

# FUNÇÃO DA MOTIVAÇÃO DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PERANTE UMA ADMINISTRAÇÃO CONSTITUTIVA OU CONFORMADORA

Susana Barreto

Licenciada em Direito

## I

1. A globalização das relações sociais e produtivas no mundo contemporâneo que vai de par com a homogeneização dos mercados mundiais e uma circulação quase instantânea da informação e do acesso ao saber, nomeadamente na vertente dos saberes-fazer, lança ao Direito um desafio, colocando-o na posição de instrumento privilegiado de constituição no mundo dominado pela tecnologia daquilo a que nos atrevemos a chamar a *reserva humana*. Na verdade, perante o formalismo de decisões, singulares e colectivas, cada vez mais orientadas pelos ditames impessoais do custo/eficiência, importa delimitar um campo para o complexo das relações intersubjectivas no incontornável quadro estatal que seja o lugar de eleição da aposta no homem. Mas porque o discurso se institui como suposto da humanização, de certo que ao Direito cumprirá lançar mão desse recurso para tornar operativo aquele papel nobre a que julgamos estar destinado.

Com a globalização, os processos colectivos de produção do social tornam-se hegemónicos e o indivíduo corre o risco de se ver amputado na dimensão de pessoa, dependendo cada vez mais de projectos que lhe são impostos e de que se torna dependente, do Estado-aparelho, não deixando de conformar o dia a dia e a história, numa minudência avassaladora. Perante isto, o que fazer se não se quiser aceitar que o indivíduo simplesmente se torne parte do conjunto regulador deste estado de coisas, ao qual conferiria instrumental força impositiva?

Definir limites e reservas de liberdade, como sempre, na margem de manobra que lhe é dispensada pelo conflito de interesses antagónicos das forças sociais em presença dinâmica.

Tentaremos defender que a melhor estratégia com vista a assumir contemporaneamente este desígnio é a de, perante *uma Administração constitutiva ou conformadora*, se socorrer da ferramenta *motivação* dos actos decisórios in-

tercalares ou finais que redesenhem os quadros de satisfação dos interesses de grupo ou singulares, ou que aí possam conduzir (do acto administrativo, em rigor<sup>1</sup>) pela qual se revele um respeito orientado por esta missão específica<sup>2</sup>.

2. O modelo e os quadros conceptuais do Direito administrativo moderno, como se admite comumente, surgiram com a revolução burguesa, estruturando-se a partir da teoria da separação dos poderes, e como meio de protecção da sociedade particular contra o arbítrio de Estado. Perante o défice de legitimação do ordenamento jurídico do Antigo Regime, o Monarca absoluto prefigurando o não-direito, e entregue ao Parlamento o desiderato de editar as leis de acordo com a Razão, imutável e imanente, competiria ao Executivo dar-lhes concreto cumprimento, tanto como ao Judicial ser a fala da Lei quando num conflito singular o Tribunal dissesse o Direito. Se a repartição das funções do Estado evitaria as tentações de regressão, também a esfera pública e a esfera particular estavam separadas, competindo a esta última, composta apenas pelos proprietários com capacidade de iniciativa socio-económica (representados no Parlamento) ser o motor da história perante o Direito, figura nova que representa um radical corte epistemológico no pensamento jurídico da época. A posição estamental deixa de ter sentido como protecção dos interesses legítimos da pessoa e passa a ser necessário garantir os direitos fundamentais, em todos os planos, principalmente contra os abusos do poder, delegado pela Nação. Basicamente é este o quadro que nos fornece o liberalismo, ideologia de ascensão da classe social triunfante e que vai confrontar-se de seguida com problemas novos, inaugurais da sociedade industrial.

3. A abstractização das relações de produção virada agora para um mercado cada vez mais amplo (incluindo as colónias e as semi-colónias da América e da Ásia), a enfatizar a normalização do produto social e o crescimento da nova realidade dos consumidores massivos, faz alargar, e ao mesmo tempo dilui, a esfera particular, antes limitada aos proprietários-eleitores auto-suficientes, evidenciando a dicotomia empresa/operário (enquanto revoluciona o conceito de propriedade como liberdade básica), e fazendo entrar nessa mesma esfera particular elementos novos que verdadeiramente eram tidos como súbditos e não como

<sup>1</sup> “Declaração autoritária relativa a um caso concreto, produzida por um agente da Administração Pública, utilizando poderes de direito administrativo para desencadear efeitos externos... o A.A. como acto jurídico que é destinado à produção de efeitos jurídicos externos: constitui ou modifica relações intersubjectivas. ...ou altera a situação jurídica de uma coisa. Contrariamente ao que sucede no direito privado, os actos administrativos podem ser *actos negativos*. É que, perante um certo evento, a Administração tem o dever de agir — o cumprimento será então ou acto positivo ou a expressão de uma recusa” [ROGÉRIO SOARES, *Acto Administrativo* (1983), Polis, Verbo, Lisboa, 102-103].

