

MEMÓRIAS  
DA  
ACADEMIA DAS CIÊNCIAS  
DE  
LISBOA

CLASSE DE LETRAS

TOMO XLVII



ACADEMIA DAS CIÊNCIAS  
DE LISBOA

LISBOA • 2024

MEMÓRIAS  
DA  
ACADEMIA DAS CIÊNCIAS  
DE  
LISBOA

---

O presente tomo das *Memórias da Academia das Ciências de Lisboa — Classe de Letras* reúne as comunicações apresentadas nas sessões académicas da Classe de Letras no ano de 2019.

---

*Título:* Memórias da Academia das Ciências de Lisboa  
Classe de Letras  
Tomo XLVII

*Edição:* Academia das Ciências de Lisboa

*Impressão:* Gráfica 99

*Data de impressão:* 2024

*ISSN:* 0378-116X

*Depósito legal:* 61370/92

*DOI:* <https://doi.org/00000>

# Breve reflexão sobre o direito e os seus limites, porosidades e permeabilidades<sup>1</sup>

MARIA DA GLÓRIA F.P.D. GARCIA

1. Uso uma sugestiva imagem de Bertolt Brecht como ponto de partida de uma reflexão ensaística sobre o sistema jurídico: “Do rio que tudo arrasta se diz que é violento. Mas ninguém diz serem violentas as margens que o comprimem”.

Pode parecer paradoxal que me sirva de uma imagem sobre a violência do caudal de um rio e a violência das suas margens para refletir sobre uma realidade — o sistema jurídico — que se afirma pela paz e pela justiça. O meu objetivo é simples: lembrar a exagerada atenção dada, por vezes, ao direito, enquanto sistema normativo promotor de paz e justiça na sociedade, deixando na penumbra ser o Homem, como pessoa, quem nele verte a sua sede de justiça e de paz. Tal como Bertolt Brecht sugere que a violência do caudal do rio tem, nas “margens que o comprimem”, a esquecida razão de violência, também a paz e a justiça a realizar pelo direito tem na historicidade social do Homem a razão da paz e da justiça que promove. E tudo porque, na base do sistema jurídico, conformando-o, e aos conceitos jurídicos, está o Homem, como pessoa, local e temporalmente situado, simultaneamente fronteira e espaço por onde o direito circula.

2. Nos Estados cujo poder tem o direito por fundamento e limite, os Estados a que, desde Robert von Mohl, chamamos Rechtsstaat ou Estados de direito<sup>2</sup>, entende-se ser o Homem, como pessoa, fundamento e limite do direito. Não admira que Estado de direito nasça paredes meias com a democracia, e tão-pouco

---

<sup>1</sup> O tema desta comunicação foi-me suscitado pela leitura da estimulante obra de Pierre Moor, Professor da Universidade de Lausanne, com quem tive a honra de trabalhar, intitulado *Perméabilités du système juridique*, *Essais sur le droit de l'État de droit*, Collection Dikè, 2016.

<sup>2</sup> Robert von Mohl constrói o conceito de Rechtsstaat a partir do pensamento de Hugo Grotius. Por sua vez, Otto von Bähr liga Rechtsstaat à jurisdição administrativa, enquanto Rudolf von Gneist o conecta com a democracia. A expressão Rechtsstaat nasce pela mão da doutrina alemã, no século XIX. A partir daí, difundiu-se doutrinariamente por outros sistemas de direito, lado a lado com o sistema do rule of law, de raiz anglo-saxónica. Ver o meu *Da justiça administrativa. Sua origem e evolução*, UCP editora, 1995.

admira que autores enfatizem as origens liberais do Estado de direito, como acontece com Ernst Wolfgang Böckenförde, recentemente falecido (1930–2019)<sup>3</sup>.

Contribuindo para a ultrapassagem das concepções sobre o poder absoluto dos reis, as correntes de pensamento iluministas, de um lado, e as revoluções liberais, de outro, construíram o chão em que assenta a ideia de que o fundamento do poder do Estado está fora dele, na sociedade como um todo, e, por isso, é limitado, podendo ser controlado, na sua ação e nos seus procedimentos. O Estado de direito tem aqui a sua origem e assenta no documento, escrito ou não escrito, que o constitui, por isso mesmo, a Constituição. Para quem evidencie a construção do poder, o Estado de direito enquadra-se na democracia e exige cidadãos atentos e responsáveis; para quem acentue a limitação e o controlo do poder, o Estado de direito coincide com aquele Estado em que o exercício do poder se deixa identificar em diferentes atividades — legislativo, executivo e judicial — que se distribuem por órgãos distintos — parlamento, governo e sua administração e tribunais independentes —, garantindo estes últimos não só os direitos humanos constitucionalmente consagrados como a lei aprovada pelos representantes da sociedade, para isso controlando as demais dimensões do poder, em particular a administrativa.

Em suma, a compreensão política do poder, no Estado de direito, não se dissocia — ou não pode dissociar-se — da compreensão do direito.

