um conjunto de consequentes⁹.

Alguma doutrina salienta que as normas remissivas têm uma função integradora¹⁰. Esta função leva a doutrina a afirmar que as normas remissivas se baseiam num raciocínio analógico, raciocínio esse que presidiu à criação da norma remissiva e, por isso, empreendido pela própria autoridade normativa¹¹. De facto, as normas remissivas (tal como as ficções legais¹²) cumprem um propósito básico de equiparar juridicamente duas ou mais situações, submetendo-as a uma mesma regulação. É nestes termos que a doutrina coloca em evidência, a nosso ver bem, que as normas remissivas são sempre uma “mensagem de igualdade”¹³, pelo menos sob

⁹ RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción*, cit. (nt. 8), pp. 331-332. A representação proposta em texto pressupõe um objeto de remissão simples. Para uma representação de um objeto complexo teríamos $\forall x \rightarrow Ia'$, em que $\forall x$ =para todos x , I =imposição (de), a' =aplicar consequentes (de outras normas). As normas remissivas com objeto de remissão complexo são usualmente identificáveis a partir de enunciados contendo *é aplicável o regime de..., valem as disposições relativas a...,* ou expressão equivalente.

¹⁰ Normas remissivas são aquelas “que, face a um juízo analógico, determinam, parcial ou totalmente, a projeção integrativa de um regime jurídico – composto por normas – a outro regime jurídico”, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, I, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 86; JOSÉ DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, Pedro Ferreira, 1994, p. 172. Aquelas normas remissivas em que esta função é mais visível, através da larga dimensão do conjunto de consequentes remetido, leva a doutrina a referir-se-lhes como normas remissivas amplas, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p. 437.

¹¹ “As regras de remissão equiparam duas situações distintas, aplicando a uma delas o regime jurídico que está previsto para a outra (...). A remissão assenta numa analogia entre duas ou mais situações: em vez de se definir um regime legal, remete-se para outro já existente, porque as situações são análogas e merecem um mesmo tratamento jurídico”, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 233. Esta é uma afirmação largamente aceite. Por todos, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), p. 86; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 2019, reimpr., p. 107; ERNEST E. MEANS, *Statutory Cross References – The “Loose Cannon” of Statutory Construction in Florida*, “Florida State University Law Review”, vol. 9, n.º 1, 1981 (pp. 1-31), p. 2; REED DICKERSON *apud* LINDSEY P. GUSTAFSON, *Making the Peg Fit the Hole: A Superior Solution to the Inherent Problems of Incorporated Definitions*, “University of Arkansas at Little Rock Law Review”, vol. 37, n.º 3, 2015 (pp. 363-390), p. 368 (nt. 29).

¹² KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 4.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, pp. 366-367; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit. (nt. 11), p. 108; JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Coimbra, Almedina, 2018, reimpr., p. 52.

¹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Anotação à sentença de 15 de março de 1987 do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa e ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de julho de 1988*, “O Direito”, ano 121.º, n.º 1, 1989 (pp. 147-204), p. 192.

um ponto de vista formal. Na verdade, através delas, pode a autoridade normativa estar a aprofundar, inconstitucionalmente, uma desigualdade já existente ou a criar uma desigualdade que até aí inexistia. Em geral, no entanto, trata-se efetivamente de um instrumento apto a otimizar o princípio da igualdade¹⁴, sendo esta uma ideia fundamental a reter para efeitos da presente análise e que desenvolveremos adiante.

Advirta-se, porém, que o facto de nos referirmos à função integrativa das normas remissivas não deve eximir-nos de tomar esse predicado *cum grano salis*. Isto porque, segundo cremos, não fará sentido falar aqui em lacunas: as normas remissivas dão, ainda que de forma indireta, os critérios para a solução do caso¹⁵, pelo que não se pode falar de qualquer “incompletude contrária ao plano”¹⁶. Caso diferente se daria se a remissão fosse *vazia* por inexistência de um consequente normativo *ad quam* apto a regular determinado caso¹⁷: aí a sua função integrativa teria falhado¹⁸.

¹⁴ Sobre o princípio da igualdade como mandato de otimização e sobre a centralidade dos juízos de valor para se conseguir o respetivo cumprimento, ROBERT ALEXYS, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86, 384-388.

¹⁵ Nos mesmos termos aqui defendidos, por referência às normas que remetem para regimes subsidiários, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011, reimpr., p. 383; em sentido diverso, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 77, quando afirmam que a aplicação subsidiária de normas tem como prévia condição a existência e identificação de uma “verdadeira lacuna de regulamentação”.

¹⁶ HANS J. WOLFF / OTTO BACHOF / ROLF STÖBER, *Direito Administrativo*, I, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2006, p. 417. A mesma expressão é amplamente adotada na ciência jurídica nacional. Cfr., *inter alia*, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 2003, reimpr., p. 1235; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit. (nt. 11), pp. 194-195.

¹⁷ Este aspeto é igualmente salientado em JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit. (nt. 15), p. 383.

¹⁸ Mesmo nestes casos, em que é de concluir pela vacuidade da remissão, é controverso que se possa falar de lacuna já que a própria existência desta categoria é alvo de disputa na ciência jurídica. Sobre os pressupostos para a identificação de lacunas, adotando uma visão cautelosa sobre o tema, mas ainda assim movendo-se dentro dos quadros tradicionais, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, cit. (nt. 11), pp. 385-395; adotando uma análise cética, pugnano pela eliminação do discurso jurídico da categoria das lacunas, “pelo menos quanto a normas primárias”, e, consequentemente, da analogia enquanto método de integração das mesmas, DAVID DUARTE, “Analogy and balancing once again. A reply to Bartosz Brożek”, in HENDRIK KAPTEIN / BASTIAAN VAN DER VELDEN (eds.), *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2018 (pp. 109-122), pp. 114-115.

Um outro aspeto importante para a presente análise diz respeito ao facto de a aplicação do conseqüente remetido aos factos da previsão da norma remissiva não se dar diretamente, mas indiretamente¹⁹.

Neste contexto, e recuperando o que já afirmámos, é de reconhecer que, em rigor, as normas remissivas não acionam normas, mas apenas conseqüentes de normas. Aliás, o que ocorre, e é comumente aceite na aplicação de normas remissivas, pode representar-se do seguinte modo.

Pense-se numa norma remissiva N_1 representada por $\forall x \rightarrow Ia$, em que $\forall x$ =para todos x [x =patins], I =imposição (de), a =aplicar conseqüente de N_2 , e numa N_2 representada por $\forall y \rightarrow Prb$, em que $\forall x$ =para todos y [y =veículos], Pr =proibido, b =entrar no parque. Daqui resultaria $\forall x \rightarrow Prb$, passando a ser proibida a entrada de pessoas com patins no parque. Este exercício parece confirmar que quando se afirma que a norma remissiva ordena a aplicação de outra norma, na verdade impõe apenas a aplicação do conseqüente da norma remetida²⁰.

Assim sendo, as normas remissivas têm por efeito a aplicabilidade de um conseqüente a um antecedente que de outro modo lhe seria estranho ou, por outras palavras, passa a existir uma relação de implicação²¹ entre o antecedente da norma remissiva e o conseqüente que é objeto da remissão.

Do dito também podemos perceber que a aplicação da norma remissiva acaba por se reduzir a uma espécie de *copy-paste* mecânico, de substituição de conseqüentes. Da aplicação da norma remissiva é ainda possível verificar que se forma uma relação entre três normas: (i) a norma remissiva, (ii) a norma a que pertence o objeto remetido (também dita norma *ad quam*), e (iii) uma terceira norma, resultante da aplicação da norma remissiva, e que é formada por elementos das duas anteriores (antecedente da primeira, conseqüente da segunda).

Esta terceira norma, resultado da aplicação da norma remissiva, podemos designá-la de norma paralela^{22/23}. À semelhança do que ocorre com as normas de

¹⁹ Por todos, RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción*, cit. (nt. 8), pp. 328-330. Sobre o conceito de norma indireta, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis (Limites das Leis e Conflitos das Leis)*, Coimbra, Almedina, 1998, reimpr., p. 301.

²⁰ Assim, DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 182. Neste ponto da análise podemos afirmar a irrelevância do antecedente da norma a que pertence o conseqüente remetido. Adiante, porém, veremos como esse mesmo antecedente terá um papel determinante para outros pontos da nossa análise.

²¹ Sobre a noção de implicação normativa, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), p. 216.

²² Não utilizamos aqui o conceito de norma paralela como sinónimo de lugar paralelo, como se parece fazer em MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo*

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

decisão, as normas paralelas não pertencem ao sistema, antes sendo criadas pelo intérprete-aplicador, enquanto proposições, a partir de normas remissivas^{24/25}. No entanto, o reconhecimento desta tipologia, no contexto da aplicação das normas

nos Tribunais Administrativos, I, Coimbra, Almedina, 2006, p. 105. Sobre os lugares paralelos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit. (nt. 15), pp. 411-412.

²³ O uso da expressão “norma paralela” (*Parallelnorm*), no âmbito do tratamento das normas remissivas, parece dever-se a THEODOR HELLER, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1961, p. 71. Sobre a concepção deste Autor, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito*, cit. (nt. 19), pp. 302-304. No entanto, parece que o conceito era já utilizado no âmbito do Direito Internacional Privado – nomeadamente, por Wengler, em 1953 – para exprimir a ideia de que as normas remetidas não são aplicadas no Estado do foro *qua tale*, mas sim por intermédio de uma norma paralela, a criar pelo juiz à sombra da norma remissiva de conflitos, que substitua os chamados âmbito de competência e âmbito de eficácia da norma remetida de modo a permitir a sua aplicação como se fosse direito do foro, HANS A. STÖCKER, *Grundrechtsschutz im Internationalprivatrecht*, “Juristische Rundschau”, n.º 12, 1965 (pp. 456-459), p. 458; BORIS SCHINKELS, *Normsatzstruktur des IPR – Zur rechtstheoretischen Einordnung des Befehls der »Anwendung« ausländischem Recht entnommener Normsätze im autonomen deutschen IPR*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 19. Muito embora se deva ter em conta que as normas remissivas têm por efeito estabelecer implicações normativas entre o seu próprio antecedente e o consequente de norma terceira, na verdade não é incomum afirmar-se que o fenómeno se pode perspetivar como um alargamento do antecedente dessa norma terceira (norma *ad quam*), THEODOR HELLER, *Logik*, cit. (nt. 23), pp. 71-72. A primeira explicação dá eco ao que a doutrina designa por função de produção normativa ou normogenética das normas remissivas, ALDO BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 507 e ss., em especial, pp. 523 e ss.; cfr. uma exposição desta posição em JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito*, cit. (nt. 19), pp. 194-196. Por seu turno, a segunda perspetiva, ao que parece mais disseminada na doutrina germânica, refere-se, então, a uma função modificativa de normas existentes (pela ampliação do antecedente da norma *ad quam*). Parece-nos que a razão se encontra com os que defendem a função normogenética das normas remissivas. Como veremos, sem prejuízo de outros argumentos, só assim se consegue explicar que apenas a norma paralela (e já não a norma *ad quam*) seja afetada pela aplicação do comando de modificação acoplado à norma remissiva, isto é, que a norma *ad quam* não seja modificada e continue a aplicar-se enquanto tal ao seu âmbito de aplicação próprio. De facto, a intervenção dos comandos de modificação constitui argumento favorável para os que militam a favor da tese da criação normativa já que, por via destes comandos, a configuração definitiva da norma paralela pode ficar irreconhecível face à sua versão logo após aplicação da norma remissiva, como veremos adiante.