<sup>2</sup> V. HERMENEGILDO FERREIRA BORGES, *Retórica, Direito e Democracia* (1992), sep. BMJ, 418.

actores, mas que ainda assim não adquirem suficiente poderio socio-económico enquanto unidades individuais. Foi requerida então a universalização progressiva do censo, com o crescendo de uma cidadania que todavia impunha o suprimento público das necessidades deficientemente cobertas pelas iniciativas singulares. Logo a Administração, o Executivo, passou a ter um papel performativo em crescimento, deixando de poder ver-se apenas como simples domínio do cumprimento activo das leis vindas do Parlamento, portadoras de automático sentido ético (concepção posta em causa aliás pelo coevo triunfo do Positivismo, reduzida a busca ética ao encontro de uma legitimação formal para o Direito). E ao Direito administrativo passou a ser distribuído o papel de não só instituir uma barreira eficaz à administração de ataque aos direitos individuais (contra o clássico arbítrio), mas também de protecção positiva dos interesses materiais básicos dos cidadãos que o Estado devia satisfazer (contra as discriminações e desigualdades). A uma administração directora da boa ordem da colectividade sucedeu uma administração constitutiva do bem comum. É esta que corresponde em plenitude ao estádio de desenvolvimento a que vai chamar-se Estado Providência, surgido no pós-guerra.

4. Não se tendo posto de início o verdadeiro problema da margem de independência da administração, perante o escasso papel promocional que lhe competia, a partir do momento em que assume um papel performativo, no domínio da efectivação das políticas de obras públicas, de segurança social, de educação, de saúde pública, dos transportes, dos serviços culturais e de lazer, e mais recentemente da protecção ecológica e da investigação fundamental, tendo-se em conta as inevitáveis opções técnicas e tecnológicas que hão-de ser consideradas para resolução dos problemas concretos, essa margem de autonomia foi constituindo um alargado campo de independência do Executivo, tendencialmente subtraído a controlos externos. E o indivíduo, entretecido numa teia social para que pouco contribui a sua vontade e dependente do hábito que as novas funções do Estado acomodam, passa a pedir ao Direito administrativo que imponha uma ordem nova nas suas relações com a Administração, garantindo que não são cometidos abusos no plano de lhe serem negados os Direitos Fundamentais, já alargados para as áreas dos direitos económicos, sociais e culturais, e no plano da correcção e eficácia das soluções adoptadas. Mas já não pode apresentar-se só, desmesurado o crescimento do aparelho burocrático, e crescendo as afinidades e as homologias com a situação do outro que tornam mais gerais os conflitos ou a base de emergência das oposições à ineficiência ou má administração. Emerge assim que o Estado Providência começa a entrar em ruptura. Ruptura esta que se acompanha da poderosíssima influência dos *media*, a qual paradoxalmente produz solidão aguda, remetendo o sujeito para o *bunker* individual onde vivem os fantasmas de todas as agressões, contra as quais reclama medidas exemplares da comunidade, e de todos os horrores dos constrangimentos, em face dos quais reclama sempre magnanimidade das autoridades.

5. Neste contexto parece que o papel orientador do Direito, nomeadamente do Direito administrativo, se torna decisivo através do discurso fundamentador que remeterá em si próprio para se constituir em fonte autónoma de legitimação.

Foi abandonado o modelo racionalista fundador, e o modelo de uma rationalidade funcional está em crise. Contemporaneamente a empresa de buscar uma orientação da razão para a vida intersubjectiva no quadro do Estado, passa justamente pelo convencimento, não menos mediático, de que o sujeito contemporâneo ainda pode gravitar na órbita de um projecto assente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, monumento de um pensamento ético de que não pode prescindir o Direito como projecto cultural que é<sup>3</sup>.

Assim, como instrumento privilegiado do Direito administrativo surgir-nos-á a motivação dos actos administrativos, não só na dominante de poderem através da exposição discursiva (mediatizável) ser objecto de um controlo exterior, *maxime jurisdiccional*, mas de ser o suposto da criação do Direito do caso concreto, ou melhor da concretização do Direito, encaminhando-nos de certa maneira para um estatuto do jurídico que releva da concepção aristotélica de modelos de regulação adstringentes à vida e tradição da Cidade<sup>4</sup>.

## II

1. Para melhor situarmos as fronteiras do problema cumpre que nos debrucemos sobre o pensamento de um dos pais da teoria do Estado pós-revolucionário, MONTESQUIEU, que desemboca na viva originalidade de visionar a essencialidade para o governo pela lei das relações escrita-texto-palavra, linha estruturante de um Estado de garantia das liberdades, ao mesmo tempo que, em

---

<sup>3</sup> V. Etienne Balibar, *Les Frontières de la Démocratie* (1992), La Découverte, Paris.

<sup>4</sup> “A originalidade da postura de Aristóteles vai consistir em sua tentativa de ler, na própria eticidade empírica, a norma universal... que possibilita a efectivação do ser do homem enquanto tal. Para ele, a polis tem uma significação universal na história da humanidade: a partir de então emergiu, na humana, uma organização desta vida, que torna possível a efectivação do homem enquanto homem. A polis é a obra fundamental do homem, pois é através do debate, da administração, da legislação, da jurisdição, que se dá a sua universalização. A polis é livre enquanto autónoma, enquanto comunidade capaz de reger a sua convivência através de leis criadas pelos cidadãos, cuja finalidade é exactamente a ‘vida boa’, isto é, a consecução, a efectivação da essência humana dentro das especificidades próprias a esta comunidade. A liberdade do indivíduo significa a sua participação nessa comunidade livre, de tal modo que liberdade é sinónimo de ‘vida política’. O ético é, então, o que pertence ao ‘ethos’, ao mundo institucional da ‘polis’. É exactamente esse ‘ethos’ que realiza o processo de universalização que efectiva o homem enquanto homem... a especificidade da ‘polis’ consiste em trazer o homem à sua humanidade, isto é, ser efectividade do ser do homem enquanto tal. Sua determinação é a efectivação da essência do homem, por isso é nela que se deve ler o paradigma intersubjectivo capaz de conduzir a vida humana à humanização” [MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA, *Ética e Sociabilidade* (1993), Loyola, São Paulo, 15-16].

verdade, nos tinha já entregue um modelo de Constituição que pode aderir às realidades de uma administração constitutiva ou conformadora.

