

Ensaio sobre o Estado actual e a técnica

LUIZ CABRAL DE MONCADA *

Introdução

O tema das relações entre o Estado actual e a técnica não é novo e já, em parte, o tratámos, a propósito do princípio da eficiência,¹ mas retomamo-lo agora com o fito de nos associarmos ao primeiro volume da revista jurídica do ISMAT.

O *Estado de direito democrático* que a Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra é um Estado social baseado no alargamento das exigências participativas próprias da democracia política à esfera dos bens e dos serviços. Decompõe-se num conjunto de subprincípios cuja exequibilidade depende de vastos meios financeiros, agora escassos, e de amplos conhecimentos técnicos, a todos os níveis da sua intervenção conformadora do *status quo* económico e social.

Mas não é impunemente que o Estado se arvora agora a técnico. A técnica é um saber especializado, a poucos acessível e exprimindo-se através de uma linguagem própria afastada da comum. As exigências democráticas param à porta do saber técnico. Resta saber o essencial ou seja, em que medida esta insofismável realidade se repercute no exercício das diversas funções estatais e, claro está, na legitimidade que lhe deve assistir para tanto. É este o objecto do presente estudo.

O lugar daquele saber técnico é a organização burocrática especializada. Esta, como tão bem evidenciou Max Weber, apresenta características nada conformes com a democracia. A técnica dificilmente se arrima ao alargamento da publicidade demo-

JURISMAT, Portimão, n.º 1, 2012, pp. 17-42.

* Docente do ISMAT.

¹ Cfr o nosso, «Direito Público e Eficácia», in *Estudos de Direito Público*, Coimbra, 2001.

crática, timbre do actual Estado de direito democrático. Se do legislador e da Administração se esperam respostas que requerem conhecimentos técnicos, não custa a compreender que algo tem de ficar pelo caminho. Pode mesmo dizer-se, sem exagero, que quanto mais exigente é a técnica, instrumento dos desígnios constitucionais, mais as funções estatais que dela se servem viram costas à qualidade representativa que para elas tanto custou a ganhar. São os conhecidos custos democráticos do Estado social. Com efeito, a técnica não é facilmente compatível com a representatividade política dos especialistas que a manuseiam nem estes foram arregimentados a pensar nela. Isto tem consequências claras no afastamento do legislador parlamentar dos assuntos que requerem soluções técnicas, na incontornável predominância do Governo como órgão do poder e na separação entre a solução técnica e o entendimento do cidadão comum.

Quanto maior é o grau de especialização da decisão mais enfraquece o elo que liga o cidadão ao poder. O que se diz tem consequências evidentes na função legislativa e, portanto, na centralidade do parlamento como órgão depositário da legitimidade democrática representativa. E se a função administrativa escapa parcialmente a esta dificuldade por serem nela menos exigentes os requisitos da legitimidade democrática de base representativa, não se pense que fica imune às aporias postas pela técnica. Finalmente, o poder judicial ressentir-se enormemente da técnica. O juiz dificilmente pode controlar o exercício dos conhecimentos técnicos pelo legislador e pela Administração e vê-se frequentemente impotente perante um saber especializado e refugiado numa linguagem pouco convencional e inacessível de que a própria norma, imagine-se, é mensageira.

A técnica irrompeu assim no exercício de todas as funções estatais. Em todas elas deixou a sua marca; desvalorizou o papel central do parlamento como órgão legislador, alterou o conteúdo da função administrativa, modificou a composição dos respectivos órgãos e colocou dificuldades acrescidas à função judicial, tudo isto em nome da bondade técnica, já se vê, dos resultados obtidos. Em seu nome tudo ou quase tudo é permitido. A democracia é substituída pela tecnocracia. O resultado é um claro défice de legitimidade democrática na actividade do Estado actual, tanto maior quanto mais intervencionista ele for.

I As transformações do Estado e a técnica

1 Começando pelos problemas mais gerais, vamos agora abordar a questão da transformação da actividade estatal num quadro técnico.

A presença da técnica enfraqueceu a ligação entre o poder político e a respectiva base democrática de legitimação. Como se sabe, a representação política apurada através das eleições continua a ser a fonte da legitimidade directa do legislador e, ao

menos indirecta, da Administração. O próprio juiz, muito embora não eleito, ao aplicar (ou não) apenas normas eivadas de qualidade democrática de base representativa não é alheio àquela legitimidade pois que beneficia também indirectamente da que assiste ao criador das normas que aplica ou desaplica.

Parte apreciável das normas aplicadas internamente são de origem europeia e o direito europeu, todo ele, prefere sempre sobre o interno mesmo que de nível constitucional. Mas é certo que a qualidade democrática das normas europeias não se recomenda, o que apenas reforça as conclusões deste pequeno ensaio. Seja como for, a questão é lateral relativamente aos nossos propósitos e não pode ser aqui abordada.

2 A técnica afecta a origem democrática das normas legislativas e consequentemente da actividade administrativa e repercute-se ao mesmo tempo no conteúdo das normas e da actividade administrativa que as secunda.

Com efeito, por intermédio do tradicional órgão parlamentar estabeleciam-se ligações directas entre os eleitores e os eleitos. Estes últimos eram os autores de uma legislação que veiculava os pontos de vista dominantes na Sociedade Civil e utilizando uma linguagem acessível ao cidadão comum que manuseavam dentro do espaço parlamentar mediante uma retórica em que aquele se revia porque precisamente dela comungava. Não admira por isso que a *performance* parlamentar fosse tão apreciada nos primórdios do parlamentarismo político e a prova era a importância que a imprensa lhe dava. Os corações dos eleitores e dos eleitos batiam em uníssono. Aqueles secundavam directamente os «seus» deputados e estes falavam para a sua clientela eleitoral. Assim medraram as condições para a legitimidade democrática directa do órgão parlamentar baseada na transparência dos seus métodos de trabalho e na imediata comunicação entre eleitores e eleitos possibilitada pelo comum «jogo de linguagem» utilizado.

Ora, a técnica tudo modificou. Muitos dos problemas com que se defronta o Estado actual, desde logo por exigência constitucional, são de coturno técnico. Sem o apoio da técnica não se resolvem. E isto vale para qualquer sector em que o Estado actue, desde a gestão das empresas públicas e semi-públicas, ao urbanismo, desde a saúde à defesa do consumidor, desde o ambiente ao desporto de massas e à protecção do património cultural. Tudo requer soluções eficientes que apenas a técnica pode proporcionar, quanto mais não seja para rentabilizar os milhares de milhões que se gastam. A técnica está no cerne do mundo actual, como tão bem profetizaram Saint Simon, Alexis de Tocqueville e K. Marx, embora de diferentes perspectivas.

3 A técnica, como se disse, é um saber especializado que se traduz numa linguagem própria. Os poderes públicos não lhe podem ficar indiferentes. Têm de dar respostas adequadas e à altura das exigências. Mas claro está que isto afecta o elo que os une ao cidadão comum. Os eleitores não se reconhecem agora nos problemas

suscitados nem na linguagem utilizada para os resolver. As leis de bases do ambiente, das forças armadas, da educação, do património cultural, das reprivatizações e da segurança social, entre outras, respondem a problemas e encerram conhecimentos alheios aos do cidadão comum. Verifica-se até que a linguagem legislativa é de tal modo esdrúxula que muitas leis, sobre o ambiente, p. ex., começam por fornecer definições para que o desgraçado do intérprete se possa orientar naquilo que tem nas mãos e só depois é que avançam na disciplina das matérias. Esta insofismável realidade é comum a muitas latitudes, até porque o direito europeu dá o exemplo. As consequências estão à vista; afastamento entre os eleitores e os eleitos, indiferença daqueles pelos assuntos tratados na área parlamentar e incompreensão das soluções logradas. Tudo somado, compreende-se perfeitamente o absentismo eleitoral. O eleitor já não acompanha a vida parlamentar, já não se revê naquilo que dantes pensava como seu, já não habita uma casa comum com o eleito.