2.1. Enquanto, em Königsberg, desenvolvia a obra que o imortalizou, Immanuel Kant (1724–1804) recebeu as notícias da revolução francesa, que se seguiu à independência dos Estados Unidos da América. O maturado pensamento filosófico de Immanuel Kant sobre o direito, solidamente entretecido a partir da natureza do Homem, ajustam-se aos acontecimentos históricos que pessoalmente estava a viver. Em particular, o seu bem conhecido imperativo categórico<sup>4</sup>. Com efeito, «Procede como se a máxima da tua ação devesse ser erigida, pela tua vontade, em lei universal da natureza»<sup>5</sup> leva consigo toda uma

---

<sup>3</sup> *Ver Staat, Gesellschaft und Freiheit*, Frankfurt, 1976.

<sup>4</sup> Também, em tradução de Pedro Soares Martinez: “Procede unicamente segundo a máxima que permita que tu queiras, ao mesmo tempo, que ela se torne uma lei universal”, in *Textos de História de Filosofia do Direito*, vol. II, p. 157.

<sup>5</sup> *Metafísica dos Costumes*, 2.<sup>a</sup> secção, in Pedro Soares Martinez, *Textos de História da Filosofia do Direito*, vol. II, p. 157.

filosofia sobre a natureza do Homem, sobre a liberdade e a ação humana, bem como sobre o direito, uma filosofia que permite a leitura alargada e sustentada da realidade dos factos em sociedade estadual. E o texto “A Paz Perpétua” (1795) amplia essa realidade à sociedade humana<sup>6</sup>.

Sob uma perspectiva diferente, mas na mesma época, também o jurista berlinense Wilhelm von Humboldt (1767–1835) se preocupou com a liberdade humana e os limites da ação do poder estadual, em especial no valioso texto “Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu begrenzen” (1792), ajudando a compreender os anseios de liberdade da vivência social de então<sup>7</sup>.

Num outro quadrante, eminentemente filosófico, o mesmo se diga de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831), natural de Stuttgart. O objeto da sua reflexão é a ideia de direito ou o direito e a sua projeção prática. Para Hegel — em especial na obra *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821) — o direito assenta numa vontade livre, “de modo que a liberdade corresponde à sua substância e ao seu fim”. Não admira que conclua ser “o ordenamento jurídico o domínio da liberdade”, especificando, de modo claro: “*É a minha vontade, individual, que se objetiva, para mim, na propriedade, que, assim, toma a natureza de propriedade privada...*”. E mais amplamente, afirma: “*É no povo que reside a liberdade subjetiva do Estado, e, portanto, a realidade da sua Constituição. Querer dar a um povo, ‘a priori’, uma Constituição, mesmo que ela tenha um conteúdo mais ou menos racional, constitui uma fantasia... Cada povo terá a Constituição que lhe convém, e que se lhe ajusta*”<sup>8</sup>.

2.2. Sob outra perspectiva, menos filosófica e mais de construção do sistema jurídico, o Estado de direito desencadeou, na prática, em redor do poder político, uma crescente normatividade que importava conceptualizar e estruturar em sistema, uma normatividade vocacionada para fundamentar a ação desse poder e permitir o posterior controlo da ação daí decorrente.

O Direito Público ganha espaço e consistência, seja o Direito Constitucional seja o Direito Administrativo, recebendo do Direito Romano a gramática em que se tece.

---

<sup>6</sup> *A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico*, LusoSofia press, 2008.

<sup>7</sup> Ver passagens do texto em Pedro Soares Martinez, *Textos de História da Filosofia do Direito*, vol. II, p.189.

<sup>8</sup> Ver Soares Martinez, *Textos de História de Filosofia do Direito*, pp. 193-4 e 197.

Fundado na máxima “ubi societas, ibi ius”, o Direito Público organizou-se sistematicamente, encontrando no poder estadual o enquadramento indispensável seja para a normatividade constitucional onde o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais e a organização estrutural do Estado pontuam, seja para a normatividade administrativa, que conforma a ação da Administração, politicamente adaptada aos sempre novos acontecimentos do percurso histórico do Homem em sociedade. A Paul Laband (*Das Staatsrecht der deutschen Reiche*, 1878) e a Otto Mayer (*Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895), mas também a Édouard Laferrière (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1888), a Oreste Ranelletti (*Principii di Diritto Amministrativo*, 1912–15), mais tarde Santi Romano (*Corso di Diritto Costituzionale*, 1931), sem esquecer, no âmbito do sistema anglo-saxónico do rule of law, Albert Dicey (*Introduction to the study of the law of the Constitution*, 1885) e tantos, tantos mais, também portugueses, como Justino António de Freitas (*Instituições de direito administrativo português*, 1857), Frederico Laranjo (*Princípios e instituições de direito administrativo*, 1888) e João Maria Tello de Magalhães Collaço (*Ensaio sobre a constitucionalidade das leis no direito português*, 1915), ficamos a dever os alicerces que, longe no tempo, permitiram a conceptualização sistemática do Direito Público.