O pensamento de MONTESQUIEU, de *L'Esprit des Lois a Considerations sur les causes de la grandeur et la décadence des Romains*, foi objecto neste século de importantes estudos académicos que lhe conferiram um recorte mais preciso. Na verdade, as elegantes formulações do Autor, de tão conhecidas, passaram a não ser verdadeiramente meditadas, a partir do momento em que se incorporaram no fundo comum de uma concepção canónica de democracia e de liberdade. Não obstante, CHARLES EISENMAN, no estudo que publicou nas “Mélanges Carré de Malberg”, nos anos trinta<sup>5</sup>, começou a desvendar novos aspectos do pensamento de MONTESQUIEU. Demonstrou em primeiro lugar que a teoria da separação dos poderes tal como era concebida no final do século XIX, e princípios do século XX, não existia pura e simplesmente nos textos do Autor. Construída entre outros por DUGUIT e o próprio CARRÉ DE MALBERG, segundo eles, apresentava a dupla característica de ser institucional – separação dos órgãos legislativo, executivo e judicial – e absoluta – sem interferência alguma de uns órgãos no funcionamento dos outros. Todavia a leitura exacta do MONTESQUIEU de *L'Esprit des Lois* não apontava nem para a independência nem para a especialização dos três poderes. E levando mais a investigação, CHARLES EISENMANN pôde demonstrar que no pensamento de MONTESQUIEU era mais importante o problema da combinação, da fusão e da ligação dos poderes. É disso que MONTESQUIEU fala quando se refere, acerca do modelo constitucional inglês, a três poderes “distribuídos e fundidos” (E.L. XI, 6). Outras das suas fórmulas testemunham também que não se trata de separação mas do balanceamento institucional dos poderes, aí onde a análise das instituições leva sempre em conta as relações entre os poderes e as suas interligações recíprocas. Com efeito os mecanismos, institutos e relações que se encontram inscritos numa Constituição não conformam para MONTESQUIEU senão aquilo que é essencial para garantir a moderação e a liberdade no funcionamento do Estado. Concluindo: o capítulo 6.º do livro XI, de *L'Esprit des Lois* não comporta então nenhuma teoria da separação, mas do balanceamento de poderes.

**2.** Mas se isto é verdade também é redutor, porque o tema balanceamento institucional dos poderes é combinado por MONTESQUIEU com outro tema: o do equilíbrio dos poderes sociais, como também CHARLES EISENMANN anteviu, mas LOUIS ALTHUSSER e RAYMOND ARON melhor estudaram, nos anos setenta<sup>6</sup>.

O abuso do poder que MONTESQUIEU quer prevenir não é tanto o abuso jurídico “exceder os seus poderes, sair dos seus limites legais, fazer algo para que

<sup>5</sup> V. CHARLES EISENMAN, *L'Esprit des Lois et la Séparation des Pouvoirs* (1993), “Mélange Carré de Malberg, Sirey, Paris.

<sup>6</sup> LOUIS ALTHUSSER, *Montesquieu, La Politique et l'Histoire* (1974), PUF, Paris e RAYMOND ARON, *Les Grandes Étapes de la Pensée Sociologique*, Gallimard, Paris.

não se está habilitado, isto é, violar a lei” (EISENMANN, 1933, 154) mas o abuso político: falta de moderação no exercício do poder supremo. Ora, esta moderação não pode ser obtida senão através da co-soberania das diversas forças sociais e políticas. Este é o princípio mais importante, mais importante mesmo que o princípio institucional da separação dos três poderes, da identidade dos órgãos de cada um deles e da existência de meios de controlo recíprocos. Para se conceber uma Constituição segundo a qual se institua um governo de tal modo que um cidadão não receie outro cidadão, assim em Inglaterra, não é caso, como durante muito tempo se acreditou, da instauração de uma simples separação jurídica dos poderes, mas terá de haver uma distribuição equilibrada de possibilidades de agir entre as forças constitutivas da nação: “Assim se esclarece o famoso problema de governo moderado...” (ALTHUSSER, 1974, 103). Se na verdade os órgãos do poder, ainda que estejam juridicamente investidos de funções distintas, estão todos nas mãos das mesmas forças sociais é então que o despotismo ameaça: “Tudo estará perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou de nobres ou do povo exercem os três poderes...” (E.L. XI, 6). Tradicionalmente entendida como visando a instauração de uma separação das instituições de poder do Estado, esta fórmula remete porém para “a partilha prudente do poder entre forças sociais determinadas – o rei, nobreza, o povo” (ALTHUSSER, 1974, 104). É aliás nesta partilha, segundo RAYMOND ARON, que reside a garantia da moderação e da liberdade:

“No que diz respeito à Constituição em si mesma, é bem verdadeiro que Montesquieu indica ao pormenor como cada um dos poderes tem este ou aquele direito e como os diferentes poderes devem cooperar. Mas esta modalidade constitucional não é mais do que a expressão de um estado livre ou... de uma sociedade livre, na qual nenhum poder se pode estender sem limites porque é impedido pelos outros poderes” (R. ARON, 42).

