

ESTADO DE DIREITO

Joaquim José Gomes Canotilho

ÍNDICE :

PARTE I - ESTADO DE DIREITO	2
1- EM JEITO DE INTRODUÇÃO	2
2 -QUE DIREITO PARA O ESTADO?	3
3 - ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE NÃO DIREITO	4
4 - DIREITO E NÃO DIREITO NAS INSTITUIÇÕES TOTALITÁRIAS	6
5- ESTADO DE DIREITO: UMA CRIAÇÃO DA CULTURA POLÍTICA OCIDENTAL	7
6 - AS DIMENSÕES DO ESTADO DE DIREITO: JURIDICIDADE, DEMOCRACIA, SOCIALIDADE E SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL	8
6.1. ESTADO DE DIREITO	9
6.2. O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO	10
6.3- ESTADO DE DIREITO E ESTADO SOCIAL	13
6.4 - ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE JUSTIÇA	15
6.5- ESTADO DE DIREITO E ESTADO AMBIENTAL	17
PARTE II : AS DIMENSÕES ESSENCIAIS DO ESTADO DE DIREITO	18
1 - ESTADO DE DIREITO: O IMPÉRIO DO DIREITO	18
2 -ESTADO DE DIREITO É UM ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
3 - O ESTADO DE DIREITO OBSERVA O PRINCÍPIO DA JUSTA MEDIDA	21
4 -O ESTADO DE DIREITO GARANTE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO	22
5 - O ESTADO DE DIREITO RESPONDE PELOS SEUS ACTOS	23
6 - O ESTADO DE DIREITO E A GARANTIA DA VIA JUDICIÁRIA	24
7 -O ESTADO DE DIREITO DÁ SEGURANÇA E CONFIANÇA ÀS PESSOAS	25
8 – A GUISA DE CONCLUSÃO	26

PARTE I - ESTADO DE DIREITO

1- EM JEITO DE INTRODUÇÃO

Convidam-nos amavelmente a escrever um pequeno livro sobre um tema outrora reservado ao saber dos juristas. Perguntamo-nos a nós próprios como iremos enquadrar nos *Cadernos Democráticos* o tema do Estado de direito. As dúvidas começam logo no facto de, ainda hoje, o *Estado de direito* e a *democracia* responderem a dois modos de compreender a cidadania e a autodeterminação individual. Indivíduo autónomo perante o poder, eis o tema do Estado de direito; indivíduo livre através da participação autónoma na cidade, eis o lema da democracia. Mas não só isto. Estes *Cadernos Democráticos* pretendem, ao que supomos, registar os modos e os modos outros da cidade republicana actual. Novo problema. *Estado de direito* e *república* lançam entre si olhares de mútua suspeição. Do lado republicano, vê-se o Estado de direito preocupado exclusivamente com a autonomia privada e a sua distância perante o poder, desprezando-se as virtudes Públicas. Do campo do Estado de direito, não se compreende o direito reduzido a «actos de fala» do homem público, nem sempre amigo das virtudes privadas do sujeito da sociedade civil. Por último, mais um ruído. Os *Cadernos Democráticos* não são indiferentes aos problemas da justiça social nas sociedades contemporâneas. Nem outra coisa seria de esperar de uma fundação cujo patrono afirma sem reticências a bondade do socialismo. Eis uma terceira provocação. Contra o «demasiado Estado» do despotismo iluminista se lançaram os pilares de uma arquitectura política onde o Estado se configura como esquema de organização curvado e limitado pelo direito. Ora, o «Estado social» retoma, segundo alguns, o desejo do «Estado largo» por amor a uma controvertida missão económico-social dos poderes públicos.

Seja-nos permitido, assim, localizar o discurso na cidade republicana. Procurar os caminhos do Estado de direito hoje é, no fundo, tentar responder a algumas das mais candentes questões políticas actuais. Numa formulação recente, uma conhecida publicista francesa¹ resumia as nossas angústias. Como articular a ética e o direito? Qual o lugar que deve ter a educação cívica e moral? Como se deve reequilibrar o Estado administrativo? Como reformar a justiça? Como é que se reorganiza a cidadania e a selecção dos eleitos? Qual o direito do povo e das mulheres e, sobretudo, como articular os diferentes vasos do direito político republicano: o direito do Estado, os direitos do homem, os direitos do povo, os direitos do cidadão? O tema que nos é proposto é um itinerário de passagem destas perplexidades. Tentemos responder a algumas delas.

¹ Cf. Blandine Kriegel, *La cité republicaine des chemins de l'État*, 4, Galilée, Paris, 1997, p. 5.

2 -QUE DIREITO PARA O ESTADO?

Direito, mas de que Estado? Porquê um Estado de direito? E que direito para que Estado? Estas e outras interrogações servem apenas para insinuar um problema essencial: que «lei» para que «cidade». Uma ordem juridicamente organizada de justiça e de paz aponta para certos tipos de organização da cidade (a cidade republicana) e para o consenso/partilha de certos valores e princípios. O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes. No entanto, antes da afirmação deste princípio básico coloca-se sempre a *marca da fundação*. A história da fundação das comunidades humanas organizadas é muitas vezes uma história trágica assente num código binário de contradições, antinomias e exclusões: cidadão/estrangeiro, fé/heresia, temporal/espiritual, amigo/inimigo, público/privado, vontade geral/interesses particulares, inclusão/exclusão, direito/não direito.

Interessa-nos aqui o último par de oposições: direito/não direito, ou, mais precisamente, Estado de direito/Estado de não direito. Talvez os leitores fiquem admirados com estas propostas. Em vez de se começar por explicar o que é o Estado de direito, inicia-se a intriga com um exercício simultaneamente de análise e de exorcismo em torno do Estado de não direito. Verificaremos já em seguida que as páginas dedicadas aos Estados de não direito, longe de constituírem páginas virtuais, são registos políticos dos construtores de sistemas onde o não direito e a injustiça se afirmaram e impuseram como *experiências primeiras*. Será isto uma fatalidade: primeiro a injustiça e o não direito e, só depois, no caos destas experiências, a gestação da justiça e do direito?

3 - ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE NÃO DIREITO

O tema do *Estado de direito* voltou a ganhar excepcional actualidade nas últimas duas décadas do nosso século. Porquê, perguntar-se-á naturalmente. E a pergunta é tanto mais incómoda e justificada quanto mais diversificadas e contraditórias forem as causas da ressurreição e ressurgimento do problema do Estado de direito.

Para facilitarmos a compreensão da complicada génese do Estado de direito avançaremos com uma caracterização simples, pois, como sempre², as caracterizações mais simples tomam-se mais impressivas. *Estado de direito* é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo *direito*. «Estado de não direito» será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito. Este modo abstracto de aproximação aos conceitos de «Estado de direito» e de «Estado de não direito» pouco adiantará direito» pouco adiantará às pessoas menos familiarizadas com os temas do «Estado» e do «direito». Avancemos então por um caminho mais assente na terra para se *tomar a sério o Estado de direito*. Tomar a sério o Estado de direito implica, desde logo, recortar com rigor razoável o seu contrário -o «Estado de não direito». Três ideias bastam para o caracterizar: (1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a «razão do Estado» imposta e iluminada por «chefes»; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito. Explicitemos melhor estas três ideias. «Estado de não direito» é aquele em que existem leis arbitrárias, cruéis e desumanas que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando sem qualquer defesa jurídica eficaz o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias. Lei arbitrária, cruel e desumana é, por exemplo, aquela que permite experiências científicas impostas exclusivamente a indivíduos de outras raças, de outras nacionalidades, de outras línguas e de outras religiões.

Estado de não direito — eis a segunda ideia básica — é aquele que identifica o direito com a «razão do Estado», com o «bem do povo», com a «utilidade política», autoritária ou totalitariamente impostos. O «direito» é tudo — mas não mais do que isso — o que os «chefes», o «partido», a «falange», decretarem como politicamente correcto. Facilmente se intuem as consequências trágicas desta identificação do direito com uma hipotética «utilidade social» ou com uma abstracta razão de Estado. A «razão de Estado» — com este ou com outros nomes, como, por exemplo, «amizade do povo», «bem da nação», «imperativos da revolução», «interesses superiores do Estado» — justificou campos de concentração, pavilhões psiquiátricos e mesmo genocídios colectivos para os adversários políticos ou para os povos a que estes pertencem. O «bem do povo» e os «interesses do Estado» são (e foram) invocados a torto e a direito para dar cobertura a privilégios de classes dirigentes, insinuando-se a escandalosa identificação dos interesses das castas político-governantes com o bem comum dos cidadãos.

Retomemos a terceira ideia: a da radical injustiça e da flagrante desigualdade na aplicação do direito. Nos «Estados de não direito» há dois pesos e duas medidas na aplicação das normas jurídicas (leis) consoante as pessoas em causa. Um acto idêntico é sancionado criminalmente com penas desumanas se praticado por adversários políticos, mas merece o encobrimento ou até o beneplácito político quando seja cometido por um correligionário ou por elementos das polícias secretas contra o *outro*, seja ele um simples adversário político, um idealista defensor dos direitos humanos ou um lutador pela democracia.

De uma forma quase intuitiva, o leitor sabe o que *não* é um Estado de direito. É aquele — repita-se — em que as leis valem apenas por serem leis do poder e têm à sua mão força para se fazerem obedecer. É aquele que identifica direito e força, fazendo crer que são direito mesmo as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais desumanas. É aquele em que o capricho dos déspotas, a vontade dos chefes, a ordem do partido e os interesses de classe se impõem com violência aos cidadãos. É aquele em que se negam a pessoas ou grupos de pessoas os direitos inalienáveis dos indivíduos e dos povos.

Como se poderá deduzir das considerações antecedentes, não basta a existência de leis menos justas ou de leis publicamente contestadas através de movimentos de desobediência civil ou de gestos de indignação para, de forma automática, se apodarar uma organização política de Estado de não direito. Sendo assim, perguntar-se-á: a partir de que limite as leis e medidas injustas transportam maldade suficientemente intensa para que sejam legítimas as suspeitas de um Estado de não direito? Avançaremos uma fórmula

² Se o leitor for daqueles que gostam de ir mais longe sobre o que se acaba de ler, a notícia aqui fica. Ninguém, a nosso ver, caracterizou de forma tão simples e impressiva o «Estado de não direito» como o fez o filósofo do direito, de nacionalidade alemã, Gustav Radbruch, numa circular dirigida aos estudantes da Universidade de Heidelberg após a Segunda Grande Guerra. Esta circular, intitulada «Cinco minutos de filosofia do direito», pode ler-se em Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, vol. II, trad. de Luís Cabral Moncada, Coimbra, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1962, pp. 211 a 214. O texto segue, por vezes com proximidade textual, estes estimulantes «cinco minutos de filosofia do direito».

sintética³. Atingir-se-á o «ponto do não direito» quando a contradição entre as leis e medidas jurídicas do Estado e os princípios de justiça (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana) se revele de tal modo *insuportável* (critério de insuportabilidade) que outro remédio não há senão o de considerar tais leis e medidas como injustas, celeradas e arbitrárias e, por isso, legitimadoras da última razão ou do último recurso ao dispor das mulheres e homens empenhados na luta pelos direitos humanos, a justiça e o direito — o *direito de resistência*. individual e colectivo.