3. Mergulhar, ainda que em flashes breves, na origem do Estado de direito, nas raízes políticas, revolucionárias, mas também nas filosóficas do direito e do Estado, bem como no aparecimento do sistema jurídico público que, há cerca de dois séculos, fazem de tal modo parte do nosso quotidiano que os consideramos tão “naturais” como andar, olhar, ou sentir, tem uma finalidade. E bem simples: contrariar o frenesim em que a busca do imediato hoje nos coloca, com telemóveis que têm de ser atendidos na hora e e-mails respondidos ao minuto. E contrariar esse frenesim significa dar importância ao pensamento que não se contenta com a espuma do tempo, o “agarrar” o que passa com respostas rápidas, antes se preocupa com a procura da Verdade com a qual se constrói o tempo longo do conhecimento científico, estruturante da Humanidade<sup>9</sup>. Um pensamento por isso mesmo em contraciclo, suportado num processo mental mais lento, tal como o que criou o enquadramento compreensivo do direito e do Estado, que se aceita

---

<sup>9</sup> Ver Maffei, L., *O Elogio da Lentidão*. Edições 70, 2018.

ainda hoje sem particulares regateios, mas que mostra sinais de esboroamento perante os cada vez mais gigantescos desafios colocados ao Homem e à sociedade.

Seja, porém, como for, ciente das minhas limitações, com a humildade que é chão de quem, ao refletir, se reflete, vou procurar delinear, na atual conjuntura, o enquadramento da ação do Estado, bem como a dinâmica do direito que o rege, situando estas notas soltas em vivências do dia-a-dia. Deixo mais interrogações do que respostas, porque entendo a minha presença nesta casa, cuja porta me foi aberta pelas mentes bondosas dos confrades da minha secção, a secção de Direito, como um incentivo a não deixar de pensar, não tanto em razão do gosto pessoal que me dá, mas em razão do desejo de ser útil e contribuir para uma melhor compreensão do nosso estar aqui.

Neste sentido, tendo presente que, na base do sistema jurídico, concretamente o sistema jurídico público, conformando os conceitos, está o Homem, como pessoa, local e temporalmente situado, simultaneamente fronteira e espaço por onde o direito circula, tal como o rio de Bertolt Brecht, proponho-me continuar a reflexão encetada.

4. Traçado o quadro em que me movo, compreende-se que afirme não ser cada um de nós um mero destinatário das normas que constituem o sistema normativo ou o ordenamento jurídico estadual. Para além de destinatário, cada um de nós é, também, sujeito dos direitos reconhecidos nessas normas e, ainda, sujeito dos deveres impostos por essas mesmas normas. Mas mais, bem mais do que isso. Tomando as palavras pesadas do confrade António Castanheira Neves, o Homem, como pessoa, não é meramente sujeito de direitos e de deveres. Na sua historicidade social, o Homem é sujeito do próprio direito<sup>10</sup>, enquanto contribui para a sua conformação em sociedade, *hic et nunc*.

Acresce que, sendo o direito, no Estado de direito, fundamento e limite do poder estadual, o Homem, como pessoa, e logo, cada um de nós, é, concomitantemente, sujeito do próprio Estado, seu agente conformador. Vale isto dizer que o Estado de direito, em particular o Direito Público do Estado de direito, e, consequentemente o Direito Administrativo, vive de pressupostos que não pode garantir (Ernst Wolfgang Böckenförde), porque estão para além dele. E porquê?

---

<sup>10</sup> *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Ed. Instituto Piaget, 2002, p. 75.

Que pressupostos são esses? Perguntar-se-á. Pois esses pressupostos coincidem com o nosso estar em sociedade, o que significa que a garantia do Estado de direito nos pertence. Sob outro ângulo de análise, é a cada um de nós, na nossa historicidade convivente, social, que, em liberdade, compete garantir a manutenção do Estado de direito, o Estado que cada um e todos construímos para nos garantir como pessoas, na nossa dignidade e liberdade.

4.1. Perante o que fica dito, situemos a atenção no Direito Administrativo.

Verificamos que o Direito Administrativo está permanentemente a receber da sociedade mensagens, na forma de informações e conhecimentos, que, depois, reelabora, modela, transmitindo-as, de seguida, incorporadas nas formas de agir em que se exterioriza, i.e., e em concreto, na forma de normas, de atos, de contratos, formas de agir que, por sua vez, vão exigir da sociedade uma conveniente adaptação<sup>11</sup>. Esta constante circulação de informação e de conhecimento entre a sociedade e o direito, na sua progressiva e recíproca adaptação, mantém o Estado de direito sadio. Funciona como a abertura ao exterior de que o Estado precisa para respirar e, desse modo, se garantir como Estado de direito, já que — renovo — não dependem dele os pressupostos que lhe dão vida.

Ao longo de muitos anos, foi-se construindo uma coerência, sob o manto da Constituição em que assenta cada Estado, entre os aspetos orgânico, funcional e material da Administração pública, subordinada ao legislativo e controlada pelos tribunais, de acordo com o princípio da legalidade. Essa coerência permite a fácil e imediata identificação das entidades e respetivos órgãos que atuam — Estado, através de uma Direção-Geral ou dos municípios, mas também através de uma universidade pública ou de uma assembleia de freguesia... —, dos meios ou instrumentos de ação por eles empregues — licença ou autorização administrativa, portaria, concessão —, bem como da atividade que, no concreto, desenvolvem — garantia da ordem pública, cobrança de impostos, ação militarizada de defesa do Estado perante potências internacionais...

