

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

Mestrado Científico em Direito Administrativo

*Justiça Material e Administração Pública:
o Princípio da Justiça como fundamento do Direito Administrativo*

João Freitas Mendes

(Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito Administrativo pela
Universidade de Lisboa)

Orientador: Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva

Junho de 2018

“As declarações de Trasímaco acerca das virtudes da injustiça, por muito absurdas que possam parecer ao leitor, foram repetidas ao longo dos séculos pelos exploradores do sistema social, fosse este qual fosse. Foram os argumentos dos senhores feudais, dos comerciantes de escravos e seus clientes, dos tiranos e dos ditadores, dos economistas responsáveis pelas crises financeiras recorrentes. As “virtudes do egoísmo” proclamadas pelos conservadores, a privatização de bens e serviços públicos defendida pelas multinacionais, os benefícios do capitalismo selvagem promovidos pelos banqueiros são diferentes maneiras de repetir a afirmação de Trasímaco de que “a justiça não é outra coisa senão a conveniência do mais forte.”

Alberto Manguel, *Uma História da Curiosidade*, p. 204-205

“A conception of social justice, then, is to be regarded as providing in the first instance a standard whereby the distributive aspects of the basic structure of society are to be assessed.”

John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 9

DEDICATÓRIA

Para António Joaquim Freitas e José Mendes, meus Avôs

“É preciso dizer-se o que acontece

No meu país de sal

Há gente que arrefece

De sol a sol

De mal a mal

É preciso dizer-se o que acontece

No meu país de sal.

Passando o Tejo para além da ponte

Que não nos liga a nada só se vê horizonte

Horizonte

E tristeza queimada.

É preciso dizer-se o que se passa no meu país de treva:

Uma fome tão grande que trespassa

o ventre de quem a leva.

É preciso dizer-se o que acontece no meu país de treva:

Mal finda a noite escurece logo o dia

É o vapor da sede é o calor do medo

A cama do ganhão

A casca do sobreiro.

É o suor com pão que se come em segredo.”

Ary dos Santos, *“A Cortiça”*

- e aos Homens e Mulheres do meu país, vítimas da injustiça “legal” e “democrática”

“O favor com que mais se acende o engenho

Não no dá a pátria, não, que está metida

No gosto da cobiça e na rudeza

Duma austera, apagada e vil tristeza.

E não sei por que influxo de Destino

Não tem um ledo orgulho e geral gosto,

Que os ânimos levanta de contino

A ter pera trabalhos ledo o rosto.

Por isso vós, ó Rei, que por divino

Conselho estais no régio sólio posto,

Olhai que sois (e vede as outras gentes)

Senhor só de vassalos excelentes.

Olhai que ledos vão, por várias vias,

Quais rompentes liões e bravos touros... (...)

Favorecei-os logo, e alegrai-os

Com a presença e leda humanidade;

De rigorosas leis desalivai-os,

Que assi se abre o caminho à santidade.”

Luís de Camões, “*Os Lusíadas*”, estâncias 145-149

AGRADECIMENTOS

I. Em primeiro lugar, à minha Mãe e ao meu Pai e ao meu Irmão, pelo Amor. Obviamente que dedicando este labor aos meus Avôs, nossos antepassados, estou também a dedicar-lhes e a mim o mesmo; quando o dedico aos homens e mulheres injustiçados pelas autoridades políticas e administrativas do nosso país, *idem*: aliás os elementos circunstanciais das injustiças que sofremos nos últimos anos, são indubitavelmente um dos alimentos temáticos para esta dissertação.

E também à Dra. Filipa Cardoso Menezes e ao Dr. Diogo Ferreira, que por serem exímios profissionais, é muito provável que me tenham salvado a vida. Ao meu padrinho Quico, pela presença essencial e pelos conselhos maduros; aos meus amigos João Nuno Alves Monteiro e Hugo Dantas, pelo núcleo duro essencial que formámos a partir de não sei quando, que me seguraram nos tempos mais difíceis, como todos os citados acima e abaixo, de alguma maneira – e eu próprio. E aos meus amigos Carlos Freitas, Miguel Nunes, Diogo Gaspar, Edi Gama, Francisco Faustino, Gustavo Gouveia, David Brito e Marco Caldeira, todos presentes nesta fase.

II. Em segundo lugar, aos meus Mestres no Direito Administrativo:

Ao Professor Vasco Pereira da Silva, meu Orientador, pela confiança e pelo exemplo de Mestre na originalidade e pensamento próprio fundamentado, e pelo exemplo do magistério na grande bonomia do espírito, o seu rasgo cultural, o seu largo sorriso que tantas vezes me acalentou. Devo agradecimento ainda pelas sugestões na área do direito global e europeu, neste tema. E ainda por ter sido em boa parte graças ao seu incentivo para que seguisse o mestrado em Direito Administrativo na oral de melhoria de nota de Contencioso Administrativo no 4ºano da licenciatura que aqui estou. Motivo para agradecer ou para lamentar? Certamente para agradecer. O Mestrado deu-me finalmente a possibilidade de ser mais do que um anotador incipiente de códigos também eles incipientes; deu-me a oportunidade de pensar o Direito e a Justiça: finalmente! Senão é para tanto que serve o curso de Direito, para que servirá? Eu não sei, outros que o digam...

Ao Professor Paulo Otero, para cuja disciplina de 1º ano de mestrado comecei a estudar o tema da justiça, em Novembro de 2015, minha iniciativa que desde então contou com o seu apoio repetido e inelutável, desinteressado e amigo. Depois de ter sido meu Professor de Direito Constitucional e eu seu aluno, com assinalável insucesso e más recordações recíprocas, retomei o seu contacto no mestrado em Direito Administrativo, cujas aulas recordo com saudade; digo com orgulho que lhe devo algumas das reflexões tidas sobre o tema da justiça no Direito Administrativo, em particular no tocante ao fundamento histórico da questão; saliento que o considero meu Mestre na fuga ao pensamento único, pela dedicação ao conhecimento e pelo exemplo das suas aulas.

Ao Professor Colaço Antunes, que desde o primeiro contacto impessoal, passando pelos raros encontros pessoais fruto da distância, me deu muita confiança e generosidade, num tratamento amigável, de iguais, que parece estar proibido na Faculdade de Direito, por qualquer Júpiter. Recordo como foi fundamental o único encontro assentado que tivemos, na FDUP, em Julho de 2016. Disse-me para “pôr os pés na terra”. Eu tentei, como fazem os homens. Tudo o que podemos é tentar repetidamente, disse-o Beckett. Além disto, recordo-me de como foram inspiradoras as suas obras durante os cinco anos de licenciatura, uma brisa real, as suas teses originais e polémicas, à maneira do bom académico, obedecendo apenas à sua consciência, não movido por interesses económicos ou por *lobbies* financeiros em voga. Obrigado Professor e Amigo, pelo exemplo de Liberdade.

Last but not least, quero mencionar a Professora Maria João Estorninho (de quem fui aluno em duas disciplinas com grande gosto e cuja humanidade, amizade e estímulo recordo com saudade; com quem tive a honra de trabalhar de perto a dado momento, em matéria de Contratos Públicos) e o Professor João Miranda (que me proporcionou um – felizmente, digo-o hoje - malgrado estágio de advocacia), e por me terem convidado a publicar dois estudos que realizei para orais de melhoria de nota (Ciência Política, optativa do 2º ano, e Direito do Ambiente, optativa do 4º ano) no sítio da internet do ICJP. Possivelmente sem essas publicações eu não teria experimentado já o gosto da investigação fundamental e aprofundada antes do mestrado e talvez o meu futuro fosse outro. E obrigado a quem, nas aulas práticas da licenciatura, mais me marcou, pela pedagogia ou pela sabedoria: Pedro Lomba (no 2ºano) e João de Oliveira Geraldês (no 1ºano). Por último, ao José Duarte Coimbra, o aluno brilhante do meu curso, por ter sido uma inspiração e um exemplo durante a licenciatura.

III. Agradeço sumariamente, pelos elementos bibliográficos facultados e pelas leituras sugeridas, ou pelos conselhos, discussões e comentários ou incentivos, às seguintes pessoas: Prof. Martin Loughlin (London School of Economics) Prof. José de Sousa e Brito (FDUNL/ATFD), Prof. J.A. Duarte Nogueira, Prof. Miguel Teixeira de Sousa, Prof. Fernando Araújo, Prof. Miguel Tamen (FLUL), Prof. A. P. Barbas Homem, Prof. Viriato Soromenho-Marques (FLUL), Prof. Tony Burns (Universidade de Nottingham), Prof. David Duarte, Prof.^a Ana Fernanda Neves, Prof. L. Pereira Coutinho, Prof. Ricardo Paes Mamede (ISCTE), Prof. Pedro Sánchez, Prof. José Miguel Alves de Brito, Mestre João de Oliveira Geraldês, Mestre Pedro Lomba, ao Marco Caldeira, ao José Duarte Coimbra, ao David Brito, ao Hugo Dantas, ao Diogo Gaspar, ao João Nuno Alves Monteiro, à Thais Monteiro (FPUL) e ao Azzam Aljurf. Peço desculpa se me esqueço de alguém.

Desejo também agradecer ao redactor do art. 8º do chamado novo CPA: a sua leitura fez-me interessar de imediato. Agradeço também aos que praticam as injustiças: é por vós que estou e sou.

Ao meu amigo David Brito, também meu companheiro de jornada no aprender do Direito Administrativo e exemplo para mim - que sou geográfica e praticamente alentejano, e epicurista-hedonista no *modus vivendi* - de trabalhador incansável e conhecedor, por se ter disponibilizado para rever graciosamente a tese nos seus muitos descuidos formais, pelo que, bem vistas as coisas, deveria ser justamente pago. Tivesse eu meios para isso!

Aos meus alunos nos últimos três anos lectivos que, sem darem por isso, me deixaram apaixonado para a vida pelo Ensino, me obrigaram a aprender mais e melhor o Português, a Filosofia, a História, o Inglês, e tantas vezes me puseram as questões mais difíceis, que são sempre as mais simples, como as perguntas das crianças – como a de saber “- o que é a justiça?” Tenho esperança que possam crescer num país mais justo e, se não peço muito aos governantes reais, que esse país seja Portugal.

Por fim, em especial, ao meu querido irmão Pedro (hoje Prof. Doutor Pedro S. Freitas Mendes – desculpa a chalaça mano, sei que a formalidade portuguesa não vai ao teu estilo, nem ao meu! - mas “*quem há-de gabar a noiva senão o pai que a quer casar*”...), que me ajudou a desbloquear questões essenciais, fossem mentais ou inerentes ao método de feitura da tese, e também no 1ºano de mestrado. Foi o meu

conselheiro científico 24h/dia (ou como diria um licenciado do século XXI, mais empático face à nova língua “*business-oriented*” - pelos vistos infelizmente acolhida na Faculdade de Direito - o meu “consultor científico”). Sem ele, esta tese não seria possível.

RESUMO

Justiça Material e Administração Pública: o Princípio da Justiça como fundamento do Direito Administrativo

Nesta dissertação tento aportar ao conhecimento humano um contributo heterodoxo que parte de pressupostos diferenciados, como a politicidade do Direito (e sua integração nas Humanidades, de mão dadas com a Filosofia, a História, a Sociologia e a Literatura), e a necessidade democrática premente de uma progressividade material económica e social.

Para conhecer o significado do “princípio da justiça” no Direito Administrativo, visarei a definição tradicional (aristotélico-tomista) de justiça - “*suum cuique tribuere*” - e farei por apresentar uma proposta alternativa, tendo em conta o contributo dos pensadores modernos e contemporâneos, do contratualismo de Rousseau à visão política de Rawls, passando pelo liberalismo clássico de Stuart Mill - o de justiça material. Critico a paradigmática visão jurisprudencial nacional, conservadora e minimalista, que observa à distância o princípio da justiça e dele abusa como muleta discursiva.

Apresento este meu estudo também como contestação esperançosa ao formalismo legalista e ao positivismo jurídico que, após o século dos totalitarismos, continua a moldar o estudo e a aplicação do (in) justo no Direito, em particular no Direito Administrativo. Chegarei à conclusão radical de que o chamado princípio da justiça é, afinal, o fundamento histórico e político do Direito Administrativo.

Palavras-chave: princípio da justiça, justiça material, ética pública

ABSTRACT

Material Justice and Public Administration: the Principle of Justice as the foundation of Administrative Law

In this dissertation, I try to provide to human knowledge a heterodox contribution from different presuppositions, such as the social and political view of Law (and its integration in the Humanities, hand in hand with Philosophy, History, Sociology and Literature), and the compelling democratic need of a material justice, related to economic and social progressivity.

In order to understand the meaning of the "principle of justice" in Administrative Law, I will focus on the traditional (Aristotelian-Thomist) definition of justice - "*sum cuique tribuere*" - and I shall deliver an alternative proposal, taking into account the contribution of modern and contemporary thinkers, from Rousseau's contractualism to Rawls's political vision, through Stuart Mill's classic liberalism – the one of material justice. I criticize the national paradigmatic, conservative and minimalist jurisprudential view, which observes from a distance the principle of justice and abuses it as a discursive crutch.

I also submit my study as a hopeful challenge to legal formalism and to legal positivism which, after the century of totalitarianisms, continues to shape the study and application of the (un) fair in Public Law. I will come to the radical conclusion that the so-called principle of justice is, after all, the historical and political foundation of Administrative Law.

Key-Words: Principle of justice, material justice, public ethics

Índice

I. Prólogo: Justiça material e Universidade (dissertar hoje: circunstâncias e métodos)

1.1 Dissertação e liberdade académica: Universidade aberta aos interesses privados e heterodoxia.....	15
1.2 Humanidade, interdisciplinaridade, claridade: uma trindade jurídica.....	24
1.3 A Justiça como fundamento de todo o Direito - e o Direito Administrativo?.....	30

I. FUNDAMENTO HISTÓRICO

1. Os alvares da regra de justiça no Direito Romano e na Idade Média: a “jurisdictio” e o “rex inutilis”.....	33
2. A justiça (privada) dos senhores feudais e a regra de justiça nas Ordenações Manuelinas.....	37
3. A justiça material no pensamento político pós-medieval (do contratualismo e dos direitos do homem em especial)	
3.1 O início da superação do neoclassicismo medievo: a crítica sociológica do “epistemocentrismo escolástico”.....	41
3.2 O pensamento contratualista de Rousseau: Estado Social e Justiça (lição para hoje!).....	43

3.3 O pensamento norte-americano do francês Tocqueville: a igualdade material e o poder do povo.....	45
3.4 Montesquieu no regresso ao pensamento clássico: igualdade entre os cidadãos como sinónimo de liberdade.....	47
3.5 O contributo do Manifesto Comunista (diagnose e ortodoxia).....	49
3.6 O liberalismo clássico de Stuart Mill: a liberdade social (ou civil) como justiça material para o indivíduo.....	51
4.1 A revolução jurídico-política dos séculos XVIII e XIX: o racionalismo, o liberalismo e a justiça natural – o caso português.....	54
4.2 O séc. XX: totalitarismos, positivismo e lei formal (o nacional-socialismo alemão, em particular).....	61
4.3 A doutrina de Hans Kelsen sobre a Justiça e a chegada à lei formal como fundamento da Administração Pública contemporânea.....	63
5. Os despojos da justiça para o séc. XXI	
5.1 A justiça liberal como mero processo legítimo.....	65
5.2 A perene actualidade do problema jurídico.....	67
5.3 A lei injusta do séc. XX e o apagamento da discussão sobre sentença injusta – o “estado levantado” do positivismo jurídico.....	70

II. FUNDAMENTO POLÍTICO

1.1 A politicidade do Direito Administrativo e uma refutação do “sistema jurídico” a partir da crítica neo-marxista.....	73
1.2 A lição popular: o pluralismo jurídico como resposta ao formalismo da legalidade oficial e ao capitalismo exclusivo.....	82
1.3 Uma crítica da razoabilidade como conceito político e da sua refracção jurídica (como substituto da justiça)	84
1.3.1 A propósito: outros duplos da justiça material.....	87

1. A DIMENSÃO ADMINISTRATIVA

1.1 O modelo administrativo burocrático e o “public management” como condicionantes da regra de justiça e o “New Public Service” como resposta às preocupações de justiça material.....	90
---	----

1.2 Da necessidade e do significado da justiça material na Administração Pública democrática.....	93
---	----

2. A DIMENSÃO JURÍDICA

2.1 O porquê da autonomia da justiça material: uma crítica do procedimentalismo administrativo.....	97
2.2 Duas concepções jurídicas de justiça material: princípio residual ou direito fundamental?.....	106
2.2.1 O “ <i>suum cuique tribuere</i> ” como conceito tradicional.....	109
2.2.2 Princípio da justiça”: análise semântica e jurídica.....	113
2.2.3 Uma proposta muito alternativa: a justiça como objecto político em John Rawls.....	117
2.2.4 O debate actual: os contributos diferenciados de A. Sen e R. Dworkin.....	121
3.1 Da negação da justiça material: o tratamento jurisprudencial unívoco e diverso (em especial, a jurisprudência constitucional e administrativa).....	128
3.2 O caso julgado e a justiça material: crítica da imutabilidade injusta.....	136
4.1 A proposta de “justiça global” no campo da injustiça global.....	139
4.2 Proclamação internacional, aclamação transfronteiriça e injustiça global.	145

3. A DIMENSÃO SOCIAL

3.1 O regresso da “questão social” e a crítica de Luhmann à autopoiese	147
3.2 A justiça material nos direitos sociais: direito fundamental à alimentação e direito fundamental a uma existência condigna	150
3.3 A socialização da justiça material.....	154

4. A DIMENSÃO POÉTICA

4.1 A “justiça poética” como expressão humana e cultural do apelo à justiça..	157
4.1.1 A justiça como proibição do arbítrio em Antígona.....	161
4.1.2 A dupla asserção de justiça material em “ <i>Os Lusíadas</i> ”.....	162

4.1.3	A Administração justa como valorização da humanidade do funcionário público e do cidadão – testemunho de “Mr. Bartleby,o Escrivão”.....	164
4.1.4	O Poeta como Homem e a Justiça como objectivo humano – a síntese de Ruy Belo.....	166

5. A DIMENSÃO ÉTICA

5.1	O regresso à justiça enquanto virtude como resposta à falência moral das regras públicas no contrato público.....	168
5.2	O interesse público como “bom” e o justo como “deontologia”: uma alternativa.....	175

IV.	Epílogo: uma advertência, um poema e um agradecimento.....	179
V.	Sínteses.....	180
VI.	Bibliografia principal.....	189
VII.	Bibliografia auxiliar.....	211
VII.	Índice de Jurisprudência.....	218
VIII.	Documentos de Trabalho.....	220

(dissertar hoje: circunstâncias e métodos)

“Les essais qui suivent sont une longue protestation contre les orthodoxies. (...) Quand une opinion se declare droite et vraie, cela signifie que toute opinion diferente n'est ni l'un ni l'autre. Une orthodoxie est donc avant tout une doctrine de exclusion.”¹

Jean Grenier

“Existe uma educação neutra? Será esta neutralidade, no mundo, um ideal possível?”²

José Manuel Martins Lopes, S. J.

1.1. Dissertação e liberdade académica: universidade aberta aos interesses privados e heterodoxia

A universidade parece ainda oscilar, no campo jurídico, entre dois modelos históricos: o “uso sistemático da ciência universitária para a solução dos problemas”³, típico das ciências exactas, e o antecedente histórico pré-primeira guerra mundial⁴, em que a o ensino universitário investigação funcionava em “circuito fechado”: graus académicos – congressos – apoio ao ensino. Como afirma H.G. Gadamer: *“Tornou-se o combate da ciência de amanhã contra a ciência de ontem, que é defendida pela praxis da administração”*.⁵

Dito de outro modo, o observador que há em mim entrevê a Universidade de hoje (com grande destaque no séc. XX português - a meio caminho, indecisa, entre “dois amores”,

¹ Essai sur l'esprit d'orthodoxie, p. 15.

² Proposta Educativa – II, p. 280.

³ Id., p. 26.

⁴ Id., ib.

⁵ Elogio da Teoria, p. 30.

um antigo e outro recente: a Universidade dos Sábios, herdeira da ortodoxia religiosa (e da monarquia divina) – ainda presente através de professores cruciais no séc. XX português, “*agremiação dos que cultivam o saber e o ensino do saber*”⁶ - e a Universidade dos Homens, aberta, plural, heterodoxa e democrática - como Séneca, o professor e o aluno “*devem unir-se num propósito comum*”⁷.

A originalidade e a profundidade de conhecimentos - transversalmente aos níveis de ensino, na Escola portuguesa “*se foi alicerçando o vício da facilidade, da ausência de reflexão e de criatividade, bem como a crença no êxito imediato e sem esforço, em tudo contrário à experiência da própria vida, do saber e da arte*”⁸ - terão sido progressivamente envasados em embalagens de “fast- food” ou vertidos em estatísticas?

A mercantilização do ensino universitário, em particular no mundo jurídico através da sempre neutral e benevolente “ligação à prática jurídica” é um perigo existencial. (Só por ingenuidade se pode entender a prática como inimiga da teoria, tão mal-fadada amiúde – como afirmou Ruy de Albuquerque: “*Forçoso por isso, nos é reconhecer a pertinência do qualificativo de teórico, ao menos para grande parte de quanto nele se contém. Mas isso não envolve a aceitação daquele juízo de valor que tão comum e subrepticamente se introduziu no termo, acabando por lhe dar um sentido ao menos ligeiramente depreciativo. A prática há-de traduzir uma teoria e a teoria há-de forçosamente traduzir-se numa reflexão crítica destinada a estabelecer a maneira de operar*”⁹. Numa palavra, “nada há mais prático do que uma boa teoria”. E porquê?

Pelas interferências “a convite público”, eufemismo meu, dos interesses privados na Universidade pública. Essa posição tende a julgar que a Universidade se deve afeiçoar aos ritmos do mercado, “*de execução de tipo empresarial, nem sempre compatíveis com a gestação de ideias e conceitos fora do rotineiro*”¹⁰. Será esta a (desejada) “universidade aberta” ou a indesejada universidade agrilhoadada?

A educação alegadamente neutral (politicamente correcta ou conivente com os interesses privados ou do poder) resulta em educação para o “pensamento único” ou

⁶ P. 21.

⁷ M. C. Vieira, p. 17

⁸ Maria do Carmo Vieira, p. 11.

⁹ História, p. 110-111.

¹⁰ O. Soares Barata, A Universidade e o Futuro, p. 31.

numa educação para a “ausência de pensamento”¹¹. Lapidariamente, Martins Lopes: *“Uma educação neutra só será possível se existir a possibilidade de um homem neutro, porque por detrás de uma ideia de educação, de um projecto educativo, está sempre associada, necessariamente, uma ideia sobre o homem, uma antropologia. Ora, homem neutro não existe...”*¹²

O meu diagnóstico é que o pensamento único vigente num dado momento histórico está, sempre esteve, interessada na ausência de pensamento e portanto, que os termos pensamento único e ausência de pensamento – de um pensamento filosófico, original, divergente, crítico – estão inextricavelmente associados.

Num relance, pode parecer “pensar o Direito” (ensiná-lo, aprendê-lo) é escolher entre dois argumentos de autoridade, o que me parece inaceitável. E da mesma maneira que um funcionário público que segue uma ordem injusta, aquele que repete um ensinamento injusto não está a cumprir bem a sua função social. Qual o fim da universidade? Em obra recentemente António M. Feijó e Miguel Tamen elucidam: a Universidade não deve prosseguir fins úteis ou estar subordinada à lógica do mercado!¹³ Ou através de Barbas Homem, numa expressão clara: *“o ensino universário não pode confundir-se com a formação profissional”*¹⁴. Antes deve, diria, transmitir o conhecimento, formar homens e mulheres livres, gerar sociedades mais desenvolvidas, contribuir para o progresso intelectual e material do Homem - no pensamento de Adelino Maltez, *“passar da técnica à sabedoria”*¹⁵.

Assim, assegura-se o predomínio da (autonomia da) função universitária sobre a lógica comercial – ora, para isso creio ser imperioso *“manter os seus docentes centrados na sua função essencial, dar aulas aos seus alunos e conduzir trabalhos de investigação que permitam aumentar o saber e enriquecer o ensino”*¹⁶. Urge reverter a *“deterioração do acto de ensinar”*¹⁷!

A propósito, a exclusividade dos Professores, todos eles sem excepção – regra no Ensino Secundário, Básico e Primário... -, como a dos Deputados, prestigia a profissão

¹¹ Id., p. 281.

¹² Proposta Educativa – II, p. 280.

¹³ A Universidade como Devia Ser.

¹⁴ História do Pensamento, p. 26.

¹⁵ Barbas Homem, p. 31.

¹⁶ Soares Barata, p. 31.

¹⁷ M. Carmo Vieira., p. 17.

mais nobre do mundo, devendo ser, para parafrasear o escritor Mário de Carvalho, “*senão régia, ao menos principescamente paga*”¹⁸. Para isso, o Estado deveria pagar justamente à Universidade a “*prestação de serviços à comunidade*”¹⁹, deixando de alimentar, tantas vezes a expensas demasiado altas, interesses económicos e financeiros privados . (Por exemplo? Designadamente as (mega-)grandes e (multi-)nacionais sociedades de advogados , que inquinam - a priori e a posteriori - a democraticidade e a publicidade do processo legislativo através do costume público de “outsourcing” legístico, tantas vezes fazendo girar as “revolving doors” ...)

Finalmente, permitiria estimular o conhecimento e a ligação à cidadania activa na “respublica” nacional, a educação para o bem comum e o conhecimento efectivo da realidade social e política portuguesa e, por outro lado, evitar os referidos conflitos de interesses de lógicas incompatíveis - hoje maquilhadas pelo “politicamente correcto” e pelo ortodoxia financeira do “*homo economicus*” - em que temo, a Universidade seja instrumentalizada pelo poder fáctico, isto é, pelos interesses político-económicos e financeiramente dominantes no contexto histórico²⁰ ou pelo “politicamente correcto”. Tem isto a ver com a pretensa neutralidade axiológica no Direito (como Ciência) e a “*suspensão política da ética*” (para usar o jargão de S. Kierkgaard), o apagamento histórico “neo-kantiano” e a recuperação “neo-aristotélica” da referência a “valores substanciais”.

Estou, estamos, perante as palavras cortantes de Gadamer: “*o constrangimento da opinião que não se gera através de uma ordem, mas é edulcorado com o doce veneno da política de informação. Todos estamos constantemente expostos a uma corrente de informação, a que não podemos subtrair-nos. Tal ausência de liberdade induz a uma retirada para a esfera privada. Mas quem vai por este caminho descobre simultaneamente a impossibilidade de tal retirada.*”²¹

A “universidade aberta” como paradigma recente tem a ver com a diferença²² e o olhar do outro: a heterodoxia²³. Porquê? Porque é a diferença em relação ao cânone que

¹⁸ Fantasia para Dois Coronéis e uma Piscina.

¹⁹ O. Soares Barata, A Universidade e o Futuro, p. 30.

²⁰ V. sobre : A.M. Hespanha, Cultura, p. 538-539; F. Wieacker, História, p. 491-523; G. Radbruch, Filosofia, p. 42-43; N. Bobbio, Sein, p. 14-15; P. Ricoeur, Da metafísica, p. 9-11; Karl R. Popper, Open Society, p. 71; S. Zizek, Elogio, p. 81-83.

²¹ Elogio da Teoria, p. 103-104.

²² P. Otero, Rocha Saraiva, Nota Prévia.

caracteriza o caminho daquele que ousa pensar livremente, pois que é ainda ousadia!, “que se paga caro”... Antes fosse: para ser verdadeiro comigo próprio e eufemístico ao mesmo tempo, que se não paga caro nem justamente e descompensa o sustento material: assim era também no Estado Novo: *“a vida de Rocha Saraiva mostra as dificuldades de um verdadeiro universitário: independente no seu pensamento livre, devotado e coerente às suas convicções filosóficas, resistiu à perseguição e à formatação ideológica do poder dominante – foi diferente e pagou sempre os custos da diferença.”*²⁴

Mais ainda, completa outro pensamento de H.G. Gadamer, *“a formação exige e suscita a capacidade de poder olhar também com os olhos dos outros. Onde ela domina, previne-se a unilateralidade própria, a da praxis escolar e a do saber universitário, a simples habilidade manual, do talento imitativo e a pura educação de memória”*²⁵.

Já Salazar, enquanto docente, doutrinava que as regras da moral e da justiça devem ser impostas pelo Estado²⁶, ignorando premonitoriamente face ao seu longo governo anti-liberal, a precisa herança liberal – a justiça como regra que existe a favor do cidadão para limitar o poder político, que aquela personagem histórica incontornável queria, é bom de ver, ilimitado... (Também por aqui, a letra da Constituição de 1933 foi insuficiente face à realidade política²⁷).

Recentemente, Paulo Otero pôde constatar como a liberdade académica, hoje, a século XXI, num país democrático que parece ser o nosso, não está assegurada; como não estava no Estado Novo, como é bastamente sabido e lembrar Rocha Saraiva é nomear um entre tantos universitários – professores e alunos - que foram definitivamente silenciados pelo regime de Salazar: *“aos arautos da nova verdade que, de tanto se aproximarem, acabam confundindo-se com históricos intérpretes de condutas persecutórias da livre docência”*²⁸.

Na sociologia crítica de P. Bourdieu critica-se a linearidade anti-sociológica das abordagens temáticas: *“on ne peut rendre raison de manière à la fois unitaire et*

²³ Numa reflexão crítica sobre o fechamento da cultura erudita universitária em Portugal, v. Eduardo Lourenço, O labirinto, p. 35-36;

²⁴ P. Otero, ib.

²⁵ Elogio da Teoria, p. 115.

²⁶ P. Otero, Rocha Saraiva, p. 65.

²⁷ Id., p. 66-67.

²⁸ P. Otero, ib.

spécifique de l'infinie diversité des pratiques qu'à condition de rompre avec la pensée lineaire, qui ne connait que les structures d'ordre simples de la détermination directe, por s'appliquer à reconstruir les réseaux des relations enchevêtrées, qui sont présents dans chacun des facteurs."²⁹ Este sociólogo francês fundamentou uma crítica mais geral, ao objectivismo científico, às verdades “únicas” como se, para parafrasear, “não houvesse alternativa”, a ortodoxia do “pensamento único”. Disso segue, num exemplo, o apelo à “vulgarização” do conhecimento e o seu não entrincheiramento face à realidade social, e a ideia de que a ambição de todo o conhecimento deverá ser, enfim, a sua transposição para o senso comum, alargando o conhecimento às classes sociais mais pobres, que encontramos em Boaventura de Sousa Santos³⁰.

Enfim, observa-se, como no passado pátrio (desde Luís António Verney, passando por Agostinho da Silva, Eduardo Lourenço, Onésimo Teonónio Almeida, António Damásio, José Saramago) a sina da hoje chamada “fuga de cérebros”, dos nossos melhores e, neste caso, mais bem apetrechados para a investigação e para o ensino, tal estando associado também à falta de investimento público na investigação científica e na Universidade em geral, à falta de bolsas de investigação de Doutoramento e Mestrado por instituições privadas e mecenas, ao contrário do que acontece em países de tradição liberal e investigação realmente livre, como a Inglaterra. Tristemente, como no poema de Ruy Belo “Morte ao Meio Dia”, continuo perante a evidência mundana de que *“o meu país é o que mar não quer.”*

Disso dá testemunho João Magueijo, o conhecido compatriota que refutou Einstein, a partir de Londres:

*“Pelo contrário, se tivesse ficado em Portugal seria a asfixia. Aqui ninguém fica chocado por um Professor Catedrático dizer caralho, o escândalo seria o Senhor Professor Doutor não publicar ideias novas. Portugal é o preciso oposto. Agradeço pois a este país o clima de trabalho que me ofereceu, onde a originalidade e a excentricidade não são vistas como uma doença venérea, mas sim como aquilo que é esperado.”*³¹ Significativo testemunho, não lhe parece, leitor?

²⁹ P. 119.

³⁰ Crítica da Razão Indolente, p. 223.

³¹ Bifes Mal Passados, p. 179-180.

Barbas Homem, num balanço da Faculdade de Direito da UL no séc. XXI, anotou justamente, em termos críticos, que “ *no plano pedagógico, a introdução de novos planos de estudo não foi antecedida nem seguida por uma reflexão acerca dos métodos de ensino e aprendizagem (...) nem renovou os métodos pedagógicos.*” E mais diz o mesmo Professor: “ *as metodologias de avaliação têm-se revelado inutilmente repetitivas e dispersivas, não deixando tempo livre aos professores para investigar e para outras tarefas académicas, designadamente a orientação de estudantes*”³².

Fica-me claro que a solução beneficiará alunos e professores, pois o problema afecta ambos..! O caso continua tristemente em aberto para os docentes, como reflecte Otero, mas também para os alunos, direi por mínimo (com medo de dizer demais a esse respeito³³), recordando as inúmeras provas orais do curso de licenciatura, em que, como aponta Barbas Homem, “ *não deixar falar os candidatos poderia ser um bom exercício para não deixar patentes as insuficiências de quem tem a responsabilidade pela arguição*”³⁴.

Portanto, a heterodoxia implica uma ruptura com a Universidade “torre de marfim”, de origem medieva. A ortodoxia significava “ *conformidade com a doutrina da Igreja*”. Então, o “ *autor ortodoxo é aquele que não ensina para além do que diz a Igreja.*”³⁵ Hoje, o ser ortodoxo não ensina para além do que diz a autoridade, o poder, bastando-se com infinitas falácias de autoridade, amiúde (o FMI, a UE, o Banco de Portugal, o Catedrático, o Regente, etc...)

Adiante. No pensamento jurídico tem-se por dogma “ *o conhecimento assente, depois de refutado cientificamente sem sucesso*”³⁶ – palavra cuja origem religiosa é elucidativa (v. supra quanto à etimologia de “ortodoxia”). Contudo um dogma não refutado não acarreta a sua perenidade eterna, não constitui uma verdade eterna, até porque se pode tratar de “ *questões excluídas de reflexão*”³⁷.

³² Barbas Homem, p. 567.

³³ Da minha história pessoal e dos meus colegas de curso tenciono discorrer no futuro, que aqui o tema é outro e não quedará toldado pelo julgamento emotivo de acções surrealistas de outros ou por meus retratos neo-realistas, à moda de Alves Redol em “Barranco de Cegos”...

³⁴ Barbas Homem, p. 6.

³⁵ J. Grenier, p. 15.

³⁶ Baptista Machado, Introdução ao Direito..., p. 368-369. Para uma crítica da forma autoritária, dogmática, não dialogante, como forma de exposição, v. P. Ferreira da Cunha, Direito Natural e Teoria da Justiça, p. 15;

³⁷ P. Otero, Rocha Saraiva, Nota prévia.

Ora, o conhecimento progride, avança, com a refutação bem-sucedida e apresentação de teses novas. Então, a fórmula modal do “devido respeito” (ou seus apodos mais ou menos mais “respeitosos”) aparece-me demasiadas vezes como um escudo desnecessário numa Universidade, contraditório face à aceitação contemporânea das teses sobre o estatuto do conhecimento científico, de Thomas S. Kuhn, Karl R. Popper, etc... Por isso, não pedirei licença para discordar de uma tese humana; desculpas seriam de pedir se se aceita o que está dito sem pensá-lo, criticamente³⁸. Digo mais, parafraseando Agostinho da Silva³⁹: a refutação de uma tese (re)valoriza a tese refutada!, pois implica o seu detido estudo e problematização – o que é, precisamente, o que se pretende na universidade livre e, acrescento, heterodoxa.

Enfim, como demonstrou Sartre, resta-nos, ao Homem, a “justiça humana”⁴⁰ como solução: ou na invectiva certeira do filósofo espanhol Fernando Savater, *“Alguns instalam-se a todo o gás na teologia e informam-nos mais ou menos veladamente das disposições legais que Deus estabeleceu para nós, quer segundo as tábuas da Lei quer segundo a própria Lei escrita no nosso coração (ou no nosso inconsciente, versão lacano-kantiana da antiga ordem bíblica). Mas é bom permanecer-se ateu nestas questões – e em todas – o mais que se puder. O que é imensamente difícil, imensamente heróico, diga-se de passagem.”*⁴¹

E de resto, como indagou Foucault, parece-me que “acreditar na justiça” é um dado precioso para o seu estudo⁴². A justiça é o “*primeiro objecto utópico*”, disse-nos a “Utopia” de More⁴³... Então, é uma utopia necessária para novas democracias justas. O pensamento sobre a justiça na democracia, em que pretendo filiar-me, responde “*a necessidade de novas utopias*”, sentida por Viriato Soromenho-Marques⁴⁴. E para o mais, convém não esquecer, como afloro a propósito da justiça poética, que o sentimento de injustiça é um combustível poderoso e o sentimento de justiça um dos primeiros sentimentos humanos, não animais.

³⁸ Sobre o dogma jurídico Max Weber, *Economia e Sociedade*, p. 209; uma defesa exemplar desta visão dogmática encontra-se em P. Moniz Lopes, *Derrotabilidade* vol.II, p. 942, para quem não cabem considerações não deontológicas, na esteira de H. Kelsen (para quem as normas válidas não comportam juízos de valor, *Justiça*, p. 4); em sentido contrário, advogando uma certa continuidade entre o ser e o dever-ser, por ex.: G. Radbruch, *Filosofia*, p. 48..

³⁹ *Sete Cartas a um Jovem Filósofo*.

⁴⁰ Jean-Paul Sartre, *O Existencialismo é um Humanismo*, p. 226-227

⁴¹ *Sobre Viver*, p. 19.

⁴² M. Foucault, *As palavras e as coisas*, p. 134

⁴³ T. More, *Utopia*, p. 19.

⁴⁴ *Esperança* (artigo de jornal).

A justiça define, *ab initio*, o Homem (e o homem concreto definirá a justiça)- como recentemente publicou António Damásio, o neurocientista português - que já tinha surpreendido os cartesianos ultra-racionalistas quando indicou que razão e emoção se influenciam mutuamente – não há, pasme-se o jurista analítico, razão pura que anime o jurista, nem “batas brancas” que nos sirvam...:

*“Na ausência de sentimentos, a possibilidade humana desaparece (...) Na ausência de sentimento desaparecem os alicerces daquilo que constitui a moralidade e a justiça, que fornece os ingredientes da dignidade humana.”*⁴⁵

Então, A. Damásio defende que “a justiça, como outras regras morais, e em geral os sistemas de governação”, visam colmatar o subdesenvolvimento inicial da medicina homeostática e psicológica, sendo a terapia para os “traumas da alma humana”⁴⁶... Como havia afirmado em obra anterior, o conhecido “Erro de Descartes”: “os fenómenos mentais só podem ser entendidos satisfatoriamente no contexto da interação do organismo com o meio ambiente.”⁴⁷

1.2 Humanidade, interdisciplinaridade e claridade: uma trindade jurídica

(indicações sobre o método seguido)

⁴⁵ A Estranha Ordem das Coisas, p. 283.

⁴⁶ Id., p. 241

⁴⁷ P. 22.

*“Lamento, mas não nasci para a contemplação, não me interessa por nada em que eu não possa intervir imediatamente. Daí a minha pouca inclinação para a ciência pura ou para a natureza e suas irremediáveis leis; interessa-me em contrapartida, a arte, a história, a política, tudo o que exige participação da minha imaginação e da minha liberdade.”*⁴⁸

Fernando Savater

*“ o homem real não é actor separadamente de uma história política e económica ... o individual identifica-se com o contingente.”*⁴⁹

Vitorino Magalhães Godinho

I. Claridade textual e correcção linguística: consequentes

Está em causa a clareza e legibilidade do texto. As Humanidades discutiram-no desde cedo e o debate continua, também aqui o Direito não me parece merecer um estatuto epistemológico de “caso à parte”. Penso assim quer no próprio âmbito formal da investigação e discussão jurídica⁵⁰, assim como na posição do Direito no conjunto dos conhecimentos e saberes humanos, das Humanidades⁵¹.

Miguel Tamen aclarou exacta e recentemente que *“as Humanidades têm erradamente levado a cabo um processo de “mimetização” do método científico-experimental (típico das ciências exactas); nestas, a actividade de “discussão e exame” argumentativo é o centro nevrálgico do processo, porque “na melhor das hipóteses, a actividade das humanidades nos seus melhores casos oferece justificações sem que possa oferecer testes ou correlações.”*⁵² Umberto Eco já havia entreaberto esta interessantíssima e

⁴⁸ Sobre Viver, P. 18.

⁴⁹ V. Magalhães Godinho, Ensaios, p. 105-110, 118.

⁵⁰ T. Viewheg, Topica, p. 10

⁵¹ Sobre o estatuto científico do conhecimento jurídico: J.J. Gomes Canotilho, Actos Autorizativos, p. 41; J. Baptista Machado, Introdução, p. 368-369.

⁵² Batas Brancas.

bonançosa caixa de Pandora, demonstrado que a “tese científica” é também uma “tese política”⁵³.

Então, a importância de uma “linguagem comum” na divulgação do conhecimento era já defendida pelo historiador francês F. Braudel⁵⁴, no séc. XX. A discussão é antiga⁵⁵: a partir do final do séc. XV, através da obra de Valla (1493), vigora o princípio da “linguagem corrente”; antes, os humanistas preferiram o princípio da “palavra erudita”⁵⁶.

Hoje, de novo, critica-se a “*linguagem legislativa esdrúxula*” que leva “à incompreensão das soluções logradas”⁵⁷. (A este propósito, continua a ser curial que “o desconhecimento da lei não aproveita a ninguém”? Julgo que não, o desconhecimento da lei hoje aproveita, por vezes demais, ao poder político-legislativo, que faz cumprir a sua lei sem as preocupações adequadas de publicidade efectiva, qual “*arcana juris*”...)

Neste ponto, a proliferação de notas de rodapé foi, sempre que possível, contrariada. Optei por reduzir ao mínimo indispensável as notas de pé de página, pois partilho do entendimento de que a sua proliferação conducente à compressão do corpo de texto está errada⁵⁸, por impossibilitar a adequada leitura e compreensão. Também assim, na indicação da bibliografia consultada, distinguem-se as abordagens jurídicas⁵⁹, de outras humanidades, ou literárias do tema⁶⁰.

Entendo poder conjugar as perspectivas (pessoais) que exprimo na primeira pessoa do singular, em primeiro lugar por um critério de correcção linguística⁶¹ e, em segundo

⁵³ Como se faz uma tese, p. 52

⁵⁴ F. Braudel, História e Ciências Sociais, p. 139.

⁵⁵ M. Saraiva Barreto, Ars Eloquentiae, p. 23

⁵⁶ Id., p. 146.

⁵⁷ L. Cabral de Moncada, Estado Actual, p.20.

⁵⁸ Recentemente, P. Pais de Vasconcelos, Direito Comercial, p. 8.

⁵⁹ V. Magalhães Godinho, Ensaios, p. 271.

⁶⁰ Uma nota ainda: frequentemente nomearei de forma indistinta ao longo do texto as expressões “justiça”, “princípio da justiça” e “norma de justiça”.

⁶¹ Devo anotar que o texto está escrito na língua portuguesa (em desconformidade com o chamado “Acordo Ortográfico”). As indicações bibliográficas aparecem de forma abreviada nas notas de pé de página: as referências bibliográficas completas estão dispostas na Bibliografia. As expressões em língua estrangeira e em latim figuram entre aspas e em itálico; já as transcrições legais aparecem entre aspas. Por facilidade, os diplomas legais citaram-se amiúde pela sigla comumente difundida, por ex. “CRP” para Constituição da República Portuguesa, etc. O mesmo acontece nas referências jurisprudenciais. Dispensou-se o índice explicativo das siglas dos periódicos ou dos diplomas legais, por entender que estas são do conhecimento comum e estão hoje suficientemente difundidas. Aqui, pensou-se mais em destacar obras consultadas para fundamentar analiticamente a minha visão num dado passo, do que elencar exaustivamente tomadas de posição idênticas ou diferentes (como é costume da escrita de obras de

lugar, por uma questão de clareza semântica: “*cogito ergo sum*”. Fica difícil, noutros trabalhos distinguir o uso do plural majestático do uso da primeira pessoa do plural como expressão de pertença a uma corrente de pensamento. Aqui, a formalidade (do uso da primeira pessoa do plural em termos formais) e a materialidade (de ser o autor um único) se mesclam⁶²...

Em suma, a brevidade nas notas de pé de página e o cuidado posto nas citações intratextuais é opção no sentido de referenciar o que entendemos essencial (que pode – ou não - ser o novo sem ser o mais recente⁶³) e tem preocupações pedagógicas de tornar o conhecimento legível, e direi, menos inacessível. Não se vê que dissertar possa ser entendido como escrever um “livro sobre livros”...⁶⁴

II. Método investigativo e abrangência interdisciplinar

Concretamente, e não retirando as considerações metodológicas já tomadas, o método utilizado é decalcado do proposto por Umberto Eco, designadamente a tradicional divisão por etapas estanques (os “seis passos” de Eco⁶⁵). Procurou-se, após a escolha do objecto, separar três etapas essenciais: entre a fase de pesquisa e a fase de organização das leituras e arrumação do material recolhido por tema; numa fase posterior (terceira fase) procedeu-se à escrita. Para além disto, durante a longa elaboração do que viria a constituir esta dissertação, procurei debater com o maior número de pessoas, especialistas do mundo jurídico e ouvir a comunidade cívica, cidadã, também⁶⁶.

alcance geral, como os “Manuais”); além disso, é essa a razão pela qual as referências bibliográficas aparecem abreviadas ao longo do trabalho.

⁶² J. Habermas, *Pensamento Pós-Metafísico*, p. 262; G. Bachelard, *O Novo Espírito*, p. 7-9.

⁶³ Isso traz-nos a outro ponto. O da preponderância relativa de trabalhos anteriores: com certeza em áreas de estudo mais sedimentadas, em que existissem monografias-teses sobre a matéria, por ex., estará mais restringida a liberdade de enquadramento do investigador por estarem mais definidas e claras as fronteiras e os dados do tema. Uma vez que esse trabalho está, segundo me parece, essencialmente por fazer, será natural que as conclusões reflectam especialmente a minha visão sobre o tema.

⁶⁴ V. Magalhães Godinho, *Ensaio*, p. 275.

⁶⁵ U. Eco, *Como se faz uma tese*, p. 28.

⁶⁶ Correu-se o risco da dispersão numa primeira fase, tal foi a quantidade de contributos e opiniões que se tentaram colher; numa segunda fase, correspondente ao final da etapa de recolha bibliográfica, procedeu-se a uma circunscrição objectiva necessariamente redutora em relação à abertura inicial, mas necessária, de toda a forma.

Este trabalho deparou-se, na fase de pesquisa bibliográfica, com duas dificuldades essenciais: a) a vastidão de obras genéricas sobre o tema, de pendor filosófico (como sejam as “reflexões” jurídicas *ex cathedra* sem pretensão normativa) ou outras obras de alcance necessariamente mais geral, ainda mais frequentes, de pendor especulativo e em que a referência à justiça não passa disso uma referência (um “*claim*”) sem densidade argumentativa para poderem servir de base a este trabalho; b) a exiguidade de obras jurídicas sobre o princípio da justiça como conceito jurídico em particular (a referência é já mais frequente, embora pouco desenvolvida, nos manuais de Direito Administrativo actuais).

Há uma série de razões que explicam uma e outra dificuldades, das quais elencaríamos, para já, entre outras:

- a) a dificuldade intrínseca e aparente do tema⁶⁷;
- b) o aparente reduzido interesse “prático” (forense) do mesmo, assentando numa premissa positivista e anti-metafísica⁶⁸, comodamente arrumável na gaveta dos “conceitos indeterminados”⁶⁹;
- c) a tendência actual do Direito Administrativo para a predominância de estudos sobre “questões parcelares” de diplomas legais recentes, esquecendo os “temas fundamentais”⁷⁰;
- d) a posição jurisprudencial histórica da justiça (entretanto ultrapassada há mais de 40 anos...) como conceito de mérito “à parte” da legalidade administrativa - eixo fundamental do ensino do Direito Administrativo, na esteira da concepção dos regimes liberais de governo, pautados pela lei⁷¹);
- e) e) por outra, o afastamento da questão jurídica face ao seu pendor político-filosófico⁷².

Em termos de interdisciplinariedade, segui de perto a tese de que “ *a mobilização geral do conhecimento é o método correcto para escrever trabalhos académicos*”⁷³ ,

⁶⁷ L. F. Colaço Antunes, Teoria do Acto, p. 297.

⁶⁸ H. Kelsen, Direito Natural e Justiça, p. 171; A. M. Feijó/M. Tamen, A Universidade, p. 15.

⁶⁹ K. Larenz, Metodologia, p. 219.

⁷⁰ M. Carneiro da Frada, Equidade (Justiça com Coração), p. 110; L. F. Colaço Antunes, As Categorias Jurídicas, p. 140; “The New Humanities”...cit..

⁷¹ L. F. Colaço Antunes, Semel Publica, p. 202-203.

⁷² P. Ferreira da Cunha, Direito Natural e Teoria da Justiça, p. 14.

⁷³ F. Braudel, História e Ciências Sociais, p. 143.

defendida já por Max Weber⁷⁴ (depois por L. Febvre⁷⁵ e, em Portugal, por Vitorino Magalhães Godinho⁷⁶), contra “a especialização” do trabalho e a favor da “universalidade faustiana”.

E mais recentemente, como estudou Vasco Pereira da Silva, “a necessidade de enquadramento cultural dos fenómenos jurídicos, com a conseqüente adopção de metodologias científicas de natureza interdisciplinar é também corroborada e acentuada pelas visões do direito “como género literário” (*Law as literature*), ou como “manifestação musical” (*Law as music*), ou ainda como arte dramática (“*Law as performative art*”). O que é típico de modernas correntes jus-filosóficas como a denominada “critical legal studies”⁷⁷. Ou Barbas Homem, que acentua assertivamente: “o especialista não é ignorante, porque é um homem de ciência, mas também não é um sábio, porque desconhece tudo o que está fora da sua especialidade”⁷⁸.

Como no poema de António Gedeão, “onde Sancho vê moinhos/D. Quixote vê gigantes”, a compreensão que elaborei do tema foi-me permitida justamente pela abertura a outras áreas do conhecimento - como a Filosofia, a Sociologia ou a Ciência da Administração, a História, etc... (na versão tradicional, apesar de tudo, sempre se vai dizendo “o indesmentível enquadramento do Direito no mundo das Ciências Sociais, o suporte que estas dão ao Direito, enquanto ele próprio Ciência Social.” (...) “sempre entendemos que um bom jurista tem de possuir conhecimentos fornecidos por algumas áreas do conhecimento fora do Direito.”⁷⁹) Assim, é certo que se verão vertidas algumas das minhas áreas de interesse e de estudo desde 2009, tais como:

- 1) o papel do Estado⁸⁰, o “novo direito administrativo”⁸¹ e o impacto jurídico do “neoliberalismo económico”⁸².
- 2) o positivismo jurídico⁸³, o império formal da lei⁸⁴ e a crise da democracia⁸⁶ (legitimidade e contrato social⁸⁷);

⁷⁴ Metodologia das Ciências Sociais, p. 297

⁷⁵ Combates pela História I, p. 162

⁷⁶ Ensaios, p. 38.

⁷⁷ A Cultura a que tenho Direito, p. 14.

⁷⁸ História do Pensamento Político, p. 32.

⁷⁹ Fausto de Quadros, Ensinar Direito, p. 881.

⁸⁰ R. A. Musgrave, *The Theory*, p. 23; J. M. Buchanan, *Same players*, p. 178; M. da Glória Garcia, *D. Políticas Públicas*, p. 251-252; M. Eduarda Gonçalves, *Debater*, p. 24-25; N. Costa Cabral, *Orçamentação*, p. 637-639.

⁸¹ O. Bachof, *Direito*, p. 160; M. J. Estorninho, *Fuga*, p. 58-66; 175-188.

⁸² Farber, D. A./ Frickey, P. P., *Law and Public Choice*, p. 132; J.J. Gomes Canotilho, *Direito*, p. 108.

- 3) a autonomia do Direito Administrativo (e do Direito Público, face ao Direito Civil)⁸⁸;
- 4) a possibilidade do Direito Administrativo Global⁸⁹ como solução jurídico-política no contexto das urgentes questões culturais, sociais e económicas ampliadas pela globalização⁹⁰.

Estes pontos de interesse têm em vista pensar em soluções para alguns problemas do Direito Público actual:

- 1) problemas de validade na actuação administrativa⁹¹ e de efectividade no cumprimento das normas pelos cidadãos, designadamente pela desaplicação informal da norma administrativa⁹²;
- 2) o enfraquecimento da legitimação do Estado-Administração; a predominância da imagética da Administração como “autoridade burocrática” sem coração, como máquina neutra;
- 3) o cidadão (administrado) sendo um “homem médio”, desatendendo à consideração complexa da sua humanidade, i.e., da sua circunstância económica e social (apesar da propalada prevalência dos direitos fundamentais);
- 4) a separação entre as funções política, administrativa e jurisdicional⁹³, etc.

⁸³ A. Castanheira Neves, O Instituto dos Assentos, p. 164 nota 349; L. F. Colaço Antunes, As categorias jurídicas, p. 131-132, 133, 137.

⁸⁴ J. Baptista Machado, Justiça e Direito Natural (do Prefácio), H. Kelsen, p. VI-X; A. Castanheira Neves, Direito e Justiça, p. 244; id., O Instituto dos Assentos, p. 163; p. 184 nota 409.

⁸⁵ Prosper Weil, O Direito, p. 121.