Perante esta realidade, de pouco valem as melhorias a fazer nos métodos de trabalho parlamentar, animadas embora das melhores intenções. O problema não é procedimental mas sim substancial. É o núcleo da comunicação democrática entre os eleitores e os eleitos que está em causa, base da legitimidade parlamentar.

As exigências da técnica têm ainda consequências no conteúdo da actividade administrativa, como se verá, sendo estas até as mais visíveis, e também nos métodos de trabalho dos órgãos administrativos. Agora não é a origem das normas que a técnica alterou mas sim o conteúdo concreto do exercício do poder e sua repercussão nos cidadãos seus destinatários, como se verá a seu tempo.

4 A democracia de base parlamentar serviu uma situação política que pouco ou nada tem a ver com a actual. Nos começos do parlamentarismo democrático e até, globalmente, aos princípios do século XX, os parlamentares eleitos e a massa dos eleitores, frequentemente censitários, tinham tudo em comum, como tão bem diagnosticou C. Shmitt. A classe social de onde provinham era a mesma e o mesmo era o discurso político predominante. As questões «fracturantes», como hoje se diz, não existiam e os «affaire Dreyfuss» eram raros. Numa situação de «hegemonia» económica, social e cultural da burguesia, parlamento e Sociedade Civil eram irmãos. O trabalho legislativo era, portanto, menos complexo do que hoje e não se media pela sua valia técnica pois que técnicos não eram os problemas a que metia ombros nem as soluções avançadas. Os problemas eram apenas «políticos» e as soluções correspondiam às que a Sociedade Civil queria e podia compreender e assimilar. A homogeneidade entre eleitores e eleitos estava garantida.

Neste enquadramento, já ultrapassado, as únicas clivagens presentes eram entre o parlamento e o executivo, designadamente se monárquico, titular de um poder que resistia à legalidade parlamentar mas que o parlamento de apressava a rodear de normas, designadamente o orçamento, de modo a diminuir-lhe a margem de mano-

bra. Mas também o executivo desempenhava poucas funções de natureza técnica. A principal delas era, não obstante, o serviço militar proporcionado cada vez mais por pessoal especializado legitimado por uma preparação condigna ou até, nos escalões superiores, pela origem nobre.

Estamos muito longe desta situação em que se legislava pouco e sobre temas para o tratamento dos quais bastava o senso comum.

Tudo isto apenas era possível tendo em conta o teor da repartição de atribuições entre o Estado e a Sociedade Civil próprio desta época. Dela saía beneficiada a última, como é bem sabido e aqui não se vai recordar. Num Estado com poucas atribuições, pois que quase tudo cabia à Sociedade Civil, a legislação não tinha de dar provas de valia técnica e os seus autores eram tudo menos tecnocratas.

Ora, é neste enquadramento histórico que o parlamentarismo nasceu e é para ele, e apenas para ele, que serve. Alteradas as condições, o parlamentarismo não sai ileso.

5 Dizia-se há pouco que os sintomas desta viragem no sentido tecnocrático se repercutem no conteúdo da legislação. Já nos pronunciámos sobre o tema e não vamos repetir o que então ficou dito.²

Apenas se recordará que o conteúdo técnico da lei modificou completamente a linguagem jurídica tradicional, como se viu, e sobretudo transformou por completo o alcance legitimador da lei. Esta era o produto da vontade de uma assembleia eleita e afigurava-se como uma norma valiosa porque comungava de um fundo ético indiscutível e comum aos eleitores. Ora, a lei hoje é cada vez menos uma norma e passou a ser uma solução. A lei vira costas aos seus antigos predicados e vive do momento e da conjuntura.

A sua validade mede-se agora pela sua eficácia, não no sentido da vigência, mas sim no sentido da sua aptidão para responder a problemas técnicos. A ética propriamente dita é-lhe cada vez mais indiferente e mais; evita-a a pretexto de ineficiência e entra ve. O relativismo ético, quando não a total indiferença, é uma consequência da tecnicização legislativa.

6 Os problemas postos pela técnica fizeram passar a Administração para primeiro plano. Não admira que começasse por assumir as vestes de um problema de organização administrativa. O primeiro passo foi o aparecimento da figura do instituto público.

² Cfr. o nosso *Ensaio sobre a Lei*, Coimbra, 2002, p. 98 e ss.

O Estado em vez de apostar na orgânica da Administração Central directa para a resposta a dar aos problemas técnicos, criou entidades públicas dotadas de personalidade jurídica autónoma e preenchidas por profissionais técnicos contratados no sector privado. Incumbiu-os de feixes de atribuições técnicas e colocou-os a preparar as decisões políticas mais relevantes ou até a prestar directamente certos serviços públicos. Passaram a integrar a Administração indirecta do Estado. Com efeito, as atribuições que exercem são estatais e não próprias e são alheios a qualquer ideia de autogoverno (órgãos eleitos) e, por vezes, até de autodirecção (capacidade regulamentar própria). O instituto público é a primeira manifestação da resposta estatal aos problemas postos pela técnica.

O segundo passo no sentido da resposta aos problemas postos pela técnica foi a criação de uma vasta estrutura de órgãos de consulta preparatórios da decisão final a tomar pelas entidades competentes da Administração central. A Administração consultiva consiste numa actividade auxiliar de certos órgãos administrativos destinada a preparar a decisão final dos órgãos activos da Administração central. A relação entre os órgãos consultivos e os de Administração activa não é de subordinação mas sim de complementariedade. Não custa a compreender que quanto mais os conhecimentos técnicos são indispensáveis na decisão final mais importante é a tarefa consultiva da sua preparação.³ A consulta destina-se a fornecer à entidade com competência para decidir os elementos (técnicos) necessários a uma decisão conforme com o interesse público.

A actividade consultiva pode exercer-se relativamente à função legislativa ou à administrativa. Corporiza-se no parecer.

O terceiro passo foi a institucionalização da participação dos cidadãos na formação das decisões legislativas e administrativas ou seja, da democracia participativa. A figura tem entre nós dignidade constitucional e honras de fazer parte do modelo político que a CRP consagra. O primeiro âmbito em que se registou o fenómeno foi o económico mas logo daí transbordou.

A participação quando se faz no interior de órgãos permanentes diz-se concertação.

Note-se que através da concertação não deparamos com uma verdadeira descentralização do poder de decidir em última instância pois que a entidade competente, seja o legislador seja a Administração, mantém incólume o seu poder de decisão unilateral. Mas a obrigatoriedade da audição das entidades representativas dos variados interesses sociais e dos técnicos confere à decisão final um capital de legitimidade que não seria viável de outra maneira.

³ Fausto de Quadros, *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa*, CCTF, Lisboa, 1974, p. 138 e ss.

Em boa verdade, não foi pelo lado da valia técnica que a concertação procurou resolver problemas de legitimação das decisões a tomar pelas entidades públicas estatais ou autárquicas competentes mas sim pelo lado do alargamento da base democrática da representação, embora o ponto de vista técnico não deixe de ser relevante.

O quarto passo foi a contratualização das relações entre o Estado e os cidadãos, muito embora nem todos as convenções daí resultantes possam qualificar-se como verdadeiros contratos,⁴ tema que não pode ser agora abordado. A realidade é que a transferência por contrato das atribuições estatais para entidades privadas, designadamente concessionárias, viabiliza a circulação do saber técnico destas expoente.

O passo seguinte foi a transferência do poder de decisão para entidades independentes de natureza pública ou privada que ficam assim encarregadas da regulação da actividade de natureza técnica em importantes sectores económicos e não económicos. A vantagem é a independência das entidades reguladoras das actividades que o Estado desempenha em concorrência com o sector privado particularmente num contexto de privatização de actividades e de recuo do Estado no âmbito económico e social.

7 Sobre a influência da técnica na função jurisdicional já se escreveu.⁵ O conteúdo técnico das normas coloca ao juiz difíceis problemas de interpretação e de aplicação do material normativo, como se disse. A criação de magistraturas económicas e sociais especializadas ao lado das tradicionais e o amplo recurso à arbitragem são escapatórias possíveis às dificuldades colocadas pela natureza técnica do direito.