²⁴ Os motivos da afirmação são semelhantes aos que valem para as normas de decisão, DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), pp. 194-196.

²⁵ Não parece ser possível predicar, aprioristicamente e em termos absolutos, as normas remissivas como normas secundárias porque a sua previsão tanto se pode referir ao mundo do *Sein*, como ao mundo do *Sollen*, tal como se afirma, com recurso a exemplos, em DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), pp. 103, 106-107. Esta conclusão não fica prejudicada pelo facto de a estatuição obrigar a uma determinada operação jurídica (substituição do consequente da norma remissiva pelo de outra norma) já que o elemento normativo a que se atende para a classificação é o antecedente da norma remissiva; por idênticas razões, tal raciocínio valerá também para as normas paralelas, que recebem o seu antecedente da norma remissiva.

remissivas é de bastante interesse: as normas paralelas, sendo ponto de chegada na aplicação da norma remissiva, serão depois o ponto de partida para a aplicação dos comandos de modificação.

De facto, as normas paralelas têm uma configuração *prima facie* (enquanto *output* da norma remissiva) e uma configuração definitiva, *all-things-considered* (enquanto *output* do comando de modificação). Regressaremos adiante a este ponto. Agora, porém, cabe analisar uma propriedade potencial das normas paralelas *prima facie*, essencial à compreensão dos comandos de modificação: a sobreinclusividade.

3. A sobreinclusividade das normas paralelas

As normas jurídicas são produto de generalizações sobre os factos ou condições que constituem o seu antecedente²⁶. Tal é perfeitamente compreensível se pensarmos que o típico é que a norma valha para lá de um determinado caso e que atue para além das particularidades deste, estendendo-se a um universo de casos mais ou menos amplo que com ele guardem semelhança.

Assim, a factualidade, conforme surge no domínio do *Sein*, é filtrada pela autoridade normativa para efeitos de construção das normas: ora suprimindo algumas características, ora as tomando como relevantes. Diz-se, pois, que as normas são construídas com um determinado nível de indiferença quanto aos particularismos dos elementos do antecedente normativo no domínio do *Sein*. Deste modo, já no domínio do *Sollen*, não vale a factualidade como ela é, mas como o Direito a representa ou, por outras palavras, como o Direito a considera relevante.

É essa natural supressão de particularidades que habilita a afirmação segundo a qual as normas padecem de alguma *cegueira* ou “défice epistémico”²⁷ quanto às particularidades dos casos que a instanciam. A supressão ou não de particularidades que a autoridade normativa faz ao construir a previsão das normas baseia-se num juízo de generalização probabilística que liga dois elementos: norma e justificação da norma²⁸. Este juízo, como já se pode antever, dirige-se a perceber se é ou não

²⁶ FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 2002, reimpr., pp. 25, 43. Basta pensar que não raras vezes as normas são configuradas a partir de casos concretos (ou grupos de casos concretos), sem prejuízo das muitas diferenças *de facto* que possam guardar entre si, de modo a poderem ser reconduzidos todos os casos a um mesmo antecedente. Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), pp. 99-102; RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción*, cit. (nt. 8), p. 222. Ainda de interesse, RUDOLPH V. JHERING, *El Fin en el Derecho*, 2.^a ed., Granada, Comares, 2011, p. 171.

²⁷ PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), p. 217.

²⁸ FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules*, cit. (nt. 26), pp. 27-31.

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

apropriado dirigir o consequente ao universo de casos do antecedente, segundo as propriedades selecionadas e à luz da justificação da norma.

Deste modo, é possível afirmar que a configuração dos antecedentes normativos assenta numa relação meio-fim: espera-se que implicando certos efeitos a uma previsão com determinados contornos se consiga atingir um fim, na medida da necessidade sentida pela autoridade normativa²⁹. Quando uma norma não é necessária face ao fim que prossegue, temos o caso de uma norma sobreinclusiva³⁰. O ótimo normativo, se assim lhe podemos chamar, atinge-se, pois, quando o âmbito da norma e o âmbito da sua justificação³¹ se sobrepõem na exata medida um do outro.

²⁹ A necessidade é tomada aqui nas suas várias modalidades: subjetiva, objetiva, espacial e temporal, como se adverte em JORGE MIRANDA / JORGE PEREIRA DA SILVA, “Anotação ao artigo 18.º”, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017 (pp. 229-296), pp. 275-276. Em sentido próximo, embora no contexto das relações de especialidade normativa, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), pp. 355-356. Utilizamos o conceito de necessidade como abrangendo o de adequação.

³⁰ Cfr., em geral, FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules*, cit. (nt. 26), pp. 31-34; JORGE L. RODRÍGUEZ, *Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 59-62. Dá-se um caso de sobreinclusividade normativa sempre que o âmbito de justificação de uma norma não se estende a todos os casos cobertos pela sua previsão; os casos cobertos pela previsão da norma, mas não pela sua justificação, dizem-se casos sobreincluídos, JORGE L. RODRÍGUEZ, “Against Defeasibility of Legal Rules”, in JORDI FERRER BELTRÁN / GIOVANNI BATTISTA RATTI (eds.), *The Logic of Legal Requirements – Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (pp. 89-107), p. 90; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), pp. 250, 255-256; FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules*, cit. (nt. 26), p. 32. Referimo-nos aqui apenas à sobreinclusividade e não à subinclusividade porque a subinclusividade de uma norma “é redutível, sem qualquer perda de significado, à sobreinclusividade de uma outra norma” equivalente, o que permite suprimir a autonomia da subinclusividade em relação à sobreinclusividade: é este o motivo pelo qual este último conceito é o único verdadeiramente operativo, JORGE L. RODRÍGUEZ, “Against Defeasibility”, cit. (nt. 30), p. 94. De facto, tomando o conhecido exemplo de Frederick Schauer, a partir da norma *no dogs allowed* só se poderá perspetivar que a entrada de ursos é permitida – e daí ser subinclusiva em relação a estes animais face à finalidade do sossego – se se perspetivar tal norma como só proibindo cães, mas não outros animais (proibindo os cães e só os cães), isto é, como um bicondicional (cães ↔ proibida entrada). Parece, pois, correta a afirmação segundo a qual “a propriedade da subinclusividade decorre necessariamente da própria determinação de um bicondicional normativo, equivalente à estatuição de um *ius singulare*”, levando assim, pelas regras da interdefinibilidade dos modos deónticos e utilizando o argumento *a contrario*, à possibilidade de converter a norma subinclusiva (e por isso norma excecional, como visto) numa norma equivalente sobreinclusiva em relação à mesma base de justificação, sem perda de significado, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), p. 285. Como exemplo do dito: a norma subinclusiva relativamente a ursos face à finalidade de sossego dos clientes de um restaurante *proibida a entrada a cães e só a cães* pode ser convertida – por ser excecional – na norma sobreinclusiva relativamente a ursos (e eventualmente outros animais), *permitida a entrada a qualquer animal que não seja cão*.

³¹ Sobre os princípios como metanormas justificativas, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), pp. 197-198, 403.

Deparamo-nos aqui com a dificuldade de reconhecer estas correspondências ótimas nas normas remissivas, em que apenas é dado o antecedente e se espera que uma solução formulada para outros casos seja passível de ser transportada para esse mesmo antecedente, abstraindo dos juízos que levaram à inserção da norma *ad quam* no sistema; esta situação é problemática na medida em que qualquer conseqüente, enquanto efeito, só se compreende plenamente à luz do respetivo antecedente³². Expliquemo-nos melhor.

O raciocínio de generalização probabilística que preside à conformação dos antecedentes normativos é, em princípio, feito norma a norma e à luz de uma específica justificação, algo que não ocorre com as normas remissivas com um objeto remissivo complexo e indeterminado, que merecerão agora a nossa atenção especial.

Nestas normas remissivas lida-se com um juízo de *metageneralização* probabilística em que a autoridade normativa, por cima da generalização probabilística que cada norma do sistema encerra, vai adicionar uma outra camada de generalização probabilística ao conformar o antecedente da norma remissiva a partir de uma generalização probabilística que não se faz já entre um antecedente e um conseqüente determinado, mas entre um antecedente (da norma remissiva) e uma pluralidade de conseqüentes (das várias normas *ad quam*, remetidas) que muitas vezes não é determinada³³. Nestes casos, a autoridade normativa vai selecionar umas propriedades e suprimir outras no âmbito do raciocínio analógico que preside à criação da norma remissiva, mas já não o fará relacionando entre si os vários casos do antecedente de uma norma (como normalmente ocorre), mas sim os vários casos incluídos no regime *ad quam* e os vários casos que a norma remissiva vai regular.

Este modo de regular condutas presta-se a um significativo aumento da probabilidade de não se conseguir atingir uma correspondência ótima entre o âmbito normativo e o âmbito de justificação das normas paralelas. Na verdade, basta que a analogia que preside à remissão seja fundada em características diversas daquelas que dão base à justificação e específica configuração das normas *ad quam* para que se gere uma situação de sobreinclusividade que será depois comunicada às normas paralelas que surjam da sua aplicação³⁴.

³² PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), pp. 107-108.

³³ Bom exemplo será o artigo 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos na remissão que faz para a lei de processo civil. Não se pode afirmar como determinada, para estes efeitos, uma remissão para todas as normas do processo civil (quer as extraíveis do Código de Processo Civil, quer as normas processuais extraíveis de diplomas avulsos).

³⁴ O que se descreve toma novas proporções se pensarmos que a metageneralização probabilística que está na base da conformação do antecedente das normas remissivas pode ainda dar-se à segunda (ou terceira, ou quarta, etc.) potência sempre que se verifiquem cadeias de remissões.

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

Uma das características centrais das normas remissivas de objeto remetido complexo é que uma só norma remissiva pode gerar um número indeterminável de normas paralelas já que muitas vezes vão indeterminadas quais as próprias normas para as quais se remete³⁵. O facto de tal acontecer, e como já sugerimos, habilita-nos a presumir que, em regra, o controlo do juízo de generalização probabilística que a autoridade normativa devia fazer norma por norma acaba por não se levar a cabo relativamente a este tipo de normas remissivas. Por outro lado, se considerarmos que o referido juízo é um verdadeiro dever de uma autoridade normativa racional, temos que o aparecimento de um comando de modificação equivale a encomendar ao intérprete-aplicador a tarefa de proceder, de modo definitivo, a esse juízo e daí tirar as devidas consequências.