⁸⁶ Eduardo Lourenço, O labirinto, p. 39; Gomes Canotilho, Renovar os Ideais Democráticos.

⁸⁷ P. Trigo Pereira, Dívida pública, p. 106 e segs.; A. Sousa Pinheiro/P. Lomba, Comentário vol. III tomo I, p. 18, 21.

⁸⁸ L. Cabral de Moncada, Estado actual, p. 20; L.F. Colaço Antunes, Justiça no séc. XXI, p. 22, 66.

⁸⁹ S. Cassese, An Introduction, 30-33; Vasco Pereira da Silva, Do Direito, p. 215.

⁹⁰ Gomes Canotilho, Sustentabilidade, p. 9; Colaço Antunes, A Ciência, p. 19-20, A. Simões Gaudêncio, From Centrifugal, p. 94.

⁹¹ Freitas do Amaral, O princípio da justiça, p. 685 e segs.; P. Otero, Direito do Procedimento, p. 216; M. Galvão Teles, Ex post, 128-29.

⁹² K. Hesse, A força normativa, p. 109; J. Miranda, Manual, V, p. 28-29; P. Otero, Direito Constitucional Português vol. I, p. 180.

⁹³ P. Otero, O poder de substituição, p. 28-29; P. Costa Gonçalves, Acórdão Pressetext;

1.3 A Justiça como fundamento de todo o Direito - e o Direito Administrativo?

“Como é possível a existência de uma sociedade justa de cidadãos livres?”⁹⁴

John Rawls

A Justiça tem para o Direito e para a sociedade a função de “*ponto de Arquimedes*”: é a partir da ideia de justiça que avaliamos o Direito e a sociedade – é, neste sentido, e além do mais, uma “*exigência epistemológica*”⁹⁵, propõe Michael J. Sandel. Aqui temos um raciocínio em a justiça opera como origem-fundamento e fim-limite de todo o Direito⁹⁶

Ora, assim sendo, cabe enfrentar uma premissa basilar: se a justiça é o fundamento e o limite de todo o Direito porque não o será também, por maioria de razão, no Direito Administrativo? Porque passa isto despercebido ao Direito Administrativo?

Noto bem: para além de discutir aparentemente se a actuação administrativa deve estar submetida a uma norma de justiça, o que está realmente em causa é o modo de prosseguir a justiça material pelo Estado⁹⁷, em particular pela Administração Pública (e aqueles que exerçam a função administrativa⁹⁸). Assim, formula-se a questão: de que modo deve o Direito Administrativo consubstanciar concreta e normativamente os seus postulados de justiça distributiva?

A abordagem inicial compreendeu “o princípio da justiça no direito administrativo”, querendo dar resposta à sua delimitação conceptual e conformação face a princípios afins. O tema desse trabalho inseria-se, em termos amplos, no estudo do geralmente designado “princípio da justiça” do Direito Administrativo⁹⁹ na sua dimensão material,

⁹⁴ Political Liberalism, p.3-4.

⁹⁵ Michael J. Sandel, O Liberalismo, p. 41.

⁹⁶ Gustav Radbruch, Filosofia do Direito, p. 98; Castanheira Neves., Direito e Justiça, p. 248 ; M. Carneiro da Frada, Equidade, p. 112.

⁹⁷ Jorge Miranda, A sistematização, p. 12.

⁹⁸ Gomes Canotilho/Vital Moreira, CRP Anotada, p. 795. Aliás, parece ser este o sentido da Parte I do novo CPA (em especial do art. 2.º n.º3): a “*consagração de novos princípios gerais da actividade administrativa ainda que técnica ou de gestão privada*”.

⁹⁹ U. Eco, Como se faz uma tese, p. 48-49.

como parâmetro de controlo do resultado da actuação administrativa, não podendo ignorar as manifestações internacionais, quer europeias quer globais.

Tal pareceu-me suficiente para os objectivos intercalares, sendo que partia do zero: desconhecia em absoluto qualquer característica da Justiça, tirando a sua imagem simbólica da deusa “justitia”, ao fim de penosos anos de licenciatura. Com a continuação das leituras, em particular no fundamento histórico-político, percebi que o rigoroso sentido a dar ao meu estudo sobre a justiça no Direito Público, em particular no Direito Administrativo seria outro, e mais estimulante: a justiça material como fundamento do Direito Administrativo...

Em suma, partiu-se do “quê” para chegar ao “como” (assim também aconteceu no pensamento de L. Pereira Coutinho em “A Autoridade Moral da Constituição”. Coincidência? Dificilmente, pelo paralelismo temático - e de pressupostos, metodologia e objectivos - que anotei estimulante e de muito interesse para o meu labor¹⁰⁰).

Estava relativamente esclarecido o tema inicial e, sem embargo, não encontrava respaldo jurídico para a função essencial, para o peso da palavra e o carácter simbólico e elementar que muitos pensadores, juristas ou filósofos, pintores ou religiosos, poetas ou músicos, desde a Antiguidade Clássica até aos mais recentes. Continuei lendo e aqui cheguei.

Seria injusto não reflectir, finalmente, no texto da dissertação o que li na investigação mais exaustiva que pude fazer, entre Novembro de 2015 e Março de 2018¹⁰¹. Não ficaria bem com a minha consciência se por receio, tacticismo ou falsa modéstia, não assumisse este novo tema, este desafiante lema... É bem provável que continue, num passo próximo, por estas paragens tão polémicas quanto aliciantes, e direi, fundamentais.

¹⁰⁰ Por ex, p.. 8-19; 25

¹⁰¹ O trabalho escrito resulta, pelo menos, das minhas reflexões desde Dezembro de 2015. Pode desenvolvê-las e testá-las nos Relatórios de Direito Administrativo (Prof. Paulo Otero, relatório sobre o fundamento conceitual do princípio da justiça) e Direito do Contencioso Administrativo (Prof. Vasco Pereira da Silva, relatório sobre a dimensão contenciosa do princípio da justiça). Também me ajudaram as reflexões tidas sobre o contrato público e a sua ética pública (relatório de Filosofia do Direito, Prof. Barbas Homem).

II. Esta dissertação é um produto histórico das suas circunstâncias¹⁰² e é por isso a expressão vívida e viva da insatisfação e do inconformismo de um cidadão com o “estado a que isto chegou”, para usar as palavras de Salgueiro Maia – falo da democracia e da república.

Sem dúvida, ficaria muito contente e grato a quem viesse a considerá-la um contributo para tornar o meu país menos injusto. Acredito que a justiça material é uma pedra de toque nas sociedades contemporâneas e escrever sobre isto é, a meu ver, muito interessante e esperançoso¹⁰³. Pode existir democracia sem justiça material? Por outras palavras: o que significa afirmar um princípio da justiça para o Direito Administrativo agora submetido ao princípio da legalidade democrática¹⁰⁴? Ou, nas palavras de Rawls, “*como é possível a existência de uma sociedade justa de cidadãos livres?*”

¹⁰² U. Eco, Como se faz uma tese, p. 19-20; V. Magalhães Godinho, Ensaios, p. 39; Lisa Ruddick, Inwardness; Robert Pippin, Ways of Knowing; René Passet, A ilusão, p. 23, 136; N. Chomsky, Occupy, p. 25, 33.

¹⁰³ Max Scheler, A situação do Homem no Cosmos, p. 38; J. Habermas, Técnica e Ciência como Ideologia, p. 96-97;

¹⁰⁴ Political Liberalism, p. 3-4.

FUNDAMENTO HISTÓRICO

“A crítica jurídica possibilitada pela História do Direito não se circunscreve, todavia a parâmetros éticos e de fundamentação. A consideração crítica do Direito moderno através da História permite uma “inventio” de soluções que se coloca para além de quanto a este respeito fornecerá a simples concepção de antecedente. Por isso se tem escrito que a História do Direito constitui uma escola de civismo para o jurista, face ao poder.”¹⁰⁵

Ruy de Albuquerque

“A História do Direito é sempre um imenso “liber scintillarum”. Dele saltam, quando menos se espera, centelhas jurídicas aptas a servir o presente do nosso Direito.”¹⁰⁶

Rui Manuel Figueiredo Marcos

1. Os alvares da regra de justiça no Direito Romano e na Idade Média: a “jurisdictio” e o “rex inutilis”

A submissão do governante à justiça vem de longa data, pois já no Direito Romano se aplicava a *jurisdictio*: “um poder público que traduz a responsabilidade de dizer o direito e fazer da justiça a lei”¹⁰⁷, conforme a definição de Acúrsio na Magna Glosa. Em Roma, tal poder era exercido por um magistrado judicial para resolver os casos concretos; contudo, o reavivar do Direito Romano a partir do séc. XII, fez com que este

¹⁰⁵ Ruy de Albuquerque, História do Direito Português, p. 118

¹⁰⁶ Rui M.F. Marcos, O regresso da enfiteuse, p. 983.

¹⁰⁷ J. Coleman, The Two Jurisdictions, p. 75: “a power publicly introduced with the responsibility for pronouncing what is right and enacting what is just” (tradução minha).

entendimento fosse acolhido de uma maneira mais vasta: o Papa possuía uma “*jurisdição universal e suprema*”¹⁰⁸ tanto sobre o mundo espiritual quanto sobre o poder político secular, exercido pelos monarcas.

O termo “*jurisdictio*” toma, como tal, um significado mais amplo, designando “*um conjunto de termos usados para definir os aspectos de autoridade jurídica, religiosa e imperial, combinando a ideia de administração justa com a legitimidade (e a autorização) para o uso coercivo da força*”¹⁰⁹. De forma conservadora, no entanto, alguns autores salvaguardaram a aplicação alargada da jurisdição, pois não interferiria na esfera dos direitos patrimoniais, como a propriedade, antes sendo encarada, separadamente daqueles, como “*um complexo de poderes jurisdicionais, legislativos e direitos administrativos*”¹¹⁰.

Tal deve-se ao reavivar do Direito Romano, ao desenvolvimento do Direito Canónico e ao crescente poder papal consubstanciado na doutrina “*da jurisdição suprema e universal*” do Papa. Em rigor, foi o papa Inocêncio IV, em meados do séc. XIII, quem alargou a “monarquia papal”, ao dizer solenemente: “*o papa tem, de iure, jurisdição e autoridade sobre todos*”¹¹¹. Numa expressão eloquente, “*os príncipes não são mais do que luas submissas ao sol que o papa diz ser e ninguém acredita.*”¹¹²

Numa palavra, no Direito Romano a “*jurisdictio*” traduzia o direito de dizer o justo; a partir do séc. XII significa a autoridade política suprema, i.e., a autoridade do Papa sobre o poder do Rei. Como sublinha Alan Harding, “*colheu-se o exemplo dos antigos romanos, embora aqui os imperadores fossem sujeitos a aceitar o Papa como vigário de Deus e o poder absoluto do papado como sendo exercido para o bem da igreja universal, à luz do exemplo de perfeição de Cristo*”. Escreveu Marsílio de Pádua que “*o poder religioso era necessário não como poder político mas como garante da virtude e da correcção dos vícios que o legislador não fosse capaz de regular pela lei humana*”.¹¹³

Para além disto, o Papa era também o administrador da riqueza real, pelo que desde já a redistribuição de riqueza está associada ao poder de criar regras justas e de governar de

¹⁰⁸ Id., ib.

¹⁰⁹ Id., ib.

¹¹⁰ J. Coleman, *The Two Jurisdictions*, p. 75.

¹¹¹ Id., p. 77.

¹¹² J. Mattoso, *História de Portugal*, p. 438.

¹¹³ Id., p. 260-261.

forma justa (*“Jurisdiction was, therefore, linked with rightful dispensation, rightful ruling”*¹¹⁴). O governante estava sujeito à, em último grau, à justiça, como resultado da sua submissão, em primeiro grau, a Deus; de certo modo, Deus fundamentava o poder real na medida em que o seu representante terreno, o Rei, governasse os seus súbditos de forma justa. De facto, na segunda metade do séc. XIII os reis de Inglaterra e França, compreendiam que a *“força da lei estava dependente das suas raízes nos costumes do povo”* e, *“querendo guardar os seus costumes e moldar as respectivas sociedades”*, criaram leis com o objectivo de corrigir o *“estado da Coroa”*¹¹⁵.

É neste contexto que se dá a intervenção papal, a título extraordinário, em dois exemplos particulares, destituindo do trono, com autoridade divina, os reis Sancho II de Portugal e Ricardo II de Inglaterra. Isto porque, como resulta do que disse, o primeiro dever de um Rei era, simplesmente, *“dar leis e justiça ao seu povo”*¹¹⁶. Ou, como assinalou José Mattoso: *“Assim: o rei é o guardião da lei; seu primeiro papel, manter e impor a justiça. Como Gil de Roma: Duvidar se o rei há-de ser justo não é outra coisa senão duvidar se a regra há-de ser direita.”*¹¹⁷

D. Sancho II é declarado *“rex inutilis”*, por ser *“declarado incapaz de governar pelo Papa”*¹¹⁸. A partir de então, *“o rei já está representado, cavalgando, coroa na cabeça, espada batalhante numa das mãos erguendo o ceptro na outra, representando este a justiça.”*¹¹⁹

Em 1377, Ricardo II de Inglaterra, embora contrariado, viu-se obrigado a prestar juramento disse *“fazer cumprir as leis que o povo escolhesse “de forma justa e razoável”*. Em consequência, fez aprovar no parlamento leis especiais (que vigorassem para além do direito comum) *“para o benefício de todos e a boa administração da Coroa”*¹²⁰. Como destaca Croca Caeiro, *“de todos os actos de elevação real, o mais importante é o juramento pelo qual o rei promete guardar os foros, os usos e os costumes do reino, governar os povos bem e ministrar-lhes justiça.”*¹²¹

¹¹⁴ Id., ib.

¹¹⁵ A. Harding, *Medieval Law*, p. 8

¹¹⁶ A. Harding, *Medieval Law*, p. 251.

¹¹⁷ J. Mattoso, *História de Portugal*, p. 161.

¹¹⁸ J. Mattoso, *História de Portugal*, p. 131. Para Alexandre Herculano, (*História de Portugal*, vol. II, p. 513), no entanto, as razões do Papa contra a Administração de Sancho II eram *“mal fundadas”*.

¹¹⁹ J.M. Croca Caeiro, ob. cit., p. 74.

¹²⁰ Id., p. 257.

¹²¹ J. M. Croca Caeiro, *História da Administração Pública*, p. 74.

Porém, dada a “*continuada arbitrariedade das suas decisões*”, dá-se a revogação da legislação do parlamento em 1397. O futuro rei de Inglaterra será Henrique IV, seu primo, que afirma que Ricardo fora deposto por “*faltas na governação*”¹²². Tornou-se claro, desde logo, que as medidas reais eram “*corrompidas pelas leis injustas*”¹²³. Ricardo II de Inglaterra foi deposto pelo Papa, porque terá usado, durante o seu reinado, de “*decisões arbitrárias e facciosas*”¹²⁴. Em Inglaterra, era já claro que o poder real estava subordinado às “*leis da comunidade*”, sendo as “*boas leis mais necessárias do que o bom governante*”¹²⁵.

¹²² Id., p. 270-71.

¹²³ Id., p. 272.

¹²⁴ A. Harding, *Medieval Law*, p. 271: “*because of his arbitrary and factional rule*”(tradução minha).

¹²⁵ Id., p. 272.

2. A justiça (privada) dos senhores feudais e a regra de justiça nas Ordenações Manuelinas

A sociedade feudal detém particularidades que talvez convenha conhecer melhor. Como disse G. Poggi: “o feudalismo estabeleceu a noção de que a discussão (ainda que violenta e irracional) sobre os direitos e a justiça (ainda que entendida de forma muito limitada à época) constituíram a maneira normal de delimitar as fronteiras das decisões e de confrontar e de corrigir as decisões erradas”¹²⁶.

Na sociedade feudal, os senhores detinham o poder de administrar a justiça aos seus vassallos, por outorga real. Na relação feudo-vassálica entendia-se que a justiça era uma “graça” dada pelo senhor ao vassallo. Na realidade, como entendeu Marc Bloch¹²⁷, a “justiça” designava o o “conjunto dos poderes senhoriais”. É claro também, como já se ressaltou através de G. Poggi, que a justiça tinha então um conteúdo material deturpado: “Exercia o senhor um poder de decisão – nas questões entre eles – e de correção, demasiadamente regulamentada, em exclusivo pelo seu bel-prazer, para poder ser propriamente qualificada de justiça.”¹²⁸ Desde aqui me parece claro que a justiça não é um substantivo que designe qualquer conteúdo que o poder instituído, numa dada época ou contexto, lhe queira. A dimensão material da justiça, tem como veremos, um conteúdo demasiado minimalista para que se possa falar propriamente de justiça.

Por outro lado, existe no feudalismo uma continuação, por analogia, da doutrina do “mau príncipe”. Assim, “o direito universalmente reconhecido ao vassallo de abandonar o mau senhor”, estava entre as “justificações da perda do poder à qual condenavam o mau príncipe”¹²⁹.

Contudo, convém assinalar, com Croca Caeiro: “o poder real estava neste campo muito diminuído, uma vez que a possibilidade de aplicação privada da justiça muitas vezes a cargo quer das ordens religiosas quer dos senhores o que lhe retirava a capacidade

¹²⁶ Id., p. 108.

¹²⁷ M. Bloch, A Sociedade Feudal, p.396.

¹²⁸ Id., p. 398.

¹²⁹ Id., p. 491. Como afirma Marc Bloch, desenvolvendo (p. 492): “Neste sentido havia um princípio fecundo em tantas revoltas que à primeira vista, parecem apenas desordem: **“O homem pode resistir ao seu rei e ao seu juiz, quando este age contra o direito e pode até ajudar a fazer a guerra contra ele... Assim dizia o Espelho dos Saxões”**. Esse famoso direito de resistência ecoou, nos sécs. XIII e XIV, numa ponta à outra do mundo ocidental. (destaque nosso).

para a imposição da justiça por sua iniciativa exclusiva.”¹³⁰ Isto significava que os senhores feudais tinham um poder desmesurado amiúde, que se substituíam autenticamente ao poder da coroa, formando um caso de aplicação privada da justiça e de fuga à justiça pública. Vejamos: a prática da relação feudo-vassálica era de consensualização pela palavra dada¹³¹. Ademais, também no comércio tal sucedia, “*con la libertad de dar a sus contractos el contenido que más le conviniera*”¹³² (“*a história do direito privado não é igualmente política?*”¹³³)

Está claro assim que na consensualização material dos contractos não existia um padrão heterovinculante de justiça que se lhes aplicasse: a justiça era a vontade do mais poderoso. Registe-se ainda, como é significativo e substancial que se falasse em “*convenance*”, palavra que está próxima dos acordos de Direito Público¹³⁴. Os senhores feudais e a nobreza agiam em nome do poder real e arrogavam-se donos da justiça – da tal “justiça privada” que lhes conviria, por legitimação social e de classe, fosse vista como justiça pública...

Na Idade Média, o requisito fundamental do contrato era a causa¹³⁵ (e não haveria controlo material) como forma de legitimação e validade do contrato celebrado. Mais tarde, podemos reconhecer refrações deste paradigma na elaboração da “*fair entitlement theory*” de Robert Nozick – se a causa que deu origem ao direito é legítima, então o contrato é justo, independentemente do conteúdo do contrato ser injusto...!

Deste breve depoimento resulta um problema que ainda se me afigura actual: a indispensabilidade de uma regra de justiça que seja pública, geral como remédio preventivo face à justiça particular ou privada (e às injustiças privadas) - é também por isto que a justiça como competência real tem grande destaque na centralização do poder régio¹³⁶. Como vinha já sendo notado nos sécs. XII e XIII (v. supra) era reconhecida uma relação forte entre o bom governo e a justiça¹³⁷. Assim era, embora convenha recordar o

¹³⁰ J.M. Croca Caeiro, *História da Administração*, p. 81.

¹³¹ T. Wallinga, *La libertad contractual*, p. 994. É curioso que Hugo Grócio, o jusnaturalista, defendeu teoricamente o carácter vinculante da palavra dada, na medida em que o carácter vinculante de qualquer acordo seria o princípio básico do Direito Natural (Id., p. 1002). Prolegómenos do contratualismo moderno...?

¹³² Id., ib.

¹³³ Barbas Homem, *Pensamento Político*, p. 73. V., a propósito, o que se escreve a propósito do Direito de Propriedade e do pensamento de Tocqueville.

¹³⁴ Id., ib.

¹³⁵ Id., p.999.

¹³⁶ Id., p. 89-90.

¹³⁷ Id., ib.

relativo atraso jurídico nacional desta Idade Média (séc. XV): “a lei do rei tão pouco era aplicada de forma inexorável e sistemática. Os juizes entendiam que a aplicação da lei devia ser matizada pela avaliação da sua justeza no caso concreto, tarefa que lhes caberia essencialmente a eles, e sobre a qual mantinham um poder incontrolado, escudados na doutrina jurídica do direito comum¹³⁸.”

Hoje é possível fazer correspondência: a “*jurisdictio* medieval” esteve associada à ideia moderna de soberania¹³⁹. Como veremos, mais tarde as revoluções liberais viram acabar (teoricamente e com muitos lentos influxos em Portugal, cuja prática desumana em Portugal durou até aos anos 70 em Portugal¹⁴⁰) com este medievalismo desumano e injusto. Ainda hoje, como explica Eduardo Lourenço em “*O labirinto da saudade*”, se podem encontrar sinais do atraso proporcionado pela vivência real de um sistema feudal nas regiões do Ribatejo e do Alentejo conjugado com o colaboracionismo activo, para dizer o mínimo, do Estado Novo – “*A tranquilidade obtida à custa do medo denuncia um regime despótico*”, escreveu Ruy Belo, em nota de rodapé às reflexões de Montesquieu sobre a Roma antiga, e é no texto deste pensador de séc. XVIII que se diz precisamente mais (aristotelicamente): “*Para que um homem se encontre acima da humanidade, demais têm todos os outros de pagar*¹⁴¹.”

II. A regra de justiça nas Ordenações Manuelinas

Esse estado de atraso na aplicação da lei vem a ser remendado com a publicação das Ordenações Manuelinas. Lá está disposta a obrigação de administrar de acordo com a justiça¹⁴², conforme a doutrina clássica já aflorada e ecoando da fundamentação do poder régio já vista nos alvares da regra de justiça:

“porque assi como a justiça he a causa mais principal, porque com a graça de Deos por ella Reynamos, e a ella sobre todaslas cousas deste mundo tenhamos por isso maior

¹³⁸ Id., p.133.

¹³⁹ J. Coleman, *The Two Jurisdictions*, p. 77.

¹⁴⁰ Paula Godinho, *Memórias da Resistência Rural no Sul*. Celta, 2007.

¹⁴¹ Montesquieu, *As causas da grandeza e decadência dos Romanos*, p. 200-01. Leituras de um neo-clássico.

¹⁴² Pode ler-se no título I do Livro Primeiro destas Ordenações Manuelinas (“*Do Regimento do Regedor de Justiça*”): “*e fazer, que a todos igualmente o Direito e a Justiça se guarde...*”

obriguacam, pera com equidade sempre a Guardarmos a todos, assi a razam, e ella mesmo Justiça assi nos aconselha” (Primeiro livro, Título I, p. 2¹⁴³).

Que justiça material era esta? Era já uma preocupação com o “povo” (seguindo a tradição anglófona), com os mais desprotegidos da sociedade: os assalariados. Como reflectiu já António José Saraiva, a propósito da obra-prima de Camões: *“Os Lusíadas apresentam-se como um regimento de príncipes. Mas Camões não prega uma doutrina nova do poder. A ideia de Justiça estava presente em todos os doutrinadores que até então se tinham ocupado dos direitos e obrigações dos senhores e a recomendação de pagar o trabalho da “servil gente” fazia parte do código de cavalaria.*¹⁴⁴”

Em rigor, a justiça aparece n’Os Lusíadas reflectindo o entendimento medievo comum: ora como correctivo do abuso do poder opressor (fosse administrativo ou pessoal) - *“Leis em favor do Rei se estabelecem/ As em favor do Povo só perecem”*¹⁴⁵; ora claramente como fundamento do Direito e protecção económica dos mais desabonados: *“Nem quem acha que é justo e que é direito/ Guardar-se a lei do Rei severamente, / E não acha que é justo e bom respeito/ Que se pague o suor da servil gente.”*¹⁴⁶

¹⁴³ Ordenações Manuelinas na íntegra por graça da Univ. de Coimbra em: <http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/manuelinas/11p2.htm>.

¹⁴⁴ A. J. Saraiva, A Fábrica n’Os Lusíadas, p. 61.

¹⁴⁵ Canto IX, v. 28.

¹⁴⁶ Canto VII, v. 85-86.

3. O pensamento político pós-medieval e as expressões múltiplas de justiça material (do contratualismo e dos direitos do homem em especial)

3.1 O início da superação do neoclassicismo medievo: crítica sociológica do “epistemocentrismo escolástico”

*“O mundo em que se pensa não é o mesmo em que se vive”*¹⁴⁷

Gaston Bachelard

Ouçamos o sociólogo francês Pierre Bourdieu. Até então, o entendimento escolástico abstraía erradamente o “habitus” da justiça das suas condições de realização, diria, exógenas. O “erro escolástico”, para usar a expressão de Pierre Bourdieu, é a ausência de mundo real na reflexão sobre a justiça, em suma. Isto é, a reflexão teórica toma partido de dentro para fora – *“o etnocentrismo escolástico leva a anular a especificidade da lógica prática quer assimilando-a à lógica escolástica, mas de maneira fictícia e puramente teórica (quer dizer no papel e sem consequências práticas), quer remetendo-a para a alteridade radical.”*¹⁴⁸

Por outras palavras, o tratamento (prévio à modernidade) dado à justiça era amiúde egoísta e classista: “os efeitos da distorção escolástica” são tanto mais importantes quanto mais distante o objecto da reflexão dista dos *“universos escolásticos nas suas condições de existência”* – analisa o sociólogo ao pensar nos “ocupantes das posições inferiores do espaço social” que assim saem do “campo metodológico” escolástico, que partia da “universalização de um caso particular, quer dizer da visão do mundo favorecida e autorizada por uma condição social particular”. Isto é, trabalhar sobre a justiça por um funil a olhar para o próprio umbigo...

Contrariamente, o contributo sociológico preconiza uma compreensão das condições sociais, culturais em presença, uma descida ao real: “Não estamos menos separados, nesta perspectiva, da nossa experiência prática que da experiência prática dos outros.” A

¹⁴⁷ P. 42.

¹⁴⁸ Id., p. 43.

questão é, pois, essencial: onde delinear a “fronteira entre o mundo em que se pensa” e “o mundo em que se vive”¹⁴⁹? Trata-se de epistemologia e, para Bourdieu, o estudo escolástico era um “epistemocentrismo”...¹⁵⁰

Esta posição crítica é paradigmática do sentido que pretendo neste trabalho. O que à partida é questão epistemológica, é na verdade bem mais que isso afectando a matéria das coisas. Para usar de um eufemismo, diria que é um daqueles casos em que a forma é tão injusta que afecta a substância – mas não é isso que resulta da leitura que fizemos. Isso pode ficar mais claro quando me detiver sobre a necessidade que afirmo superação do “suum cuique tribuere” (pela abordagem política de J. Rawls).

¹⁴⁹ Id., ib.

¹⁵⁰ Id., 42.

3.2 O pensamento contratualista de Rousseau: Estado Social e Justiça

(lição para hoje!)

“Não se trata de me ensinarem o que é a justiça, mas sim que interesse tenho em ser justo.”¹⁵¹

J. J. Rousseau

Relendo a epígrafe, o que de mais valioso retenho do entendimento do filósofo francês é a necessidade de superação do conceptualismo formalista (“o que é a justiça”), em favor do estudo das circunstâncias ou condições da justiça, que de alguma forma será um ponto a aproveitar em benefício da leitura de J. Rawls e de A. Sen (no séc. XX, adiante).

O entendimento de Rousseau, para o que me preocupa, radica no seu bem conhecido optimismo antropológico¹⁵² e na crítica do individualismo exacerbado: *“é falso que no estado de independência, a razão nos leve a contribuir para o bem comum, tendo em vista o nosso interesse próprio”¹⁵³*. Torna-se necessário ultrapassar “a doce voz da natureza” – o estado de natureza - em favor de uma solução que melhor defenda o bem comum, simplesmente, preferível “ao estado de independência” que seria típico do homem primitivo e curiosamente análogo à atomização do indivíduo na era capitalista pós-moderna. Sem perder de vista a libertação do Homem: *“o homem nasceu livre e, no entanto, em toda a parte está aprisionado”¹⁵⁴* - é lapidar e é acertado!

Numa expressão sintética, haveria de dizer-se adiante na história (terceiro quartel do séc. XIX), no Manifesto Comunista: *“aconteceu que se estabeleceram novas classes, novas condições de opressão, novas formas de luta, que vieram substituir as antigas condições”¹⁵⁵*.

Uma nota à margem, de tal relevo: a aplicação deste pensamento marcante tem uma consequência importantíssima – ao Estado Social *“é necessário notar que não se pode*

¹⁵¹ O Contrato Social, p. 61.

¹⁵² P. 55

¹⁵³ Id., p. 59.

¹⁵⁴ P.65

¹⁵⁵ Marx/Engels, Manifesto Comunista, p. 4.

aplicar a máxima de Direito Civil”¹⁵⁶. Então, leitor, não estará na altura de uma revisitação da aplicação subsidiária da lógica civilista liberal-individualista ao Direito Público? Anote-se para já que num Estado Social que o seja verdadeiramente isto não faria sentido... (A não ser que o paradigma neo-liberal seja potencialmente indiscutível, e pior que isso, indiscusso e encoberto pela comunicação social, velada “propaganda neutra” dos capitalistas globais-liberais de conveniência...)

Além disso, neste pensamento contratualista a justiça toma no “Estado Social” o lugar do “instinto” no Estado- natureza, o “*que produz no Homem uma alteração muito importante*”.¹⁵⁷ Ora, o Estado Social caracteriza-se pela Justiça “*dando às suas acções um sentido moral*”¹⁵⁸ – a justiça tem um sentido ético. Em troca, o homem perde pelo contrato social “*um direito ilimitado a tudo aquilo que lhe é necessário*”... Pois já aqui se encontra a associação pertinente entre o Estado injusto e a desigualdade económica, questão de primeiro plano, para a democracia, para a república, para a globalização, para o Direito...!

Rousseau tomou a devida nota de como o interesse particular é contrário por natureza ao bem comum (“*excluem-se um do outro pela ordem natural das coisas*”¹⁵⁹); e parece tomar a sério o risco de dominação do interesse particular sobre o interesse geral no Estado Social quando afirma, de seguida: “*as leis sociais são um jugo que cada um queira impor aos outros, mas sem que ele próprio se lhes submeta*”.

Em síntese, a justiça é no Estado Social o elemento essencial à vida do bem comum; da mesma maneira, o instinto é no Estado Natureza essencial à sobrevivência do indivíduo. Só no Estado Social, forma superior de organização para Rousseau, há um sentido ético para as acções: o Estado Social caracteriza-se pelas acções justas. Assim sendo, a descaracterização do Estado Social (que conhecemos hoje) depende do acumular de acções injustas e descamba no individualismo, isto é, na ignorância do bem comum. Neste estado de coisas, as leis transformam-se num “jugo” que reflecte a primazia do interesse particular sobre o interesse comum.

¹⁵⁶ P. 67

¹⁵⁷ P. 69.

¹⁵⁸ Id., ib.

¹⁵⁹ P. 59.

3.3 Tocqueville: a igualdade material e o poder do povo

*“I sought there the image of democracy itself (...) My object was to portray the influence which the equality of conditions and democratic government in America exercised on civil society, on habits, ideas, and customs.”*¹⁶⁰

*“during my stay in United States, nothing struck me more forcibly than the general equality of condition among the people; it gives a peculiar direction to public opinion and a peculiar tenor to the laws”.*¹⁶¹

Alexis de Tocqueville

Há uma ideia-chave na observação da realidade norte-americana de Alexis de Tocqueville, a propósito da construção de uma democracia americana. Para traduzir (suprimo o menos relevante aqui), “se a repartição da terra proporcionou menor desigualdade entre ricos e pobres, é pela força que uns se impõem aos outros. O homem pobre defende-se a si mesmo”.¹⁶²

De ressaltar, a questão sempre presente do direito de propriedade como elemento essencial para a (des) igualdade económica e para a concepção política aplicável¹⁶³. Como sintetiza Barbas Homem, *“já as correntes socialistas dos sécs. XIX e XX sustentaram a não-historicidade do direito de propriedade para impugnarem o seu fundamento naturalista e para a questionarem à luz de uma teoria da justiça.”*¹⁶⁴ Isto não é estranho a este estudo nem talvez seja separável do que se observara historicamente no feudalismo; estamos aqui na primeira metade do séc. XIX. Pois bem pergunta o insuspeito aristocrata francês em 1848: *“Can it be believed that the*

¹⁶⁰ Democracy in America, p.11.

¹⁶¹ Id., p. 7,

¹⁶² Democracy in America, p. 10.

¹⁶³ Exemplarmente, a obra recente de M. Nogueira de Brito: Propriedade Privada - v. p. 8;v. última página. V. também: significativamente, nos anos 80 pós-revolucionários, Fausto de Quadros, Expropriação por Utilidade Pública; de outro prisma, sobre os “poderes exorbitantes” do Estado, M. J. Estorninho, Requiem, p. 140.

¹⁶⁴ História do Pensamento, p. 74.

democracy which has overthrown the feudal system and vanquished kings will retreat before tradesman and capitalists?”

Para levar à letra o pensamento de Tocqueville, o contributo possível da justiça é um patamar de evolução do princípio da igualdade largamente entendido – *“the gradual development of the principle of equality is a providential fact”*¹⁶⁵ - e do progresso da humanidade - *“society changes its forms, humanity its conditions, and that new destinies are impending”*¹⁶⁶. Destaco ainda a epígrafe: *“during my stay in United States, nothing struck me more forcibly than the general equality of condition among the people; it gives a peculiar direction to public opinion and a peculiar tenor to the laws”* - porque não estamos senão a falar de redistribuição económica e justiça material aqui! Ouça Tocqueville, que nos recorda a dimensão ética da justiça material (aberta em Rousseau): *“equality of condition does not of itself produce regularity of morals, but it unquestionably facilitates and increases it.”*¹⁶⁷

Adiante, o observador francês afirma o *“profundo e sincero respeito pelo certo (for right, no original) como basilar para todas as repúblicas”*¹⁶⁸... O que significa isto em termos de limite ao poder democrático, ou melhor dizendo, do fundamento do poder vigente? A resposta é lapidar. A democracia assenta no poder soberano do povo, para lá de todas as instituições, que pode decidir destruir ou modificar conforme lhe convenha, di-lo Tocqueville, e conclui: o poder do povo é superior às próprias leis e actos do poder.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Introduction.

¹⁶⁶ Preface to the Twelfth Edition.

¹⁶⁷ P. 290.

¹⁶⁸ Id., p. 5.

¹⁶⁹ Chapter 8, p. 74.

3.4 Montesquieu no regresso ao pensamento clássico: a igualdade entre os cidadãos como sinónimo de liberdade

“Éreis livres- disse-lhes eu – e querieis viver como escravos? De modo nenhum.”

Montesquieu

“Fechem as outras riquezas,

Mas tenho fartas as mesas,

*Do ar que a vida nos dá.”*¹⁷⁰

Miguel Torga

Neste ponto, ouçamos Montesquieu e a maneira alegórica como demonstra que caminho da igualdade material é, afinal, o caminho da liberdade. O filósofo retoma a forma clássica de exposição, o diálogo, e situa-o na Antiguidade Clássica, em Roma. Falo do “Diálogo entre Sila e Êucrates” (não preciso de voltar a dizer que a literatura nos ensina tanto do pensamento político e como tal jurídico, creio tê-lo feito já): Sila foi um imperador romano que governou pela ditadura e que se demitiu em 79 a.C.; o diálogo socrático passa-se alguns anos depois, com Êucrates, um filósofo (personagem fictícia)¹⁷¹.

Quando invadiu Roma com seus soldados em 87 a.C., pela força, concedeu a graça ao inimigo de morrer como cidadãos livres. O seu ímpeto ditatorial e tirânico não lhe prejudicou ainda assim o apreço pela liberdade dos cidadãos romanos, talvez seja isto que nos pretende dizer Montesquieu: nada vale mais do que a liberdade. Parafrazeando as famosas últimas palavras de Salvador Allende: antes morrer de pé do que viver de joelhos. Ou como Salgueiro Maia, dando a liberdade no momento decisivo do 25 de

¹⁷⁰ Do poema Ar Livre

¹⁷¹ Diálogo, Ruy Belo, notas 2 e 3.

Abril de 1974 a quem lhe fora politicamente adverso (a ele próprio e à Liberdade) durante mais de 40 anos...

“ - Éreis livres- disse-lhes eu – e querieis viver como escravos? De modo nenhum. Haveis de morrer e tereis a vantagem de morrer cidadãos de uma cidade livre.”¹⁷²

Se descontarmos a brutalidade e a crueza da fala de Sila¹⁷³, fica-nos clara a lição de Montesquieu... que volta a reiterar de seguida através de Sila:

“ – Entendi que tirar a liberdade a uma cidade de que eu era cidadão era o pior dos crimes.”¹⁷⁴

Montesquieu demonstra também, pelo brutal Sila, que a tirania condena a liberdade: se a escravidão pode ser absoluta, não o pode a liberdade, podemos interpretar das palavras de Sila¹⁷⁵.

Num desenlace de clímax!, o ditador roga pragas ao único homem que teme, Júlio César¹⁷⁶, jurando por fim defender a liberdade na *civitas* : “Mas, se ele alguma vez ousar formular o de mandar em homens que tornei iguais a mim, juro, pelos deuses, que lhe punirei a insolência.”¹⁷⁷

¹⁷² P. 198.

¹⁷³ Ruy Belo, nota 10

¹⁷⁴ P. 199

¹⁷⁵ Ib.

¹⁷⁶ Ruy Belo, Nota 23, p. 204.

¹⁷⁷ P. 204.

3.5 O contributo do Manifesto Comunista (diagnose e ortodoxia)

*“Men make their own history, but not on their free will; not under circumstances they themselves have chosen but under the given and inherited circumstances with which they are directly confronted. The tradition of the dead generations weighs like a nightmare on the minds of the living.”*¹⁷⁸

Karl Marx

Permita-se me uma constatação, próxima ao estudo de Rousseau, a propósito dessa obra: surpreendentemente, este estudo da justiça norteia-se mais, no que tange à ideia de justiça social, do pensamento de J. Stuart Mill em “On Liberty”, obra-prima, do que propriamente do pensamento marxista do “Manifesto Comunista”. Deste último aprovo sobretudo a diagnose mas não a terapia, por assim dizer. Não creio que a justiça social e material democrática, que quero construir, deva resultar de uma sobreposição de uma classe sobre outra: ainda que isso aconteça hoje no mundo global; mas não se combate fogo com fogo, portanto, ainda que fosse o proletariado a dominar aquele que o explora.

Ora, há, como Pierre Bourdieu demonstrará noutros trâmites e no séc. XX, um “epistemocentrismo escolástico” que penso como nefasto ao tratamento intelectual da justiça; para Marx e Engels, seus inspiradores, e descontado o jargão, a ideia é que uma parte da população persiste em maquilhar a injustiça social para assegurar o “status quo” económico, político e social, diria eu¹⁷⁹. Adiante, o Manifesto Comunista ataca violentamente as “propostas puramente utópicas” de outros pensadores socialistas, acusando-as de atenderem ao proletariado apenas por ser a classe que mais sofre¹⁸⁰.

Está errada essa crítica, ainda mais por hoje ser maior a maleabilidade das classes sociais (numa leitura-chave pós-marxista para perceber o mundo de hoje *“a sua acção deriva com mais probabilidade da situação de status – e das afinidades culturais e*

¹⁷⁸ The Eighteen Brumaire of L. Bonaparte, p.1 (Manifesto...cit., p. 87).

¹⁷⁹ Manifesto, p. 43.

¹⁸⁰ Id., P. 46-47

identitárias – do que da situação de classe”¹⁸¹), e os mais desprotegidos da sociedade estarem para além das fábricas da Revolução Industrial, dentro da massa de trabalhadores activos, em algumas das mais importantes profissões intelectuais, como a de assistente universitário, investigador ou a de advogado-estagiário, sei-o. Para terminar este apontamento, dizer que terá mais interesse para enquadrar, a título de pressuposto, a ideia de que o socialismo utópico tem um “elemento crítico face aos princípios vigentes da sociedade existente”¹⁸².

Parece-me importante assinalar como a criatividade humana é (e de que maneira, infelizmente!) limitada pela tradição; mas já parece exagerado rejeitar - como Marx caracteriza um “período de crise revolucionária”¹⁸³ no “Décimo Oitavo Brumário de Napoleão” - pedir ajuda aos antepassados, ao menos ouvi-los, escutá-los! Isto é que seria uma “ortodoxia do esquecimento” – e disso já temos demais. Ou acaso Marx não desejaria ser lido pelos vindouros? Pois faço-o independentemente da sua vontade...

¹⁸¹ Elísio Estanque, *Classes Sociais...*cit.

¹⁸² Id., 47.

¹⁸³ Manifesto, p. 87

3.6 Stuart Mill: a liberdade social (ou civil) como justiça material para o indivíduo

*“another grand principle of the rules of conduct, both in act and forbearance, which have been enforced by law or opinion, has been the servility of mankind towards the supposed preferences or aversions of their temporal masters, or of their gods.”*¹⁸⁴

*“The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his Independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.”*¹⁸⁵

John Stuart Mill

O conceito de liberdade em J. Stuart Mill traz-nos lição. Para o filósofo britânico, escrevendo no séc XIX, a liberdade pré-moderna significava *“protecção contra a tirania do decisor político”*¹⁸⁶. Tal ressoa no que se sabe sobre a liberdade e a escravidão na idade média. Então, a justiça tem a sua génese na ideia de Liberdade.

Numa sociedade caracterizada por “classes opostas”, para glosar Mill, o conflito (“the contest”) existia entre os sujeitos e o Governo¹⁸⁷. No futuro, profetiza Mill, virá um tempo em que a liberdade dos tempos antigos não mais será adequada, porque os interesses do governo e da comunidade não serão opostos¹⁸⁸.

Mais ainda, Stuart Mill posiciona-se sobre o conteúdo da liberdade que defende: chama-lhe “Liberdade Social”, falando com isso “da natureza e dos limites do poder que podem ser exercidos pela sociedade sobre o indivíduo”¹⁸⁹. O liberalismo clássico é,

¹⁸⁴ P. 6

¹⁸⁵ P. 17

¹⁸⁶ On Liberty, P.5.

¹⁸⁷ Id, ib.

¹⁸⁸ P. 7.

¹⁸⁹ Id, ib.

como tal, comunitário e não atomiza, no pensamento de Mill, o indivíduo sem razão bastante para isso.

Adiante o filósofo regressa ao paradigma da sociedade feudal – contrário ao pressuposto liberal: a igualdade, agora no seu sentido menos lato, entre os Homens : *“another grand principle of the rules of conduct, both in act and forbearance, which have been enforced by law or opinion, has been the servility of mankind towards the supposed preferences or aversions of their temporal masters, or of their gods. ”* Que actualidade tem este pensamento! -e graças ao seu erro de prognose: hoje não existem Senhores e Escravos como na sociedade, mas permanece a luta entre interesses conflitantes, opostos – patrão vs. empregado num exemplo ortodoxo, advogado-estagiário vs. Ordem dos Advogados num exemplo actual, etc.-, ou no jargão marxista já não apropriado entre “classes sociais” (como Elísio Estanque analisa. *“ a condição de classe traduz-se em modelos comportamentais concretos , mas é um campo muito mais plural do que indicam as abstracções marxistas”*¹⁹⁰).

Assim, o objectivo de Mill é proteger o indivíduo (mas) através da compreensão dos limites do poder social, incluindo o poder político. Em rigor, a construção de Stuart Mill parece amplificar o conceito de liberdade e incluir nele a justiça material, na tradição do liberalismo clássico (e no que se apoia na tradição clássica, de que dei nota nos sécs XII e XIII). Leia- se, por exemplo, este passo lapidar:

“the recognition of certain immunities, called political liberties or rights, which was to be regarded as a breach of duty in the ruler to infringe, and which, if he did infringe, specific resistance, or general rebellion, was held to be justifiable”.¹⁹¹

Em suma, esta lição do liberalismo clássico de Mill permite-nos abarcar toda a liberdade na justiça material? Não vou por aí. O filósofo delimita clara a liberdade pública, e resguarda a liberdade privada, então posso daí colher o meu fruto. A justiça material, enquanto justiça social, diria pública, não permite invadir o espaço do indivíduo “no que não interesse à comunidade”. No que apenas diz respeito ao indivíduo não deve a norma de justiça ditar lei. Não há razão para não se concordar, recordando que a matéria económica é matéria social e a propriedade privada não diz respeito apenas ao seu detentor. J. Stuart Mill aponta, quer-me parecer, para as questões morais clássicas, como

¹⁹⁰ Classes e acção colectiva...cit.

¹⁹¹ P.6.

a religião, a sexualidade, a consciência, etc. Ouçamo-lo, finalmente: “*Over himself, over his body and mind, the individual is sovereign.*”¹⁹²

¹⁹² P. 17.

4.1 A revolução jurídico-política dos séculos XVIII e XIX: o racionalismo, o liberalismo e a justiça natural – o caso português

“The vanity and presumption of governing beyond the grave is the most ridiculous and insolent of all tyrannies. Man has no property in man...”

“A general revolution in the principle and construction of governments.”

“(...) from the Revolutions of America and France, are a renovation of the natural order of things, a system of principles as universal as truth and the existence of man, and combining moral with political happiness and national prosperity”

Thomas Payne

“O conhecimento da história do pensamento político é especialmente relevante para o publicista.”¹⁹³

António Pedro Barbas Homem

Antes de ir ao caso português, gostaria de assinalar, em jeito de síntese do contributo dado pelas revoluções liberais do séc. XVIII, e em especial a norte-americana, o enorme contributo de Thomas Payne um liberal revolucionário (cujas teses são resposta ao liberalismo conservador de Edmund Burke) na superação do paradigma despótico e para o pensamento contemporâneo sobre a justiça¹⁹⁴. A meu ver, encontra-se na obra de Thomas Payne já um sistema de governo democrático fundado na justiça (- eis o desiderato último desta dissertação!). Alguns elementos mais consensuais do seu pensamento são relevantes: a crença no racionalismo ao serviço do governo e ao serviço da felicidade do povo – *“the old governments are on a construction that excludes*

¹⁹³ História do Pensamento Político, P. 32.

¹⁹⁴ Sílvia Alves, Lições Sociologia do Direito, p. 126: Truyol e Serra distingue entre o “jusnaturalismo revolucionário” e o “jusnaturalismo conservador” – o primeiro corresponde, por exemplo, ao pensamento de Payne; o segundo, como se verá, corresponde ao pensamento hobbesiano.

knowledge as well as happiness”¹⁹⁵. Para tanto, rejeita a noção pessimista (geralmente imputada como hobbesiana mas antes platónica, em rigor) do homem como inimigo do seu irmão: “*Man is not the enemy of man, but through the medium of a false system of government.*”

Assim, o homem não é “lobo do homem” (imagem afinal de Platão e não de Hobbes), mas nasce bom (à maneira de Rousseau) e apenas degenera quando o sistema de governo, em sentido lato, assim o propicia. E onde se encontra a luta contra o poder injusto? Encontra-se por exemplo na resposta a Burke, quando este pensador inglês afirma “*political reason is a computing principle*”: Payne caracteriza esta afirmação de Burke como fundamento do poder despótico. Segundo a crítica de Payne, o liberal conservador estaria dizendo que “*That government is governed by no principle whatever; that it can make evil or good, or good evil, just as it pleases. In short, that government is arbitrary power.*”¹⁹⁶

Aditando, já se encontra no pensamento do “norte-americano” Payne (nascido em Inglaterra) um esboço de justiça individual(ista), a propósito da liberdade religiosa na “Declaration of Rights” (art.10º). Payne acredita existir uma união entre Deus e o Homem desde o início dos tempos e que tal ideia é a base para um correcto entendimento correcto da religião. Neste contexto, disserta Payne: “*The first act of man, when he looked around and saw himself a creature which he did not make, and a world furnished for his reception, must have been devotion, and devotion must ever continue sacred to every individual man, as it appears right to him; and government do mischief by interfering*”¹⁹⁷. Ei-la! A justiça como princípio individualista, pró-consciência e anti-poder absoluto¹⁹⁸.

Porque nas concepções totalitárias com o seu atributo de serem marcadamente anti-liberais, podemos até encontrar formalmente a submissão à justiça, mas a justiça é definida sempre pelo Estado totalitário. O próprio Salazar, ainda Professor de Coimbra, escreveu-o expressamente: “*a liberdade do indivíduo deve ser respeitada e mesmo*

¹⁹⁵ Thomas Paine, Rights of Man, p. 92.

¹⁹⁶ T. Payne, Rights of Man, p. 72.

¹⁹⁷ Id. p. 68.

¹⁹⁸ P. Otero, Rocha Saraiva, p. 65. A este propósito, veja-se o art. 4º da Constituição de 1933 e a argumentação de raiz cristã do Estado Novo, através da submissão ao “Direito e à Moral”, afastando *argumentativamente* o totalitarismo (id., p. 63). À margem disto, é verdadeiramente impressionante a linha de argumentação do Prof. Rocha Saraiva, (trazida para o presente, destacada e sintetizada por Paulo Otero – que obra esplêndida, Professor!), de quem bebo a sua abordagem do facto social e da doutrina jurídica (id., p. 60) e da ligação da moral e do direito (id., p. 62).

estimulada, submetida, no entanto às regras da moral e da justiça, confiando ao Estado essa imposição e garantia”.

Ainda mais este meu entendimento da obra de Payne ganha asas, quando este pensador escreve, como se fora na pedra: *“The end of all political associations is the preservation of natural and imprescribable rights of man; and these rights are liberty, property, security, and resistance of oppression.”*¹⁹⁹

(Que eu tenha visto, e salvo melhor opinião, não consta nenhuma adenda a falar de direitos naturais dos mercados financeiros ou o direito natural à especulação no quadro da supremacia do capitalismo face aos direitos humanos naturais, mas como poderia este homem iluminado adivinhá-lo em 1792? Talvez tenha achado que os vindouros entenderiam facilmente o conflito latente e facilmente o resolveriam a favor dos direitos do Homem. Aí andou mal Mr. Payne... Enganou-se. A culpa é, naturalmente, do optimismo antropológico... Ou será, como diria Payne verdadeiramente, já citado, *“que o sistema de governo é falso e torna o homem inimigo do seu irmão”*?)

II. Em Portugal, com a entrada na Idade Moderna e a paulatina concretização do Estado moderno e da sua organização racional-burocrática, existe então a preocupação óbvia de adoptar *“uma forma abstracta e geral de regular (“o direito igual”)*.²⁰⁰

Estas preocupações jurídicas e sociais têm em Portugal uma motivação assaz concreta. A revolução de 1640 é feita com o argumento jurídico de que os reis castelhanos haviam violado o seu pacto com o povo português. Assim, conforme escreveu A. H. Oliveira Marques, *“As cortes de 1641 tiveram um papel simbólico de definir uma doutrina oficial, a de que derivava de Deus para o povo, que depois o transferia para o Rei”*. Segundo o mesmo historiador, *“esta doutrina foi antes formulada para definir tirania (isto é, quando o rei governa sem atender à justiça, aos usos e costumes do reino, ao direito natural e à tradição) e para acusar os monarcas espanhóis de haverem violado o pacto com o povo”*.²⁰¹

¹⁹⁹ Id., p. 92.

²⁰⁰ A. H. Oliveira Marques, História de Portugal, vol. I, p.126.

²⁰¹ Id., p. 441.

Consequentemente, o princípio da justiça preconiza desde já: uma aplicação geral e abstracta da normatividade estadual; ampliar o escopo material da igualdade, ao menos pensando-se no “direito igual” para os destinatários, justificado num contrato entre o povo e o monarca. De novo, aparece-nos a justiça como fundamento material da monarquia e da administração da coroa, mesmo em tempos de absolutismo régio, conforme se viu já a propósito das relações entre a monarquia e o papado nos sécs. XII e XIII.

De resto, o iluminismo e o despotismo iluminado de Marquês de Pombal vêm introduzir alterações modernas inspiradas em “soluções estrangeiras”²⁰²: promulgada em 1769, a chamada “lei da boa razão” servia para fundamentar cada lei e cada costume na “boa razão”, sem cujo atributo não podia ser válida; mais tarde, uma lei de 1790 que (teoricamente) aboliu a “justiça senhorial”²⁰³. Mas tudo isto era ainda mera letra oficial não praticada - como afirma Ruy de Albuquerque, “até aos começos do liberalismo o Direito Público apresenta traços marcados de continuidade”²⁰⁴. A este propósito vale a pena aludir às três fases históricas na Administração Pública portuguesa: “*época de confusão de poderes e funções: até séc XVII; época de concentração de poderes e distribuição de funções: D. João IV até séc XVII; época de separação de poderes e de funções: com a revolução liberal do séc XIX.*”²⁰⁵

Desta feita, a crença racionalista superou a crença religiosa: “A razão dirigiria o homem a encontrar a lei que a natureza humana determina, isto é, a lei natural.”²⁰⁶ Assim, estabelecia-se que a tradição romanística só vigoraria subsidiariamente; a “boa razão” era então o padrão normativo de qualquer lei. Tal representa (aliada à reforma dos estudos jurídicos na Universidade de Coimbra em 1772) a “vitória do racionalismo europeu contra a tradição escolástica decadente”²⁰⁷.