II A técnica e a legitimidade

1 Como se sabe, a legitimidade é o título ao abrigo do qual a actividade estatal tem origem e se exerce. O problema é mais de ciência política do que de teoria jurídica mas o seu esclarecimento é indispensável para que se saiba como tratar as questões que vão ser levantadas.

A legitimidade de que vamos falar é a da origem e a do exercício das funções estatais.

⁴ Sobre o tema, o nosso *Direito Económico*, 6ª ed. Coimbra, 2012, p. 622 e ss.

⁵ O nosso *Direito Económico*, cit., p. 112.

As realizações da técnica procuram a efectividade das necessidades sociais e o consequente máximo grau de felicidade do maior número possível de cidadãos, de acordo com os princípios hedonistas e utilitaristas de que partem. Apostam assim na redução dos custos e no maior rendimento dos recursos utilizados. São estes os objectivos da *performance* técnica. A técnica não é um fim em si mas um meio de obter determinados resultados.

2 Imputar legitimidade à acção humana é um problema com muitas facetas e a coisa complica-se quando se passa do plano individual para o social. As variantes são aqui muitas e a própria concepção do bem comum é muito complexa. Começa pela composição da própria noção de bem social. É integrada por vários aspectos muitas vezes contraditórios. É o caso do desenvolvimento económico qualitativo que compreende aspectos de justiça social e ambientais que entram em conflito com o crescimento, noção apenas quantitativa mas sem o qual o desenvolvimento é impensável. É o caso do ambiente e do património cultural que compreendem limitações, quiçá duras, da liberdade e da iniciativa individual motores do crescimento económico.

3 Em nossa opinião, a questão do bem comum só pode resolver-se se sairmos para fora da perspectiva puramente axiológica da questão. Não se trata de fazer concessões ao historicismo nem ao agnosticismo axiológico. Mas a procura de uma noção geral de bem comum dentro de um âmbito de considerações puramente axiológicas não leva a nada. A questão deve ser resolvida do lado de uma ética social democraticamente consentida e aplicada, presente nas leis, na actividade administrativa e na judicial, plena de publicidade, aberta ao confronto dos pontos de vista mediante canais apropriados e construída paulatinamente através de aquisição de largos consensos. Em suma; a ética social é, ao menos em parte, «política».

A revalorização do debate político é a única maneira, numa sociedade cada vez mais plural e em que a «guerra civil» ideológica desapareceu, de fazer frente ao exclusivismo pretensamente legitimador da técnica que, como diria Heidegger, «não leva a lado nenhum» por ocultar completamente ao homem o seu verdadeiro ser. Só assim se chega à «nova Atenas».

É esta a nossa perspectiva dogmática, como se verá.

III A nova legitimidade técnica

1 A intervenção económica e social do Estado não se fez nem se podia fazer através da legislação parlamentar. A morosidade do trabalho parlamentar, a especialidade das tarefas em causa e a necessidade de prover rapidamente aos interesses públicos obrigaram a uma nova composição. No nosso país, a revisão da Constitui-

ção de 1933 feita a seguir à Segunda Grande Guerra pretendeu dar resposta à nova situação. A evolução era no sentido de favorecer o Governo como órgão legislativo ou, nos países em que não tinha competência legislativa, como órgão competente para a elaboração de regulamentos independentes, como sucedeu em França com a V República. Entre nós, o Governo passava a ter competência legislativa normal ou seja, podia legislar sobre um vasto âmbito de assuntos sem necessidade de qualquer autorização legislativa parlamentar. A Constituição de 1976 não alterou no essencial esta realidade.

2 Neste enquadramento o Governo surge como um agente técnico de realizações, como tão bem demonstrou E. Forsthof. Para tanto rodeou-se de um aparelho tecnocrático alicerçado numa burocracia. O preço a pagar foi a quebra dos laços que uniam os órgãos do poder aos eleitores. Certa doutrina apercebeu-se que a legitimidade democrática de base parlamentar saía desfigurada neste novo contexto, mas pregava no deserto.⁶ Logo de vários quadrantes se pretendeu substituir a legitimidade que da democracia política de base parlamentar já se não podia esperar por uma nova «legitimidade» oriunda de outras fontes, desta feita tecnocráticas, de modo a levar a cabo as ingentes tarefas técnicas que se impunham ao Estado. O pensamento político autoritário da época aplaudia, a pretexto de «modernismo», pois que a técnica se aferia pelo resultado e este era o objectivo de um Estado moderno. Dele fazia parte principal a convicção segundo a qual as questões agora já não eram políticas mas apenas «técnicas» e, como tal, relevando da competência de novos «déspotas esclarecidos» em roupagem tecnocrática. O fenómeno transcendeu fronteiras ideológicas; é de Estaline a afirmação, logo sacralizada, segundo a qual, imagine-se, a nova «lei» do socialismo era o «desenvolvimento da indústria pesada». Mao alinhou em semelhantes dislates.

A legitimidade que se pretendia era agora a da capacidade (técnica) para «bem governar» e para realizar as indispensáveis «reformas». A tendência acentuou-se no nosso país depois da segunda Guerra Mundial, como se disse. O discurso político encheu-se desta nova linguagem. As reformas a empreender não eram obviamente políticas mas sim predominantemente «técnicas». Apostou-se sobretudo no fomento, qual nova «regeneração». Pretendia-se a maior eficiência da alocação dos dinheiros públicos e ao mesmo tempo a obtenção de resultados. Pensámos sempre que a característica principal do período político de Marcello Caetano foi a tentativa vã de substituir uma profunda reforma política do regime, a única que o poderia legitimar, pela valia técnica da governação fruto da fatal confusão entre a legitimidade do exercício e a da origem do poder.

3 Tudo apontava, portanto, para inevitabilidade da posição principal do Governo como órgão do Estado. Mesmo que o sistema de governo constitucional fosse o

⁶ Sobre o tema, J. Habermas, *Ciência e Técnica como Ideologia*, Lisboa, 1987, p. 70 e ss.

parlamentarista ou o semi-presidencialista a realidade era outra. Constituição e realidade constitucional opunham-se. O fenómeno da contradição entre a Constituição e a realidade constitucional já era conhecido antes da segunda Grande Guerra mas retratava sobretudo o afastamento entre ambas que se verificou na república democrática de Weimar ao acolher no seu seio, sem alterações constitucionais formais, a ditadura hitleriana, facto que gerou as maiores inquietações. Novidade era agora o enfraquecimento do parlamento como órgão central do Estado em prol do Governo, muito embora aquele continuasse a ser formalmente caracterizado como o órgão principal do Estado.⁷ O pretexto era agora a técnica. Em seu nome tudo se desculpava.

IV A burocracia

1 As organizações baseadas na técnica são burocráticas e não representativas. Tais organizações caracterizam-se por determinados elementos, tão claramente enunciados por Max Weber, que a partir deles construiu o «tipo» da legitimidade burocrática do exercício do poder.

Note-se que Weber apresenta-nos «tipos» de legitimidades que não são construídos apenas a partir dos factos sociais que lhes dão origem. Para além destes, os «tipos» weberianos vivem de um sentido interno baseado numa «cultura» própria que lhes dá consistência ou seja, não são simples depositários de factos positivos.⁸

A burocracia é um «tipo» de organização que se baseia numa racionalidade funcional ou seja, na adequação dos meios aos fins pretendidos. Foi esta aptidão que deu às organizações burocráticas a sua prevalência na Administração moderna, à semelhança do que sucede no mundo empresarial. Na verdade, a organização burocrática é a única capaz de absorver o progresso tecnológico e de gerar eficiência.

Assim sendo, as organizações burocráticas escolhem os seus membros pela competência técnica, estão organizadas em termos rigidamente hierárquicos, sendo a autoridade de cada um equivalente ao respectivo mérito, regem-se por códigos impessoais de conduta, diferentemente do que sucedia até então, dividem o trabalho em função de conjuntos especializados de atribuições, proporcionam carreiras dentro da organização o que se reflecte na estabilidade dos respectivos membros e regem-se por normas claras de natureza legal e regulamentar.