Com as normas remissivas, atrevemo-nos a dizê-lo, não se economiza apenas no enunciado, mas também, muitas vezes, no juízo crítico que subjaz ao modo como se faz a inserção das normas no sistema. A autoridade normativa não está sequer normalmente preocupada em pensar da adequação de uma determinada solução que a pretexto da norma remissiva se convoque, mas sim sobre a proximidade, em geral e sob determinado critério ou critérios, que os factos da previsão da norma remissiva têm com outros que considera adequadamente regulados: em princípio, basta *alargar* um dado regime aos casos *novos*.

Embora seja por vezes difícil de identificar a sobreinclusividade a partir da própria norma remissiva, pela indeterminação do objeto remetido, a formulação de universais mais concretos permite reconhecê-la mais facilmente, como se verá em breve com recurso a um exemplo.

As normas remissivas com objeto complexo constituem formas particularmente toscas de legislar, uma vez que a autoridade normativa projeta na previsão de uma norma remissiva realidades e estruturas intrincadas³⁶ esperando que o objeto remetido as solucione na maior medida possível³⁷. Deste modo, muitas vezes uma maior

³⁵ Cfr. nota de rodapé 33, *supra*.

³⁶ Pensemos novamente nas leis de processo. Cfr. nota de rodapé 33, *supra*.

³⁷ CECIL T. CARR, *Referential Legislation*, cit. (nt. 6), pp. 191-192; F. SCOTT BOYD, *Looking Glass Law: Legislation by Reference in the States*, “Louisiana Law Review”, vol. 68, n.º 4, 2008 (pp. 1201-1283), pp. 1210-1211; ARIE POLDERVAART, *Legislation by Reference – A Statutory Jungle*, “Iowa Law Review”, vol. 38, n.º 4, 1953 (pp. 705-737), pp. 707-708, 716; LINDSEY P. GUSTAFSON, *Making the Peg Fit the Hole*, cit. (nt. 11), p. 390. Tecendo críticas à técnica remissiva, à luz das questões típicas que as normas remissivas colocam na tradição jurídica anglo-saxónica, ERNEST E. MEANS, *Statutory Cross References*, cit. (nt. 11), pp. 25-31. Sobre as fragilidades da técnica remissiva, em especial, o perigo da própria indeterminabilidade do objeto *ad quam*, HORACE EMERSON READ, *Is Referential Legislation Worth While*, “Minnesota Law Review”, vol. 25, n.º 3, 1941 (pp. 261-297),

amplitude do objeto remetido está na proporção da superficialidade do raciocínio analógico empreendido pela autoridade normativa.

Estamos agora em melhores condições de perceber o *porquê* dos comandos de modificação.

No âmbito do *empréstimo de consequentes* entre a norma *ad quam* e a norma remissiva, é possível afirmar que as razões da regulação *ad quam* passam a valer para os casos da norma remissiva: equalizam-se não só as normas face aos antecedentes da norma remissiva e da norma remetida, mas também os respetivos âmbitos de justificação. Nem faria sentido afirmar-se que a justificação da norma paralela fosse outra que não a mesma justificação da norma *ad quam*. Afinal, a norma paralela não poderia buscar justificação na norma remissiva pois que esta tem uma e uma só finalidade: equalizar regimes, independentemente do respetivo conteúdo, aí se afirmando o carácter formal das normas remissivas³⁸.

Ora, a partir do momento em que a autoridade normativa obriga a que para um novo universo de casos valha uma regulação (e justificação) talhada para outro universo de casos, é pouco provável que tal “transferência”³⁹ de âmbitos se faça sem percalços. Vejamos com um exemplo simples:

- NR: *O disposto no Decreto-Lei n.º x/2021 é aplicável a cavalos*, representada por *Cavalos* → I (aplicação das normas do) *Decreto-Lei n.º x/2021*;
- N_{aq} [*extraível do Decreto-Lei n.º x/2021*]: *As refeições dos cães compreendem 70% de bife, 20% de ossos e 10% de fígado*, representada por *Cães* → I *refeições compostas por 70% de bife, 20% de ossos e 10% de fígado*;

pp. 277, 294-296. Criticando tanto o uso excessivo de remissões como a sua utilização em cascata, DAVID DUARTE *et alli*, *Legística – Perspetivas sobre a concepção e redação de atos normativos*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 260, 265; PIEDAD GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Madrid, Civitas / Thomson Reuters, 2010, pp. 31, 47-48; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Manual de Legística – Critérios Científicos e Técnicos para Legislar Melhor*, Lisboa, Verbo, 2007, p. 184; JOÃO TIAGO SILVEIRA, *Problemas habituais de legística na preparação e redação de leis e regulamentos*, “e-Pública”, vol. 5, n.º 3, 2018 (pp. 134-158), p. 157. Sobre as dificuldades que as normas remissivas colocam à cognoscibilidade do Direito, CECIL T. CARR, *Legislation by Reference and the Technique of Amendment*, “Journal of Comparative Legislation and International Law”, vol. 22, n.º 1, 1940 (pp. 12-18), pp. 16-18; HELEN CALDWELL, “Can Legislation Rank as Literature?”, in CONSTANTIN STEFANOU / HELEN XANTHAKI (eds.), *Drafting Legislation – A Modern Approach*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2008 (pp. 245-258), p. 255. Cfr. ainda nota de rodapé 47, *infra*.

³⁸ JOSÉ DIAS MARQUES, *Introdução*, cit. (nt. 10), pp. 171-172. Cfr., ainda, nota de rodapé 13, *supra*.

³⁹ Referindo-se à função de transferência de âmbitos (*Übertragungsfunktion*) das normas remissivas, JOHANN-FRIEDRICH STAATS, “Verweisung und Grundgesetz”, in JÜRGEN RÖDIG (ed.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlin / Heidelberg, Springer-Verlag, 1976 (pp. 244-260), pp. 245-246.

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

- NP: *As refeições dos cavalos são compostas por 70% de bife, 20% de ossos e 10% de fígado*, representada por *Cavalos* → I *refeições compostas por 70% de bife, 20% de ossos e 10% de fígado*.

De um ponto de vista estritamente formal, o que ocorre por efeito da norma remissiva (NR), na relação com a norma *ad quam* (N_{aq}), é a derivação de uma norma paralela (NP) que tem por efeito submeter os cavalos a uma dieta carnívora. Consultando o âmbito de justificação da norma *ad quam* verificamos que esta visa garantir o bem-estar dos cães na sua vertente de alimentação. O regime da alimentação dos cães – carnívoro – levou a autoridade normativa a aprovar uma norma sobre a sua alimentação que, em princípio, é adequada a estes animais. A autoridade normativa, porém, considerou posteriormente estender o regime sobre a garantia do bem-estar dos cães (todo o Decreto-Lei n.º x/2021) aos cavalos, uma vez que *ambos são animais*. Não obstante, o resultado não se ajusta no que toca ao fator alimentação.

O motivo é simples de entender e vai em linha com o que temos afirmado: a autoridade normativa tomou por referência para a analogia subjacente à norma remissiva o facto *cães e cavalos são animais*, furtando-se de indagar eventuais diferenças relevantes entre estes dois animais, como seja a diferença entre regimes alimentares. Embora a norma paralela *prima facie*, no que toca às regras sobre alimentação, surja desajustada no âmbito normativo, a verdade é que a equalização pretendida pela norma remissiva inclui também a justificação subjacente à norma *ad quam*. Perspetivada deste modo, a norma remissiva sobre cavalos obrigaria a que a alimentação dos cavalos fosse tão adequada para estes como a alimentação dos cães é adequada para estes últimos, nos termos do Decreto-Lei: mas não é isso que deriva do jogo das normas, como facilmente se vê do exemplo dado. Temos, então, que a norma paralela, quanto a alimentação, é sobreinclusiva ao mais alto grau porque o âmbito da norma não se ajusta de modo algum à justificação (adequação da alimentação).

Se as normas remissivas permitem regular com poupança no discurso, a verdade é que uma tal poupança não deixa de ter consequências, um *trade-off*⁴⁰; a maior das consequências é, assim, uma forte propensão para o sintoma da sobreinclusividade, isto é, o “défice de particularismo”⁴¹. Este défice de particularismo nas normas remissivas contamina, com sobreinclusividade, a própria norma paralela, como já afirmado.

⁴⁰ A expressão “borrow now and pay later” não podia ser mais apropriada. Cfr. R. PERRY SENTELL JR., “Reference Statutes” – *Borrow Now and Pay Later?*, “Georgia Law Review”, vol. 10, n.º 1, 1975 (pp. 153-168).

⁴¹ PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), pp. 252-253.

Como resolver o problema? Através da consagração de um comando de modificação. Conforme salientado pela doutrina é “a relação de analogia entre as duas situações que justifica que muitas remissões sejam acompanhadas da indicação de que, na aplicação do regime *ad quam*, há que proceder às «necessárias adaptações»⁴². Reconheça-se, porém, conforme se verá na secção 4., que na parte em que expressam um comando de modificação os enunciados remissivos não consagram uma mera “indicação”, como afirma Teixeira de Sousa, ou um simples “convite”, conforme chegou a designar Sérvulo Correia, mas sim, e verdadeiramente, uma norma⁴³.

O raciocínio analógico tem um papel de relevo na interpretação dos enunciados e na aplicação destas normas porque, subjacente a cada remissão, existe um juízo analógico da autoridade normativa. Este alargamento do regime a situações não reguladas operado pela própria autoridade normativa pode justamente ser chamado de uma forma legislativa de analogia (*gesetzgeberische Form der Analogie*⁴⁴) já que as normas remissivas são o meio de exteriorizar e dar consequência a esse juízo.

Por vezes, a sobreinclusividade (ou pelo menos aspetos mais nítidos da sua ocorrência) é logo corrigida pelo legislador. Veja-se o artigo 1594.º do Código Civil de Seabra, sobre o contrato de troca, em que não se prevê expressamente um comando de modificação, mas se antecipa uma causa de sobreinclusividade logo no enunciado da norma, *in fine*: “são aplicáveis a este contrato as regras do contrato de compra e venda, exceto na parte relativa ao preço”.

Tomando em consideração que as normas remissivas têm, como visto, uma função de harmonização de regimes/de otimização da igualdade, a existência de comandos de modificação justifica-se pela possibilidade – declarada pela autoridade normativa – de que esse juízo de igualdade tenha sido levada longe de mais ou, em sentido mais técnico, que a norma remissiva seja sobreinclusiva, por défice de particularismo, o que bem se entende pois que as remissões servem para abreviar,

⁴² MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, cit. (nt. 11), p. 234. Esta necessidade deriva do facto de “a remissão poder não servir adequadamente o caso concreto”, como se afirma em REED DICKERSON *apud* LINDSEY P. GUSTAFSON, *Making the Peg Fit the Hole*, cit. (nt. 11), p. 369 (nt. 35).

⁴³ Cfr. notas de rodapé 50 e 51, *infra*.

