FUNÇÕES DO ESTADO

JORGE MIRANDA*

1. Os dois sentidos de função. 2. A função no sentido de atividade. 3. A elaboração teórica das funções do Estado. 4. Quadro classificatório proposto. 5. Funções e atos jurídico-públicos. 6. As funções do Estado nas Constituições portuguesas.

1. *Os dois sentidos de função*

I — São dois os sentidos possíveis de *função do Estado*[1]: como tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade coletiva ou a certa zona da vida social; e como atividade com características próprias, modo de o poder político se projetar em ação.

No primeiro sentido, a função traduz um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do

* Professor catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

[1] V., entre tantos, C. F. Von Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrecht* (1880), trad. it. *Diritto Pubblico*, Milão, 1971, p. 118 e segs.; Garcia, Manuel Emidio, *Plano desenvolvido de um curso de Ciência Política e Direito Político*, 3. ed., Lisboa, 1885, p. 33 e segs.; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, trad. castelhana *Teoria General del Estado*, Buenos Aires, 1954, p. 450 e segs.; Tavares, José, *Ciência do Direito Político*, Coimbra, 1909, p. 68 e segs.; Marnoco e Sousa, *Direito Político — Poderes do Estado*, Coimbra, 1910, p. 53 e segs.; Carmo, Raúl, *Distinção das funções do Estado*, Coimbra, 1914; Malberg, Carré de, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, I, Paris, 1920, p. 259 e segs.; Duguit, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, 5. ed., II, Paris, 1928, p. 151 e segs.; Kelsen, H., *Teoria General del Estado*, trad., Madrid, 1934, p. 300 e segs. e *Il primato del Parlamento*, trad., Milão, 1982, p. 79 e segs.; Burdeau, G., *Remarques sur la classification des fonctions étatiques, in Revue du Droit Public*, 1945, p. 202 e segs.; Queiroz Lima, *Teoria do Estado*, 8. ed., Rio de Janeiro, 1957, p. 297 e segs.; Loewenstein, K., *Verfassungsrecht*, trad. *Teoria de la Constitución*, Barcelona, 1964, p. 62 e segs.; Franco Modugno, *Funzione, in Enciclopedia del Diritto*, XVIII, 1969, p. 301 e segs.; Franco Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milão, 1969; Vile, M. C. J., *Constitution and the Separation of Powers*, Oxónia, 1969, p. 326 e segs.; Mortati, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 9. ed., I, Pádua, 1975, p. 295 e segs.; Queiró, Afonso, *Lições de Direito Administrativo*, policopiadas, Lisboa,

exercício do poder. A crescente complexidade das funções assumidas pelo Estado — da garantia da segurança perante o exterior e da paz civil à promoção do bem-estar e da justiça social — decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se podem dotar; mas é também uma maneira de o Estado ou os governantes em concreto justificarem a sua existência ou a sua permanência no poder.

No segundo sentido, a função — agora não tanto algo de pensado quanto algo de realizado — entronca nos atos e atividades que o Estado constantemente, repetida e repetivelmente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam; define-se através das estruturas e das formas desses atos e atividades; e revela-se indissociável da pluralidade de processos, de sujeitos e de resultados de toda a dinâmica jurídico-pública.

II — Numa e noutra acepção, manifesta-se um elemento finalístico: diretamente, na função como tarefa; indiretamente, na função como atividade[2].

A tarefa mais não é que um fim do Estado concretizado em certa época histórica, em certa situação político-constitucional, em certo regime ou Constituição material. Por seu turno, a função enquanto atividade (a descobrir por via de uma análise espectral da obra do Estado, dos seus órgãos, agentes e serviços) não vem a ser senão um meio para atingir esse fim, qualificado sob certo aspecto; e se a tarefa implica a adstrição de um comportamento (positivo), também a atividade não existe por si mesma.