Como tal, o art. 13º da Constituição de 1822, por exemplo, continha o juramento solene dos juízes em “*observar a Constituição e as leis; ser fiéis ao Governo; e bem cumprir*

²⁰² Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português*, p. 215

²⁰³ A. H. Oliveira Marques, *ob.cit.*, p. 538.

²⁰⁴ Ruy de Albuquerque, *ib.* Para este historiador, *ob.cit.*, p. 216-17 “*o advento do constitucionalismo abre um novo sub-período, (...) em que o Estado alcançou a maioria e o seu Direito é o Direito dominante.*”

²⁰⁵ F. P.A. Langhans, *Dicionário de História de Portugal*, coord Joel Serrão, vol III, p. 211.

²⁰⁶ A. H. Oliveira Marques, *ob.cit.*, p. 551.

²⁰⁷ J. Dias Marques, *ob. cit.*, p. 497. Aliás, é reflexo desta transição entre monarquia absoluta e individualismo, neste período histórico, a disputa conceitual entre Ribeiro dos Santos e Pascoal de Mello Freire.

as suas obrigações ” numa referência à Constituição material²⁰⁸ balizada nos “*princípios de direito público universal*”²⁰⁹ (que haviam sido incorporados no direito português pela “lei da boa razão” de Pombal). Neste sentido, outro exemplo ainda, o Código de Seabra fez menção de remeter, a título subsidiário, para os “*princípios de direito natural*”²¹⁰.

Vivíamos então, neste séc. XIX, o período da difusão do liberalismo político²¹¹ em Portugal. No campo político, os direitos individuais ocupavam tendencialmente o lugar que era da justiça como limite do poder político²¹². Como afirmou Norberto Bobbio²¹³, “*Reivindicamos os direitos em oposição ao despotismo, que exige dos súbditos apenas deveres e não reconhece direitos.*” O pensamento liberal queria, portanto, libertar-se da dominação pessoal típica do feudalismo²¹⁴ e da máxima “*a king can do no wrong*”²¹⁵. É por isso que “*o equivalente latino daquilo que nós entendemos por direitos são as liberdades*”²¹⁶...

Por isso, como escreveu Dias Marques²¹⁷, houve uma “*mudança radical no espírito e na estrutura das instituições do direito público*” durante a primeira metade do séc. XIX. A Constituição escrita passa a ser o fundamento e o limite do poder monárquico e desde então tem sobrevivido a ideia de que a Constituição é a “*forma indispensável de todo o organismo político chamado Estado*”²¹⁸.

Paradigmaticamente, a disciplina de “*Direito público português pela Constituição, Direito Administrativo pátrio, Princípios de Política e Direito dos Tratados de Portugal com os outros povos*” foi introduzida em 1836, por influência francófona de Bonnin²¹⁹. No entanto, Bonnin procurava ainda afirmar “*um princípio primitivo donde todos os*

²⁰⁸ A. M. Hespanha, *Lei e Constitucionalismo Monárquico*, p. 23.

²⁰⁹ Id., p. 31: assim como nos “(ii) *princípios liberais, continuamente invocados pela doutrina, e constantes, nomeadamente, da teorização da sociedade feita por Adam Smith e outros economistas liberais*”, (iii) *nos princípios da razão, em que tanto insistiam os doutrinários; (iv) nos princípios das modernas ciências sociais, tópico corrente no período positivista sociológico*”.

²¹⁰ Art. 16º do Código Civil de 1867.

²¹¹

²¹² J. Dias Marques, *História do Direito Português*, p. 483.

²¹³ N. Bobbio/ M. Viroli, *Direitos e Deveres na República*, p. 41.

²¹⁴ Id., p. 44.

²¹⁵ T. Payne, *Rights of Man*, p.90.

²¹⁶ Bobbio/Viroli, *ib.*, p. 47.

²¹⁷ J. Dias Marques, *ob.cit.* p. 482. Vital Moreira, *O nascimento do constitucionalismo*, p. 45 “*uma histórica revolução jurídico-política que se vai repercutir nos dois séculos seguintes até à hodiernidade*”.

²¹⁸ Id., p. 492.

²¹⁹ Marcello Caetano, *O problema do método*, p. 118.

princípios secundários possam em seguida decorrer como consequências necessárias”²²⁰.

De que se fala senão da justiça material do, como diríamos hoje, “caso concreto”? Segundo o mesmo autor *“as leis administrativas, tais como as leis políticas e judiciárias, têm por princípio a equidade”*. Conforme sintetiza Marcello Caetano fica bem claro, afinal, o espírito informador da administração liberal: *“tudo gira em redor dos direitos individuais naturais (...) só as leis podem limitá-los, mas as leis não-de ser fundadas, também no Direito Natural e na equidade”*²²¹.

Em suma, encontra-se afinal no séc. XIX, mesmo sobre influência do liberalismo político, uma continuada afirmação da regra de justiça como fundamento da Administração Pública e do próprio Direito Administrativo, recém-nascido. É claro que desta feita, radicava já na representação do povo (e não no fundamento divino) o elemento justificativo do poder político – *“as leis terem por causa o homem e por fim as acções humanas”*²²² – conforme fora afirmado nas revoluções liberais do séc. XVIII. Assim pôde dizer o constitucionalista francês Esmein²²³: *“a filosofia do século XVIII introduziu no Ocidente uma nova corrente de ideias. Na medida em que se aplicou às especulações políticas, ela foi um imenso esforço para reconstituir as sociedades modernas, segundo as regras da razão e da justiça natural”*.

Contudo, o muito que havia de esforço universalista e jusnaturalismo racional no direito positivo nacional do séc. XIX foi sendo paulatinamente criticado no início do séc. XX por Léon Duguit e Gaston Jèze²²⁴ - o método de *“observação”* ou de *“observação dos factos”* foi defendido por ambos, pois *“as leis naturais, a que as leis jurídicas devem obedecer, descobrem-se pela observação.”* Ou nas palavras de Marcello Caetano²²⁵, *“porquê e como surge, em dado país, na época actual, certo problema jurídico? Resolver esta questão é investigar o meio social, económico, político, histórico em que esse problema jurídico se coloca.”*

De todo o modo, estas novas correntes não se esqueceram da limitação da lei positiva e do poder político presentes na tradição histórica já apontada: *“as leis não seriam*

²²⁰ Id., p. 119.

²²¹ Marcello Caetano, O problema do método, p. 121.

²²² Id., ib.

²²³ Id., p. 133.

²²⁴ Id., p. 136 e segs.

²²⁵ Id., p. 141.

*Direito se contrariassem o princípio da solidariedade e os sentimentos comuns de sociabilidade e de justiça*²²⁶. Tais doutrinas tiveram aceitação na Primeira República nacional que acentuou uma compreensão progressista do Direito, com repercussão específica na Faculdade de Direito de Coimbra²²⁷ “*de modo que ele apareça na sua formação histórica nas suas relações com a vida social hodierna onde actua como um elemento do progresso*”.

Evidentemente, com o fracasso da Primeira República, a aceitação da justiça como fundamento administrativo sofre um revés grave. Estamos na época da incorporação nacional, pese embora tardia²²⁸, das teses de Hans Kelsen. Estas foram, sem dúvida, um esteio de um pensamento do que veio a ser o poder administrativo autoritário e os totalitarismos das décadas seguintes, conforme se verá.

²²⁶ Id., p. 137-138.

²²⁷ Id., p. 144, *ex vi* o “Projecto de Reforma dos Estudos da Faculdade de Direito” (1911).

²²⁸ Id., p. 147.

4.2 O séc. XX: totalitarismos, positivismo e lei formal

Como assegura Marcello Caetano, nos anos 20 “o positivismo desacreditara como arcaico o Direito Natural; a crise parecia pôr agora em causa todas as soluções laboriosamente elaboradas pelo génio de sucessivas gerações. A esses tempos incertos, convinham pois sistemas jurídicos formais, prudentemente agnósticos onde fosse fácil vasar conteúdos contingentes”. Demonstra-o já, como exemplo, a letra do Estatuto Judiciário de 1927²²⁹: “(...) os juízes não podem deixar de aplicar a lei sob pretexto de que ela lhes pareça imoral ou injusta”. A posição doutrinária de Marcello Caetano vai, aliás, neste sentido quando refere que “o Direito constituído é justo até prova em contrário, porque a autoridade donde emana é um princípio racional de ordenamento da sociedade”.

Desta forma, o Estado de Direito, aspiração dos liberalismos²³⁰ em que “concebe-se a Justiça como garantia dos direitos individuais naturais e da liberdade do seu exercício”²³¹ é substituído por “um modesto Estado de legalidade” em que os direitos individuais apenas se escoram nas leis vigentes²³², favorecendo o “culto do normativismo” e “a tentação do formalismo e do dedutivismo”²³³. Já o era então e continua acertada a crítica marxista da “legalidade formal” do “Estado burguês”²³⁴. Veremos melhor adiante.

Parece, portanto, ter sido abandonado o esteio da soberania popular afirmada pelas primeiras revoluções liberais, assim como, de resto, evidentemente invertidos os elementos progressistas da Primeira República. Caetano expressa-o claramente: “admitimos um mínimo de direito natural inspirado pela Justiça absoluta que é atributo da Infinita Perfeição”²³⁵; isto vem a par da mesma rejeição do “formalismo lógico”²³⁶ e da referência a “valores absolutos, isto, é a um Direito Natural de origem divina”²³⁷. Conclusivamente, “o Direito Positivo tem por si uma presunção de

²²⁹ DL 13809, de 22/06/1927.

²³⁰ Marcello Caetano, *Tendências do Direito Administrativo*, p. 431.

²³¹ *Id.*, p. 454.

²³² *Id.*, p. 438-439.

²³³ *Id.*, p. 438.

²³⁴ *Id.*, p. 442-443.

²³⁵ *Id.*, p. 151.

²³⁶ *Id.*, *ib.*

²³⁷ *Id.*, p. 152.

Justiça”²³⁸. A prática política subsequente, não democrática, demonstrou que esta presunção estava infelizmente demasiado longe de ser ilidível.

²³⁸ Id., p. 155.

4.3 A doutrina de Hans Kelsen e a chegada à lei formal como fundamento da Administração Pública contemporânea

De entre os que forneceram justificação teórica às injustiças político-administrativas dos totalitarismos de séc. XX, menciono Hans Kelsen, destacado autor positivista e discípulo de Jellinek²³⁹, que não deixou obviamente de prestar atenção ao tema da Justiça, num estudo monográfico em que, de forma conveniente para a sua argumentação, associa no título “*Direito Natural e Justiça*”.

Como é sabido, no entendimento geral de Kelsen na “*Teoria Pura do Direito*” o Direito é o “*sistema de proposições analíticas decorrentes da Grundnorm*”.²⁴⁰ De alguma forma, onde antes a justiça actuava como fundamento jurídico-político e administrativo estará agora a lei formal, desvalorizada do seu conteúdo de justiça material. Di-lo Kelsen: “*A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva não é de forma alguma uma norma de justiça*”.²⁴¹

Para Kelsen, neste sentido, “*A norma fundamental da Teoria Pura do Direito não qualquer carácter ético-político*”, dado que “*o direito positivo não se funda na norma de justiça e pode ser contrário a esta*”.²⁴² O referido autor leva este entendimento às consequências últimas, e em termos de validade do Direito afirma que “*A questão de saber se o conteúdo jurídico definido através do processo de direito positivo é justo ou injusto nada importa para a sua validade*”²⁴³.

Em suma, esta construção kelseniana deu cobertura teórica a retrocessos históricos e brutais, tristemente inesquecíveis. Jean-Louis Vuillerme encontra no positivismo jurídico um dos vectores essenciais²⁴⁴ (partindo do positivismo sociológico de Auguste Comte²⁴⁵) do “germe totalitário”. Não por acaso, a Administração Pública do Estado Novo tinha, segundo H. Carmo, “*um papel claramente instrumental, formalizado no*

²³⁹ Marcello Caetano, *As tendências*, p. 144.

²⁴⁰ J. Baptista Machado, *Prefácio*, p. X.

²⁴¹ H. Kelsen, *Direito Natural e Justiça*, p. 171.

²⁴² H. Kelsen, *Direito Natural e Justiça*, p. 172.

²⁴³ *Id.*, p. 171.

²⁴⁴ J.L. Vuillerme, *O Ocidente no Divã*, p. 342.

²⁴⁵ *Id.*, p. 242.

artigo 22º da Constituição de 1933”²⁴⁶, em contradição com a onnipresença do Estado, mesmo no período marcelista²⁴⁷.

²⁴⁶ H. Carmo, Os dirigentes da Administração, p. 242.

²⁴⁷ Id., p. 243.

5. Sínteses do FUNDAMENTO HISTÓRICO

5.1 A justiça liberal como mero processo legítimo

No fundamento histórico que entrevimos já, a justiça é fundamentalmente dirigida à sua dimensão material; o pensamento liberal contemporâneo, pelo contrário, afirma a primazia do processo, rompendo a tradição histórica do próprio liberalismo clássico e a sua preocupação de justiça natural.

Um dos seus mais destacados representantes, Robert Nozick refuta a “teoria da justiça” de John Rawls, através da teoria do “justo título” (*“fair entitlement theory”*), segundo a qual o “modo” de aquisição *justo* da propriedade (*maxime* de rendimentos económicos) é suficiente, independentemente do resultado injusto que possa daí resultar²⁴⁸. Em suma, segundo Nozick²⁴⁹, se cada passo do processo foi moral, isto significa que o resultado é incontestável.

No exemplo clássico, um ser humano adquire uma herança, logo tem um “justo título” para os seus proventos económico. Isto leva a que o pensamento liberal considere o conceito de justiça como um “conceito metafísico”, recusando, por conseguinte, a “teoria da justiça” apresentada por John Rawls.

Estamos falando, em geral, do pensamento liberal que preconiza o Estado mínimo, em que o Estado tem apenas uma postura reactiva, já que como acreditava John Locke²⁵⁰, *“o corpo político é fundamentalmente justo nas suas estruturas internas”*. Neste sentido, a justiça só é exercido como resposta à violação de direitos – *“tens o direito de castigar quem violou os teus direitos”*. Estamos perante uma justiça meramente “retributiva”.

É claro que, desde logo, este entendimento não parece quadrar bem com a tradição histórica do próprio liberalismo clássico e a sua preocupação de justiça natural, na medida em que *“o Direito Administrativo liberal está profundamente impregnado pela*

²⁴⁸ R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 145.

²⁴⁹ *Id.*, p. 43.

²⁵⁰ J. Locke, *Two Treatises*, p. 269.

ideia da limitação jurídica do Poder como fonte das liberdades individuais”, conforme lembrava Marcello Caetano²⁵¹.

Onde fica o Estado de Direito, aspiração do liberalismo clássico que antevia “*a Justiça como garantia dos direitos individuais naturais e da liberdade do seu exercício*”²⁵² ?

²⁵¹ Marcello Caetano, *Tendências do Direito Administrativo*, p. 431.

²⁵² *Id.*, p. 454.

5.2 A perene actualidade do problema jurídico

Este é ainda o paradigma, que herdámos das construções formalistas e normativistas, apesar dos progressos democráticos e do Estado social de Direito entretanto concretizados, entre outros, no art. 266ºnº2 da CRP enquanto “*Direito Natural positivo ou positivado*”, como classificou Freitas do Amaral²⁵³; apesar também das novas tendências da Administração que visam reabilitar a justiça material.

Assim, o Direito, e em particular o Direito Administrativo “*tende a ser uma ciência lógico-formal*” para usar de empréstimo as palavras de Marcello Caetano²⁵⁴. Ou como eloquentemente disse Freitas do Amaral: “*O positivismo quis purificar o Direito: pensar sobre a boa solução não é com ele. Essa actividade faz-se no campo da política, a que o jurista sério e rigoroso deve ficar alheio*”.

Advém daqui também a separação entre direito e política, através das ditas “*opções do legislador*”, em que o legislador actuaria como entidade não historicamente determinada. A esta luz, já Orlando questionara: “*Mas se a política outra coisa não é senão actuação do Direito Público na vida dos Estados, a separação absoluta entre a ordem política e a jurídica não privará esta última da preciosa possibilidade de ver a norma transformar-se em acção?*”²⁵⁵

A norma jurídica é formalmente válida e “democrática”, a coberto do suposto benefício do princípio de representação popular no parlamento, de cunho liberal²⁵⁶, ignorando a acentuação da quebra do vínculo representante-representado²⁵⁷. Conforme assentou Freitas do Amaral²⁵⁸, “*a circunstância de ela provir da autoridade reconhecida como competente, só por sim, não a isenta de ser materialmente conforme como padrão de validade das normas a que ela aceita submeter-se*” pelo que é a conformidade material que faz a lei justa²⁵⁹, não bastando a sua alegada legitimidade democrática. Segundo o mesmo autor, “*mesmo a lei do parlamento pode ser injusta ou que contenha um preceito injusto*”²⁶⁰. Assim sendo, tem tido muito parco reflexo real em matéria de

²⁵³ Freitas do Amaral, Manual de Introdução ao Direito, p. 203.

²⁵⁴ Marcello Caetano, O problema do Método, p. 154.

²⁵⁵ Id., p. 128.

²⁵⁶ L. F. Colaço Antunes, Semel, p. 198.

²⁵⁷ M. Braga da Cruz, Instituições políticas e processos sociais, p. 121; P. Trigo Pereira, Dívida Pública, p. 108.

²⁵⁸ Freitas do Amaral, Manual de Introdução ao Direito, p. 206.

²⁵⁹ Id., ib.

²⁶⁰ Id., p. 121.

limite do poder, em especial no campo jurídico-administrativo, a proclamação amiúde do valor “justiça” como referencial ético da Administração Pública²⁶¹. Veremos com detalhe aquando da apreciação jurisprudencial da matéria.

A influência do positivismo jurídico e do normativismo kelseniano tem sido duradoura. Parece vigorar, em suma, um modelo jurídico-político e político-administrativo assente no positivismo jurídico, actuando persuasivamente como a força de um “mito do juridicamente correcto”, graças a um sistema burocrático de decisão cuja essência é o respeito pelo “*jurídico*”²⁶², e por isso se limita a cumprir a lei positiva, sem cuidar adequadamente da sua justiça material. A. Castanheira Neves notou, na realidade nacional, a sua influência: a primazia da lei como única fonte de Direito²⁶³ e a letra da lei como limite da solução jurídica²⁶⁴.

Para além disso, também a desconfiança nas fórmulas gerais e abstractas como a justiça²⁶⁵ e o preconceito face ao carácter político-cultural²⁶⁶ e histórico-económico do Direito²⁶⁷ viram-se corporizados em forte reacção conservadora de matriz totalitária, através de logicismos e postulados de cientificidade, objectividade e agnosticismo valorativo²⁶⁸. Nas palavras de Baptista Machado, “*por abstracção do substracto sociológico do Direito – dos conteúdos ético-jurídicos, político-sociais ou político-económicos*”²⁶⁹.

Efectivamente, esta tendência jurídico-filosófica, de cunho ético positivista vem dominando o último século no Direito Público²⁷⁰ e tende a significar a obrigação legal e ética do cumprimento pelo Homem de toda a lei formalmente regular em face da norma fundante de uma conduta que vigore numa dada sociedade, menosprezando o conteúdo

²⁶¹ Vejam-se por ex.: J.M. Sérvulo Correia, *Legalidade*, p.442-443: “A *celeridade da contratação, a segurança e estabilidade das relações, a sua conformidade com critérios objectivos de justiça e com o interesse público impõem um tratamento mais típico e objectivo das transacções*”; Gomes Canotilho/Vital Moreira, (p. 802) quando anotam que “o princípio da justiça aponta para a necessidade de a Administração pautar a sua actividade por certos critérios materiais ou de valor”; Jorge Miranda/Rui Medeiros não estão distantes, pois são da opinião de que o elenco de princípios “*ético-jurídicos*” insito no art. 266ºnº2 constitui uma “*carta ética da Administração Pública*” (ob.cit., p. 558).

²⁶² J.M. Teixeira da Cruz, *Função Pública e Poder Político*, p. 79.

²⁶³ Cfr. Castanheira Neves, *O Instituto dos Assentos*, p. 163.

²⁶⁴ Cfr. Castanheira Neves, *O Instituto dos Assentos*, p. 184, nota 409; id, *Direito e Justiça*, p. 247.

²⁶⁵ M. Foucault, *As palavras*, p. 135.

²⁶⁶ Cfr. Castanheira Neves, *O Instituto dos Assentos*, p. 164, nota 349; V. Magalhães Godinho, *Ensaio III*, p. 105-107.

²⁶⁷ V. Magalhães Godinho, *Ensaio III*, p. 105-110.

²⁶⁸ José Gil, *Portugal Hoje*, p. 16.

²⁶⁹ J. Baptista Machado, *Prefácio*, p. VII- X.

²⁷⁰ Martin Loughlin, *The Nature of Public Law* (in *After Public Law*, org. Cormac MacAmhlaigh, Claudio Michelon & Neil Walker, p. 11-24). Oxford University Press, 2013.

substantivo ou material justo da lei administrativa (em sentido amplo)²⁷¹. Está em obediência ao pensamento de Kelsen²⁷²: “*A conduta social do indivíduo é justa quando está de acordo com a norma prescritiva dessa conduta e injusta se infringe (...) A norma constitui o valor justiça.*” Aliás, enquanto antes se admitia todo o discurso jurídico seria deontológico²⁷³, tendendo erradamente a “*separar a construção jurídica da realidade vital*”²⁷⁴ onde antes se admitia classicamente “*várias formas do ser juridicamente valorizadas*”²⁷⁵, no que se completaria um edifício lógico sem hipótese de fuga à legalidade positiva.

Apesar disto, o pensamento de Gustav Radbruch forjou uma “válvula de escape”: a lei vigente deveria ser obedecida sempre, com exceção dos casos em que a aplicação da norma conduzisse à chamada “*injustiça gritante*”²⁷⁶ (o que seria designado por “*fórmula de Radbruch*”). Esta também chamada “*intolerability formula*” permitiu e sustentou, de forma mais ou menos explícita, decisões jurisdicionais famosas, como aquela que ordenou ao Estado que autorizasse a marcha histórica de Martin Luther King Jr., entre Selma e Montgomery, com base na justiça da causa que lhe estava subjacente: apesar de reconhecer que os Estados detêm o direito de adoptar legislação sobre o uso das suas auto-estradas, e que uma multidão em marcha numa auto-estrada pública roçava “*os limites do constitucionalmente permissível*”.

Como conclui Michael J. Sandel²⁷⁷, “*a decisão do juiz Johnson não era neutra no seu conteúdo; ela não teria ajudado os nazis em Stoke*”. E, segundo o mesmo autor, esta decisão judicial leva-nos a outro problema: de que maneira o pensamento liberal tornou o pensamento administrativo neutro e vazio de conteúdo, absolutamente formal e formalista? Para Sandel, este caso “*ilustra bem a diferença entre a abordagem de um liberal relativamente a matéria de direitos e aquela que propõe firmar os direitos sobre um juízo moral substantivo acerca dos objectivos promovidos por eles.*”

²⁷¹ Neste sentido David Duarte, A Norma de Legalidade III, p. 869, separando as “normas relativas à acção administrativa” em dois tipos: “normas de legalidade procedimental” e “norma de prossecução do interesse público”. Embora David Duarte pareça admitir conflitos normativos potenciais entre “normas convergentes” (atributivas de discricionariedade) e “normas de legalidade” (id., p 829).

²⁷² Justiça, p. 1-3.

²⁷³ Cfr. P. Moniz Lopes, Derrotabilidade II, p. 942.

²⁷⁴ Marcello Caetano, Tendências...cit., p. 438.

²⁷⁵ Marcello Caetano, O problema do Método, p. 152.

²⁷⁶ Paulo Otero, Direito do Procedimento... p. 221.

²⁷⁷ Michael J. Sandel, O liberalismo e os limites da justiça, p. 17-18.

5.3 A lei injusta do séc. XX e o apagamento da discussão sobre sentença injusta – o “estado levantado” do positivismo

Tal, a bem dizer, corresponde a um regresso ao chamado jusnaturalismo (de cunho cristão, novamente), que discutia a injustiça das sentenças e não vergava a atenção unicamente sobre o (peso do) império da lei – como ensina Freitas do Amaral, “*o jusnaturalismo tem a vantagem de permitir conduzir o combate contra as leis injustas ou imorais dentro do aparelho judicial; segundo o positivismo é um combate político apenas*”²⁷⁸.

É claro que o positivismo se esforçou por imputar uma moral premeditada e malévola ao poder judiciário – G. Davy aponta (ao alvo): “*contre la présomption du bon juge*”²⁷⁹ - e logo isso ajuda a perceber porque se deixou a questão da sentença injusta... Afirma, paradigmaticamente nesta visão legalista que menor relevância confere às Fontes de Direito (como é sabido), Jorge Miranda que “*a ideia de lei esteve tradicionalmente sempre ligada à de criação ou de revelação do Direito*”²⁸⁰, admitindo adiante que existe uma correspondência histórica entre séc. XX e a ideia de conceito formal de lei, havendo como tal quem defina a lei com apelo exclusivo a elementos formais²⁸¹.

Então, o bom juiz do positivismo é, segundo convém dizer para usar as palavras de Montesquieu, “a boca da lei”. Assim aclara rigidamente Jorge Miranda: “*E perante a lei quaisquer intervenções – tenham conteúdo normativo ou não normativo – de órgãos administrativos ou jurisdicionais só podem dar-se a título, secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autónomos de decisão*”²⁸².

É hoje claro que isto foi sendo ultrapassado, designadamente pelo Estado-providência no pós segunda guerra (acresce a criação da ONU, no que traz à ideia de justiça internacional, e o dealbar do nazismo, no que nos diz sobre os perigos da lei formal), através da constitucionalização de direitos sociais e económicos, pela necessidade de garantia e controlo jurisdicional dos direitos fundamentais e hoje o caso está tudo menos encerrado...

²⁷⁸ Introdução, p. 200.

²⁷⁹ G. Davy, p. 36.

²⁸⁰ Tomo V, p. 133.

²⁸¹ Id., p. 134.

²⁸² Tomo V, p. 221.

O estado da arte histórico do séc. XX da discussão da justiça focou-se, então, no “combate ao positivismo ilegítimo”, ou seja, à lei injusta: nas palavras de Freitas do Amaral, “*A divergência começa neste ponto: tais leis, porque contrárias ao Direito Natural, são inválidas, pelo que se lhes não deve obediência? Ou, sendo leis positivas em vigor, são direito válido e obrigatório, justificando-se no entanto uma fortíssima campanha política que conduza à sua revogação?*”²⁸³

Este último trecho sintetiza uma linha de abordagem fundamental, por exemplo exposta por Georges Davy nos Archives de Philosophie du Droit em 1933, segundo a qual “*o direito natural teria uma tripla função: uma função crítica e de controlo que inspirasse a revolta da consciência contra a lei injusta; uma função de legitimação moral e económica do direito vigente; uma última função, de espiritualização e de adaptação ao real*”²⁸⁴.

Assim, em tal “estado levantado” do positivismo jurídico, em que como sintetiza o jusinternacionalista francês Louis Le Fur – “*Jusqu’au siècle dernier, à peu près tous les juristes étaient partins du droit naturel; au course du siècle dernier au contraire beaucoup de juriste se sont élevés contre lui*”. Aliás, tamanho o mal-entendido - continua o professor francês – que foi sendo acolhido mesmo pelos juristas católicos, como Carré de Malberg²⁸⁵...

Para facilitar o caminho positivista e agravar, em resultado, o agrilhoamento da justiça à lei, acontecia que “*les juristes éminents de tous les pays comprennent le droit naturel au sens traditionnel de ce mot; ils se rapprochent ainsi des philosophes spiritualistes, et aussi bien entendu des théologiens qui n’ont jamais varié sur ce point.*”²⁸⁶ Exemplo deste equívoco é o que diz, a concluir, Georges Davy: apresenta uma “*réponse du droit écrit au droit naturelle*”²⁸⁷.

Assumo como minha a crítica aqui implícita: o pensamento do jusnaturalismo sobre a justiça, de tanto querer conservar o legado cristão, ficou nele descansando, e assim

²⁸³ Id., p. 196.

²⁸⁴ G. Davy, p. 33.

²⁸⁵ L. Le Fur, p. 49

²⁸⁶ Id., p. 50.

²⁸⁷ Davy, p. 36.

sobreveio a “novidade” positivista et voilà... Aqui estamos, como nos versos de Manuel Alegre dos anos 50, “*pátria parada/ à beira de um rio triste*”²⁸⁸..!

²⁸⁸ Manuel Alegre, Praça da Canção, 1965.

FUNDAMENTO POLÍTICO

1. A politicidade do Direito Administrativo: uma refutação do “sistema jurídico” a partir da crítica neo-marxista

“O problema que habitualmente se considera é como é que o capitalismo administra as estruturas que existem, quando o problema relevante é como é que ele as cria e as destrói. O habitual artigo científico do teórico e o habitual relatório da comissão governamental quase nunca tentam perceber esse comportamento. Enquanto não se reconhecer isto a prática do investigador é infrutífera. Assim que isto for reconhecido, a visão que ele tem da prática capitalista e dos resultados sociais muda bastante. A primeira coisa é ir ao conceito tradicional de modus operandi da concorrência.”²⁸⁹

Joseph A. Schumpeter

“Como pode o direito administrativo satisfazer ao mesmo tempo os imperativos do instrumentalismo e da legitimidade?”²⁹⁰

R. M. Unger

Desejo tocar num ponto basilar da minha dissertação: a origem e a intenção política da norma jurídica, e vendo bem, do processo jurídico²⁹¹. Questiona Freitas do Amaral: *“todo o direito é político? Toda a norma jurídica tem sempre na sua génese e no seu conteúdo uma opção política (no sentido de uma opção de defesa de interesses de grupo, contra o interesse geral da colectividade)?”²⁹²* Em suma, toda a norma jurídica é uma norma política? Simplesmente, se, como disse para todo o sempre Aristóteles, o *“homem é por natureza, um ser vivo político”²⁹³* e se aceitarmos que toda a norma

²⁸⁹ Capitalismo, 123.

²⁹⁰ Direito na Sociedade, p. 75.

²⁹¹ M. Teixeira de Sousa, Introdução ao Processo Civil, p.12.

²⁹² Introdução, p. 161.

²⁹³ Política, p. 53.

jurídica é feita pelo homem político, parece-me claro que conseqüentemente, neste sentido, toda a norma jurídica é necessariamente uma norma política. Mesmo as chamadas normas técnicas não deixam de espelhar amiúde opções políticas de fundo...

Simplesmente, como o disse Aristóteles, “*o homem é naturalmente feito para a sociedade política*”²⁹⁴. Não há comunidade política democrática sem justiça social²⁹⁵. Mais do que isso, o direito à justiça é um direito social sem o qual não há cidadania política²⁹⁶. A Administração Pública é um fenómeno eminentemente político, em que as vozes dos cidadãos esperam, em democracia, ser “*ouvidas, reconhecidas como fazendo parte da esfera pública*”²⁹⁷.

A dimensão política, ainda num sentido restritivo, é desde logo marcada pela visão aristotélica que coloca a justiça distributiva como curando da “*relação entre a sociedade e os seus membros, visando as políticas que distribuem benefícios e responsabilidades diversas tais como a propriedade, os impostos, os privilégios, os direitos, etc*”. Esta dimensão política pode ser exemplificada em várias discussões políticas actuais ou perenes, como as referentes à “justa repartição dos sacrifícios”, “à justa tributação”, etc.

Existe também uma dimensão político-institucional de justiça que pode ser exemplificada pela definição da perspectiva ética segundo Paul Ricoeur²⁹⁸: “*Ética é viver bem com e para os outros em instituições justas*”. Por aqui, podia ser levado ingenuamente a concluir que o Ministério da Justiça garante a justiça material. Por isso, prefiro não me ater ao comentário de Ricoeur.

Adiante, Aristóteles justifica aquela ideia melhor, no que creio rebate uma das críticas de fundo a esta tese polémica: “*perante os outros seres vivos, o homem tem as suas peculiaridades: o discurso serve para tornar claro o útil e o prejudicial e, por conseguinte, o justo e o injusto (...) só ele sente o bem e o mal; o justo e o injusto.*”²⁹⁹

Por decorrência lógica, quem refutar a centralidade do justo no Direito Administrativo, tenderá a negar a politicidade do mesmo e vice-versa... O leitor compreenderá melhor

²⁹⁴ Aristóteles, Política, p.8.

²⁹⁵ Eduardo Lourenço, Labirinto, p. 34.

²⁹⁶ Id., p. 37.

²⁹⁷ Slavoj Žižek, Elogio da Intolerância, p. 33-35.

²⁹⁸ O si-mesmo como um outro.

²⁹⁹ Política, p. 55.

agora porque este tópico é basilar na minha linha de pensamento. Assim, como sublinhou Michael Walzer³⁰⁰, o justo é um conceito político e histórico.

Não me parece que possa ser de outra maneira, apesar de outras leituras existirem – na maioria da doutrina portuguesa que trata o tema – que tratam-no como Direito Natural perene e eterno, numa acepção que me parece conservadora, de raiz cristã e católica, porque fundamente assente na doutrina fundamental aristotélico-tomista do “*suum cuique tribuere*”, de cunho medieval. Ora, a século XXI, essa doutrina estará senão ultrapassada conceptualmente, ao menos muito desenvolvida pela filosofia política moderna e contemporânea, apesar de a jurisprudência e da doutrina indicarem o contrário.

Fica um exemplo: o acórdão nº14/84 (“*sobre o assunto da conformidade do regime legal e regional colónia com os comandos constitucionais*”) ao dissertar sobre a justa indemnização, o Tribunal Constitucional afirma que se “*trata de dar o seu a quem ele é devido*”. Esta é, na visão do Conselheiro Guilherme da Fonseca, a “*afirmação essencial do Acórdão*”³⁰¹, cuja conclusividade e falta de desenvolvimento argumentativo parece ser um problema facial... Lá irei adiante!

A politicidade da norma jurídica tem sido globalmente defendida pelos “critical legal scholars”. Como sublinhou Aroso Linhares, debruçando-se sobre esta escola: “*uma compreensão do direito como política – capaz de atribuir à jurisdição um carácter insuperavelmente ideológico, bem como de condenar as práticas e os discursos jurídicos a um uso puramente instrumental (comprometido com objectivos de esquerda)*”³⁰². Aquele autor situa que “*esta proposta se distingue, significativamente, de todas as outras modalidades de funcionalismo material*”³⁰³.

E o que Aroso Linhares chamou, de forma concludente, “objectivos de esquerda” não pode, rigorosamente, ser encarado de um ponto de vista exclusivista, na medida em que juristas de outras escolas, com destaque para o pensamento social-cristão, se têm manifestado preocupados no sentido da “*sociedade justa tem de fazer esforço para*

³⁰⁰ Towards a Global, p. 55.

³⁰¹ Colónia e a jurisprudência, p. 460, nota 11.

³⁰² A identidade na pluralidade, p. 87.

³⁰³ Id. ib.

reduzir as desigualdades sociais e combater a pobreza”³⁰⁴. Ou nas palavras primordiais de Ulpiano: “*Justitia est constans perpetua et voluntat jus suum cuique tribuendi*”³⁰⁵ ...!

Há assim uma grande distância para as palavras de Duncan Kennedy: “*concerned with the relationship of legal scholarship and practice to the struggle to create a more humane, egalitarian and democratic society.*”³⁰⁶? Não creio.

Ou, para usar o pensamento do economista J. Stiglitz, “*há uma nova ameaça ao capitalismo, não do socialismo, mas da direita, dos próprios capitalistas. Hoje em dia, a questão é precisamente salvar o capitalismo dos capitalistas, algo a que chamei “corporate welfarism”, em que o poder do Estado é usado para proteger ricos e poderosos, em vez dos pobres e a sociedade em geral.*”³⁰⁷ Que magnífico diagnóstico!

E tão português... O economista Joseph Schumpeter já assinalara: “*Se a democracia é um desses produtos do capitalismo que se irão extinguir com o seu curso é outra coisa. E outra coisa ainda é se a sociedade reúne condições para a tarefa de fazer funcionar o método democrático que desenvolveu.*”³⁰⁸ Tal entendimento é trazido hoje, pelas palavras impressionantes do filósofo neo-marxista Slavoj Žižek,: “*O neoliberalismo actual, por outro lado, limita-se a imaginar que acredita em si mesmo, exigindo ao mundo que imagine a mesma coisa. Ou seja, actualmente o cinismo está à vista de toda a gente*”³⁰⁹.

II. Agora, convém aclarar que este pensamento político-jurídico (em vez do tradicional jurídico-político) não é, em rigor, uma novidade recentemente importada, visto que também em Portugal temos autores a reler. Em particular, nos pós-25 de Abril (porque obviamente não podiam ser dadas a estampa no Estado Novo). António M. Hespanha escreveu palavras exactas (do ponto de vista histórico, sobre o positivismo oitocentista): “*A justificação técnica – mais tarde tecnocrática- do direito em vigor sobrelevava continuamente a justificação histórica.*”³¹⁰ Que maior actualidade há?

³⁰⁴ Freitas do Amaral, id, p. 120.

³⁰⁵ G. Davy, p. 35.

³⁰⁶ Id., p. 86.

³⁰⁷ Introdução, p. 13.

³⁰⁸ Capitalismo, p. 398.

³⁰⁹ Problemas no Paraíso, p. 240-241.

³¹⁰ A História do Direito, p. 18.

Tendo por base reflexiva – caldo teórico que me influencia³¹¹ - a escola dos Annales e o pensamento de Freud, Foucault e Marx (entre outros), discerne: “*Nestes termos, torna-se ilegítima qualquer abordagem teórica da sociedade que reduza a sua radical complexidade*”.³¹² *Porque di-lo antes, “esta nova concepção liberta de todo o preconceito humanista, deixando patentear a verdadeira complexidade e multiplicidade das evoluções*”³¹³.

Assume-se por tanto uma ruptura na maneira de encarar a história do direito, mas que no fundo reflecte também uma ruptura com o tal “epistemocentrismo escolástico”³¹⁴, o que colhe por inteiro o meu assentimento, como aliás fiz notar entretanto – e que tem tido a ideia de justiça “agrilhada” a um aparentemente auto-explicativo “*suum cuique tribuere*” como “muleta discursiva”, bordão de fala, verbo de encher, no pensamento aristotélico-tomista - de louvar como ponto de partida mas lamentavelmente insuficiente para a justiça material no Direito Público e na Administração Pública que procuro -, tanto na doutrina portuguesa de referência actual, apesar de honrosas excepções como Freitas do Amaral, Paulo Otero ou Maria Fernanda Palma, como na jurisprudência portuguesa, *maxime* do Tribunal Constitucional... Lá irei adiante!

Retomo: também Vital Moreira, na sua prova académica de término de licenciatura, e enquanto pensador marxista, escreveu obra crítica: “*A ordem jurídica do capitalismo*” nos anos 70. Aí se lê, algo que os “critical scholars” também constata: “*a economia capitalista, como qualquer outro tipo de economia, possui a sua ordem jurídica específica, o seu direito próprio(...) a ordem económica tenha de ser, em grande parte e em primeiro lugar, uma ordem jurídica*”³¹⁵. E noutro pressuposto aflorado bastamente: “*a extensão da ordem jurídica da economia, isto é, a medida em que a ordem económica assume forma jurídica, ou melhor, se exprime juridicamente, não é um dado, varia de época para época*”³¹⁶.

E assim, falando da captura do jurídico pelo económico, do jurídico pelo capitalismo - já pensava sobre isto no caso (que me parece abertamente nefasto e ilegal) da

³¹¹ V. supra. O Direito como humanidade.

³¹² Id., p.23

³¹³ Id. p. 21.

³¹⁴ V. supra, sobre a crítica essencial, de P. Bourdieu ao “epistemocentrismo escolástico”.

³¹⁵ P. 67-70.

³¹⁶ P.71.

“universidade aberta aos interesses privados”³¹⁷ – aproximo-me das obras e teses mais recentes de três autores que têm representado os “critical legal studies”, mundo afora: Duncan Kennedy, R. M. Unger e Boaventura de Sousa Santos – de seguida conversarei com eles. Mas antes, terminemos esta digressão pela literatura jurídica com um contributo brasileiro.

Ao ler o jurista brasileiro Nelson Saldanha, em 1992 retoma-se o fi(t)o político clássico de Aristóteles: *“Sempre se pensou a política com alguma relação com o direito e vice-versa: contra os esforços dos que pretendem afastar os dois conceitos, não se pensa o direito com plenitude sem se ter em mira sua relação com a política nem se pensa integralmente a política sem considerar alguns traços jurídicos.”*³¹⁸ Aliás, para este Professor, *“a politicidade tem uma conexão com a velha noção de polis”*³¹⁹.

E diz mais, apoiando-se nos estudos de J. Freund: o Direito *“não é uma essência em sentido ontológico como o são a política, a moral, a economia, a arte”*. Está assim em causa, *“por ser formalista”, a “autopoiesis jurídica e autonomia do direito” que “somente tem sentido com base no pressuposto de que o direito seja apenas um sistema formal composto de normas.”*³²⁰

Peço explicação a Baptista Machado, que elucida - ainda tentando “salvar o sistema”: *“o sistema científico-jurídico deverá ser um sistema intrínseco e um sistema real, que assimile e operacionalize aqueles articulações da realidade ou forma de vida jurídico (...) por outras palavras, tem de tratar-se de um sistema categorial que funcione como mediador e transmissor da própria lógica material do seu objecto, da própria lei de vida e evolução dessa forma de vida”*.

Mesmo esta perspectiva relativamente mais moderada face à minha linha, aponta taxativamente: *“o sistema teórico kelseniano não satisfaz nenhuma destas exigências”*³²¹. O sistema está no mínimo (!), falho e quebrado, ou “incompleto”, porque não me parece que exista “consenso” entre os publicistas sobre “os limites do

³¹⁷ V. supra. Ponto I.

³¹⁸ A politicidade do Direito, p. 321.

³¹⁹ Id., p. 322.

³²⁰ Nota 2, p. 322. V. acima quanto à interdisciplinariedade e ao Direito como Humanidade.

³²¹ O sistema científico, p. 11-12.

sistema normativo”³²²... - Espero não contribuir para esse consenso, aliás. Precisamente porque, ouvindo ainda Baptista Machado:

*“tentar no domínio do jurídico, neutralizar o sentido da Justiça é o mesmo que tentar mudar de horizonte de indagação, é tentar sair para fora de todo o sentido o sentido possível da resposta ou é responder a coisa diferente do que está na pergunta e é, em suma, desconversar ou mudar de assunto.”*³²³

Pois bem, quando não se encontra uma resposta satisfatória, o melhor é mudar o foco da atenção? O pensamento de Angel La Torre serve de exemplo para reflectir a ideia positivista (defendida e desenvolvida nacionalmente, designadamente pelo pensamento de Miguel Galvão Teles) de que, pois bem, o fim do Direito não é a Justiça. Propõe-se uma novo enunciado, dada a dificuldade em responder às perguntas do enunciado clássico: afinal, *“pode aceitar-se a tese tradicional de que a segurança e a justiça são os dois fins primordiais do direito.”*³²⁴

Pasmo com a adjectivação “tradicional” mas pergunto, à moda do analítico nos enunciados linguísticos, como se diz: não podia ao menos ser a Justiça a aparecer primeiro, e depois a Segurança? A. La Torre esclarece-me com a afirmação peremptória – não a creio por isso menos errada - de que *“quem viola a norma jurídica deve sofrer as consequências legais disso, ainda que o faça em nome dos mais elevados ideais.”* E por fim: *“enquanto a norma injusta está em vigor, nada se ganhar em negar que seja jurídica, nem encontramos outro termo adequado para a qualificar.”*³²⁵

Vocalizo o meu desaforo acerca desta opinião do jurista espanhol: o qualificativo da norma é ser injusta; parece-me, tendo isto em conta, avisado dispensar a dupla adjectivação aqui, evitemos complicações maiores...

Depois disto, que direi mais? Aclaro pois que por este depoimento me parece melhor, porque mais fiel ao rigor dos conceitos, a expressão “político-jurídica” (em vez de jurídico-política ou, numa tautologia, jurídico-público) enquanto adjectivo de qualquer substantivo, seja “categoria” ou “normatividade”, neste caso: pois é o “indirizzo” político que prevalece sempre sobre o jurídico (que não tem autonomia) e o precede

³²² Id., p. 13-14, nota 4.

³²³ Id., p. 26. V. ainda A. Braz Teixeira, Sentido e Valor do Direito, p. 223 e segs.

³²⁴ A. La Torre, p. 64-65.

³²⁵ Id., p. 65.

ontologicamente. O Direito existe por causa da polis e não pode ser ao contrário, dado que sem político, sem política, não há jurídico. Já o contrário tem acontecido historicamente: no regime nazi alemão houve quem sustentasse que a lei não o era na verdade – então havia política mas não havia Direito. E se pensarmos noutros regimes totalitários do séc. XX poderá disrecrear-se identicamente...

Outro caso, olhando para a Catalunha. Ou nas palavras de Giorgio Del Vecchio, *“pode ser legítima a revolução para pôr em prática uma mais justa Constituição no interior de cada um dos Estados.”*³²⁶ Que outro exemplo da força da política perante a fragilidade do jurídico necessita, leitor? Recordo que o pressuposto daquele Filósofo, que corroboro, sustentava *“nem todo o poder estadual é porque tal legítimo. Isto significa que sobre as leis que emanam do Estado, e que constituem o chamado direito positivo, há outra lei (a lei da justiça)”*.³²⁷

Com muito interesse, o administrativista francês Jean Rivero, em 1975, apontava a necessidade d’*“a busca de uma noção-chave”* (como o *“serviço público”*) porque *“das características resulta que o Direito Administrativo corria o risco de se reduzir a uma justaposição de regras de pormenor, flexíveis, mas pouco consistentes.”*³²⁸ Este temor não acabou (fala-se da *“crise do Direito Administrativo, pelo menos desde a “fuga para o direito privado”*) e portanto sinto o dever de questionar algumas noções-chave ao longo da dissertação, como a de interesse geral ou público que continua, depois da sua sugestão por M. Waline e retirada pelo próprio³²⁹ a ser por terras portuguesas muito repercutida.

É verdade que Jean Rivero ensina que não é necessário que haja apenas uma noção-chave, podendo haver traves-mestras múltiplas³³⁰; afinal, acaba por sugerir que o Direito Administrativo se define por diferença material das suas normas face ao Direito Privado³³¹.

Tal parece-me, sem dúvida, acertado. Mas fica por saber ainda qual é o fundamento material dessa diferença, não será Prof. Rivero? Pode a justiça ser a tal noção-chave? Pode a justiça material estar para a Administração Pública como a autonomia privada se

³²⁶ Indivíduo, Estado, p. 26.

³²⁷ Id., p. 18.

³²⁸ Direito Administrativo, p. 37.

³²⁹ Id., p. 40.

³³⁰ Id., p. 41.

³³¹ Id., p. 42.

afirma estar para as relações entre particulares? Começa a parecer-me cada vez mais claro que é disso - da justiça material como conceito fundamental e explicativo ou justificativo da autonomia pública, do Estado, da Administração Pública, e do Direito Administrativo – que vos escrevo.

Assim dito, parece-me curial anotar que o contributo da escola crítica do Direito integra, interessa e atravessa centralmente a discussão e o pensamento jurídico mais conceituado (na dupla acepção da palavra) - “sistema jurídico”, “Direito político”, “positivismo jurídico”, “legitimidade do poder”, “Direito Administrativo”, etc. - não se tratando de discussão marginal ou facilmente marginalizável, a não ser por ignorância ou ortodoxia ...! (Ortodoxia que, como se sabe, é o contrário de heterodoxia (ou, da nunca desmentida – expressão que roubo a José Afonso³³² - “liberdade académica”), sobre o que já escrevi breves palavras de circunstância³³³, como ponto de partida, e quem sabe, de chegada para esta dissertação...)

Para concluir, parece acertada a resposta crítica de R. M. Unger à sua pergunta em epígrafe: *“A lei administrativa em si, sem qualquer apoio superior, é subordinada à ideia que o soberano faz da sua própria conveniência ou do bem-estar dos seus súbditos. Atende às sugestões do instrumentalismo.”*³³⁴ Ecoa em mim a resposta à crítica do mesmo autor neo-marxista, que compartilho: *“podemos inferir das implicações da dicotomia Estado-sociedade que o direito público serve como expediente através do qual o Estado manipula as relações sociais. A lei torna-se instrumento dos interesses de poder dos grupos que controlam o estado.”*³³⁵

Direi eu que a justiça material pode (e deve a meu ver) responder a estes termos como ponto de apoio equidistante entre o povo e o poder, eximindo o poder administrativo (seja governamental, parlamentar ou burocrático) de buscar o fundamento da sua acção no seu próprio interesse, numa “auto-poiesis” que instrumentaliza o cidadão e a ideia de justiça, capturando-a, subvertendo-a, banalizando-a, inutilizando-a ..!

³³² “O nunca desmentido PREC” disse o cantor e poeta, num aparte, no seu último concerto em 1983, no Coliseu dos Recreios, já gravemente diminuído na sua arte pela doença.

³³³ V. ponto primeiro sobre A Universidade aberta e o pensamento heterodoxo

³³⁴ Direito na Sociedade Moderna, p. 75.

³³⁵ Id., p. 74.

1.2 A lição popular: o pluralismo jurídico como resposta ao formalismo da legalidade oficial e ao capitalismo exclusivo

“The official legal system under “modern” capitalism tends to be strict on formalism and loose on ethics.”

“Pasargada law achieves its informality, subtlety, and flexibility through selective borrowing from the official legal system.”

Boaventura de Sousa Santos

Existe um ponto especial que me foi trazido eloquentemente pela tese de doutoramento de Boaventura Sousa Santos: a crítica do formalismo legal como diminuição da argumentação jurídico-retórica³³⁶ - tal reflecte-se, como direi, também na falta de argumentação básica nos tribunais: *“In a highly formalized legal system, large portions of the dispute processing will be insulated from such legal argumentation, and thus rhetoric will appear in a recessive form.”*, num primeiro nível. Mais do que isso, a criação de legalidades alternativas como fuga a uma legalidade oficial opressiva, direi.

Esta crítica tem outro desdobramento importante: enfrenta também o procedimentalismo nefasto, como *“ideal type of automatic application of rule”*³³⁷, onde avulta c(l)ara *“ the tendency for procedural issues to replace substantive issues.”* Deste modo, os dois factores concorrem para a falta de argumentação clara no campo jurídico.

Retomando a epígrafe, Boaventura de Sousa Santos fala-nos do jurídico não-oficial de Pasargada e reflecte: *“I would expect a folk system that would be relatively less formal and more ethical”*³³⁸. Que me parece? Para responder a contextos sócio-económicos desfavorecidos, como o estudado pelo sociólogo do direito, o Direito necessita de ser menos formal e mais ético. Nestas áreas, o pluralismo jurídico surge como *“subsistemas legais de protecção”*, alternativas ao capitalismo selvagem. Praticamente, o povo da

³³⁶ The Law of the Opressed, p. 27.

³³⁷ Id, ib.

³³⁸ Id., p. 28.

favela pede regras emprestadas ao sistema oficial para depois adaptá-las à sua realidade social. Diga-me leitor: é este fenómeno tão diferente do que acontece no interior de Portugal, em zonas de alfabetismo real e funcional, onde a ignorância não aproveita a ninguém, mas ao Estado apenas?

Numa palavra, se a lei formal não assegura a justiça material, criam-se expedientes informais, ou noutra hipótese, subsistemas normativos: explica-o Boaventura “*the specific operation of those informal rules-the ways in which they are created, affirmed, refused, changed, adulterated, neglected or forgotten-is a function of social objectives, general cultural postulates, and ideas of justice and legality*”³³⁹. A importância da diferença vê-se e sente-se: em Parsagada o sentido é progressivo³⁴⁰, de conquista de direitos e de bem-estar, enquanto o restante povo brasileiro via a Constituição de 1988 ainda por chegar....

Tal entronca com a crítica política ao princípio da legalidade (oficial), que está muito enfraquecido, também deste prisma: o conteúdo da legalidade não é apolítico nem a-histórico, varia de tempos em tempos, consoante as conjunturas políticas, e olha-se em especial para a União Europeia e para a perda da sua função social.

É assim que chegamos à criação do pluralismo – se a legalidade não respeita todos os cidadãos por igual, mas uma classe dominante, os cidadãos criam a sua própria legalidade. Ou nas palavras de Boaventura: “*By producing an alternative legality, Pasargada law attempts to neutralize or to counteract the fact that in capitalist societies (at least in the peripheral ones) the oppressed classes have no access, as proprietors, to social relations based on property in land because their rights are declared to be illegal by the official legal system.*”³⁴¹

³³⁹ Id. p. 74.

³⁴⁰ Id., p. 101.

³⁴¹ Id., p. 103.

1.3 Uma crítica da razoabilidade como conceito político e da sua refração jurídica (como substituto da justiça)

“Deve ser ponderado no crer e no movimentar-se, não ter medo de si mesmo, e temperado pela prudência e a humanidade, proceder de modo que a demasiada confiança não o faça incauto e a demasiada desconfiança não o torne intolerável.”³⁴²

Nicolau Maquiavel

“The totalitarian quality of moderation comes from the fact that there's nothing else they will let you be. Toleration, embracingness, and attentiveness are all actually integral to totalitarian moderation.”³⁴³

Duncan Kennedy

Na epígrafe, o conhecido autor Maquiavel entorna sobre as virtudes da prudência em termos de atributo pessoal, do bom governante. Não tenho nenhuma dúvida de que tal se afigura muito importante no plano pessoal. Porém, o que me traz a este ponto é a ideia de razoabilidade posta na constelação político-jurídica. Discordo da sua utilização actual. Para Duncan Kennedy, a aceitação fácil da razoabilidade explica-se no quadro da ideologia liberal dominante – *“liberalism as the much more specific set of views and attitudes, assumptions, goals, and values”³⁴⁴*. O liberalismo é, contudo, uma doutrina defendida por uns e verdadeiramente muito aplicada a todos os outros.