⁷ Sobre o tema Pablo Lucas Verdú, *La Lucha contra el Positivismo Jurídico en la República de Weimar: la Teoría Constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, 1987, p.25 e ss.

⁸ Sobre o tema, Augusto Santos Silva, *Entre a Razão e o Sentido: Durkheim, Weber e a Teoria das Ciências Sociais*, Porto, 1988, p. 51 e ss.

Racionalidade, especialização, hierarquização, autoridade e estabilidade, eis os elementos essenciais das organizações burocráticas. Assim se logra a máxima eficiência. Tudo em nome da tecnocracia não da democracia.

A hierarquia e a razão técnica que lhe assiste são os princípios ordenadores da burocracia e os critérios da sua sabedoria. O segredo e a autoridade, consequências da hierarquia, são seus corolários.

Ao mesmo tempo, o saber burocrático apresenta-se como neutro e capaz, por assim ser, de superar os conflitos da política. A valia das soluções impõe-se por si própria e não necessita da prova da opinião pública. O saber tecnocrático quer-se racional e para isso orienta-se por uma estratégia e baseia-se num saber analítico que decompõe a realidade em segmentos cada vez mais parcelares, como tão bem diagnosticou Max Weber. Os burocratas sabem cada vez mais de cada vez menos. O cretinismo burocrático não percebe nem pode perceber que questões importantes dos nossos tempos como a energia atómica e a co-incineração não podem ser tratadas apenas nos gabinetes ministeriais e nos institutos especializados e não comportam soluções apenas técnicas. O público, mesmo o português, não se interessa apenas por futebol e telenovelas, apesar dos esforços da comunicação social.

2 Como se disse, a técnica fornece uma forma particular de legitimidade apostada na eficiência e alicerçada numa organização burocrática.

Num contexto em que o Estado desempenha funções de desenvolvimento e de curadoria da existência dos cidadãos a todos os níveis, o tipo de organização que lhe corresponde é a burocracia. Esta estende-se mesmo à actividade económica do Estado. Sempre que este detém um vasto sector empresarial que directa ou indirectamente controla, como é o caso português, a burocracia instala-se. O sector empresarial público é mesmo seu expoente.

A burocracia é o ambiente próprio do saber tecnocrático. É a organização que convém a um Estado demiurgo, providente e providente, amigo do cidadão, muito embora inevitavelmente afastado dele. A legalidade externa baseada no comando legislativo e administrativo é preterida em nome de uma legitimidade interna inacessível ao cidadão comum, pouco ou nada controlável pelos tribunais, reino da chamada «discricionariedade técnica», ao mesmo tempo que o burocrata não está sujeito às diatribes da opinião pública nem às vicissitudes do sufrágio pois que não responde perante ele. Está protegido pela opacidade da instituição burocrática, no interior da qual tudo se passa. A figura do gestor público é o expoente da burocracia.

3 Resta saber se a legitimidade buro/tecnocrática é a que convém ao Estado democrático actual.

Longe deve ficar aquela perspectiva para a qual do simples facto de a actividade estatal ser favorável ao cidadão logo se concluía pela desnecessidade de reforçar a legalidade e os mecanismos participativos. Ninguém nega a importância capital que a prestação de certos serviços públicos, os transportes públicos colectivos urbanos e a saúde, p. ex., têm na vida quotidiana pessoal e profissional dos cidadãos. Mas a legitimidade do exercício do poder estatal não pode ficar-se pela *performance*.

Quem se não lembra das maravilhas que o Estado oferecia aos cidadãos no *Brave New World*, de A. Huxley? E quem se não lembra da patética alegria a que ele os reduzia? O homem é um animal social, não uma espécie bem tratada e alimentada num jardim zoológico.

Ao mesmo tempo, a eficiência não pode ser o pretexto para fraquejar nas exigências da legalidade na prestação dos serviços públicos. Trata-se de questões demasiado importantes do ponto de vista de efectivação dos direitos sociais e económicos dos cidadãos para que os possamos deixar apenas entregues a uma entidade burocratizada que faz da eficiência o critério único da respectiva acção.

V A crítica da burocracia

1 Tecnocracia e burocracia são inseparáveis. O saber técnico reside no seio de uma burocracia especializada baseada no mérito cujos métodos de trabalho se alimentam do sigilo e da opacidade próprias de um saber pouco acessível, como se disse. É a «tecnoestrutura» posta em evidência por J. Kenneth Galbraith, que nela viu uma característica do modelo social e político actual e lugar privilegiado do exercício do poder.⁹

A tecnocracia não conhece as fronteiras entre o sector público e o privado. Como saber especializado que é supera-as e habita ambos os sectores. Mais; a tecnocracia impõe ao sector público a lógica economicista do sector privado tudo contribuindo para as «simbiose» tecno/burocrática que denunciava aquele Autor. Os quadros técnicos movem-se das grandes empresas para o sector público e vice-versa pelo que as decisões públicas e privadas deles ficam cativas. A homogeneidade entre o público e o privado é consequência da técnica.

A tecnocracia e o saber que lhe anda associado concentram em muito o exercício do poder. Este passa para as mãos de uma nova elite de «especialistas», no seio de organizações permanentes cuja ligação aos eleitores é inexistente, que não vive da legitimidade que estes podem dispensar e cujos métodos de trabalho não são acessí-

⁹ *Anatomia do Poder*, Lisboa, s/d, p. 157 e ss.

veis ao comum dos eleitores. A tecnoestrutura aí está, impenetrável, pouco compreensível e distante.

O resultado está á vista: sob o (aparente) véu da neutralidade do saber tecnológico entra em cena um determinado e peculiar modelo de Estado (administrativo) baseado na predominância dos elementos técnicos e do pessoal especializado. Este fenómeno é internacional. Ao mesmo tempo assiste-se a uma concentração do poder de decisão nas matérias mais relevantes que raramente na história se viu.

Dominado pela técnica o próprio Estado pretende-se agora o lugar da valia científica e da solução eficiente. A substância política passa para segundo lugar e o Estado transformou-se num mero órgão de administração racional. Em consequência, as eleições deixam de ser um instrumento da formação da vontade democrática e passam a ser o plebiscito dos «especialistas».

Burocracia instalada, ideologia tecnocrática, poder concentrado e indistinção entre o sector público e o privado eis as consequências da «tecnoestrutura» burocrática a que conduz a prevalência do saber técnico. Deixou de haver decisão política e agora apenas há «gestão». A razão política fica desvalorizada. São na verdade os grandes interesses privados e parcelares que se assenhoreiam das decisões políticas mais relevantes mediante aquela flutuação dos quadros técnicos. Ao mesmo tempo, a flutuação dos quadros técnicos facilita a influência nas decisões políticas dos grandes interesses privados e parcelares.

2 A crítica da burocracia está feita há muito. O jovem Marx na sua Crítica da Filosofia do Direito de Hegel logo denunciou a idolatria hegeliana do saber instalado no Estado mas que afinal revertia em favor de uma casta burocrática que se queria fazer passar por detentora do interesse geral e que circulava em torno do Governo. A burocracia só aparentemente realiza os interesses gerais. O que se verifica é que na realidade prossegue interesses particulares corporativos. A burocracia é a corporação do Estado, e faz passar os seus próprios interesses pela finalidade última daquele. É o Estado transformado nos interesses particulares dos burocratas. Por seu intermédio não se transforma o particular em geral mas, pelo contrário, subordina-se o geral ao particular. A burocracia é uma sociedade particular que fecha o Estado à opinião pública e dele se serve para os seus próprios interesses.

A opinião pública é assim uma traição ao espírito burocrático e a publicidade crítica é com ela incompatível.