³ Para o público leitor que considere este texto um elemento de estudo forneceremos um apontamento bibliográfico infelizmente só acessível aos que conhecem a língua alemã. O critério sumariamente avançado para caracterizar «Estado de não direito» é conhecido na literatura jurídica como «fórmula de Radbruch». Sobre esta fórmula pode ver-se o estudo de Frank Saliger integrado na colecção «Heidelberger Forum» com o título Radbruchsche Formei und Rechtsstaat, C. F. Miiller, Hei- delberga, 1995.

4 - DIREITO E NÃO DIREITO NAS INSTITUIÇÕES TOTALITÁRIAS

Até agora limitámo-nos a traçar as fronteiras entre Estado de direito e Estado de não direito em termos abstractos e conceptuais. Espera-se certamente que surjam os *exemplos* da institucionalização do Estado de não direito. O primeiro momento de negação do Estado de direito encontra-se nos regimes nazi-fascistas. Embora pareça paradoxal⁴, alguns autores chegaram a falar de «Estado de direito fascista» para significar que também neste Estado havia uma ordem jurídica, um «Estado legal», uma «segurança jurídica». O Estado fascista é, porém, uma institucionalização totalitária diferente do Estado de direito. Em primeiro lugar, o Estado não é um esquema organizatório limitado pelo direito. É, sim, uma realidade transcendente, uma realidade suprema. Perante ele, os direitos individuais assentes na dignidade da pessoa humana cedem porque em primeiro lugar estão os interesses do Estado. O Estado de direito pressupõe uma certa distância e uma inequívoca separação da sociedade civil perante o Estado. O Estado fascista elimina a distância e a separação, incluindo na realidade estatocrática o indivíduo e os grupos sociais. Por último, o Estado fascista é um Estado de não direito porque, como realidade que se justifica a si própria, não carece de legitimação. Foge da legitimação democrática.

Na década de 70 e principalmente na década de 80 o Estado de direito é uma palavra de luta contra a chamada *deriva totalitária socialista*⁵. O princípio da unidade do poder do Estado e a existência de uma estrutura de Estado monolítica assente num esquema de confusão de Estado, direito, classe e partido encobriam-se numa «legalidade socialista» ou num «Estado de direito socialista». Os Estados comunistas eram Estados de não direito. A desesperada tentativa da *perestroika* para alicerçar a «formação de um Estado de direito socialista» demonstra que faltava o essencial de um Estado de direito: a separação de poderes, a garantia de direitos e liberdades, o pluralismo político e social, o direito de recurso contra abusos dos funcionários, a subordinação da administração à lei constitucional, a fiscalização da constitucionalidade das leis. O sistema não aguentou, enredado na sua própria lógica. O Estado de direito é a antítese do totalitarismo estalinista ou do autoritarismo monopolista da *nomenklatura*. A filosofia política do «partido único» transformado em vanguarda da «consciência colectiva» e dos fins e metas socialmente desejáveis eliminou da cena política categorias básicas de um Estado de direito, como a publicidade crítica, a discussão e dissensos parlamentares e políticos, a autonomia da sociedade civil⁶.

Se o Estado de direito não tem um «selo» ocidental — mas discutiremos isso em breve — a sua proclamação nos países da Europa de Leste (ex-países socialistas, ex-democracias populares) serviu para se voltar nesses países à reapropriação de esquemas jurídico-políticos e de princípios e valores comuns ao Ocidente de tradição liberal e democrática. Do mesmo modo, a transição dos regimes africanos para o pluralismo político impeliu a erigir o Estado de direito em trave-mestra da modernização e democratização políticas. Resta saber se a refundação dos Estados em termos de Estado de direito não pressupõe uma cultura, uma política e um ambiente jurídico-cultural forjados através de processos de socialização e aculturação característicos de tempos longos.

⁴ A epígrafe do texto inspira-se em D. Loschak, «Droit et non droit dans les institutions totalitaires», in *L'Institution*, PUF, 1981.

⁵ Existe uma literatura imensa sobre o carácter de «não direito» do Estado socialista de partido único. Seguiremos, porém, a leitura de Dahrendorf, *Reflexões sobre a Revolução na Europa*, Lisboa, Gradiva, 1995, porque constitui um excelente «caderno democrático».

⁶ Uma discussão aprofundada dos princípios do Estado de direito e da sua neutralização na antiga DDR (República Democrática Alemã) pode ser vista no nº 51 (1991) da colecção organizada pela Associação dos Professores de Direito Público de língua alemã. Três autores — Christian Starck, Wilfried Berg e Bodo Pieroth — procuram discutir algumas das questões agitadas no nosso texto (v., precisamente, Ch. Starck/W. Berg/B. Pieroth, *Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtss taatlichen Vergangenheit*, de Gruyter, Berlim, 1992).

5- ESTADO DE DIREITO: UMA CRIAÇÃO DA CULTURA POLÍTICA OCIDENTAL

O «Estado de direito» e o «Estado de não direito» assumem-se como categorias históricas. A contraposição entre estas duas categorias não obedece, pois, a um simples esquema abstracto ou a meras arrumações intelectuais. Existiram e existem esquemas jurídico-políticos de organização comunitária que poderemos arrumar na categoria de «Estados de direito». Existiram e existem tecnologias político-organizatórias que se enquadram na categoria de «Estados de não direito». Onde e como se desenvolveram estas categorias?

Uma resposta a esta pergunta é muitas vezes dada recortando o Estado de direito como uma forma de organização jurídica e política circunscrita aos Estados em que progressivamente se foi sedimentando um determinado paradigma jurídico, político, cultural e económico. O Estado de direito perfilar-se-ia, assim, como um *paradigma jurídico-político da cultura ocidental e do Estado liberal do Ocidente*. Foi no «meio ambiente natural» do Ocidente o local da forja de uma arquitectónica de Estado baseada no consenso sobre princípios e valores que, no seu conjunto, formam a *chamada juridicidade estatal*⁷. Avancemos já as dimensões fundamentais desta juridicidade: governo de leis (e não de homens!) gerais e racionais, organização do poder segundo o princípio da divisão de poderes, primado do legislador, garantia de tribunais independentes, reconhecimento de direitos, liberdades e garantias, pluralismo político, funcionamento do sistema organizatório estadual subordinado aos princípios da responsabilidade e do controlo, exercício do poder estadual através de instrumentos jurídicos constitucionalmente determinados. No seu conjunto e de forma tendencial, a convergência dos princípios básicos constitutivos da juridicidade estatal acabou por gerar um paradigma de organização política considerado como referência relativamente a outros esquemas organizatórios do político. Aqui vem entroncar uma das controvérsias actuais em torno do problema do Estado de direito: o da *pretensão de universalidade*⁸ do paradigma ocidental do Estado de direito. Por outras palavras mais acessíveis: poderá este modelo político da cultura ocidental impor-se como um valor político universal? Será o «Estado de direito ocidental» a medida justa do mundo, da civilização e do desenvolvimento humano? A bondade dos seus valores, princípios e esquemas organizativos não justificará mesmo considerá-lo o último modelo possível de organização e o «próprio fim da história»?

Aqui, como noutros campos da organização social e política, devem evitar-se radicalizações dicotómicas e simplificações ideológicas. Falar, por exemplo, de um «Ocidente» — o do Estado de direito — e de um «Oriente» — o do despotismo — significa esquecer que no ambiente europeu do Estado de direito se gerou o «fenómeno Hitler» e dos campos de concentração e se desenvolveram formas «não ocidentais» de organização política, como foram o «Estado Novo» português, o «Estado falangista» espanhol e o «Estado fascista» italiano. Por outro lado, desdenhar dos esquemas políticos racionais e razoáveis do Estado de direito, reduzindo-os a meras formas de domínio da «classe burguesa», acabou por justificar esquemas «soviéticos» de Estado-partido sem limites jurídicos efectivos do poder, do Estado e do partido. A proposta de leitura que se avançará neste livro partirá do seguinte tópico: o Estado de direito transporta *princípios e valores* materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz. São eles: a *liberdade* do indivíduo, a *segurança* individual e colectiva, a *responsabilidade* e *responsabilização* dos titulares do poder, a *igualdade* de todos os cidadãos e a *proibição* de discriminação de indivíduos e de grupos. Para tomar efectivos estes princípios e estes valores o Estado de direito carece de *instituições*, de *procedimentos* de acção e de *formas* de revelação dos poderes e competências que permitam falar de um *poder democrático*, de uma *soberania popular*, de uma *representação política*, de uma *separação de poderes*, de *fins e tarefas* do Estado. A forma que na nossa contemporaneidade se revela como uma das mais adequadas para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do *Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado*. Está, assim, traçado o roteiro para aprofundarmos o Estado de direito. Trata-se: (1) de um *Estado de direito*; (2) de um *Estado constitucional*; (3) de um *Estado democrático*; (4) de um *Estado social*; (5) de um *Estado ambiental*, ou melhor, de um Estado comprometido com a sustentabilidade ambiental.

⁷ Os vários princípios jurídicos informadores desta juridicidade estatal encontram-se expostos com mais ou menos desenvolvimento nos manuais de direito constitucional, nacionais e estrangeiros. Procuramos fazer uma síntese desses princípios no nosso *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2.ª ed., Coimbra, 1998, pp. 235-272, que aqui seguimos de perto.

⁸ Abstemo-nos, num livro de divulgação, de saturar o texto com notas eruditas. No entanto, quem tiver paciência e curiosidade para aprofundar o tema da pretensão de universalidade do Estado de direito pode ver referências em dois livros recentes, mas não muito acessíveis. Referimo-nos ao livro de Edin Sarcevic, *Der Rechtsstaat*, Leipziger Universitätsverlag, Leipzig, 1996, e à colectânea de estudos organizada por Hans-Martin Pawlowski e Gerd Roellecke, *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates*. Franz Steiner Verlag Stuttgart, 1996.

6 - AS DIMENSÕES DO ESTADO DE DIREITO: JURIDICIDADE, DEMOCRACIA, SOCIALIDADE E SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Retomemos as considerações finais do número anterior. Dissemos que a pretensão de universalidade do Estado de direito se reconduz, no final do milênio, à formatação de um Estado dotado de *qualidades*: *Estado de direito*, *Estado constitucional*, *Estado democrático*, *Estado social* e *Estado ambiental*.