Um parêntesis: a proporcionalidade, às vezes posta como antecedente da razoabilidade, tem no pensamento aristotélico claro um esteio: a proporção é a justiça. Devo reconhecer que a proporcionalidade tem funcionado como instrumento de justiça material, aliás. Contudo, não tem chegado e daí o impulso de achar outros níveis de aplicação da justiça material, como este texto pretende acertar.

³⁴² O Príncipe, p. 84.

³⁴³ Liberal Administrative, p. 802.

³⁴⁴ Id., p. 800.

Já tem sido argumentado que a herança liberal está subvertida, quer seja pelo poder diminuído do parlamento face à União Europeia, quer seja pelo primado do governo face à Assembleia da República³⁴⁵. Desejo acrescentar outro tópico à reflexão sobre a actualidade e pertinência da doutrina liberal, porque em rigor o estilo da administração funda-se, de novo, numa administração pública de cariz liberal, novamente. E porquê? Leio Duncan Kennedy: “*My rough image of it is that liberalism is very powerful in law schools; it's powerful in medical schools; it's very powerful in elite law firms. Even if it isn't the dominant tendency in a particular institution, it is still likely to be central to administrative practice as something to react against.*”³⁴⁶ Em suma, o que o norte-americano diz é que o liberalismo é a ideologia dominante no ensino jurídico e na prática jurídica.

E que mal tem isso? Em rigor, estamos falando de um liberalismo ajustado aos interesses da classe alta e que funciona para perpetuar elites³⁴⁷. Logo, estou dizendo que este (falso) liberalismo como paradigma jurídico-administrativo é injusto para as classes médias ou baixas, porque só estas sofrem o darwinismo social e só estas estão sujeitas às políticas concretas – só elas estão sujeitas ao Direito? Apoio-me no pensamento de Noam Chomsky: “*a implementação da agenda empresarial sob as objecções do público em geral é com o consentimento dos governados, uma forma de “consentimento sem consentimento”*”³⁴⁸. Daí que o mesmo autor possa correctamente afirmar que o consenso não é garante da justiça, neste sentido³⁴⁹.

Para além disto, e não bastasse já!, outro engano ledo, vem a propósito. A razoabilidade tem sido já afirmada como conceito-chave no direito público, parâmetro de controlo do poder jurisdicional, regra mínima de juridicidade no direito administrativo global. Mais do que isto, creio que se confunde a razoabilidade com a justiça. Do “modus” paradigmático, tira-se da cartola uma “*moderação totalitária*”.

Lamentavelmente, o apelo à razoabilidade tem o seu quê de apelativo: “*in medio stat virtus*”. Mas é esta característica que vai, justamente, ser o calcanhar de aquiles de uma construção jurídica e política da razoabilidade. Nestes termos, a solução razoável é, aos

³⁴⁵ P. Otero, A subversão da herança liberal; João Miranda, O papel da Assembleia da República na Construção Europeia.

³⁴⁶ Liberal Administrative, p. 801.

³⁴⁷ Id, ib.

³⁴⁸ Senhores do mundo, 107-108.

³⁴⁹ Id, p. 66.

olhos de um liberal, a que está no centro. As soluções extremas seriam sempre irracionais. Só que o centro, como a terra, “*eppur si muove*” – isto é, depende do ponto de referência. (“*The powerful liberal person interprets the situation, whatever it is, as another one in which he or she is in the middle, pushed and pulled by irrational extremist forces.*”³⁵⁰)

E se percebemos intuitivamente, como Maquiavel afirmou para o governante, o que quer dizer a prudência no comportamento moral do indivíduo, a razoabilidade aparece como um conceito vazio no seu sentido político. Os seus defensores dirão que essa a sua maior qualidade por ser adaptável ao caso concreto, porventura; eu respondo que a razão (ou racionalidade) é um “modus” e não tem um conteúdo óbvio e estelar.

Discordando, receio compreender bem que se queira a razoabilidade por ser aparentemente e convenientemente neutral (“*ideologically anti-ideological*”³⁵¹), nas novas tendências para controlar a Administração Pública através de números, desconfiando do gestor público, privatizando, encerrando serviços públicos, e enfim, aplicando a doutrina da public-choice. Então, tudo o que se disse talvez possa ser realisticamente enquadrado no chamado neo-liberalismo jurídico, parente próximo do positivismo jurídico e sociológico que aparece totalmente nu, imaginando estar com as vestes de autoridade e realeza do liberalismo clássico de Stuart Mill ou Montesquieu...

³⁵⁰ Id., 802.

³⁵¹ Id., p. 803.

1.3.1. A propósito: outros duplos da justiça material

Quando o leitor se achar desiludido, em busca talvez de uma análise simplista, estilo prêt-à-porter da justiça material, poderá talvez tirar partido destas notas curtas. Tentarei marcar diferenças e semelhanças, sem desenvolver aqui analiticamente porque o faço em todas as outras páginas, passe o exagero!, o conteúdo próprio da justiça material ou, se preferir, do princípio da justiça como o entendo.

a) Equidade

Sempre se dirá algo a respeito da equidade, frequentemente posta como conceito próximo do de justiça. Talvez se divisem principalmente três semelhanças aproximadoras – já que das diferenças trato nas restantes linhas) :

- 1) Também a equidade é um meio de corrigir a solução legal desadequada³⁵²;
- 2) Também a equidade tem uma especial dimensão de relatividade, na medida em que se destina especialmente ao caso concreto³⁵³;
- 3) Também na equidade estamos perante um conceito formal-substancial, em que a substância e a forma estão fundidas³⁵⁴.

b) Igualdade

No tocante ao princípio da igualdade, é entendimento difundido e comumente aceite que este se destina a assegurar o “*tratamento como igual*”³⁵⁵ na medida em que todos os cidadãos têm “*igual dignidade*”³⁵⁶. Na verdade, também a igualdade é um “*conceito relativo e relacional*”³⁵⁷, como a justiça. Neste sentido, o princípio da igualdade tem tido vasta aplicação na jurisprudência constitucional portuguesa em termos casuísticos,

³⁵² M. Carneiro da Frada, Equidade, p. 112 nota 5: “*a equidade corrige a justiça legal*”.

³⁵³ Id., p. 118.

³⁵⁴ Id., p. 121.

³⁵⁵ Cfr., por ex., Ac. 75/2010 do Tribunal Constitucional.

³⁵⁶ Cfr. Ac. 39/88 do Tribunal Constitucional.

³⁵⁷ Cfr. Ac. 231/94 do Tribunal Constitucional.

através da descoberta de fórmulas como a “*igualdade proporcional*”³⁵⁸, que favorece um entendimento maximalista do conteúdo material da igualdade.

Actua como duplo do princípio da justiça nalguns casos dado o seu maior desenvolvimento doutrinário e jurisprudência – faz passar pela porta, com frequência normal, o que no âmbito da justiça entraria por uma pequenina janela do sistema, em termos absolutamente excepcionais, como argumento de último recurso. De resto, já foi afirmado por Castanheira Neves, autor de tomo nestas matérias, que “*a lei materialmente injusta é a que não cumpre o princípio da igualdade perante a lei ou o direito*”³⁵⁹. Para este Professor, o conteúdo material da injustiça consistiria na infracção da igualdade.

c) Imparcialidade

A descoberta do princípio da imparcialidade foi efectivada pela doutrina italiana, a partir de disposições legais como o impedimento de favorecimento ou a responsabilidade disciplinar. Se a imparcialidade funciona idealmente como “consciência moral” da Administração Pública³⁶⁰, tem sobretudo um papel negativo.

Apesar do entendimento maximalista que tem vindo a ser amplamente difundido até hoje³⁶¹, tendo a entender que estava certa a construção italiana mais antiga de que o princípio da imparcialidade é, antes, um corolário do princípio da igualdade; refere-se, sobretudo, a evitar a consideração de aspectos não relevantes para o caso, que advêm de situações subjectivas como sejam a ascendência familiar de um cidadão.

Por outro lado, “*a Administração Pública não pode estar obrigada a conferir um conteúdo de neutralidade, à semelhança da imparcialidade jurisdicional. Porque a AP, na conformação jurídica que leva a cabo, não é um terceiro supra partes, mas parte na decisão. Afinal, está a prosseguir interesses que a lei lhe conferiu.*”³⁶²

Podemos, ainda, enfatizar que o princípio de justiça tem algumas características materiais únicas, enquanto fundamento do próprio procedimento equitativo:

³⁵⁸ Cfr. Ac. 39/98 e Ac. 353/2012 do Tribunal Constitucional.

³⁵⁹ Castanheira Neves, O instituto dos assentos, p. 187-188.

³⁶⁰ Colaço Antunes, Teoria do Acto, p. 174.

³⁶¹ M. T. Melo Ribeiro, atendendo à concepção de Paladin, p. 287.

³⁶² Raquel Carvalho, O Direito à informação administrativa, p. 58.

- 1) Criar condições para uma decisão justa, no sentido em que se extrai de elementos de facto e de direito correctos uma decisão correcta;
- 2) Legitimar o procedimento em termos políticos e sociais, ao assegurar, a montante, igualdade entre partes e imparcialidade decisória (como no Direito da União Europeia historicamente sucedeu)

1. A DIMENSÃO ADMINISTRATIVA

1.1 O modelo administrativo burocrático e o “public management” como condicionantes da regra de justiça e o “New Public Service” como resposta às preocupações de justiça material

Desde o final dos anos 70 que se vem assistindo a uma mudança conceptual, “*da public administration para a public management, com origem no sector empresarial*”³⁶³. O dito managerialismo baseia-se, como explica João Bilhim, na “*importação de conceitos e técnicas do sector privado para o sector público e os pressupostos que a legitimam*”³⁶⁴, com vista a “*um novo governo reduzido e progressivamente mais privatizado imitando não apenas as práticas da gestão privada mas até os seus valores*”. Esta corrente doutrinária parece esquecer o cidadão concreto, “*a natureza humana da vida social*”, ao levar o “*conceito de ciência social demasiado a sério*”³⁶⁵ e privilegiar “*análises formais dos tipos ideais*” o que redundará em modelos abstractos que têm tido o “*efeito perigoso de enfeitiçar as pessoas*”³⁶⁶.

Assim, a aplicação da regra de justiça viu-se, por este motivo dificultada e mais uma vez retardada no séc. XX, uma vez que “*A gestão privada acha-se menos circunscrita pelos princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé*”³⁶⁷.

Tal corrente teórica veio a ser questionada pelo “*New Public Service*”, que acomoda claramente as preocupações públicas de justiça na Administração. Os seus autores, Robert Denhart e J. Denhart, enfatizam que “*a administração tem uma obrigação moral de assegurar soluções obtidas através de processos respeitantes das normas de justiça e equidade (justice, fairness and equity) (...) tanto em termos processuais como em termos materiais*”³⁶⁸. Para além disso, a Administração deve “*envolver os cidadãos*” e contribuir para “*gerar um sentido comunitário e de entendimento social dos interesses*

³⁶³ J. Bilhim, *Ciência da Administração*, p. 33.

³⁶⁴ Id., p.35.

³⁶⁵ Mark Bevir, *Governance: an introduction*, p. 34.

³⁶⁶ Id., p. 35.

³⁶⁷ Id., ib.

³⁶⁸ Id., p. 554.

existentes e adoptar um conceito mais amplo de comunidade e dos interesses sociais”³⁶⁹.

Esta teoria fez o seu caminho alternativo através da crítica ao positivismo social e à forma burocrática-hierárquica tradicional³⁷⁰: *“as leis criam os parâmetros da acção administrativa, mas a maneira como o funcionário público aplica a lei influencia a sua implementação e pode também influenciar o legislador a modificar a lei”*³⁷¹. Isto significa, em especial, que a normatividade administrativa e a máquina burocrática são influenciáveis pela normatividade social complexa e dispersa. Cidadãos e Administração interagem, portanto: as necessidades e expectativas dos cidadãos influenciam o serviço público e vice-versa³⁷².

O fundamento jurídico-político distingue claramente o serviço público da gestão privada³⁷³. Segundo D.H. Rosenbloom, existem quatro aspectos decisivos que justificam a opção pelos “valores públicos” na Administração Pública, em detrimento dos termos típicos da gestão privada (a “public management”) – a economicidade, eficiência, eficácia. Ei-los: a Constituição, a soberania, o mercado e o interesse público – dado que o *“constitucionalismo e a soberania não têm equivalente no sector privado”*; além disso, *“o impacto nos mercados”* e *“o conceito de interesse público”* vão nessa mesma linha clara de separação³⁷⁴.

Na realidade, como resultado da relativa contemporaneidade das duas correntes acima designadas, verificam-se tensões na Administração Pública actual, resultando prejudicada a regra de justiça, acantonada como alternativa à eficiência, à standardização, à neutralidade administrativa e ao controlo de custos: *“eficiência vs. Justiça?”*; *“standardização vs. Individualização”*, *“neutralidade administrativa vs. Participação pública”*; *“controlo de custos vs. Dignidade individual e autonomia”*³⁷⁵. No entanto, parece claro, (como foi apreendido pelo estudo da decisão judicial³⁷⁶), que a aplicação administrativa da justiça tem duas componentes essenciais antitéticas e não

³⁶⁹ Id., p. 556.

³⁷⁰ R. B. Denhart/ J. V. Denhart, *The New Public Service*, p. 553.

³⁷¹ Id., p. 556.

³⁷² Id., ib.

³⁷³ D.H. Rosenbloom, *Emphasizing the Public in Public Administration*, p. 245.

³⁷⁴ Id., p. 246.

³⁷⁵ D. H. Rosenbloom/R. O’Leary/J. Chanin, *The Future of Public Administration and Law in 2020*, p. 314-315.

³⁷⁶ D. Seabra Lopes, *O Estado por Dentro*, p. 194.

reconduzíveis aos valores empresariais: o “trabalho de natureza burocrática e rotineira” e “o trabalho de natureza ritual, que se debruça sobre a pessoa (...) que individualiza, isola e aprofunda (...) suspendendo a aplicação estrita da lei quando se considera que o processo constitui, pelos incómodos e “sustos” que provoca, uma punição suficiente”.

Em rigor, no direito norte-americano, desde os anos 50 do séc. XX e até aos anos 80, o controlo jurisdicional apertado (“*hard look approach*”) das políticas públicas impede a “empresarialização” da Administração Pública e combate a privatização dos valores da Administração Pública, tanto ao nível da decisão administrativa como ao nível da implementação da decisão administrativa³⁷⁷ - deste modo, o poder judicial participa activamente na administração³⁷⁸.

Consequentemente, o significado da expressão “*arbitrary and capricious*” vem-se alterando: se inicialmente, a Administração podia decidir “*tudo menos loucuras*”, depois vem significando a optimização da decisão administrativa tendo em conta os valores públicos³⁷⁹. Paralelamente, a Administração Pública tem desempenhado um papel no “*amolecimento da lógica rígida da separação de poderes*.”³⁸⁰ Assim é, dado que a *governance* inclui preocupações sociais e éticas, de “*fairness*” e “*justice*”³⁸¹.

³⁷⁷ Id., p. 252.

³⁷⁸ R. B. Denhart/ J. V. Denhart, *The New Public Service*, p. 556.

³⁷⁹ D.H. Rosenbloom, *Emphazising the Public in Public Administration*, p. 255.

³⁸⁰ D.H. Rosenbloom, *Public Administration and Law*, p. 252.

³⁸¹ Mark Bevir, *Governance: an introduction*, p. 3; 106; 117.

1.2 A necessidade e o significado da justiça material na Administração Pública democrática

Em suma: se a burocracia nasceu com a necessidade de assegurar um tratamento imparcial aos cidadãos³⁸², como se referiu já em torno da introdução de racionalidade administrativa no advento do Estado moderno, cabe agora introduzir-lhe um acréscimo de justiça material. Isto porque o “*hiperburocratismo*” tem vindo a ser uma realidade malévola derivada da crise político-democrática que inevitavelmente contaminou o sistema administrativo, que enfrenta dupla dificuldade: falta de recursos e crescentes exigências técnicas³⁸³.

Na verdade, a burocracia foi defendida em nome da “*neutralidade científica*”, como se viu; com o avanço da democracia, esta foi-se “*faccionalizando*”³⁸⁴, sendo obviamente “*politizada*” pelo governante³⁸⁵: falamos de uma Administração Pública “*politicamente condicionada e economicamente condicionante*”, na expressão de Freitas do Amaral³⁸⁶.

É assim, porque como sintetiza J. M. Teixeira da Cruz, “*a legitimidade político-democrática na decisão administrativa baseia-se, essencialmente, num processo de delegações de autoridade e de responsabilidade sucessivas: do povo no parlamento, do parlamento no poder executivo e deste na estrutura administrativa hierarquizada.*”³⁸⁷

Ou, noutras palavras, “*A noção de neutralidade é enganadora, dada a constante imersão, por parte dos dirigentes nas questões públicas, para cuja resolução se exigem opções de carácter axiológico.*”³⁸⁸

³⁸² J.M. Teixeira da Cruz, A Função Pública e o Poder Político, p. 68.

³⁸³ H. Carmo, Os Dirigentes da Administração Pública, p. 205.

³⁸⁴ M. Bevir, Governance, p. 104.

³⁸⁵ J.M. Teixeira da Cruz, A Função Pública e o Poder Político, p.323.

³⁸⁶ Id., p. 257.

³⁸⁷ Id., p. 30. Deste modo, segundo Teixeira da Cruz, “*A dependência da Administração relativamente ao poder político compreende-se pela falta de autonomia ideológica. A dependência também se explica por as instituições administrativas não encontrarem as suas finalidades nelas mesmas e deverem guiar-se pelo interesse geral definido pelo Poder Político. É este que toma as decisões gerais, competindo à Administração a sua aplicação.*”

³⁸⁸ H. Carmo, Os dirigentes da Administração Pública, p. 224.

Além disso, na realidade nacional, a metáfora do Estado “*como um corpo, um monstro frio ou uma máquina, não tem qualquer correspondência etnográfica*”³⁸⁹. A realidade portuguesa demonstra que “*o Estado é marcado por fortes dinâmicas de pessoalização que acompanham os procedimentos de análise e tomada de decisão*”, contrariando o discurso institucional de impessoalidade e formalização processual³⁹⁰.

Esta caracterização enquadra-se, de resto, no alargamento das funções públicas típico do Estado social moderno e democrático, com o fito do “*bem comum e da justiça social*”, conforme disse R. Zippelius³⁹¹. Deste modo, o Estado assume-se “*progressivamente em administrador da justiça distributiva*”³⁹². Consequentemente, na “*noção de funcionário encontra-se de comum o carácter permanente do serviço e a contribuição para o bem da colectividade*”³⁹³. Tal contrasta com a burocracia ideal, que estaria isolada de noções políticas³⁹⁴, pois, conforme tem sido estudado pela Sociologia, a hierarquia assenta no “*conceito ocidental de racionalidade*” e na “*aparência de especialização imparcial*”³⁹⁵. A hierarquia tende por isso a não conseguir responder às aspirações cidadãs, pois os funcionários estão concentrados na obediência às regras internas da cadeia de comando³⁹⁶.

Mas, entretanto, com a crise do conceito de Estado, a partir dos anos 80 do séc. XX, a burocracia hierarquizada perdeu força³⁹⁷ e deu lugar uma compreensão alternativa segundo a qual o “*Estado pode ser entendido como um conjunto de actuações ramificadas, onde o poder se estrutura, exerce e fiscaliza a partir das acções e interacções quotidianas dos agentes que o representam*”³⁹⁸. Hoje pode defender-se que a responsabilização administrativa é um contra peso da parcialidade dos partidos políticos³⁹⁹ e da permeabilidade da democracia pós-moderna aos grupos de interesses, que influenciam, aconselham e financiam os representantes do povo para que prossigam

³⁸⁹ Id., p. 297.

³⁹⁰ Id., p. 284.

³⁹¹ Id., p. 106. É claro que a preocupação com a justiça social tem várias consequências efectivas, desde a segurança social às leis do trabalho.

³⁹² Id., p. 107.

³⁹³ Id., p. 296. A que se alia o facto de o sistema português da função pública ser (ainda) “*essencialmente fechado e de carreira.*”

³⁹⁴ Mark Bevir, *Governance: an introduction*, p. 14.

³⁹⁵ Id., p. 20.

³⁹⁶ Id., p. 21.

³⁹⁷ Id., p. 15.

³⁹⁸ Daniel Seabra Lopes, *O Estado por Dentro*, p. 283.

³⁹⁹ Mark Bevir, *ob. cit.*, p. 20.

interesses particulares de elite, em especial dos poderosos grupos empresariais que têm enormes recursos económicos, em vez do interesse geral de toda a comunidade⁴⁰⁰.

2. Hoje o poder público parece estar, em termos teóricos, mais do que no passado histórico, limitado pela ideia de justiça: “*prevalece a ideia de que o poder para ser obedecido tem que ser justo, corresponder aos ideais de justiça da sociedade*”⁴⁰¹. Deste modo, fica clara a “*natureza instrumental do sistema administrativo*” face aos valores sociais actuais⁴⁰²; para isso o papel da Administração Pública tem um duplo sentido como foi notado por H. Carmo⁴⁰³: “*se a Administração tem um papel de transmitir ordens e decisões de cima para baixa, tem um outro inverso, de comunicar aos órgãos axiológicos as exigências da sociedade civil*”. Na realidade, num Estado democrático, o poder funda a sua ideia de justiça na subordinação aos valores sociais dominantes⁴⁰⁴.

Então, cabe perceber, *in loco*, o que cada comunidade entende como justiça, isto é, como afirmou Thomas Hobbes: “*é necessário seguir a pista e descobrir, por muitas experiências, o que os homens querem mesmo dizer com as denominações de justo e injusto*”⁴⁰⁵. Isto traduz-se numa descida ao real histórico e concreto, conforme assentou Pereira Monteiro⁴⁰⁶: *importa por conseguinte saber o que é o justo e o injusto. Não parece que se trate de uma dificuldade insuperável, visto que a convivência só é possível desde que exista um quadro de valores comuns, identificáveis nos comportamentos através dos quais ocorre a sua interiorização-exteriorização*”.

De outro modo, a obediência habitual da população à lei “*é mais o produto do hábito ou da inércia do que um resultado da justiça*”⁴⁰⁷. Conforme esclarece Mark Bevir, “*O consentimento popular pode ser tão importante como as regras abstractas na sustentação da estrutura piramidal*”⁴⁰⁸. Consequentemente, a desobediência civil aparece amiúde como solução popular rebelde de (re)afirmar a justiça em face da conflitualidade social latente nas sociedades pós-modernas, designadamente em face da

⁴⁰⁰ Id., p. 103.

⁴⁰¹ J. A. Pereira Monteiro, Poder e Obediência, p. 96.

⁴⁰² H. Carmo, Os dirigentes da Administração Pública, p. 201.

⁴⁰³ Id., p. 204.

⁴⁰⁴ J.A. Pereira Monteiro, Poder e Obediência, p. 96.

⁴⁰⁵ Id., p. 598.

⁴⁰⁶ Id., p. 63.

⁴⁰⁷ Id., p. 267.

⁴⁰⁸ Mark Bevir, Governance: an introduction, p. 20.

fraca efectividade dos direitos fundamentais ou da sua neutralização prática, violando a letra da Constituição⁴⁰⁹.

Em suma, todo o governante, e ainda mais o governante democrático, deve reconhecer a justiça como objectivo e limite da sua actuação política⁴¹⁰, a que a Administração não pode deixar de estar vinculada; o significado da justiça busca-se nas compreensões sociais, concretas e reais, do soberano, o povo.

⁴⁰⁹ Id., p. 510-511.

⁴¹⁰ Id., p. 266: “Acabando os governantes por perceber que a glória de mandar sem limites vale bastante menos que o reconhecimento pela capacidade de corresponder ao interesse de todos num quadro de justiça e liberdade – em convivência democrática.”

2. A DIMENSÃO JURÍDICA

2.1 O porquê da autonomia da justiça material: uma crítica do procedimentalismo administrativo

*"Justice is a matter of outcomes: a political decision causes injustice, however fair its procedures that produced it, when it denies people some resource, liberty, or opportunity that the best theories of justice entitle them to have."*⁴¹¹

Ronald M. Dworkin.

O preenchimento pouco mais do que aparente desse “conceito indeterminado” por via do art. 266ºnº2 CRP, como princípio da legalidade administrativa, tem delapidado a sua autonomia conceitual, e a meu ver, contrariado o sentido da sua ideia e da sua nomeação legal e social.

Tal pôde, na melhor das hipóteses, sustentar a sobrevivência autónoma do princípio da justiça como “argumento jurídico de última *ratio*”, mercê da sua carga simbólica irradiante. Em suma, tem-se verificado algo como uma “*conservação sob a forma de negação*”⁴¹².

Por outro lado, o enfoque posto e toda a atenção dada pela lei portuguesa e pela doutrina nacional ao “procedimento justo” (“processo justo”; “devido processo legal”, entre outros sentidos idênticos) no Direito Administrativo é louvável como instrumento ao serviço de um resultado justo, mas não resolve todos os problemas: não tem sido suficiente para garantir um resultado justo⁴¹³.

⁴¹¹ Law’s Empire, p. 191.

⁴¹² L. Feuerbach, Princípios da Filosofia do Futuro, p. 13.

⁴¹³ A. Castanheira Neves, O Instituto dos Assentos, p.247.

Além disso, a legalidade administrativa erigida em torno do paradigma procedimental⁴¹⁴ (“*due process of law*”) vê-se impotente para travar o enfraquecimento da legalidade (no contexto da “crise financeira” ou da “globalização”) ou a própria crise genética do Direito Administrativo e da ineficácia do Estado na prossecução do interesse público da comunidade (e a ultrapassagem por realidades de dimensão internacional é também um reflexo disso⁴¹⁵).

Por fim, o padrão de proporcionalidade no campo do “mínimo denominador de juridicidade”⁴¹⁶ tem-se revelado insuficiente para justificar (tornar justo⁴¹⁷) verdadeira, sistemática e publicamente as decisões administrativas na sua natureza específica, que é jurídico-política⁴¹⁸. Se as decisões privadas (em princípio) dizem respeito apenas à autonomia do indivíduo e devem ser voluntárias para serem válidas, já as decisões públicas dizem respeito ao bem comum dos cidadãos e, como tal, devem ser justas para serem válidas⁴¹⁹.

II. O processo devido serve para institucionalizar conflitos que carecem de justiça: vista a proibição da justiça privada, assentam numa visão de justiça pública, a que se tem chamado “justiça” ou, em especial, “justiça administrativa”. Nesta, distinguem-se a justiça procedimental e a justiça material como duas faces da mesma moeda.

O cidadão não reconhecerá nem esperará um resultado justo depois de um processo injusto; e vice-versa, a justiça do procedimento não leva sempre à decisão justa⁴²⁰. É engano pensar que a exigência social de justiça se basta com um conjunto de “formalidades” que não se reflectam claramente numa decisão justa, clara, entendível; é

⁴¹⁴ David Duarte, A norma de legalidade vol. III, p. 869.

⁴¹⁵ V. P. Otero, Instituições vol. I, p. 468; L. F. Colaço Antunes, A Ciência Jurídica, p. 49; G. Pasquino, Curso, p. 360; Maria d’Oliveira Martins, Lições de Finanças, p. 17; M. Moura e Silva, O memorando, p. 19; Acórdão n.º 40/2010 do Tribunal de Contas, de 03/11/2010, Processo n.º 1303/201; Acórdão do TJUE, Comissão/Alemanha de 9/06/2009, proc. C-480/06.

⁴¹⁶ Cfr. A. Castanheira Neves, O papel do jurista, p.63; P. Moniz Lopes, Derrotabilidade vol. II, p. 951.

⁴¹⁷ Justificar significa tornar justo... Cfr. A. Castanheira Neves, O Instituto dos Assentos, p. 186, referendo-se à “*justiciabilidade*”.

⁴¹⁸ Sobre o critério proporcional como “último recurso” da juridicidade, v., entre outros, L. F. Colaço Antunes, Erro manifesto, p. 169, 174; id., Justiça no séc. XXI, p. 62; P. Moniz Lopes, Sobre a criação de normas, p. 27, nota 79, expondo a teoria de R. Alexy sobre o facto de os “sub-princípios” da proporcionalidade serem verdadeiras “regras jurídicas” cuja aplicação obedece à fórmula “all or nothing”.

⁴¹⁹ Para H. Kelsen, muito diferentemente, o problema é apenas de validade da norma, uma vez que as decisões válidas são justas. Para este jurista, rigorosamente “*as normas não podem ser alvo de juízos de valor, portanto não há normas injustas ou justas*” (*Direito Natural e Justiça*, p. 3) porque desde logo “*a norma (é que) constitui o valor justa*” (id., p.2).

⁴²⁰ L. Cabral de Moncada, Estado, p. 41.

ilusão pensar que o papel público do Estado se fundamenta e esgota numa qualquer boa vontade inorgânica e abstracta, quer dizer, desrespeitadora do devido processo legal.

Ora, o devido processo legal corresponde à “justiça processual pura”, ao passo que a justiça do resultado corresponde à “justiça processual perfeita”. Naturalmente, a forma perfeita prefere à forma pura, e assim a justiça procedimental seria apenas aplicada subsidiariamente⁴²¹. Tem acontecido precisamente o oposto: aplica-se o meio subsidiário em termos amplíssimos; aplica-se a forma perfeita em termos muito pontuais. É possível que tal se deva ao fundamento contratualista existente na corrente apoiante da “justiça processual pura”⁴²², ou seja, nos defensores da procedimentalização do agir administrativo.

Pergunta-se: não traduzirá este ponto de vista “puro” o progressivo afastamento da intervenção humana na actividade administrativa, visto no contexto mais geral do regresso do Estado mínimo⁴²³, expresso pelas “novas tendências de administrar”⁴²⁴ e da desconfiança na “decisão pública”⁴²⁵? Não redundará no aumento do poder burocrático, e na redução de legitimidade democrática⁴²⁶, dado que afasta o “*humano como dignidade partilhada independente da vontade do poder*”⁴²⁷?

A primeira (a cujo estudo me dedico aqui) é material ou substancial pois está ordenada à “solução justa”, no que concerne ao próprio conteúdo material da decisão final; a segunda é tendencialmente formal e instrumental e tendente a assegurar um “procedimento justo”, pois basta-se com a ideia de “*legitimação pelo procedimento*” (de N. Luhmann) - em que o procedimento é um “*processo que demonstra a existência do Estado e de direito*”⁴²⁸.

A meu ver, há nesta espécie de visão uma boa dose de comedimento da ambição jurídico-material em termos de ética humana e certa benevolência pela autoridade

⁴²¹ J. Rawls, *A Theory*, p. 86.

⁴²² Id., p. 208-209; Sandel, *Liberalismo*, p. 154-155.

⁴²³ No pensamento de R. Nozick (*Anarchy*, p. 43), paradigmático do pensamento liberal: existem seis etapas para um estado moralmente legítimo. Se cada passo do processo foi moral, isto significa que não violou direitos fundamentais, independentemente do resultado final.

⁴²⁴ J. M. Lewis/ P. Triantafillou, *De la mesure de la performance*, p. 642; R. Passet, *A Ilusão*, p. 16; M. J. Estorninho, *Fuga*, p. 58-66; 175-188.

⁴²⁵ J. M. Buchanan, *Same players*, p.177.

⁴²⁶ L. Cabral de Moncada, *O Estado*, p. 23-24.

⁴²⁷ J.L. Vuillerme, *O Ocidente*, p. 305.

⁴²⁸ Niklas Luhmann, *Legitimação pelo Procedimento*, p. 17. V. ainda, Nazaré C. Cabral, *Orçamentação*, p. 639.

burocrática- continua Luhmann, “*Satisfaz-se com hipóteses vagas e sem provas empíricas sobre a idoneidade dos meios (se se partir da hipótese, por exemplo, que a publicidade do procedimento promove o encontro da verdade)*”⁴²⁹.

Corroboram a visão que me parece acertada, os norte-americanos D. Farber e A. Frickey: “*due process of law making could only attack the most obvious errors of decisional structure or procedure, and might be limited to cases where vested benefits or other particularly important individual interests were at stake*”.

Portanto, pela via procedimentalista aumenta o poder da burocracia⁴³⁰: “*o desenvolvimento de processos legais abstractos introduzem uma forma de monopólio que é em vários aspectos tão autónoma e arbitrária como a que a precedeu.*” (Pertence a Max Weber a distinção entre “racionalidade formal” e “racionalidade real”. A racionalização, teorizada por Weber, é reflectida em racionalidade formal, na qual existe organização a partir de princípios racionais (ex. burocracia); em racionalidade material, aplicação do cálculo racional na prossecução de objectivos precisos (ex. capitalismo).)

Numa palavra: conforme teorizou Max Weber, a “autoridade legal” actua com base em “regras impessoais” – então, a injustiça é o limite da impessoalidade do Direito.

III. Por outras palavras, a amplificação a que vimos assistindo desta “visão procedimental” não impede a criação de situações de injustiça material, antes cria uma espessa “cortina de nevoeiro” e de um certo deslumbramento no seio da “burocracia” da Administração Pública, que se convence intimamente de decidir correctamente (i.e. justamente em termos substanciais) porque aplica a lei, maxime porque segue o procedimento legal, desta forma legitimando os fins (de interesse público) nos meios (procedimentais)⁴³¹, numa inversão metodológica radical: os seus meios de actuação justificam os resultados, crescentemente agressivos e desequilibrados política, social e economicamente⁴³² - como é, aliás, típico do “eficientismo”⁴³³ e das concepções liberais

⁴²⁹ Ob.cit.,139:

⁴³⁰ Max Weber, Metodologia, p. 259.

⁴³¹ Colaço Antunes, Justiça, p. 17: “*a procedimentalização como nova configuração do interesse público*”.

⁴³² V. Maria João Estorninho, Direito dos Contratos, p. 127: “*uma Administração Pública tipicamente liberal, de natureza abstencionista e agressiva*”; v. também P. Otero, Instituições I, p. 466, observando um “*conflito entre o princípio do mercado e o princípio do Estado Social*”.

⁴³³ Colaço Antunes, Justiça, p. 22; L. Cabral de Moncada, O Estado, p. 23.

de decisão pública, como, a obsessão pelos “critérios neutros”⁴³⁴, desatendendo à realidade complexa.

O resultado não é a justiça material, mas como afirmou Vincent Valentin “ *la fétichisation de la règle: (...)à présenter la règle de droit comme neutre et objective, dans un processus d’effacement des phénomènes de pouvoir*”.⁴³⁵ E Niklas Luhmann acerta de novo na crítica à visão liberal que deforma o jurídico⁴³⁶ e busca o seu esteio na ideia de procedimento: “*permanecem na obscuridade as condições sociais de comportamento e a consolidação do procedimento em sistemas abrangentes, e pré-estruturados da sociedade*”.⁴³⁷

Assim, fica-me a noção da insuficiência do procedimento como meio para um resultado justo: são os fins que justificam os meios e não o contrário – a decisão administrativa justa não é nem deve ser um mero resumo do procedimento⁴³⁸.

Isto porque se a vertente procedimental tem raiz na “pura” legalidade burocrático-administrativa (tendencialmente vinculada⁴³⁹), já a vertente substancial obedece a uma lógica de “princípios jurídicos” (não isenta de dúvidas,) que, pese embora aferíveis pelo controlo dos tribunais, fornecem uma dose cada vez mais reduzida de discricionariedade administrativa (a discricionariedade administrativa mudou pela primazia dos direitos fundamentais).

IV. Foco no art. 266ºnº2, colocado na IX da parte III da CRP, que visara regular o “*elemento orgânico*”, i.e., o “*Estado como organização ou aparelho de poder*”⁴⁴⁰ - referente à Administração Pública e mais genericamente na “Organização do Poder Político”. O facto de o título IX da CRP, relativo à Administração Pública, ter sido votado por unanimidade⁴⁴¹ e sem declarações de voto, demonstra a vontade inequívoca de justiça material no início da vida democrática portuguesa.

Explica-o com autoridade Jorge Miranda:

⁴³⁴ Para uma defesa, por ex., J. M. Buchanan, *Same players*, p. 177-178; 1: V. *ainda* S. Voigt, *Explaining*, p.39; A. Sousa Franco, *Problemas Financeiros*, p. 35-38; E. Paz Ferreira, *Da dívida*, p. 121-122;

⁴³⁵ *Les Conceptions*, p. 24

⁴³⁶ V..infra.

⁴³⁷ *Id.*, p. 18.

⁴³⁸ Colaço Antunes, *Justiça*, p. 62.

⁴³⁹ Freitas do Amaral, *Curso*, II, p. 85.

⁴⁴⁰ Jorge Miranda, *A sistematização*, p.9

⁴⁴¹ V. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 112, de 12 de Fevereiro de 1976, p.3688; Jorge Miranda, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, vol.II, 1978, p. 922.

*“Através da sistematização estabelecem-se a relação entre a ideia de Direito adoptada pelo legislador constituinte e o seu desenvolvimento, bem como o âmbito e a extensão das matérias consideradas constitucionais. Através da sistematização, define-se a Constituição em sentido material incorporada na Constituição em sentido formal. Só na aparência se está, pois, perante uma mera questão de arrumação técnica de preceitos; ela é uma questão da mais alta relevância, ligada à filosofia ou ideologia política (ou às filosofias ou ideologias) que se pretende colher”.*⁴⁴²

Por um lado, este preceito vem marcar uma transição constitucional: o princípio da justiça aparece agora como um princípio da legalidade administrativa, ao contrário da visão anterior que a colocava no campo do mérito. Parece que a interpretação prevalecente do sentido constitucional⁴⁴³, em termos normais, pese embora temperado pelo escopo transversal da ideia de justiça, é considerar que estamos perante um padrão legal⁴⁴⁴ ou, se quisermos, perante um princípio da legalidade administrativa. Com efeito, o “*status quo*” corresponde normalmente ao princípio da justiça como padrão da legalidade administrativa, em termos normais.

Disso me dá conta Maria Teresa Melo Ribeiro (ao dissertar sobre o princípio constitucional da imparcialidade), a “*consagração constitucional do princípio da justiça como princípio jurídico fundamental da administração e como dever jurídico positivo teve uma consequência da maior importância que cumpre assinalar: ao transferir a consideração da justiça ou injustiça da actividade administrativa em geral, e dos actos administrativos em particular do mérito para a legalidade, veio permitir a apreciação e fiscalização contenciosa por parte dos tribunais administrativos da justiça das decisões administrativas.*”⁴⁴⁵

Contudo, para Jorge Miranda, paradigmaticamente, estamos em caso de interpretação judicial de conceitos indeterminados: “*Quando a lei utilize conceitos relativamente indeterminados, possibilidade – e mesmo necessidade – de os tribunais apreciarem o modo como a Administração especifica esses conceitos, pois não havendo discricionariedade, tal especificação mantém-se ainda no âmbito da interpretação e da*

⁴⁴² Jorge Miranda, A sistematização...cit., p. 12.

⁴⁴³ Cfr. Paulo Otero, Direito do Procedimento, p. 215-216.

⁴⁴⁴ Cfr. Freitas do Amaral, O princípio., p. 698.

⁴⁴⁵ Maria Teresa de Melo Ribeiro., p. 227.

aplicação da lei.”⁴⁴⁶ Desta forma, com tal visão restritiva e legalista do princípio da justiça, talvez não se colocassem os graves problemas de controlo jurisdicional, como aliás testemunham os escassos pronunciamentos dos tribunais sobre a matéria.

Ainda assim, hoje o escopo da norma é tido - mais por contaminação dos princípios afins elencados no art. 266º do que por desenvolvimento material - como mais vasto do que no início da sua vigência: o princípio da justiça é hoje um dos “*princípios fundamentais*” que regem a *actividade administrativa* - a par dos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da imparcialidade e da boa-fé, pode concluir-se a partir da leitura da redacção actual do art. 266ºnº2⁴⁴⁷. Em dois sentidos - orgânico e material: tem sido entendido que ali se encontram algumas das “*medidas materiais da juridicidade administrativa*”⁴⁴⁸.

Parece ser unânime e não me oferece dúvida que os princípios do 266º obrigam tanto as entidades públicas como as entidades privadas que exerçam a função administrativa⁴⁴⁹. Ademais, parece correcta a vontade política “*consagração de novos princípios gerais da actividade administrativa ainda que técnica ou de gestão privada*”⁴⁵⁰. Ainda que falte demonstrar essa vontade política, designadamente no âmbito da contratação pública⁴⁵¹, estando à luz da evidência empírica a lógica privada que tem subordinado o interesse público na negociação e adjudicação desses contratos públicos-contratos sociais tão paradigmáticos⁴⁵²...

Muito inspiradora para estas linhas é a visão de Diogo Freitas do Amaral, consubstanciando uma posição forte do princípio da justiça no Direito Administrativo, onde a violação do princípio da justiça geraria “*per se*” a *invalidade da conduta*

⁴⁴⁶ Jorge Miranda, Manual V, p. 222.

⁴⁴⁷ A redacção original (de 1976) mencionava somente os princípios da imparcialidade e da justiça.

⁴⁴⁸ Na expressão de Gomes Canotilho/Vital Moreira, ob.cit., p. 797. Para Gomes Canotilho/Vital Moreira, a expressa menção deste conjunto de medidas de juridicidade material “*não significa a desvalorização de pressupostos formais desta mesma juridicidade - princípio da competência, princípio do procedimento devido, princípio da observância da forma legalmente exigida. Do mesmo modo, os princípios materiais explicitados não excluem outros como o princípio da determinabilidade material, da previsibilidade, da informação, da ponderabilidade, da probidade.*” A configuração do princípio do procedimento devido como pressuposto formal da juridicidade deve ser retido para o nosso excursus, devido à ligação entre o princípio da justiça e a ideia de Direito, entre o princípio da justiça e o devido processo legal (“*due process of law*”).

⁴⁴⁹ Neste sentido, por ex., Gomes Canotilho/Vital Moreira, ob.cit., p. 795.

⁴⁵⁰ Art. 2ºnº3 CPA.18

⁴⁵¹ V. infra.

⁴⁵² P. Trigo Pereira, Dívida Pública, p. 18.

*administrativa*⁴⁵³. Outra não é a minha opinião... À luz do que apresento nesta dissertação, será de justiça, por mérito argumentativo, deixar impresso o meu desafio e gosto num debate público para trocar impressões com quem defenda posição minimalista, contrária à que idealizo. Adiante!, parafraseando de atalho Sérgio Godinho em “Notícias Locais”, pois não quero ainda protagonizar “*a zaragata do ébrio*”, se “*ainda a procissão vai no adro*”...!

Sabemos hoje que a própria exigência de devido processo legal é feita a partir da ideia de justiça. O art. 8º CPA trata do princípio da justiça em relação com a ideia de Direito no âmbito da regulação do procedimento administrativo. Mas que sentido útil extrair desta norma? Parece que o devido processo legal já está sedimentado, por outras normas, na ordem jurídica portuguesa...(O que de novidade resulta da disposição do CPA - a ligação ao princípio da razoabilidade, vazio jurídico que critico - resulta, em rigor, dos últimos desenvolvimentos do princípio da proporcionalidade⁴⁵⁴).

Consequentemente, não creio que possa falar-se de um princípio procedimental de justiça autónomo do princípio material de justiça, na medida em que as exigências do “*due process of law*” estariam já dispersas noutras disposições legais do CPA (v. por ex. arts. 12º, 56º, 58º, 60º nº 1) e porventura também por essa razão, só remotamente podem ser identificadas no art. 8º CPA (v. supra).

Como é sabido, a aplicação (e controlo) dos princípios que guiam a função administrativa conhece um ponto de partida diferente (a garantia “dos administrados”) e uma especificidade técnica própria⁴⁵⁵, que tem sido construída num travejamento jurídico-político transversal, e que protege o ser humano contra o poder do Estado (lato sensu) sempre que está em causa uma restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Em suma, sem prejuízo do que já disse quanto à dimensão procedimental e material serem duas faces da mesma moeda, pode ser colocada a questão: “- existirá uma autonomia fundamental da vertente material face à vertente procedimental do princípio da justiça (ou antes uma especialização em face da finalidade do próprio procedimento administrativo legal)?”

⁴⁵³ Cfr. Freitas do Amaral, O princípio da justiça no artigo 266.º da Constituição (in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, p. 685 e segs.). 2001, Coimbra Editora. Cfr. também Paulo Otero, Direito do Procedimento...cit., p. 216.

⁴⁵⁴ Cfr., por ex., Fausto de Quadros, Comentários à revisão do CPA. Almedina 2016, p. 36, admitindo expressamente a razoabilidade como vertente da proporcionalidade.

⁴⁵⁵ V. art. 18º CRP; alguma doutrina especializada

Creio que a “diversidade de culturas jurídicas europeias”⁴⁵⁶ ajuda a explicá-lo, no que respeita ao confronto de influências no direito administrativo português: a influência administrativa francesa clássica da legalidade especial sedimentou certas garantias de legalidade que instauraram o “devido processo legal”, bem como a influência do Direito europeu nesta matéria, de raiz anglófona; e a influência alemã mais recente manifesta-se no controlo do resultado por meios afins da proporcionalidade⁴⁵⁷.

Portanto, o princípio da justiça foi sendo construído e implementado através de figuras afins, sub-repticiamente, sem um pensamento estrutural sobre o mesmo, ou uma “visão de conjunto”.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ A. M. Hespanha, *Cultura*, p. 9

⁴⁵⁷ V. Colaço Antunes, *Teoria do Acto*, p. 215: “O p. da proporcionalidade é o limite expresso do controlo de juridicidade.”

⁴⁵⁸ V. Colaço Antunes, *Teoria do Acto*, p. 215: “*O p. da proporcionalidade, como os outros do 266ºnº2, dirige-se a assegurar que a actividade administrativa discricionária é teleologicamente orientada por uma ideia de justiça substancial*”.

2.2 Duas concepções jurídicas de justiça material: princípio residual ou direito fundamental?

Ora, de que maneira a Justiça enquanto fim, origem e limite do Direito encontra respaldo no Direito Administrativo?

Em termos teóricos, de duas maneiras:

- como princípio residual (a que chamaremos “visão minimalista”):

No seguimento do contributo de H. Kelsen, é visto como natural que toda a solução jurídica esteja necessariamente ordenada à concretização da justiça e, como tal, não deixam de existir reflexos de justiça material nos ordenamentos jurídicos, apesar do escasso desenvolvimento substancial de um princípio da justiça no direito administrativo, podendo ser-lhe justamente atribuído um mero papel residual⁴⁵⁹ - como decorrência ou corolário “retórico” da solução do caso concreto.

É forçoso notar que a Administração veio paulatinamente cuidando da adequação jurídico-política da sua actuação, de maneira que se vêm forjando novos princípios que acrescem historicamente às “*medidas materiais da juridicidade administrativa*”⁴⁶⁰. Portanto, este movimento de profusão e sedimentação (desde o consenso originário e constitutivo-constitucional) pauta-se, sobretudo, pela influência conjuntural e ideológica de um “novo estilo de administrar”⁴⁶¹, cuja implantação assenta dogmaticamente no recuo do Estado⁴⁶² e na desconfiança face à “decisão pública”⁴⁶³ - numa inflexão política em relação às tendências históricas que consensualizaram na necessidade jurídico-política do princípio da justiça na Constituição (art. 266ºnº2), levando na prática à menor consideração pelo princípio da justiça⁴⁶⁴. Esta posição vem, aliás, sendo

⁴⁵⁹ M. Rebelo de Sousa/ A. Salgado de Matos, *Direito Adm.*, p. 112.

⁴⁶⁰ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *CRP* anotada, p. 795-797.

⁴⁶¹ J. M. Lewis/ P. Triantafillou, *De la mesure de la performance*, p. 642; R. Passet, *A Ilusão*, p. 16; M. J. Estorninho, *Fuga*, p. 58-66; 175-188.

⁴⁶² M. Eduarda Gonçalves / J. Pato/A. Carlos dos Santos, *Debater*, p. 24-25; A. Carlos dos Santos, *Vida*, p. 48-52.

⁴⁶³ J. M. Buchanan, *Same players*, p.177, conceptualiza sobre a “rule of law”, para efeitos de restringir a “discrecionabilidade” (sentido impróprio) dos agentes políticos.

⁴⁶⁴ J. Cardoso Rosas, *ob. Cit.*, anota que os “princípios da justiça” não fazem vencimento no actual capitalismo “laissez-faire, dado que “*a eficiência e o crescimento económico serão, quando muito, constrangidos por um mínimo social muito baixo, definido em função das necessidades básicas.*”, e que o “*funcionamento do mercado sobre o pano de fundo de um conjunto de liberdades básicas não é*

assumida pelos tribunais como o “estado da arte” em matéria de justiça material, como se verá detalhadamente.

II. Nos estudos dedicados à justiça material, ressaltam genericamente pessimismos ou negativismos de dois tipos, porventura finamente entrelaçados:

- a) a impossibilidade da justiça como pessimismo sobre a natureza humana;
- b) a impossibilidade da justiça como nada jurídico;

Nessa intersecção analítica, a justiça seria “*uma sublime ingenuidade*” e a injustiça “*uma questão de prudência*”⁴⁶⁵. Estas duas visões são essencialmente tradicionalistas e pessimistas porque, tal como as conclusões que encimam este volume do sofista Trasímaco (na “República” de Platão), “*baseiam-se em vários pressupostos, principalmente na ideia de que o que pode ser visto como injusto é, na verdade, consequência de uma lei natural*”⁴⁶⁶.

- como princípio fundamental (designaremos “visão maximalista”)

Nesta outra visão, a impossibilidade de derrotabilidade ou de contradição pelos restantes princípios da actuação administrativa (*maxime* constitucionais) pode ser já considerada uma marca específica do princípio da justiça⁴⁶⁷, designadamente porque alguns dos outros princípios correspondem a fundamentos materiais ou instrumentos da justiça, parcialmente instrumentalizados pela letra constitucional⁴⁶⁸.

complementado pela garantia do justo valor das liberdades políticas, nem pela igualdade equitativa de oportunidades e ainda menos pela redistribuição de acordo com o princípio da diferença ou outro princípio distributivo”.

⁴⁶⁵ Platão, *The Republic*, I, p. 597.

⁴⁶⁶ A. Manguel, *História da Curiosidade*, p. 205.

⁴⁶⁷ Cfr. L. Parejo Alfonso, *La eficacia administrativa*, p. 1952 e segs.

⁴⁶⁸ Jorge Miranda/ Rui Medeiros, ob.cit.: “*Sem dúvida que a igualdade e a proporcionalidade constituem elementares princípios de justiça e a boa fé traduz a essência da relação constitucional de confiança em que a justiça assenta. Mas isso não significa que esgotem o seu sentido. São princípios ético-jurídicos mas não esgotam a ideia de justiça. Exemplo do que se afirma pode ver-se nos princípios da razoabilidade, da equidade, da proibição do arbítrio da justiça, mas não têm autonomização expressa no texto constitucional.*”

Assim, mercê do potencial de “super-normatividade”, a norma de justiça que conheceremos operacionaliza a igualdade, a proporcionalidade, a imparcialidade e a boa-fé, etc., podendo ser singularmente designada por “*princípio de princípios*”⁴⁶⁹. Deste ponto de vista, a violação do princípio da justiça constitui fundamento autónomo e suficiente para a nulidade da conduta administrativa. Existe, assim, um direito fundamental à justiça que é directamente aplicável e que funciona como defesa do cidadão face à Administração⁴⁷⁰. Nesta bifurcação, escolho o caminho esquerdo.

⁴⁶⁹ Paulo Otero, *Direito do Procedimento*, p. 217.

⁴⁷⁰ V. infra.

2.2.1 O “*suum cuique tribuere*” como conceito de justiça

Com a dificuldade sublinhada de destrinçar materialmente o conteúdo da justiça⁴⁷¹, as tentativas feitas (no campo do Direito Administrativo⁴⁷²) para encontrar um conceito jurídico (técnico-operativo) de justiça convergem, em geral, em torno de duas linhas argumentativas fundamentais:

- a) Importam muita da discussão filosófica clássica sobre o conceito de justiça, debatendo a historicidade ou perenidade do conceito de justiça, conhecendo a ideia de duas vertentes da justiça⁴⁷³ - uma abstracta/geral e outra concreta/especial;
- b) Questionam a aplicabilidade real de um conceito jurídico de justiça⁴⁷⁴, e remetem-nos para a discussão em torno dos conceitos jurídicos indeterminados⁴⁷⁵;

De uma leitura atenta dos estudos empreendidos, emerge o aforismo latino “*suum cuique tribuere*” como esteio material significativo⁴⁷⁶. Significando “*dar a cada um o seu*” ou “*atribuir a cada um o que lhe é devido*”. A virtualidade desta fórmula tem sido lida em vertentes concomitantes⁴⁷⁷, que aqui interessam muito ter em mente:

- a) uma vertente reintegratória (“dar-te o que é devido”), enquanto fórmula ressarcitória adequada ao cálculo indemnizatório (fixação do “*quantum*”);

⁴⁷¹ A que já me referi, na introdução. Assim, Orlando de Carvalho, *Ius...* ob. cit., p. 1-3; v. ainda, no plano epistemológico, João Carlos Espada, Karl R. Popper: A sociedade, p. 28.