Por outro lado, a fusão da técnica e do domínio foi exemplarmente diagnosticada por Marcuse, na tradição dos Manuscritos Económico-Filosóficos do «jovem Marx» e

da referida Crítica da Filosofia do Direito de Hegel e alimentou a «escola de Frankfurt», ficando no centro da sua «teoria crítica».¹⁰ O domínio tecnológico da natureza visa essencialmente dominar o homem e a legitimidade para tanto indispensável assume as vestes da produtividade. A breve trecho a técnica transformou-se numa ideologia cabendo-lhe o papel de ocultamento da realidade de modo a assegurar o domínio.

3 Nas mesmas águas navega a crítica neo-liberal da burocracia. Deste ponto de vista, os burocratas prometem no «mercado» político-eleitoral vantagens em troca dos votos que lhes garantem a sua permanência no poder, permanência essa que lhes permite utilizar os fundos orçamentais em seu próprio benefício.

O gigantismo do Estado é assim não uma resposta às necessidades sociais mas apenas a consequência dos interesses privados de uma casta com acesso directo aos fundos públicos.¹¹ O interesse geral é uma mera abstracção metafísica invocada com propósitos obscuros que não resiste à crítica economicista.

4 A crítica à burocracia também tem sido feita do ponto de vista sociológico e até económico (Merton). O primeiro destaca, entre outros, as disfunções da burocracia, designadamente o excesso de formalismo, a resistência às mudanças, a despersonalização do funcionamento, o autoritarismo centralizador, enquanto que o segundo releva a incapacidade de adaptação às novidades e a vantagem da racionalidade *fuzzing* no tratamento das questões mais complexas, incompatível com o autoritarismo e o centralismo burocráticos.

5 Na crítica da tecnologia e do seu projecto ambicioso de domínio do homem através do senhorio da natureza nada de mais actual do que as obras de C. Levy-Strauss e de H. Jonas.

O ponto de vista do primeiro é o da dependência da conduta humana e da linguagem de um conjunto de invariáveis, ditas estruturais, em que a frutuosa relação com o ambiente tem papel principal. A tecnologia surge como um factor desestabilizador de um muito mais antigo código de entendimento que muito bem serviu os respectivos propósitos e cuja mestria lhe pede meças, acrescentando a seu favor muitos séculos de harmonia reproduzidos através de uma linguagem adequada. Para o segundo, o ambiente é um valor de natureza antropológica, agora ameaçado pelo frenesim tecnológico, que nos obriga a colocar a questão do nosso destino colectivo numa perspectiva de longo prazo visando o bem-estar das novas gerações alicerçada

¹⁰ Cfr. K. Marx, *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, Lisboa, s/d, p. 70, em tom de crítica à idolatria hegeliana da função governativa como cerne da actividade estatal que, a pretexto de «espírito» camuflava a realidade do domínio, e Max Horkheimer, *Théorie Critique*, Paris, 2009.

¹¹ Por todos, James M. Buchanan, *Constitutional Economics*, London, 1990, p. 29 e ss.

numa noção de responsabilidade que é obviamente alheia às necessidades eleitoralistas de curto prazo.

A noção (de H. Jonas) de responsabilidade pela preservação da natureza enquanto valor próprio da identidade humana é a consequência da apreciação destes problemas. A responsabilidade nada tem a ver com a culpabilidade da conduta. É um problema objectivo e colectivo a que a tecnologia não responde certamente. Só o agravou. Aquela noção nada tem a ver com a responsabilidade enquanto conceito jurídico, muito embora possam existir zonas de sobreposição.

A noção de responsabilidade obriga-nos a encarar de frente a questão ontológica da presença (no sentido heideggeriano) existencial do homem. A ela só se chega mediante o permanente desvelar do ser do homem oculto precisamente pela técnica.

O liberalismo económico de base protestante tem culpas registadas no cartório da incompreensão desta elementar realidade, bem como as tem, e ainda mais, a planificada cegueira comunista. A natureza deixou de ser uma dimensão da identidade humana e passou a ser a prova real dos tecnocráticos desmandos dos humanóides.

6 O pensamento burocrático é de base hedonista. Pretende aperfeiçoar a produção e a decisão na perspectiva de resultados favoráveis susceptíveis de satisfazer necessidades, assim contribuindo para a felicidade de cada um e de todos (hedonismo). Mas existe um hedonismo individual e outro colectivo e são muito diferentes. A compreensão desta realidade é parte importante deste estudo.

O hedonismo individual é o de cada um. Mas não se pense que é indiferente ao do todo social. Sucede simplesmente que este último é o resultado da acumulação das satisfações individuais. O critério da satisfação não pode deixar de ser o do indivíduo singular. E dele resultam também, como que mecanicamente,¹² a paz social e a *vida boa*. Viabilizam-se estas pela realização da felicidade individual do maior número possível de cidadãos, como ensinava J. Bentham. A acção estatal na satisfação das necessidades é recomendável mas serve o ponto de vista utilitarista medido pela soma das felicidades individuais.

A felicidade colectiva resulta sempre da acumulação (maximização da satisfação) dos interesses individuais. Ao direito caberia absorver tais interesses e facilitar a respectiva efectividade. Para tanto indispensável é o eudemonismo estatal pleno de saber tecnocrático e cativo da burocracia. É esta a via que justifica o saber burocrático. A actividade que, com apoio naquele saber, logra o bem-estar do maior número

¹² Cfr. Fernando Araújo. *Adam Smith, O Conceito Mecanicista de Liberdade*, Coimbra, 2001, p. 697 e ss.

possível de cidadãos é logo válida mesmo que estes não sejam ouvidos e a desconheçam.

Ora, a tese da felicidade do maior número possível assenta em bases quantitativas que não resistem à crítica. Não é apenas pelo facto de a felicidade ser uma noção subjectiva que a crítica se justifica, mas sim pelo facto de a sua acumulação quantitativa nada provar se não for acompanhada de um critério de ponderação que se não pode desentranhar de considerações puramente quantitativas.

A crítica de John Rawls ao hedonismo toca no ponto certo.¹³ A felicidade colectiva é indesligável da adequada distribuição dos bens e serviços e do consenso colectivo em torno de critérios éticos racionalmente aceitáveis. Tais critérios são uma exigência racional *a priori* própria de uma sociedade bem ordenada. Tudo concorre na exigência de um critério que se não retira apenas da quantitativa maximização da satisfação dos interesses.

A fundamentação hedonista da moral baseia-se, como tão bem provou G. E. Moore, num «sofisma naturalístico» que consiste na confusão entre o desejado e o desejável, o objecto preferido e o bem em si.¹⁴

E não se pense que a substituição da satisfação das necessidades individuais por numa noção colectiva das necessidades modifica substancialmente as coisas ou seja, que esta última evita os tropeços do hedonismo. Este último permanece sejam as necessidades individuais ou colectivas. Apenas se regista que sendo o critério da bondade da intervenção estatal a satisfação das necessidades colectivas a definição do que por estas se entenda depara com dificuldades adicionais que consistem no respectivo elenco e na identificação de quem tem legitimidade para o fazer.

7 A razão (tecnológica) deixou de ter por fim o esclarecimento dos problemas próprios do homem e voltou-se para a hermenêutica da produtividade. Daí o apelo à técnica. Esta acaba por ser a língua franca do homem alienado através da simplificação da sua natureza ou melhor, da nova ignorância da resposta aos problemas que verdadeiramente o identificam como tal. O homem desumaniza-se a passa a ser um androide programado pelas exigências da técnica, seu novo e exigentíssimo senhor. A paga; a ilusão do domínio. Nada há a acrescentar à genial diagnose que Goethe nos transmitiu através da personagem do dr. Fausto há mais de cento e cinquenta anos.

¹³ *Uma Teoria da Justiça*, Brasília, 1981, p. 403. Sobre o tema, as observações de Diogo Freitas do Amaral, *História do Pensamento Político Ocidental*, Coimbra, 2012, p. 717 e ss.

¹⁴ G. E. Moore, *Principia Ethica*, Lisboa, 1999, p. 149 e ss. Sobre o tema, Reinhold Zippellius, *Filosofia do Direito*, Lisboa, 2010, p. 142 e ss.