Poucos terão hoje a ousadia de defender abertamente um Estado de não direito. As declarações internacionais de direitos do homem, os grandes pactos internacionais sobre direitos e liberdades, civis, políticas e sociais, a estruturação de novos espaços político-econômicos com base no respeito e realização dos direitos fundamentais, pouca folga darão aos novos pretendentes do despotismo. Ninguém pode ficar fora da comunidade internacional, ou, como hoje se dirá num mundo anglicizado, a ninguém é reconhecido o direito de *opting out* da comunidade internacional.

Para se estar dentro dela impõe-se a observância das regras e princípios progressivamente acolhidos pelos Estados de direito.

6.1. ESTADO DE DIREITO

A ideia de um Estado domesticado pelo direito alicerçou-se paulatinamente nos Estados ocidentais de acordo com as circunstâncias e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano. Na Inglaterra sedimentou-se a ideia de *rule of law* («regra do direito» ou «império do direito»). Na França emergiu a exigência do *Estado de legalidade* (*État légal*). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do *Estado constitucional*, ou seja, o Estado sujeito a uma constituição. Na Alemanha construiu-se o princípio do *Estado de direito* (*Rechtsstaat*), isto é, um Estado subordinado ao direito. De uma forma acessível, procurar-se-á condensar a mensagem jurídica e política de todas estas ideias.

O que entendem os Britânicos por *rule of law*? Fundamentalmente, a «regra do direito» significa quatro coisas. Em primeiro lugar, significa a obrigatoriedade da adopção de um *processo justo* legalmente regulado quando se torna necessário julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade ou propriedade. Em segundo lugar, a regra do direito impõe a prevalência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real. A sujeição de todos os actos do poder executivo à soberania dos representantes do povo (parlamento) recorta-se como a terceira ideia da regra do direito. Finalmente, a regra do direito significa direito e igualdade de acesso aos tribunais por parte de qualquer indivíduo a fim de aí defender os seus direitos segundo os princípios do direito comum e perante qualquer entidade (pública ou privada). Com esta ou com formulações semelhantes, a regra do direito impôs-se como regra inelirninável da organização política das sociedades ocidentais. Deixou, pois, de ser uma simples revelação da história inglesa para passar a exprimir algumas das dimensões básicas do Estado de direito.

Os Estados Unidos acrescentaram mais alguma coisa a este conjunto de regras. O Estado constitucional pressupõe, desde logo, o *poder constituinte do povo*, ou seja, o direito de o povo fazer uma *lei superior* (constituição) da qual constem os esquemas essenciais do governo e respectivos limites. Os direitos e liberdades dos cidadãos histórica e juridicamente gerados na república assumiam-se como elemento central do Estado. Além de um governo regulado pela constituição e limitado pelos direitos e liberdades, entendia-se que o poder também carecia de uma *justificação*, de uma legitimação. Não bastaria invocar que o «governo» era representativo. Impunha-se tornar claras as *razões do governo*, ou, dito de outro modo, as *razões públicas* demonstrativas do *consentimento* do povo em ser governado sob determinadas condições. Deste modo, o «governo que se aceita» ou «está justificado» será apenas o *governo subordinado a leis* transportadoras de princípios e regras do direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitados na constituição. Por último, deve fazer-se uma menção particular aos tribunais. Estes exercem a *justiça em nome do povo*. E exercer a justiça em nome do povo implica que os juízes sejam considerados agentes do povo nos quais este deposita a confiança de preservação dos princípios de justiça radicados na consciencia Jundica geral e consagrados na lei constitucional superior. Se necessário for, os juízes farão uso do *seu direito de acesso à constituição*, desapicando e considerando nulas as más leis editadas pelos órgãos do governo da nação (fiscalização judicial da constitucionalidade das leis).

A França revolucionária deixou-nos um legado decisivo para a compreensão do Estado de direito. Não há Estado de direito onde não houver uma constituição feita pela nação (entenda-se: pelos representantes da nação). E uma sociedade cuja lei constitucional superior não contenha uma *declaração ou catálogo de direitos* e uma organização do poder político segundo o *princípio da divisão de poderes* não tem verdadeiramente constituição. Doravante, as ideias de direitos fundamentais consagrados na constituição e de divisão de poderes assumem-se como núcleo essencial de qualquer Estado constitucional.

A expressão *Estado de direito* é considerada uma fórmula alemã (*Rechtsstaat*). Ela aponta para algumas das ideias fundamentais já agitadas na Inglaterra, Estados Unidos e França. Acrescenta-lhes, porém, outras dimensões. O Estado domesticado pelo direito é um Estado juridicamente vinculado em nome da *autonomia individual* ou, se se preferir, em nome da autodeterminação da pessoa. É a autonomia individual que explica alguns dos postulados nucleares do Estado de direito de inspiração germânica. Desde logo, o Estado de direito, para o ser verdadeiramente, tem de assumir-se como um *Estado liberal de direito*. Contra a ideia de um Estado de polícia que tudo regula a ponto de assumir como tarefa própria a felicidade dos súbditos, o Estado de direito perfila-se como um Estado de limites, restringindo a sua acção à defesa da ordem e segurança públicas. Por sua vez, os direitos fundamentais liberais — a liberdade e a propriedade — decorriam do respeito de uma *esfera de liberdade individual* e não de uma declaração de limites fixada pela vontade política da nação. Compreende-se, assim, que qualquer intervenção autoritária sobre os dois direitos básicos — liberdade e propriedade — estivesse submetida à existência de uma lei do parlamento.

6.2. O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

O Estado constitucional responde ainda a outras exigências não integralmente satisfeitas na concepção liberal-formal de Estado de direito. Tem de estruturar-se como *Estado de direito democrático*, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do «direito» e do «poder» no Estado constitucional⁹ significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. Há quem não veja com bons olhos a associação de Estado de direito e democracia e não falta mesmo quem considere antinómicos os valores e princípios transportados pelo Estado de direito e os valores e princípios conformadores da democracia. Vale a pena reconstruir esta discussão.

O Estado de direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma *constituição* limitadora do poder através do império do direito. As ideias do «governo de leis e não de homens», de «Estado submetido ao direito», de «constituição como vinculação jurídica do poder», foram, como vimos, tendencialmente realizadas por instituições como as de *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, *principe de la légalité*. No entanto, alguma coisa faltava ao Estado de direito constitucional — a *legitimação democrática do poder*. Nos quadrantes culturais norte-americanos é conhecido o «cisma» entre os «constitucionalistas» (*constitutionalists*) e os «democratas» (*democrats*) para significar a opção preferencial ou a favor do Estado juridicamente limitado e regido por leis («constitucionalistas») ou do Estado constitucional dinamizado pela maioria democrática («democratas»). Na Alemanha são inúmeras as controvérsias sobre as antinomias entre *Demokratie* e *Rechtsstaat*. Na França, Benjamin Constant celebrou a distinção entre a «liberdade dos antigos», amiga da participação na cidade, e a «liberdade dos modernos», assente na distanciação perante o poder. O que significam, no fundo, estas persistentes angústias perante a simbiose de Estado de direito e Estado democrático no Estado constitucional? Respondem alguns que Estado de direito e democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade. No Estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja, uma «liberdade de defesa» ou de «distanciação» perante o Estado. É uma *liberdade liberal* que «curva» o poder. Ao Estado democrático seria inerente a *liberdade positiva*, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a *liberdade democrática* que legitima o poder. A lógica específica escondida nestas duas liberdades leva mesmo os autores a falarem de duas atitudes divergentes e irreconciliáveis, sacrificando-se a dimensão democrática por amor ao império do direito ou desvalorizando-se a dimensão de juridicidade estatal por amor à democracia. O coração balança, portanto, entre a vontade do povo e a regra do direito. Tentemos racionalizar este balanceamento do coração.

A ideia de que a *liberdade negativa* tem precedência sobre a participação política (*liberdade positiva*) é um dos princípios básicos do liberalismo político clássico. As liberdades políticas teriam uma importância intrínseca menor do que a liberdade pessoal e de consciência. Não admirará, pois — como salienta um influente autor actual da filosofia política (John Rawls) —, que «se alguém for forçado a escolher entre as liberdades políticas e as restantes liberdades, o governo do bom soberano que reconhecesse estas últimas e que garantisse o domínio da lei seria preferível». A segurança da propriedade e dos direitos liberais representaria neste contexto a essência do constitucionalismo. O «homem civil» precederia o «homem político», o «burguês estaria antes do cidadão». O «homem privado» que preza a sua liberdade em face do poder terá mais liberdade do que o «cidadão público» que cultiva a liberdade política. Mas como falar em liberdade sem se falar em *legitimidade* e *legitimação* do poder?

O Estado constitucional carece da legitimidade do poder político e da legitimação desse mesmo poder. O elemento democrático não foi apenas introduzido para «travar» o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder. Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no Estado de direito; (2) outra é a *legitimidade* de *uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*¹⁰ no Estado democrático. O Estado «impolítico» do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular*, segundo o qual «todo o poder vem do povo», assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de «charneira» entre o «Estado de direito» e o «Estado democrático», possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.

⁹ Quem desejar aproximar-se da articulação do momento «direito» e do momento «poder» na discussão contemporânea em torno do Estado de direito deverá ler duas obras fundamentais: John Rawls, *O Liberalismo Político*. Editorial Presença, Lisboa, 1993, e Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M., 1992 (há tradução francesa, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1977, e tradução inglesa, *Between Facts and Norms*).

¹⁰ Inspirámo-nos textualmente em Jürgen Habermas, *Droit e democracia*. cit., p.130

As considerações anteriores permitem também compreender a fórmula escrita do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa de 1976: «A República Portuguesa é um Estado de direito democrático.» Isso significa que o Estado de direito é democrático; é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático. Há, assim, uma *democracia de Estado de direito* e um *Estado de direito de democracia*.

Em termos concretos — e tendo em conta a Constituição da República Portuguesa de 1976 —, a dimensão do Estado de direito encontra expressão jurídico-constitucional num complexo de *princípios e regras* dispersos pelo texto constitucional. Indicaremos, a título exemplificativo: o princípio da constitucionalidade (artigo 3º); O controlo judicial da constitucionalidade de actos normativos, a começar pelos actos de valor legislativo (artigos 277º e seguintes); o princípio da legalidade da administração (artigo 266º); O princípio da responsabilidade do Estado por danos causados aos cidadãos (artigo 22º); O princípio da independência dos juízes (artigo 218º); os princípios da proporcionalidade e da tipicidade no domínio de medidas de polícia (artigo 272º). Acrescente-se a isto o regime garantístico dos direitos, liberdades e garantias (artigos 17º, 18º, 24º e seguintes), o direito de acesso aos tribunais (artigos 20º e 268º), a reserva de lei em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias (artigo 18º, nº 3). No seu conjunto, estes princípios e regras concretizam a ideia nuclear do Estado de direito — *sujeição do poder a princípios e regras jurídicas*, garantindo às pessoas e cidadãos liberdade, igualdade e segurança.