⁴⁷²: A. P. Barbas Homem, *Reflexões*, p. 587-650; Paulo Otero, *Lições...*cit, p.151-186; Marcelo Rebelo de Sousa/Sofia Galvão, *Introdução*, p. 276-281; J. Oliveira Ascensão, *O Direito*, p.188-190.

⁴⁷³ Castanheira Neves, *Direito e Justiça*, p. 166; L. Cabral de Moncada, *O Estado*, p. 42.

⁴⁷⁴ Castanheira Neves, *Direito e Justiça*, p. 270.

⁴⁷⁵ Cfr. Castanheira Neves, *Direito e Justiça*, p. 272; Paulo Otero, *Direito do Procedimento...*cit., p. 217. A necessidade dos conceitos indeterminados em ordem à “*permeabilização*” dos “*fundamentos ético-sociais*” da ordem jurídica encontra-se identificada por Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 113.

⁴⁷⁶ M. Carneiro da Frada, *Equidade*, p. 112.

⁴⁷⁷ Orlando de Carvalho, *Ius*, p. 3.

b) uma vertente personalista (“dar-te o que é teu”). Aqui, a justiça é um “anti-modelo utilitarista”⁴⁷⁸, uma janela de humanismo, ao postular o Homem como fim da actividade jurídico-administrativa (e de toda a actividade humana), devendo ser fundada na “dignidade da pessoa humana”. Isto tem significado (i) o reconhecimento de um direito de recusa na colaboração de um acto injusto ii) a primazia dos direitos fundamentais face aos poderes da Administração⁴⁷⁹.

c) a vertente relativa da Justiça, a “*justiça distributiva*” aristotélica, vocacionada para a “solução justa” do “caso concreto”⁴⁸⁰ - lidar com casos individuais sempre foi, como se sabe, especialmente delicada para a burocracia, já o dissera Max Weber⁴⁸¹.

Em suma, o “*suum cuique tribuere*” enquanto fórmula intemporal da justiça apresentaria três vantagens para o Direito Administrativo, se levada seriamente à letra: a vertente relativa⁴⁸²; a vertente personalista; a dimensão reintegratória. Nestes termos, vários contributos salientam-no, como Paulo Otero para quem o princípio da justiça expressa um “*personalismo administrativo*” ou Miguel Assis Raimundo, para quem, o princípio da justiça parece ter como campo de aplicação “*o de uma espécie de reserva ou último recurso da juridicidade*” vista a “*relevância da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos*”, (apesar de ser possível) “*identificar um ou dois casos em que ela ocorre com propriedade*”⁴⁸³.

⁴⁷⁸ No entanto, na visão de Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles, p. 139-140, a justiça funda-se na utilidade derivada da conduta não arbitrária que fornece a segurança, principal necessidade social (na esteira de T. Hobbes).

⁴⁷⁹ É o caso de Diogo Freitas do Amaral, (O princípio, p.699), que, ao escrever sobre o princípio constitucional da justiça, opta por definir a justiça como “*o conjunto de valores que impõem ao Estado e a todos os cidadãos a obrigação de dar a cada um o que lhe é devido, em função da dignidade da pessoa humana*”; neste sentido também Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição, p. 802) : “*o princípio da justiça aponta para a necessidade de a Administração pautar a sua actividade por certos critérios materiais ou de valor, constitucionalmente plasmados, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º), o princípio da efectividade dos direitos fundamentais (art.2º), sem esquecer o princípio da igualdade e da proporcionalidade*”. Cfr., ainda, identicamente, M^a Fernanda Palma, p. 27.

⁴⁸⁰ Pode ler-se Gomes Canotilho/Vital Moreira, ib.: “*A observância destes princípios materiais de justiça permitirá à Administração a obtenção de uma “solução justa” relativamente aos problemas concretos que lhe cabe decidir*”.

⁴⁸¹ Max Weber, ob.cit.. p. 262

⁴⁸² Freitas do Amaral (et all.), CPA anotado, p. 252-253, defendeu, por ex., que deveria haver uma “ponderação relativa” dos interesses em causa no caso concreto, a propósito das interpretações diferenciadas dadas à letra do art. 140ºnº1b) do CPA anterior (que consagrava o princípio da irrevogabilidade dos actos constitutivos de direitos e interesses legalmente protegidos).

⁴⁸³ Paulo Otero, Manual, p.321; Miguel Raimundo, Os princípios, p. 176, p.178.

Bravamente, Paulo Otero fundamentou a existência jurídica de um “direito fundamental a não praticar um acto injusto”⁴⁸⁴, próximo da objecção de consciência.

Serão estes contributos exclusivos desta fórmula? Valerá a pena sustentar o “*suum cuique tribuere*” como fórmula-padrão de aplicação do princípio da justiça? Julgo que não, em ambos os casos. e pelos tribunais⁴⁸⁵, porventura mercê do acréscimo de relatividade (subjectiva ou temporal) oferecido às soluções que se procuram no Direito Administrativo⁴⁸⁶; de resto, as críticas à indeterminação desta fórmula têm feito largo vencimento - apesar de não ter sido encontrada outra fórmula concreta...

É, evidentemente, uma verdade que os problemas de justiça no Direito Administrativo não são novos⁴⁸⁷. Em particular, a CRP viria marcar uma nova etapa na concretização positiva da ideia de “uma Administração justa” (266ºnº2), linha contínua que atravessa os anos 90 (CPA 91’) e as novas actualizações do “bloco de legalidade”⁴⁸⁸ (novo CPA, por ex.).

Contudo, os problemas de justiça não ficaram resolvidos com a progressiva sedimentação do devido processo legal e de outros instrumentos fundamentais da legalidade administrativa. A procura da justiça no resultado da decisão administrativa tem estado demasiado (en)quadrada pela “visão procedimentalista”⁴⁸⁹ do Direito Administrativo.

Concordo positivamente com as linhas-comentário à “razão pública” de Rawls, por João Cardoso Rosas: “*A própria concepção de justiça “parte de ideias implícitas na cultura democrática; não parte de qualquer intuição individual e dificilmente partilhável” (...)* “*o modo como a sociedade sente e pensa as questões de justiça*”

Assevero que cada vez que tal acontece, o sentido político de justiça ganha descrédito⁴⁹⁰; tenho comigo a afirmação da indentidade popular, por exemplo expressa por Pedro Lomba: “*As democracias constitucionais não são todas iguais, mesmo que*

⁴⁸⁴ Paulo Otero, O Direito Fundamental, p. 134.

⁴⁸⁵ V. infra.

⁴⁸⁶ M. Aroso de Almeida, Teoria Geral, p. 677; C. Amado Gomes, Risco e Modificação, p. 679; F. Urbano Calvão, Os actos precários, p. 25; F. Paes Marques, As relações jurídicas multipolares, 5.2.

⁴⁸⁷ Garrido Falla, Tratado, I, p. 188;

⁴⁸⁸ Prosper Weil, Direito, p.117.

⁴⁸⁹ Por ex., Colaço Antunes (Teoria do Acto, p. 214 nota 1; 273) descortinando concretizações de justiça material decorrentes da lógica do devido processo legal nos arts. 7º, 88º e 89º do CPTA actual.

⁴⁹⁰ M. Glória Garcia, Direito, p. 252.

sejam substancialmente iguais as constituições em que elas assentam. As condições para a legitimação democrática variam de contexto para contexto”.

Enfim: o que significa “*dar-te o que é teu*”, “*dar a cada um o que lhe é devido*” nas circunstâncias históricas presentes⁴⁹¹? Penso que é esta a pergunta fundamental que me ocupa.

Penso que as valias emergentes para o mundo jurídico do velho aforismo “*suum cuique tribuere*” (visão intuicionista da justiça), poderão ser melhor obtidas por uma concretização política e jurídico-pública, de feição democrática⁴⁹², que actualize a discussão tendo em conta as circunstâncias sociais e políticas⁴⁹³ actuais. Terá entre as suas virtudes o seu maior inimigo – a invocação da “justiça” como bordão de fala - mercê da inexistência de alternativas circunstanciadas, substantivas e reais?

⁴⁹¹ Michael J. Sandel, O liberalismo, p. 255.

⁴⁹² J. Cardoso Rosas, p. 96-101.

⁴⁹³ A. Sousa Pinheiro/P. Lomba, Comentário, p. 23:

2.2.2 O “Princípio da Justiça”: análise semântica e jurídica

Julgo que devo apartar suficientemente a questão vocabular da imagética e poética da justiça, para não tomar um símbolo por um conceito. Mas não sem antes “*admitir que não somos inteligência pura e que em nós existe algo que não é místico, é poético e acolhe certas imagens que fazem esquecer a contradição e o absurdo.*” Assim, as imagens “*não nos enganam se não lhes oferecermos um papel que na realidade não devem desempenhar*”⁴⁹⁴.

Frequentemente, tem sido usado o argumento da vagueza intrínseca do conceito de justiça sendo comum associar-lhe a classificação jurídica de conceito indeterminado (v. supra, abordagem tradicional). Justificam-se, por isso, alguns apontamentos linguísticos, a este respeito, no essencial, para concluir que não estamos perante um vocábulo com perplexidades únicas e, menos ainda, perante um caso único de dispersão semântica:

Por um lado, é rigoroso dizer que o substantivo “justiça” tem vários sinónimos de uso corrente, tais como “verdade ou fidelidade”⁴⁹⁵; contudo, a ambiguidade semântica do vocábulo “justiça” não é um caso único – é conhecida a dificuldade em definir o significado de “pessoa” ou de “homem”⁴⁹⁶.

Por outro, o justo (adjectivo) é “*um atributo de diferentes objectos*”⁴⁹⁷, amiúde acoplado a substantivos que designam entidades físicas ou metafísicas: “o voto justo”; “a justa distribuição de rendimentos”, etc.

Dito isto, sublinha-se que o sentido corrente de “justiça” (proveniente do latim *justitia*) é o de “*conformidade com o direito*”; é justo “*o que observa o direito*”; “*tratar com justiça*” é justificar.⁴⁹⁸

II. Parece claro que o princípio da justiça não tem a conformação normal de um princípio jurídico⁴⁹⁹. Partilho essa impressão facial de Miguel Assis Raimundo, mas

⁴⁹⁴ J. Cazeneuve, A Felicidade, p. 71-72.

⁴⁹⁵ F. Nietzsche, Assim falava Zaratustra, p.35

⁴⁹⁶ Max Scheler, A situação do Homem, p. 16; N. Chomsky, Occupy, p. 38.

⁴⁹⁷ H. Kelsen, Direito Natural e Justiça, p.1.

⁴⁹⁸ José Pedro Machado, Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa, p. 360.

discordo do esvaziamento conceptual face a princípios afins, como motivo. Gomes Canotilho e Vital Moreira cunharam “*princípios materiais de justiça*”⁵⁰⁰

Estamos perante o conceito com o maior potencial normativo e sugestivo (simbólico e imagético) de todo o universo de conceitos jurídicos: uma autêntica “super-normatividade”. Paulo Otero chama-lhe “princípio de princípios”⁵⁰¹. Parece plausível que o padrão jurídico de justiça possa ser percepcionado em três categorias tradicionais: a) como valor⁵⁰²; b) como princípio jurídico e c) como regra jurídica.

Como perceber que a justiça possa ser, às vezes, mais do que um princípio jurídico e, noutras ocasiões, menos do que um princípio jurídico? Por isto, parece melhor designar por “norma de justiça”, o conjunto de valências, pré-normativas, normativas e meta-normativas conexas. É assim por várias razões, exógenas e endógenas:

Menos do que um princípio: pensar numa norma de justiça dirigida sem mediação ao caso concreto, cuja solução dispense, rigorosamente, a intermediação de outras normas⁵⁰³ (v. por ex., quanto à aplicação jurídica, ou contra-*legem*) de conformação e conteúdo variáveis⁵⁰⁴, do que num “princípio da justiça”;

Mais do que um princípio: a derrotabilidade como característica potencial de “*todas as normas jurídicas*”, “*porque todas as normas são susceptíveis de, quando colocadas num determinado contexto normativo, cederem perante normas conflituantes*”⁵⁰⁵. Não me parece que assim possa ser realmente neste caso: se todos os outros princípios são, de algum modo, tributários da Justiça (na medida em que direito sem justiça é – escreveu-o Orlando de Carvalho e como não concordar? - “*monstruosidade moral*”⁵⁰⁶), então não encaro nenhuma condição ou contexto jurídico que possa “derrotar” a norma de justiça, nem mesmo em estado de necessidade.

⁴⁹⁹ ob.cit., p. 178.

⁵⁰⁰ .cit., p. 802

⁵⁰¹ Paulo Otero, *Direito do Procedimento*, p. 217.

⁵⁰² Orlando de Carvalho, ob. cit., p. 11.

⁵⁰³ M^a. Fernanda Palma, *Constitucionalidade*, p. 24.

⁵⁰⁴ A. Sen, *A ideia de justiça*, p. 43.

⁵⁰⁵ P. Moniz Lopes, *Derrotabilidade Normativa II*, p. 946. Contudo, poderá esta afirmação ser vista “*cum grano salis*”: se virmos, do mesmo A., *Sobre a Criação* (Relatório de Mestrado), p. 27, nota 79, parecerá claro que também os sub-princípios da proporcionalidade se aplicam “all-or-nothing”, na esteira de R. Alexy, *A theory*, p. 66.

⁵⁰⁶ ob. cit., p.4.

Mais, tanto quanto me é possível ver, será numa situação de escassez de recursos que é mais importante aplicar critérios de justiça. O estado de necessidade⁵⁰⁷ é ainda um decreto jurídico, por assim dizer, pelo que a quebra da normalidade faz-se no respeito pela proporcionalidade⁵⁰⁸. então notaremos a proximidade conceptual, que Aristóteles⁵⁰⁹ identificou: *“Justo neste sentido é então a proporção.”*

Então, a norma de justiça vale onde valha o Direito⁵¹⁰, mas não só: vale onde haja um conjunto de indivíduos⁵¹¹. A norma de justiça não é um mero dado contingente, de maneira que não é condicional ou hipotética⁵¹². Vale-me a frase de Castanheira Neves: *“ideia dinâmica de justiça que se deverá realizar histórico-concretamente”*.

Exemplifico: três pessoas numa ilha deserta vão decidir em função das suas concepções morais de justiça. Então, surpreendentemente!, a justiça pode criar o Direito.

Noutra situação, em que um hospital público tem apenas dois ventiladores e três homens necessitam de estar ligados à máquina a decisão já será conforme ao Direito: é com certeza informada por questões de justiça e a decisão é tomada pelo médico que pesará os estados clínicos e a legislação aplicável.

Ou, num contexto de emergência económica e financeira, em que a Administração se veja confrontada com a opção política de diminuir o número de bolsas de estudo para o Ensino Superior público, poderá a Administração abdicar de atribuir as bolsas de forma justa? No tipo de funcionamento burocrático, a justiça não é a lei administrativa⁵¹³, bem posso dizê-lo...

Existiria a probabilidade a “desertificação” dos princípios contrários⁵¹⁴, pois a justiça tem um especial potencial de inclusão de outros princípios ou instrumentos da metodologia⁵¹⁵. Nada que arrepie a minha visão jurídica que coloca a Justiça como ponto axial, graças ao seu fundamento afinal singular, do ponto de vista histórico e político.

⁵⁰⁷ Sérvulo Correia, Revisitando o Estado de Necessidade, em especial, p. 719 nota 1; p. 746.

⁵⁰⁸ Freitas do Amaral, Curso., p. 740.

⁵⁰⁹ Aristóteles, Ética a Nicómaco, 1131b1 (15).

⁵¹⁰ Suzana Tavares da Silva, O princípio da razoabilidade, p. 212.

⁵¹¹ V. infra na dimensão social.

⁵¹² O Papel do Jurista, p. 63.

⁵¹³ V. dimensão administrativa.

⁵¹⁴ Michael J. Sandel, Os limites, p. 258.

⁵¹⁵ Miguel Galvão Teles, Ex post, p. 428.

Parece ainda existir uma “dupla vinculação” do princípio da justiça (a partir do art. 3ºnº1 CPA), que resulta do próprio fundamento da norma de justiça no Direito Administrativo: a ligação a um princípio de juridicidade, hoje, em certa medida, prevalecente sobre o princípio da legalidade “originário”⁵¹⁶.

Assim, quando se pode ler que “os órgãos devem actuar em obediência à lei e ao direito”⁵¹⁷, posso pensar que daí resulta um papel reforçado deste princípio, na medida em que este é padrão legal e jurídico. Do mesmo modo, na medida em que uma solução administrativa manifestamente “desrazoável ou incompatível com a ideia de Direito” é ilegal (8º CPA) – *a contrario*, um mínimo de justiça deverá ser observado em todas as actuações administrativas, parece-me expressar a lei.

⁵¹⁶ Cfr. J. C. Vieira de Andrade, A Justiça Administrativa (Lições), Almedina, 2015, 14ªed. p. 13, no sentido de ser um “*pressuposto*” do modelo actual de justiça administrativa “*a transformação do princípio da legalidade originário num princípio de juridicidade da administração*”.

⁵¹⁷ Fausto de Quadros, Comentários, p. 36, admitindo haver uma separação normativa clara entre legalidade e justiça com a consequência de que as decisões da Administração sejam “*em separado mas simultaneamente legais e justas*”, remetendo a título de exemplo para os art. 58º e 60 nº1 CPA.

2.2.3. Uma proposta muito alternativa: a justiça como objecto político em John Rawls

“ De toute évidence, il faut renoncer à trouver dans la “Theory of Justice” de Rawls des développements originaux immédiatement transposables au droit. Si la ouvrage est juridique, c’est par son fondement même. ”⁵¹⁸

François Ost

“ Se todas as formas de governo são, de algum modo, nefastas, se nenhuma sociedade se pode gabar de ser eticamente sadia e moralmente justa, se a política é condenada enquanto actividade infame, se todas as aventuras colectivas ameaçam desfazer-se em canalhices e traições individuais, que esperança podemos acalentar de viver juntos, em maior ou menor paz, tirando partindo da colaboração mútua e cuidando uns dos outros? ”⁵¹⁹

Alberto Manguel

É frequente incorporar a discussão filosófica na discussão jurídica da justiça, como explica François Ost maravilhosamente, em epígrafe. O séc. XX trouxe, entre outros, como Dworkin ou A. Sen um contributo assinalável para a compreensão jurídico-política do problema: a “teoria da justiça” de John Rawls. Aqui entraremos num problema do pensamento sobre o modelo de Estado. Assinalo uma clivagem filosófica fundamental: que papel assume o Estado face à injustiça? Esta clivagem aporta uma repercussão análoga evidente no modo como olhamos para a decisão administrativa: é sobretudo procedimento ou resultado?

- a) No pensamento liberal-conservador, defensor do “Estado-mínimo”, a intervenção pública limita-se a reagir face às violações da justiça, às injustiças,

⁵¹⁸ F. Ost, *Théorie de la justice*, p. 245.

⁵¹⁹ *Uma História da Curiosidade*, p. 204

porque nesta visão o corpo político é “fundamentalmente justo nas suas estruturas internas”⁵²⁰ – o Estado tem uma postura reactiva.

R. Nozick refuta a “teoria da justiça” de Rawls e apresenta uma alternativa, a teoria da justiça de “justo título” (“fair entitlement theory”), segundo a qual o “modo” de aquisição justo da propriedade (*maxime* de rendimentos económicos) é suficiente, independentemente do resultado injusto que possa daí resultar. Por exemplo, se um ser humano adquire uma herança, tem um “justo título” para os seus proventos económico. Isto leva a que o pensamento liberal considere o conceito de justiça como um conceito metafísico, refutando o conceito substancial de Rawls).

Diferentemente, no pensamento social-cristão de Jacques Maritain, o Estado tem o dever básico de zelar pela “justiça social”⁵²¹. A titularidade e o exercício dos direitos dos cidadãos são condicionados pelas diferenças económicas entre estes. Aliás, não é nova a percepção de que o suprimento das carências económicas da população através da redistribuição económica impede o Rei de violar a lei, como retratou Thomas More⁵²²

A sociedade humana é, vista a desigualdade económica, uma sociedade “quase justa” - está geralmente aquém da “igualdade de oportunidades” e, por isso, o Estado tem (ou deve ter) um papel interventor, i.e., uma postura proactiva na correcção das desigualdades.

Assim, como disse Michael Walzer conceito de justiça é, então, uma “*construção humana*”⁵²³ ou, diria, um conceito político-histórico. Em rigor, rejeito a ideia de uma “justiça absoluta” filha do “direito divino eterno”⁵²⁴ ou “*a priori*”, em que o Homem é tido “*como sujeito de fins que lhe são fornecidos antecipadamente*”⁵²⁵.

⁵²⁰ J. Locke, Two Treatises, p. 269: a “natural justice” é uma resposta à violação de direitos - há direito de castigar quem violou os teus direitos.

⁵²¹ J. Maritain, Les Droits, p. 503.

⁵²² Utopia, p. 277, 281.

⁵²³ M. Walzer, Esferas, p. 18-19.

⁵²⁴ J. Maritain, Les Droits, p. 661.

⁵²⁵ M. J. Sandel, Liberalismo, p. 161.

Falo da passagem necessária da justiça divina à justiça humana⁵²⁶ - John Rawls disse-o de forma clara⁵²⁷: “o que justifica uma concepção de justiça não é o facto de ser verdadeira relativamente a um ordenamento que a antecede e que nos tenha sido dado, mas a sua congruência com os nossos entendimentos mais profundos de quem somos e das nossas aspirações” – ou, com Paul Ricoeur, falamos de “compreensões partilhadas no seio de comunidades concretas”⁵²⁸.

A concepção de Rawls, que seguirei de perto, foi por isto apropriadamente apelidada de “*historicista e anti-universalista*”⁵²⁹. A “teoria da justiça” rawlsiana assume, como comenta Richard Rorty, que a justiça só é concretizável em “condições prévias de natureza empírica”⁵³⁰ – as chamadas “circunstâncias da justiça”, que são circunstâncias sociais (pluralidade de sujeitos⁵³¹) e económicas de escassez moderada e benevolência limitada entre os indivíduos.

Alguém pode dizer que há um problema formal de validade da justiça material, não longe do que questionava Émile Durkheim - será, então, o conceito de justiça, apriorístico-racional⁵³²?

Se a justiça é um padrão actual e histórico, então o seu fundamento seria arbitrário, porque contingente? Trago a justiça como primeira necessidade social de qualquer sociedade humana (cfr. Rawls, *Theory*, p. 27-28; Sandel p. 40), então parece que o fundamento é político (no seu sentido mais amplo, derivado significativamente de *polis*)⁵³³.

Ainda reforço: as “circunstâncias da justiça” de Rawls não estão longe das condições sociais presentes na sociedade contemporânea real⁵³⁴ - na governação democrática permanecem e alastram enormes desigualdades económicas e injustiças sérias.

⁵²⁶ T. More, *Utopia*, p. 254.

⁵²⁷ J. Rawls, *Kantian Constructivism*, p. 519.

⁵²⁸ P. Ricoeur, *O justo*, p. 95.

⁵²⁹ R. Rorty, *The Priority*, p. 264.

⁵³⁰ *Id.*, p. 161.

⁵³¹ J. Rawls, *Theory*, p.81.

⁵³² E. Durkheim, *id.*, p.27.

⁵³³ Rawls, *Theory*, p. 27-28; Sandel, *ob.cit.*, p. 40

⁵³⁴ J. Cardoso Rosas, *ob.cit.*, explica como o sistema capitalista é compatível com grandes desigualdades económicas, o que coloca em causa o princípio da diferença e a igualdade equitativa de oportunidades (p.99-100).

O perigo do Estado desprovido de Direito (o “*status iustitia vacuus*” de Kant⁵³⁵) está muito presente, visto que a herança neo-kantiana desfavorece a adequação dos princípios do Direito Administrativo ao real: Kant rejeita a possibilidade de uma fundamentação racional da obrigação moral a partir de um princípio material⁵³⁶;

A justiça enquanto construção humana impõe-se ao poder político concreto pelas necessidades sociais, visto que “*os direitos garantidos pela justiça não estão dependentes de negociação ou do cálculo de interesses sociais*”⁵³⁷. Isto significa, em termos expressos, que o princípio da justiça clara e publicamente consensualizado (visto que esta concepção de justiça “*parte de ideias implícitas na cultura democrática; não parte de qualquer intuição individual e dificilmente partilhável*”⁵³⁸) e deve por isso impor-se à “vontade da maioria”⁵³⁹, em todo o caso por respeito à “constituição civil” como instrumento ao serviço da justiça⁵⁴⁰.

Em rigor, deve especificar-se que a justiça se identifica com a lógica de “contra-poder” (assim como o direito natural⁵⁴¹) atribuindo importância às “representações psico-sociais”⁵⁴² de justiça: esse desejo de liberdade é um grito de revolta contra a injustiça reinante na própria civilização⁵⁴³; do homem contra a vontade da multidão; de defesa do cidadão contra a Administração injusta, do Homem contra o Estado (por via da “violência estatal”⁵⁴⁴, forma-se, por natureza, uma relação tensa e desequilibrada) – como “último reduto” de Humanidade, do ponto de vista do humanismo.

⁵³⁵ I. Kant, A Metafísica, p.176-177.

⁵³⁶ E. Durkheim, *Division du Travail*, p. 23. Exemplo de uma doutrina oposta encontra-se em M. Wolff na “doutrina dos fins do Estado” (“*Staatsweckslehre*”).

⁵³⁷ J. Rawls, *Theory*, p. 27.

⁵³⁸ J. Cardoso Rosas, p. 101.

⁵³⁹ J. Rawls, *Theory*, p. 344.

⁵⁴⁰ I. Kant, *Metafísica*, p. 86: “*constituição civil é unicamente o estado jurídico através do qual se assegura a cada um o que é seu, mas que não a fixa nem determina*”.

⁵⁴¹ J. L. Vuillerme, *O Ocidente*, p. 24; P. Ferreira da Cunha, *Direito Natural*, p. 45-51.

⁵⁴² J.L. Vuillerme, *O Ocidente*, p. 16

⁵⁴³ S. Freud, *A Civilização*, p. 47-48.

⁵⁴⁴ Eduardo Lourenço, *O Labirinto*, p. 145.

2.2.3 O debate actual: os contributos diferenciados de A. Sen e R. Dworkin

*“Que nos ocupemos de argumentos contrários não implica que tenhamos a esperança de sermos capazes de obter uma conciliação entre razões conflitantes.”*⁵⁴⁵

*“Pode muito bem acontecer que pensadores de filiações diferentes venham defender que há uma só solução justa e óbvia e que a mesma é facilmente detectável, no entanto cada um deles deveria argumentar em favor de uma solução diferente como sendo obviamente correcta.”*⁵⁴⁶

Amartya Sen

O Nobel da Economia Amartya Sen parte do legado político rawlsiano e desenvolve-o: há uma *“aguda percepção de injustiça evidente”*, pelo que existem *“injustiças manifestamente remediáveis e que temos vontade de eliminar”*, percebendo que o mundo está aquém de um *“estado de completa justiça”*⁵⁴⁷, evidenciando-se o *“progresso material”* como campo primordial de análise: *“continua a fazer sentido, como no século XVII, partir dos traços medonhos que marcam a vida de tantas pessoas, não obstante o progresso material”*⁵⁴⁸.

Aceita que há *“injustiças insuperáveis”*, numa visão liberal e eventualmente pragmática, e concentra-se nas *“injustiças superáveis”*⁵⁴⁹. Dirirjo aqui: toda a injustiça merece resposta, toda a injustiça deve ser superada. Se ao chegar ao último dia tiver de reconhecer que nem toda a injustiça foi superada, admito-o como resultado aquém das expectativas mas nunca como ponto de partida. Pode dizer-se que a minha visão é utópica e que a de Sen é pragmática.

Mas, como dizia, Sen pretende alargar o espectro da teoria de justiça - considerando que Rawls tem um foco demasiado institucionalista, é objectivo do economista construir

⁵⁴⁵ A Ideia de Justiça, p. 514.

⁵⁴⁶ Id., p. 54.

⁵⁴⁷ A Ideia de Justiça, p. 9.

⁵⁴⁸ Id., p. 538.

⁵⁴⁹ Id., p.10.

“*uma teoria da justiça em sentido muito lato*”⁵⁵⁰. A abordagem neste sentido é mais realista e menos política, dito assim de forma algo imprecisa: enquanto o filósofo Rawls era um institucionalista preocupado com “instituições justas” (Ricoeur), Amartya Sen, o economista, olha para o lado comportamental e individual. Assinalo pois uma crítica a Rawls: a objectificação do comportamento humano através do institucionalismo...

Assim, cada um traz uma ideia de justiça diferente, apesar de tudo, sendo a de Sen mais próxima da filosofia moral. Deste ponto de vista, ao colocar-se perto de Adam Smith na análise económica do comportamento humano, Sen traz uma obra sobre a refacção da ideia de justiça no comportamento humano, incluindo as suas emoções - onde Rawls trouxera uma teoria pura da justiça. Fica um exemplo na prosa de A. Sen:

*“A injustiça manifesta será aquela em que nos incita a um tipo de raiva que a nossa mente tem dificuldade em aceitar, pois não se deixa aprisionar pelas palavras, como a impossibilidade de permanecer calado sobre certo assunto.”*⁵⁵¹

Assim torna-se evidente que o contributo de Sen está muito próximo do cidadão e da consciência individual, lembrando o liberalismo clássico de Stuart Mill: “*podemos ficar com uma sensação forte de injustiça com base em fundamentos múltiplos e diferentes e não apenas num único fundamento.*”⁵⁵² Diz bem Sen, à minha vista: é perfeitamente impossível, felizmente, ser taxativo quanto às causas da injustiça – embora possamos, os estudiosos, focar-nos nas mais recorrentes na sociedade de referência.

Na sua visão individualista, retém a “*necessidade de que uma decisão seja vista como justa*”⁵⁵³, até por razões de facilidade ou eficácia aplicativa: a decisão justa mais facilmente é executada. Diria eu que a qualidade material da decisão jurídica pode ser afinal, quem diria, mais importante que a eficiência e a economia do *modus*,... que surpresa! Porque é tão evidente para um economista que o conteúdo ou o resultado prevalece sobre a forma ou o procedimento e tão difícil para o jurista que se nortearia, idealmente, pela justiça, o conteúdo dos conteúdos no continente das humanidades...?

⁵⁵⁰ Id., p. 14.

⁵⁵¹ Id., p. 37

⁵⁵² Id., p. 39.

⁵⁵³ Id., p. 515.

A colocação da pergunta será discutível para os defensores do formalismo ou do procedimentalismo; a resposta será mais clara para mim e para eles.

Como se não houvera bastado, numa visão realista, o economista afirma “ *que é difícil deixarmo-nos persuadir que seja apenas o particular mérito administrativo a dar à observabilidade da justiça uma importância tão decisiva*”⁵⁵⁴. Quer isto dizer, noutra prisma, que à Administração Pública não basta o administrar, mas o administrar da justiça material⁵⁵⁵.

Em suma, quem se preocupa com o indivíduo não tem de deixar logicamente o outro às escuras, por isso “ *se todos os outros não conseguirem chegar a ver que um julgamento é justo, então não é apenas a exequibilidade mas também a solidez se mostrará problemática.*”⁵⁵⁶ O alcance desta afirmação bela é depois (de)limitado pela consideração, de que nos casos simples, o justo segue “arranjos sociais”; ao invés, nos conhecidos “hard-cases”, poderá “não existir um qualquer arranjo social perfeitamente justo identificável.”⁵⁵⁷

Receio, entretanto, que a distinção soft-hard contenha em si a aceitação implícita de uma maioria de arestos conclusivos, sem desenvolvimento argumentativo. Talvez a distinção seja conveniente para o juiz ou para o jurista, de um ponto de vista antropológico ou fixista, mas não estou nada certo de que seja uma distinção boa para a justiça material⁵⁵⁸. Aliás, faz-me lembrar remotamente a distinção campeã: existiriam, à partida “injustiças aceitáveis”- como tal, sem remédio - e “injustiça inaceitáveis” – estas poderiam, por serem muito menos, ser rectificadas... Não parece esta uma leitura paternalista que ofende a consciência de si, a individualidade da consciência e a liberdade de consciência? Fica a pergunta, em tom de resposta.

Um ponto que considero importante da doutrina de Sen está em epígrafe: a rejeição do consensualismo neo-liberal, seja no “razoável” ou no “adequado” – para este economista, uma “plena resolução” não é requisito da racionalidade individual, nem de uma escolha social razoável e também não o é de uma teoria da justiça racionalmente fundada. Numa palavra, o que faz falta é a apresentação de linhas argumentativas

⁵⁵⁴ Id, ib.

⁵⁵⁵ V. Fundamento Histórico e capítulo sobre a dimensão administrativa.

⁵⁵⁶ Id., p. 516.

⁵⁵⁷ Id., p. 54, 519.

⁵⁵⁸ V. a análise crítica da jurisprudência.

variadas que defendam a sua concepção de justo, representando as diferentes visões sociais.⁵⁵⁹

Isto traz-me uma evidência relevante que desfaz um equívoco: a justiça, sendo o máximo princípio do Direito (Público e Administrativo, em especial) não resulta necessariamente de um compromisso ou da concordância prática dos princípios em causa, mas de uma qualquer linha de pensamento, ancorada na realidade social, desenvolvida por meio de argumentos. Parafraseando um excelente Professor de Direito Administrativo: é uma questão de mérito - “esse objecto jurídico não identificado”...

“Dentro dos limites da interpretação tornar a lei fundamental americana aquilo que o nosso sentido de justiça aprovaria, porque é isso que a lei requer.”⁵⁶⁰

R. Dworkin

II. A reflexão sobre a justiça do filósofo norte-americano em “Justiça para Ouriços” pulula nos debates contemporâneos. Numa feição neo-conservadora, à minha vista, o autor coloca a tónica na interpretação normativa e analítica da Constituição (Americana): “ a interpretação constitucional visa compreender melhor as palavras da constituição como provisão para o governo justa “. Dirirjo: a meu ver, o “governo justo” não se trata de questão interpretativa, mas a priori de um fundamento da actividade administrativa e pública vertido na lei em consonância com a sua prioridade axiológica. Sem dúvida, a resposta de Dworkin encarna uma das vias possíveis (talvez a mais consensual); simplesmente, essa via é a responsável pelo “status quo”.

O mesmo Dworkin parece contradizer-se ao referir que o debate da justiça material é uma questão política⁵⁶¹. Não posso deixar de contar as diferenças com o sistema de governo americano, para afastar essa contradição. É feita de uma especial lisura a tese de Dworkin: a justiça depende da interpretação constitucional dos juízes do Supremo

⁵⁵⁹ Id., p. 514.

⁵⁶⁰ Justiça para Ouriços, p. 424.

⁵⁶¹ Id., p. 360.

Tribunal, cada um deles com a sua noção política ou visão ideológica...⁵⁶² Dworkin argumenta a partir da crítica da injustiça económica (como Rawls):

“Dada a nossa estrutura económica complexa e profundamente injusta com a sua própria história densa, é difícil fazer isso sem levar a cabo exercícios de argumentação heroicamente contrafactuais.”

Portugal é um exemplo claro do que pode acontecer: quando a justiça material é deixada à interpretação, esta vem aparecendo como mero “claim”, corolário de princípios com fundamentos contraditórios, chavão “ad hoc” para justificar peremptoriamente a argumentação, encerrando-a como bordão de fala - quase da mesma maneira que o advogado pede justiça nas alegações finais. Não há na jurisprudência de Direito Público portuguesa, o desenvolvimento argumentativo mínimo de um princípio presente na Constituição desde a sua versão originária, aliás ilustrando o período revolucionário popular, arena em que os cidadãos pedem direitos, pedem o que está Direito, numa palavra, pedem justiça. Continua a acontecer nas revoluções mais recentes. Em suma, haverá muito jurista convencido de que o sistema constitucional vigente através da fiscalização normativa do Tribunal Constitucional é tudo o que precisamos para chegar à justiça material na Administração Pública (ou no governo do país). Não é o meu caso. Venho escrevendo contra isso e irei demonstrá-lo através da análise jurisprudencial. É especialmente valiosa, porque ilustrativa, a conclusão de Dworkin sobre a jurisprudência argumentativa:

“as opiniões positivas necessitam de argumentos próprios; o juízo indeterminado necessita apenas da ausência de argumento”⁵⁶³

Dworkin aclara-nos: o direito à justiça é um direito político e legal, que constitui um “trunfo” dos cidadãos, que podem exigir aos Tribunais a condenação à Administração de forma justa. Aqui se antevê uma questão dilemática. Caixa de pandora ou administração injusta? Mil vezes caixa de pandora...! Caso idêntico é o da condenação da Administração à prossecução do interesse público e os inconvenientes não serão diferentes... Talvez, no meu pensamento, seja preferível a condenação à administração

⁵⁶² Dworkin aproxima-se aqui de Rawls e afasta-se de Sen que acusa os precedentes pensadores de apresentarem teorias “transcendentais” da justiça. A crítica de Sen faz sentido do seu prisma de análise económica, diria eu, realista.

⁵⁶³ Id., p. 99.

justa, que será redundante uma vez que a Administração Pública só o é se for justa. É esta ideia básica que pretendo inculcar, ó leitor. Para mais, avultam os estudos de feição normativa ou fenomenológica sobre o critério da justiça, em contradição com a aceitação ataráxica ou maquiavélica do interesse público como “conceito aberto” que tem de permanecer aberto, porque é melhor assim. Ou como exemplifica Dworkin, atirando assertivamente ao “demasiado determinismo”: “*não há resposta correcta para a questão em disputa*”⁵⁶⁴. Raciocínio idêntico pode aplicar-se à justiça, dirá alguém decerto; mas então não me declaro culpado, mas um orgulhoso cúmplice de muitos gigantes, recordando a metáfora de Newton...

A verdade é que somos hoje encurralados na liberdade de pensamento por “*um cepticismo interno global que tem grande influência sobre a literatura*” que é “*convicção desesperante, especialmente quando se centra na ética*”⁵⁶⁵. Acentuo que o pensamento sobre a justiça é uma resposta ao cepticismo e dá um sentido, um prisma ideológico por onde mirar a realidade: de tal maneira, os cépticos chamam-lhe utopia ou filosofia, pejorativamente. Ora, e os cépticos que qualificativos merecem na cabeça de Dworkin? nenhuns. Dworkin apenas explica que esses cépticos são “*internamente cépticos porque negam que a moralidade forneça alguma orientação nas premissas*”⁵⁶⁶. E reitera, diria eu - que o cepticismo é uma lente que fecha possibilidades felizes ao Homem, ao afirmar: “o cepticismo interno sobre a moralidade inclui não só juízos morais negativos, como o juízo de que tudo é permissível”. Contra isto, direi que a justiça material é uma seta que só não vai ao coração do céptico porque me parece que este já o teve... A crer em Dworkin, estamos a lidar com novos tipos de niilistas, no contexto do capitalismo selvagem.

É justamente neste passo que reside a visão metafísica ou filosófica de Dworkin: o juiz pode ter que desenvolver linhas argumentativas originais e estranhas aos factos sociais generalizadamente assentes. Para tal, importa ter um conhecimento político, ou uma visão consciente e reflectida diria, da realidade. Algo que se torna dificultoso sob o império da lei formal e o conveniente jurisdicional-legalismo, ou como J. Goldsworthy lhe chamará⁵⁶⁷, “*normativismo original*”, ancorado ainda nos traumas da infância do

⁵⁶⁴ Id. p. 100.

⁵⁶⁵ Id. p. 97.

⁵⁶⁶ Id. p. 99.

⁵⁶⁷ V. infra.

governo dos juizes, a que contraponho o governo da lei injusta ou da “lei má” – que Dworkin equipara⁵⁶⁸ - que pela sua frequência é afinal, governo da injustiça legal.

Volto a concordar com o filósofo quando critica as teses justiça distributiva de Aristóteles como “altamente artificiais”⁵⁶⁹. E aqui podem estar duas razões: artificiais porque não reais, meramente teóricas; ou artificiais porque a construção do ateniense generaliza o Homem em vez de individualizá-lo ou concretizá-lo. Sem embargo, é claro que é um ponto de partida do discurso sobre a justiça (ou a igualdade ou a propriedade).

Mas não, nenhuma das opções anteriores!, Dworkin visa refutar as teses de redistribuição contemporâneas “porque apelam a uma reforma radical nas comunidades capitalistas”⁵⁷⁰ e considera que o “tema da pobreza é um tema estranho para a filosofia reflexiva” – temo que isto reflecta mais uma posição pessoal liberal-conservadora quanto ao papel da economia e do estado, do que uma afirmação de ciência. Sendo justo, o tema da pobreza parece ser estranho a Dworkin, isso sim. Veja-se que adiante este filósofo de lustre considera que “os governos são justos se tiverem sucesso” e que a “legitimidade é diferente da justiça” - talvez perceba porque qualifiquei de início, o Prof. Dworkin como um conservador norte-americano.

⁵⁶⁸ Id, p. 419.

⁵⁶⁹ Id., p. 359.

⁵⁷⁰ Id. ib.

3.1 Da negação da justiça material: o tratamento jurisprudencial unívoco e diverso

*“ (quando o juiz realiza um juízo de constitucionalidade), tem um poder-dever específico de mediação entre as fontes e a solução justa do caso, que o confronta directamente com a necessidade de indicar (na fundamentação da inconstitucionalidade) a solução justa.”*⁵⁷¹

Maria Fernanda Palma

*“não foram seguidas na fundamentação exigências básicas (...) Da sua argumentação, não se pode extrair qualquer critério material perceptível que confira para o futuro uma bússola orientadora acerca dos limites (e do conteúdo) da sua própria jurisprudência.”*⁵⁷²

Maria Lúcia Amaral

*“O respeito do princípio da tutela jurisdicional efectiva é uma das condições de efectivação da União de Direito, pois a submissão dos poderes públicos a normas superiores implica a existência de um controlo jurisdicional para garantir o seu respeito.”*⁵⁷³

Ana Maria Guerra Martins

Neste local, pretendo adiantar que há uma linha de abordagem comum ou unívoca no tratamento pelos tribunais, desde o Tribunal Constitucional português, ao Supremo Tribunal Administrativo, ao Tribunal de Justiça da União Europeia e ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Tal não me embaraça de afirmar que o nível de protagonismo dado ao argumento da justiça material vai do oito – na jurisprudência nacional – ao oitenta – na jurisprudência europeia. Simplesmente, vistas estas diferenças aqui e além⁵⁷⁴, a ausência de

⁵⁷¹ M^a Fernanda Palma, ob.cit., p. 24.

⁵⁷² Cfr. Maria Lúcia Amaral, Declaração de Voto Ac. 413/2014 do Tribunal Constitucional (Processo n.º 14/2014; 47/2014 e 137/2014).

⁵⁷³ O Tribunal de Justiça, p. 774.

⁵⁷⁴ V. infra, “Justiça global”.

fundamentação, a utilização falaciosa da justiça como argumento de autoridade, apelo ou “*claim*” é alarmante e não surpreende, tendo em conta o que digo do estado de coisas: o desenvolvimento jurídico da justiça (há tema mais central no desenvolvimento do Direito?) está conservado pelos mínimos, como um líquido explosivo num frasco na despensa da casa comunitária, a humanidade, com inscrição gravada: não mexer!⁵⁷⁵- para não repetir que está conservado pela sua negação.

Depois, a especificidade alegada da interpretação constitucional actua como motivo. Escreveu Maria Lúcia Amaral: “*As normas constitucionais que têm a estrutura de um princípio são, por causa da indeterminação do seu conteúdo, normas de difícil interpretação (...). A razão por que tal sucede é a de evitar saltos imprevisíveis na compreensão do conteúdo destes princípios*”.

Jeffrey Goldsworthy, em obra sobre a interpretação constitucional⁵⁷⁶, debruça sobre o “*originalist normativism*”. E porquê? Por ser, nesta visão “*the principal method of adapting the Constitution to external change has been to identify the general principles underlying specific constitutional terms, and then determine how those principles apply to contemporary problems. If the underlying principles are couched at a sufficiently abstract level of generality, the specific terms lose their grip. That, one suspects, has been a bone of contention.*”

Aceitando como boa esta posição, faço por anotar que o chamado “self-restraint” judicial é aqui causado pelo nível de abstracção da regra de justiça constitucional vigente. Traduzindo por pensamento, tenho de pensar em voz alta: para concordar inteiramente com Goldsworthy a regra constitucional de justiça seria o tal princípio geral abstracto, mas não. Isso seria contrariar o meu estudo e a evidência empírica: a justiça é, muito contrariamente à ideia neo-liberal que se vem aceitando por abstenção talvez, um conceito específico.

Então, caro Prof. Jeffrey, daqui vai um retrato português: a justiça (da actuação) da Administração Pública é o conceito específico que fica escondido debaixo de princípios realmente assumidos como gerais na jurisprudência constitucional: a igualdade, o Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade. Desde os anos

⁵⁷⁵ Não foram suficientes, mas numerosos os avisos de gente adulta para não tocar neste tema: “perigoso”, “arriscado”, “impossível”. Nada a fazer. É possível que um Homem deva, como dizia Saramago, “levar pela mão a criança que fomos”. E um investigador não é um Homem?

⁵⁷⁶ Jeffrey Goldsworthy, *Interpreting Constitutions*, p. 328.

30, como me ensina Menezes Cordeiro, o “*mecanismo do pré-entendimento*” permitiu dar soluções: a decisão jurídica, mercê dos factores incluídos no pré-entendimento que a informe, pode atingir, por si o que se considere, em cada momento histórico, como a justiça material.”⁵⁷⁷ Isto anda de mãos dadas com o “irrealismo metodológico” identificado por Menezes Cordeiro no campo jurídico em geral: “*assistiu-se a um desenvolvimento complexo das doutrinas jurídicas, sem que se registasse uma repercussão nas soluções reais encontradas para os problemas*”⁵⁷⁸.

Mas acrescento que esses pré-entendimentos não podem ser escondidos ou relativizados na fundamentação da decisão; também o juiz (como o Professor) não veste bata branca de cientista (nem o próprio cientista, não será?). Como desvela Bruno Latour:

*“Pour accéder à la réalité du travail des juristes, il ne faudrait pas suivre ce qu’ils font, mais traverser les apparences formelles, gratter la surface technique. Pour atteindre la dure et solide réalité des intérêts et des passions. Derrière les faux-semblants du jugement, il y aurait la force irrésistible des préjugés, en tout cas des présumés.”*⁵⁷⁹

Uma das saídas mais aliciantes deste desinteresse metodológico com interesses dentro é alinhavada por Afonso D’Oliveira Martins: “*o debate da justiça pede decisivamente uma referência ao conhecimento do Direito pelos cidadãos em geral. Pede que consideremos tal conhecimento aberto a todos. (...) Conseguir-se-á afinal um sistema de Justiça que permitirá mais do que administrar a justiça em nome do povo: permitirá que se administre a Justiça com os cidadãos.*”⁵⁸⁰

Não há regra sem excepção, dizem-me, e aplico-o: Maria Fernanda Palma, que foi Juíza Conselheira do TC, critica em epígrafe e assume a luta pelo desenvolvimento do princípio da justiça, escorando na Constituição “*Do 202º CRP deriva para os juízes um dever de aplicar a justiça e não apenas o direito, e a justiça consiste no impedimento de um direito contrário à analogia com o ser humano*”⁵⁸¹.

O Tribunal Constitucional português não sedimentou um entendimento sobre o princípio da justiça, antes menciona-o como critério de “última ratio” em acórdãos de

⁵⁷⁷ A impossibilidade moral, 99-100.

⁵⁷⁸ A impossibilidade moral, p. 97-98.

⁵⁷⁹ La fabrique du droit, p. 152.

⁵⁸⁰ Os debates da justiça, p.22-23.

⁵⁸¹ Idem, p. 27.

matéria fiscal num espaço de apreciação jurisdicional discricionária (“de mérito”) por parte do decisor. Creio que o “temor reverencial” em relação à justiça, devido em parte ao endeusamento por jusnaturalistas e ao correlativo ateísmo ou agnosticismo dos positivistas jurídicos, contaminou severamente e lamentavelmente os tribunais deste nosso Portugal. Copio de Menezes Cordeiro, bem ilustrativo: *“A decisão colhe a sua justeza na conformidade integral com o sistema jurídico que a propicia.”*⁵⁸²

A meu ver, isto é um problema: esta justeza é um mero adjectivo do substantivo justiça, ou numa expressão redundante da justiça substantiva - como se pudessem os homens inventar outro género de justiça; afinal já inventaram... e chamaram-lhe “justiça formal”, tamanha antítese literal...!

Nos Acórdãos nº 162/95, 497/97, 368/97, 526/99 do TC, colho exemplos do que afirmo:

- o Ac. 497/97, relativo a matéria fiscal, em que o TC coloca o “justo” como apodo da imparcialidade, quase como bordão de fala ou muleta discursiva, sem concretizar a que se refere, isto é, no fundo, sem autonomizar a justiça como critério autónomo de constitucionalidade. Leia-se este excerto: *“Não se vê, no entanto (nem a entidade requerente explicita) como é que, sendo os destinatários do princípio, fundamentalmente, os órgãos e agentes da Administração Pública, tenha esta agido, em todo este processo de produção legislativa e regulamentar, de forma menos justa e imparcial “para os que com ela entrem em relação” (artigo 6º do Código de Procedimento Administrativo), nomeadamente através de uma actuação não isenta dos titulares dos seus órgãos e dos seus agentes (cfr. a este propósito, Marcelo Rebelo de Sousa, Lições de Direito Administrativo, Lisboa, 1994/95, págs. 151 e segs.)”*.

- no Ac. 526/99, relativo a matéria de promoção de trabalhador em funções públicas, o TC reconhece, de forma absolutamente conclusiva, *“os princípios da proporcionalidade e da justiça que a administração deve seguir na sua actuação”*. Contudo, não demonstra, por argumentos, por que razão aqueles princípios não são violados, por assim dizer, limitando-se a mencioná-los.

Já nas decisões do STA, foi assente, em termos materiais!, que o chamado princípio da justiça como:

⁵⁸² Evolução juscientífica, p. 236.

a) no procedimento administrativo, como parâmetro de controlo da decisão da Administração⁵⁸³;

b) no contencioso administrativo, enquanto parâmetro-limite dos poderes de pronúncia (do próprio) juiz administrativo na sentença⁵⁸⁴.

Isto pode resultar do entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo quanto à anulação de actos. Em termos sintéticos⁵⁸⁵: “Assim, a violação do princípio da justiça é fundamento da anulação contenciosa de um acto administrativo pelo vício de violação de lei, situando-se, assim, no âmbito do contencioso, e não, como anteriormente no campo do mérito.”

Parece-me querer afirmar-se que a invocação da sua violação em tribunal administrativo pode subsumir-se, no caso concreto, na “violação de lei” enquanto vício do acto administrativo. Portanto, a violação do princípio da justiça estará no âmbito da chamada anulação administrativa ou revogação anulatória, fundada em ilegalidade⁵⁸⁶. Enfim, como não notar a contradição com o argumento de justiça extra-legal, putativamente material, do Tribunal Constitucional?

Em suma, acertar a chamada vertente material do princípio de justiça como critério apenas da legalidade administrativa (e não de mérito) não é absolutamente possível, a não ser numa visão exclusivista e fechada do Direito Administrativo, descontada a conexão fundamental entre este e o Direito Constitucional enquanto Direito Político. Da outra face da moeda, sublinho e subscrevo o parecer de outros: consequentemente o cidadão pode lançar mão do princípio da justiça, para pôr cobro a uma situação de injustiça gerada pela decisão administrativa⁵⁸⁷.

Perante a dúvida lei-mérito, convoco a visão compreensiva (adjectivo de duplo significado, aqui vou pelo sentido denotativo, no sentido da visão fenomenológica) de

⁵⁸³ Ac. 1/2013 STA; Ac. Proc. nº 032909 de 23/06/1994.

⁵⁸⁴ Ac. do TCA Norte (Proc. nº 00005/04.0BEPRT-A, de 08/07/2011) relativo à possibilidade de quebra do caso julgado para revisão extraordinária da sentença.

⁵⁸⁵ Proc. nº 032909, proferido em 23/06/1994.

⁵⁸⁶ Na expressão do STA: “*fundamentando-se em ilegalidade, retroage os seus efeitos jurídicos ao momento da prática do acto revogado e, em consequência, os efeitos de tal acto ter-se-ão como não produzidos, os actos de execução e os actos consequentes do acto revogado tornar-se-ão ilegais e as operações materiais desencadeadas ao abrigo do acto revogado tornar-se-ão ilícitas, já que a revogação opera com efeitos “ex tunc”, fazendo desaparecer o anterior acto da ordem jurídica”.*

⁵⁸⁷ Freitas do Amaral, Curso...cit., vol. II, págs. 122 e segs.; Paulo Otero, Legalidade...cit., p. 893 e segs.; M. Carneiro da Frada, Equidade, p. 120.

Paulo Otero, clareando (as) três concepções de justiça no campo jurídico: legal, extra-legal ou supra-legal⁵⁸⁸. Está bom de ver, que para lá da interacção mais lata da justiça com o Direito, vista acima, assume enorme relevância em Portugal a interacção da justiça com a lei positiva em sentido estrito⁵⁸⁹.

Manuel Carneiro da Frada concretiza três hipóteses⁵⁹⁰: i) a solução da justiça que iguale o sentido da solução da lei (aplicação legal em sentido estrito; “secundum legem”); ii) amplifique o sentido da lei (aplicação meta-legal ou “praeter legem”); contrarie a solução dada pelo sentido legal (“contra legem”).