A introdução no Estado de direito de preocupações sociais, no final do século XIX, princípios do XX, e, em especial depois da 2.<sup>a</sup> Grande Guerra, ampliou extraordinariamente a organização administrativa do Estado, mas não pôs em

---

<sup>11</sup> Moor, P., *Perméabilités du système juridique, Essais sur le droit de l'État de droit*. Collection Dikè, 2016.

causa a já aludida coerência interna das dimensões legislativa, administrativa e judicial, nas suas diferentes exteriorizações organizacional, material, funcional. Apesar disso, com o desenvolvimento da atividade de prestação de serviços, o Direito Administrativo foi construindo e conceptualizando aberturas capazes de permitir a flexibilização da ação administrativa e uma sua melhor adesão à realidade dos factos, mantendo a obediência ao princípio da legalidade, que vai evoluindo para uma ideia mais ampla de juridicidade, bem como o controlo dos tribunais. Pensar na discricionariedade ou em exercício do poder discricionário da Administração, bem como na necessária articulação da ação administrativa estadual com áreas de atividade eminentemente técnicas, sujeitas a regras específicas, como a saúde pública, a educação, a pesca, a agricultura..., tornou-se uma forma de ajustar Estado de direito e realidade social. Ao mesmo tempo, em razão do evoluir histórico, foram-se identificando atos políticos do Governo, não sujeitos à lei e, logo, insuscetíveis de controlo pelos tribunais administrativos, bem como leis/ato do Parlamento ou, ainda, atos não jurisdicionais praticados pelos tribunais (atividades executiva penal, sancionatória), e, também, atos administrativos inconstitucionais, o que alerta, de um lado, para desvios ao Estado de direito e, de outro, evidencia falta de aderência entre o poder estadual e a função estadual.

Os finais do século XX inícios do XXI trouxeram para o âmbito da ação estadual novas e desafiantes tarefas que emergem de problemas sociais, volvidos em exigências políticas que, por sua vez, evoluíram para interesses públicos, a satisfazer pelo Estado. Estamos a falar, entre outros, de problemas ligados ao ordenamento do território e ao urbanismo, de problemas de natureza ambiental, de problemas de concorrência económica entre privados, de problemas de propagação fácil de doenças ou de prevenção de perigos, de problemas ligados aos avanços científicos e à ampla difusão de novas tecnologias... Estas novas e desafiantes tarefas estaduais, cujos contornos são difíceis de divisar, têm, porém, uma natureza comum, uma natureza gestonária. Por outro lado, são tarefas que sofrem a constante pressão do local, da mudança de circunstâncias, do evoluir social, da emergência temporal da decisão. São aquilo a que chamamos tarefas de gestão de políticas públicas, que se interpenetram, se sobrepõem, se cruzam, seguem em paralelo... e que implicam uma forma diferente de exteriorização do Estado de direito, uma renovada busca de coerências<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Ver o meu *Direito das Políticas Públicas*. Almedina, 2009.

5. A pergunta que coloco, neste momento, é a seguinte: como é que, no atual enquadramento histórico, se realiza o Estado de direito?

Se, de um lado, se tem presente que a maior amplitude e diversificação de tarefas estaduais determina o aumento das normas legais, a fim de dar resposta ao princípio da legalidade da Administração pública que estrutura o Estado de direito, patente no que vem sendo chamada “inflação legislativa”, a verdade é que tais normas, pese embora a sua crescente complexidade, não são capazes de apreender e conformar a fluidez de uma realidade fáctica multiforme, mutante, incerta, complexa. Por outro lado, precisamente no desejo de captar de modo diferente a riqueza evolutiva dos factos, as normas legais perdem densidade, concedendo espaços de liberdade à ação administrativa a exercer no seu âmbito, sujeita embora a princípios como os da proporcionalidade, da imparcialidade, da razoabilidade, da justiça, mas também da cooperação administrativa e da colaboração com os particulares, da transparência. É a resposta estadual ao novo desafio social.

Com mais leis possuindo menos densidade normativa, a capacidade de o direito, enquanto sistema jurídico, se realizar no quotidiano do Estado de direito altera-se. A apreensão das múltiplas facetas da realidade, que exigem grande diversidade de saberes técnicos atualizados, mas também um necessário conhecimento pormenorizado do território, por parte de normas menos densas, e a possibilidade de, por intermédio dessas normas, a Administração pública produzir sentido jurídico e conferir valor de direito à ação que desenvolve, sendo essa ação passível de controlo pelos tribunais, implica a institucionalização de um diferente circuito de informações entre sociedade e Estado, bem como a atualização do arsenal jurídico conceptual.