Mas o Estado constitucional é também um *Estado democrático*. A *legitimidade* do domínio político e a *legitimação* do exercício do poder radicam na soberania popular (artigos 2.º e 3º) e na vontade popular (artigo 9º). Instrumentos desta soberania popular são, por exemplo, o exercício do direito de voto através do sufrágio universal, igual, directo e secreto (artigos 10º, 117º e 118º), a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais [artigo 9º, alínea c)] através do exercício do poder local e do poder regional (artigo 227º). Globalmente considerados, estes princípios — e recorde-se que eles são apenas exemplificativos — revelam que o Estado constitucional só é constitucional se for democrático. Daí que, tal como a vertente do Estado de direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva do Estado de direito. Tal como só existe um *Estado de direito democrático*, também só existe um *Estado democrático de direito*, isto é, sujeito a regras jurídicas¹¹.

A articulação das dimensões de Estado de direito e de Estado democrático no moderno *Estado constitucional democrático de direito* permite-nos concluir que, no fundo, a proclamada tensão entre «constitucionalistas» e «democratas», entre Estado de direito e democracia, é um dos mitos do pensamento político moderno. Saber se o «governo de leis» é melhor do que o «governo de homens», ou vice-versa, é, pois, uma questão mal posta: o governo dos homens é sempre um governo *sob leis e através de leis*. É, basicamente, um governo de mulheres e de homens segundo a lei constitucional, ela própria imperativamente informada pelos princípios jurídicos radicados na consciência jurídica geral. A teorização do Estado de direito democrático centrou-se até aqui em duas ideias básicas: o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o *direito interno* do Estado; o poder democrático é o *poder do povo* que reside no território do Estado ou está sujeito à soberania do Estado. Hoje os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, de *regras e princípios jurídicos internacionais*. Estes princípios e regras são, em grande número, recebidos ou incorporados no direito interno, fazendo parte do *direito português* (CRP, artigo 8º, nºs 1 e 2). Nenhum Estado pode permanecer fora da comunidade internacional. Por isso, deve submeter-se às normas de direito internacional, quer nas relações internacionais, quer no próprio actuar interno. A *amizade e abertura* ao direito internacional é uma das dimensões caracterizadoras do Estado de direito. Em termos mais concretos, a vinculação do Estado ao direito internacional começa, desde logo, pela observância e cumprimento do chamado direito imperativo (*jus cogens*) internacional. Embora a doutrina ainda não tenha recortado de forma clara e indiscutível o núcleo duro deste «direito cogente», existem alguns princípios inquebrantavelmente limitativos do Estado. Referiremos, por exemplo, o princípio da paz, o princípio da independência nacional, o princípio do respeito do direito dos povos à autodeterminação, o princípio da independência e igualdade entre os povos, o princípio da solução pacífica dos conflitos, o princípio da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados. Estes princípios constam de textos internacionais (declarações, resoluções, tratados) e nos textos constitucionais mais recentes também não deixam de ter acolhimento como normas de conduta e como limites jurídicos do actuar estadual. Para citarmos apenas as constituições dos países da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), é o caso da Constituição da República Portuguesa de 1976 (artigo 7º, nº I), da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (artigo 4º), da Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe de 1989 (artigo 12º), da Lei Constitucional da República de Angola de 1992 (artigo 15º), da constituição da República de Moçambique de 1990 (artigos 62º e 63º), da Constituição

¹¹ Precisamente nestes termos, J.J Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993 (anotações aos artigos 1º e 2º).

da República de Cabo Verde de 1992 (artigo 10º) e da Constituição da República da Guiné-Bissau de 1993 (artigo 18º).

Em segundo lugar, os direitos fundamentais, tal como estruturam o Estado de direito no plano interno, surgem também, nas vestes de *direitos humanos* ou de *direitos do homem*: como um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas. Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes *pactos internacionais* (exemplo: Pacto Internacional de Direitos Pessoais, Cíveis e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais), nas grandes *declarações internacionais* (exemplo: Declaração Universal dos Direitos do Homem) e noutras grandes *convenções* de direito internacional (exemplo: Convenção Europeia dos Direitos do Homem). A vinculação do Estado pelo direito internacional é, em alguns Estados, de tal forma intensa que leva as próprias constituições internas a proclamarem o direito internacional como fonte de direito de valor superior à própria constituição (exemplo: Holanda e Áustria).

Para finalizar esta referência ao direito internacional como *fonte de juridicidade* do poder estatal, mpõe-se ainda salientar que o direito internacional recorta hoje *pré-condições* políticas indispensáveis à implantação de um Estado democrático de direito. De entre essas pré-condições destaca-se o *princípio da autodeterminação dos povos*. A autodeterminação precede o Estado de direito e precede a democracia: ela é o momento verdadeiramente *fundacional* de qualquer comunidade constituída como Estado democrático de direito. O cumprimento das pré-condições práticas jurídico-internacionalmente reconhecidas permite também estabelecer uma clara indissociabilidade entre a «forma de Estado» interna e a sua «imagem» na ordem jurídica internacional.

O Estado constitucional democrático de direito é um ponto de partida e nunca um ponto de chegada. Como ponto de partida, constitui uma *tecnologia jurídico-política razoável* para estruturar uma ordem de segurança e paz jurídicas. Mas os esquemas político-organizatórios, ou seja, *as formas de organização política*, não chegaram ao «fim da história». A prova mais forte desta afirmação encontramos-la nos actuais fenómenos de *integração interestatal* ou de *organizações políticas supra-estaduais* (UE, NAFTA, MERCOSUL). O Estado constitucional democrático de direito insere-se agora — referimo-nos, obviamente, ao Estado português — numa comunidade jurídica mais vasta, que designaremos por *comunidade jurídica de Estados constitucionais democráticos de direito*. Esta inserção dos Estados numa comunidade jurídica mais ampla tem importantes conseqüências a nível da construção jurídico-constitucional do Estado.

O Estado de direito democrático-constitucional tornou-se, como vimos, um paradigma de organização e legitimação de uma *ordem política*. A «decisão» plasmada na constituição de se estruturar um esquema fundador e organizatório da comunidade política segundo os cânones do Estado de direito democrático significa, pelo menos, a *rejeição* de tipos de Estado estruturalmente totalitários, autoritários ou autocráticos. É esta a razão que nos permite dizer que nos países membros da comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP) se descortina progressivamente uma *razão pública* tendente à realização de uma colectividade política de cidadãos iguais, regidos por uma constituição e por leis legitimadoras de *instituições políticas básicas*. Nesse sentido, a *razão pública* de um governo sob o «império do direito» e sob o «mando de mulheres e homens» ancorado em esquemas de legitimação democrática encontra a sua formulação linguística na expressão *Estado de direito democrático*. «A República Portuguesa é um Estado de direito democrático» (CRP, artigo 2º), «A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado democrático de direito [...]» (Constituição brasileira de 1988, artigo 1º), «A República Democrática de São Tomé e Príncipe é um Estado de direito democrático» (Constituição de 1990, artigo 6.º), «A República de Angola é um Estado democrático de direito [...]» (Lei Constitucional da República de Angola de 1992, artigo 2º), «A República de Cabo Verde organiza-se em Estado de direito democrático [...]» (Constituição de Cabo Verde de 1992, artigo 2º, nº 1), «A República da Guiné-Bissau é um Estado de democracia constitucionalmente instituída [...]» (Constituição da Guiné-Bissau de 1993, artigo 3º).

6.3- ESTADO DE DIREITO E ESTADO SOCIAL

O Estado de direito não pode nem deve ser *vermelho*. O Estado de direito não pode nem deve ser um *Estado social*. O Estado de direito não pode nem deve ser um *Estado-providência*. O Estado de direito não pode nem deve ter *tarefas ou fins económicos, sociais e culturais*. Por estas e outras palavras pretende-se *deslegitimar* qualquer Estado que se autoproclame Estado programaticamente vinculado à realização da justiça social, da igualdade, da solidariedade, dos direitos económicos, sociais e culturais. Não seria uma simples coincidência que os Estados totalitários e autoritários se revelassem sempre sensíveis à constituição do social (Constituição soviética de 1936; *Fuero del Trabajo* de 1938 e *Fuero de los Espanoles* de 1945, ou seja, as leis fundamentais franquistas, *Carta del lavoro* de 1927, a lei social do fascismo italiano; Constituição portuguesa de 1933).

A «crítica do social» formulada a pretexto do Estado de direito retoma a crítica do totalitarismo, não hesitando mesmo algumas correntes políticas em ver no Estado de bem-estar ou no Estado-providência uma manifestação clara da deriva totalitária. O Estado, sob a máscara de Estado-providência, alarga as suas malhas interventoras e asfiantes, constituindo o perigo maior das liberdades. Se o direito do Estado de direito serve para alguma coisa, essa é a de constituir uma espécie de «linha Maginot» contra o «totalitarismo social» disfarçado em providência do Estado. Numa palavra: o «direito contra o Estado» obriga a pensar o Estado sem cargas ou encargos sociais. Perguntará o leitor: quem pensa assim? Muita gente, mas com especial relevo para os novos «filósofos» que invocam o direito a favor das liberdades e contra o «arquipélago Goulag», que produziu, não a felicidade, mas «pavilhões psiquiátricos» e «dissidentes».

Os direitos sociais realizam-se — argumenta-se ainda — melhor *sem o Estado* do que através do Estado. A experiência demonstrou que a efectivação dos próprios direitos económicos, sociais e culturais através da ordem livre do mercado é a única forma de garantir a justiça distributiva sem pôr em perigo a liberdade. Não é ao Estado, e muito menos a um Estado de direito, que pertence impor e realizar fins sociais. Não é ao Estado, e muito menos a um Estado de direito, que pertence a regulação da ordem dos bens. O direito, o verdadeiro direito, é mais uma auto-regulação social do que uma regulamentação estatal. Quem discorre assim?, perguntará também o leitor. Muita gente, mas sobretudo os pensadores e economistas neoliberais. O Estado de direito pressupõe uma *sociedade civil* onde desabrochem as potencialidades da inovação e criatividade. O Estado de direito reclama o *indivíduo* autónomo e não o *administrado* igual e submisso à máquina estatal.