8 O saber tecnológico imerso em organizações s inacessíveis povoadas de «especialistas» contribuiu como nenhum outro factor para a despolitização das massas eleitorais. As questões deixaram de ser políticas e passaram a ser técnicas. Em consequência, o exercício da razão «prática» como veículo de acesso a soluções razoáveis e consensuais desaparece substituído pelo veredicto dos «especialistas».

A própria opinião pública que está na origem da democracia política tende a desaparecer. O seu efeito democrático como que fica em suspenso perante a nova forma de legitimidade eivada de saber tecnológico e inerte perante o domínio político que dele resulta. Os meios de comunicação social renderam-se ao fenómeno e a proliferação de jornais especializados em questões científicas, económicas e financeiras é o seu testemunho. O jornal deixou de ser o mensageiro da razão «prática» e passou a ser o repositório do saber tecnológico. Em conformidade, os lugares próprios da formação cívica e da opinião, desde o café, ao salão e ao clube foram substituídos pelo congresso.

9 A fundamentação da actividade do Estado actual deve basear-se em algo que seja bom em si mesmo, independentemente de outras determinações. Perante o inevitável défice democrático consequente à tecnicização das tarefas estatais, como se viu, só algo de muito sólido pode proporcionar aquele desejável acréscimo de legitimidade.

O conhecimento científico por si só é de pouco interesse para uma legitimação exigente da acção estatal. Mas ninguém poderá negar que é uma parte dela. A legitimidade da actividade estatal não pode dispensar os conhecimentos científicos e a sua aplicação técnica. Não há, portanto, dúvida que a ciência e a técnica são componentes daquela legitimidade mas não são os únicos nem, muito menos, os principais.

Na realidade, a racionalidade científica e tecnológica não é a única forma de racionalidade que releva do ponto de vista da legitimação. Existem outros tipos de racionalidade mais importantes. Se a legitimidade da acção estatal quer cabedal ético, a fim de se legitimar, deve esta basear-se numa visão axiológica da conduta humana individual e colectiva. Este é o problema mais complexo de todos. Mais do que a aplicação da técnica. Não será mais difícil de resolver do que este, mas é mais complexo.

VI As aporias da legalidade

1 A razão burocrática modificou profundamente a lei. As necessidades da técnica fazem da lei muito mais um programa de realizações a concretizar pela Administração do que uma norma heterodeterminante do conteúdo da actividade administrativa. A lei não impõe agora normas de conduta, assinala objectivos, não heterodetermina a actividade administrativa, programa-a. A abertura e a pouca den-

sidade legislativas são o resultado inevitável do saber técnico que a lei não pode corporizar e que remete para a Administração.

O papel da lei como fonte da legalidade dilui-se. A legalidade é agora débil, bastando-se com a demarcação de um conjunto genérico de objectivos cuja concretização cabe à Administração. O fenómeno é frequente no âmbito da intervenção pública na economia e também no direito do ambiente. Longe vão os tempos em que da lei resultava a clara heterodeterminação da conduta administrativa quanto aos pressupostos de direito e de facto desta.

A presença de poderes discricionários e de liberdades afins é cada vez mais frequente, só que, desta vez, a razão de ser desta realidade não é possibilitar o prudente arbítrio dos aplicadores do direito, Administração e juiz, designadamente através de noções de alcance axiológico por meio das quais o direito na sua aplicação daria testemunho de conteúdo ético mas sim algo de completamente diferente. A debilidade legislativa é consequência da remissão para o saber técnico necessário para as funções executivas e a pouca determinabilidade legal é o testemunho disso mesmo ou seja, da incapacidade normativa para conter dentro dos tradicionais critérios da legalidade a actuação administrativa de natureza técnica e o controlo judicial.¹⁵

2 Ao mesmo tempo, surgem frequentemente mecanismos informais de actuação administrativa logo desculpabilizados em nome de uma maior eficiência. Tais meios são uma característica da moderna administração tecnocrática. Logo pululam protocolos e cartas de intenção, o procedimento é substituído pela entrevista, a lei pelas *leges artis* da especialidade, o quadro legal da conduta pelas «boas práticas» regulatórias e outras. A legalidade deixou de ser o que era; passou a ser «débil».

O resultado é o prejuízo dos particulares súbditos da Administração. Ninguém nega as vantagens da eficiência administrativa mas a garantia que para os particulares resulta da clara heterodeterminação legal da conduta administrativa não pode ser substituída pela eficiência.¹⁶ Da adequada legalidade da conduta administrativa é consequência uma particular forma de legitimidade desta função estatal que não está à venda. Em conformidade, o controlo judicial da legalidade é, nestas condições, uma realidade cada vez mais distante.

¹⁵ Sobre o tema, Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003, p. 296.

¹⁶ Sobre o tema, João Loureiro, *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos «Direitos Adquiridos»*, Coimbra, 2010, p. 47 e ss.

VII A revalorização da publicidade crítica

1 Os problemas da legitimidade devem ser encarados ao nível da origem do poder e não apenas ao nível do respectivo exercício. Se aceitarmos, como aceitamos, que a técnica os não soluciona convenientemente, a alternativa é a revalorização da publicidade crítica, esta sim, de largo alcance legitimador. Por outro lado tem implicações em todo o procedimento normativo reforçando a legitimidade da origem do poder legislativo e administrativo.

2 A legitimidade técnica encerrada em organizações de tipo burocrático não fornece qualquer solução global para o défice de legitimidade característico das actuais democracias políticas. Aquele défice só pode ser repostado através de num aprofundamento da democracia participativa. É esta a nossa perspectiva dogmática da questão, como dissemos.

Se quiséssemos empregar linguagem hegeliana diríamos que as realizações da técnica não correspondem à realização da «razão» e, por isso, não são «direito em si», mas mero direito positivo, expressão do accidental.

O que nos interessa é pôr em evidência que a organização burocrática não foi pensada para dar resposta aos problemas de legitimidade colocados pelo Estado de direito democrático.

O Estado de direito democrático é democrático mas também é de direito pelo que a legitimidade seu predicado deve ir buscar-se à democracia política e à efectividade dos direitos fundamentais. São estes os dois eixos fundamentais do problema, ponto de partida dogmático da questão.

O que se diz é particularmente de acentuar em países periféricos em que o cidadão, debilitado pela pobreza e pela falta de instrução, está alheado dos processos decisórios.¹⁷

3 A fundamentação hedonista da técnica pelos seus resultados não serve as exigências legitimatórias do Estado actual. Estas apenas podem ser cabalmente resolvidas através da revalorização da publicidade crítica que a opacidade da linguagem técnica desvalorizou. Nesta perspectiva, a questão da legitimidade deve ser

¹⁷ Cfr. Paulo Bonavides, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa, por um Direito Constitucional de Luta e Resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma Repolitização da Legitimidade*, S. Paulo, 2001 e *Do País Colonial ao País Neo-Colonial; a Derrocada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional*, 2ª ed., S. Paulo, 2001. Tb. Sergio Cademartori, *Estado de Direito e Legitimidade; uma abordagem garantista*, 2ª ed., Campinas, 2007, e José Francisco da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª ed., Brasil, 2005, p. 134 e ss.

encarada em termos abertos ao questionamento das respostas que lhes dão as estruturas políticas e sociais efectivas, não se ficando pelo que está consagrado nas normas técnicas positivas. A legitimidade não equivale à mera legalidade. Há que, portanto, repolitizar de novo as questões. Assim se reforça a legitimidade da acção estatal. Só o reforço dos procedimentos democráticos é capaz de levar à acção técnica do Estado actual o acréscimo de legitimidade de que carece. É necessário apostar mais na decisão do que no resultado.

4 Não se pense que o reforço dos meios de participação democrática é próprio apenas da esfera política e alheio à da intervenção económica e social do Estado. Não é apenas através de instrumentos como o referendo e do aperfeiçoamento da legislação eleitoral que se fortalecem os mecanismos de participação democrática, complemento dos resultados da técnica.