⁴⁴ MARTIN MATIES, *Die gesetzlich angeordnete entsprechende Anwendung*, cit. (nt. 3), p. 266; KARSTEN SCHMIDT, *Gesetzliche Gestaltung und dogmatisches Konzept eines neuen Umwandlungsgesetzes – Überlegungen zur legislatorischen Praxis un Theorie*, “Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht”, vol. 19, n.º 3, 1990 (pp. 580-606), p. 585; HANS-ULRICH KARPEN, *Die Verweisung*, cit. (nt. 3), p. 78; CLAUD-WILHELM CANARIS, *Die Feststellung*, cit. (nt. 3), p. 24; ERNST FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 240. Chegando a referir-se a uma “analogia «autêntica»”, ROLANDO QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale (Art. 10-15)*, Bologna, Zanichelli, 1974, p. 278.

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

com a consequência de que se perde a noção da analiticidade a que o Direito obriga no tratamento das situações, nas suas semelhanças e diferenças.

Aqui chegados, conclui-se já preliminarmente que, sendo certo que as normas remissivas (mesmo com comandos de modificação expressamente acoplados) “parecem oferecer pouco material para análise lógica, quanto mais não seja devido à sua clareza externa”⁴⁵, a verdade é que, como bem diz Martin Maties, esta aparente simplicidade “coloca frequentemente obstáculos ao intérprete quanto ao seu conteúdo e ao modo como devem ser aplicadas. A tarefa parece mais simples do que é”^{46_47}.

Estamos agora em condições de refinar o âmbito do presente estudo, distinguindo entre dois tipos de expressões.

Expressões como *são aplicáveis desde que* ou *são aplicáveis na medida em que* são normas sobre a aplicabilidade de outras normas e fazem, em rigor, parte das condições do antecedente da própria norma remissiva. Perante este tipo de expressões sabemos já que a norma expressa, de modo binário, a aplicabilidade ou a não aplicabilidade de determinada norma, consoante esteja ou não verificada a condição de *analogia, correspondência* ou *conformidade com a sua natureza* ou qualquer outra

⁴⁵ THEODOR HELLER, *Logik*, cit. (nt. 23), pp. 70-71.

⁴⁶ MARTIN MATIES, *Die gesetzlich angeordnete entsprechende Anwendung*, cit. (nt. 3), p. 265; RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción*, cit. (nt. 8), p. 341. Estas dificuldades eram já conhecidas da doutrina mais antiga, quando afirmava que perante uma norma remissiva “é necessário examinar mais detidamente em que sentido e em que medida as disposições remetidas devem ser entendidas e aplicadas ao caso”, ERNST RUDOLF BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I, Freiburg / Leipzig, J. C. B. Mohr, 1894, p. 101. Também a doutrina anglo-saxónica há muito que chama a atenção para estas dificuldades. *Inter alia*, CECIL T. CARR, *Referential Legislation*, cit. (nt. 6), p. 192; sobre a tentativa de regulação do uso de remissões na redação de textos normativos e sobre a problemática das remissões estáticas e dinâmicas, gerais e especiais, no âmbito da tradição anglo-saxónica, SCOTT A. BAXTER, *Reference Statutes: Traps for the Unwary*, “McGeorge Law Review”, vol. 30, n.º 2, 1999 (pp. 562-584); referindo um (preocupante) caso de *retificação* judicial de lei penal que continha uma remissão vazia, isto é, que remetia para o (inexistente) volume 3 do *Code of Georgia* quando seria claro que se pretendia ali remeter para o respetivo volume 2, dando ainda nota do crescimento da litigância por desacordos quanto ao sentido deontico a partir de normas remissivas, R. PERRY SENTELL JR., “Reference Statutes”, cit. (nt. 40), pp. 157-158, 168.

⁴⁷ As preocupações de legística, em sede de preparação do enunciado normativo, são também notadas, nomeadamente porque o acoplar de comandos de modificação a normas remissivas acrescenta mais um nível de complexidade à compreensão do significado de um enunciado normativo, isto é, à determinação da norma, já que será necessário conjugar a norma remissiva com o seu objeto, nem sempre sendo claro que objeto é esse quando os enunciados *ad quam* se revelam indeterminados no enunciado remissivo, como ainda obriga a proceder a alterações à norma que dali surge. Assim, JOHN MARK KEYES, *Incorporation by Reference in Legislation*, “Statute Law Review”, vol. 25, n.º 3, 2004 (pp. 180-195), pp. 185, 194-195.

ali indicada⁴⁸. Por outro lado, expressões como *são aplicáveis com as necessárias* (ou *com as devidas*) *adaptações*, ou *são aplicáveis mutatis mutandis* são expressões que significam uma outra norma, já não sobre a aplicabilidade, mas sobre a produção de critérios de decisão pelo próprio intérprete-aplicador a partir do material remetido: o consequente da norma *ad quam* será sempre aplicável, mas com as necessárias modificações, a serem introduzidas pelo intérprete-aplicador. Naturalmente, só o segundo tipo expressa um comando de modificação.

Como ficará mais claro na subsecção 5.2., a solução a dar ao exemplo da alimentação dos cavalos – se o caso convocasse um comando de modificação⁴⁹ – é a seguinte: o intérprete-aplicador está obrigado a criar ele próprio uma norma que garanta aos cavalos um bem-estar, a nível de alimentação, equivalente ao que a norma prevista no Decreto-Lei n.º x/2021 garante aos cães. Isto demonstra que as normas paralelas definitivas (adaptadas) podem tornar-se irreconhecíveis face à configuração *prima facie* que tinham enquanto *output* da aplicação da respetiva norma remissiva.

4. Os comandos de modificação como normas

Já sugerimos acima que os comandos de modificação servem para que o intérprete-aplicador possa corrigir a sobreinclusividade da norma paralela derivada da aplicação de norma remissiva. Já dissemos também que o comando de modificação constitui uma norma⁵⁰, termos em que, com base na análise *supra*, consideramos

⁴⁸ FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA / JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, reimpr., p. 270. Sobre o conceito de normas sobre a aplicação de normas terceiras, GIORGIO PINO, *Teoria analítica del diritto*, I, Pisa, ETS, 2018, p. 172; RICCARDO GUASTINI, *Le fonti del diritto – Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 129 (nt. 10).

⁴⁹ Não entraremos aqui na discussão relativa a saber se os comandos de modificação são ou não imanentes a qualquer norma remissiva, isto é, se são sempre devidas *necessárias adaptações* independentemente de tal surgir expressamente previsto no enunciado remissivo. Em sentido favorável, ligando a questão ao problema da aplicação correspondente de normas (cfr. nota de rodapé 3, *supra*), entre outros, KARL LARENZ, *Metodologia*, cit. (nt. 12), p. 366; ALFRED G. DEBUS, *Verweisungen*, cit. (nt. 3), pp. 56-57.

⁵⁰ O comando de modificação é uma “imperada atividade adaptante [que] revela no legislador da norma de remissão a consciência da impossibilidade de aplicação do direito subsidiário, na integridade da sua formulação e sentido”, cfr. Parecer n.º 131/81, de 21 de julho de 1983, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 334, de 1984 (§ 3.1.3), p. 109. De interesse é ainda a posição vencida (cfr. o mesmo Parecer, p. 122), que advogou, citando ROLANDO QUADRI, *Dell'applicazione*, cit. (nt. 44), p. 278, que se o legislador estabeleceu uma analogia autêntica, não cabe ao juiz corrigi-la, posição que nos parece

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

que os comandos de modificação podem ser dados pela seguinte proposta de enunciado-tipo: *Se a norma paralela resultante da aplicação da norma remissiva for sobreinclusiva, o intérprete-aplicador deve proceder às necessárias modificações à norma paralela para que se corrija a sobreinclusividade.*

A partir desta proposição, é possível desde já afirmar a presença dos seguintes elementos nos comandos de modificação, *qua* norma: (i) destinatário: o intérprete-aplicador da norma; (ii) previsão: norma paralela sobreinclusiva; (iii) operador deôntico: deve (I=imposição); (iv) estatuição: proceder às necessárias modificações/[adaptações] da norma paralela; (v) finalidade: corrigir a sobreinclusividade da norma paralela, ou, por outras palavras, proceder à correta otimização do princípio da igualdade tomando por referência os casos regulados pela norma *ad quam*⁵¹. Sem prejuízo, será necessário proceder à eliminação (se e na medida possível) de eventuais indeterminações linguísticas, pelo que ainda não estamos, em rigor, perante o que consideramos ser a norma; esse exercício fá-lo-emos mais adiante.

Por agora importa reter que o facto de os comandos de modificação constituírem simultaneamente títulos juridicamente habilitantes e impositivos para o intérprete-aplicador ajustar o conteúdo de normas leva a considerar que sempre que há comandos de modificação acoplados a normas remissivas estamos perante uma otimização colaborativa do princípio da igualdade, desde a autoridade normativa ao intérprete-aplicador da norma⁵².

incomportável, especialmente quando o legislador expressa um comando de modificação, como se dava no caso do Parecer. Referindo-se aos comandos de modificação como “cláusula geral das «necessárias adaptações»”, J. M. SÉRVULO CORREIA, *O prazo para alegação no recurso fundado em oposição de acórdãos no Supremo Tribunal Administrativo. Um caso paradigmático do problema da aplicação da lei de processo civil no contencioso administrativo*, “Revista da Ordem dos Advogados”, ano 50.º, vol. 2, 1990 (pp. 363-393), p. 377; referindo-se a este tipo de normas como corporizando um “princípio de adaptabilidade” / “princípio do *mutatis mutandis*”, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «Regime jurídico das contraordenações: revisão, sistematização e novas soluções», in LUÍS MIGUEL CALDAS (coord.), *A Reforma do Direito das Contraordenações – II Jornadas Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018, acessível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_IIJornadasConcorrencia.pdf (pp. 27-37), p. 28.

⁵¹ Referindo o comando de modificação presente no que é hoje o artigo 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos como “o convite ao exercício por parte do juiz administrativo de uma liberdade transformadora indispensável à correção dos efeitos nocivos da transposição automática de normas para um campo material cuja consideração não presidiu ao aperfeiçoamento do seu conteúdo”, J. M. SÉRVULO CORREIA, *O prazo para alegação*, cit. (nt. 50), p. 378.

⁵² Esta colaboração entre autoridade normativa e intérprete-aplicador não é de todo estranha ao ramo do direito que mais lida com fenómenos remissivos. Assim, no âmbito da técnica da adaptação no Direito Internacional Privado, diz-se que “se o legislador não foi ele-mesmo capaz de realizar esta tarefa de harmonização, cabe ao juiz terminá-la na realização do sistema na prática, ou seja, na avaliação judicial das relações litigiosas”, GIORGIO CANSACCHI, *Le choix et l’adaptation de la règle*

Se a autoridade normativa estabelece um juízo de analogia e o expressa pela norma remissiva, fá-lo de forma *prima facie*, tratando igual o que lhe *parece* igual, e aponta para uma solução; mas, por ordem dessa mesma autoridade normativa, através do comando de modificação, o intérprete-aplicador deverá proceder aos ajustes necessários a tornar definitivo o juízo de analogia/igualdade *prima facie* estabelecido pela autoridade normativa, aí apurando a correta e definitiva otimização do princípio da igualdade pela afinação da medida da igualdade ou da medida da diferença.