Estamos perante a perspectiva realista de MONTESQUIEU, bem consciente que estava de poder ser esvaziado de substância e significado qualquer mecanismo jurídico que não tivesse um substrato político e social. Não serviria de nada com efeito a existência de órgãos do poder distintos e das faculdades recíprocas de se limitarem, se a homogeneidade da composição política e social desses órgãos distintos e investidos das diferentes funções, legislativa, executiva e judicial, tivesse por resultado que aqueles órgãos, todos nas mesmas mãos, procedessem em uníssono, tal como nas Repúblicas Italianas, Veneza por exemplo: “... o mal está em que estas instâncias diferentes são compostas de magistrados provenientes do mesmo corpo, o que equivale a um poder único” (E.L., XI, 6).

3. Para preservar a liberdade é pois necessário estabelecer um balanceamento de poderes e um equilíbrio das forças sociais nas mãos de quem

se encontra no exercício desses poderes. É esta a solução que parece a MONTESQUIEU ser a melhor garantia, e a melhor protecção, da liberdade. E se o organismo político se nos apresenta como unitário, “não são os cidadãos que estão unidos mas os corpos sociais mortos, submetidos uns pelos outros” (MONTESQUIEU, *Sur les Causes de La Grandeur Des Romains...* IX).

Nada disto existia na Inglaterra sonhada por MONTESQUIEU. A descrição que dela nos faz é justamente a de um equilíbrio de forças sociais justaposto a poderes balanceados: poderes executivos nas mãos do monarca, poderes legislativos conferidos às duas câmaras, uma nas mãos dos nobres, outra dos comuns (dos representantes do povo), com assembleias e deliberações à parte, e pontos de vista a interesses separados. Estas forças sociais, o rei, os nobres e o povo que dispunham de meios de acção institucional interactivos, e por isso limitados pelo funcionamento do sistema ou pela natureza das coisas.

É assim que ficam repartidos, MONTESQUIEU escreve distribuídos, os poderes entre as forças sociais que os detêm, assim o balanceamento dos poderes institucionais permite a concretização jurídica do equilíbrio dos poderes sociais.

**4.** Porém na releitura de MONTESQUIEU, que a doutrina contemporânea tem continuado (GÉRARD TIMSIT<sup>7</sup>, por exemplo, de quem seguimos a lição), faltava um problema que não foi abordado nem por CHARLES EISENMANN, LOUIS ALTUSSER e RAYMOND ARON, e de cuja resolução depende o funcionamento dos mecanismos descritos pelo Autor: trata-se do problema do poder judicial. Certo que há-de estar separado dos poderes legislativos e executivo e, separado, terá que ser “exercido por pessoas tiradas do... povo” (E.L. XI, 6):

“O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente mas exercido por pessoas tiradas do... povo, em certos momentos do ano, e da maneira prescrita pela lei, que integrem um Tribunal que não dure para além da necessidade que o requereu. Desta maneira, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando vinculado nem a uma certa corporação, nem a uma certa profissão, torna-se por assim dizer invisível e neutro. Não se tem continuamente os juizes diante dos olhos e antes se receia a magistratura menos que os magistrados”.

O problema que se põe, no contexto do pensamento de MONTESQUIEU, quanto ao poder judicial é este: como conseguir, num sistema rigorosamente fundado num balanceamento de poderes e equilíbrio de forças sociais, que o poder de julgar seja neutro se a força social à qual se devolve a função judiciária é o povo?

O sistema constitucional de Inglaterra, compreendendo o poder judicial,

---

<sup>7</sup> V. GÉRARD TIMSIT, *Les Figures du Jugement* (1993), PUF, Paris.

está com efeito rigorosamente equilibrado: três forças sociais, os nobres, o povo e o rei, ocupam cada uma um pólo do poder, dispendo os nobres dum parte do legislativo (Câmara dos Lordes), o povo da outra (Câmara dos Comuns) e o Rei do poder executivo. Assim cada uma das três forças sociais dispõe de um dos órgãos do Estado e dos meios institucionais de controlo recíproco, estatutários e de facto. Atribuir nestas condições o poder judicial a “pessoas tiradas do... povo” comprehende um grave risco de romper aquele equilíbrio escrupuloso entre as forças sociais. Com efeito, pode tratar-se de criar um órgão cuja composição social faz desequilibrar o sistema em favor de uma das forças sociais que o compõem. Este risco foi tido em conta por MONTESQUIEU que o exclui através da lógica da invisibilidade e neutralidade do poder judicial, características que se constituem assim como condições gerais e absolutas do equilíbrio do sistema.

**5.** Mas como explicar a invisibilidade e a neutralidade de um poder que pela sua própria existência, por razão da composição social que tem, pode desequilibrar o sistema?