Com efeito, diferentemente do passado, a satisfação de interesses públicos exige hoje definir planos, estratégias, trabalhar em condomínios de atribuições, criar entidades independentes, decidir na sequência de conferências procedimentais, apelar a monitorizações ou avaliações recorrentes, indispensáveis para alcançar metas que se pré-definiram, usar da persuasão e do incitamento para obter comportamentos sociais. E poderia continuar. Dou alguns exemplos:

1.º O Programa Nacional para as Alterações Climáticas 2020–2030, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 56/2015, de 30 de julho. Como enquadrar juridicamente este programa? Não pertence aos instrumentos tradicionais de atuação do Estado de direito, pois não é uma norma, nem é um

ato, menos ainda um contrato... Com objetivos bem definidos de transição para uma economia de baixo carbono, garantindo uma trajetória sustentável de redução de emissões de GEE, de forma a alcançar uma meta de -18% a -23% em 2020 e de -30% a -40% em 2030, e capaz de integrar estes objetivos de mitigação em políticas sectoriais, que qualificação jurídica se deve dar ao Programa Nacional para as Alterações Climáticas? Será este programa, tal como muitos outros programas, planos e estratégias, aprovados por resolução do Conselho de Ministros, um “*tertium genus*” da ação estadual? Nesse caso, como podemos controlar a sua definição e, depois, acompanhar a sua execução?

2.º O Grupo de Missão para a Gestão Integrada dos Fogos Rurais, constituído em agosto de 2017, na sequência dos tristemente célebres incêndios de Pedrógão Grande, do qual fazem parte, além do mais, elementos da Autoridade Nacional da Proteção Civil, do Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas, da GNR... tem que estatuto jurídico? O objetivo deste grupo de missão consiste em gizar um sistema integrado de gestão de fogos, e a sua ação conduziu à criação de uma entidade independente, a Agência para a Gestão Integrada de Fogos Florestais (Decreto-Lei n.º 12/2018, de 16 de fevereiro), cujos estatutos, aprovados pela Portaria 333/2018, de 28 de dezembro, preveem unidades flexíveis de resposta no terreno. Fora dos poderes convencionais de relacionamento orgânico, do tipo hierárquico, tutelar, de superintendência, esta agência funciona como um condomínio de atribuições com capacidade de intervenção local ágil e enérgica. Mas — pergunto — com que critérios e sob que controlo?

3.º As campanhas publicitárias promovidas pela Direção-Geral de Saúde nos meios de comunicação social, alertando para a necessidade de usar óculos de sol em dias de grande concentração de raios ultravioleta, ou estabelecendo horários mais convenientes para a exposição solar na praia ou ainda a campanha que adverte para o risco de sexo não protegido, recomendando o uso de preservativos... Como se qualificam juridicamente estas campanhas publicitárias? E como definir juridicamente a campanha que, pelo telemóvel, em sms, nos avisa que o local onde nos encontramos foi definido como tendo elevado risco de incêndio? Através destas e outras campanhas publicitárias, o Estado e a sua Administração entram no nosso quotidiano não impondo coercivamente comportamentos, mas informando, recomendando, persuadindo, influenciando..., isto é, lançando mão de uma forma “doce” de agir, para usar uma sugestiva expressão de Pierre

Moor<sup>13</sup>, de entrar mesmo em zonas de intimidade da vida privada de cada um... E tenha-se presente que as campanhas publicitárias são dispendiosas e têm de estar orçamentadas no Orçamento Geral do Estado. Como é que o Estado de direito absorve juridicamente esta ação, a que princípios e critérios jurídicos está sujeita, quem a controla?

4.º Mas mais. Que enquadramento jurídico dar aos sorteios “fatura da sorte”, criados pelo Estado português no âmbito do combate à fraude e evasão fiscais, e já na sua 39.ª edição, em que os consumidores finais, portadores de fatura com número de contribuinte, ficam habilitados a um sorteio que, num primeiro momento, dizia respeito a veículos automóveis e, atualmente, a certificados do tesouro no valor de 35.000 euros<sup>14</sup>? Destinados a incentivar o pagamento dos impostos devidos, estes sorteios são também uma forma de os próprios contribuintes se controlarem de forma cruzada no pagamento de impostos, de certo modo exercendo uma tarefa há muito exclusiva da Administração pública fiscal. Que pensar destes sorteios “fatura da sorte” no Estado de direito tal como foi concetualizado?

5.º E ainda mais. No âmbito do princípio da separação de poderes, trave-mestra do Estado de direito, como compreender o Orçamento Participativo Portugal<sup>15</sup> ou o Orçamento Participativo Jovem Portugal<sup>16</sup>, ambos na sequência da Lei Orçamental n.º 42/2016, de 28 de dezembro, apresentados, nos preâmbulos dos respetivos diplomas de criação, como pioneiros a nível mundial, já que são os primeiros orçamentos participativos de âmbito nacional? Conhecíamos os orçamentos participativos municipais, mas estes orçamentos participativos são bem mais amplos, exigindo apresentação de projetos (o OPJP é dirigido a jovens entre os 14 e os 30 anos), participação presencial e votação em plataforma eletrónica ou sms gratuitos...

Poderia continuar com outros exemplos. Estes bastam, porém, para fazer uma pausa e interrogar: quem decide o quê, de acordo com que competência, segundo que princípios e critérios, sob que controlo, uma questão permanente, mas sem resposta unívoca no Estado a que continuamos a chamar Estado de direito.

---

<sup>13</sup> Ob. cit.

<sup>14</sup> Ver o Decreto-Lei n.º 26-A/14, de 17 de fevereiro, e a Portaria n.º 44-A/2014, de 20 de fevereiro.