Feita a caracterização das normas remissivas, das normas paralelas e, finalmente, dos comandos de modificação, que aqui nos importam a título principal, cabe questionar se estes são passíveis de ser considerados fonte de discricionariedade: é esta a questão fundamental do presente estudo.

5. Os comandos de modificação como fonte de discricionariedade

5.1. Discricionariedade linguística

A partir da expressão *necessárias modificações* que consta do enunciado-tipo que construímos, podemos perfunctoriamente identificar duas propriedades linguísticas fonte de indeterminação, que passamos de imediato a analisar: a genericidade da proposição (ou parte dela)⁵³ e a vagueza da palavra *necessárias*⁵⁴.

5.1.1. Genericidade

De acordo com dados da linguística, a genericidade ocorre sobretudo em dois tipos de enunciados, de feição totalmente oposta no que toca à sua falsificabilidade

étrangère dans le conflit de lois, “Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye”, vol. 83, n.º 2, 1953 (pp. 83-160), p. 116.

⁵³ A doutrina adverte que a genericidade pode ser um predicado de proposições/enunciados/classes, mas não de palavras tomadas isoladamente, CLAUDIO LUZZATI, *El principio de autoridad y la autoridad de los principios – La genericidad del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 86; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), pp. 180, 187.

⁵⁴ Sobre a discricionariedade linguística, cfr. DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), pp. 215-222, 499-508; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, II-III, Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 206-216. Julgamos não haver qualquer polissemia na palavra *necessárias*, propriedade que se assumiria como uma terceira fonte de discricionariedade linguística. Semanticamente, a palavra *necessárias* significa imprescindíveis, indispensáveis (*conditiones sine quibus non*), PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, II-III, cit. (nt. 54), p. 215.

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

perante os casos particulares a que respeitam: (i) aqueles que, muitas vezes por serem baseados em estereótipos⁵⁵, são facilmente falsificáveis e (ii) aqueles que são dificilmente falsificáveis porque não veiculam informação relevante⁵⁶ (chamemos-lhes verdades de *la Palice*).

Como exemplo do primeiro grupo: *Pássaros põem ovos*. Este enunciado é comumente tido por verdadeiro. No entanto é mais falso que verdadeiro; basta pensar que só é possível ver pássaros efetivamente a porem ovos se forem fêmeas férteis⁵⁷, o que implica que a afirmação só vale para menos de metade do género pássaros. O motivo pelo qual na linguagem ordinária nos permitimos usar este tipo de enunciados facilmente falsificáveis é porque são úteis para certos efeitos e em certos contextos (por exemplo, na escola primária, distinguir os pássaros/aves dos mamíferos).

Como exemplo do segundo grupo: *Este ano vai aparecer uma pessoa na tua vida*. A banalidade da informação é perfeitamente apreensível, mas também por isso é difícil falsificá-la pois basta que apareça uma pessoa até ao fim do ano⁵⁸.

Também é comum afirmar que os enunciados genéricos se referem a tipos/géneros/categorias e não a indivíduos em particular⁵⁹. Tal afirmação, porém, não parece ser apta a distinguir a genericidade da generalidade, quando é igualmente claro que são propriedades diferentes dos enunciados. A diferença reside no facto de a genericidade ser passível de representação como uma disjunção inclusiva (*anything goes; any kind*)⁶⁰ e a generalidade, pelo contrário, ser passível de representação

⁵⁵ SARAH-JANE LESLIE, “Generics”, in GILLIAN RUSSEL / DELIA GRAFF FARA (eds.), *The Routledge Companion to Philosophy of Language*, New York / London, Routledge, 2012 (pp. 355-366), p. 361. Argumentando que os enunciados genéricos funcionam como uma espécie de *truth by default*, ARIEL COHEN, “Genericity”, in MARIA ALONI / PAUL DEKKER (eds.), *The Cambridge Handbook of Formal Semantics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 (pp. 285-310), pp. 304-307. Sobre o papel da normalidade, dos protótipos e dos estereótipos na genericidade, GALIT W. SASSOON, *Vagueness, Gradability and Typicality – The Interpretation of Adjectives and Nouns*, Leiden / Boston, Brill, 2013, pp. 56, 330-335; ANNA PAPAFRAGOU, *On generics*, “UCL Working Papers in Linguistics”, vol. 8, 1996, acessível em: <http://www.phon.ucl.ac.uk/home/PUB/WPL/96papers/papafrag.pdf> (pp. 1-35), pp. 8-13.

⁵⁶ CLAUDIO LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, “Diritto & Questioni Pubbliche”, vol. 12, 2012 (pp. 345-395), p. 346.

⁵⁷ SARAH-JANE LESLIE, “Generics”, cit. (nt. 55), p. 366.

⁵⁸ CLAUDIO LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza*, cit. (nt. 56), p. 353; CLAUDIO LUZZATI, *El principio*, cit. (nt. 53), p. 100; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), p. 189.

⁵⁹ SARAH-JANE LESLIE, “Generics”, cit. (nt. 55), p. 355.

⁶⁰ CLAUDIO LUZZATI, *El principio*, cit. (nt. 53), pp. 82-83, 96, 107-108; no âmbito da linguística, defendendo que os enunciados genéricos não são regidos pelo quantificador universal, o que leva a considerar que os enunciados genéricos toleram a falsificação sem perder o seu valor de verdade,

como uma conjunção (*everything goes; this/all kind(s)*). Por exemplo, um enunciado sobre tigres tanto pode ser geral como genérico, tudo dependendo se a referência se faz a *qualquer* tigre (genericidade), mas não necessariamente a todos, ou a *todos* os tigres (generalidade), necessariamente a todos.

Finalmente, diga-se que, normalmente, o caráter genérico de um enunciado vem dado, embora não seja nem necessário nem exclusivo que tal ocorra, por artigos e pronomes indefinidos (um, algum, qualquer, etc.), seja na sua formulação singular, seja na sua formulação plural, bem como pelos chamados plurais simples (*bare plurals*)⁶¹.

Tendo em conta o exposto, cabe questionar como podem estes dados da linguística servir à análise de normas jurídicas e, em especial, ao tipo que nos ocupa.

Desde logo, e atendendo à estrutura das normas, diga-se que a genericidade pode ocorrer tanto na sua previsão como na sua estatuição⁶². Havendo genericidade da previsão, estaremos perante uma norma-princípio, questão que não importa à nossa análise⁶³; quanto ao seu surgimento na estatuição – que será o que aqui nos importa – temos de aprofundar.

Vejamos o seguinte enunciado: *Para todos os desacetos que ocorram durante a manifestação do Terreiro do Paço de amanhã, a polícia deve implementar medidas*. É óbvio que estamos perante uma norma-regra porque o género *desacetos na manifestação* vem acompanhado da partícula típica da generalidade: *todos os desacetos (this kind)*. As dúvidas surgem a jusante da estrutura normativa, na ação imposta: que medida(s) devem ser implementada(s)? Podemos dar por certo que, perante as possibilidades interpretativas aliadas a um juízo de normalidade, não se pode afirmar que devessem ser implementadas *todas* as medidas imagináveis, em termos de generalidade (logo,

ANNA PAPAFRAGOU, *On generics*, cit. (nt. 55), p. 4; ARIEL COHEN, “Genericity”, cit. (nt. 55), pp. 287, 291. O facto de não serem regidos pelo quantificador universal faz com que se tais enunciados servirem de premissas a um silogismo a conclusão possa ser falsa, pelo que a correta identificação e interpretação de um enunciado genérico é crucial. Por exemplo: Pássaros põem ovos; *x* é pássaro (*x* é pássaro-macho); *x* põe ovos. O resultado (o pássaro-macho põe ovos), parece ocorrer devido ao caráter não-monotónico da lógica dos enunciados genéricos, ARIEL COHEN, “Genericity”, cit. (nt. 55), pp. 304-305.

⁶¹ CLAUDIO LUZZATI, *El principio*, cit. (nt. 53), p. 85; SARAH-JANE LESLIE, “Generics”, cit. (nt. 55), p. 355; neste mesmo sentido, na linguística, e analisando as várias partículas, expressas ou implícitas, indicárias da genericidade de um enunciado, ARIEL COHEN, “Genericity”, cit. (nt. 55), pp. 297-304.

⁶² Isto porque a representação de classes genéricas tanto pode ocorrer no antecedente como no conseqüente das normas. Cfr. notas de rodapé 63 e 65, *infra*.

⁶³ Assim, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), pp. 174-179, 184-195; aproximadamente, DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), pp. 139-154; aparentemente contra, RÚBEN MIGUEL PEREIRA RAMIÃO, *Justiça, Constituição & Direito*, Lisboa, Quid Juris, 2013, pp. 185-186.

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

conjunção entre todas elas), que possam corresponder à cessação de determinado desacato, desde o aviso de megafone ao tiro a matar⁶⁴. Já se for o caso de ser *qualquer* medida que faça terminar os desacatos, parece ser possível afirmar que a estatuição é genérica (*anything goes/whatever it takes*)⁶⁵.

Regressemos ao nosso enunciado (*as necessárias*=imprescindíveis) *modificações*). Não se trata de um caso diferente do que acabámos de analisar. A genericidade parece efetivamente advir, num e noutro caso, de uma partícula implícita no enunciado: quaisquer (modificações). Esta conclusão não é infirmada por existir o artigo *as* [necessárias] no nosso enunciado já que, semanticamente, *as necessárias...* corresponde a *quaisquer necessárias...* De facto, semanticamente (e como demonstrado no exemplo dos desacatos no Terreiro do Paço), existe equivalência entre as duas fórmulas, pelo que aquele artigo definido plural não tem uma função determinante enquanto tal. Na versão *quaisquer necessárias modificações* vemos mais facilmente que o substantivo se encontra no plural, mas sem que esteja acompanhado de um artigo (um, a) ou quantificador que o modifique, seja o quantificador universal (*todos* representado por \forall), seja o chamado operador genérico (*quaisquer*, representado por GEN⁶⁶). Estamos assim, do ponto de vista semântico, diante de um *bare plural* (plural simples), o que sendo o único indício de genericidade que temos (aliás, implícito), também parece ser o bastante, em conjunto com o já dito, para *imputar* ao enunciado em análise o predicado da genericidade⁶⁷, isto é, que o âmbito do substantivo *modificações* não é geral, dado por quantificador universal (\forall =todas as modificações), mas sim genérico, dado pelo operador genérico (GEN=qualquer modificação).

Visto que estamos diante de um enunciado genérico, que conclusões se seguem a nível de discricionariedade? Esta é uma questão que só se pode responder adiante.

⁶⁴ Não importa discutir o que serão *todas*: se só as idóneas, se só as necessárias, se só as equilibradas.

⁶⁵ A genericidade da própria ação imposta (o *quid* aplicável enquanto estatuição) é igualmente possível, mesmo em casos de norma-regra, representando-se através de $a \wedge b \wedge c \rightarrow \text{IGEN}x$, em que a =desacatos, b =no Terreiro do Paço, c =por ocasião da manifestação de amanhã, I =imposição e $\text{GEN}x$ = (quaisquer) medidas. Assim, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), p. 193.