A invisibilidade que a posição neutra do poder judicial exige não pode ser senão o resultado dos elementos sobre os quais o Autor ensaiia a análise do poder de julgar, elementos a que se refere de duas formas: pela negativa, dizendo o que não deve ser o poder de julgar, que não deve ser dado a um senado permanente nem ser vinculado a uma corporação, nem a uma certa profissão; de forma positiva, enunciando os vectores que convergem no exercício do poder judicial: (1) composição social; (2) estatuto próprio; (3) *exercício pela forma prescrita pela lei*. O primeiro acentua justamente um desequilíbrio, e será necessário explicar que apesar disso o poder judicial é invisível e neutro. No segundo inclui-se a temporalidade das funções que, se pode explicar uma limitação do peso específico do poder judicial, nada traz em boa verdade quanto à dimensão neutra e invisível do mesmo. É pelo terceiro, e precisamente através deste, que o poder judicial, segundo MONTESQUIEU, se torna “*por assim dizer invisível e neutro*”. Tomada a precaução, em face do exemplo do corporativismo dos Parlamentos do Antigo Regime, de exigir um exercício temporário e juizes provindos do povo, estes vectores do exercício do poder judicial constituem um enunciado negativo das condições de invisibilidade e neutralidade do poder judicial, invisível e neutro por não estar ligado a uma certa corporação e a uma certa profissão. Ao excluir uma permanência das funções judiciais MONTESQUIEU transfere com efeito o peso dos mecanismos institucionais, ao nível do exercício dos poderes e da constituição dos órgãos, para o das actuações: *O poder judicial deve ser exercido pela forma prescrita pela lei*. E este é o tema estruturante das relações entre as leis e o julgamento. Estamos deste modo perante o problema da conformação dos actos jurídicos. Logo, a seguir uma análise institucional e a uma análise sociológica, surge-nos uma análise estrutural. Este progressivo aprofundamento permite atingir, a partir dum mecanismo imediato, instituições dotadas de poderes, mas que funcionam segundo uma estrutura de interrelações inaugural. O tema da concretização dos actos jurídicos não é deste

modo simplesmente jurídico ainda que tenha evidentes bases e ressonância jurídica. E condiciona verdadeiramente o funcionamento do sistema político de MONTESQUIEU. O sistema não pode com efeito preservar a liberdade dos indivíduos se não sob a condição de a estrutura das relações julgamento/lei tornar invisível e neutro o poder judicial, não obstante estar confiado ao povo. Sem isso arriscar-se-ia a ruína do estabelecido equilíbrio das forças sociais entre Rei, nobres e povo e, por consequência, a ruína do balanceamento dos poderes institucionais, destinado a permitir a concretização da moderação e da liberdade, através dos órgãos do Estado que detêm estes poderes, ou de que são titulares.

Há portanto uma conexão e estreita dependência dos três temas e dos três planos, cada um dos quais condicionando o funcionamento do outro.

**6.** Mas é ainda necessário demonstrar em que é que a estrutura das relações entre o julgamento e a lei contribui para tornar o poder judicial invisível e neutro. Em primeiro lugar, decorre isso mesmo da racionalidade própria do sistema em que está inserida: a lei é com efeito obra das três forças sociais constitutivas do sistema (nas duas câmaras: os nobres e o povo, aos quais é confiado o poder legislativo; e o Rei com poder de voto). Fazendo dos juízes “*a boca que promunica as palavras da lei*”, e nada mais que isso representando o exercício judicial, MONTESQUIEU garante assim a manutenção do equilíbrio, condição de suporte do balanceamento dos poderes institucionais, em si mesmo garantia da moderação do sistema e da liberdade cidadã.

É pois nesta estrutura de relacionamento entre julgamento e lei que reside o princípio da neutralidade do poder judicial. Ainda que exercido “*por pessoas tiradas do...povo*”, não pode ser exercido senão da maneira prescrita pela lei, o que coloca o juiz no exercício das suas funções, e enquanto diz o direito, numa relação de imobilidade perante o acto de vontade no qual as três forças sociais colaboraram.

O julgamento não rompe deste modo o equilíbrio existente. O juiz no julgamento é transparente e inexistente. Como diz MONTESQUIEU: “*um ser inanimado*”. O contrário da *Lex animata*<sup>8</sup> medieval.

**7.** Esta revolução no conceito das relações entre lei e julgamento obriga a que nos interroguemos, seguindo o pensamento de MONTESQUIEU, sobre a estrutura em si mesma de cada um dessas actuações, lei e julgamento.

MONTESQUIEU isola-as<sup>9</sup> com referência a dois eixos. Um, familiar ao pen-

<sup>8</sup> O conceito de *Lex animata*, lei viva ou animada, é utilizada na Idade Média para designar o Monarca, encarnação da justiça.

<sup>9</sup> Tem de ter-se em atenção que no pensamento de MONTESQUIEU lei e julgamento, neste quadro, são actuações da vontade, e não os poderes, nem os órgãos legislativos e judiciário que os incorporam: as fórmulas de *L'Esprit des Lois* são a este respeito muito claras, distinguindo nitidamente os três planos e os conceitos que se referem a cada um deles.

samento ao século XVIII, é o eixo vontade geral/vontade particular. A lei é para MONTESQUIEU a expressão da vontade geral<sup>10</sup>, o julgamento pelo contrário, expressão de uma vontade particular. O segundo eixo é muito mais original e desempenha um papel dos mais importantes no paralelograma de forças descrito por MONTESQUIEU. A fórmula repetidamente citada “os juizes são a boca que pronuncia as palavras da lei” não traduz apenas a subordinação do juiz à lei que aplica, não é uma simples metáfora utilizada fortuitamente por MONTESQUIEU. Especifica o julgamento como palavra, e a lei no campo oposto da escrita. Retenhamos que a especificação do julgamento e da lei em torno do eixo palavra/escrita não é por acaso. Rigidez da escrita na lei, característica da forma republicana do Estado, por contraposição ao tendencial arbítrio da palavra. Por isso é que “no governo republicano, é da natureza da Constituição que os juizes sigam a letra da lei... quanto mais o governo se aproxima da forma republicana, mais a maneira de julgar se torna fixa” (E. L. VI, 3). Assim a ligação lei/escrita deve estar assegurada, tal como o está a ligação do julgamento à palavra (já que o juiz é “a boca da Lei”). Dupla especificação que inaugura uma tipologia de relações lei/julgamento, e condiciona o funcionamento do conjunto do sistema de moderação e de liberdade descrito por MONTESQUIEU. Com efeito é porque a lei está escrita e é geral e o julgamento é palavra e singularidade, por isso e nessa estrita medida, que o poder judicial se torna invisível e neutro. A escrita da lei é na verdade a condição de invisibilidade do julgamento.