Neste sentido, no lugar onde a legalidade funcionou como traço essencial do Direito Administrativo e onde hoje está hoje, mais claramente, a juridicidade, pode-se equacionar a colocação da justiça como “especificidade publicística a procurar”⁵⁹¹, i.e., como fundamento e limite do Direito Administrativo?

Com a “*mudança do significado da discricionariedade administrativa*” (prevalência dos direitos fundamentais)⁵⁹², onde vai o Direito Administrativo (e o seu juiz) à procura de uma “legalidade substancial”? Os conceitos de “proporcionalidade” e de “razoabilidade” não remeterão, porventura no essencial, para um padrão de justiça substancial?

II. Assim, poderia ser lógico extrapolar, numa análise do regime jurídico vigente, para o desvalor variável para a violação do princípio da justiça: o observador dirá que a violação do princípio da justiça configura anulabilidade – no caso de violação de lei como acima ou por ser a solução legal residual do 163ºnº1 CPA - ou nulidade – nos casos de desvio de poder, de objecto impossível ou de violação de direito fundamental. Discordo, e discorro:

a) A violação do princípio da justiça pode, desde logo, configurar uma nulidade por natureza e que como tal, não precisaria de estar elencada pelo legislador (v. 161ºnº1

⁵⁸⁸ Direito do Procedimento, p. 218.

⁵⁸⁹ Sumariamente, a ideia de que a Justiça tem um lugar próprio face à lei está desde logo no pensamento de Aristóteles, Política, p. 9. V. ainda, Fernando Catroga, Ensaio Republicano, FFMS, p. 42; P. Ferreira da Cunha, Direito Natural, p. 45-51.

⁵⁹⁰ Cfr. M. Carneiro da Frada, Equidade, p. 119.

⁵⁹¹ Colaço Antunes, Categorias jurídicas, p. 145.

⁵⁹² Colaço Antunes, Categorias Jurídicas, p. 155.

CPA)⁵⁹³, por se tratar, em abstracto, da violação do fim máximo do Direito. Neste sentido vai, a meu ver a letra dos arts. 3ºnº1 e 8º CPA, dado a ligação à própria ideia de Direito e também a aplicação do TC do princípio da justiça em matéria substancialmente administrativa de incidência fiscal, como, grosso modo, instrumento de “última *ratio*” em defesa do cidadão face à actuação injusta da Administração Tributária. Assim, julgo que a violação do princípio da justiça pode aproximar-se, em casos mais gravosos, de uma nulidade por razões materiais⁵⁹⁴;

b) Por via legal expressa, estaremos perante casos elencados pelas alíneas do art. 161º nº2 como passíveis de nulidade do acto como “objeto ou conteúdo seja impossível, ininteligível” (alínea c))⁵⁹⁵, ou como no caso em que a violação do princípio da justiça configure um “desvio de poder” (alínea e));

c) Por outra via legal expressa, entendendo a violação do princípio da justiça como violação de um *direito fundamental* à justiça⁵⁹⁶ (v. 161ºnº2 d)). Vejamos: está ou não consagrado, em termos positivos, um direito fundamental à justiça? Parece-me que sim. Várias disposições normativas concorrem para possibilitar esse entendimento, sob várias perspectivas correspondentes, no fundo, a vários corolários do princípio da justiça na esfera administrativa: merece destaque, aqui, o art. 6º da CEDH - em acórdão do TCA⁵⁹⁷ por ex., foi já expressamente reconhecido o “*direito a justiça no prazo razoável*” e o primado do TEDH na fixação do “quantum” da indemnização em caso de violação desse direito (“*nas quantias que entende serem adequadas ao caso concreto*”); v. também o art. 42º CEDH (relativamente ao direito a justiça no prazo razoável) e o art. 10º DUDH (relativamente ao direito a processo equitativo). Em suma, parece-me defensável, como creio resultará em especial da dimensão europeia⁵⁹⁸ (por via clara e

⁵⁹³ Ainda há-que salientar que não é consensual, na doutrina portuguesa, que o legislador tenha, na última revisão legislativa, afastado as chamadas “nulidades por natureza”.

⁵⁹⁴ Para uma noção, v. Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo , vol. II , Almedina, p. 394. Nesta esteira, v. ainda a jurisprudência do TCA Sul em 09-12-2004, Proc. nº. 01393/98. Aliás, a meu ver o novo art. 8º CPA pode corroborar o que defendo, ao referir em especial “*rejeitar as soluções manifestamente desrazoáveis ou incompatíveis com a ideia de Direito*”.

⁵⁹⁵ Hipótese colocada pelo Professor Vasco Pereira da Silva, no seu ensino oral.

⁵⁹⁶ Esta hipótese é colocada expressamente, em sentido idêntico, embora terminologicamente distintos por: Paul Craig/Gráinne de Burca, EU Law: text, cases, and materials, Oxford, 4th edition, 2008, p. 539; Cfr. Paulo Otero, Direito do Procedimento...cit, p. 219.

⁵⁹⁷ Proc. n.º 02414/08.9BEPRT de 01/04/2011.

⁵⁹⁸ Cfr. Paulo Otero, Direito do Procedimento...cit., p. 218-219.

expressa da CDFUE e da CEDH⁵⁹⁹), existir um direito fundamental à justiça, cuja violação daria lugar à nulidade do acto (161ºnº1 nº2 d) CPA).

⁵⁹⁹ E ainda, numa perspectiva ampla, existem manifestações legais nos arts. 41ºnº1 e 47ºnº1 CDFUE e no art. 29 nº2 DUDH.

3.2 O caso julgado e a justiça material: crítica da imutabilidade injusta

Um ponto crítico do campo jurídico (também colocado no Tribunal Constitucional) em que a aplicação jurídica da justiça material tem relevo inusual é o chamado problema do caso julgado - existe uma injustiça material da sentença que justifique a reabertura do caso e uma decisão justa? O valor jurídico da sentença, a justiça da sentença direi afinal, depende da lei, então numa hipótese de nova norma legal de conteúdo diferente, tratar-se ia de reabrir o caso julgado. Contudo e sobretudo!, argumenta eloquentemente João de Castro Mendes, se a base legal é o sentido da lei, queda a sentença injusta sem resposta⁶⁰⁰.

O jurista argumenta, neste sentido, que no título LXXV das Ordenações Filipinas valia a regra de que sentença contra Direito era tida como nula, *“embora já por obediência a um certo pragmatismo, se falasse da sentença contra direito expresso, ou manifestamente contra direito.”*⁶⁰¹

Perfeito exemplo de como uma muito alegada segurança jurídica⁶⁰² (que para alguns pensadores é um dos fins do direito, do que discordo, relegando a justiça um outro fim com peso idêntico⁶⁰³) marginaliza e aprisiona a justiça? É-me dito bastamente que as sentenças dos tribunais devem ser estáveis. Eu pergunto: porque se não aplica o mesmo raciocínio à função legislativa? Por maioria de razão, o legislador representa a vontade do povo e o juiz não. Então porque será mais importante a estabilidade das sentenças que das leis? Uma sentença diz respeito a dois ou mais alguns indivíduos; uma lei dirá a mais, concedam-me esta assunção. Também estas comportam decisões políticas que afectam directamente e alteram, para melhor ou pior, a vida das pessoas. A doutrina paradigmática discorda do que penso e apresenta a autoreversibilidade como característica pertença da função legislativa⁶⁰⁴.

Então, se se considera que a vontade do legislador é ou deve ser mutável em função da sua orientação democrática e das evoluções das circunstâncias do país (e bem), se se considera (e bem!) que no exercício da liberdade académica um Professor pode rever

⁶⁰⁰ Caso julgado, p. 47-48.

⁶⁰¹ Id., p. 48.

⁶⁰² Isabel Alexandre, O caso julgado, p. 37.

⁶⁰³ V. supra.

⁶⁰⁴ I. Alexandre, p. 37-38.

uma posição que tomou há 20 anos, se se considera que um poeta tem direito a renegar partes da sua obra, o que torna o juiz diferente de todos estes homens?

Paradoxalmente, parece que quanto menos extensão se dá ao poder judicial mais se quer fazer acreditar na sua infalibilidade, o que tem tão-só o condão de alijar o odioso, o sentido desejavelmente parcial (não-neutral) da decisão político-jurídica. Enfim, as “situações de facto entretanto geradas” criam-se através das mais variadas circunstâncias e convém não ter ilusões sobre a “perda de importância do jurídico”...

Ou mais do que isso, ramificação do positivismo legalista em que a justiça material tem de ser “manifesta” ou “gritante”, na perspectiva do juiz, para ser valor jurídico? Nem vale a pena dizer que no nosso país, a justiça material tem “base normativa” (na Constituição e na lei) como se diz, ou mais do que isso, que existe um direito fundamental à justiça material.

Em 1978, Castro Mendes concluía “*na nossa ordem jurídica a sentença injusta – mesmo que faça de branco negro e equipare quadrados a círculos, dequat quadrata rotundis – é válida, fundando-se no poder soberano dos tribunais e não no valor da lei que na realidade não corporiza*”. O argumento é o da separação de poderes, que aquele Professor leva à letra, e que simplifica sobremaneira. Hoje, é sabido, o entendimento comum agilizou-se no sentido da menor rigidificação da separação e a complexidade cresce.

Tomo nota: “*transitada em julgamento, a sentença desprende-se da lei em que se gerou e vale por si mesma, baseada directamente na Constituição*”⁶⁰⁵. A meu ver, a Constituição é produto humano que corporiza a Justiça – e não ao contrário. (Kant disse-o, noutros termos, na *Metafísica dos Costumes*; a Constituição é uma invenção humana para unificar a vontade popular).

Se afastarmos o caso da sentença legal, como acima foi feito, temos de novo um velho conhecido dilema: a Lei Fundamental ou a Justiça Material? Penso que a autopoiesis prejudica o Direito – aplicando os termos vigentes, tenho um caso julgado inconstitucional por força de violar a própria Constituição portuguesa (art. 266ºnº2) – vê-se o acidente jurídico que por aqui há? E a falta de clareza terminológica, a redundância dos adjectivos; a má construção silogística, que opinadores que tanto

⁶⁰⁵ Castro Mendes, p. 49.

prezam a analiticidade lógica no Direito deveriam talvez desarmadilhar: como se o Direito tivesse de ser difícil como para mim o é uma equação matemática... Alfim, a falta de lógica, a inconsistência conceptual e fundamental e semântica do sistema kelseniano, uma vez mais.

Voltando um pouco atrás, e olhando agora do diferente ponto de partida de Isabel Alexandre – “parece que não é a definitividade das decisões judiciais o valor que a Constituição, mas a definitividade das decisões judiciais que o legislador quis tornar definitivas”⁶⁰⁶ – pergunto se não fica assim a justiça material petrificada nas mãos do legislador; e causa-me estranheza, visando a separação dos poderes, confesso, que o legislador possa mais do que o poder judicial, o juiz decisor, em matéria de caso julgado. É justo assumir que esta Jurista entende esta minha frustração gnoseológica, pois vai em busca de *“alguma pista que nos permita concluir, que também nesta matéria, existem limites para o legislador”*⁶⁰⁷. Fico aliviado e mais contente venho a ficar quando Isabel Alexandre aponta uma via nova, tão nova que é filha da justiça material – a ideia de processo equitativo ou, em rigor, a transposição do “due process of law”:

*“Fora do campo criminal não é líquida a consagração constitucional do direito à revisão de sentenças. Todavia, tal direito pode fundar-se no próprio direito a um processo equitativo, consagrado no artigo 20ºnº4 CRP e dessa maneira receber tutela constitucional.”*⁶⁰⁸

Em suma, é praticar a justiça material, materializar a justiça, abrir um caso julgado em caso de injustiça, seja o fundamento da decisão jurídica do juiz a lei ou a sentença. A meu ver, a autoreversibilidade, aparentemente irrestrita no campo legislativo, deve estender-se ao juiz, porque lhe facilita a tarefa (*“errare humanum est”*). A segurança jurídica é argumento? Não me parece. Como escreveu o nosso poeta cimeiro, *“valores mais se alevantam”*: a justiça material, sempre.

⁶⁰⁶ O caso julgado, p. 21.

⁶⁰⁷ Id,ib.

⁶⁰⁸ Id., p. 19-20.

4.1 A proposta de “justiça global” no campo da injustiça global

*“un mondo che, dietro la retorica massmediale sulla globalizzazione in atto, appare semmai gerarchicamente ordinato, contraddistinto da intarsi culturali molto frequenti e dalla presenza di aree in cui la filosofia universalistica dei diritti dell’uomo non è accettata proprio perché considerata vicolo di espropriazione della specificità culturali autoctone”.*⁶⁰⁹

Marco Tarchi

“C’è una tendenza formidabile a unificare il pensiero, a fare del logos non – como a me piacerebbe tradurre la parola . il luogo dove i distinti e differenti si accolgono e si riconoscono; il logos non è accolto nel senso originario del termine, ma comme volontà unificatrice ed egemonica di una forma di razionalità.”

Massimo Cacciari⁶¹⁰

Parece-me evidente que o sonho de uma república universal, fundado e cuja construção foi positiva nos pós-guerra do séc. XX, continua – como não ? – na mente de muitos estudiosos da globalização jurídica.

O que na raiz pareceu bem, acabou agravando as desigualdades materiais – a crítica à globalização é hoje tão presente na reflexão⁶¹¹ como fora antes o apelo à mesma. Hoje torna-se claro que a globalização aumentou as desigualdades materiais, a injustiça é maior em face do sonho e tornou-se no seu oposto - o pesadelo. A globalização, que começou por ser um sonho de cidadania e nos direitos do homem transformou-se em distopia – direi que justiça e globalização económica (como a conhecemos) são termos inconciliáveis e irreconciliáveis, ao mesmo tempo.

⁶⁰⁹ Marco Tarchi. Lo scontro della civiltà, p. 101.

⁶¹⁰ Tavola Redonda, 118-119.

⁶¹¹ Gomes Canotilho, Renovar os Ideais Democráticos. V. também, Kant e a Paz Perpétua, do mesmo Autor.

Hoje, querer estabelecer um standard mínimo de juridicização global ou de conformidade ao Direito Público, ressoa às velhas questões da real politik e do Direito Internacional Público. Suponho que muito dificilmente um dirigente angolano seria acusado de corrupção em Portugal, por razões de neo-colonialismo económico. Mais, esse standard mínimo de “*reasonableness*” como remédio para o poder arbitrário fica aquém do “nível máximo de protecção dos direitos fundamentais” das declarações internacionais dos direitos humanos. É muito pouco...!

Então, não posso aceitá-la como pretensão de normatividade mínima⁶¹², facilitadora do anti-jurídico, até pela fragilidade da ideia de razoabilidade⁶¹³, pois tal seria, para mim, encolher os ombros e abdicar da minha tese perante as injustiças cometidas, ou se preferir, as violações repetidas dos direitos humanos na escala global, internacional, europeia, nacional.

A informalidade do negócio mundial, o poder das empresas multinacionais, o dumping social e de protecção laboral que fornecem são matéria nuclear e tóxica para o sonho da república universal. Como acentua Cacciari, “*la globalizzazione economico-finanziaria è una cosa, la globalizzazione culturale è un’ altra.*”⁶¹⁴ Recordo-me de uma frase marcante da Professora Maria Luísa Duarte, que parafraseio: o Direito sempre foi, na ordem internacional, o argumento dos países com fundadas razões jurídicas mas sem peso económico para impô-las. (Hoje, sabe-o bem, vemos a consequência da crise das democracias norte-americana mas também da anti-democraticidade da UE⁶¹⁵, assiste-se ao regresso da guerra fria e ao empunhalar dos machados de guerra.)

Assim sendo, a nova direcção única parece ser o regresso ao localismo, à semelhança das pequenas comunidades pré-históricas que viveram na Península Ibérica: os homens são seres gregários e uma pequena comunidade humana tende a ser politicamente mais viva e saudável. Ou como reflecte Alain de Benoist, “*si nota oggi, una straordinaria trasformazione delle forme di potere, che le rende sempre identificabili. Aumentano le forme di potere impersonali che pesano sulla vita sociale – gli esempi più eclatanti*

⁶¹² J. Wouters/ S. Duquet, Reasonableness, p. 176.

⁶¹³ V. supra.

⁶¹⁴ Id., p. 119.

⁶¹⁵ V. a obra de Rui Tavares, A ironia do Projecto Europeu.

sono i mercati e le tecnologie”.⁶¹⁶ Sem identificação pessoal do poder(oso), pode haver legitimação social? Fico pensando: claramente, não!

Porém, o localismo bate-se contra a massificação dos consumos e o “*american way of life*”. Neste aspecto, a crise da soberania e do Estado-Nação impediria, numa leitura apressada, tal desiderato. Assim será? Parece-me que não: espero, que como na origem grega do termo, a crise do Estado, sirva para após tão longo período de convalescença - para mal dos nossos direitos e da justiça material! – aparecer muito melhor. Partilho da afirmação de Giuseppe de Vergottini: “*la mia impressione è che un crisi dello Stato e della sovranità ci sia, ma che si tratti di una crisi contingente di certe particolari esperienze politiche statuali, più che di un fenómeno generale*”.⁶¹⁷

M. Cacciari completa a epígrafe, acrescentando a esta interrogação, continuando a referência ao pensamento único reflexo da ortodoxia financeira, praticamente global: “*questo è oggi il pensiero unico, se l’espressione há un qualche significato: l’idea che la dimensione económico-tecnico-scientifica debba essere posta al comando, e che tutte le altre funzioni valgano e siano legítimas in quanto amministrativo il buon esito dell’impresa tecnica.*” E um parágrafo depois, sinteticamente, “*la politica è derubricata ad amministrazione della vera potenza si ritiene sia in grado di realizzare questo sistema unico: la tecnica.*”⁶¹⁸

Tentei já afirmá-lo através das palavras de outros, expresse-me agora: a dimensão global do Direito Administrativo trata-se de um momento de ruptura jurídica⁶¹⁹ com o Direito Administrativo estadual, cujo paradoxo⁶²⁰ está na necessidade de regulação pelos princípios jurídicos ao mesmo tempo que na arena global é visível o “abrandamento” do princípio da legalidade e a “*prevalência da matéria sobre a forma*”⁶²¹.

Neste sentido, o princípio da justiça encontraria alguma expressão no Direito Global, por via de uma “*rule of reason*” que actua no sentido de dar razoabilidade às decisões,

⁶¹⁶ Tavola Redonda, p. 117.

⁶¹⁷ Id., p. 128.

⁶¹⁸ Id., p. 119-120.

⁶¹⁹ Vincent Valentin, ob.cit., p.262.

⁶²⁰ S. Cassese, Id., p.32-33.

⁶²¹ S. Cassese, An Introduction...cit., p. 31. V. ainda, A. M. Hespanha, Cultura Jurídica Europeia, Almedina, 2011, em especial 3.2

visto que a “*rule of law*”⁶²² vem sendo ultrapassada pela “*décalage*” entre a incontornável (e incontrolável⁶²³) globalização económica e a incipiente globalização de direitos⁶²⁴.

II. Esta consternação que partilho quanto à globalização económica, e à concretização da justiça nestes quadrantes globais não embota o *papel principal* atribuído pela jurisprudência do TJUE e do TEDH ao princípio da justiça, quer ao nível europeu quer ao nível internacional, o que estou em crer, em rigor pode ser designado, como um princípio multinível do “constitucionalismo multinível”. Como é sabido, o Direito Administrativo vem extravasando as fronteiras do Estado-nação⁶²⁵ e o princípio da justiça constitui um exemplo disso.

Os próprios alvares jurisprudenciais do princípio da justiça na jurisprudência do TJUE que ajudaram a que se possa falar num movimento de “ *europeização do Contencioso Administrativo*”⁶²⁶, no quadro da “*constituição material europeia*”⁶²⁷.

Pode afirmar-se que o princípio da justiça (através das considerações materiais decorrentes da ideia anglófona de “*natural justice*”) foi determinante quer na construção dos direitos de defesa das partes perante o tribunal como direitos fundamentais e na exigência de um julgamento equitativo derivado de devido processo legal, no Direito da União Europeia.

A ideia de justiça enquanto princípio geral de direito - “*natural justice*” – aparece primeiramente em 1974, no Caso *Transocean Marine Paint Association vs. Comissão*, com destaque especial no parecer do Advogado-geral Warner, como fundamento material dos “*rights of defence*”. No fundo, estes são os direitos de defesa das partes perante qualquer tribunal, que foram sendo desenvolvidos por aquela conhecida linha

⁶²² Cfr. Jan Wouters/ Sanderijn Duquet, “*Reasonableness*”, p. 35.

⁶²³ Gomes Canotilho, *Renovar os Ideais Democráticos*.

⁶²⁴ S. Cassesse, *An Introduction...cit.*, p. 30-31.

⁶²⁵ Vasco Pereira da Silva, *Do Direito Administrativo Nacional ao...cit.*, p. 215, pôde já afirmar que as “três principais vertentes da internacionalização” do Direito Administrativo são o Direito Administrativo Comparado, o Direito Administrativo Global, o Direito Administrativo Europeu.

⁶²⁶ Vasco Pereira da Silva, *Continuando a Viagem pela Europa...cit.*, p. 549 -550.

⁶²⁷ *Id.*, p. 552.

jurisprudencial denominada de “jurisprudência criativa”, na ausência de positivação daqueles nos primórdios do Direito Europeu ⁶²⁸.

Concretamente, falamos de direitos de defesa das partes: direito a um representante legal e à privacidade da consulta jurídica; direito a uma audiência justa; direito a audiência prévia ⁶²⁹; direito à não auto-incriminação. E estamos a falar dos alvares.

(São estes, para Sabino Cassese, o corpo de princípios jurídicos gerais ⁶³⁰ do - seu desejado - Direito Administrativo Global. Em sentido idêntico, Wouters/ Duquet declaram a vigência da “rule of law” nessa arena. Para estes autores, todas as acções deverão estar submetidas à “rule of law” ou, no mínimo, à “rule of reason” ⁶³¹).

Chegando ao dia actual, sobejam manifestações entendíveis na lógica de um direito fundamental:

- O princípio da justiça subjaz ao fundamento normativo “formalidades essenciais” de anulação de “acto” na acção de anulação junto do TJUE, na medida em que, segundo alguma doutrina ⁶³², a exigência de justiça é o que justifica a ideia de “requisito essencial do processo” (prevista no art. 230 TFUE), dado que os “*essential procedural requirement*” são aqueles relacionados com o “*procedural due process*” (desde que se refiram a decisões individuais);
- É também de um princípio de justiça que deriva o “*direito a prazo razoável nas decisões judiciais*”, enquanto manifestação do princípio da tutela jurisdicional efectiva, que resulta da leitura conjugada dos arts. 42º CEDH e 41º nº1 e) (in fine) e 47º 2º par. CDFUE). Aliás, direito semelhante vale no contencioso administrativo português, o chamado “direito a justiça no prazo razoável”;

⁶²⁸H. G. Schermers/ D. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, p. 89: v. ainda, T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, p. 155-156.

⁶²⁹ Cfr. T. C. Hartley, *ob.cit.*, p. 155.

⁶³⁰ Cfr. S. Cassese, *An introduction*, p. 15: “*As we have seen, a body of general principles is consolidating in the global arena: the principle of legality, (1) the right to participate in the formation of norms (“notice and comment,” recognized by the OIE), (2) the duty of consultation (imposed by the World Bank on domestic administrations in the context of the Heavily Indebted Poor Countries Initiative), (3) the right to be heard (“procedural participation” recognized by the FATF and the WTO Appellate Body), (4) the right to access administrative documents, the duty to give reasons for administrative acts (the duty to give a reasoned decision, affirmed by the WTO Appellate Body), the right to decisions based upon scientific and testable data, the principle of proportionality*”.

⁶³¹ Cfr. Jan Wouters/ Sanderijn Duquet, “*Reasonableness as a Standard of Judicial Review*”, p. 36; aindam Suzana Tavares da Silva, *ob.cit.*, p. 6

- Determina a competência do TJUE no âmbito do processo por questões prejudiciais: o art. 267º TFUE expressa as “questões necessárias ao julgamento da causa”. Ora, também existe um critério de justiça na exigência de questões *necessárias*.

- Por último, no Direito Administrativo da União Europeia distinguem-se, a propósito por exemplo do regime da revogação dos actos jurídicos da UE, “*lawful acts*” e os “*unlawful acts*”⁶³³. Os actos válidos são chamados “*lawful acts*” ao passo que os actos inválidos são conhecidos, na língua inglesa, como “*unlawful acts*”. Tendo em conta o significado do termo inglês “Law” designar não só a Lei mas também o Direito, por aqui se vê uma ligação entre a ideia de Direito e a ideia de validade jurídica.

Em suma, a “natural justice” contribuiu positivamente para a protecção dos direitos fundamentais na União Europeia⁶³⁴. Em suma, resulta-me claro deste estudo europeu que a justiça material é o fundamento (material) da ideia de “due process of law” (devido processo legal), que esteve na origem do processo jurisdicional de partes e, paulatinamente, do procedimento administrativo e das garantias de defesa das partes perante o TJUE ou perante entidades administrativas. Parece-me que sai acolhida e reforçada pela esfera europeia, a minha constatação a justiça material não é menos do que um direito fundamental do Homem (do terrorista, do refugiado, do cidadão, etc.). Seguidamente, darei mais alguns elementos neste domínio.

⁶³³ T.C. Hartley, ob.cit., p. 438.

⁶³⁴ Paul Craig/Gráinne de Burca, EU Law, p. 381; v. ainda S. Tavares da Silva, O tetralemma, p. 4.

4.2 Proclamação internacional, aclamação transfronteiriça e injustiça global

Venho argumentando que o papel principal atribuído nas normas jurídicas internacionais, nas declarações de direitos e na jurisprudência internacional, contrastam com o desfasamento jurídico e a desigualdade material gritante da globalização económica.

Num exemplo, o Preâmbulo da DUDH sustenta que o não-Direito é contrário à dignidade humana e, adiante, que a dignidade humana constitui o fundamento da justiça como objectivo político - ao lado da paz e da liberdade:

“Considerando que é essencial a protecção dos direitos do homem através de um regime de direito, para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;”

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Olho o que está escrito no art. 6ºnº1 CEDH (*in fine*), que regula o chamado “direito a um processo equitativo. À semelhança da noção juseuropeia, (por via clara e expressa da CDFUE e da CEDH⁶³⁵) as garantias de defesa das partes perante o Tribunal, conforme assinala Ireneu Cabral Barreto⁶³⁶: *“Um dos direitos do arguido no processo penal, tal como ele é definido no art. 6º da CEDH, é o de, se não tiver meios para remunerar um defensor, ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso se os interesses da justiça o exigirem”*. Em acórdão português do TCA⁶³⁷ foi já expressamente reconhecido o *“direito a justiça no prazo razoável”* e o primado do TEDH na fixação do “quantum” da indemnização em caso de violação desse direito, dito assim: *“nas quantias que entende serem adequadas ao caso concreto”*.

Adiante, foco as *“justas exigências da moral”* (art. 10º DUDH) como decorrência do processo equitativo. Por exemplo, no caso das *“pessoas injustamente privadas dos*

⁶³⁵ E ainda, duma perspectiva ampla, existem manifestações legais nos arts. 41ºnº1 e 47ºnº1 CDFUE e no art. 29 nº2 DUDH.

⁶³⁶ Cfr. Ireneu Cabral Barreto, O Advogado perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, (in <https://www.oa.pt/upl/%7B831>), p.12.

⁶³⁷ Proc. n.º 02414/08.9BEPRT de 01/04/2011.

direitos civis e políticos”, deve haver lugar a uma “*reparação razoável*” (v. art.41º CEDH). Nestes casos, o TEDH tem admitido a revisão da sentença. Conforme já notou o TCA, o “*princípio é o de que a reabertura de processos só se revela indispensável perante decisões em que o TEDH constate que a decisão interna que suscitou o recurso é, quanto ao mérito, contrária à Convenção, ou quando constate a ocorrência de uma violação da Convenção em virtude de erros ou falhas processuais de uma gravidade tal que suscite fortes dúvidas sobre a decisão e, simultaneamente, a parte lesada continue a sofrer consequências particularmente graves na sequência da decisão nacional, que não podem ser compensadas com a reparação razoável arbitrada pelo TEDH e que apenas podem ser alteradas com o reexame ou a reabertura do processo, isto é, mediante a “restitutio in integrum”*”⁶³⁸. Manifesta-se aqui o paradigma da justiça como argumento em juízo de última “*ratio*”, em que o princípio da justiça funciona como reserva material e supra-legal, muito excepcionalmente...

Ainda assim, o TEDH decide vários acórdãos tendo o “justo equilíbrio” como critério - seja entre o interesse público e a vida privada (Acórdãos *Barthold, Lingens, Olsson, Leander*), seja entre os interesses da criança a ser entregue a uma autoridade pública e aos dos pais a viverem com ela (Acórdãos *Eriksson, Johansen, Scozzari e Giunta*⁶³⁹).

Em suma, as declarações internacionais de direitos do Homem, pensando na DUDH e na CEDH, com especial acentuação na jurisprudência do TEDH, começam por ser a base da noção europeia do papel principal na “natural justice”, pela antecedência histórica, e acabam reforçando, através das decisões judiciais o papel principal, como lhe chamo, da justiça material no espaço nacional, europeu, internacional e transfronteiriço.

⁶³⁸ Cfr. Ac. TCA Norte de 08-07-2011, Processo: 00005/04.0BEPRT-A.

⁶³⁹ V. índice de jurisprudência no final do estudo.

3. A DIMENSÃO SOCIAL

3.1 O regresso da “questão social” e a crítica de Luhmann à autopoietica jurídica

“Une justice démocratique est une justice publique. À peine l’Assemblée nationale constituante avait-elle affirmé, le 26 août 1789 dans la Déclaration des Droits de L’Homme, que le principe de toute souveraineté réside dans la Nation que, par le décret du 8 octobre 1789, elle décidait que la justice serait désormais rendue publiquement. On ne pourrait plus dire que “toute justice émane du Roi”. Elle est complexe. Elle s’inscrit dans des formes protectrices de la liberté.”⁶⁴⁰

Henri Leclerc

“The challenge is rather to construct a general theory of autopoietic systems that can be related to a variety of bases in reality and can register and deal with experiences deriving from such diverse domains as life, consciousness, and social communication. Current uncertainty is due primarily to the fact that a general theory of this kind does not exist, and consequently one is frequently working too directly with concepts borrowed from mathematics or biology, without adequate concern for the appropriateness of the transposition.”⁶⁴¹

Niklas Luhmann

I. Separar a questão social da questão jurídica é uma posição possível, mas não é a minha, simplesmente. Assinala Niklas Luhmann, na clássica divisão disciplinar

⁶⁴⁰ H. Leclerc, Les Médias et la Justice, p. 10.

⁶⁴¹ Law as Social System, p. 182.

kelseniana, o jurista cuidaria das normas e o sociólogo dos factos⁶⁴². É evidente, e tal tem sido notado por alguns juristas portugueses, que a separação norma-facto é controversa e especialmente delicada na aplicação jurisdicional do Direito- parece-me certo afirmar radicalmente, como Luhmann “*this discussion was already outdated, if not anachronistic, even at the time when Hans Kelsen gave it its most precise formulation*”⁶⁴³.

Curiosamente, aquele movimento de separação desde o início do século XX, deu azo “*to the hope that sociology will be able to make a contribution to the administration of justice*”⁶⁴⁴. Esta esperança diminuiu nos anos 70 com a crescente afirmação do Direito como sistema referencial, chamado auto-poiético. Esta visão fechada, diria eu, para Luhmann “*is currently producing more confusion than clarity.*”⁶⁴⁵

O problema central para o Direito Administrativo está, a meu ver, naquilo que este sociólogo chama “*the conceive of society as itself a differentiated social system*” – como se a sociedade não fosse, à maneira do contratualismo rousseauiano, a comunidade humana que origina ontológica e historicamente as regras, falando em especial do Direito Administrativo. Consequentemente, o autor alemão critica aquele entendimento porque “*pressuposes a general theory of social systems that can deal not only with the comprehensive system as whole but also with other social systems, such as face-to-face interaction, or organizations.*”⁶⁴⁶ Entroncam aqui as teses neo-marxistas apontadas aqui, em especial o estudo do pluralismo jurídico na sociedade global, e o sociólogo rescende no estudo de Boaventura de Sousa Santos: no anverso da separação de disciplinas, quebra a identificação cidadão-poder, lei-legitimidade, lei-sociedade. “*the legal system is distinct in many ways from law’s environment within society*”⁶⁴⁷, na afirmação de Luhmann, que o diz para evidenciar algo completamente diferente – a “relativa autonomia” do legal face ao social e a total autonomia face ao político, algo em que não acredito.

A questão pode ser posta, dizia eu, no plano da legitimação política, isto é moral (ou social) do Direito. Sigo de perto o pensar do sociólogo quando reflecte “*legal theory*

⁶⁴² N. Luhmann, p. 180.

⁶⁴³ Id, ib.

⁶⁴⁴ Id, p. 181.

⁶⁴⁵ Id, ib.

⁶⁴⁶ Id, p. 182.

⁶⁴⁷ Id., p. 184.

has found it difficult to grasp this positive quality of the law in the absence of any Conception of an external (especially moral) justification”⁶⁴⁸. E acrescenta: a tentativa do liberalismo de séc XIX - em que o Direito é garantia de liberdade (contra o Estado), juntando racionalidade e moralidade – falhou historicamente e mesmo Kelsen precisou de uma norma fundamental⁶⁴⁹, de um sentido fundamental diria eu. A crítica kelseniana tem sido por mim feita amiúde, não irei repeti-la por agora, o que seria fastidioso (penso nos seus olhos, leitor!).

⁶⁴⁸ Id, p. 197.

⁶⁴⁹ Id. ib.

3.2 A justiça material nos direitos sociais: direito fundamental à alimentação e direito fundamental a uma existência condigna

Falava-vos de um regresso da questão social. É verdade que em moldes diferentes, em grande parte atribuídos à globalização económica e ao dumping social inerente. Assim, um regresso da velha questão social sim, embora “*com outra lábia, com outro tique*” como escreveu e cantou José Afonso na célebre canção “*Na Rua António Maria*”.

Ouçó François Ost, que nos fala da história da Bélgica - com paralelismos fáceis, ó leitor sábio: nos anos 20 “*seules le charité privée et la assistance publique étaient censées prendre en charge les necessites de tout espèce, leur assurant no pas un droit à l’aide sociale, mais une assistance précaire.*”⁶⁵⁰ Fechando os olhos ao intróito, podia Ost falar de hoje: precariedade, caridade, precariedade, caridade. A crise provocada pelas instituições financeiras ajudou os governos a suprimir prestações sociais, modulando o discurso político, mas com eficácia implantando um docemente chamado “Estado Pós- Social” que não é mais do que a aplicação das teses do ordoliberalismo alemão e da Escola de Chicago, aliás movimento começado por Reagan e Thatcher nuns tristes 80 anos... Perdão, anos 80 do séc. XX.

O paralelismo fácil vem seguidamente: “*la loi belge du 7 août 1974 instituant le droit à un minimim de moyens d’ existence et la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publiques d’aide social garantissant à toute personne le droit à l’aide sociale. Pour la première fois, la protection garantie allait à l’homme en tant que’homme et non plus seulement à l’homme en tant que producteur.*” Datas sugestivas para a realidade portuguesa, não? Seguramente. E mais diz Ost sobre a lei de 1974, indo ao encontro da minha inquietação com o “*estado a que isto chegou*” - como diria o herói Salgueiro Maia - ou o estado actual das coisas no meu país: “*la caracteristique principale est d’instaurer un droit, en lieu et place de la charité et de la bienfaisance*”⁶⁵¹.

Em suma, para François Ost, o direito a um mínimo de existência é uma decorrência da “*magnum opus*” de Rawls⁶⁵². Concordo por inteiro, na medida em que o anglo-saxónico vem construir uma teoria política da justiça, falando de princípios de justiça e de

⁶⁵⁰ F. Ost, *Théorie de la justice*, 260.

⁶⁵¹ Id., 262.

⁶⁵² Id., p. 260.

igualdade de oportunidades - termos aparentemente simples que o campo político-jurídico do Estado-providência se acostumou a gastar pelo uso verbal, retórico, como argumento de autoridade no debate político. Ou a desperdiçá-los?

A recepção das teses de Rawls escapou grandemente, infelizmente para o estudo do princípio da justiça, da justiça material no Estado e na Administração Pública, ao campo jurídico, aceitando acriticamente, as mais das vezes, o paradigma aristotélico-tomista ou ignorando suavemente os contributos contemporâneos. Excepções?

Jorge Reis Novais e a sua construção dos direitos sociais como direitos fundamentais⁶⁵³ abarca um entendimento do Estado que inclui a justiça social e a prossecução da “igualdade material” como fins do Estado Social⁶⁵⁴: “*o Estado empenha-se então no processo produtivo, na redistribuição do produto social e na direcção do mesmo*”. Que bom seria se aí estivéssemos!; teses como a do constitucionalista português são hoje “*wishfull thinkings*” ou propostas necessárias e discursos prospectivos ou morais sobre o modo como o Estado se deveria comportar. Reis Novais assume-o implicitamente, quando diz adiante que “*verificadas as insuficiências da justiça administrativa como forma exclusiva de controlo da actuação da autoridade pública e perdida a confiança na justiça e racionalidade inerentes à lei*”⁶⁵⁵. Que diagnóstico! Depois disto, o “status quo” da questão (social) é clarividente.

A construção deste autor tem, aliás, um assento constitucional literal: o art 81º CRP incumbe o Estado de promover a justiça social; o art. 2º torna expressa a “democracia social” e o art.1º estabelece uma “sociedade justa” no âmbito do chamado Princípio do Estado de Direito, que assim daria parâmetros de constitucionalidade, entre os quais a justiça. Também por isto, Reis Novais defende que existe já um “*direito fundamental a um mínimo vital de existência condigna*” como consequência do princípio da dignidade humana⁶⁵⁶.

Em termos sucintos, o direito fundamental à alimentação⁶⁵⁷ como irmão do direito à existência condigna pode, afinal, ser melhor compreendido à luz do direito fundamental à justiça material, no limite à redistribuição dos rendimentos (justiça fiscal). Vamos à

⁶⁵³ Direitos Sociais, AAFDL, 2017.

⁶⁵⁴ Os Princípios, p, 33.

⁶⁵⁵ Id. p. 35

⁶⁵⁶ Id., p. 334.

⁶⁵⁷ M.J. Estorninho, Direito da Alimentação, p. 52.

prova dos nove: a vida condigna inclui trabalho justamente pago, despedimento com justa causa, assistência pública de saúde, direito à habitação. Não por acaso Sérgio Godinho chamou “Liberdade” ao clamor em canção: “a paz, o pão, habitação, saúde, educação”. O que são estes direitos fundamentais senão reflexos das noções de justiça material e de justiça social? Não falamos de igualdade de oportunidades?

O chamado direito à vida é, nesta medida, de um alcance material muito menor, se bem comparado. Recordo-me de como a ideia de dignidade humana está historicamente ligada à ideia de igualdade material, e à segunda geração de direitos fundamentais. Numa palavra, uma ideia como “todos os seres humanos têm direito à vida” expressa uma concepção moral e humanista mais ampla do que a habitual remissão cristã. Recorde-se que da mesma maneira que se dizia na Grécia Antiga “todos os cidadãos” significando estes uma elite; a ideia de humanidade transportada até à modernidade por pensadores cristãos está longe de ser um debate encerrado: os judeus são homens? Os negros são homens? Os refugiados são homens?

É plausível que a noção de dignidade humana tenha uma amplificação merecida e uma aplicação normativa reduzida? Não será que o verdadeiro conceito fundador do direito é a justiça e não a dignidade humana? Não será que esta foi um expediente politicamente correcto que actuou como duplo da justiça, num filme mudo?

Devo anotar que não acredito na necessidade de positivizar a justiça como limite da constituição; é para mim claro que a existência de constituição política é uma decorrência de a justiça ser o fundamento de toda a actividade pública: concretiza a justiça material. Assim, é a constitucionalidade democrática que pode e deve constituir um parâmetro de justiça, para colocarmos os termos elementares em ordem.

Paz Ferreira dissertando sobre o subdesenvolvimento do interior português, vem a aplicar a ideia de “*justiça social*” de forma tão sintética quanto acutilante: “*há uma questão que é a de igualdade de oportunidades e não penso que o interior tenha tido as mesmas oportunidades. E, no entanto, aquilo que justifica o contrato social em que se baseia a comunidade política exige essa igualdade, condição necessária ao progresso e desenvolvimento.*”⁶⁵⁸ Após analisar a evolução económica chega a conclusão que partilho: “*a necessidade de uma modificação de regras e procedimentos mas, sobretudo, de criação de uma nova e mais justa sociedade, assente num*

⁶⁵⁸ Interioridade, p. 191-192.

desenvolvimento económico justo que acabe com as desigualdades entre grupos sociais e regiões”⁶⁵⁹.

Então, quando o sistema legal vigente não cuida da justiça social, o que acontece? Criam-se subsistemas e nasce o chamado pluralismo jurídico, rebelde como no bairro de lata ou na favela ou oficial - que vigorou nas nossas autarquias até à primeira metade do séc. XII, conforme estudou J. Duarte Nogueira⁶⁶⁰, através das Cartas de Foral. E acrescenta: “*o Direito serve também para proteger os fracos dos fortes e concretiza a Justiça como valor perene e dele antecedente*”⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ Id, p. 195. V. também, do mesmo A., Por uma sociedade decente.

⁶⁶⁰ O Interior e o Direito, p.177- 178.

⁶⁶¹ Id, p. 186.

3.3 A socialização da justiça material

É clássica a questão de saber se a justiça é um princípio individual ou social⁶⁶². Ambas as alternativas estão associadas na ideia de “*virtude social*”⁶⁶³: a dimensão social, no que tem de “sentir da justiça”, resulta também da e na idealização do homem justo, por oposição ao homem indigno (*O ímpio, pode dizer-se /Passa como a tempestade;/ O justo é um alicerce/ Eterno como a verdade*⁶⁶⁴) e às questões de justiça relativa - a justiça enquanto virtude necessária, sempre mais necessária quanto maior poder esse indivíduo detenha: em especial, o soberano esteve sempre sujeito a uma vigilância responsabilização acrescidas⁶⁶⁵. Esta aparece, ainda hoje, valorizada sob a forma de “justeza” e “rectidão de carácter”.

O “primado da justiça” rawlsiano assenta, assim, numa chave tripla consecutiva: (i) a prioridade do justo face ao bom funda-se (ii) no campo da meta-ética deontológica, reconduzível à (iii) primazia essencial do indivíduo sobre os seus fins: a chamada “unidade prévia do eu” - cada ser humano individual é um sujeito moral e cada sujeito moral é um ser individual⁶⁶⁶; cada pessoa representa-se como sujeito moral, de forma justa⁶⁶⁷, isto é: o indivíduo é o ponto de partida de justiça, o que consiste numa análise individualista da justiça enquanto dever pessoal⁶⁶⁸.

De outro prisma, nesta leitura rawlsiana demarca-se ainda a linha de fronteira entre a justiça e a razoabilidade: enquanto esta última deriva de concepções do “bom”, a justiça é o nome (substantivo) do que é justo (adjectivo).

Na realidade, a sociedade humana tem vivido sempre orientada por e para um padrão de justiça. A perenidade imensa da lei social⁶⁶⁹ (contrastante com a efemeridade essencial das leis jurídicas na nossa democracia) demonstra-o e assegura-o: se a norma social de

⁶⁶² Platão, A República, p. 605.

⁶⁶³ T. More, Utopia, p. 369.

⁶⁶⁴ Provérbio de Salomão, X, 25.

⁶⁶⁵ T. More, Utopia, p. 273.

⁶⁶⁶ J. Rawls, A Theory, p. 82.

⁶⁶⁷ Id., p. 175.

⁶⁶⁸ Id., p. 213.

⁶⁶⁹ Max Weber, Economia e Sociedade, p. 256. O conceito de “lei social” inclui a aplicação de sanções informais – não há apenas lei quando um instrumento que o sanciona é de carácter político – há ordem legal sempre que um grupo (por ex. parentesco ou religioso) se encarrega da tarefa de aplicar sanções para punir transgressões.

justiça atravessou toda a história até ao presente, em diversas contingências políticas, é porque realmente está indissolivelmente relacionada com o ser humano. Aliás, o sentir da justiça distingue verdadeiramente o Homem dos restantes seres vivos. De resto, os homens agem em virtude das suas representações e o modelo que têm do mundo fornece-lhes instruções⁶⁷⁰ – reafirma-se: o princípio da justiça não é alheio às “representações psico-sociais” da justiça.

Como desenvolveu Durkheim, a sociedade também tem o seu cimento nos laços das ideias partilhadas, como a de justiça⁶⁷¹. Neste sentido, a ideia de justiça é impessoal, não tem um autor em específico⁶⁷², até porque a moral pode ser legitimamente pensada como “*propriedade colectiva*”⁶⁷³. Assim sendo, o estudo de princípios sociais como a justiça deve ser empreendido a partir do real, das formas concretas que encontramos na sociedade concreta⁶⁷⁴. Nesta medida, representações jurídico-sociais inexactas, vertidas em fórmulas-padrão como a de “homem médio”, parecem especialmente inadequadas, designadamente por estarem desfasadas “*dos círculos sociais mais largos, repercutindo nas condições basilares da existência, modelando atitudes de vastos grupos na vida real*”⁶⁷⁵.

Ou como nos diagnosticou (aos portugueses) Eduardo Lourenço, em tom crítico, tendemos a ser “*inventores geniais de concórdias e verdades médias (refinámos no gosto da glosa jurídica, da astúcia formal, da conciliação do inconciliável) quando o mais empírico interesse pessoal ou social está em jogo*”⁶⁷⁶. Assim, parece-me forçoso afirmar que no seu aspecto jurídico “*o Homem não pode ser separado das suas qualidades e impulsos essenciais*”, entre as quais as suas liberdades política e económica⁶⁷⁷.

Ora, assim se justifica que o princípio da justiça respeita à sociedade concreta, à “*vivência real*” que nos dá o “*ser-at*”⁶⁷⁸, ao “*homem real*” que “*não é actor separadamente de uma história política e económica*”⁶⁷⁹; e às suas circunstâncias

⁶⁷⁰ J.L. Vuillerme, O Ocidente, p. 16.

⁶⁷¹ E. Durkheim, Crítica a Schäffle, p. 85

⁶⁷² Id., p. 87.

⁶⁷³ Id., p. 130.

⁶⁷⁴ Id., p. 131-132.

⁶⁷⁵ V. Magalhães Godinho, Ensaios, p. 40.

⁶⁷⁶ Eduardo Lourenço, Labirinto, p. 54.

⁶⁷⁷ L. Feuerbach, Princípios, p. 15-34.

⁶⁷⁸ Max Scheler, A Situação do Homem, p. 64-65.

⁶⁷⁹ Eduardo Lourenço, O Labirinto, p. 39.

próprias⁶⁸⁰, por menos frequentes na sua verificação que se apresentem em relação à norma (social ou jurídica). Significa isto, bem vistas as coisas, preferi-lo na linguagem jurídico-administrativa ao “homem político”, que é *“abstracção e não é por somas de abstracções que compreendemos o homem mas sim pela constante e incessante relação de todas as suas actividades e das condições de tais actividades A lógica da relação não coincide com a abstracção nem com a generalização. O individual identifica-se com o contingente”*⁶⁸¹. Não parece difícil concluir que o princípio da justiça será, por necessidade e por vocação, uma janela para a dimensão social do Direito Administrativo.

Até porque, definitivamente, há um problema de efectividade na lei administrativa, em sentido amplo. A lei justa será a lei realmente aplicada; a injustiça, facial e latente, tem sido socialmente encarada como *“aceitável”* graças ao processo orgânico-democrático que lhe subjaz⁶⁸². Mas até quando? A realidade está aí a dizer-nos que o “fim da história” chegou ao fim... De um posto de vista político, os fenómenos que se fundem na resistência ao cumprimento da lei são sinal da *“estagnação da democracia”*⁶⁸³.

⁶⁸⁰ J. Ortega y Gasset, *Meditações de Quixote: “Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo.”*

⁶⁸¹ Eduardo Lourenço, *O Labirinto*, p. 110.

⁶⁸² Eduardo Lourenço, *Labirinto*, p. 36.

⁶⁸³ *Id.*, p. 39.

4. DIMENSÃO POÉTICA

4.1 A “justiça poética” como expressão humana e cultural do apelo à justiça

“Nem quem acha que é justo e que é direito

Guardar-se a lei do Rei severamente

E não acha que é justo e bom respeito

Que se pague o suor da servil gente.”⁶⁸⁴

Luís de Camões

“E é por isso que a poesia é uma moral. E é por isso que o poeta é levado a buscar a justiça pela própria natureza da sua poesia. E a busca da justiça é desde sempre uma coordenada fundamental de toda a obra poética.”⁶⁸⁵

Sophia de Mello Breyner Andresen

“A identidade da Constituição material (...) entre a tradição, o legado cultural e as experiências históricas, por um lado, e as esperanças, possibilidades reais e de configuração futuro por outro, o que pressupõe uma relação de dependência cultural de todo um povo, como se evidencia ao analisar o decurso de longos períodos de tempo”⁶⁸⁶.

Peter Häeberle

⁶⁸⁴ Os Lusíadas, Canto VII, v. 85 e 86.

⁶⁸⁵ Palavras ditas em 11 de Julho de 1964 quando lhe foi entregue o Grande Prémio de Poesia pela Associação Portuguesa de Escritores.

⁶⁸⁶ Vasco Pereira da Silva, A Cultura a que tenho Direito, p. 13, nota 16.

I. Existe uma questão que não me poderia eximir eu de analisar sob pena de ir contra o meu próprio pensamento. Digo mais: a seguinte questão é central na minha abordagem da justiça material. Então, a reivindicação textual, literária, poética ou prosaica, enfim cultural da justiça resumida na chamada, tantas vezes pejorativamente nas salas de aula, “justiça poética” é indiferente ao tema desta dissertação? A “justiça poética” tem nada a ver com a sua expressão jurídica, é isto?

Lendo alguns dos maiores escritores portugueses, a sua expressão publicada não dista da necessidade social e do sentimento de justiça, antes o amplifica e o literaliza. Mais do que isso, através do estudo de alguns poetas de referência de épocas passadas podemos conhecer o dilema jurídico concreto que enfrenta historicamente, num dado momento, a justiça.

Olho para a escrita portuguesa do séc, XX. Na obra poética de Jorge de Sena encontramos um belíssimo poema que aclara a perenidade frágil e a universalidade do sentimento de justiça, no meio da incerteza e da escuridão. A justiça é, diz-nos o sujeito poético como *“uma pequenina luz/ une toute petite lumière/ em todas as línguas do mundo/ bruxuleante e muda/ brilhando incerta mas brilhando/ na distância/ no meio de nós”*...

Ou Torga à frente dos montes: a urgência n’ “Outra Lei” e a justiça como igualdade “natural” entre os homens! Miguel Torga, é lapidar no seu pedido-poema “Outra Lei” (terá o poeta lido algo sobre Direito Natural?): *“Nenhum grito mais alto/ Nenhum estertor mais fundo./ Calmaria no mundo/ Natural...O instinto composto/ Em cada rosto/ Igual.”*

Também José Cardoso Pires, em “Dinossauro Excelentíssimo”, obra emblemática da crítica ao despotismo salazarista, publicada em 1972, história *“de certo Reino onde nos velhos outrora vivia um imperador astuto, diabo e ladrão”* de quem *“não se sabe se afinal ele era homem, se era estátua ou apenas descrição”*. Leio a interrogação retórica sobre o poder ditatorial ou despótico, anti-democrático, e “as leis”:

“Dinossauro teria de tirar um curso que lhe desse para governar toda a gente. Leis, decidiu o padre local – Esta criança vai para Leis. E sendo assim, tão orientado, é de admirar que tenha atingido o poder que atingiu? Não estaria destinado por natureza a

escapar às leis da morte, uma vez que, sabe-se, agora toda a sua vida tinha sido feita à margem das leis dos vivos?”⁶⁸⁷

E escreveu mais, nesta mui corajosa sátira a Salazar: “ *O regedor disse que na espada é que estava o mando e a justiça (...) A espada cortava a direito, como já naquele tempo se sabia, e não precisava da balança da rectidão para coisíssima nenhuma; enquanto que a lei sem espada, ora adeus, não valia a ponta de um chavelho, permita-se a expressão. (...) A criança estava destinada às leis por muitas e muitíssimas razões, quod erat demonstrandum*”⁶⁸⁸.

Camões exemplificou-o n’Os Lusíadas” magnificamente ao questionar a fundamentação do poder régio e o tratamento dado ao povo, à maneira do que se vinha fazendo na Idade Média, fruto do Renascimento e da tradição clássica, e do que se fará na Idade Moderna, no dealbar dos regimes liberais.

Padre António Vieira relembra no séc XVII a justiça como atributo do poder real e como fundamento das regras públicas: “e da real grandeza, justiça e piedade de Vossa Majestade esperamos que bastem estas regras”⁶⁸⁹; “ e isto era o que Sua Majestade ordenava, e o contrário manifesta violência e injustiça”⁶⁹⁰ – podemos ler na Carta do Maranhão a El-Rei D. João IV, de 4 de Abril de 1654; já na Carta seguinte (6 de Abril) há mais matéria de estudo que pede reflexão – a justiça como argumento a favor dos mais fracos, estatuto social atribuído de acordo com as posses materiais: “*desejo que se guarde justiça a essa pobre gente*”; “*porque as injustiças que se fazem a essa pobre e miserabilíssima gente não cabem em nenhum papel*”⁶⁹¹.