Como talvez se intuirá das palavras precedentes, o Estado de direito converteu-se em tema de filosofia política, em postulado de economia política e em palavra de combate de luta ideológica. O *direito contra o Estado* e o *direito sem Estado* são as fórmulas linguísticas condensadoras das principais. Apesar de tudo, a maior parte dos Estados de direito do mundo ocidental — designadamente da Comunidade Europeia — insistem na bondade do Estado social. Algumas das críticas — cumplicidade do Estado-providência com construções autoritárias e totalitárias, superioridade da economia de mercado sobre a economia planificada — afiguram-se hoje como inquestionavelmente pertinentes. Mas uma coisa é um «Estado social ou Estado socialista» de não direito e outra, muito diferente, é um *Estado social de direito*. Os princípios básicos do Estado social continuam incontornáveis: equilíbrio das clivagens sociais, estímulos regulativos e materiais do Estado a favor da justiça social, reajustamento das condições reais prévias à aquisição de bens materiais e imateriais indispensáveis ao próprio exercício de direitos, liberdades e garantias pessoais, estabelecimento de regras jurídicas em prol do emprego e dos direitos dos trabalhadores.

O ideal de uma ordem espontânea — quaisquer que sejam as fórmulas linguísticas para a revelar, como «mão invisível», «equilíbrio cibernético», «auto-regulação» —, que do direito reclama apenas as regras processuais do jogo e em tudo o mais repousa no senhorio das vontades individuais e da prossecução dos respectivos interesses, é estranho à ordem constitucional portuguesa e mesmo europeia. Justifiquemos porquê.

No ordenamento jurídico-constitucional português não há excesso de *estatalidade social*. Pelo contrário, há défice. Se por estatalidade social se entender o grau de intervenção estatal na esfera do bem-estar das populações, então o que pode dizer-se é que o Estado de direito

social só será Estado de direito se for social. As tentativas para recriar um «Estado absentista» ou um «Estado subsidiário» numa época de «agressividade social» e de globalitarismo ideológico escondem a razoabilidade e justiça do Estado social de direito. Como escreveu recentemente um ilustre constitucionalista italiano¹², este tipo de Estado é a tentativa qualitativa para tornar compatível o desenvolvimento económico com uma ordem social justa na qual se definam antecipadamente as dimensões constitucionais e essenciais dessa ordem, em vez de se acreditar nos acertos resultantes da

¹² Quem quiser ir mais longe encontrará uma breve mas excelente exposição destes problemas num livro em língua francesa de autoria de Jacques Chevallier (Cf. Jacques Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, 2^a ed., Paris, 1994).

mera concorrência de forças económicas. Se quiséssemos adoptar uma fórmula de síntese, poderíamos dizer que o Estado social de direito só será Estado de direito se, como reclamavam os liberais e exigem agora os neoliberais, reconhecer a função estruturante dos princípios fundamentais do direito civil assente nos direitos da vontade dos sujeitos económicos (ou seja, dos proprietários, empresários) e dos princípios norteadores desses direitos (a livre iniciativa económica e a autonomia contratual). Contudo, o Estado de direito só será social se não deixar de ter como objectivo a realização de uma democracia económica, social e cultural e só será democrático se mantiver firme o princípio da subordinação do poder económico ao poder político. As tentativas de expurgação do social com o intuito de destilar um Estado de direito quimicamente puro, isto é, um Estado sem o compromisso da socialidade, mais não são do que coberturas ideológicas para políticas económicas e sociais onde não cabem deveres de *solidariedade* e de *inclusão do outro*

6.4 - ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE JUSTIÇA

«Ansiávamos pela justiça e veio apenas o Estado de direito.» Esta exclamação provocatória de uma dissidente da ex-República Democrática Alemã (ex-DDR) aparece em obras recentes sobre o Estado de direito. Em termos cruéis ela coloca a questão: um Estado de direito não é «automaticamente» um *Estado de Justiça*? O que é que um Estado de justiça tem que um Estado de direito não tem ou pode não ter?

Começemos por afastar caricaturas do Estado de direito. A contraposição da justiça ao Estado de direito pode ser apenas um grito de alarme contra os conglomerados de leis, parágrafos, regulamentos, circulares, colectâneas de sentenças e de comentários, em suporte clássico ou em suporte electrónico, prolixos, intermináveis e obscuros, produzidos pelos actores visíveis dos palcos do direito — políticos, juízes, advogados, professores. O que o cidadão normal quer acentuar é o bom direito, talvez vazado em tábuas da lei com poucos mandamentos, talvez revelado em sentenças de tribunais proferidas por bons juízes. Neste bom senso de bom gosto das mulheres e homens da cidade republicana vai implícita uma crítica contra aquilo que é o oposto de Estado de direito, mas que, por vezes, o Estado de direito parece ser. Referimo-nos ao Estado de *segredo* do direito e do direito *secreto*, do direito hermético, só acessível aos novos e novíssimos mestres dos oráculos — os juristas técnicos, os consultores internacionais e os decifradores de directivas comunitárias.

Voltemos à pergunta atrás formulada: o que é que o Estado de justiça tem que o Estado de direito não tem? A resposta dos autores transporta a maior parte das vezes aquilo que se deseja: o Estado de direito é, por definição, um Estado de justiça. Convém desfazer confusões. Muitas vezes o Estado de direito é identificado com as leis postas e impostas pelo Estado e com os direitos regulados nos termos da lei. Trata-se de uma visão formal do Estado de direito ao qual bastaria a existência de uma hierarquia de normas jurídicas regularmente editadas pelos detentores de poderes legislativos. Neste sentido, pode haver um Estado de direito formal, mas não há um Estado de justiça.

O Estado de direito aproximar-se-á de um Estado de justiça se incorporar *princípios e valores materiais* que permitam aferir do carácter justo ou injusto das leis, da natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos. Ninguém é justo ou injusto sozinho. O mundo, ele próprio, repousa sobre três pilares que os sábios reconduzem à *verdade*, à *justiça* e à *concordia*. Só assim terão sentido afirmações como «isto é justo, isto é injusto», «não há justiça», «vivemos num mundo de injustiça». Mas o que é a justiça? A pergunta já foi formulada há mais de 2000 anos e a ela procuram responder as *teorias da justiça*. Aqui far-se-á apenas uma aproximação deliberadamente não dogmática.

Em primeiro lugar, um Estado de direito que se pretenda estruturar em termos de Estado de justiça terá de incorporar o *princípio da igualdade* como princípio de justiça. Podemos arranjar várias formulações para este princípio: direito a ser considerado um igual por todos os outros, direito a ser tratado com igual respeito e consideração, direito a igual distribuição de bens e igualdade de oportunidades, direito a iguais competências e possibilidades na comunicação política, direito a protecção e garantia igual de direitos e deveres, incluindo os das minorias.

Qualquer que seja a ideia de justiça, ela pressupõe alguém que a faça valer. Ao «Estado» ou organizações políticas que entre os séculos XIII e XVII se desenvolveram no continente europeu chamou-se, e não por acaso, *Estados de justiça*, ou melhor, *de jurisdição*. De entre as funções que competiam ao poder político, a mais importante era a de administrar a justiça reclamada pelos povos, fosse ela feita directamente pelos reis, pelos tribunais ou até por órgãos colegiais («parlamentos»). Mesmo que a importância da função da justiça tenha sido relativizada pela supremacia do parlamento, à eficácia da administração sempre resta um bastião incontornável de qualquer Estado de direito informado pelos princípios da justiça. Referimo-nos à existência de *tribunais* independentes que através de um *processo justo* digam o bom direito para as controvérsias jurídicas.

Fazer justiça através de tribunais e mediante um procedimento justo poderá traduzir-se num «faça-se justiça» aplicando a lei dura. E lei dura pode, ela própria, transportar conteúdos injustos. Aqui vem revelar-se outra ineliminável dimensão do Estado de direito enquanto Estado de justiça. As «duras leis» não podem aniquilar a dignidade da pessoa humana, não podem eliminar o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, não podem disfarçar medidas discriminatórias contra cidadãos ou grupos de cidadãos. Fazer justiça aqui é *desaplicar* as leis injustas violadoras de direitos e princípios jurídicos fundamentais. Os juízes podem e devem ter acesso directo a estes princípios e a estes direitos, hoje em dia consagrados na maior parte das constituições e nos tratados internacionais.

O Estado de justiça compreende-se hoje como Estado de direito social. Podemos inverter a formulação: o Estado de direito só é Estado de direito se for um *Estado de justiça social*. Já deixámos entrever este sentido quando atrás se caracterizou o Estado social de direito. Neste contexto, e qualquer que seja a formulação e justificação teórica e económica das desigualdades, parece indiscutível que um Estado de justiça tem de encarar a *exclusão social* como um défice humano que corrói o próprio Estado de justiça. A

marginalização social cria marginalidades no direito: defende melhor os seus direitos quem tiver possibilidades materiais. A exclusão social é também exclusão do direito e um Estado de direito que se pretenda um Estado de justiça tem de ser algo mais do que um Estado que encarcera os excluídos «fazendo justiça» ou um Estado que exclui os excluídos da justiça (os estrangeiros, as comunidades migrantes).

6.5- ESTADO DE DIREITO E ESTADO AMBIENTAL

Começa a divulgar-se na literatura política a fórmula alemã *Estado de direito de ambiente (Umweltrechts- staat)*. Esta expressão dá guarida às exigências de os Estados e as comunidades políticas conformarem as suas políticas e estruturas organizatórias de forma ecologicamente auto-sustentada. De qualquer forma, o Estado ambiental terá de ser um *Estado de direito*. Isto tem grande relevo prático. Afasta-se de qualquer fundamentalismo ambiental que, por amor ao ambiente, resvasse para formas políticas autoritárias e até totalitárias com desprezo das dimensões garantísticas do Estado de direito.

A qualificação de um Estado como «Estado ambiental» aponta para duas dimensões jurídico-políticas particularmente relevantes. A primeira é a obrigação de o Estado, em cooperação com outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, promover políticas públicas (económicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica. A segunda relaciona-se com o dever de adopção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente de forma a dar expressão concreta à assumpção da *responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras*.

O «Estado ambiental» estrutura-a, como já se sugeriu, em termos de *Estado de direito* e em termos *democráticos*. Estado de direito do ambiente quer dizer indispensabilidade das regras e princípios do Estado de direito para se enfrentarem os desafios impostos pelos desafios da sustentabilidade ambiental. Mesmo que haja necessidade de algumas novidades no esquema de instrumentos jurídicos — mais limitações à propriedade em prol de reservas ecológicas, mais provisoriedade e precariedade nos actos administrativos justificados pelas vigilâncias ecológicas, mais retroactividade eventualmente lesiva de situações subjectivas em nome da protecção do ambiente contra cargas poluentes acumuladas —, tudo isso pode e deve ser feito sem postergação das regras básicas da juridicidade estatal. Não nos admirará também a inseparabilidade do Estado ambiente do princípio democrático. A afirmação desta nova dimensão do Estado pressupõe o diálogo democrático, exige instrumentos de participação, postula o princípio da cooperação com a sociedade civil. O Estado de ambiente constrói-se democraticamente de baixo para cima; não se dita em termos iluminísticos e autoritários de cima para baixo.