O poder judicial não poderá ser invisível e neutro, e assim não seja possível estabelecer o equilíbrio das forças sociais, se o juiz não se contentasse com fazer do seu julgamento uma execução singular, uma aplicação particular ao caso concreto da lei que é a expressão da vontade geral, isto é, da vontade de todas as forças sociais que colaboraram para que fosse concretizada. Nestas condições, e nesta medida, o poder judicial é de facto neutro. E sendo neutral, preserva a liberdade, se e na medida em que o juiz faz do seu julgamento um texto preciso da lei, texto que na definição de PAUL RICOEUR<sup>11</sup> “é um discurso contido na escrita”. É neutral, e a liberdade será preservada, se e na medida em que o juiz tem lei, e ameaçada quando “o juiz tem em si mesmo a sua própria regra..., quando o julgamento em lugar de ser um texto preciso da lei se torna uma opinião particular do juiz” (E. L. VI, 6). Tentação da palavra soberana, amanhecer do governo dos juizes.

---

<sup>10</sup> Esta noção de lei como vontade geral está assente desde o início de *L'Esprit des Lois*. A lei “positiva” (E. L. I, 3) é identificada por MONTESQUIEU à “reunião de todas as vontades”.

<sup>11</sup> V. PAUL RICOEUR, *Du Text à l'action* (1986), *Éssais d'herméneutique II*, Seuil, Paris.

### III

**1.** Como questão prévia teremos aqui de justificar por que razão percorremos este longo caminho através do pensamento de MONTESQUIEU, nomeadamente detendo-nos na teoria do exercício do poder judicial que, poderá pensar-se, nada tem a ver com o tema eleito. Por um lado, o pensamento do Autor só nos interessa no todo sistémico porque se nos apresenta; por outro (e a isso não é estranha a escolha da tradução de *nule* por *neutro*) a parte que nele diz respeito ao poder judicial pode, como já brevemente referimos, extrapolar-se em termos de nos fazer aproximar de um conceito geral de produção dos actos jurídicos, nestes incluindo as típicas decisões da Administração. Mas ainda assim, sendo diferentes as condições sociais de que arranca o pensamento de MONTESQUIEU, certo é também que analogicamente nos podem fornecer quadros bastantes para abrancar preocupações contemporâneas.

**2.** Retenhamos pois dois aspectos do pensamento de MONTESQUIEU: a confusão dos poderes nas mãos das mesmas forças sociais, e aquele determinado relacionamento entre lei a aplicação da lei, pelo qual algum poder se torna neutro, e que poderá reger, por extensão, o tema geral da conformação dos actos jurídicos.

No contexto da sociedade contemporânea, vimos como da esfera privada se diluem os contornos, ao mesmo tempo que o indivíduo carente é remetido para uma solidão quase confinada ao espaço físico do lar, aí onde recebe toda a informação, pode pesquisar no campo dos saberes que bem entenda, e a partir do qual pode comunicar quase universalmente. Em simultâneo, as necessidades a que a administração estadual acorre multiplicam-se e entretecem uma teia a que este solitário não pensa sequer eximir-se, não prescindindo, em todo o caso, da liberdade perante as ameaças da “morte do homem”, à semelhança da “morte de Deus”. Entretanto, a mediação da representação parlamentar surge cada vez mais entregue a pessoal profissional, que no tempo corrente aspira até a ver-se livre dos espartilhos partidários (efeito Di Pietro, em Itália) que, apesar de tudo, vinculam os deputados a uma base eleitoral, com determinadas aspirações, fidelidades. E o Governo, tanto como os altos cargos da administração de linha é ocupado pelo mesmo tipo de profissionais que na sociedade particular encontram *alter ego* nos gestores das grandes empresas, muitas vezes transfronteiriças, com um poder comparável ao de alguns Estados. Deste modo, arrisca-se o modelo de governação, não obstante a permanência do formalismo da separação dos poderes, a cair nas mãos de uma única força social. Daí a actualidade do pensamento de MONTESQUIEU.

E se “por outro lado, a ideia de equilíbrio e contrapeso da separação dos poderes que... exige o reconhecimento de um poder administrativo autónomo, não pedestremente executivo, implica também que não se atribua a esse poder a liberdade de, em matérias essenciais, conformar a existência dos cidadãos ... o que está em causa não é a aplicação de uma fórmula de rigor geométrico: é fun-

damentalmente uma questão de medida”<sup>12</sup>.

Devemos porém pôr em equação que a complexidade dos problemas sociais e económicos, face à extensão dos resultados da investigação tecnológica e no campo das ciências sociais, exige na verdade um apelo a um saber comum que se autonomiza enquanto surge cada vez mais vulgarizado. Como estabelecer então um balanceamento das forças sociais na contemporaneidade?

Ainda assim, os Parlamentos surgem-nos como um *forum* de debate dos projectos e aspirações públicas, insubstituível e estimável. E porque a independência, como capacidade de agir criativa da administração, não pode deixar de ser considerada uma peça essencial ao bom funcionamento da sociedade, recobra sentido o expediente técnico da *reserva de lei*, com vista a conseguir-se o balanceamento, condição de um Estado respeitador das liberdades. Mas aquele só se tornará eficaz se, no geral, a aplicação do Direito acorrer ao perigo de as decisões administrativas se refugiarem numa única fonte de legitimidade, o saber técnico inquestionável, sancionador de escolhas insindicáveis, senão por técnicos e segundo os protocolos das disciplinas técnicas, e com o pretexto jurídico de que a discricionariedade adere justamente às necessidades do papel do Estado-aparelho do presente.