<sup>15</sup> Ver a Resolução do Conselho de Ministros n.º 25/2017, de 30 de janeiro e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 195/2017, de 22 de dezembro.

<sup>16</sup> Ver a Resolução n.º 130/2017, de 13 de setembro.

6. Nesta pausa de reflexão, recupero o pensamento do confrade e filósofo do direito António Castanheira Neves, segundo o qual o homem é “o” sujeito do direito, e não meramente uma pessoa jurídica, sujeito de direitos e de deveres. E, recuperando-o, acrescento que, sendo sujeito do direito, o homem não é, no enquadramento dado, um ente abstrato, que evoluciona para lá da cortina em que o nosso quotidiano flui. Sujeitos do direito somos todos e cada um de nós: o Professor António Braz Teixeira, com quem tenho a honra de partilhar hoje a sessão da Classe de Letras da Academia de Ciências de Lisboa, é sujeito do direito, tal como o Joaquim que vive no bairro da Buraca, o Manuel que possui uma penthouse na Foz do Douro, a Isabel que apascenta gado na Serra da Estrela e quer viver sem rede hi-fi, o arquiteto que desenhou o monumento “Ao Vento”, em construção, a Mariazinha que possui um restaurante em Lagos... Em suma, quando falamos em sujeitos do direito não falamos do Homem abstrato; falamos do homem concreto, com as suas fraquezas e vulnerabilidades, mas também com as suas forças, capacidades e potencialidades. E falamos ainda do homem como pessoa em permanente ultrapassagem de si próprio (Immanuel Kant), como ser que todos os dias se reinventa nas sociedades onde se integra, dando origem a culturas distintas que, por sua vez, se sucedem no tempo.

Produto cultural da autonomia política de cada sociedade, o direito público é portador de uma escolha deliberada feita por homens concretos, uma escolha que vai descobrindo um equipamento conceptual capaz de responder adequadamente à realidade mutante, na fidelidade aos princípios. Nessa procura, vai “inventando” novas formas de “respiração” que garantam ao exercício do poder estadual a sua compreensão como poder de um Estado de direito.

7. O processo de “invenção” de que falamos e a que temos vindo a assistir no sistema jurídico-político português, sob a Constituição de 1976, várias vezes revista, começa por se fundar numa ideia de participação cívica não circunscrita ao plano eletivo. Tal significa que, ao lado da participação em eleições legislativas — europeias, nacionais, regionais, autárquicas — e ainda do referendo — nacional ou local — (artigo 161.º, al. f, artigo 167.º e artigo 240.º da Constituição), desdobram-se as situações de participação cívica de interesses parciais, na área da saúde (artigo 64.º, n.º 4 da Constituição)<sup>17</sup>, do ambiente (artigo 66.º, n.º 2, da

---

<sup>17</sup> Ver artigo 64.º, n.º 4: “O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada”.

Constituição)<sup>18</sup>, do ordenamento do território (artigo 65.º, n.º 5, da Constituição)<sup>19</sup>, do urbanismo (artigo 65.º, n.º 2, al. d) da Constituição)<sup>20</sup>..., participação que tem finalidades diferentes da participação cívica em eleições democráticas para os órgãos estaduais e em referendo, e traduz uma específica forma de reforço da qualidade da democracia.

Efetivamente, na participação cívica parcelar não está em causa a eleição de pessoas que, uma vez eleitas como representantes do todo nacional, irão, por exemplo, exercer funções legislativas, como constitucionalmente previsto. O que está em causa na participação parcelar, também constitucionalmente prevista, é a possibilidade de contribuir para o processo de produção de sentido do direito: de um lado, dando a conhecer a quem interpreta a lei interesses fragmentários, cujo conhecimento o cidadão participante possui, e que a lei expressamente não enuncia porque os desconhece e, logo, não pode enunciar; de outro, introduzindo na ação gestonária da Administração pública matérias fundamentais ao juízo de proporcionalidade a que a Administração pública não tem acesso, bem como exigências de longo prazo ou, pelo menos, exigências que não correspondem a necessidades atuais, a que tão-pouco a Administração pública tem possibilidade de aceder.

Ao contrário do que antes acontecia, seja no âmbito da ação de polícia seja da ação de prestação, na mais recente ação gestonária ou de planificação e gestão, a Administração pública não é a única entidade a conformar, de acordo com a lei, o que são interesses públicos. Sendo forçada, em razão da matéria, a lidar com inúmeros interesses públicos que se interpenetram e evoluem, metamorfoseando-se, a Administração pública, para dar cumprimento às funções que por lei lhe competem, tem de se apoiar em outras amarras, e não meramente na lei de conteúdos precisos e pré-determinados. E tudo porque qualificar claramente o que deve fazer parte do poder legislativo, no âmbito do clássico princípio da

---

<sup>18</sup> Ver artigo 66.º, n.º 2: “Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos...”.

<sup>19</sup> Ver artigo 65.º, n.º 5, “É garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território”.