Finalmente, o Estado de ambiente é um Estado de *justiça ambiental*. De novo, a justiça aponta para exigências de igualdade, sob pena de os *riscos ambientais* representados por indústrias, resíduos, descargas, serem deslocados para zonas deprimidas ou para Estados sem defesas ecológicas. As fórmulas plásticas utilizadas nos direitos do ambiente, na legislação interna, internacional e comunitária, como as do «poluidor-pagador», «produtor- -poluidor-pagador», «proibição de turismo de resíduos», pretendem condenar algumas normas de conduta ambiental onde, justamente com exigências técnicas e científicas, não são alheios princípios materiais de justiça ambiental.

PARTE II : AS DIMENSÕES ESSENCIAIS DO ESTADO DE DIREITO

1 - ESTADO DE DIREITO: O IMPÉRIO DO DIREITO

Vamos sugerir uma aproximação à pergunta central deste pequeno livro: quais são as dimensões essenciais de um Estado de direito? Um Estado pode considerar-se Estado de direito quando: (1) está *sujeito* ao direito; (2) *actua* através do direito; (3) positiva normas jurídicas informadas pela *ideia de direito*.

O Estado *deve subordinar-se ao direito*. Estar sujeito ao direito significa que o poder político não é um poder livre, desvinculado, transcendente. O direito conforma os esquemas de organização do poder, sujeita-os a determinadas regras. Numa palavra: o direito curva o poder, colocando-o sob o *império do direito*. Sob o ponto de vista prático, isso significa que o Estado, os poderes locais e regionais, os órgãos, funcionários ou agentes dos poderes devem observar, respeitar e cumprir as normas jurídicas em vigor, tal como o devem fazer os particulares. O Estado, os governantes, as autoridades, obedecem às leis, não estão colocados sobre as leis, mesmo que elas tenham sido criadas ou produzidas pelos órgãos do poder.

O Estado *actua* ou *age através* do direito. Também se compreende esta dimensão jurídica do Estado de direito. O Estado desenvolve actividades, desempenha tarefas, prossegue fins. O exercício dos poderes públicos através do direito significa precisamente que esse exercício só pode efectivar-se por meio de *instrumentos* jurídicos institucionalizados pela ordem jurídica. Mais do que isso: não é um qualquer órgão, um qualquer titular de órgão, um qualquer funcionário ou um qualquer agente da autoridade que, no uso de poderes públicos, pode praticar actividades, cumprir tarefas, realizar fins. Só quem esteja habilitado, só quem tenha uma competência previamente definida por regras jurídicas, está apto, num qualquer Estado de direito, a desempenhar funções com o selo de autoridade pública. Os exemplos aí estão no nosso quotidiano. Só pode, por exemplo, negociar um tratado internacional quem, nos termos da constituição, disponha dessa competência. A feitura de leis exige um título de habilitação ou uma definição de competência geralmente plasmada em normas constitucionais. A restrição de direitos, liberdades e garantias não pode ser feita por um qualquer órgão de soberania através de uma qualquer forma. Só a lei editada pelos órgãos constitucionalmente competentes pode estabelecer uma disciplina restritiva. Os burocratas da administração não inventam os modos e procedimentos de agir, antes devem subordinar-se aos princípios e normas contidos em leis ou outros diplomas com valor e força regulamentadora. Os juízes não resolvem litígios de um modo qualquer, antes devem seguir caminhos legalmente regulados e vulgarmente conhecidos por processos jurisdicionais.

O Estado de direito é *informado e conformado por princípios* radicados na consciência jurídica geral e dotados de *valor* ou bondade intrínsecos. Não basta, para estarmos sob o império do direito, que o Estado observe as normas que ele ditou e actue através de formas jurídicas legalmente positivadas. As leis podem ser más, as formas de actuação revelar-se arbitrárias, o conteúdo das medidas estatais surgir aos olhos do particular como «mau direito», como direito injusto. É aqui que muitos autores agitam a *ideia de direito*, devendo o Estado pautar-se pela ideia de direito. Esta ideia surge, muitas vezes, associada a representações ou imagens de direito abstractas e idealizadas, dificilmente captáveis pelo homem comum. Mas o homem comum intui perfeitamente o que é o «bom direito», o que é o «direito justo», o que são princípios materialmente valiosos. Assim, por exemplo, leis que consagrem a tortura ou a adopção de penas ou tratos cruéis, degradantes ou desumanos não são leis «boas» e muito menos «justas». Um Estado que adopte leis privativas da cidadania dos seus cidadãos relegando-os para o terreno dos «sem pátria» (apátridas) não é um Estado de direito, porque leis impositivas da morte cívica e política de cidadãos terão de considerar-se actos autoritários com conteúdo perverso. Um Estado que regula a privação da liberdade dos particulares permitindo que qualquer autoridade de polícia em quaisquer situações coloque as pessoas na prisão atenta contra a liberdade e a segurança. Um Estado que impede a liberdade de expressão e informação editando «leis da rolha» ou «leis de censura» adopta normas restritivas de direitos e liberdades com conteúdo «injusto». Os exemplos podiam multiplicar-se. Por isso não é um Estado de direito porque o «direito» que corre nas veias das regulações das autoridades é mau, é perverso. O leitor compreenderá que estamos aqui no cume do Estado de direito. Merece a qualificação de Estado de direito o Estado — e só esse! — que em todos os seus actos jurídicos, em todos os seus esquemas organizatórios, em todos os seus procedimentos, incorpore os princípios jurídicos que, de forma indisponível por qualquer poder, dão validade ou legitimidade a uma ordem jurídica. Em síntese: que o torem intrinsecamente um Estado de direito. Neste sentido falam os autores de *Estado material de direito*.

2 -ESTADO DE DIREITO É UM ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado de direito é um *Estado de direitos fundamentais*. O leitor ficará, porventura, e uma vez mais, intrigado. Não será óbvio que um Estado de direito tem no sistema de direitos fundamentais o seu próprio coração? Acontece, neste domínio, aquilo que se verificou durante muitos anos com a democracia e que levou um autor inglês à conhecida ironia relativamente ao Estado de direito continental: eles — os «continentais» — pensam ser possível um Estado de direito sem democracia! Do mesmo modo, gerações e gerações de juristas glosaram o tema do *direito* no Estado de direito sem nunca terem encontrado os direitos fundamentais.

Verdade seja dita, a filosofia do constitucionalismo sugeria precisamente o contrário, ou seja, a indissociabilidade de Estado de direito e direitos fundamentais. Tracemos uma breve história. A *Declaration of Rights* da Virgínia, de 1776, ergue os direitos e liberdades a *base e fundação* do governo. No mesmo sentido, a *Declaração de Independência* dos Estados Unidos, do mesmo ano, localiza também os direitos e liberdades do indivíduo numa esfera jurídica que está *antes* e está *sobre* o direito criado ou posto por qualquer legislador. Mesmo que esse legislador se considere e esteja democraticamente legitimado. Mais do que isso: os direitos valem como *direito positivo*, ou seja, como direito juridicamente vigente, garantido quer pela constituição, quer pela lei. Na qualidade de património subjectivo indisponível pelo poder, são os direitos e liberdades que limitam a lei, não é a lei que cria e dispõe dos direitos fundamentais. Se necessário for, os tribunais deverão desaplicar as leis violadoras de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos (fiscalização da constitucionalidade). Isso passou-se nos Estados Unidos. No continente europeu também se proclamaram solenemente os direitos do homem e do cidadão. A evolução dos esquemas Político-constitucionais conduziria, porém, os direitos do homem e do cidadão a uma situação deveras paradoxal. Os direitos do homem e do cidadão transportavam, também aqui, os pilares da fundação do Estado de direito moderno ao ponto de se ter escrito que um país sem declaração de direitos (a divisão de poderes) não tinha sequer constituição. Como tantas vezes aconteceu, as grandes declarações de direitos e o catálogo de direitos fundamentais plasmados nas constituições bastaram-se com a bondade das suas mensagens e descuraram os modos, os procedimentos e os processos de garantir efectivamente os direitos. Isto conduziu a dois modos de erosão da força normativa dos direitos e liberdades. Por um lado, as declarações de direitos atingiam as alturas das proclamações filosóficas, eternas e imorredoiras, esquecendo que os homens e os cidadãos eram indivíduos bem *situados* no terreno da cidade. Além de serem reconduzidos à categoria de exortações retóricas, os direitos e liberdades caíam, por outro lado, e também por isso, nos braços criadores do legislador. Expliquemo-nos. «Sendo mais filosofia do que direito», os direitos e liberdades não valiam de *per se*, não radicavam posições subjectivas individuais juridicamente garantidas. Só quando o legislador fizesse um *código* ou uma *lei* onde se regulamentassem os direitos, então sim, os particulares beneficiavam de protecção jurídica. É esta a célebre doutrina da *regulamentação das liberdades*. As consequências práticas pareciam evidentes — os direitos são criados pela lei e só depois de regulamentados por ela poderão ser juridicamente invocados. O centro do sistema de posições subjectivas não se localiza nos direitos, mas nas regulamentações do legislador. O Estado de direito, em rigor, reconduzia-se a um *Estado legicêntrico* e os direitos e liberdades, longe de serem considerados direitos constitucionalmente fundados à semelhança dos direitos e liberdades americanos, degradavam-se a direitos criados por leis: as leis e os códigos iam reflectindo os esquemas de domínio, bem podendo dizer-se que durante muito tempo se protegeram mais os direitos dos privados do que os direitos dos cidadãos. O indivíduo dispunha de leis razoáveis para a defesa da sua propriedade, da sua indústria, do seu estado civil, dos seus contratos, mas faltavam-lhe os espaços de respiração para exercer direito de associação, de reunião, de demonstração, de sufrágio, de liberdade de imprensa. O Estado de direito podia ser um Estado de *liberalismo civil*, mas não era um Estado de *liberalismo político*.

Este breve excursão tornou-se necessário para compreendermos hoje o Estado de direito como *Estado de direitos fundamentais*. Não vale a pena discutir — embora isso constitua um dos temas mais frequentados da filosofia política actual — se o Estado de direito dá guarida apenas a direitos fundamentais de cariz liberal e se é apenas com base nestes que se *legitima* um Estado. Já vimos que a nossa opinião não é essa. O Estado de direito só pode ser Estado de direito se for também um *Estado democrático* e um *Estado social*. Nesta perspectiva, o Estado de direito transformou-se em *Estado de direitos pessoais, políticos e sociais*.