⁶⁶ Num tom crítico, sobre o operador genérico e as dúvidas quanto ao seu alcance, DAVID LIEBESMAN, *Simple Generics*, “Noûs”, vol. 45, n.º 3, 2011 (pp. 409-442), pp. 411-417.

⁶⁷ Note-se que há quem afirme que não se trata de uma questão de discernir se há ou não genericidade, mas de escolher (naturalmente, de modo justificado) se se deve predicar um enunciado como genérico, ANNA PAPAFRAGOU, *On generics*, cit. (nt. 55), pp. 21-22.

5.1.2. Vagueza⁶⁸

Acabámos de verificar que estamos diante de um enunciado predicável como genérico na estatuição. Mas há que dar nota que o alcance das alternativas conferidas pela genericidade é restringido por via de um adjetivo⁶⁹: *necessárias*. Assim, não são todas ou quaisquer modificações, mas apenas as que, de entre estas, são imprescindíveis ao fim de correção da sobreinclusividade. Como estamos diante de um adjetivo, que restringe o substantivo a que surge acoplado, a melhor leitura do enunciado constante do consequente poderá ser a seguinte: quaisquer modificações desde que imprescindíveis à finalidade de correção de sobreinclusividade da norma paralela.

Afirma-se na doutrina que os adjetivos relativos⁷⁰ são os exemplos mais proeminentes de vagueza, afirmando-se até que a vagueza é uma das suas características⁷¹. Ora, precisamente, a palavra *necessárias* expressa um adjetivo relativo (é a relação com o fim que afere se algo é ou não necessário). Afirma-se ainda que a verdade da predicação desses adjetivos – e é precisamente na predicação que vemos surgir a vagueza⁷² – está sempre dependente de juízos de valor, ou até mesmo opinativos, no traçar da linha entre instância e não-instância⁷³.

⁶⁸ Seguimos de perto, e para lá remetemos, a sistematização feita em DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), pp. 217, 505; DAVID DUARTE, *Linguistic Objectivity in Norm Sentences: Alternatives in Literal Meaning*, “Ratio Juris”, vol. 24, n.º 2, 2011 (pp. 112-139), pp. 125-127; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, II-III, cit. (nt. 54), pp. 212-215.

⁶⁹ Sobre a função modificativa-restritiva dos adjetivos face aos substantivos, CHRISTOPHER KENNEDY, “Adjectives”, in GILLIAN RUSSEL / DELIA GRAFF FARA (eds.), *The Routledge Companion to Philosophy of Language*, New York / London, Routledge, 2012 (pp. 328-341), pp. 328-330.

⁷⁰ A distinção entre adjetivos relativos e absolutos aqui utilizada encontra-se em CHRISTOPHER KENNEDY, *Vagueness and grammar: the semantics of relative and absolute gradable adjectives*, “Linguistics and Philosophy”, vol. 30, n.º 1, 2007 (pp. 1-45), p. 3.

⁷¹ HANS KAMP / GALIT W. SASSOON, “Vagueness”, in MARIA ALONI / PAUL DEKKER (eds.), *The Cambridge Handbook of Formal Semantics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 (pp. 389-441), pp. 390-391; ANA ESCHER, “When It Is Vague What Is Vague: Identifying Vagueness”, in DAVID DUARTE / PEDRO MONIZ LOPES / JORGE SILVA SAMPAIO (eds.), *Legal Interpretation and Scientific Knowledge*, Cham, Springer, 2019 (pp. 161-186), pp. 179 (nt. 67). Sem prejuízo, a discussão faz-se mais amiúde na categoria dos substantivos vagos, com o clássico exemplo do *heap*. *Inter alia*, HANS KAMP / GALIT W. SASSOON, “Vagueness”, cit. (nt. 71), p. 396.

⁷² ANA ESCHER, “When It Is Vague”, cit. (nt. 71), pp. 166-167.

⁷³ Esses juízos de valor estão dependentes de várias circunstâncias, podendo ser correto predicar o vestido *x* de caro para certos efeitos (para usar no dia-a-dia) e o mesmo vestido *x* de não-carro para outros (para usar numa ocasião especial), HANS KAMP / GALIT W. SASSOON, “Vagueness”, cit. (nt. 71), p. 390. Afirmando a arbitrariedade da linha que separa a instanciação certa dos *borderline cases*, DIANA RAFFMAN, “Vagueness in Law: Placing the Blame Where It’s Due”, in GEERT KEIL / RALF

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

Esse juízo, porém, só se pode fazer perante uma classe de comparação, dada contextualmente⁷⁴.

Poucos serão os casos em que as alternativas de ação conferidas pela vagueza da palavra *necessárias* localizada na estatuição normativa se conseguem aferir abstratamente, pelo que uma interpretação dirigida a textos⁷⁵ não consegue resolvê-la. Aqui, “a incerteza prende-se, quanto aos efeitos jurídicos localizados na estatuição normativa, com a relação meio→fim, condicionada à realidade descrita na previsão que se verificou”⁷⁶ no mundo (no caso, condicionada à específica norma paralela sobreinclusiva que instanciou o comando de modificação).

É neste sentido que se pode afirmar que a vagueza, que ocorre a nível linguístico, se transporta para a norma⁷⁷, uma vez que sem instanciação concreta é impossível aferir da necessidade das modificações e, daí, das alternativas conferidas que corporizam a discricionariedade.

Assim, não parece que a palavra *necessárias* no enunciado do comando de modificação tenha uma zona de certeza positiva que possa ser demarcada em termos abstratos. Se a sobreinclusividade que instancia a previsão depende da relação entre uma concreta norma paralela e o seu âmbito de justificação e se, por seu turno, a necessidade de proceder a modificações à norma paralela só se percebe acedendo

POSCHER (eds.), *Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2016 (pp. 49-63), p. 53; ROY SORENSEN, *Vagueness has no function in law*, “Legal Theory”, vol. 7, n.º 4, 2001 (pp. 387-417), p. 400. Em sentido próximo, afirmando que a vagueza “só se resolve pelo estabelecimento de um limite que afaste ou integre da zona de certeza positiva da palavra os casos de possibilidade de certeza” e daí a natureza estipulativa da proposição de determinação semântica, DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), p. 220.

⁷⁴ Por isso, alguma doutrina afirma que a predicação depende do contexto, HRAFN ASGEIRSSON, “Can Legal Practice Adjudicate Between Theories of Vagueness?”, in GEERT KEIL / RALF POSCHER (eds.), *Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2016 (pp. 95-125), p. 112; SCOTT SOAMES, “Vagueness and the Law”, in ANDREI MARMOR (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York / London, Routledge, 2012 (pp. 95-108), pp. 96-97; JOSE JUAN MORESO, *Marry Me a Little – How Much Precision is Enough in Law?*, “Droit & Philosophie – Annuaire de l’Institut Michel Villey”, vol. 9, n.º 1, 2017 (pp. 45-67), pp. 56-57. Este parece ser um dos pontos centrais da definição proposta em ANA ESCHER, “When It Is Vague”, cit. (nt. 71), p. 174, segundo a qual só há vagueza em relação a um predicado de uma proposição se, e apenas se, numa conexão palavra-objeto espacial e temporalmente delimitada, depois de verificação empírica e semântica (na correspondência da palavra com as suas instâncias normais) continua a ser impossível avaliar a verdade ou a falsidade da proposição.

⁷⁵ A chamada interpretação abstrata, RICCARDO GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 15-18.

⁷⁶ PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, II-III, cit. (nt. 54), p. 215.

⁷⁷ Sobre a interpenetração entre as discricionariedades linguística e normativa, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, II-III, cit. (nt. 54), p. 229 (nt. 428).

aos respetivos meio (norma paralela) e fim na relação meio→fim de que a palavra *necessárias* não prescinde, então chegámos aos limites da determinação semântica: a palavra *necessárias* não significa, positivamente, mais do que já foi apurado. Se as modificações são ou não necessárias, tudo vai depender da concreta norma paralela que instancie o comando de modificação e da forma como a sua sobreinclusividade pode ser através dele eliminada. Neste sentido, revela-se que, tal como a norma remissiva que em última análise o justifica, o comando de modificação é também ele formal (*content-independent*).

Será possível, no entanto, delimitar casos de certeza negativa? Sim. De facto, o único caso de certeza passível de se afirmar desde logo *in abstracto* é, efetivamente, um caso de certeza negativa: não será uma modificação necessária aquela que altere a previsão da norma paralela. Se a norma remissiva ordena a aplicação de um consequente, então a habilitação dada ao intérprete-aplicador restringe-se à modificação do material normativo *ad quam*, não se demonstrando imprescindível (ou sequer idónea, enquanto pressuposto do conceito de imprescindível) a alteração da previsão, pois que *sabotaria* a própria consagração do comando de modificação.

Parece, assim, que ao intérprete-aplicador não está permitido modificar as condições da previsão, sob pena de se perder de vista que o comando de modificação serve para permitir uma aplicação ótima (isto é, não sobreinclusiva) do consequente da norma *ad quam* à previsão da norma paralela (também da norma remissiva). Deste modo, é só no consequente (operador deôntico e estatuição) que encontramos o *datum* para as *necessárias modificações*.

5.1.3. Conclusão da subsecção 5.1.; sequência

Atrás, vimos que ocorre genericidade na estatuição do enunciado de comando de modificação relativamente às *modificações*, genericidade essa que transporta para a norma (comando de modificação) alternativas de ação. Vimos ainda que não é possível delimitar casos de certeza positiva na instanciação da palavra *necessárias* sem uma instanciação do próprio comando de modificação por uma norma paralela sobreinclusiva. Finalmente, concluímos que é possível, no entanto, delimitar um caso de medida não-imprescindível, isto é, um caso de certeza negativa: a modificação da previsão da norma paralela. É possível, porém, ainda antes de avançar, afirmar que a subtração deste caso de certeza negativa da extensão da palavra *necessárias* permite densificar um pouco mais as alternativas criadas pela genericidade e que, como afirmado, não são limitadas linguisticamente pelo adjetivo *necessárias* em virtude de não serem descortináveis casos de certeza positiva nesta palavra. Avancemos então.

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

Tal como ocorre com a associação de condições na previsão normativa, também a associação de unidades de efeito⁷⁸ na estatuição pode ser dada por conjunção (\wedge), disjunção-exclusiva (\vee) ou disjunção-inclusiva (\vee). A nível de discricionariedade, como lidamos com alternativas de ação, fica de fora uma associação por conjunção, restando as associações disjuntivas (a exclusiva e a inclusiva). O apuramento da genericidade na estatuição permite afirmar que as alternativas que encontrarmos serão disjuntivas-inclusivas, especialmente tendo em conta que a genericidade é indiciada por um *bare plural* (implícito): quaisquer *modificações* confere liberdade ao intérprete-aplicador para escolher m_1 *e/ou* m_2 *e/ou* m_3 ... m_n ⁷⁹, é indiferente (*anything goes/whatever it takes*)⁸⁰.