<sup>20</sup> Ver artigo 65.º, n.º 2, al. d) “Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado: incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respetivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução”.

separação de poderes, se torna, neste novo enquadramento das situações e em certos casos, tarefa impossível, já que o geral e abstrato nem sempre é suscetível de se impor ao concreto e local.

7.1. Procurar novas modalidades de participação da sociedade na realização do direito tem sido o caminho recentemente trilhado. Através de consultas públicas, na elaboração e na execução de planos e programas, de audições de peritos, mas também através do Provedor de Justiça que faz chegar as suas recomendações à Administração pública, e ainda através de específicas modalidades de publicidade, ou da participação cívica em orçamentos e em ações mecenas... criadas por lei, a Administração pública recebe dos cidadãos, direta ou indiretamente, matéria de formulação de interesses públicos, indispensável à atividade de gestão de políticas públicas. Desenvolver o turismo ou proteger um biótopo, incentivar a energia eólica ou preservar a paisagem rural, dar corpo a uma empresa de produtos químicos ou construir um loteamento residencial, criar uma reserva de área marinha protegida ou autorizar uma exploração de petróleo... são tomadas de decisão fundamentais para a vida pacífica e justa em sociedade cujas soluções não são nem podem ser, pela natureza das coisas, transparentemente definidas na lei ou dela transparentemente decorrer. Tudo porque, na condução das políticas públicas, a predominância das situações concretas, diferentes e mutáveis, sobre uma sua eventual definição abstrata é clara, porque é no momento de fazer que se sabe o que está em vias de se fazer.

Neste enquadramento se compreende que Pierre Moor fale na existência de um “vazio legal” que importa compensar juridicamente porque a lei deixou de ser “o alfa e o ómega” do poder estadual. E Pierre Moor vai mais longe lembrando que, em certos casos, o concreto e o local não cedem ao abstrato e geral, e de certo modo geram uma inversão da anterior corrente hierárquica: a decisão superior só pode ser tomada depois da local<sup>21</sup>. Exemplo paradigmático do que se afirma pode ver-se na tomada de decisão sobre a localização do novo aeroporto de Lisboa, ainda hoje em aberto.

A solução do Estado de direito passa, de um lado, por aberturas da lei suficientemente amplas para abranger as definições de agir que as situações

---

<sup>21</sup> Ver Pierre Moor, ob. cit., p. 103.

concretas, multiformes e mutantes, lhe trazem (do tipo “uso das melhores técnicas disponíveis” ou “situação digna de proteção” ou a ideia da “medida do possível”)<sup>22</sup> e, de outro, novas e diversificadas formas de participação cívica, nacional ou sectorial que, compensando as referidas aberturas da lei e, mesmo, os vazios da lei, sejam capazes de responder à procura de sentido contida em todo e qualquer sistema jurídico.

## 7.2. Mas mais.

Enquanto conjunto coordenado de intervenções públicas, com vista a alcançar objetivos vários, com auxílio de autoridades várias e fazendo uso de medidas várias, as políticas públicas, cuja condução é atribuição da Administração pública, trazem consigo também a necessidade de uma sua compreensão global e integrada, com vista à produção de sentido no plano estadual onde o sistema jurídico como um todo ganha razão de ser e identidade própria. O mesmo é dizer que as políticas públicas, para serem juridicamente sustentadas num Estado que se quer manter Estado de direito, precisam de coerência, de racionalidade, de transparência, mas também de colaboração interorgânica, de cooperação leal, de solidariedade, de boa fé no relacionamento pessoal, de princípios ligados à administração eletrónica, e, ainda, de proteção de dados pessoais, de exaustividade, de eficiência, de recorrência na avaliação periódica, de proporcionalidade no uso de meios em razão dos fins<sup>23</sup>. Ora estes valores, para serem fios condutores da ação administrativa estadual e, simultaneamente, razões de validade dessa mesma ação, têm de estar incorporados em princípios jurídicos. E estes têm de ser estudados e bem compreendidos, não só no plano teórico, mas também na sua dinâmica prática, o que, em muitos casos, não está a ser feito. Com a agravante de, na maior parte das vezes, não estar em causa este ou aquele princípio jurídico em concreto, mas uma conjugação deles, já que, para atingir juridicamente os objetivos predefinidos, a condução das políticas públicas tem de fazer uso de vários dos referidos princípios.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Onde reside, neste caso, a previsibilidade da lei?

<sup>23</sup> Cfr. os comentários aos artigos 3.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, in Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo, Almedina, 2016.

<sup>24</sup> Ver o meu *Direito das políticas públicas*, já citado.

7.3. Isto posto, fica claro que, no Estado de direito, a gestão das políticas públicas não se pode legitimar pelos resultados. O Estado de direito exige uma referência normativa da ação, a obediência a princípios que garantam a racionalidade da sua própria produção de sentido. Daí que a gestão eficiente das políticas públicas não baste. A gestão tem de ser justificável para que, simultaneamente, possa ser justificável.

Em suma, formal ou informalmente definidos em lei, os princípios antes mencionados ampliam a matéria que alimenta a juridicidade da ação estadual e demandam da respetiva Administração pública uma vinculação estrita e criteriosa ao seu conteúdo, uma vinculação que permita a sua sindicabilidade pelos tribunais.