Com efeito, o fortalecimento dos procedimentos decisórios deve fazer-se sentir não apenas ao nível legislativo mas também ao administrativo.

Na verdade, é indispensável que este aprofundamento democrático se verifique mesmo no âmbito administrativo da intervenção económica e social do Estado que é o mais chegado às soluções técnicas através da criação de organismos permanentes onde os cidadãos/utentes individual ou colectivamente estão presentes, de consulta obrigatória, assim contribuindo também para a efectivação dos direitos de natureza social que estão associados à prestação dos serviços públicos.

5 O reforço da legitimidade também deve ser predicado das mais antigas formas de actividade administrativa designadamente daquelas que se traduzem na prática de actos de polícia e sancionatórios. Só que aqui a perspectiva do reforço da legitimidade da actividade estatal não pode ser apenas a democrática, decorrente de uma maior e mais densa presença da lei, mas também a garantística. É no reforço dos meios de tutela administrativa e sobretudo jurisdicional dos cidadãos que se deve apostar, em ordem a tornar aquela tutela efectiva. Também assim se consolida o Estado de direito que não é apenas democrático; também é de direito.

Assegurada a tutela efectiva dos cidadãos contra os actos administrativos de polícia e sancionatórios, nada impede os progressos tecnológicos. Pelo contrário, tais progressos contribuem até poderosamente para melhorar a qualidade da prestação dos serviços públicos.

6 Mas fica assente que o progresso tecnológico e a maior eficiência, que lhe anda normalmente associada, por si só pouco ou nada justificam no âmbito dos serviços públicos essenciais. Os considerandos aqui são outros.

Para ilustrar o que queremos dizer, vamos socorrer-nos de um exemplo; suponhamos que numa empresa pública prestadora de um serviço público essencial, como o ferroviário, a contratação de especialistas em transportes permite reduzir custos mediante uma racionalização dos percursos, evitando paragens supérfluas, e dos horários, aproveitando acumulações excessivas de passageiros. Mas as novas regras deixam de fora utentes idosos e outros com dificuldades de deslocação e residentes periféricos. O ponto de vista que vingou foi apenas o economicista. Ora, qualquer alteração no modo de prestação de um serviço público essencial deve apresentar um cabedal de legitimidade que apenas a consulta dos utentes no interior de órgãos de participação pode proporcionar.

É por esta razão que a legitimidade racional/tecnocrática apenas pode valer para sectores particulares dentro da Administração Pública. Não pode ser um critério geral. Não colhe fora do sector empresarial e, de modo geral, fora da produção de bens e serviços que podem ser transaccionados no mercado. Assim se justifica a privatização da gestão das empresas públicas, p. ex., bem como a concessão dos serviços públicos. Mas quanto aos bens e serviços essenciais não colhe.

7 Nestes últimos sectores, a racionalidade tecnocrática não tem, contudo, de estar ausente; pode e deve ser invocada para reduzir custos supérfluos ou evitar desperdícios, mas nunca como critério geral alternativo ao do serviço público e aos seus tradicionais princípios; permanência, igualdade e não discriminação na respectiva prestação, qualidade média, acessibilidade, etc...

Nada impede que o ponto de vista técnico sirva considerações pragmáticas para reduzir custos mas logo que este ponto de vista entre em conflito com os critérios do serviço público o cabedal de legitimação exigível requer outros meios de solução. É que a questão transformou-se imediatamente em política e deixou de ser apenas técnica. A questão de saber se uma empresa pública ou concessionada de transportes rodoviários urbanos deve ou não servir zonas afastadas pouco povoadas mas onde residem pessoas de fracos recursos não é técnica. É uma questão que diz respeito ao tipo de composição política que queremos e que a todos nos afecta. Deve ser por isso aberta à publicidade crítica no interior de órgãos e procedimentos próprios.

8 Podemos assim convir em que os conhecimentos técnicos não contribuem sempre para resolver o défice de legitimidade da actividade estatal, muito embora se admitam *nuances*.

No âmbito do sector empresarial do Estado os considerandos técnicos são predominantes, quase exclusivos, ao passo que fora daí são apenas instrumentais do serviço público, não um fim em si, puramente ancilares que são de um desempenho daquele serviço, que se pretende sobretudo participado pelos cidadãos, designadamente na veste de utentes.

Claro está que a técnica pode e deve ser acolhida na prestação do serviço público se possibilitar a baixa dos custos ou a melhoria da prestação mas não poderá, sob a veste de razão economicista, justificar só por si qualquer atropelo aos princípios tradicionais do serviço público para os quais os considerandos economicistas não relevam, pelo menos directamente.

É seguramente fora do sector empresarial do Estado e do tradicional serviço público que as dificuldades colocadas pela técnica se revelam em toda a sua extensão. Mas, como se viu, não há problema que se não resolva ou, pelo menos, sem solução à vista.

9 O reforço dos instrumentos de participação é uma solução política e não apenas técnica para os problemas da legitimidade. Na verdade, tal reforço acaba por embarçar até determinadas actividades públicas e, assim sendo, em nada contribui para a respectiva eficiência. O aumento do capital de legitimidade da actividade administrativa através da participação democrática opõe-se frequentemente aos considerandos técnicos e similares. Os pontos de vista são opostos.

A solução para esta aporia passa, mais uma vez, pela cuidadosa distinção entre aquilo que releva exclusivamente do serviço público de interesse geral e aquilo que releva da actividade puramente empresarial do sector público. No primeiro caso, o caminho para a legitimidade é um e no segundo caso é outro. Os considerandos puramente técnicos, designadamente sob veste economicista, só valem no segundo caso.

10 A debilidade da legalidade no âmbito da actuação técnica da Administração deve ser compensada pelo reforço dos mecanismos procedimentais de participação dos cidadãos na decisão administrativa. A abertura legal ao saber técnico não pode constituir o pretexto para o novo afastamento entre a Administração e o cidadão. A procedimentalização da actividade administrativa é o único meio de procurar junto dos particulares os interesses causais da actividade administrativa, aproximando o Estado da Sociedade Civil no âmbito de um *due process* cada vez mais exigente. O exemplo do procedimento de impacte ambiental aí está para o provar. Os efeitos positivos do silêncio da Administração devem ser utilizados com cautela tendo em vista a dimensão dos direitos de «terceira geração» como os ligados ao ambiente, ao património, à saúde pública, etc...

A desenvoltura da técnica não serve de alibi para ignorar o cidadão. Só através do procedimento se podem carrear para dentro do circuito da decisão administrativa os elementos de que ela necessita para acertar o passo com a Sociedade Civil. Não há alternativa ao reforço dos mecanismos procedimentais. E mais; estes passam a ser critério adicional do Estado de direito democrático. Se não for assim espera-nos um

novo despotismo, mesmo que previdente, suave e minucioso, como já magistralmente previa A. de Tocqueville há mais de cento e cinquenta anos.

11 Agravando a situação do cidadão deve assinalar-se ainda que os resultados da decisão técnica são por natureza pouco compatíveis com a estabilidade das situações jurídicas constituídas designadamente quando favoráveis ao cidadão. A rápida evolução técnica exige a presença de actos precários e provisórios. Estes passam a constituir uma característica da actividade técnica da Administração em óbvio prejuízo da tutela da confiança do particular na estabilidade das situações e até da sua boa-fé. O direito do ambiente está cheio de exemplos; as licenças são outorgadas, e de acordo com a lei, sob condição de novos desenvolvimentos dos conhecimentos técnicos que podem amanhã exigir a respectiva revogação. A tutela que para o particular resulta da responsabilidade da Administração pelos sacrifícios causados, sendo respeitável, raramente compensa adequadamente os danos reais que o particular sofre.

VIII Princípios racionais, procedimento e valores; as apostas da legitimidade no Estado-de-Direito actual

1 A referida revalorização da publicidade crítica tem como consequência a prevalência da política sobre a técnica e a valorização do debate, fruto da incerteza, arredando a alegada segurança da solução técnica a pretexto de beneficiar da neutralidade das respostas que gera.