Se a sobreinclusividade a corrigir surge do conteúdo dos elementos da norma na relação com uma dada justificação, será possível afirmar, *prima facie*, que serão abstratamente idóneas duas *medidas*: modificação do operador deôntico e modificação das unidades de efeito da estatuição⁸¹. Vejamos.

As possibilidades de modificação do operador deôntico reduzem-se a uma substituição de uns pelos outros, sem possibilidade de modelação. É forçosamente assim porque operadores só existem três e com conteúdos definidos: imposição, proibição, permissão. Finalmente, as unidades de efeito da estatuição parecem ser o local por excelência para o exercício da discricionariedade. Aqui vemos o modo como o caráter formal das normas remissivas atua: é impossível saber, sem estarmos perante uma concreta norma paralela, o que é necessário modificar. O que parece certo é que só será possível uma de duas, ou uma combinação das duas, conforme necessário: suprimir unidades de efeito *e/ou* acrescentar unidades de efeito.

⁷⁸ Sobre as relações entre unidades de efeito na estatuição, DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), p. 83.

⁷⁹ Sobre a permissibilidade gerada pela indiferença entre alternativas que caracteriza a genericidade (“mais do que uma ordem, uma autorização”), CLAUDIO LUZZATI, *El principio*, cit. (nt. 53), p. 84 (nt. 6). Representando a genericidade no discurso diretivo como um “e/ou”, CLAUDIO LUZZATI, *El principio*, cit. (nt. 53), p. 27. Quando esse “e/ou” surge na estatuição, a combinação (seja escolhido o cumprimento da norma por via de combinação) dependerá, externamente, da sua possibilidade, já que a escolha de certo elemento da combinação pode concretamente ser impeditiva da escolha de um outro.

⁸⁰ PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, I, cit. (nt. 10), p. 185.

⁸¹ Assim também, no contexto da chamada “adaptação-solução” em Direito Internacional Privado, mais reconhecendo que tal mecanismo não serve só àquele ramo do direito, antes tendo um alcance geral, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, I, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 603; sobre a adaptação em Direito Administrativo Transnacional, MIGUEL PRATA ROQUE, *A dimensão transnacional do direito administrativo – uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas*, Lisboa, AAFDL, 2014, pp. 767-779, 812-817.

Assim, concluímos que as modificações necessárias – cuja necessidade, como visto, só o caso concreto revelará – podem ser as três seguintes, isoladamente ou combinadas entre si: (i) no operador deôntico, m_1 =substituição do operador deôntico; (ii) na estatuição, m_2 =supressão de unidades de efeito e m_3 =adição de unidades de efeito⁸².

Depois da análise já empreendida é possível estabelecer que do enunciado-tipo que reconstruímos e que nos serve de referência de análise (*Se a norma paralela resultante da aplicação da norma remissiva for sobreinclusiva, o intérprete-aplicador deve proceder às necessárias modificações à norma paralela para que se corrija a sobre-inclusividade*), se obtém a seguinte proposição de determinação semântica⁸³: *Se a norma paralela resultante da aplicação da norma remissiva for sobreinclusiva, o intérprete-aplicador deve proceder à substituição do seu operador deôntico e/ou à supressão e/ou adição das suas unidades de efeito na estatuição, na medida em que tais modificações se revelem imprescindíveis à correção da sobreinclusividade*⁸⁴.

Encontrada a proposição de determinação semântica chegámos, assim, à norma. Deste modo, podemos avançar para a análise da discricionariedade normativa, isto é, aquela que é conferida pela própria estrutura da norma e já não por indeterminações de natureza linguística, que, entretanto, ficaram resolvidas ao longo da subsecção 5.1.

⁸² Não ensaiaremos uma m_4 =modelação das unidades de efeito, uma vez que é sempre possível afirmar que estamos ainda no âmbito de uma operação de supressão (da unidade de efeito com a configuração inicial) seguida de uma de adição (da unidade de efeito com a nova configuração). Não é, portanto, uma alternativa que tenha valia autonomizar.

⁸³ DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), p. 175; PEDRO MONIZ LOPES, *O valor jurídico das normas de decisão jurisprudenciais*, “O Direito”, ano 140.º, n.º 3, 2008 (pp. 645-695), pp. 649-652; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, II-III, cit. (nt. 54), p. 429. “Um enunciado *interpretativo* («T significa S») é um enunciado metalinguístico que incorpora dois enunciados da linguagem-objeto: o enunciado *interpretado* (o texto T) e o enunciado *interpretante* (o significado S)”, RICCARDO GUASTINI, “Prólogo”, in GIOVANNI TARELLO, *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra Editores, 2013 (pp. 11-18), p. 15 (nt. 22). A proposição de determinação semântica corresponde à norma obtida, o enunciado interpretante na terminologia utilizada por Guastini.

⁸⁴ Repare-se que a predicação das modificações como necessárias mantem-se, apenas se tendo estabelecido que a modificação da previsão faz parte da margem de certeza negativa da palavra e, para maior clareza, se trocou o adjetivo necessárias pelo seu sinónimo *imprescindíveis*. O âmbito da certeza positiva e os eventuais *borderline cases* permanecem em aberto, podendo até afirmar-se que, ao nível da análise em que nos encontramos, temos apenas *borderline cases* dada a sensibilidade da palavra vaga *necessárias* a um contexto, a saber: m_1 =substituição do operador deôntico e/ou m_2 =supressão de unidades de efeito e/ou m_3 =adição de unidades de efeito.

5.2. Discricionariedade normativa⁸⁵

Perante a norma a que chegámos, e que constituirá agora objeto de análise, encontramos-lhe uma característica que faz dela fonte de discricionariedade. Referimo-nos ao facto de a norma se encontrar em modo impositivo, contendo alternativas na estatuição derivada da genericidade encontrada; isto faz com que estejamos perante uma situação reconduzível a uma discricionariedade de escolha entre alternativas⁸⁶. Dentro do conjunto *normas impositivas com alternativas* temos dois subconjuntos que nos convém analisar: o das normas impositivas com alternativas expressas⁸⁷ e o das normas impositivas com alternativas implícitas⁸⁸, que correspondem, respetivamente, à chamada discricionariedade (de escolha) optativa e à discricionariedade criativa⁸⁹.

Enquanto a discricionariedade optativa é facilmente apreensível, pelo que não aprofundaremos a respetiva análise, já a discricionariedade criativa merece algumas clarificações. Na discricionariedade criativa é típica a subordinação da autoconfiguração de alternativas que a caracteriza⁹⁰ a um determinado fim. A discricionariedade conferida por este tipo de normas afigura-se, de facto, como uma autoconfiguração de alternativas dirigidas a um fim (pode vir explícito na expressão linguística da norma⁹¹, mas também pode vir implícito⁹²), autoconfiguração essa que é dada pela

⁸⁵ Seguimos de perto, e para lá remetemos, a sistematização feita em DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), p. 508-530; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, II-III, cit. (nt. 54), pp. 216-237.

⁸⁶ BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lisboa, LEX, 1995, p. 135.

⁸⁷ DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), p. 514.

⁸⁸ DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), pp. 515-516; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, II-III, cit. (nt. 54), pp. 228-230.

⁸⁹ PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, II-III, cit. (nt. 54), p. 222; J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2013, reimpr., pp. 483-485 (nt. 299); especificamente sobre a discricionariedade criativa, DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade como Parâmetro Decisório*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 348 (nt. 300).

⁹⁰ Referindo-se à “remissão da estatuição para uma configuração autónoma de efeitos disjuntos”, expressão que casa bem com a otimização colaborativa do princípio da igualdade a que já nos referimos, DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), p. 515 (nt. 15).

⁹¹ Por exemplo, “O Instituto das Florestas deve tomar as medidas adequadas *para impedir ocorrência de incêndios florestais*”.

⁹² Por exemplo, o já citado artigo 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: “O processo nos tribunais administrativos rege-se (...), supletivamente, pelo disposto na lei de processo civil, com as necessárias adaptações” [adaptar porquê e para quê?]. Nas normas que conferem discricionariedade criativa que têm a sua finalidade implícita parece impossível levar a cabo um exercício

falta de expressa menção normativa a qualquer uma dessas alternativas de ação. Estas normas podem ser representadas logicamente pelo esquema $x \rightarrow Iy (y_1 \wedge y_2 \dots y_n)$.

Feito este pequeno enquadramento, regressemos à análise da norma-tipo de comando de modificação.

Se representarmos as unidades de efeito do comando de modificação como a =substituição do operador deôntico, na medida em que tal se revele imprescindível à correção da sobreinclusividade⁹³; b =supressão de unidade(s) de efeito, na medida em que tal se revele imprescindível à correção da sobreinclusividade; c =aditar unidade(s) de efeito na medida em que tal se revele imprescindível à correção da sobreinclusividade⁹⁴, a configuração do comando de modificação pode representar-se por: $x \rightarrow Ia \vee b \vee c$, em que x =norma paralela sobreinclusiva.

Como veremos de imediato, a genericidade situada na estatuição dos comandos de modificação é apta a conferir ao destinatário da norma um espaço de alternativas de ação muito amplo⁹⁵.

De facto, ao intérprete-aplicador é desde logo conferida discricionariedade para combinar (ou não) as várias unidades de efeito do comando de modificação, derivada da associação disjuntiva-inclusiva dessas unidades, isto é, da genericidade na estatuição ($a \vee b \vee c$). Acresce que em a existe discricionariedade optativa entre escolher substituir

juridicamente conformado dessa mesma discricionariedade sem uma operação prévia dirigida a fixar a referida finalidade. Sobre os termos da relação entre discricionariedade e finalidade da norma que a atribui, *inter alia*, AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, “O poder discricionário”, in AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Estudos de Direito Público*, I, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1989 (pp. 177-498), pp. 282-283; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Coimbra, Almedina, 1980, p. 313; PEDRO COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra, Almedina, 2019, p. 235.

⁹³ Esta unidade de efeito desdobra-se sempre em duas, já que apenas existem três operadores deônticos, cfr. DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), p. 110. Assim, por exemplo, se o operador da norma paralela for impositivo, $a=a_1 \vee a_2$, em que a_1 =substituição por operador de proibição e a_2 = substituição por operador de permissão.

⁹⁴ Pode afirmar-se que esta unidade de efeito se desdobra em várias alternativas, em que $c=c_1 \vee c_2 \dots c_n$, em que c_1 =adita-se uma unidade de efeito, c_2 =aditam-se duas unidades de efeito, ... c_n =aditam-se n unidades de efeito.

⁹⁵ Os comandos de modificação são casos típicos em que, perante a verificação de certos pressupostos (norma paralela sobreinclusiva), tomar-se-á a “providência que [se] entende necessária para produzir o resultado x ”, aqui a correção da sobreinclusividade, de entre um conjunto de possibilidades disjuntivas que vai de p_1 a p_n , como se alcança do afirmado em BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (défice de) controlo*, cit. (nt. 86), p. 135 (nt. 258). Afirmando que o uso de adjetivos como “adequadas», «necessárias», «indispensáveis», «pertinentes», «justas», etc. (...) constitu[i] uma técnica legislativa de atribuição de discricionariedade (normalmente criativa) [e que] (...) o que se afigura relevante nestas situações é que, ao conferir deste modo o poder discricionário, o legislador aponta simultânea e expressamente os seus limites”, MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, 3.^a ed., Lisboa, D. Quixote, 2010, p. 197.