Certo é que a lei já não pode ser vista, em boa verdade, como expressão da simples vontade conjugada das forças sociais do espectro pós-moderno<sup>13</sup>. Com efeito, o saber social e tecnológico impõe à actuação legislativa uma conformidade geral que os simples arrobos da vontade não podem pôr em causa. Mas as opções sendo limitadas, existem, mesmo para além da esfera da pluralidade constituinte dos saberes: cabe um papel ao risco, ou se quisermos à imaginação, ao menos como factor do aparecimento de paradigmas novos. E é no estreito campo de manobra para a discussão que as opções deixam que pode exercer-se o actual controlo democrático. Controlo que deve exercer-se ao nível do funcionamento institucional, mas também da opinião pública, através dos meios com que esta é constituída neste final do Séc. XX.

A reserva de lei, confiada ao Parlamento, permite concretizar o controlo no plano institucional, pois exige para as grandes linhas estratégicas da vida da comunidade um debate consistente no espaço em que ele ainda pode acontecer, e uma reflexão segundo modelos éticos de referência ao serviço do bem comum<sup>14</sup>. Mas

<sup>12</sup> ROGÉRIO SOARES, *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva* (1981), sep. do BFDUC, LVII, 184.

<sup>13</sup> “Para Zagrebelsky en el Estado Constitucional la ley cambia de locus en el ordenamiento jurídico; resulta subordinada a la Constitución y con ello ‘pulverizada’ al menos en su concepto clásico, deviene en objeto de ‘contractualización’ o compromiso. En este punto Zagrebelsky no responde por la ‘pulverización’ del principio democrático o la mentada ‘soberanía del Parlamento’”, [FRANCISCO ZUÑIGA URBINA, *Postmoderdinad, Derechos y Constitucion (Zagrebelsky como pretexto)*, Anuario de Derecho Público, n.º 1, Ano I, Universidad de La Republica, Santiago-Chile, p. 47].

<sup>14</sup> “...é no parlamento que podem confrontar-se perspectivas diversas, e, sobretudo se as comissões estão suficientemente apetrechadas com serviços técnicos auxiliares, que pode realizar-se

não podendo ser editados sistemas legislativos circulares, que tudo prevejam e a tudo dêem solução, nos interstícios da regulamentação, ou apresentando-se-nos esta mesmo segundo o modelo dos sistemas abertos, tal que possam integrar concretizações que só uma prospectiva no terreno pode anunciar (*juízos de prognose isolada, em sentido amplo, e sob preceitos copulativos*), vai inserir-se um modo de actuação do executivo, da administração, a que corresponde uma discricionariedade, que se nos apresenta como correlato necessário de uma dinâmica independente<sup>15</sup>. Então, ainda que se admita uma maior ou menor latide de sindicabilidade pelos Tribunais<sup>16</sup>, em caso de conflito emergente, certo é que o controlo da opinião pública tem de estabelecer-se de alguma maneira. No final de contas é isso a que chamamos opinião pública que representa uma força social a necessitar de balanceamento com qualquer das outras, por exemplo, a dos gestores, representadas nos órgãos de decisão. Já não será só o sufrágio que faz a intermediação, mas esta há-de também ser encontrada no *habitus* social, na nova conformação das posições relativas de cada um e dos grupos perante o todo da sociabilidade<sup>17</sup>. Para que esse controlo pela opinião pública possa ser exercido, é necessário que de certo modo a administração se torne algo de parecido com um poder *invisível e neutro*. Isto é, que nas tarefas de aplicação da lei, hoje mais do que nunca de concretização do Direito, se adopte uma solução estrutural tipo escrita-texto-palavra. Então, por cada acto administrativo uma motivação que seja o texto da lei, isto é que traga consigo o discurso ínsito nos padrões orientadores dos comportamentos, escrita da lei, e que são tributários desse saber comum universalmente divulgado, integrado no “ethos” da cidade universal, para os quais a Declaração Universal dos Direitos do Homem fornece um desejável critério de interpretação<sup>18</sup>.

---

uma apreciação dos problemas legislativos que alie à ventilação das soluções a distanciação da tirania da execução imediata. Por outro lado, o parlamento pode funcionar ainda ... como uma “agência de procuradoria” de interesses locais, mais facilmente desconhecidos por um órgão, como o governo, vocacionado para uma direcção unitária”, ROGÉRIO SOARES (1981-182).

<sup>15</sup> “...o papel da lei é o de ser um instrumento director e ordenador de uma decisão que cabe ao segundo poder. Numa compreensão moderna da fórmula da separação dos poderes, o sentido da Administração é o da instância privilegiada para encontrar no caso concreto o equilíbrio indispensável entre a multidão de interesses conflituantes”, ROGÉRIO SOARES, *Administração Pública e Controlo Judicial* (1994), in RLJ, 127/3845, p. 229.

<sup>16</sup> V. ROGÉRIO SOARES, *O Acto Administrativo* (1990a), in “Scientia Iuridica”, XXXIX, 223/228, jan-dez, pp. 25 ss.; Idem, (1994-228 ss); VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido* (1996), Almedina, Coimbra; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Mestre Vasco Pereira da Silva: “Em busca do acto administrativo perdido”* (1996), Lisboa, in *Direito e Justiça*, X, 2.<sup>o</sup>.