Mas a publicidade crítica não se confunde com a anarquia nem com a permissividade intelectual. A crítica tem regras. E dispensa a ignorância e a hipérbole.

A legitimidade do Estado actual, servido pela técnica e dela servo, não pode deixar de assentar na invocação de certos princípios racionais. Dizia-se há pouco que a legitimidade da acção estatal deve proceder de qualquer coisa de constante e permanente. Na falta de valores indiscutíveis e de certezas inabaláveis, cuja rápida erosão presenciamos, a atenção e, ao mesmo tempo, a esperança, deve voltar-se para o exercício da razão.

A razão não é um substantivo. É um modo. Do seu correcto exercício resulta qualquer coisa de seguro, quanto mais não seja porque é verdadeiro e inatacável. A razão é a legalidade do entendimento. E os seus resultados não são fortuitos nem circunstanciais. Nem sempre pretendem traduzir a realidade, seja o que for que por tal se entenda, mas certamente que exprimem o que é verdadeiro, do ponto de vista da constituição interna do nosso entendimento das coisas.

2 Ora, a legitimidade do actual Estado não pode deixar de ser racional. Numa sociedade pós-conservadora, aberta e plural, é do exercício, necessariamente crítico,

da razão que alguma coisa se pode esperar. Esta neo-modernidade não é profundamente diferente da clássica. Pelo contrário.

O exercício da razão resulta da utilização e das consequências de determinados princípios cujo conjunto constitui uma dogmática. Os princípios não se opõem, relacionam-se, e é por isso que integram um sistema. A dogmática jurídica é, mais do que qualquer outra, sistemática. O sistema jurídico vive da relação não do isolamento dos princípios. Estes não vivem orgulhosamente só encerrados dentro de uma autopoietica geradora da sua própria inteligibilidade nem se medem pela lógica intrínseca do alcance semântico das proposições em que se decompõem. Os princípios são relacionais e, portanto, abertos à recíproca complementação. Esta desenvolve-se através de um procedimento argumentativo encabeçado por interlocutores em diferente posição.

O sistema (aberto porque relacional) de princípios é a referência da razão estatal, também ela plural e de tipo argumentativo.

3 Os princípios que o exercício da razão requer são, ao mesmo tempo, os respectivos pressupostos. Pressupostos (no sentido causal) e efeito confundem-se aqui. Sem aqueles princípios não há razão e o exercício ou efeito desta consiste na homenagem àqueles mesmos princípios.

Quais são os princípios que o exercício da razão requer? São os pressupostos da razão se aplicada às coisas do Estado. Seguramente que são avessos aos ventos conjunturais e à barganha dos interesses. A razão é crítica ou seja, vive do inventário das bases que a possibilitam e da aferição dos resultados que proporciona. A universalidade do sufrágio, a igualdade, a imparcialidade, nas suas várias acepções, a não discriminação (a não ser por razões objectivas), a dignidade da pessoa humana, com todas as suas múltiplas consequências e a autonomia individual são certamente pressupostos da razão. Uma razão não meramente individual nem existencial mas sim «recta» ou seja, socialmente integrada, única que nos interessa.

A técnica deve ceder perante tais princípios. A razão se reportada à origem do Estado e da respectiva acção não reside na tecnologia. Esta apenas serve e enquanto servir a expressão e a proficiência daqueles princípios racionais. Se os contrariar, se a eles se adiantar ou se os ignorar não colhe.

4 Certamente que aqueles princípios, embora intelectualmente deles independentes, não dispensam determinados órgãos de decisão e um procedimento no interior do qual se concretizam e que, ao mesmo tempo, os serve. Estes órgãos são necessariamente representativos e o procedimento deve assegurar a mais ampla participação dos interessados. Só assim se valoriza o debate de que o esclarecimento da razão necessita.

Os mecanismos institucionais e procedimentais para lograr decisões ponderadas e que correspondam ao consenso maioritário são indispensáveis mas, só por si, a justiça «processual» a nada conduz pois que nada garante que no interior de tais meios se distinga adequadamente entre os valores e interesses apenas subjectivos ou de grupos e os outros e, por outro lado, a opinião pública pode ser manipulada. Nada pode dispensar o compromisso com aqueles princípios racionais. São eles os critérios da ponderação racional. Quanto mais as soluções deles ficarem perto mais defensáveis são. O imperativo ético e o exercício crítico da razão aproximam-se, como em Kant.

Certamente que na abertura às vozes plurais que o procedimento proporciona a técnica tem lugar cativo mas não único. O direito, como se sabe, não é técnica; usa a técnica. Esta é certamente um elemento decisivo no acervo de razões que o procedimento convoca a fim de possibilitar a decisão. Mas não tem qualquer exclusivo.

5 Como se dizia, a razão é um modo não uma entidade ontológica. Vive dos princípios mas não se esgota neles. Esclarece-se e concretiza-se através de um procedimento e tanto mais quanto mais público e participado este for. A simples e abstracta invocação da razão não fundamenta por si só e sem aquele a decisão estatal. Razão e legitimidade da decisão estatal não se transsubstanciam uma na outra necessariamente. A transsubstanciação só existirá na eucaristia. A razão também é um resultado do procedimento. Através dele concretiza-se a adequa-se à realidade.

A razão vive também de garantias institucionais e procedimentais. Não se basta com a invocação abstracta daqueles princípios mas apenas se move no interior deles. Tais garantias apenas são indispensáveis enquanto contribuírem para a concretização daqueles princípios racionais

Certamente que as garantias da ampla representatividade democrática, da participação dos cidadãos na formação da decisão política e administrativa, do acesso livre aos registos, entre outros, facilitam o esclarecimento das razões e daqueles princípios.

6 Resta saber qual o papel dos valores numa concepção adequada da legitimidade num Estado de Direito. Os valores querem-se guias para a conduta a informar concretamente a ordem a instituir pelo Estado.

Do eventual baixo nível de efectivação dos valores nas sociedades concretas nada se deve concluir contra a respectiva presença porque os valores são disso mesmo independentes.

A legitimidade num Estado de Direito bem ordenado não se pode esperar apenas de uma adequada regulação das estruturas formais da actividade estatal, muito embora

não possa passar sem ela, designadamente através da consagração das referidas «regras do jogo» procedimentais e processuais.¹⁸ Mas são indispensáveis valores como a proporcionalidade, a proibição do excesso, a segurança, a tutela da confiança, a justiça comutativa e distributiva e, sobretudo, as garantias dos direitos fundamentais dos cidadãos quer os de participação política quer os de autonomia e tendo em atenção a necessidade de prover adequadamente à satisfação das necessidades mais elementares de todos os cidadãos em ordem à instituição de uma ordem materialmente justa. Estes valores são os referidos pressupostos da razão e esta revela-se como aberta aos valores, logo crítica.

IX Conclusões

A técnica desfigurou as coordenadas dogmáticas do Estado de Direito tradicional. Modificou o papel do parlamento e engrandeceu o do governo. Este órgão do Estado passa a ser o principal no contexto das novas atribuições estatais. Esta evidência coloca novos e complexos problemas de legitimação da actividade governamental e estatal em geral.

A solução destes problemas passa pela revalorização da política em face da pretensa neutralidade técnica das soluções. Esta revalorização depende dos meios democráticos disponíveis e estes devem apostar na participação dos cidadãos na tomada das decisões de conteúdo técnico. O que se perde em *expertise* ganha-se em legitimação. É o preço a pagar por uma composição democrática das coisas sendo certo que a alternativa não se recomenda e conduz a um novo despotismo tecnológico, há muito diagnosticado, mas que não é devidamente levado a sério.

A legitimidade vive da razão não da técnica e aquela é eminentemente racional e não intuitiva mas a respectiva concretização depende de um procedimento adequado aberto aos interesses em presença. O procedimento tem uma palavra essencial a dizer no âmbito da legitimidade do Estado actual. É por seu intermédio que se revaloriza um debate político que se não satisfaz com a certeza técnica.

¹⁸ Na expressão de R. Zippelius, *Filosofia, cit.*, p. 268.