E também a ideia de que a justiça é um remédio que vem sempre a tempo de, precisamente, remediar uma situação injusta criada pelo poder. Como diria hoje, justiça a todo o tempo, ou pelo menos tanto quanto dure a injustiça criada pelo poder – “*porque todos são interessados nos índios, e vivem e se remedeiam das mesmas injustiças que vossa majestade deseja remediar*”⁶⁹².

⁶⁸⁷ p. 12- 13

⁶⁸⁸ p. 13, 15.

⁶⁸⁹ Sermões, P. 110.

⁶⁹⁰ Id, P. 107.

⁶⁹¹ Id, P. 111-112.

⁶⁹² Id, P. 112

Assim, parece-me que o Direito não pode deixar de estabelecer e aprofundar uma relação afectiva e efectiva com a literatura de cada época, num plano geral, na medida em que esta expresse a cultura histórica ou, melhor ainda, o pensamento jurídico dessa mesma época. Em especial, a justiça poética (sendo uma justiça dos homens e do Homem) é um conceito metafísico com pés de barro. Na verdade a justiça poética, como criação artística, é uma representação cultural do Homem e da sua relação com a justiça - com raízes na terra, evidentemente.

Isto porque se se reconhece que “uma coisa é o direito legislado, outra coisa é a prática social do direito”⁶⁹³, a poesia expressa-o de forma eloquente no que toca à prática social da justiça, em particular antes da Idade Moderna. Por exemplo, quando Vasco Pereira da Silva adianta que “o entendimento do Direito Constitucional como ciência da Cultura implica portanto a valorização não apenas do texto, mas da realidade que lhe está subjacente”⁶⁹⁴, em rigor afirmando, digo-o eu, que antes do constitucionalismo português a realidade literária, dita cultural, avulta como testemunho da prática social e jurídica.

Neste ideal, valerá a Sociologia do Direito estar atenta – no dizer de Pierre Guibentif, *“a contribuir para a detecção e interpretação de evoluções que dizem respeito, não apenas ao direito, mas às categorias gerais do nosso pensamento”*⁶⁹⁵.

Então, deveria o jurista ter consideração do apelo à justiça em verso ou em prosa poética – pois que melhor base concreta e literal existirá do que um texto datado e assinado como reflexo da dimensão social e cultural das circunstâncias históricas da justiça, seja esta abordada do ponto de vista interdisciplinar ou não, mas atendendo sempre ao real?⁶⁹⁶ – “apenas” exige ao jurista que seja mais do que um autómato – um homem de cultura: o estudo do contexto literário (e, amiúde, biográfico) das ideias políticas expressas pelo poeta.

Fica, leitor, com a minha proposta poética: seria corajoso e sugestivo ensinar a justiça a partir da poesia; e bonançoso fazer o inverso...!

⁶⁹³ Vasco Pereira da Silva, *A Cultura*, p. 17.

⁶⁹⁴ *A Cultura*, p. 12-13.

⁶⁹⁵ P. Guibentif, *Direitos Culturais*, p. 391.

⁶⁹⁶ J. Ortega y Gasset, *Sobre a Caça e os Touros*, p. 145 – um exemplo da compreensão de um fenómeno cultural para o conhecimento (da história): para o filósofo espanhol, *“não se pode compreender bem a história da Espanha desde 1650 até hoje quem não tenha construído com rigorosa construção a história das corridas de touros no sentido estrito do termo.”*

4.1.1 A justiça como proibição do arbítrio em “Antígona”

No poema “Catarina Eufémia” de Sophia há mesmo um rigor facial da melhor fonte: “O primeiro tema da reflexão grega é a justiça/ Antígona poisou a sua mão sobre o teu ombro no instante em que morreste”. Numa leitura recente, V. B. Boechat assentou que este poema demonstra a diferença entre as duas concepções de justiça fundamentais: a “justiça humana” e a “justiça divina”⁶⁹⁷.

Se relermos a obra “Antígona”, na versão de Sófocles, encontramos lá a proibição do arbítrio do poder como reflexo da justiça, pelo seu anverso: diz Antígona “*A tirania tem, entre outras vantagens, a de poder dizer e decidir quanto lhe apeteça*”.⁶⁹⁸ E adiante, num diálogo entre Creonte e Hemon, ainda sobre o pano da tirania, fica aclarada já a ideia de limitação do poder político (que haveria de ser recuperada na Idade Média, pelo Renascimento e pelo Classicismo⁶⁹⁹):

“- Então, será o povo que vai ensinar-me a governar?

- Não vês que falas como jovem inexperiente?

- Hei-de governar esta terra, segundo a opinião de outros, ou segundo o meu parecer?

- Uma cidade não pertence a um só homem.

- Então, a cidade não pertence a quem a governa?

- Tu, o que mereces é governar uma cidade deserta.”⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ V. Antígona e Catarina Eufémia: Figurações da Justiça... cit.

⁶⁹⁸ Sófocles, p. 25.

⁶⁹⁹ V. Fundamento Histórico.

⁷⁰⁰ P. 33.

4.1.2 A dupla asserção de justiça material em “Os Lusíadas”

Porventura ninguém cantou tão fortemente como Camões, na poética portuguesa, a justiça material como limite material do poder político. Em rigor, a justiça aparece n’Os Lusíadas reflectindo o entendimento medievo comum: como correctivo do abuso do poder opressor (fosse administrativo ou pessoal) - “*Leis em favor do Rei se estabelecem/ As em favor do Povo só perecem*”⁷⁰¹; ora claramente como fundamento do Direito e protecção económica dos mais desabonados: “*Nem quem acha que é justo e que é direito/ Guardar-se a lei do Rei severamente, / E não acha que é justo e bom respeito/ Que se pague o suor da servil gente.*”

Escuto António José Saraiva, a propósito da obra-prima de Camões: “*Os Lusíadas apresentam-se como um regimento de príncipes. Mas Camões não prega uma doutrina nova do poder. A ideia de Justiça estava presente em todos os doutrinadores que até então se tinham ocupado dos direitos e obrigações dos senhores e a recomendação de pagar o trabalho da “servil gente” fazia parte do código de cavalaria.*”⁷⁰²

J. C. Seabra Pereira afina pela mesma nota, ao propor que “*já aí Camões não rasura, nem nós devemos iludir, as quebras de valor humano que lançam sobras naquele trajecto nacional, nem os aspectos duvidosos da legitimação do poder na ordem estabelecida*”⁷⁰³. Para de seguida concluir que o “*Homem camoniano vai insolitamente, à luz do mais exigente humanismo cívico, as contraditas da realidade disfórica e superando as limitações próprias de conhecimento e bravura, de livre responsabilidade e de rectidão moral. A própria ética de superação humana já nem sempre coincide com o discurso legitimador do Poder.*”⁷⁰⁴ E lapidarmente questiona retoricamente uma afirmação que para mim é clara: “*Lição insuspeitada para os dilemas do nosso presente?*”⁷⁰⁵. Sim, pois então..!

A este propósito, da poesia épica camoniana vêm a resultar a oratória de António Vieira no séc. XVII e a literatura na linha da “*tradição catolicista hispânica*”⁷⁰⁶. Dada a

⁷⁰¹ Canto IX, v. 28.

⁷⁰² A. J. Saraiva, A Fábrica n’Os Lusíadas, p. 61.

⁷⁰³ Reler os Lusíadas em tempos de crise, P. 303.

⁷⁰⁴ P. 304.

⁷⁰⁵ p. 307.

⁷⁰⁶ E. Iañez, História da Literatura, p. 150.

expansão colonizadora portuguesa, havia então que denunciar “os abusos e as injustiças”, numa “exaltação do impulso evangelizador ao mesmo tempo que moralista” – avulta também Padre Manuel Bernardes, na “moralização de tipo tradicional”⁷⁰⁷ ...

⁷⁰⁷ P.152-153.

4.1.3 A Administração justa como valorização da humanidade do funcionário público e do cidadão – testemunho de “Mr. Bartleby, o Escrivão”

“Correspondência perdida! Não faz lembrar homens perdidos? Às vezes, o pálido funcionário retira de dentro do envelope um anel, e é possível que o dedo a quem este estava destinado apodreça já na tumba; ou então uma nota de banco enviada num rápido impulso de caridade, e talvez aquele a quem iria aliviar a já não coma nem possa sentir fome; ou um perdão para quem morreu no desespero; uma palavra de esperança para quem morreu sem ela; boas notícias para quem morreu oprimido por calamidades nunca aliviadas. Mensagens da vida, estas cartas correm para a morte.

Ah, Bartleby! Ah, humanidade!”⁷⁰⁸

Herman Melville

Estas são as palavras finais da conhecida obra “Bartleby, o Escrivão” de Herman Melville. Está em causa o atraso *ad eternum* do serviço público de correios e o que tal implica de desumanidade. Vendo melhor, a administração injusta é uma administração desumana⁷⁰⁹: a desvalorização do funcionário público e na mesma medida, correlativamente da desvalorização humana do cidadão concreto, fora de abstrações de “homem médio”.

O leitor atento da obra de Melville repara no subtítulo: “uma história de Wall Street”. Escrita em 1853, tem sido sempre mordaz e cruamente real desde então... Alvo de diversas releituras, obra vista como misteriosa, absurdista ou niilista, como em “Bartleby e Companhia” do escritor catalão Enrique Vila-Matas, que serve para dar conta de pessoas, escritores promissores então, que a dado momento renunciaram à sua arte. Só que desta leitura niilista intui-se outra, muito significativa. Porque será que homens consagrados nas letras desistem da sua profissão, adoecendo existencialmente e, numa palavra, deprimindo?

⁷⁰⁸ P. 49

⁷⁰⁹ V. dimensão administrativa.

É curioso que o mesmo Enrique Vila-Matas trata disso num conjunto de contos ligados pela alienação dos seres humanos, pelas vidas tristes, tacanhas, descoloridas, cinzentas, (im)perfeitamente atomizadas, a que dá o nome-síntese de “Filhos sem Filhos”. E explica-o, eloquente, Vila-Matas:

*“Todos são filhos sem filhos e a sua conduta, na maioria dos casos, faz lembrar esses seres cuja natureza os afasta da sociedade; seres que, ao contrário do que se possa supor, não precisam que ninguém os defenda pois, sendo obscuros, a incompreensão não os pode tomar como alvos; seres que também não precisam de ser confortados, porque se querem continuar a ser a sério só podem alimentar-se de si próprios, de maneira que não os podemos ajudar sem lhes causar dano.”*⁷¹⁰

E sintetiza, de seguida:

*“Entre todos, compõem uma Antologia de cidadãos anónimos, fantasmas ambulantes, pobres pessoas e outros génios da natação. Para eles, a História com maiúsculas, os seus grandes protagonistas e os acontecimentos solenes, têm uma incidência muito oblíqua nas suas difíceis vidas”*⁷¹¹.

O que tem feito o Direito a estas pessoas senão medianizá-las, torná-las abstrações, quando não números, seguindo a Escola de Chicago as novas tendências de New Management? O que pode o Direito fazer por estes seres humanos alienados, evitando seres inertes, passivos, sem consciência crítica, e político-filosófica? O regresso neoclássico à justiça material na decisão pública, pela escola do “New Public Service”⁷¹², confronta-se com estas questões, diria eu, centrais e dá-lhes respostas.

⁷¹⁰ P. 12.

⁷¹¹ Id.

⁷¹² V. dimensão administrativa

1.1.4 O Poeta como Homem e a Justiça como objectivo humano – a síntese de Ruy Belo

Desejo refutar outro argumento de preconceito face à justiça poética. Será o poeta “um lírico”, alguém que vive fora do mundo que habita...? Pois não! Apoio-me no belíssimo e muito sintético “Breve Programa Para uma Iniciação ao Canto”, por Ruy Belo (dado à estampa em 1973, no livro Transporte no Tempo). Assim escreveu Belo: *“Ao escrever tenho às vezes a vaga consciência de que contribuo para o aperfeiçoamento desta terra onde um dia nasci. É a poesia uma forma de cultura (...) Mas, ao escrever, dou à terra, que para mim é tudo, um pouco o que é da terra.”*⁷¹³

Então, como se anuncia no Prefácio de Manaíra Aires Atháide *“é a partir desta obra que se intensifica a preocupação do poeta com temáticas político-sociais, tornando-se cada vez mais manifesta a noção eliotiana de que o artista tem que assumir a responsabilidade de descer às ruas e sujar as mãos com os problemas do seu tempo”*. Terá isto algo a ver com a noção de jurista comprometido com a sociedade em que vive e com o bem comum? Terá a ver com a heterodoxia, com a originalidade, com o pensamento livre, enfim com a humanidade do Direito?⁷¹⁴ Sim, claramente.

(Vem a propósito salientar que este poeta se doutorou em Direito Canónico em Roma e havia concluído a licenciatura em Direito na Universidade de Lisboa...) E continua o belo poeta Belo: *“o poeta deve surpreender-se e surpreender, recusar-se como instituição. Abaixo o oportunismo, a demagogia seja o que for. O poeta denuncia-se e denuncia, introduz a inquietude nas consciências. Escrever é desconcertar, perturbar, e, em certa medida agredir.”*⁷¹⁵ A páginas tantas, Belo transporta-nos para a noção do Homem, já: *“Falo do homem que nunca repousou sobre o que escreveu, que se recusou a servir-se a si e a servir, que constantemente se sublevou. Falo do homem que, ombro a ombro com os oprimidos, empenhando a palavra como uma enxada ou uma arma.”* Que lição sobre o pensamento crítico, sobre a humildade, sobre a curiosidade do estudioso, sobre andar direito no mundo...

⁷¹³ Id. ib.

⁷¹⁴ V. supra.

⁷¹⁵ Id. ib.

E conclui, voltando às vestes do poeta, clamando justiça: *“O poeta, sensível e até mais sensível porventura que os outros homens... Ai dele se não desceu à rua, se não sujou as mãos nos problemas do seu tempo, mas ai dele também se, sem esperar por uma imortalidade rotundamente incompatível com a sua condição mortal, não teve sempre os olhos postos no futuro, no dia de amanhã, quando houver mais justiça, mais beleza sobre esta terra sob a qual jazerá, finalmente tranquilo.”*⁷¹⁶ Também aqui para Belo, a justiça é objectivo último ou o valor primacial na sociedade humana.

Tal é consequente do que escrevera uma página antes e que me faz pensar que a luta pela justiça tem muito que ver com a poesia, pois é, foi sempre um acto de insubordinação, de resistência, inconformismo, mesmo em regimes democráticos (o fim da história foi um engano...): *“A poesia é um acto de insubordinação a todos os níveis, até ao nível do conformismo, da convivência com a ordem, qualquer ordem estabelecida”*⁷¹⁷.

⁷¹⁶ Id., p 18-19.

⁷¹⁷ Transporte no Tempo, p. 17.

5. DIMENSÃO ÉTICA

5.1 O regresso à justiça enquanto virtude como resposta à falência moral das regras públicas

*“Judging whether life is or is not worth living amounts to answering the fundamental question of philosophy.”*⁷¹⁸

Albert Camus

*“Ora, se o consensus iuris aponta para a futura constitucionalização dos direitos (e deveres), a virtude é a matriz última da ética republicana. Incompatível com relações de domínio entre os indivíduos, ela pautar-se-ia, não pela dependência, mas pelo império da lei, pelo que a política não podia ter outro objectivo que não fosse a defesa da liberdade, do direito e, por conseguinte, da “pátria comum”.*⁷¹⁹

Fernando Catroga

*“O contraente público pode resolver o contrato por razões de interesse público (...)”*⁷²⁰

Código dos Contratos Públicos

*“O Estado tem, sim, de coexistir com outras estruturas, acima e abaixo do seu âmbito; e de repensar as suas funções, os seus meios de agir, muitas das fórmulas jurídico-políticas.”*⁷²¹

Jorge Miranda

⁷¹⁸ The Myth of Sisyphus, p. 5.

⁷¹⁹ Ensaio Republicano, p. 42.

⁷²⁰ Art. 334 °nº1 CCP.

⁷²¹ Manual, I, p. 106-107.

Existiu, no início do século, um optimismo declarado em relação à figura do contrato público: é a expressão da Administração concertada por oposição à Administração “actocêntrica” e agressiva, sendo tomado como axioma que o acto é mais desfavorável para o cidadão do que o contrato⁷²².

Ora, o contrato público sofre de problemas de delimitação dogmático-conceptual que estão longe de ser novos; entre outros mais antigos, rejeitando a sua autonomia conceptual⁷²³ - a sua emancipação plena em face do contrato de direito privado, por assim dizer. Esta linha de argumentação peca pela identificação do cidadão como consumidor, confundindo o “ser” com o “ter”, privilegiando a dimensão económica em relação à dimensão política do Homem⁷²⁴.

A “Estratégia 2020” da União Europeia nomeia expressamente o aumento da colaboração público-privado como objectivo na resposta à crise. A caracterização de S.W. Schill parece-me apurada: *“to endorse a broader vision that focuses on both private and public actors, the instruments they use, and the pressures they exercise on forging public contracts into an instrument of global governance”*, posto que *“states and state entities being increasingly dependent on cooperation with private economic actors in achieving public policy goals.”*⁷²⁵

Pertence a Ronald M. Dworkin a ideia de que as normas relativas à formação e execução dos contratos são “*regras especiais*”, dado dispensarem uma “verdadeira” justificação moral – têm, segundo o pensamento deste autor, uma “*eficácia moral indiciária*” ou *prima facie*, dado “*que podem não ser afectadas pela maldade geral do sistema e os indivíduos podem ter confiado nessas leis para planear a sua vida ou dispor de propriedade*”, de tal modo que podem conferir direitos subjectivos com “*eficácia moral indiciária*”⁷²⁶.

⁷²² Veja-se até que a contraposição acto-contrato não é estanque, pois várias das determinações do contraente público na execução do contrato são actos administrativos praticados no âmbito do contrato (307ºnº2CCP).

⁷²⁴ Entre nós, Carla Amado Gomes (Consumo Sustentável: ter ou ser, eis a questão..., p. 30) refere-se, discordando embora, ao cidadão contemporâneo como “*homo economicus*”: *o cidadão é hoje visto sobretudo como um consumidor.*”

⁷²⁵ Stephan W. Schill, Transnational Legal, p. 21.

⁷²⁶ A tese dworkiniana das regras do contrato como regras especiais ausentes de justificação moral é exposta por H.L. A. Hart no Pós- Escrito de O Conceito de Direito (trad. A. Ribeiro Mendes).

Mas a realidade mudou, como o vento, e como no poema de Carlos Drummond de Andrade o que era riso (privado) deu pranto (público):

*“Public sector corruption deters private investment, misallocates resources and generates social grievances. Transparency International’s corruption league table demonstrates that countries with the best reputations have robust procurement legislation.”*⁷²⁷

Como tal, o foco mudou, e objectivo passa, simplesmente, por moralizar o contrato público, tornando-o um instrumento jurídico e político ao serviço do “desenvolvimento sustentável”:

*“É extremamente importante tirar o máximo proveito do potencial dos contratos públicos para cumprir os objetivos da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo.”*⁷²⁸

*“Com vista a uma melhor integração das considerações sociais e ambientais na contratação pública, as autoridades adjudicantes deverão poder utilizar critérios de adjudicação ou condições de execução dos contratos relacionados com obras, produtos ou serviços, mesmo que tais fatores não façam parte da sua substância material.”*⁷²⁹

Felizmente, a construção conceptual da justiça material comporta uma ética afirmativa, de valores, como nota Carneiro da Frada⁷³⁰. Desde logo, porque não há regras neutras: a regra de justiça é mais do que um produto da tradição; esta está inconscientemente instituída em termos sociais, num “contexto de racionalidade de propósitos e de valores”⁷³¹, como escreveu Eduardo Lourenço. Então, a socialização da justiça mescla-se profundamente na questão ética: o “sentido socialmente normativo” é o da “justiça”⁷³² - declarou Castanheira Neves.

Então, acredito certamente que o contratualismo social de Rousseau é o modelo explicativo das relações de poder entre cidadãos e governantes em termos formais,

⁷²⁷ Notícia do The Guardian britânico (www.theguardian.com/public-leaders-network/2016/jun/13/brexit-uk-200bn-public-procurement-eu-rules).

⁷²⁸ V. Considerando 95 da Directiva 24/2014.

⁷²⁹ V. considerando 97 da Directiva 24/2014. Apesar do que possa significar o considerando 98.

⁷³⁰ Eduardo Lourenço, Labirinto, p. 53.

⁷³¹ Max Weber, Economia e Sociedade, p. 259.

⁷³² Castanheira Neves, O instituto dos assentos, p. 247.

sendo disto exemplo o contrato público. Isto porque, como detalha A. Kaufmann “*propõe, como teste de justiça de cada relação jurídica, um procedimento, utilizado há muito para verificar especificamente a justiça das relações jurídicas estaduais.*”⁷³³

II. Mesmo lidando com a “*decomposição de valores*” actuais, no “*consumo-mundo*”, existem limites objectivos que enquadram o valor da justiça: nas palavras do filósofo francês Lipovetsky, “*os direitos do homem, as liberdades políticas e individuais, o ideal de tolerância, a rejeição da violência, da crueldade, da exploração dos mais fracos*”⁷³⁴. Tal assim é, dado a sociedade hipermoderna ser atravessada por um paradoxo: quanto mais se impõe a racionalidade económica do capitalismo (fruto do cálculo egoísta e pessimista sobre a natureza humana⁷³⁵) mais urgente a profusão estética do elemento humano (criativo, intuitivo, emocional)⁷³⁶.

Assim, “*l’arrondissement*” (M. Heidegger) é, mais do que nunca, a lei dominante do “*cosmos hipermoderno*”: o real ou o natural só fazem sentido para o homem como recursos a ser submetido ao domínio (humano) técnico ou científico⁷³⁷. Já acima, falando da dimensão social, tínhamo-lo verificado. Isto quadra terminologicamente também, mais vastamente, com o que se disse quanto aos problemas globais da norma de justiça: há necessidade de “*gestell*” (“*enframing*”), i.e., de formar um enquadramento humano do devir tecnológico⁷³⁸.

Como salienta Paul Ricoeur, a mencionada relevância social do princípio da justiça é já acolhida por via da relevância moral e comportamental⁷³⁹. Assim, o valor da “*justiça*” guia a própria acção dos cidadãos. Mas a justiça material está refém do capitalismo, enquanto este seja um sistema comandado pelo imperativo de lucro máximo que não admite outros objectivos (éticos, culturais, ecológicos) para além desse mesmo⁷⁴⁰.

⁷³³ A. Kaufmann, *Filosofia...*cit. p. 406,

⁷³⁴ G. Lipovetsky, *A Felicidade*, p. 125.

⁷³⁵ Id., *ib.*: existe uma frequente expressão de desconfiança social e a “*perturbadora difusão do cinismo no corpo social, com uma parte importante da população a exprimir a crença de que as pessoas são naturalmente más*”.

⁷³⁶ Id., *L’Esthétisation*, p. 13.

⁷³⁷ Id., *L’Esthétisation*, p. 14.

⁷³⁸ M. Heidegger, *The Question Concerning Technology*, p. 287.

⁷³⁹ P. Ricoeur, *ob. cit.*, p. 89.

⁷⁴⁰ G. Lipovetsky, *L’Esthétisation*, p. 9-10.

II. Já na construção tomista, recuperada por Thomas Morus, a norma de justiça é um “*habitus*”⁷⁴¹. Quer isto dizer que a justiça habitual é característica conceitual da justiça. Mais, a construção clássica da justiça como virtude tem muito sentido. Uma vez mais, ponho em causa o argumento negacionista que diz que a justiça não serve “para o dia-a-dia”, a justiça dos “hard cases”, ou de “última ratio”.

Portanto, quando se pensa na dimensão ética ou moral do Direito Administrativo⁷⁴²: – *pode a Administração Pública ser injusta?* Não, se é a partir da própria ideia de justiça que a Administração está vinculada a aplicar as normas legais segundo princípios gerais de justiça distributiva. Assim, “*ubi commoda ibi incommoda*”, quero dizer, que quem colhe os benefícios de administrar o bem público, deve observar os encargos acrescidos daí decorrentes⁷⁴³.

O meu ponto de partida é o da “Virtude” em Aristóteles como *ser*. Encontramos, os leitores, no pensamento de Aristóteles a defesa da Virtude, como solução para os problemas políticos (da *polis*): *virtude* pessoal do cidadão que habita a polis, a justiça era, no pensamento de Aristóteles, “*a única virtude que cuida do bem alheio*”⁷⁴⁴. É meu parecer que a concepção personalista do direito não se completa sem a elevação do homem a cidadão⁷⁴⁵, conforme reivindicava o filósofo Antigo.

Conto finalmente com a moral para abrir o caminho justo: o regresso ao “ser” em vez do isolamento conceptual do “dever-ser”. Como enquadra Bobbio, *Any consideration of the problem of legal science in the light of the distinction between “Sein” and “Sollen”, inevitably raises the old and, by now, somewhat worn out problem of whether “Jurisprudenz”, being granted that it is a science, is a “normative science”*⁷⁴⁶.

Por isto, posso acolher a impressão de Paul Ricoeur: “*les principes moraux tirent une partie de leur sens de la fonction qu’ils revêtent de guider l’action*”⁷⁴⁷. O paradigma

⁷⁴¹ T. More, *Utopia*, p. 200 nota 13.

⁷⁴² Utilizo os conceitos “moral” e “ética” como sinónimos. V. Pedro Galvão, *Ética*, p. 143; Paul Ricoeur., *Da metafísica à moral*, p. 39.

⁷⁴³ Assim, Jorge Miranda/Rui Medeiros, *ob.cit.*, p. 568-569.

⁷⁴⁴ Fernando Catroga, *Ensaio Respublicano*, p. 42.

⁷⁴⁵ *Ética a Nicómaco*, p. 8.

⁷⁴⁶ *Sein und Sollen*, p. 9-10.

⁷⁴⁷ V. *ob.cit.*, p. 89.

kantiano é o de que o “dever-ser” está na norma, diferenciando-se do seu antecedente histórico aristotélico que colocava a “virtude” no “ser”⁷⁴⁸.

No pensamento de Kant, a moralidade é aferida pelo grau de adequação às normas: a moralidade do homem está no dever cumprido⁷⁴⁹. A constatação da necessidade política e jurídica, admitida pela emissão destas directivas, de autonomização jurídica⁷⁵⁰ e normativa da componente ética que, supostamente, estaria implícita na norma⁷⁵¹ é uma falha da normatividade pública.

Consequentemente, as regras públicas moralizadoras enfermam de um paradoxo positivista: a autonomização das considerações éticas, sociais e ambientais por via das directivas europeias é o reconhecimento da imprestabilidade das normas reguladoras do contrato público enquanto parâmetros jurídicos a norma vigente, toda a normatividade vigente (incluindo o “bloco público de legalidade”) é insuficiente para a tomada de consideração dos aspectos sociais, éticos e ambientais *do* contrato público e *no* contrato público.

Digo “*insuficiente*” porque é pressuposto da teoria jurídica dita positivista (normativista) que a norma seja suficiente enquanto “*operador deôntico*”⁷⁵². Há uma ideia implícita de completude e de auto-suficiência da norma que não combina com a ideia pressuposta de que todos os elementos necessários estão na norma. Deste modo, o normativismo nega a sua razão de ser e é logicamente incompatível, na medida em que

⁷⁴⁸ Neste sentido, apoiamo-nos em José de Sousa e Brito no passo em que admite destrinçar as “éticas” da (x) “felicidade”, (y) do “dever” (da norma) e (z) dos “direitos humanos. Cfr. Verdadeiras e Falsas Alternativas na Teoria da Justiça, p. 289.

⁷⁴⁹ A Metafísica dos Costumes, p.453; 457.

⁷⁵⁰ Gustav Radbruch, Filosofia do Direito, p.99.

⁷⁵¹ Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, p. 113. V., ainda, K. Larenz ob.cit., p. 219.

⁷⁵² Cfr. A. Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 23-24. Veja-se a crítica de Menezes Cordeiro, segundo a qual a exactidão e a certeza jurídicas não são atingidas pela visão analítica do Direito, ao contrário do que esta intenta propor como principal argumento a seu favor. Acrescentamos que a necessidade de previsibilidade intrínseca do direito não se confunde, apesar da semelhança na aparência, com um certo postulado do positivismo jurídico, “*a imagem positivista geral do direito como respeitando essencialmente ao fornecimento de padrões públicos de confiança da conduta que podem identificar-se com certeza como questões de mero facto, sem dependência de argumentos morais controvertidos*” na expressão de H.L. Hart, ob.cit., p. 313. Consequentemente, uma outra justificação da exigência de previsibilidade intrínseca do Direito assenta no princípio da igualdade (v. A. Menezes Cordeiro, Introdução à Edição Portuguesa de Pensamento sistemático e Conceito de sistema na Ciência do Direito de C-W. Canaris, 4ªed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2008 (trad. de A. Menezes Cordeiro), p. 61-62. Cfr., ainda, Gomes Canotilho, ob. cit., p. 1342.).

coloca na norma (para depois fazer derivar desta) elementos estranhos à norma. (Ademais, a “insuficiência da norma” no presente dá lugar à emissão incessante de novas normas, estranhamente, como reconhecendo a perda de eficácia da norma no seu papel normativo.)

Assim, defendo a chamada ética meta-normativa, pré-e pós-legal ou normativa, aproximação entre o “ser-aí” de Max Scheler⁷⁵³ e o “dever ser” neo-kantiano. Esta última questão, de resto, é tida em conta por G. Radbruch que aplaude “*uma maior importância ao conceito de “natureza das coisas” na base de muitos preceitos jurídicos*” - face à “*sua abissal e kantiana separação entre valor e realidade, ou entre o ser e o dever-ser*”⁷⁵⁴ conforme compreendeu Cabral de Moncada, seu tradutor. E adianta no Prefácio:

““*Esta “natureza das coisas”, ou seja, os factos e situações sociais e históricos – domínio do ser – são agora considerados, como na Neoescolástica, matéria da qual se torna possível extrair muitos preceitos jurídicos no domínio do dever-ser. Decidir consoante a “natureza das coisas” equivale, deste modo, a apropriar-se do conteúdo de sentido de tais factos e situações, para, pensando-os fenomenologicamente até ao fim, poder extrair dele inclusivamente decisões de verdadeiro carácter jurídico.*”

Ainda assim, a “natureza das coisas”, como o “homem médio”, tiveram virtude na aproximação do Direito à Sociedade, mau grado hoje servirem de tubo de ensaio para argumentos anti-progressistas.

(O pensamento aristotélico parte da “*realidade para o geral*”, o que pode gerar alguma sensação de estranheza ao leitor, atendendo à alternativa epistemológica contemporânea que projecta “*do racional para o real*”⁷⁵⁵).

⁷⁵³ V. supra.

⁷⁵⁴ Filosofia do Direito, p.11, Prefácio à 3ªed.

⁷⁵⁵ Gaston Bachelard, O Novo Espírito, p. 10

5.2 O bom agrilhado e a justiça deontológica: uma alternativa ao abuso do interesse público

*“Quelque chose precede l’obligation. Ce quelque chose est la reconnaissance première du code moral.”*⁷⁵⁶

Francis Jacques

*“o desejo de viver bem – com e para os outros – em instituições justas, acrescentarei – precede na ordem fundadora a interdição nos traços do qual o sujeito encontra a obrigação”*⁷⁵⁷.

Paul Ricoeur

*“Enfim e sobretudo, a análise interior da língua faz face ao primado que o pensamento clássico atribuía ao verbo ser: este reinava nos limites da linguagem (...) A passagem ontológica que o verbo ser assegurava entre falar e pensar acha-se rompida; a linguagem, desde logo, adquire um ser próprio. E é esse ser que detém as leis que o regem.”*⁷⁵⁸

Michel Foucault

I. Parece-me fora de dúvida que a Administração Pública deve ser virtuosa – a Administração cuida do património comum no pressuposto de agir de forma justa. Para tal somos levados a pensar, segundo John Rawls, que o “justo” deve prevalecer sobre concepções derivadas do “bom”⁷⁵⁹ ?

⁷⁵⁶ Ob.cit., p.86.

⁷⁵⁷ P. Ricoeur, Da metafísica, p. 39.

⁷⁵⁸ As palavras e as coisas, p.311

⁷⁵⁹ M. Walzer, Towards, p. 3.

Como expõe M. J. Sandel: o “justo” é definido de maneira independente do “bom”⁷⁶⁰ e prevalecente face às concepções do “bom”, pois os “*interesses que obrigam à violação da justiça não devem ser atendidos*”⁷⁶¹. Então, de que maneira uma concepção substancial de justiça afecta a primazia legal do poder público de definição do interesse público⁷⁶²?

A propósito, o interesse público está numa encruzilhada, para dizer o mínimo, enquanto conceito indeterminado ordenado à solução de problemas⁷⁶³: pergunta o Prof. Colaço Antunes, sabedor da resposta, “*qual é o hoje o ordenamento de fins gerais de referência*”?⁷⁶⁴

A meu ver, o cidadão é o apoio da verdadeira definição de interesse público, na realidade de cada Administração localista; o escopo universal é hoje a contratação pública internacional apoiada, e de que maneira!, na globalização económica. A tensão particular-universal existe, portanto, na heterogeneidade divergente de interesses públicos dentro do Estado-nação face à tendencial homogeneidade de interesses da globalização económica, desde logo notória na “europeização dos contratos públicos”, no “mercado único”, na “concorrência”, etc...

Uma resposta jurídica neo-liberal do tipo “parametrização” do interesse público (“new public management”), como assistimos hoje, informalmente, através da política europeia de controlo orçamental restritivo e austeritário, (em certos momentos, mesmo autoritário) numérico dos Estados-membros da União Europeia tem-se mostrado altamente ineficaz e até contraproducente. Aparece, empiricamente, como um ou um “meio” ao alcance dos Governos e suas Administrações Públicas, perfeitamente manipulável e manipulado, enfim, contribuindo para acicatar questões classistas, populismos e para diminuir o nível de vida das populações, numa palavra, prejudicando a justiça material enquanto princípio político.

⁷⁶⁰ M. J. Sandel, *Liberalismo*, p. 43.

⁷⁶¹ J. Rawls, *Theory*, p. 47; M. J. Sandel, *Liberalismo*, p. 42.

⁷⁶² T. More, *Utopia*, p. 243; v. ainda, R. Erhardt Soares, *Interesse Público*, p. 140; Colaço Antunes, *Justiça*, p. 66.

⁷⁶³ K. Larenz, *Metodologia*, p. 192-193 V. também, R. Esteves de Oliveira, *Os princípios gerais da contratação pública*, p. 55.

⁷⁶⁴ Colaço Antunes, *id.*, p. 21.

Visto este estado de coisas, parece-me necessária uma análise crítica da prossecução do bem comum pela Administração, designadamente pelo conceito axial “interesse público”, conceito maldito pelos analistas da despesa pública, malparado para os mercados financeiros, e malparado para os cidadãos que sofreram enormes restrições no que eram os direitos, em nome de quê?, para além de orçamentações públicas ruinosas? Dito isto, parece-me que a justiça material pode participar nesse debate.

A justiça material limita os desejos de cada perspectiva quanto ao que possam ser as concepções razoáveis do bem, isto é, os “interesses públicos” relevantes⁷⁶⁵. Assim, a restrição dos “*desejos pessoais*” fortalece a construção do Estado de Direito⁷⁶⁶. Bem se pode, *ex cathedra*, afirmar que o “*interesse público concreto*” é uma síntese do interesse público e da necessidade social⁷⁶⁷ - se alguma vez assim foi, não o é mais: a síntese foi deturpada nos seus elementos e o resultado é um mero sintético...!, produto artificial do jurídico (eis a chamada crise do jurídico no seu esplendor triste!), sobre o qual se assentou tanta pedra gigante - numa posição paradigmática, M.S. Giannini afirmou que o “*interesse público é por um lado um fim da actividade administrativa e por outro o limite positivo do acto*”⁷⁶⁸. Afinal era visão quixotesca, as gigantes rochas eram de espuma e oscilavam ao sabor do vento, como os moinhos de ventos de Sancho Pança...

Um exemplo: do trecho da lei em epígrafe destaco o segmento “*por razões de interesse público*” que me merece uma atenção especial. O vocábulo “razão” é uma importação jurídica da ética aristotélica⁷⁶⁹ que pode constituir uma “abertura” do sistema jurídico, como sói dizer-se, na medida em que possibilitará finalmente a permeabilização real da actividade administrativa contratual já não apenas por meras considerações formais-legais sociais, económicas e ambientais⁷⁷⁰, mas por preocupações de justiça material na negociação dos contratos públicos, onde a carestia tem sido mais sentida. Assumo que estou perante o conceito-chave ou a prova dos nove da legitimidade jurídica do contrato público. (ou como “*causa-função*”⁷⁷¹ do contrato público, na expressão de Alexandra Leitão; escreveu a Prof.^a Maria João Estorninho no início da década de 90: “*foi com*

⁷⁶⁵ Cfr. R. Erhardt Soares, Interesse Público, p. 99 e segs.. Sintetiza J. Ferrão, O Ordenamento, p.48.

⁷⁶⁶ S. Freud, A Civilização, p. 47-48.

⁷⁶⁷ R. Erhardt Soares, Interesse Público, p. 142; Colaço Antunes, Justiça, p. 42.

⁷⁶⁸ Colaço Antunes, Justiça, p. 51.

⁷⁶⁹ Ética a Nicómaco, p. 17.

⁷⁷⁰ Stephan W. Schill, Transnational Legal, p.19, 24.

⁷⁷¹ Lições de Direito dos Contratos, p. 15 e p. 88.

base nesta ideia de prossecução do interesse público que a doutrina sempre justificou um carácter essencialmente flexível do contrato administrativo”⁷⁷²).

Por isto, em vez da vinculação teleológica ou finalista ao interesse público na actuação político-administrativa⁷⁷³, vale mais a vinculação ética⁷⁷⁴, na medida em que acertou Ricoeur na epígrafe. E como responder à “sintetização” do interesse público, senão asseverando que a justiça tem uma feição de ética meta-normativa que pode constituir uma resposta decisiva face a um interesse público capturado por interesses privados.

⁷⁷² Requiem, p. 118.

⁷⁷³ Colaço Antunes, Teoria do Acto, p. 285.

⁷⁷⁴ J. Rawls, Theory, p. 174-175.

Epílogo: uma advertência, um poema e um agradecimento

Por última incumbência formal, darei algumas sínteses ao leitor: mas desejo que sejam lidas como não conclusivas. Volto a afirmar: nunca mais me afastarei deste assunto na vida e não faz sentido fechar a porta e deitar a chave fora. Deixo-a no trinco, para um “até já”. Ficam, por exigência formal - sublinho e muito contrariado, algumas sínteses (reductoras) desta expressão escrita do meu labor em torno do princípio da Justiça no Direito Administrativo.

Esta obra fecha-se provisoriamente, para formalidades pouco essenciais – a sua entrega e depósito na FDUL a 7 de Junho de 2018 – continuando, para o essencial, aberta à leitura e à crítica, como fiz questão que acontecesse até aqui. É, verdadeiramente, por isso que existo: ler, pensar, escrever. Duvidando sempre. Lembrando a lição de Stravinsky: “*se queres ser um bom intérprete, torna-te em primeiro lugar um excelente artesão*”.

E para acabar, que a manhã da vida parece longa neste instante, o percurso da minha experiência pessoal e profissional de investigador pode assim ser ilustrado, ó leitor:

“Grito Claro”, de António Ramos Rosa (1969)

*“De escadas insubmissas
de fechaduras alerta
de chaves submersas
e roucos subterrâneos
onde a esperança enlouqueceu
de notas dissonantes
dum grito de loucura
de toda a matéria escura
sufocada e contraída
nasce o grito claro”*

Sem leitores não há escritores. Só com leitores existirá massa crítica. Só com massa crítica pode haver conhecimento. Por isto, obrigado, muito obrigado!

Justamente agradeço,

João Freitas Mendes⁷⁷⁵

⁷⁷⁵ Agradeço queixas e reclamações para: jfreitasmendes@gmail.com. Fique claro que não há prazo para impugnar o exposto!

SÍNTESES

1. A primeira lição histórica é a da destituição régia pelo Papa com base na Administração injusta do Reino (ou da Coroa), como aconteceu nos casos de Sancho II e Ricardo II de Inglaterra. Por outras palavras, a Administração justa da Coroa funcionou nos sécx. XII e XIII como limite ao poder arbitrário do Rei – *mutatis mutandis*, preciosa lição para hoje: a Administração justa deve ser uma exigência dirigida ao governo orientado para o bem comum, em nomes do bem-estar daqueles, esmagadora maioria, que não detêm o poder.
2. A segunda lição do fundamento histórico é trazida pelo pensamento pós-revolução americana e francesa: os homens e as mulheres têm direitos naturais individuais e inalienáveis (Direitos do Homem) contra o poder político instituído – isto é, o que antes era jurisdição papal hoje está na esfera individual humana e, assim, a exigência de justiça material está agora na mão de todo os Homens (e não de um representante divino).
3. A terceira lição é contígua, e passa pela materialização da justiça – em vez do “*epistemocentrismo escolástico*” cujo pensamento sobre a justiça estava agrilhoadada pelo conceptualismo e pelo formalismo e pela sua circunstância monástica, os autores do séc. XVIII e XIX vão à procura das situações e das condições reais da justiça.
4. Por isso se constata que o homem feudal vivia aprisionado pelo senhor feudal, que definia a bel-prazer, por delegação real, o entendimento de justiça que mais lhe convinha (justiça privada). Como reacção instaurou-se a consciência de que só existe liberdade havendo justiça pública ou a aplicação pública da justiça.
5. O pensamento contratualista de Rousseau é acutilante: o Estado Social, assente no Contrato Social, caracteriza-se pela Justiça e conseqüentemente as acções do Estado têm um sentido moral. Neste sentido, o Estado Social é caracterizado por acções justas; O Estado Social degenera quando o interesse privado prima sobre o interesse da comunidade (adiante o interesse público).
6. Em Portugal, esta transposição do pensamento pós-revoluções americana e francesa acontece tardiamente, na primeira metade do séc. XIX, com a revolução liberal.

Finalmente, falou-se da separação de poderes – apesar da letra que aboliu a justiça senhorial, privada, em 1790 (!) por Marquês de Pombal, esta vigoriaria até à revolução democrática de 1974; apesar das Cortes de 1641 que afirmavam o contributo dos pensadores pós-medievais: a tirania da dinastia filipina no governo de Portugal aconteceu por não se atender à justiça e houve violação do pacto com o povo português – estes os argumentos da Revolução de 1640.

Então, a partir da revolução liberal do séc. XIX, assiste-se a uma progressiva sedimentação no território da regra de justiça, assumida pela 1ª República e retomada, verbalmente, pela Constituição de 1976.

7. No início do séc. XX o Direito Natural (contributo das revoluções liberais) foi criticado por pensadores franceses que propuseram o método da observação – o princípio da sociabilidade como elemento progressista acatado pela 1ª República enquanto imagem nítida “dos sentimentos comuns de solidariedade e de justiça.

8. Com o fracasso político da 1ª República, nos anos 20 conclui-se que o Direito Natural estava também em causa. Já em 1927, o positivismo jurídico reduz os juízes a aplicadores da lei vigente, mesmo se fosse injusta – era, na prática, a única fonte de Direito e a letra da lei era o limite da solução jurídica.

Actua a inepção segundo a qual o Direito é justo até prova em contrário, malfadadamente conveniente ao período político que se avizinhava, em que a “autoridade donde emana a lei é um princípio racional da ordenação da sociedade,”

Assim, de novo a balança com Direitos do Homem e contratualismo social de um lado e o poder do governante do outro, volta a pender contra os Direitos do Homem ou não fora o salazarismo um regime anti-liberal e anti-democrático.

Estava assim operada uma transformação (ou um regresso histórico não assumido) em que o Direito Administrativo é uma ciência lógico-formal, denotando preconceito face ao carácter histórico, político, cultural, sociológico e económico do Direito, em especial do Direito Administrativo.

9. O pensamento de Hans Kelsen foi um dos esteios do aprisionamento do Direito Público pelo positivismo jurídico nos últimos 150 anos. Como não bastasse, o positivismo jurídico foi um dos vectores essenciais do “*germe totalitário*”. Não por

acaso, a Administração Pública tinha um papel meramente instrumental durante o Estado Novo.

10. Consequentemente, o positivismo cerrou fileiras contra a “*presunção do bom juiz*”, e convenientemente transformou-o “*na boca da lei*”. Fechou assim um círculo (vicioso): não há nem pode haver sentenças injustas, porque as intervenções jurisdicionais têm um carácter derivado da lei. Assim, o Estado de Direito em que a Justiça Pública é garantida por direitos naturais individuais é substituído por um Estado de Legalidade em que os direitos individuais vigoram na medida em que as leis vigentes do Poder assim permitam. Um retrocesso civilizacional para a justiça pública, que deixa ainda manchas no campo de visão da democracia de hoje. Ademais, “*favorece-se o normativismo, o formalismo e o dedutivismo*”.

11. Apesar disto, perante os crimes contra a humanidade do nacional-socialismo alemão, o pensamento de Gustav Radbruch permitiu formular uma abertura moral nesse sistema lógico-formal: a “injustiça gritante” da lei formal podia justificar a desobediência a essa lei.

Já aqui se vê que a decisão do Juiz Stoke, que permitiu a Marcha de Martin Luther King Jr. entre Selma e Montgomery não podia ser neutra, sob pena de ser injusta ,,

12. Então, combater a injustiça ou defender a justiça é certamente uma posição política, que ser compreendida melhor no quadro do pensamento dos “critical legal scholars”: o jurídico é político, e na verdade, é o político que cria o jurídico – ou ainda, o Direito tem um carácter ideológico.

Então a minha concepção de justiça material visa tornar o meu país mais democrático, com menores desigualdades de rendimentos ou de tratamento e maior justiça social.

13. Estes pensamentos, nem todos perfeitamente originais, foram lutas travadas por A. M. Hespanha e Vital Moreira, contra “a ordem jurídica do capitalismo”, já nos anos 70 pós-revolução falando da captura do jurídico pelo económico; do campo jurídico pelo capitalismo. Deste sistema feito de bases kelsenianas o resultado mais premente é “*neutralizar o sentido da justiça*”, seja colocando em primeiro lugar a segurança jurídica (por causa do tráfego negocial)

14. Jean Rivero procurava uma noção-chave para o Direito Administrativo, em 1975. Antecipou o que acontece hoje: a redução deste campo seminal do Direito Público a uma “*justaposição de regras de pormenor, flexíveis mas pouco consistentes*”. Partilho da ideia segundo a qual a materialidade das normas públicas marca a diferença do Direito Privado: neste sentido, atendo às conclusões anteriores e penso que a justiça material pode ser esse conceito-chave.

15. O pluralismo jurídico é outra resposta social da justiça material face a um sistema jurídico oficial que tende a excluir os mais pobres, os refugiados, as comunidades suburbanas, que circundam as grandes urbes, como as favelas brasileiras ou os bairros sociais portugueses, tratando esses grupos sociais como seres humanos clandestinos, sem Direito e sem direitos.

Cria-se então uma legalidade alternativa - perante a insuficiência deliberada, pois é opção política – assente no específico sentido de justiça das comunidades concretas e empíricas, resposta ao capitalismo exclusivo e excludente, que apaga vários grupos sociais – nomeadamente os de pior situação económica - do campo jurídico através da má técnica legislativa, da ambiguidade das soluções, da obscuridade do português jurídico, da constante impressão e supressão de leis, da má técnica legislativa. Favorece-se o culto dos especialistas, testemunho da regra segundo a qual o desconhecimento da lei não aproveita a ninguém – pergunto: quem pode conhecer a lei, senão as insignes empresas multinacionais, chamadas docemente “sociedades de advogados” no burgo, a que o Estado recorrer abusivamente, com prejuízo para a função parlamentar e para o erário público, além do escancarar das “*revolving doors*”, para além do apuramento (tardio) de incompatibilidades, senão de corrupção.

16. Para reparar a falha do interesse público e a sua captura por interesses privados, alguns pensadores avançam com o conceito de razoabilidade, como denominador mínimo na globalização económica – já que o capitalismo não suporta o jurídico, o jurídico anula-se para suportar o capitalismo, parece-me. Tal constitui um posicionamento político que reflecte, de novo, o domínio do económico sobre o jurídico. A moderação é totalitária porque impõe a ideologia dominante, agora neo-liberal – que sobrevive sob a capa da não-ideologia. Tal é um caso do mais amplo “domínio do pensamento liberal no Direito Administrativo”. Ora, a razoabilidade ou a racionalidade são “*modus*”, são método que pode conduzir a conclusões divergentes.

Não constituem portanto solução democraticamente aceitável porque recusam todas as opiniões que extravasem o “centro político, pós-ideológico” ou “ideologically anti-ideological”.

Como já disse, assumir, como faço, a justiça material como principal desiderato democrático é uma questão política, polémica e discutível enquanto tal, e portanto, diria alguém, não cabe na forjada razoabilidade que visa a “moderação totalitária” para manutenção do poder fáctico anti-democrático ou a manutenção do “status quo” jurídico de desigualdades gritantes e de injustiças legais.

17. Da dimensão administrativa resulta que o “new public service” é a corrente teórica que prioriza a justiça material na Administração Pública. Obsta assim ao modelo tradicional burocrático-hierárquico e às novas tendências de empresarialização da Administração Pública (“public management”).

Concluo ainda que a Administração Pública tem contribuído para uma “amolecimento” da separação de poderes em democracia, visto que os seus dirigentes tomam decisões axiologicamente orientadas, em que de novo, “a noção de neutralidade é enganadora”.

18. Da dimensão jurídica resulta a sobrevalorização doutrinária do procedimentalismo, ou do procedimento equitativo ou justo, em relação ao resultado justo (a justiça material do caso).

Ora, como resulta da construção dos direitos de defesa pelo TJUE, é a justiça material que fundamenta os direitos processuais e não o contrário.

19. Resulta ainda que a doutrina que tem tratado “o princípio da justiça do direito administrativo” assume como implicitamente indiscutível o “suum cuique tribuere” – conceito adquirido pelo peso da tradição. Ao fazê-lo ignora, ou faz por ignorar, os contributos liberais clássicos de que já falei, assim como a obra fundamental de Rawls e outros contributos recentes como os de Ricoeur, Walzer, Dworkin ou Sen. Esta é uma crítica central.

Por outro lado, não esqueço que é a mesma doutrina, próxima do pensamento social-cristão, que se tem dedicado a este tema com contributos significativos, se descontado aquele conservadorismo na abordagem de princípio ao conceito aristotélico-tomista.

20. A positivação na legislação nacional é despicienda. Numa visão benevolente, poderia concordar que se trata de “Direito Natural positivado” (Freitas do Amaral). Mas tendo em conta o estado de negação da justiça material por parte da jurisprudência constitucional e administrativa vejo que a letra constitucional e legal é letra morta. Por conveniência ideológica, a lei aprendeu lição jurisprudencial e utiliza a justiça como bordão de fala. Também assim, a proclamação internacional e a aclamação transfronteiriça na DUDH ou na CDFUE não traduz justiça material – na melhor das hipóteses, é utilizada como último recurso.

21. A discussão do caso julgado reflecte bem a falta de aceitação na comunidade jurídica da importância da (in)justiça material – o paradigma continua a ser o da imutabilidade injusta, talvez porque se entenda que os “duplos” da justiça material já tiveram oportunidade de intervir na peça. Ora, também aqui como no cinema, o duplo não é igual ao original – pode disfarçar, imitar ao longe, mas visto de perto não atinge o objectivo do actor principal – a justiça material.

22. Desmistifico que a justiça seja um conceito vago através da análise semântica; entendo que a justiça material é o eixo do Direito Administrativo porque tem primazia sobre todos os princípios jurídicos: é a própria ideia de justiça material que pode criar e justificar o Direito e não o contrário.

23. Logicamente, estamos perante um direito fundamental que amplia o poder do juiz, o que é contrabalançado com a necessidade de maior desenvolvimento argumentativo e conceptual quando falar de justiça material.

Fica assim por terra a concepção reinante minimalista, para quem o “princípio da justiça” é “apenas” um princípio jurídico. Pois se a justiça material é o fim do Direito, pode o Direito Público e Administrativo ignorá-lo? Julgo que não.

24. Como teste final, verifico a impossibilidade da “justiça global” na medida em que defendo o regresso ao localismo como o resgate das democracias que estão reféns do capitalismo global. A globalização económica e financeira quer um standard jurídico mínimo (ou sequer esse, no ideal do mercado livre) e eu divirjo, entendo o Direito como produto de uma comunidade histórica e politicamente situada, culturalmente identificada entre si e identificável. Ademais, a globalização tem empobrecido o poder

político democrático e o poder do jurídico, tendo aumentado as injustiças materiais, concretamente as desigualdades económicas.

25. Isto traz-nos à velha “questão social” da revolução industrial: o capitalismo selvagem mata, na procura desenfreada pelo lucro máximo e o nível de protecção individual dos direitos diminui. Como N. Luhmann, defendo que o fundamento do Direito está fora do Direito e não na autopoiése.

26. A justiça material tem entrado pela janela dos direitos fundamentais sociais: o direito a uma existência condigna ou o direito à alimentação são importantes e necessárias decorrências da justiça material; ou ainda a justiça social como argumento contra as assimetrias enormes nacionais litoral-interior; e a justiça como “protecção dos mais fracos contra os mais fortes”.

27. Émile Durkheim argumenta que a comunidade tem os seus laços em ideias partilhadas; uma delas é a justiça. Assim, justifico que o Homem seja encarado dignamente, com direito à liberdade económica e, assim, à liberdade política. Então, concludo que a justiça material está presente na sociedade da “vivência real” e do “ser-aí” e rejeito uma concepção espiritualista ou religiosa daquela.