<sup>17</sup> V. PIERRE BOURDIEU, *Raisons Pratiques-Sur la Théorie de l'Action* (1994), Seuil, Paris.

<sup>18</sup> “Por cierto que soy escéptico frente al discurso de la postmodernidad, y no gusto de sus fetiches estéticos; pero debe reconocerse que desarrolla coherentemente el fin de la HISTORIA, como cosmovisión historicista, es decir, relato de la propia historia, con un fin o sentido, que en las utopías del siglo XIX y XX permitió sacrificar generaciones vivas por un sueño o paraíso próximo,

O Direito administrativo, impondo e exigindo a motivação dos actos administrativos, incorporando ainda as directivas dos direitos humanos, estabelecerá assim a melhor defesa de um espaço socio-cultural imprescindível à liberdade humana e ao respeito pelos legítimos interesses da pessoa.

Do nosso ponto de vista portanto a motivação dos actos administrativos não é necessária apenas para a actividade de controlo jurisdicional dos mesmos, mas muito principalmente é exigida pelas necessidades de redemocratização na sociedade contemporânea, que espera, através dos *media*, toda a informação necessária para ter e dar corpo a uma opinião livre. Ora, a motivação dos actos da administração é ela em si mediatizável, como o demonstram a crescente informatização, e o acesso pelas auto-estradas cibernéticas, de e a toda a sorte de textos jurídicos.

**3.** Chegados aqui, importa interrogarmo-nos brevemente sobre o sentido e alcance da alteração do texto do artigo 268.<sup>º</sup>, n.º 3 da CRP, segundo a lei constitucional n.º 1/79, de 20 de Setembro:

“Os actos administrativos... carecem de fundamentação expressa e *acessível* quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos”.

Problematizando a inovação, isto é, o segmento da letra – *acessível* – que não nos parece ser apenas a prescrição de um certo estilo, ou busca da quotidianidade, da pobre linguagem do dia-a-dia (a solução não teria dignidade para ser elevada a preceito constitucional, para além de ser um manifesto erro teórico), quanto a nós parece-nos dever ter de ler-se a norma à luz do artigo 1.<sup>º</sup> da Constituição<sup>19</sup>, onde os ideais de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada na dignidade da pessoa humana, obtêm acolhimento. Aquele *acessível*, será jus-

---

transformando a la utopía es una verdadera pesadilla. En este sentido 1989, así como 1789, marcan un combio de época. Ahora bien, la crisis de la modernidad iniciada en el período de entreguerras, no entraña necesariamente demoler la herencia de la Ilustración y su proyecto emancipador, puesto que en lo que reviste interés para esta ponencia es que subsiste en el campo de los derechos humanos, un camino fértil de afirmación del «Hombre», con dimensiones culturales, políticas y jurídicas que marcan los procesos de reconocimiento, promoción y eficacia en los planos nacional, internacional y regional de tales derechos. Los derechos humanos, tanto civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, son herencia de la modernidad (Ilustración): del liberalismo y del socialismo, que debemos potenciar. Es una de las puertas de escape a la profetizada muerte del hombre, al verse cancelados todos los proyectos emancipadores (utopías) que hacían un relato o escribían la historia”, URBINA (1997-47).

<sup>19</sup> V. também art. 16.<sup>º</sup>, n.º 2: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”, tendo-se em conta o disposto no art. 17.<sup>º</sup> CRP, no que diz respeito à aplicabilidade do regime aos direitos fundamentais de natureza análoga.

tamente a recolha constitucional das preocupações do mundo contemporâneo de ter *acesso, de aceder* livre, mediata ou imediatamente, e também através da linguagem gerada no auxílio trazido pelos meios tecnológicos já habituais, às boas ou más razões das decisões da administração, principalmente daquelas que interferem com o quadro dos direitos e interesses do indivíduo, enquanto pessoa, o qual não obstante possa constrangê-lo, também o liberta através da assunção racional da sua justificação ou da crítica<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Para além dos Autores especificamente referidos no texto, para a elaboração do presente estudo foi ainda consultada a seguinte bibliografia: ERNST FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungrechts*, Beck, Munique, 10.<sup>a</sup> ed., trad. franc. *Traité de Droit Administratif Alemão*, Bruxelas, 1969 e *Der Staat der Industriegesellschaft*, Munique, trad. cast. *El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid, 1975; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo* (1996), Almedina, Coimbra, 2.<sup>a</sup> ed.; JACQUES MOREAU, *Droit Administratif* (1989), PUF, Paris; PROSPER NEIL, *Le Droit Administratif* (1964), PUF, Paris, trad. cast. *Derecho Administrativo* (1986), Cuadernos Civitas, Madrid; AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo* (1976), policop., Coimbra; ALDO M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Administrativo* (1989), C. E. Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 15.<sup>a</sup> ed.; ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo* (1978), policop., Coimbra, *Interesse Público, Legalidade e Mérito* (1955), Coimbra, *Direito Público e Sociedade Técnica* (1969), Atlântida, Coimbra, *O Conceito Ocidental de Constituição* (1986), in R.L.J., ano 119, 1986/87, 3743-3744, reprint. BFDUM, ano I, 1997, p. 11 ss., *Actividade Administrativa* (1990), in Dicionário Jurídico da Administração Pública, Lisboa; e J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos* (1991), Almedina, Coimbra.