#### 8. Aproximamo-nos do final desta reflexão.

Desde os primórdios que o Estado de direito se define como aquele Estado cujo poder, construído pela sociedade política, realiza o direito e, pode, por isso, ser controlado pelos tribunais. Mantendo-se embora nesse registo, é bom ter presente que a realidade social que historicamente vivemos é diferente de outrora. Direito e poder estadual continuam a estar intimamente relacionados, mas de um modo diferente, um modo que evidencia as porosidades e permeabilidades do sistema jurídico, bem como os seus limites.

Sujeitos do direito, todos contribuimos para a resposta à necessidade de vivência pacífica e justa da sociedade. Mas, como cidadãos, a resposta que hoje temos de dar a uma tal necessidade é bem mais exigente, pela constante participação na “coisa pública” que nos é solicitada.

Efetivamente, a participação do cidadão na “coisa pública” não se circunscreve ao momento eleitoral e ao controlo político da ação dos nossos representantes. Ela projeta-se também no contributo direto ou indireto para a construção de interesses públicos sectoriais, para a afinação de valores conformadores de novos princípios jurídicos, para a avaliação da condução de políticas públicas. Como peritos de específicas áreas do saber científico e técnico, a resposta que temos de dar à referida necessidade é de acrescida responsabilidade. Os conhecimentos científicos nas mais diferentes áreas — saúde, biologia, tecnologias, ecologia, energia..., mas também do direito — são cruciais não só para a definição da ação pública (qual é a melhor técnica disponível para tratar um específico lixo tóxico? Que protocolo médico adotar no tratamento do cancro do cólon? Que método seguir para afastar

o perigo da proliferação de jacintos de água no rio Sorraia?...), como ainda para um sólido entendimento do sentido do direito expresso nessa ação.

Como juízes ou como agentes da Administração pública, a resposta que temos de dar a esta sempre referida necessidade pressiona-nos e responsabiliza-nos, porquanto o direito se dá hoje a conhecer de uma forma muito mais intensa, no momento da sua realização.

Finalmente, como deputados, representantes do povo na Assembleia da República, ao revelar ao direito, através da lei, o desconhecido que nele ainda se não contém, a resposta que temos de dar, fruto da fundamental tensão entre o dito e o não-dito, exige especiais cautelas e sensibilidade.

E retomamos o que dissemos no início: sendo o direito, no Estado de direito, fundamento e limite do poder estadual, cada um de nós é, concomitantemente, sujeito do próprio Estado e seu agente conformador, o que significa que o direito, particularmente o Direito Público, vive de pressupostos que não pode garantir, tão-simplesmente porque a sua garantia nos pertence, a todos e cada um de nós, com os nossos saberes e competências.

#### 8.1. Uma palavra mais, em razão do título desta comunicação.

Tal como a rocha tem espaços ociosos que podem ser preenchidos por fluídos, também o sistema jurídico se deixa realizar através de saberes e conhecimentos atualizados da realidade a que se aplica, comunicados por todos e cada um de nós, de acordo com o papel que cada um tem na sociedade política. Acresce que, tal como o fluído pode circular através da rocha (permeabilidade) ou pode alojar-se em espaços que não comunicam entre si (porosidade), sem que, num e noutro casos, a estrutura interna da rocha se altere, também os saberes e conhecimentos sociais atualizados, nomeadamente da ciência e da técnica, podem, não afetando a estrutura interna do sistema jurídico, particularmente do seu direito público, por ele circular sem ser absorvidos ou neles ser encrustados.

Com efeito, se há modos de realizar o sistema jurídico através de saberes e conhecimentos atualizados que o robustecem, preenchendo as suas porosidades, outros há em que o sistema jurídico se deixa por eles realizar sem os absorver, através da sua permeabilidade. Ponto é que, em nenhum momento, ao deixar fluir tais saberes como o caudal de um rio, o sistema jurídico deixe de conhecer os seus limites ou margens, deixe de os conhecer na sua finitude eminentemente

---

humana, no reconhecimento da pessoa como fim em si, fundamento, simultaneamente, do direito e do Estado.

9. É hora de terminar.

Sendo o direito uma realidade cultural que responde ao anseio humano de uma vivência pacífica e justa em sociedade, responsabiliza-nos a todos e condiciona a nossa liberdade. Vale isto dizer que cada um de nós é responsável pelo direito, e cuidar dele impõe-se-nos como dever. Um cuidar que, em meu entendimento, leva implícita a máxima “*recta ratio agibilium*”, de que S. Tomás de Aquino tanto fala<sup>25</sup>, na linha da virtude, indispensável ao bom governo da polis, segundo Aristóteles. Qualquer que seja o nosso papel na sociedade — juízes, engenheiros, jardineiros, bombeiros, eletricitistas, enfermeiras... interiorizar a retidão na ação é o que de cada um de nós hoje o sistema jurídico, com as suas porosidades, permeabilidades e limites, espera.

(COMUNICAÇÃO APRESENTADA À CLASSE DE LETRAS  
NA SESSÃO DE 10 DE OUTUBRO DE 2019)

---

<sup>25</sup> Ver *Summa Theologica*.