Dizer que o Estado de direito é um *Estado de direitos* significa, desde logo, que eles regressam ao estatuto de *dimensão essencial* da comunidade política. Não admira, por isso, a sua *constitucionalização*. Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo, que beneficiam de uma tal dimensão de *fundamentalidade* para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis.

A constitucionalização dos direitos revela a *fundamentalidade* dos direitos e reafirma a sua *positividade* no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas,

servindo ainda para *legitimar* a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça. Uma outra dimensão deve, porém, ser revelada: não basta a consagração de direitos numa qualquer constituição. A história demonstra que muitas constituições ricas na escritura de direitos eram pobres na garantia dos mesmos. As «constituições de fachada», as «constituições simbólicas», as «constituições álibi», as «constituições semânticas», gastam muitas palavras na afirmação de direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efectiva garantia se os princípios da própria ordem constitucional não forem os de um verdadeiro Estado de direito. Isto conduz-nos a olhar noutra direcção: a dos *princípios, bens e valores* informadores e conformadores da juridicidade estatal.

3 - O ESTADO DE DIREITO OBSERVA O PRINCÍPIO DA JUSTA MEDIDA

O Estado de direito é um Estado de justa medida porque se estrutura em torno de um princípio material vulgarmente chamado *princípio da proibição do excesso*. É discutida a história deste princípio, ou seja, saber quando e como ele se transformou em princípio orientador de todas as actividades dos poderes estaduais. Aqui basta reter esta ideia básica: através do recurso a princípios como os da proibição do excesso, da proporcionalidade, da adequação, da razoabilidade, da necessidade, pretendeu-se colocar os poderes públicos — desde o clássico «poder agressor», identificado com o executivo e a administração, até aos poderes legislativo e judiciário — num plano mais humano e menos sobranceiro em relação aos cidadãos. Visava-se sobretudo acentuar as dimensões das garantias individuais e da protecção dos direitos adquiridos contra medidas excessivamente «agressivas». «restritivas» ou «coactivas» dos poderes públicos na esfera jurídico-pessoal e jurídico-patrimonial dos indivíduos.

Em primeiro lugar, está vinculado ao princípio da proibição do excesso o próprio legislador. Já o dissemos e repetimos agora: a lei não se identifica com o direito e, por isso, a lei no sentido de lei em conformidade com o princípio do Estado de direito terá de ser uma lei não arbitrária, não excessiva, não desnecessária, que terá como princípio e limite o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias. O princípio da proibição do excesso surge aqui como um princípio intrinsecamente informador da legislação. Eis alguns exemplos. O legislador não deve considerar criminalmente punível uma acção ou omissão se esta acção ou omissão não tiver dignidade suficiente para ser considerada crime. O legislador não deve declarar punível com pena de prisão uma acção ou omissão quando outra pena (exemplo: multa) puder ser aplicada cumprindo os objectivos de prevenção e reparação.

O princípio de proibição do excesso, como regra de razoabilidade, de proporcionalidade e de necessidade, tem um campo de aplicação privilegiado em sede do exercício de poderes públicos administrativos. Desde logo, no tradicional campo do direito de polícia. Como diz a nossa Constituição, as medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário. A utilização, por exemplo, de armas de fogo para proibir uma demonstração é, salvo caso de legítima defesa, inequivocamente excessiva e desnecessária. A imposição de uma medida administrativa de encerramento de um estabelecimento comercial por colocar à venda produtos sem tabelamento de preços é, a todos os títulos, uma medida desproporcional, desnecessária, não adequada.

No âmbito da aplicação do direito pelos tribunais há muito que a medida da pena e a adopção de outras medidas judiciais têm presente o princípio da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade. Assim, por exemplo, a prisão preventiva não deve ser decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada outra medida mais favorável prevista na lei.

O princípio de proibição do excesso, além de ser um princípio que «limita» em termos preventivos os poderes públicos, sobretudo quando estes adoptam medidas sancionatórias ou medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias, é também um *princípio de controlo*. Recorrendo à ideia de razoabilidade, adequação, proporcionalidade e necessidade, os tribunais — e agora também o Tribunal de Justiça das Comunidades — podem fiscalizar o uso dos poderes e a justiça das medidas adoptadas por estes poderes, contribuindo para um Estado de direito mais amigo de justiça e dos direitos fundamentais.

4 -O ESTADO DE DIREITO GARANTE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO

A ideia da subordinação à lei dos titulares de órgãos, funcionários e agentes do Estado e demais pessoas colectivas públicas soa de um modo familiar ao cidadão comum. O sentido desta subordinação parece estar presente em fórmulas da linguagem corrente, tais como «o nosso governo é um governo de leis e não de homens», «ninguém está acima da lei», os «funcionários devem obedecer e executar a lei», as «leis fazem-se para se cumprirem». Estes enunciados nem sempre exprimem com rigor o significado da proeminência da lei no Estado de direito. Impõe-se, por isso, um breve aceno ao princípio da legalidade como princípio básico do Estado de direito.

Começemos por uma advertência. Não faremos uma digressão aprofundada em torno deste princípio, limitando-nos a salientar as dimensões básicas que ainda hoje se nos afiguram importantes. Por outro lado, também aqui o princípio da legalidade já não é o que era. A lei perdeu prestígio e importância. As razões são várias. Como atrás se salientou, as leis transportaram, por vezes, elas próprias os lenhos da injustiça e do não direito. Noutros casos, as leis enredaram-se na solução de casos concretos, perdendo as dimensões mágicas da generalidade e da abstracção. Acresce que, perante as derivas do legalismo estatal, as modernas constituições reivindicam o seu carácter de lei superior, vinculativo de todos os poderes do Estado, inclusivamente dos poderes que fazem as leis. A lei perde ainda proeminência no contexto de comunidades supranacionais e de fórmulas de organização jurídica assentes no princípio da autoregulação. Numa palavra: a lei deixou de ser o princípio e o fim da ordem jurídica. Sendo assim, pergunta-se: terá sentido hoje falar do princípio da legalidade como um princípio básico do Estado de direito? A resposta é inequivocamente afirmativa. Vejamos porquê.

A lei ocupa ainda um lugar privilegiado na estrutura do Estado de direito porque ela permanece como expressão da vontade comunitária veiculada através de órgãos representativos dotados de legitimação democrática directa. Por outras palavras: a lei emanada dos órgãos da sociedade — os parlamentos — converte-se ela própria em esquema político revelador das propostas de conformação jurídico-política aprovadas democraticamente por assembleias representativas democráticas. Quem não entender este significado da prevalência da lei pode fazer glosas sobre o Estado de direito, mas não sabe o que é um Estado de direito democrático.

A lei serve de fundamento ao exercício de outros poderes do Estado: «a administração deve obedecer à lei», «os tribunais estão sujeitos à lei». Neste sentido se afirma que o «poder vem da lei» e que não há exercício legítimo do poder público sem fundamento na lei. A refacção desta ideia no que respeita à administração do Estado e dos poderes regionais e locais consubstancia-se vulgarmente no *princípio da legalidade da administração*. Em termos meramente aproximativos, diz-se que toda a administração deve obedecer à lei, proibindo-se qualquer actividade «livre» ou juridicamente desvinculada. Consequentemente, quaisquer actividades administrativas contra a lei violam o princípio da legalidade inerente a qualquer Estado de direito. Mas mais do que isso: a lei dá fundamento aos chamados poderes administrativos. Ilustremos esta ideia através do recorte de três poderes administrativos fundamentais: o poder regulamentar, o poder de polícia e o poder expropriatório. Não é qualquer autoridade que tem o poder de fazer regulamentos. Dos regulamentos urbanísticos aos regulamentos de serviço, passando pelos regulamentos de polícia, todo o poder regulamentar tem de estar baseado directamente na lei fundamental (a constituição) ou numa lei editada nos termos constitucionais. Do mesmo modo, não é qualquer órgão da administração que, a pretexto da salvaguarda da ordem e da tranquilidade públicas, pode arrogar-se o poder de polícia. Este vem da lei que define quem tem poderes de polícia e individualiza as medidas de polícia. Finalmente, o poder de expropriar bens ou requisitar bens ou serviços perfilar-se-á como poder abusivo se não existir uma ou várias leis a regular o poder, a forma e os requisitos da expropriação ou da requisição.

5 - O ESTADO DE DIREITO RESPONDE PELOS SEUS ACTOS

Vão longe as fórmulas do Estado absoluto: o «Estado não comete faltas», «o rei não pode errar», «o Estado não é civilmente responsável», «o Estado não está sujeito à responsabilidade por danos». Desde cedo se impôs como corolário do Estado de direito a seguinte idéia: o Estado deve atuar como «pessoa de bem», não praticando ele próprio actos ilícitos, mas, se, por qualquer motivo, o Estado e as demais pessoas colectivas públicas, bem como os titulares dos órgãos, funcionários e agentes, praticarem actos ilícitos lesivos dos direitos e interesses dos particulares, então, pelo menos, que seja reconhecido a estes o direito de ressarcimento pelos danos imputados às autoridades públicas. Por outras palavras: o Estado (em sentido amplo) é *civilmente responsável* por danos incidentes na esfera jurídica dos particulares. Não se exige sequer aprova de uma culpa pessoal dos titulares de órgãos, dos funcionários ou agentes. Numa sociedade complexa e com organizações complexas e, sobretudo, numa *sociedade de risco* existem fortes probabilidades de os serviços funcionarem mal, provocando danos mais ou menos graves aos cidadãos sem que a causação dos prejuízos possa ser imputada a um funcionário ou agente individualmente determinado. Os gritantes exemplos da utilização de sangue contaminado e do deficiente funcionamento de serviços de hemodiálise em estabelecimentos hospitalares revelam a importância do instituto da *responsabilidade civil directa do Estado* por danos causados aos utentes do serviço. Do mesmo modo, as agressões — inclusive mortais — provocadas por serviços de polícia apontam para a mesma ideia. O Estado deve pagar o mal que faz. A haver culpa de alguém — e essa culpa deve apurar-se sempre, na medida do possível, para efeitos de sanções disciplinares e criminais —, ela não pode servir de álibi para o Estado se eximir a suportar os prejuízos que originou. A Constituição Portuguesa (artigo 22º) não deixa hoje quaisquer dúvidas quanto à responsabilidade civil directa do Estado por danos ilicitamente causados aos particulares. Nalguns casos, o Estado intervém na esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos de uma forma legítima, isto é, nos termos previstos na constituição, na lei e com obediência aos princípios do Estado de direito. O Estado expropria, por exemplo, bens patrimoniais, o Estado requisita bens e serviços. Impõe-se, a todos os títulos, nestes casos, o pagamento de uma justa indemnização aos particulares. A actuação legítima ou lícita dos poderes públicos não justifica a fuga do Estado à observância de um princípio de justiça: *pagar* aos que foram especialmente *sacrificados* nos seus direitos jurídico-patrimoniais um montante indemnizatório justo. Assim se cumprirá o princípio da igualdade perante os encargos públicos.