28. Da dimensão poética faço ressaltar a ideia de que a poesia, enquanto manifestação humana e cultural, pode ser fonte do Direito. Ou mais ainda, toda a literatura ensina muito sobre a justiça, de tal forma que através de várias obras e poemas podemos resumir o fulcro material das aplicações históricas da justiça. Exprimo, portanto, que a justiça poética é um instrumento do jurista e do investigador, dado que reflecte o pensamento de uma época ou, quando assim não for, reflectirá o sentimento de justiça de um ser humano ou a consciência humana da justiça.

29. A dimensão ética serviu para concluir pela falência da normatividade vigente no combate à corrupção no exercício de cargos públicos, fenómeno repercutido na idoneidade da contratação pública. Como tal, proponho a justiça como “virtude pessoal que cuida do bem alheio” (Aristóteles), num espaço meta-ético, para a afirmação da ética pública. Rejeito o neo-kantismo: o isolamento do dever-ser (“sollen”) do ser (“sein”) está errado e penso que a “crise do jurídico” reflecte-o – bem como as outras conclusões expostas.

30. Assim, as regras do contrato público constituem um exemplo do que digo: são insuficientes para acomodar sequer o interesse público, conceito que está a meu ver ultrapassado pela realidade: porque é da ordem do “bom” e não da ordem do “justo”, tem sido constantemente delapidado pela acção governativa, ao ponto tal de ser hoje desqualificado pela “razão pública”. O bem comum pode expressar-se, conluo, na justiça material do contrato público, que é por isso filho do contrato social e da ética republicana.

Bibliografia principal

Albuquerque, Ruy de – História do Direito Português (Separata da Revista da FDUL, ano XXVI). FDUL, 1988.

- Poesia e Direito (Separata da RFDUL, republicação). Coimbra Editora, 2007.

Aleixo, António – Este livro que vos deixo. 1983.

Alessi, Renato - Principi di diritto amministrativo, Milano, 1966.

Alexandrino, José de Melo - Direitos Fundamentais – introdução geral. Principia, 2015.

- Jurisprudência da crise: das questões prévias às perplexidades (in Gonçalo de Almeida Ribeiro/Luís Pereira Coutinho, org., O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios críticos). Coimbra Editora, 2014.

Alexy, R. – A Theory of Constitutional Rights. Oxford, 2009.

Alves, Sílvia – Lições preliminares de Sociologia do Direito. AAFDL, 2018.

Amaral, Diogo Freitas - Manual de Introdução ao Direito. Almedina, 2012.

– Curso de Direito Administrativo, vol. II. Almedina, 2010.

- O princípio da justiça no artigo 266.º da Constituição (in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, p. 685 e segs.). 2001, Coimbra Editora.

Andrade, J. C. Vieira de - A Justiça Administrativa (Lições), Almedina, 2015, 14ªed.

- O dever de fundamentação expressa de actos administrativos. Almedina, 2007.

Andrade, J. Robin de - A Revogação dos Actos Administrativos. Coimbra Editora, 1985.

Antunes, L. F. Colaço – A Ciência Jurídica Administrativa: Noções Fundamentais. Almedina, 2012.

- A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural. Almedina, 2015.

- As categorias jurídicas no direito administrativo cosmopolita: uma leveza insustentável (Revista do Ministério Público N.º. 143 p. 129-175). SMMP, 2015.

- O véu da evidência na justiça administrativa: à procura do significado perdido do erro manifesto (Revista do Ministério Público N.º. 139 p. 220-255). SMMP, 2014.

- id./Coutinho, J. Ferraz - Controlo jurisdicional de concursos e exames: pode uma exceção alterar a teoria? (in Revista do Ministério Público N.º. 133 p. 75-95). SMMP, 2013.

- Semel publica administratio. semper publica administratio. O paraíso perdido do direito administrativo (in Revista da FDUP, ano VII, Especial). FDUP, 2011.

– O Direito Administrativo sem Estado. Coimbra Editora, 2008.

- O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI: algumas questões. Almedina, 2000.

Aquino, S. Tomás de - Suma de teología. Edição Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas. 1995.

Aristóteles – Política (edição bilingue). Nova Vega, 2016.

- Ética a Nicómaco (trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross). Nova Cultural, 1991.

Ary, António – Ética e Direito: Que Diálogo? (in Revista Portuguesa de Filosofia: Direito e Filosofia: Fundamentos e Hermenêutica, t. 70, fasc. 2/3, p.539-552). 2014.

Bachelard, Gaston - O Novo Espírito Científico, Edições 70 (trad. A.J. Pinto Ribeiro), 2008 (1934).

Bachof, Otto – Normas Constitucionais Inconstitucionais. Almedina, 2001.

Barata-Moura, José – Valores e Crise (in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, ano 3, nº2, p. 33-45). Almedina, 2010.

Barreto, Ireneu Cabral - O Advogado perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B831>).

Bilhim, João – Ciência da Administração. ISCSP, 2010.

Bevir, Mark – Governance: a very short introduction. Oxford, 2012.

Bobbio, Norberto - “Sein” and “Sollen” in Legal Science (in Archiv für Rechts -und Sozialphilosophie, nº6, 1970). Franz Steiner Verlag, 1970.

Bobbio, Norberto / Viroli, Maurizio – Direitos e Deveres na República. Elsevier, 2007.

Bloch, Marc – A Sociedade Feudal. Edições 70, 2018.

Bourdieu, Pierre - Meditações Pascalianas. Celta, 1998 (1997).

– La distinction: critique social du jugement. Les Éditions de Minuit, 1979.

Bentham, Jeremy - An Introduction to the Principles and Morals and Legislation. 1789.

Brandão, Raúl – Os Pescadores. Círculo de Leitores, 1923.

Brito, José de Sousa e - Verdadeiras e Falsas Alternativas na Teoria da Justiça (in Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, I, p. 289-334). Coimbra Editora, 2008

- Fontes de direito, ordem jurídica e reconhecimento (in Estudos em Homenagem a Rui Moura Ramos, vol.II, p. 1231-1249). Almedina, 2016.

- O que é o positivismo jurídico - como se define e como se auto-suspende? (Revista da FDUL, vol. 51, n. 1-2. Coimbra Editora, 2010.

Brito, Miguel Nogueira de - Propriedade Privada: entre o privilégio e a liberdade. FFMS, 2010.

- Comentário ao Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional (Direito & Política, n.º 1, Out.–Dez.). Diário de Bordo, 2012.

Braudel, F. – História e Ciências Sociais (3ªed.). Editorial Presença, 1981 (1980).

Buchanan, James M. – The domain of Constitutional Economics (Constitutional Political Economy, vol.I, nº1, p.1-18). Center for Study of Public Choice, 1990.

Cabral, Nazaré Costa – Teoria do Federalismo Financeiro. Almedina, 2012.

- Redistribuição económica: seu significado à luz das principais teorias. AAFDL, 2003

Caetano, Marcello - Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. Almedina, 2010 (1981).

– Manual de Direito Administrativo. Almedina, 1980.

- Conceito de Contrato Administrativo (in Estudos de Direito Administrativo, p.39-52). Ática, 1974.

- O problema do método (in Estudos de Direito Administrativo, p. 118 e segs.). Ática, 1974.

- Tendências do Direito Administrativo (in Estudos de Direito Administrativo, p. 226 e segs.). Ática, 1974.

Canaris, Claus-Wilhelm - Pensamento sistemático e Conceito de sistema na Ciência do Direito (trad. A. Menezes Cordeiro). Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 4ªed., (1983).

Callejón, Francisco Balaguer - Portugal, Europe and the Globalization from the perspective of Public Law (in Portugal, Europe and the Globalization of the Law). FDUL, 2013.

Camões, Luís de – Os Lusíadas. Dom Quixote, 2015.

- Poesia Lírica. Verbo, 1971.

Camus, Albert – The Myth of Sisyphus. Penguin Classics, 2000.

Canotilho, J.J. Gomes – Renovar os Ideais Democráticos - Ensaio (in *Jornal de Letras*, nº. 1177, Novembro de 2015, p. 26-27). Impresa, 2015.

- Sustentabilidade – Um romance de cultura e ciência para reforçar a sustentabilidade democrática (in *Boletim da FDUC*, VOL. LXXXVIII, tomo I, p. 7 e segs.). FDUC, 2012.

- Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 2002 (6ªed.).

Canotilho, J.J. Gomes/ Moreira, Vital - CRP anotada, vol. II. Coimbra Editora (4ªed.), 2010.

Carvalho, Orlando de – Ius – quod iustum ? , (in *Boletim da FDUC*, 72, 1996, p. 1-12, 1996). UC, 1996.

Carvalho, Mário de – Quem disser o contrário é porque tem razão – guia prático de escrita de ficção. Porto Editora, 2014.

- Um Deus Passeando pela Brisa da Tarde. Caminho, 1994.

Carmo, Hermano - Os Dirigentes da Administração Pública em Portugal: contribuição para o seu estudo (dissertação de mestrado). UTL, 1987.

Carvalho, Raquel O direito à informação administrativa procedimental. UCP, 1999.

Cassese, Sabino - Global Administrative Law: an introduction (disponível em http://www.iilj.or/oldbak/global_adlaw/documents/Cassese-paper.pdf).

Catroga, Fernando – Ensaio Republicano. FFMS, 2013.

Cervantes, Miguel de – Dom Quixote de la Mancha. Dom Quixote, 2010.

Cesariny, Mário de – Discurso sobre a Reabilitação do Real Quotidiano. 1951.

Chomsky, Noam – Occupy. Antígona, 2013.

Coleman, Janet - The Two Jurisdictions - Theological and Legal Justifications of Church Property in Thirteenth Century (Studies of Church History, vol. 24, p. 75-110). Cambridge, 1987.

Cordeiro, Menezes A - Introdução à Edição Portuguesa de Pensamento sistemático e Conceito de sistema na Ciência do Direito de C-W. Canaris (in Pensamento sistemático e Conceito de sistema na Ciência do Direito, trad. A. Menezes Cordeiro). Fundação Calouste Gulbenkian, 2008 (1983).

- Estudos de Direito Civil, vol. I. Almedina, 1987.

Correia, J. M. Sérvulo – Direito do Contencioso Administrativo, vol. I. Lex, 2005.

- Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Almedina, 1987.

Coutinho, L. Pereira – A Autoridade Moral da Constituição. FDUL, 2009.

- Os direitos sociais e a crise: Breve reflexão (Direito & Política, n.º 1, Out.–Dez.). Diário de Bordo, 2012.

Craig, Paul / de Burca, Gráinne - EU Law: text, cases, and materials. Oxford (4th edition), 2008.

Cruz, J.M. Teixeira da – A Função Pública e o Poder Político. ISCSP, 2003.

Cruz, M. Braga da – Instituições Políticas e Processos Sociais. Bertrand, 1995.

Damásio, António R. – A Estranha Ordem das Coisas. Círculo de Leitores, 2017.

- O Erro de Descartes. Círculo de Leitores, 2011.

Davy, Georges – Le Probleme de L'Obligation chez Duguit et chez Kelsen (in Archives de Philosophie du Droit, troisieme anée, vol. I- II, p. 8-45). Recueil Sirey, 1933.

Del Vecchio, Giorgio – Indivíduo, Estado e Corporação (in RFDUL, ano III, p. 5-26). FDUL, 1940.

Denhart, R. B. / Denhart, J. V. - The New Public Service: Serving not Steering. M.E. Sharpe, 2007.

Duarte, David - A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa - A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória, vol. III. Almedina, 2006.

- A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça (in O Provedor de Justiça - Novos Estudos, pp. 33-78). 2008.

- Igualdade e Imparcialidade na Autovinculação da Administração. FDUL, 1992.

Duarte, Maria Luísa – Estudos sobre o Tratado de Lisboa. Almedina, 2012.

- União Europeia - Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária, Vol. I. Almedina, 2011.

- O ramo e a árvore - a propósito do Direito da União Europeia, notação sobre botânica jurídica (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, vol. II). Coimbra Editora, 2010.

Durkheim, Émile – De la Division du Travail Social. 1893.

- La science positive de la morale en Allemagne (Revue philosophique, vol. 24, p. 33-58, 113-142, 275-284). 1887.

- Bau und Leben des socialen Körpers (Revue Philosophique, vol. 19, p. 84-101). 1885.

Dworkin, Ronald M. - Justiça para Ouriços. Almedina, 2012.

- Law's Empire. Harvard University Press, 1987.

Eco, Umberto – Como se faz uma Tese em Ciências Humanas. Editorial Presença, 1977.

Espada, João Carlos / Rosas, João Cardoso (org.) – Pensamento Político Contemporâneo: uma introdução. Bertrand Editora, 2004.

Estanque, Elísio – Classes sociais e acção colectiva: uma leitura weberiana (in Público, 9 de Janeiro de 2018)

- A Classe Média: Ascensão e Declínio. FFMS, 2011.

Espada, João Carlos / Rosas, João Cardoso – Pensamento Político Contemporâneo: uma introdução. Bertrand Editora, 2004.

Estorninho, Maria João – Direito da Alimentação. AAFDL, 2017.

– Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise... (in Cadernos de Justiça Administrativa, nº88, pp.37-42). CEJUR, 2011.

- Requiem pelo Contrato Administrativa. Almedina, 1990.

Farber, Daniel A. /Frickey, Philip P. – Law and Public Choice: A critical introduction. The University of Chicago Press, 1991.

Febvre, L. – Combates pela História, vol. I. Editorial Presença, 1989 (1953).

Feijó, António M./ Tamen, Miguel – A Universidade como deve ser. FFMS, 2017.

Fonseca, Manuel da – Obra Poética. Caminho, 2000.

Foucault, Michel – As Palavras e as Coisas – uma arqueologia das Ciências Humanas. Martins Fontes, 2000 (1966).

Franco, António L. de Sousa – Finanças Públicas e Direito Financeiro, vols. I e II. Almedina, 2010 (13ª reimpressão, 4ª edição).

Ferrão, João – O Ordenamento do Território como Política Pública. Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

Ferreira, Eduardo Paz – Interioridade, desenvolvimento e justiça social (Suplemento da RFDUL, p. 187 e segs.). Coimbra Editora, 2012.

Feuerbach, L. – Princípios da Filosofia do Futuro e outros Escritos (Necessidade de uma Reforma da Filosofia; Teses Provisórias para a Reforma da Filosofia). Edições 70, 2002 (1842).

Fur, Louis Le – L’Idée du Droit (in RFDUL, ano III, p.39-64.) FDUL, 1940.

Frada, M. Carneiro da – A equidade (ou a "justiça com coração"): A propósito da decisão arbitral segundo a equidade (Revista da Ordem dos Advogados, Ano 72, nº 1, p. 109-145. OA, 2012.

Freud, Sigmund – A Civilização e os Seus Descontentamentos. Publicações Europa-América, 2005 (1930).

Gadamer, Hans-George – Elogio da Teoria. Edições 70, 2001 (1983).

Garcês, Ana Paula – Michael Walzer: Justiça, Pluralismo e Democracia (in Pensamento Político Contemporâneo, org. J.C. Espada/J. C. Rosas, p. 134 e segs.). Bertrand, 2004.

Garcia, Maria da Glória – Direito das Políticas Públicas. Almedina, 2009.

- Estudos sobre o princípio da igualdade. Almedina, 2005.

- Da Justiça Administrativa em Portugal. Universidade Católica Editora, 1994.

Gasset, J. Ortega y – Meditações de Quixote. 1967, Livro Ibero-Americano.

Guibentif, Pierre – Direitos culturais, um desafio ao direito e à sociedade (in Revista Filosófica de Coimbra, vol. 16, nº 32, p. 387-393). Fundação Eng. António de Almeida, 2007.

Giddens, Anthony – Capitalismo e Moderna Teoria Social. Editorial Presença, 1972.

Gil, José – Portugal, hoje: o medo de Existir. Relógio d'Água. 2004.

Godinho, V. Magalhães – Ensaio, tomo III. Sá da Costa, 1971.

Goldsworthy, Jeffrey - Interpreting Constitutions. Oxford University Press, 2006.

Gonçalves, Maria Eduarda/ Pato, João/ Santos, António Carlos dos – Debater o Estado: Bens públicos, Direitos fundamentais e qualidade da democracia (in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, ano 6, nº4, p. 14-46). Almedina, 2014.

Gomes, Carla Amado - Consumo Sustentável: ter ou ser, eis a questão... (in Revista do Ministério Público, 136, Out.-Dez. 2013, p. 29-57). SMMP, 2013.

Gorlero, Maurizio Pedrazza - L'Ordine delle Fonti del Diritto fra Crisi del "Sistema" e Rischio Casistico (in Diritto e Società, 2011, 2-3, p. 301 e segs.). Cedam Padova, 2011.

Grenier, Jean – Essai sur l'esprit d'orthodoxie. Gallimard, 1938.

Habermas, J. – Justice and Solidarity: On the Discussion Concerning "Stage 6" (in *The Moral Domain*, ed. Thomas E. Wren). MIT Press, 1990.

- Three Normative Models of Democracy (in *Constellations*, vol.1, N.º1, p. 1-10). Blackwell Publishers, 1994.

- *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics*. MIT Press, 1993.

- *Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos (Nachmetaphysisches Denken. Philosophie Aufsätze)*. Tempo Brasileiro, 1990 (1988).

- *Conocimiento e Interès*. 1982. Ed. Taurus, 1982.

Harding, Alan – *Medieval Law and The Foundations of the State*. Oxford, 2002.

Hart, H. L. A. - *O Conceito de Direito* (trad. A. Ribeiro Mendes). Fundação Calouste Gulbenkian, 2011 (1994).

Heidegger, M. - *The Question Concerning Technology*. Harper & Row, 1977.

Herculano, Alexandre – *História de Portugal*, vol.II. Bertrand, 2007 (1846).

Hartley, T.C. - *The Foundations of European Community Law*. Oxford, 2003.

Hespanha, A. M. - *Cultura Jurídica Europeia*. Almedina, 2011.

- *Direitos, Constituição e Lei no Constitucionalismo Monárquico Português*, (in *Themis*, nº10, 2005). FDUNL, 2005.

– *A História do Direito na História Social*. Edições Horizonte, 1978.

Homem, António Pedro Barbas – *A Faculdade de Direito no Seu Centenário*, vol. I (A Instituição, p. 538 e segs.). FDUL, 2013.

- *A Lei da Liberdade*, vol.I. Principia, 2011.

- *História do Pensamento Político: Relatório para Agregação* (in RFDUL, Separata). Coimbra Editora, 2007.

- *O Justo e o Injusto*. AAFDL, 2005 (2001).

Iáñez, Eduardo – História da Literatura Universal: as literaturas no séc. XVII, vol.4. Planeta Editora, 1989.

Inoue, Tatsou - Reinstating the Universal in the Discourse of Human Rights and Justice (in Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism, p. 121-139). Springer, 2004.

Kant, Immanuel – A Metafísica dos Costumes (trad. José Lamago). Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 (1807).

- Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria mas nada vale na prática (disponível versão integral, trad. Artur Morão, em <https://www.marxists.org/portugues/kant/1793/mes/corrente.pdf>. 1793.

Kaufmann, A. – Filosofia do Direito (trad. A.M. Hespanha). FCG, 2009 (5ªed.).

Kelsen, Hans - A Justiça e o Direito Natural (trad. J. Baptista Machado). Almedina, 2009.

- Teoria Pura do Direito. Almedina, 2008 (1960).

Kennedy, Duncan – The Liberal Administrative Style (in Syracuse Law Review, Vol. 41). 1990.

- Legal Education as Training for Hierarchy (in Politics of Law– a progressive critique, David Keyris (ed.), chapter 2). Pantheon Books, 1982.

Larenz, Karl - Metodologia da Ciência do Direito (trad. José Lamago). Fundação Calouste Gulbenkian, 2012 (6ªed.)

Latour, Bruno – La fabrique du Droit – une ethnographie du Conseil d’État. 2004.

Leiria, Mário-Henrique – Contos do Gin-Tonic. Editorial Estampa, 1973.

Leclerc, Henri/ Théolleyr, Jean-Marc – Les Médias et la Justice: Liberté de la presse et respect du droit. CFPJ, 1996.

Linhares, J.M. Aroso – A identidade na pluralidade dos critical legal scholars (in Revista da Fac. Direito da Univ. Lusófona do Porto, nº70). FDULP, 2010.

Lipovetsky, Gilles - A Felicidade Paradoxal (Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo). Edições 70, 2010 (2006).

Lipovetsky, Gilles/ Serroy, Jean – L'esthétisation du Monde - Vivre à l'âge du capitalisme artiste. Gallimard, 2013.

Locke, John – Two Treatises of Government. Cambridge Texts in the History of Political Thought, 1988 (1689).

Lopes, D. Seabra - O Estado por Dentro - uma etnografia do poder e da administração pública em Portugal. FFMS, 2017.

Lopes, J. M. Martins, (S. J.) – Um possível sentido para a vida – uma proposta educativa – II (in Brotéria, vol. 177). 2013.

Lopes, P. Moniz – Derrotabilidade normativa e normas administrativas, vol. II. FDUL, 2016.

- Sobre a Criação das Normas de Decisão e o Seu Valor Jurídico (relatório de Mestrado). FDUL, 2007.

Loughlin, Martin - The Nature of Public Law (in After Public Law, org. Cormac MacAmhlaigh, Claudio Michelin & Neil Walker, p. 11-24). Oxford University Press, 2013.

Lourenço, Eduardo - O Labirinto da Saudade. D. Quixote, 1982.

Luhmann, Niklas – Law as a Social System. Oxford, 2004 (1993).

- Legitimação pelo Procedimento (trad. Maria da Conceição Côrte-Real), Editora Universidade de Brasília, 1980 (1969).

Machado, João Baptista – Prefácio à Justiça e Direito Natural de Hans Kelsen. Almedina, 2009.

– O Sistema Científico e a Teoria de Kelsen (in RFDUL, vol. XXVI, p. 11-45). FDUL, 1985.

– Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. Almedina, 1983

Machado, José Pedro – Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa (3ªed.). Livros Horizonte, 1977.

Magueijo, João – Bifes Mal Passados. Gradiva, 2015 (13ªed.).

Manguel, Alberto – Uma História da Curiosidade. Tinta da China, 2016.

Márquez, Gabriel García – Ninguém Escreve ao Coronel. D. Quixote, 1961.

- Crónica de uma Morte Anunciada. D. Quixote, 1981.

Marques, A.H. de Oliveira – História de Portugal, vol. I. Presença, 2010 (1990).

Martins, Afonso d'Oliveira – Os debates da Justiça e o problema do conhecimento do Direito (in O debate da justiça, org. Barbas Homem/ J. Bacelar Gouveia, p. 17-24). VISLIS Editores, 2001.

Marx, Karl - The Eighteen Brumaire of L. Bonaparte (in The Communist Manifesto, p. 183 e segs.. Penguin Books, 2004.

Marx, K. / Engels, F. – The Communist Manifesto. Penguin Books, 2004 (1878).

Matos, André Salgado de - Comentários ao projecto de revisão do CPA (in Direito e Política, nº4, p. 137 e segs.). 2013.

Mattoso, José – História de Portugal, vol.II: a monarquia feudal. Círculo de Leitores, 1994.

McCarthy, Thomas – Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue (in Ethics, vol. 105, n.º1, p.44-63). The University of Chicago Press, 1994.

Melo, A. Barbosa de - A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público (in Estudos de Contratação Pública, vol. I, p. 7 e segs.). Coimbra Editora, 2008.

Melville, Herman – Bartleby, o Escrivão – uma história de Wall Street. Relógio d'Água, 2015.

Mendes, A. Ribeiro – A crise e seus efeitos previsíveis no Direito (disponível em <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/acriseefeitosdireito-drarmindoribeiomendes.pdf>). STJ, 2011.

Mendes, João de Castro - Caso julgado, poder judicial e Constituição (in RFDUL, vol. XXVI, p. 45 e segs.). FDUL, 1985.

Mill, John Stuart – On Liberty. Penguin Books, 2010 (1859).

Miranda, Jorge – Teoria do Estado e da Constituição. GEN, 2011 (3ªedição).

- Manual de Direito Constitucional, tomo VI. Coimbra Editora, 2008.

- Manual de Direito Constitucional, tomo V (3ªedição). Coimbra Editora, 2004.

- Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição, vol.II. 1978.

- A sistematização da Constituição (in Estudos sobre a Constituição, 1º vol. Livraria Petrony, 1977.

- Os Princípios Fundamentais (in Estudos sobre a Constituição 1º vol. Livraria Petrony, 1977.

Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui - Constituição Portuguesa Anotada, tomo III. Coimbra Editora, 2007.

Miranda, Sá de – Poesias Escolhidas. 1949.

Moncada, L. S. Cabral de – Estado Actual e a Técnica (in Rev. U. Lusíada do Porto, nº12, p- 3-15). 2015.

Monteiro, Luís de Sttau – Felizmente Há Luar. Areal, 1961.

Monteiro, J. A. Pereira - Poder e Obediência. ISCSP, 2001.

Montesquieu – Considerações sobre as causas da Grandeza e Decadência dos Romanos (tradução e notas de Ruy Belo). Assírio e Alvim, 2002.

Moreira, Vital – O nascimento do constitucionalismo (in Revista de História, Jornal de Notícias, Dezembro 2017, nº11, p. 35-45). Global Notícias, 2017.

– A Ordem Jurídica do Capitalismo. Centelha, 1973.

Morus, Thomas – Utopia ou a melhor forma de governo (trad. Aires A. Nascimento). Fundação Calouste Gulbenkian, 2009 (2ª ed.) (1518).

Neves, Ana Fernanda – Os princípios da contratação pública (in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. II, págs. 29- 58) Coimbra Editora, 2010.

Neves, A. Castanheira - Justiça e Direito (in Boletim da FDUC, nº 51). UC, 1976.

- O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais (reimpressão). Coimbra Editora, 2014 (1983).

- A Revolução e o Direito (in Revista da Ordem dos Advogados, 93 e segs.). 1975.

Nietzche, Friedrich - Assim Falou Zaratustra. Publicações Europa- América, 1978 (1883).

- O Anti-Cristo. Publicações Europa- América, 1977 (1885).

Nogueira, J. A. Duarte – O interior e o direito: percurso no espaço e no tempo (in Suplemento da RFDUL, pp. 173 e segs.). Coimbra Editora, 2012.

Novais, J. Reis – Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, 2014.

Nozick, Robert – Anarchy, State and Utopia. Basic Books, 1974.

Oliveira, Carlos de - Uma Abelha na Chuva. Assírio e Alvim, 1953.

Ost, François – Thèorie de la justice et droit à l'aide sociale (Individue et justice sociale autor de J. Rawls, p. 193 e segs.) Seuil, 1988.

Otero, Paulo - Direito do Procedimento Administrativo, vol. I. Almedina, 2016.

– Rocha Saraiva: O Professor de Salazar – Universidade, Liberdade e Política. Almedina, 2013.

- Manual de Direito Administrativo, I, Coimbra. Almedina, 2013.

- Legalidade e Administração Pública. Almedina, 2003.

- O Direito Fundamental a não participar num Acto Injusto (in João Paulo II e o Direito, org. Barbas Homem/ Vera-Cruz Pinto/ G. Portocarrero de Almada/P. Teixeira Pinto). Principia, 2003
- Lições de Introdução ao Estudo do Direito, vol. I, tomo I. Policopiado, 1998.

Palma, Maria Fernanda - Constitucionalidade e Justiça: novos desafios para a justiça constitucional (in Themis,nº1, 2000). FDUNL, 2000.

Pacheco, Luiz – Comunidade. Contraponto, 1964.

Payne, Thomas – Rights of Man. Dover Publications, 1999 (1792).

Pereira, J. C. Seabra – Reler os Lusíadas em Tempos de Crise. A Bela e o Monstro Edições, 2011.

Pereira, Paulo Trigo – Portugal: Dívida Pública e Défice Democrático. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.

Pires, José Cardoso – Dinossauro Excelentíssimo. Bertrand, 1995.

Pippin, Robert – Ways of Knowing (in The Point Magazine, The New Humanities, nº8). 2016.

Popper, Karl R. - The Open Society and Its Enemies, vol. II. Princeton University Press, 1971.

Platão – The Republic, I, Princeton Univ. Press, 1973.

Quadros, Fausto de/ Correia, Sérvulo J. M./ Machete, Rui Chancerelle de (et all.) – Comentários à revisão do CPA. Almedina 2016.

Quadros, Fausto de – Como Ensinar Direito em Portugal no Séc. XXI: algumas reflexões (Separata dos Estudos Comemorativos dos 10 anos da FDUNL, vol. II). Almedina, 2008.

Radbruch, Gustav – Filosofia do Direito (trad. L. Cabral de Moncada). 1979 (1914).

Raimundo, Miguel Assis - Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração em particular (in Comentários ao novo CPA, org. Carla Amado Gomes/ Ana Fernanda Neves/ Tiago Serrão) AAFDL, 2015.

Rawls, John – Justice as Fairness: a Restatement. The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

- A Theory of Justice. Oxford University Press, 1971.

– Political Liberalism. Columbia University Press, 1993.

- Kantian Constructivism in Moral Theory (in Journal of Philosophy, n. °77, 515-572). 1980.

Redol, Alves – Barranco de Cegos. Europa-América, 1961.

- Glória, uma Aldeia do Ribatejo: ensaio etnográfico. Caminho, 1938.

Ribeiro, Maria Teresa de Melo – O princípio da imparcialidade da Administração Pública. Almedina, 1996.

Ricoeur, Paul – O Justo ou a Essência da Justiça. Instituto Piaget, 1995.

- Da metafísica à moral (trad. Sílvia Menezes). Instituto Piaget, 1995.

Riilke, Rainer Maria – Cartas a um Jovem Poeta. Coisas de ler, 1923.

Rivero, Jean – Direito Administrativo. Almedina, 1981 (1975).

Rosas, J. Cardoso – John Rawls: A Justiça numa Sociedade Pluralista (in Pensamento Político Contemporâneo, org. J.C. Espada/J. C. Rosas, p. 86 e segs.). Bertrand, 2004.

Rosenbloom, D.H. - Public administration and law- An introduction (International Journal of Public Administration Volume 14 issue 3). 1991.

- Emphazising the Public in Public Administration. 1982.
Syracuse University.

Rosenbloom, D. H. / O’Leary, R. / Chanin, J. - The Future of Public Administration and Law in 2020 (Public Administration Review, Vol. 70). Wiley, 2010.

Rousseau, J. J. – O Contrato Social. Círculo de Leitores, 2008.

- Ruddick, Lisa – Inwardness (in *The Point Magazine, The New Humanities*, nº8). 2016.
- Saraiva, António José – *Estudos sobre a Arte d’Os Lusíadas*. Gradiva, 1981.
- Saldanha, Nelson – A politicidade do Direito e o problema do Direito Natural (in *RFDUL*, nº86, p. 321- 335). *FDUL*, 1992.
- Sanches, J.L. Saldanha – *Justiça Fiscal*. *FFMS*, 2010.
- Sánchez, Pedro Fernández - *Lei e sentença: a recepção das variantes da doutrina da separação dos poderes legislativos e judicial no constitucionalismo português*. *AAF DL*, 2017.
- Sandel, Michael J. – *O Liberalismo e os Limites da Justiça* (2ª ed.). Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 (1988).
- Santos, Boaventura de Sousa – *A crítica da razão indolente*, vol. I. Edições Afrontamento, 2000.
- *The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada* (*Law & Society Review*, Vol. 12, No. 1 pp. 5-126). 1977.
- Sartre, Jean-Paul – *O Existencialismo é um Humanismo*. Editora Vozes, 2010 (1946).
- *A Idade da Razão*. Gallimard, 1945.
- Savater, Fernando – *Sobre Viver*. Teorema, 1994.
- Scheler, Max – *A Situação do Homem no Cosmos*. Texto e Grafia, 2008 (1928).
- Schermers, Henry G. / Waelbroeck, Denis - *Judicial Protection in the European Communities*, 4th edition. Kluwer, 1987.
- Schill, Stephan W. - *Transnational Legal Approaches to Administrative Law* (in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, ano LXIV, p. 1-33). Giuffrè Editore, 2014.
- Schumpeter, Joseph - *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Actual Editora, 2018 (1942).

Schmidt-Assman, E. - La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Macial Pons, 2003.

Sepúlveda, Luis – O Velho que Lia Romances de Amor. Porto Editora, 1989.

Sen, Amartya – A Ideia de Justiça. Almedina, 2010.

Sena, Jorge de – Obra Completa, vol. I. Bulhosa, 2010.

Silva, Agostinho da – Sete Cartas a um Jovem Filósofo. Ulmeiro, 1995.

Silva, Joana Aguiar e – Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Univ. Minho, 2008.

Silva, Nuno Espinosa Gomes da – História do Direito Português. Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

Silva, Suzana Tavares da - O princípio da razoabilidade (in Comentários ao novo CPA, org. Carla Amado Gomes et all.). AAFDL, 2015.

- O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade (disponível em <http://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/23213/1/tetralemma%20da%20proporcionalidade.pdf>).

Silva, Vasco Pereira da – O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Almedina, 2009 (2ª ed.).

- A Cultura a que tenho Direito: Direitos Fundamentais e Cultura. Almedina, 2007.

- Estruturas da Sociedade: Liberdade e Solidariedade (Separata da Obra Gaudium et Spes). Rei dos Livros, 1988

Spaak, Torben - Meta-Ethics and Legal Theory: the case of Gustav Radbruch (in Law and Philosophy, nº28, p. 261-290, 2009). Springer, 2008.

Soares, Rogério Ehrardt – Interesse público, Legalidade e Mérito. FDUC, 1955.

Sófocles – Antígona. Edições RTP, 1980.

Soromenho-Marques, Viriato – Esperança (in Diário de Notícias, 6 de Junho de 2016).

Sousa, Marcelo Rebelo de / Matos, André Salgado de - Direito Administrativo Geral, vol. I. Dom Quixote., 2011.

Sousa, Miguel Teixeira de – Introdução ao Direito. Almedina, 2012.

- Positivismo e Valores (Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. VI). Coimbra Editora, 2012.

- Introdução ao Processo Civil. Lex, 1993.

Stiglitz, Joseph E. – Introdução a Capitalismo, Socialismo e Democracia de Joseph Schumpeter. Almedina, 2010

Tamen, Miguel – Batas Brancas (in Revista Forma de Vida, As Novas Humanidades, n.º8, disponível online em: formadevida.com).

Tabucchi, António – A Cabeça Perdida de Damasceno Monteiro.

Teixeira, A. Braz – Sentido e Valor do Direito. INCM (2ªed.), 1999.

Teles, Miguel Galvão –Ex Post Justice, Legal Retrospection, and Claim to Bindingness (in Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, pp. 425 e segs.). Almedina, 2009.

- State of Nature, Pure Republic and Legal Duty of Obedience (some reflections regarding Kant's legal and political philosophy) (in Ética e o Futuro da Democracia, org. João Lopes Alves, p. 161 e segs). SPF/Ed. Colibri, 1998.

Tocqueville, Alexis de - Democracy in America. Wordsworth Editions, 1998 (1835).

Torga, Miguel – Cântico do Homem (separata do JL nos 100 anos do nascimento do escritor). 2006.

- Bichos. D. Quixote, 1940.

Torre, Angel La – Introdução ao Direito. Almedina, 1978.

Unger, R. M. – O Direito na Sociedade Moderna – uma contribuição à crítica da Teoria Social. Civilização Brasileira, 2003.

- Valentin, Vincent – Les Conceptions néo-libérales du Droit. Economica, 2002.
- Vaz, Manuel Afonso – Lei e Reserva de Lei: A Causa da Lei Na Constituição Portuguesa de 1976. Almedina, 2013.
- Vicente, Gil – Obras Completas, vol. I. Sá da Costa,
- Vieira, Maria do Carmo – O Ensino do Português. FFMS, 2010.
- Vieira, Padre António – Sermões. RBA Editores, 1994.
- Viehweg, Theodor - Topica y Filosofia del Derecho (Topik und Jurisprudenz). Editorial Gedisa, 1991 (1953).
- Vila-Matas, Enrique – Filhos sem Filhos. Assírio e Alvim, 2010.
- Bartleby e Companhia. Teodolito, 2013.
- Perder Teorias. Teorema 2005.
- Voltaire – Cândido ou o Optimismo. Tinta da China, 2007.
- Vuillerme, Jean-Louis - O Ocidente no Divã – uma análise do nazismo na civilização ocidental. Objectiva 2015 (2014).
- Wallinga, Tamo – La Libertad Contractual – del Derecho Romano al Derecho Privado Moderno (in O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual, org. Jorge Miranda, p. 985 - 1002). Coimbra Editora, 2010.
- Wieacker, Franz – História do Direito Privado Moderno (trad. A.M. Hespanha). FCG, (1967).
- Wouters, Jan / Duquet, Sanderijn - Reasonableness as a Standard of Judicial Review: Comparative and Internacional Perspectives (in Rivista trimestrale di diritto pubblico, A.64, n°1, p. 35-75). Giuffrè Editore, 2014.
- Walzer, Michael – Toward a Global Civil Society. Berghahn Books, 1995.
- Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality. Basic Books, 1983.
- Weber, Max – Economy and Society. 1968.

- The Protestant Ethics and the Spirit of Capitalism. 1958.

- The Metodology of the Social Sciences. 1949.

Weil, Prosper – O Direito Administrativo. Almedina, 1997.

Wolff, Hans J./ Bachof, Otto/ Stober, Rolf – Direito Administrativo, vol.I. FCG, 2006.

Yourcenar, Marguerite – Memórias de Adriano. Ulisseia, 2012.

Zizek, Slavoj – Problemas no Paraíso: o comunismo depois do fim da história. Bertrand Editora, 2015.

- Elogio da Intolerância. Edições 70, 2008.

II. Bibliografia auxiliar

Alexandre, Isabel – O caso julgado na jurisprudência constitucional portuguesa (Separata, Estudos em Homenagem ao Cons. J. M. Cardoso da Costa). Coimbra Editora, 2003.

Almeida, Mário Aroso de – Teoria Geral do Direito Administrativo. Almedina, 2012.

Contratos Administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos (in Cadernos de Justiça Administrativa, nº66, p. 3 e segs). CEJUR, 2007.

Afonso, Orlando – Neoliberalismo e justiça: entrevista do Juiz Conselheiro Jubilado do STJ à Revista Visão, 16 de Setembro de 2016.

Alfonso, Luciano Parejo - La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos (in El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI, tomo II, p. 1952 e egs.). Tirant lo Blanch, 2000.

Asprone, Maurizio / Marasca, Massimo / Ruscito, Antonio - Discrezionalità tecnica nei concorsi pubblici (in La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, Teoria e del Diritto, 82, Sec IV). Giuffrè Editore.

Amaral, Maria Lúcia - Declaração de Voto Ac. 413/2014 do Tribunal Constitucional (Processo n.º 14/2014; 47/2014 e 137/2014).

Amaro, A. Leitão - O princípio constitucional da sustentabilidade (Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, I, p. 405-432). Coimbra Editora, 2012.

Antunes, Tiago – O Ambiente entre o Direito e a Técnica. AAFDL, 2003.

Baptista, Eduardo Correia – Natureza Jurídica dos Memorandos com o FMI e a UE (in ROA, ano 71, Abril/Junho. 2011.

Barata, Óscar Soares - A Universidade e o Futuro. ISCSP, 2001.

Barreto, M. Saraiva – Um Ars Eloquentiae: Dos Primórdios do Humanismo em Portugal (Separata do Boletim da Biblioteca da Universidade de Coimbra, vol.37, p.133-160). Universidade de Coimbra, 1982.

Bastos, Miguel Brito - O positivismo jurídico inclusivo: sobre a possibilidade da relevância de critérios morais no reconhecimento do direito (in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Luís Saldanha Sanches, vol. I, pp. 901-936). Coimbra Editora, 2011.

Belo, Ruy – Transporte no Tempo. Assírio e Alvim, 1973.

Braithwaite, John – Rules and Principles: A theory of Legal Certainty. NY Law School, 2008.

Brecht, Bertolt – O carácter popular da Arte e a Arte Realista (in Teatro e Vanguarda, org. Grotowsky). Editorial Presença, 1970.

Breyner, Sophia de Mello – Obra Poética. Caminho, 1990.

- Discurso de Agradecimento do Grande Prémio de Poesia da APE. 1964.

Borges, Jorge Luis – Este Ofício de Poeta. Teorema, 2007.

Boechat, V. B. - Antígona e Catarina Eufémia: Figurações da Justiça na poesia de Sophia (Revista da Univ. de Aveiro, nº9). UA, 2012.

Caldeira, Marco – Actos Políticos, Direitos Fundamentais e Constituição. AAFDL, 2014.

Cazeneuve, Jean – Felicidade e Civilização. Estúdios Cor, 1966.

Chapus, R. - Droit administratif general, tome 1. Montchrestien, 2001, (15ªed.).

Cohen-Eliya, Moshe / Porat, Iddo - American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins (in I-Con: International Journal of Constitutional Law, 2010). 2010.

Cohn, Margin - Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom (in American Journal of Comparative Law, Vol. 58, pp. 583-629). 2010.

Chomsky, Noam – Os senhores do mundo: Ensaio e conferências 1969-2013. Bertrand Editora, 2016.

Cordeiro, A. Menezes - Subsídios para a dogmática administrativa, como exemplo no princípio do equilíbrio financeiro (in O Direito, Contratos Públicos, nº2). Almedina, 2007.

Correia, José Manuel Sérvulo – Revisitando o Estado de Necessidade (in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Freitas do Amaral, p. 685 e segs). Almedina, 2010.

Coutinho, Juliana – A geometria variável do Direito Administrativo (relatório de provas de aptidão pedagógica). FDUP, 2010.

Cunha, Paulo de Pitta e – Introdução à política financeira. FDUL, 1971.

Deus, João de – Versos. Portugalmundo, 1968.

Duarte, David - 15 Minutos para 15 Páginas (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, LXXXVIII, 527-536). FDUC, 2012.

Egídio, Mariana Melo - Análise da Estrutura das Normas Atributivas de Direitos Fundamentais. A Ponderação e a Tese Ampla da Previsão (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. I. p. 611-636). Coimbra Editora, 2010.

Estorninho, Maria João - Direito Europeu dos Contratos Públicos. Almedina, 2014.

- A Fuga para o Direito Privado. Almedina, 2004.

Ferreira, Eduardo da Paz – Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado. Almedina, 1995.

- Em torno das Constituições Financeira e Fiscal e dos Novos Desafios na Área das Finanças Públicas (in Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras, pp. 296-338). AAFDL, 2001.

Ferreira, O.J. Cardona – Justiça – Os caminhantes e os caminhos (in O Direito, ano 142º, V, p. 813 e segs.). Almedina, 2010.

Fonseca, Guilherme da - O percurso constitucional da legislação sobre a Colónia: um apontamento da narrativa jurisprudencial do Tribunal Constitucional (in SCIENTIA IVRIDICA n.º 315 Tomo LVII, Julho/ Setembro. Univ. do Minho, 2008.

- A Constituição e a Defesa dos Administrados. 1977, Diabril.

Franco, António L. de Sousa - Problemas Financeiros e Orçamentos da União Europeia (in A União Europeia na Encruzilhada, pp. 21-44). Almedina, 1996.

Freitas, Tiago Fidalgo de - O princípio da proibição de retrocesso social (Estudos em memória do Professor Doutor Marcello Caetano, II, pp. 783-850). Coimbra Editora, 2006.

Galvão, Pedro – Ética (in Filosofia: uma introdução por disciplinas, org. Pedro Galvão, p. 143-172). Edições 70, 2013.

Gasset, J. Ortega y – Sobre a Caça e os Touros. Edições Cotovia, 1989 (1960).

Ganshof, F. L. – O Que é o Feudalismo? (4ªed.). Publicações Europa- América, 1976.

Gaudêncio, Ana Margarida Simões - From Centrifugal Teleology to Centripetal Axiology (?): (In)adequacy of the movement of law to the velocity of praxis (in Boletim da FDUC, vol. LXXXVIII, tomo I, p. 91 e segs.). FDUC, 2012.

Geraldes, J. de Oliveira – Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva – estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionais. Coimbra Editora, 2010.

Godinho, Paula - Memórias da Resistência Rural no Sul. Celta, 2007.

Gomes, Carla Amado - Os direitos à informação, à participação e à justiça ambiental. ICJP. 2015 (e-book).

- Introdução ao Direito do Ambiente. AAFDL, 2012.

Gonçalves, P. Costa – Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato (in Cadernos de Justiça Administrativa, N.º 73. CEJUR, 2009.

Hesse, Konrad – A força normativa da Constituição (trad. G. Ferreira Mendes). Sergio Fabris, 2009 (1959)

Jacques, Francis - L'analyse des énoncés moraux avant Austin (in *Théorie des Actes de Langage, Éthique et Droit*, dir. Paul Amselek, 1986). Presses Universitaires de France – PUF, 1986.

Langhans, F. P.A. - *Dicionário de História de Portugal* (coord Joel Serrão, vol III). Figueirinhas, 2006.

Leibholz, Gerhard – *O pensamento democrático como princípio estruturante da vida dos povos*. Atlântida Editora, 1974.

Leitão, Alexandra - *Lições de Direito dos Contratos Públicos, Parte Geral*. AAFDL, 2014.

Maquiavel, Nicolau – *O Príncipe*. Bertrand, 2015 (trad. D. Pires Aurélio).

Marcos, Rui Manuel Figueiredo – *O regresso da enfiteuse* (in *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*, org. Jorge Miranda, p. 976-983). Coimbra Editora, 2010.

Marques, F. Paes - *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares - Contributo para a sua Compreensão Substantiva*. Almedina, 2011.

- *O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábuas de salvação no Tsunami* (Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, pp. 325-346). Coimbra Editora, 2010.

Marques, J. Dias – *História do Direito Português*. 1955, FDUL.

Martins, Ana Gouveia - *Contributo para uma desconstrução dogmática do fait du prince*. FDUL, 2013.

Martins, Ana Maria Guerra – *O tribunal de Justiça como garante da Constituição Europeia* (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Marques Guedes, separata). Coimbra Editora, 2004.

Martins, Maria d'Oliveira – *Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*. Almedina, 2013.

Moreira, Vital – Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica. Faculdade de Direito de Coimbra, 1974.

Morgado, Miguel – Autoridade. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

Musgrave, R. A – The theory of public finance : a study in public economy. McGraw-Hill, 1959.

Neves, A. Castanheira – O Papel do Jurista no Nosso Tempo (in Boletim da FDUC, n.º 44, p. 83-142). UC, 1968.

- Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica. FDUC, 1968.

Piergigli, Valeria – Valori occidentali e regole autóctone: le ambiguità del neocostituzionalismo africano (in Transgressioni – Rivista Quadrimestrale di Cultura Politica, n.º 32). Cooperativa Culturale, 2001.

Oliveira, Daniel – A Década dos Psicopatas. Tinta da China 2015.

Oliveira, M. Esteves de / Gonçalves, Pedro Costa / Amorim, J. Pacheco de - Código do Procedimento Administrativo anotado (2ªed.) 1997.

Oliveira, Rodrigo Esteves de - Os princípios gerais da contratação pública (in Estudos de Contratação Pública, vol. I, p. 51 e segs.). Coimbra Editora, 2008.

Otero, Paulo – Instituições Políticas e Constitucionais, vol. I. Almedina, 2007.

- Direito Constitucional Português, vol. I: Identidade Constitucional. Almedina, 2009.

Pasquino, Gianfranco – Curso de Ciência Política. Principia, 2010 (2ªed.).

Passet, René – A Ilusão Neoliberal. Terramar, 2002.

Pina, Manuel António – Todas as Palavras. Assírio e Alvim, 2012.

Quadros, Fausto de – Expropriação por utilidade pública (in “Dicionário Jurídico da Administração Pública”), Volume IV. Lisboa, 1991.

Raz, Joseph - The Concept of a Legal System. 1970.

Ribeiro, Gonçalo de Almeida - O constitucionalismo dos princípios (in Gonçalo de Almeida Ribeiro/Luís Pereira Coutinho (org.), O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios críticos). Coimbra Editora, 2014.

Richer, Laurent - Droit des Contrats Administratifs. L.G.D.J., 2008 (6ªed.).

Rocha, Joaquim Freitas da – A lei dos compromissos e dos pagamentos em atraso: breve enquadramento (in Cadernos de Justiça Administrativa, pp. 25-31). CEJUR, 2012

Ricoeur, Paul - Les implications de la théorie des actes de langage pour la théorie général de l'éthique (in Théorie des Actes de Langage, Éthique et Droit, dir. Paul Amselek, 1986).

Rorty, R. – The Priority of Democracy to Philosophy (in The Virginia Statute for Religious Freedom, Merrill D. Peterson/ Robert C. Vaughan, p. 262 e segs.). 1988.

Rosa, António Ramos – Poesia Presente. Assírio e Alvim, 2013.

Saint- Exupéry, Antoine – O Principezinho. Editorial Presença, 2003.

Santos, Inês Fonseca – Vale a Pena? Conversas com escritores. FFMS, 2017.

Santos, José Carlos Ary dos – Obra Poética. Edições Avante, 2008.

Sérgio, António - Opinião e Competência em Democracia (in Ensaios, tomo I). Livraria Sá da Costa Editora, 1980 (3ªed.).

Scevola, Roberto - Utilitas Publica, tomo primo. CEDAM, 2012.

Santos, António Carlos dos – Vida, Morte e Ressurreição do Estado Social (Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, n.º 1, ano VI, pp. 35-66). Almedina, 2013.

Silva, Miguel Moura e – O memorando da troika em análise: finanças públicas e regulação (Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano IV - Número 2). Almedina 2011.

Silva, Vasco Pereira da - Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Almedina, 2003.

- Continuando a Viagem pela Europa do Direito Administrativo (in Direito Público sem Fronteiras). ICJP, 2011.

- Do Direito Administrativo Nacional ao Direito Administrativo sem Fronteiras (Breve Nota Histórica) (in Direito Público sem Fronteiras). ICJP, 2011.

Tarchi, Marco – Lo “scontro delle civiltà” e il “pensiero unico” (in Transgressioni – Rivista Quadrimestrale di Cultura Politica, n.º 32). Cooperativa Culturale, 2001.

Teixeira-Gomes, Manuel – Correspondência – II: Cartas para Políticos e Diplomatas. Portugália, 1960.

Vasconcelos, P. Pais – Direito Comercial. Almedina, 2012.

Volpe, Francesco P. – Principio democratico e giustizia nell’amministrazione. CEDASI, 2006.

Voigt, S. – Explaining Constitutional Changes.

Xavier, Alberto S. – Política orçamental e economia de Mercado (in Ciência e Técnica Fiscal, nºs 133 a 135, Jan. – Mar). 1970.

III. Índice de Jurisprudência

Tribunal Constitucional

- Ac. 39/88, Proc. 136/85, Cons. Messias Bento
- Ac. 231/94, Proc. 232/93, Cons. António Vitorino
- Ac. 162/95, Proc. 206/94, Cons. Bravo Serra
- Ac. 368/97, Proc. nº 21/95, Cons. Maria Fernanda Palma
- Ac. 497/97, Proc. 70/89, Cons. Tavares da Costa
- Ac. 39/98, Proc. 508/97, Cons. Messias Bento
- Ac. 526/99, Proc. 538/97, Cons. Maria dos Prazeres Beleza
- Ac. 75/2010, Proc. 733/07, Cons. Sousa Ribeiro
- Ac. 353/2012, Proc. 40/12, Cons. Cura Mariano
- Ac. 413/2014, Proc. 14/14, Cons. Fernandes Cadilha

Supremo Tribunal Administrativo

- Proc. n.º 032909 de 23/06/1994
- Ac. 1/2013 Processo nº 607/12

TCA Norte

- Proc. n.º 00005/04.0BEPRT-A, de 08/07/2011

TCA Sul

- Proc. n.º. 01393/98.em 09-12-2004.

Tribunal de Contas

- Acórdão n.º 40/2010, de 03/11/2010.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

- Ac. Barthold c. República Federal da Alemanha, de 25 de Março de 1985, n.º 8734/79.
- Ac. Lingens c. Áustria, de 8 de Julho de 1986, n.º 9815/82
- Ac. Olsson c. Suécia (n.º 1), 24 de março de 1988, n.º 10465/83
- Acórdão Leander c. Suécia, de 26 de março de 1987, n.º 9248/81⁷⁷⁶

Tribunal de Justiça da União Europeia

- Acórdão Comissão/Alemanha proc. C-480/06, de 9/06/2009.
- Acórdão Evropaiki Dynamiki/Comissão, Processo T-236/09, de 15 de Março de 2012
- Acórdão Evropaiki Dynamiki/Comissão, Processo T-591/08, de 5 de Outubro de 2012
- Acórdão Flying Holding NV & Outros/Comissão Europeia, Processos apensos T-91/12 e T-280/12, de 26 de Setembro de 2014
- Acórdão Euro-Link Consultants e outros/ Comissão Europeia, Processo T-199/12, de 2 de Outubro de 2014
- Acórdão Computer Resources/Comissão Europeia, Processo T-422/11, de 5 de Novembro de 2014
- Transocean Marine Paint Association/ Comissão, Processo 17/74, de 23 de Outubro de 1974

Conselho da Europa (Documentos de Trabalho)

- The Administration and you - Principles of Administrative Law concerning the relations between administrative authorities and private persons (a handbook). Conselho da Europa, 1996.
- Guida al processo decisionale nell'ambito de trattamento medico nella situazioni de fine vita. Conselho da Europa, 2014.

⁷⁷⁶ Todos disponíveis em <https://hudoc.echr.coe.int/>.