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

o operador deôntico por qualquer um dos outros dois⁹⁶; em *b*, há discricionariedade na seleção das unidades de efeito a suprimir e no número a suprimir, incluindo a supressão de todas elas⁹⁷; em *c*, há discricionariedade na criação das unidades de efeito a aditar e na quantidade a aditar. Há ainda um outro nível de discricionariedade a ter em conta, já não proveniente do comando de modificação, mas da própria norma paralela que o instancia: a discricionariedade normativa do conseqüente da norma *ad quam* – não a linguística porque se pressupõe que a formação da norma paralela tenha já ultrapassado a questão linguística do objeto remetido⁹⁸.

Mas será que diante do adjetivo *necessárias* (=imprescindíveis) todos estes níveis de discricionariedade normativa dados pela genericidade se podem manter? Será que não serão completamente eliminados por conta do referido adjetivo, agora tomado como parte da própria norma? Não parece. Como já sugerimos, o adjetivo em questão é normativamente inócuo. Expliquemo-nos tentando resolver o já abordado caso da alimentação dos cavalos e dos cães agora imaginando que à respectiva norma remissiva estava acoplado um comando de modificação.

Presumindo que a autoridade normativa consagrou juridicamente a imposição de dar aos cães a melhor dieta possível, a substituição do operador deôntico não parece ser sequer adequada para corrigir a norma paralela dos cavalos⁹⁹. A (mera) supressão de unidades de efeito também não parece dar solução razoável já que os cavalos, pelas suas características, não comem nem bife, nem ossos, nem fígado. O (mero) aditamento, por sua vez, também não solucionaria o caso, já que permaneceria o problema de raiz (bife, ossos e fígado na dieta dos cavalos).

A boa abordagem ao caso parece exigir uma solução concatenada de supressão e adição de unidades de efeito em que, por exemplo, se eliminasse toda a estatuição

⁹⁶ A discricionariedade caracteriza-se como optativa não por que as alternativas estejam expressas na norma de comandos de modificação, mas porque não existe a nota de autoconfiguração de alternativas: os modos deônticos são pré-determinados. Cfr. nota de rodapé 93, *supra*.

⁹⁷ A possibilidade de se dar um caso de necessidade de supressão integral da estatuição e substituição por uma nova, a criar pelo intérprete-aplicador, é bem ilustrada pelo caso da alimentação de cães e cavalos que vimos acima. Voltaremos a analisar o caso.

⁹⁸ Se o conseqüente da norma remetida confere discricionariedade normativa (por exemplo, porque está em modo permissivo), então a norma paralela receberá toda a discricionariedade conferida por essa fonte. Aí, repete-se, trata-se da discricionariedade conferida pela norma paralela *prima facie* e não pelo comando de modificação.

⁹⁹ A transformação da norma em permissiva ou proibitiva, mesmo modificando-a também nas unidades de efeito, levava a que, respetivamente, fosse (meramente) permitido ou fosse proibido dar certa ração a cavalos. Por via da permissão ou da proibição, estar-se-ia a negar aos cavalos uma regulação que o direito claramente pretende modalizar simultaneamente como impositiva e exaustiva, como demonstrado pelo detalhe do conseqüente normativo *ad quam* relativo aos cães.

e se aditasse uma única unidade de efeito: 100% feno. Em alternativa, depois de suprimir todas as unidades de efeito da norma paralela *prima facie*, o destinatário do comando de modificação pode ainda optar por aditar não uma, mas várias unidades de efeito, transformando a estatuição, por exemplo, em 100 gramas de trigo, 200 gramas de cevada e 400 gramas de feno, porque eventualmente é esta a combinação necessária a conferir aos cavalos o mesmo bem-estar a nível de alimentação que a dieta prevista no Decreto-Lei n.º x/2021 garante aos cães. Nota-se aqui a ideia de autoconfiguração de alternativas que são típicas da discricionariedade criativa, desde logo porque até se trocam as medidas dos componentes da ração, que estavam dados em percentagens e passam a ser dados em gramas.

Isto dito, podemos concluir como se segue. Perante uma norma que, sob justificação de contribuir para o bem-estar dos cavalos, obrigasse a que as refeições destes animais fossem compostas de carne, ossos e fígado quando estes são herbívoros – o que leva um grau elevadíssimo de sobreinclusividade da norma paralela, estando o âmbito de justificação completamente deslocado do âmbito normativo face à ação modalizada – o comando de modificação obriga a proceder às necessárias modificações. Por seu turno, as necessárias modificações são aquelas imprescindíveis à correção (integral) da sobreinclusividade, isto é, só deixa de ser imprescindível modificar a partir do momento em que há um alinhamento ótimo entre o bem-estar dos cães com a sua dieta legalmente prevista (norma *ad quam*) e o bem-estar que os cavalos vão adquirir com a sua nova dieta a criar pelo destinatário da norma (norma paralela definitiva).

Por outras palavras, só quando as modificações deixarem de produzir uma otimização do princípio da igualdade é que o comando de modificação deixa de ser cumprido e se extravasa para uma situação proibida pelo n.º 2 do artigo 8.º do Código Civil¹⁰⁰ (por exemplo, fazendo os cavalos alcançar um bem-estar superior a nível de alimentação face àquele que os cães têm por via do regime expresso na norma *ad quam*). Face ao exposto, a discricionariedade concedida pelos comandos de modificação é muitíssimo ampla, só conhecendo limite no princípio da igualdade¹⁰¹.

¹⁰⁰ “O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo”. De facto, passaríamos a estar no âmbito de uma interpretação corretiva proibida, já que os comandos de modificação constituem uma *interpretação corretiva* normativamente imposta/habilitada. Sobre a norma proibitiva constante do n.º 2 do artigo 8.º do Código Civil, enquanto corolário do princípio da legalidade, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, cit. (nt. 11), pp. 382-384.

¹⁰¹ Sobre o princípio da igualdade e a relação com o princípio da proporcionalidade (cuja convergência nos comandos de modificação é indiciada pelo adjetivo *necessárias*), DAVID DUARTE, *A Norma*, cit. (nt. 20), p. 644.

“Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas...

Mas, aqui chegados, cabe perguntar: será mais necessária/imprescindível a mera substituição do operador deôntico ou a manutenção do operador deôntico e a modelação de um ou mais efeitos da estatuição? É mais *discricionária* a discricionariedade optativa que se encontra na unidade de efeito *a* do comando de modificação ou a discricionariedade criativa de cujo alcance temos dado nota? Será sequer possível formular uma espécie de escala de precedência quanto à necessidade na escolha/autoconfiguração das alternativas?

Embora não nos pareça avisado afirmá-lo perentoriamente, tendo em conta a já referida sensibilidade dos comandos de modificação aos casos concretos que os instanciam, parece-nos possível afirmar que, mesmo perante um caso concreto, a avaliação sobre se é mais ou menos discricionário só substituir o operador deôntico ou antes suprimir e/ou aditar unidades de efeito ao consequente não é minimamente objetiva.

A ser assim, e do ponto de vista normativo, os efeitos do adjetivo *necessárias*, de onde parecia surgir uma restrição à genericidade (logo à discricionariedade), ficam reduzidos a nada ou quase nada.

6. Conclusão

As normas remissivas estabelecem a imposição da aplicação de consequentes de normas terceiras aos factos da sua previsão, constituindo-se como uma técnica indireta para criar relações de implicação normativa entre um antecedente e um consequente.

De facto, as normas remissivas têm uma função integrativa relativamente aos casos da sua previsão, provendo-lhes um regime de modo indireto, a partir de outras normas do sistema.

Este modo indireto de regulação assenta num raciocínio analógico levado a cabo pela autoridade normativa em que esta, ao reconhecer determinadas semelhanças entre os casos regulados e os casos a regular através da norma remissiva, vai *estender* aos segundos determinados efeitos de direito até aí apenas previstos para os primeiros. A finalidade das normas remissivas é, assim, formal e visa otimizar o princípio da igualdade, equalizando as soluções (e justificações) entre os casos regulados e os casos a regular.

O modo indireto de regulação típico das normas remissivas faz com que o intérprete-aplicador, destinatário da norma, precise construir uma norma formada pela previsão da norma remissiva e pelo consequente da norma que é objeto de remissão, dita norma *ad quam*. Estas normas construídas pelo destinatário da norma remissiva designamo-las por normas paralelas.

O raciocínio analógico que preside à criação da norma remissiva, conjugado com o juízo de generalização probabilística que funda a configuração de qualquer antecedente normativo na relação que tem com o conseqüente da respetiva norma, permite afirmar que as normas remissivas terão uma especial propensão para a sobreinclusividade, o que criará desajustes, do ponto de vista externo, na relação entre os efeitos de direito previstos e os casos a que estes se destinam. Para tal ocorrer bastará que as características que a autoridade normativa da norma *ad quam* considerou para o seu juízo de generalização probabilística não equivalham ou correspondam aos que foram usados pela autoridade normativa da norma remissiva.

De modo a ultrapassar a tendencial sobreinclusividade das normas paralelas, é usual a autoridade normativa incluir expressões no enunciado de norma remissiva como *são aplicáveis com as necessárias adaptações*, que expressam um tipo de normas que se acoplam à norma remissiva e que designámos por comandos de modificação.

Do ponto de vista da discricionariedade linguística que advém do enunciado-tipo destas normas (comandos de modificação), identificámos que a estatuição é genérica, já que nela se assume que qualquer modificação é admissível. Sucede que a amplitude do leque das alternativas dadas pela genericidade parece ser restringida pelo adjetivo *necessárias*, palavra vaga. No entanto, acabámos por concluir que essa restrição, do ponto de vista normativo, será, em princípio, meramente aparente.

Resolvidas as questões linguísticas suscetíveis, concluímos que os comandos de modificação podem ser expressos pela proposição-tipo: *Se a norma paralela resultante da aplicação da norma remissiva for sobreinclusiva, o intérprete-aplicador deve proceder à substituição do seu operador deôntico e/ou à supressão e/ou adição das suas unidades de efeito na estatuição, na medida em que tais modificações se revelem imprescindíveis à correção da sobreinclusividade.*

A partir desta proposição normativa concluímos que a mesma confere os seguintes níveis de discricionariedade ao seu destinatário: (i) discricionariedade optativa para substituir o operador deôntico da norma paralela por outro, (ii) discricionariedade para escolher as unidades de efeito a suprimir e quantas suprimir, (iii) discricionariedade criativa para autoconfigurar as unidades de efeito a aditar e para decidir quantas aditar, e, finalmente, (iv) discricionariedade para combinar as várias modificações possíveis, aqui descritas por (i), (ii) e (iii).

Finalmente, concluímos que a discricionariedade conferida pela norma de comando de modificação só conhece limite no princípio da igualdade. Ultrapassado este limite, passamos a estar diante de uma *interpretação corretiva* proibida.