6 - O ESTADO DE DIREITO E A GARANTIA DA VIA JUDICIÁRIA

Num Estado de direito pertence aos tribunais, através de juízes independentes, *dizer o direito*. Num Estado de direito democrático cabe aos magistrados judiciais dizer o *direito em nome do povo*. O apelo ao juiz pode revestir várias formas de processo — queixa, acção, recurso, querela —, mas a mensagem subjacente a este apelo parte sempre da ideia de que é necessário um terceiro independente, um árbitro imparcial, para *fazer justiça* através de uma decisão judicial. A primeira pergunta, porém, a fazer num Estado de direito é a de saber como se assegura o *acesso ao direito* e aos *tribunais*. O acesso ao direito não passa necessariamente por formas litigiosas ante os tribunais. Mediante esquemas adequados de *organização e procedimento* — serviços de informação jurídica, provedores dos cidadãos, centros de aconselhamento jurídico, direito ao patrocínio jurídico —, o Estado de direito *presta* aos indivíduos um bem escandalosamente distribuído de forma desigualitária nas sociedades contemporâneas — o direito de *acesso ao direito*, o *direito de conhecer e reclamar os seus direitos*. Só assim o Estado de direito poderá responder às acusações de alguns que vêm na frieza das regras do Estado de direito — segurança jurídica, clareza das normas, proibição do excesso, generalidade e abstracção das leis — uma cobertura inescapável para a manutenção das estruturas de poder e da desigualdade social¹³. Os estudos sociológicos ultimamente vindos a público parecem tornar cruel o nosso observatório — as prisões estão cheias de minorias (marginais, negros, ciganos) que não sabem os seus direitos e não podem defender-se. Ao invés, quem tem conhecimentos e dinheiro consegue defender melhor os seus direitos e garantir com mais eficácia a sua defesa imparcial. De qualquer modo, a *crise da justiça* e a *desigualdade na justiça* não infirmam a bondade intrínseca de alguns princípios de processo e procedimento vazados nas normas constitucionais.

A defesa dos direitos repousa sobre um conjunto de *garantias processuais e procedimentais* que fazem delas uma das manifestações mais conhecidas do Estado de direito. Nem sempre estas garantias são compreendidas, acusando-se os juristas de, por amor à forma, desprezarem o conteúdo do direito e a realidade das coisas. Há muito que foi respondido aos críticos do formalismo que a forma, no Estado de direito, é inimiga jurada do arbítrio e irmã gémea da liberdade. Talvez a melhor maneira de convenceremos os nossos interlocutores sobre a bondade material das garantias processuais e procedimentais seja a de as indicar de um modo mais explícito, embora sem pretensões de exaustividade. Ninguém hoje admitiria discutir em tribunal os seus direitos sem a garantia de um juiz legal, independente. Ninguém se submeterá voluntariamente a um qualquer processo penal sem ver reconhecido o direito de ser ouvido, o princípio da igualdade processual das partes ou o princípio da fundamentação dos actos judiciais. E lá onde o império do direito atinge o grau mais coactivo por se tratar da «última razão» do Estado de direito — o direito e o processo penal — todos concordarão que haverá um retrocesso grave no Estado de direito se se postergarem princípios e direitos tão importantes como os da garantia de audiência do arguido, a proibição de tribunais de excepção, a proibição da dupla incriminação, o princípio de defesa através do contraditório, o direito de escolher defensor, a assistência obrigatória de advogado em certas fases do processo penal.

E, mesmo quando não haja feito ou causa em tribunal e o cidadão tenha de afivelar a máscara de *administrado*, nem por isso são de menor valia os princípios do Estado de direito democrático a observar nos procedimentos administrativos. Deve exigir-se a observância dos princípios da igualdade, da imparcialidade e da justiça nos comportamentos da administração. Num Estado de direito com *administração aberta* é lógico que se exija o cumprimento do princípio do arquivo aberto e o direito de obter informações sobre os procedimentos em que estamos interessados. Na mesma perspectiva se compreende a obrigatoriedade de fundamentação dos actos administrativos lesivos das posições jurídicas dos administrados. Os exemplos poderiam multiplicar-se. Quer se trate de regras ou princípios a observar nos processos em tribunal (garantias processuais), quer se trate de regras ou princípios a observar nos procedimentos administrativos (garantias procedimentais), parece lícito dizer que sem garantias processuais e procedimentais não se vive num Estado de direito. Muitas vezes, só quando estas garantias desaparecem do nosso quotidiano, ou porque o Estado é fraco (veja-se o problema endémico de alguns países da América Latina), ou porque o Estado é forte e até demasiado forte (é o caso dos Estados autoritários e, em maior medida, dos Estados totalitários), nos damos conta da importância delas para se respirar a liberdade e a segurança individual e colectiva.

¹³ Referimo-nos a Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Turim, 1992.

7 -O ESTADO DE DIREITO DÁ SEGURANÇA E CONFIANÇA ÀS PESSOAS

Retenhamos a ideia de fecho do número anterior: o Estado de direito garante a segurança e a liberdade. É isso. Através de um conjunto de princípios jurídicos procura-se estruturar a ordem jurídica de forma a dar segurança e confiança às pessoas. A experiência comum revela que as pessoas exigem fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência aos actos dos poderes públicos, de forma a poderem orientar a sua vida de forma segura, previsível e calculável. Das regras da experiência derivou-se um *princípio geral da segurança jurídica* cujo conteúdo é aproximadamente este: as pessoas — os indivíduos e as pessoas colectivas — têm o direito de poder confiar que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas ou em actos jurídicos editados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. Os corolários mais importantes extraídos deste princípio também não são estranhos à experiência jurídica comum. As pessoas reagem a *normas retroactivas*, isto é, normas que pretendem ligar novos efeitos jurídicos a factos inteiramente constituídos no passado, sobretudo quando essas normas restringem direitos e liberdades, alteram incriminações e punições de condutas, manipulam desproporcionadamente o regime dos impostos. Há muito tempo que se radicou na consciência jurídica a ideia de que os processos judiciais têm de ter um fim. Esgotados os recursos e *transitada em julgado* uma sentença, compreende-se que só nos casos extremos de *erro judiciário* se questione a segurança jurídica garantida pelo caso julgado. Aos próprios *actos da administração* é reconhecida uma determinada força (a força de caso decidido), limitando-se a sua anulação e revogação, a fim de se dar solidez à segurança, confiança e direitos dos administrados. Estes princípios têm de ser entendidos como *base* do complexo edifício do Estado de direito. Podem não ser a «essência» da justiça e confundir-se muitas vezes com a defesa de privilégios económicos e sociais. A segurança e a confiança recortam-se, apesar de tudo, como dimensões indeclináveis da *paz jurídica*. Quem os quiser transmutar em princípios revolucionários estará a exigir o que eles não podem dar e terá, por conseguinte, de fazer a *revolução* por outros modos.

8 – A GUIA DE CONCLUSÃO

O pequeno texto que se submete à publicidade crítica pretendeu ser uma análise serena do Estado de direito. É fácil de intuir que se tomou partido ou se mostrou simpatia por determinadas ideias-mensagens. Procurou-se, porém, evitar um discurso marcadamente teórico ou obsessivamente problematizante. Os riscos seriam óbvios. A problematização serve para «desconstruir» mas, por vezes, esquece-se de fornecer propostas positivas. A teoria é ótima para iluminar, mas nem sempre deixa os problemas mais claros. Esta compreensão da mensagem dos Cadernos Democráticos justifica, por exemplo, que não gastássemos muitas linhas a analisar as concepções formais e as teorias materiais do Estado de direito. Páginas e páginas têm sido consumidas para se discutir se os princípios estruturantes do Estado de direito — segurança, confiança, generalidade e abstracção da lei, não retroactividade de normas jurídicas, separação de poderes, garantia da via judiciária — valem por si mesmos ou se, pelo contrário, só podem ser compreendidos em articulação com outras dimensões político-constitucionais, como a democracia, a justiça e a socialidade. De uma forma expressa, o discurso anterior não deixa quaisquer dúvidas sobre a posição que nos parece mais defensável num Estado de direito democrático-constitucional. Os juristas (os filósofos e os políticos) não deixaram de intuir o significado de princípios formais indiferentes ao conteúdo e forma de Estado. A segurança, a confiança e a separação de poderes, entendidas como valores em si e sobranceiramente desconfiadas das agitações políticas e sociais, transformaram-se em casca vazia, em odre aberto a conteúdos variáveis, que podiam ir do Estado de direito autoritário do «chanceler de ferro» (Bismarck) aos Estados de direito fascistas ou de legalidade socialista. Estas razões afiguram-se suficientemente poderosas para rejeitarmos uma abordagem do Estado de direito divorciada dos problemas da democracia, da justiça e da socialidade. Poderemos afirmar que o Estado de direito ou é Estado de direito democrático e social ou será um Estado de legalidade reduzido a um esqueleto constituído por princípios e regras formais. Todavia, como se teve oportunidade de salientar, os chamados princípios formais do Estado de direito não são apenas «normas formalísticas» dos cultores do direito. Servem para tornar seguro o caminho de outros ideais. Valem por si. Valem em nome do Estado de direito. Mas, como ironicamente escreveu Rorty, se a democracia é mais importante do que a filosofia, também a bem pouco se resumirá o Estado de direito se os esquemas políticos de organização do Estado não assentarem na separação e interdependência de poderes, antes privilegiarem o centralismo democrático, a transcendência do Estado e o envolvimento fundamentalista religioso da sociedade. O Estado de direito pode pouco em situações de fraqueza ou ausência do Estado. A soberania do Estado, queira-se ou não, garante alguma ordem e paz no plano interno, a ordem e paz indispensáveis à aplicação e observância das regras do Estado de direito. Daqui não se segue a indispensabilidade da forma de Estado e da sua soberania para se estruturar uma comunidade de direito. A edificação da União Europeia aí está a demonstrar a possibilidade de uma comunidade de direito que não é Estado nem assenta nos princípios clássicos organizatórios do Estado. O problema que fica por demonstrar é o de saber se ela se pode edificar sem Estados de direito, autónomos e independentes¹⁴. A questão é boa. Poderá ser um dos próximos Cadernos Democráticos.

¹⁴ Esta crítica ao Estado de direito formal foi formulada em termos incómodos por R. Unger, *Law in Modern Society* (1976), e depois apoiada por n., ~prn.n. ("Illtnr", da sociologia do direito.