III — Das "tarefas fundamentais do Estado" se ocupa o art. 9º da Constituição portuguesa de 1976 (alterado tanto na revisão constitucional de 1982 como na de 1989): assegurar a independência nacional, garantir as liberdades, promover a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, preservar o am-

1976, p. 9 e segs.; Caetano, Marcelo, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 1977, I, p. 187 e segs.; Sousa, Marcelo Rebelo de, *Direito Constitucional*, Braga, 1979, p. 247 e segs., e *O valor Jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, 1988, p. 285 e segs.; Castanheira Neves, *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983, p. 429 e segs. e 475 e segs.; Benvenuti, Feliciano, *Semantica di funzione, in Jus*, 1985, p. 3 e segs.; Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional — Sistema de fontes*, Barcelona, 1987, p. 69 e segs.; Bastos, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, 10. ed., São Paulo, 1988, p. 135 e segs.; Cunha, Paulo Ferreira da, *Pensar o Direito — Do realismo clássico à análise mítica*, Coimbra, 1990, p. 238 e segs.; Canotilho, Gomes, *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra, 1991, p. 690-1 e 695 e segs.

[2] Cf. Bluntschli, *Théorie Générale de l'État*, trad., 3. ed., Paris, 1891, p. 276 e segs.; Jellinek, op. cit., p. 171 e segs.; Queiró, Afonso, *Os fins do Estado: um problema de filosofia política*, 1938 (sep. do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XV); Caetano, Marcelo, op. cit., I, p. 181 e segs.; Sousa, Marcelo Rebelo de, *Direito Constitucional*, cit., p. 229 e segs.; Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, p. 166 e segs.; Christian Starck, *Pace e disobbedienza civile, in Diritto e Società*, 1986, p. 435 e segs.

biente, defender a língua portuguesa, etc. E seria interessante confrontá-lo com o art. 6º da Constituição de 1933, sobre os "fins do Estado".

Completam o art. 9º as normas relativas aos diversos direitos econômicos, sociais e culturais em especial (arts. 58 e segs.), o art. 81 (incumbência do Estado na vida econômica e social), o art. 231 (cooperação com as regiões autônomas) e outros preceitos.

Sobre as funções-atividades versam as normas concernentes à organização do poder político, mormente as normas de competência dos órgãos de soberania, das regiões autônomas e do poder local e relativas aos seus processos de agir (tais como os arts. 164, 165, 200, 201, 202, 229, 239, 242).

As tarefas que o Estado se propõe prosseguir são postas em prática por meio das funções — das diferentes funções, e não de uma só por cada tarefa — que, assim, se repartem constitucionalmente.

IV — A função como tarefa do estudo das experiências e dos sistemas constitucionais, da história e do Direito comparado, e ainda da Ciência política, da Ciência financeira e de outras disciplinas. Não é este o momento, nem o lugar de a examinar.

Nas páginas que se seguem vai-se apenas considerar a função como atividade.

2. *A função no sentido de atividade*

I — A função no sentido de atividade pode definir-se como um conjunto de atos (interdependentes ou aparentemente independentes uns em relação aos outros), destinados à prossecução de um fim comum, por forma própria.

Cada função ou atividade oferece, assim, duas características:

a) É específica ou diferenciada, pelos seus elementos materiais — os resultados que produz — formais — os trâmites e as formalidades que exige — e orgânicos — os órgãos ou agentes por onde corre;

b) É duradoura — prolonga-se indefinidamente, ainda que se desdobre em atos localizados no tempo que envolvem pessoas e situações diversas[3,4].

II — As funções do Estado são as funções ou atividades que o Estado, mediante os seus órgãos e agentes, desenvolve em vista dos seus fins.

A priori, nenhuma função é por essência ou deixa de ser função do Estado; são os fins do Estado, permanentes ou conjunturais, que determinam o tipo e a

[3] Assim, a função legislativa ou a função jurisdicional vêm a durar sem limites de tempo, mas nelas vêm a individualizar-se qualquer lei feita ou qualquer sentença dada — a lei *A* ou *B*, a sentença *A* ou *B* — no seu exercício.

[4] Sobre o conceito de atividade, v. Rogério Soares, *Actividade Administrativa, in Dicionário Jurídico da Administração Pública*, I, p. 111 e segs.

feição das atividades dos seus órgãos e agentes, e são as normas jurídico-públicas que as qualificam como atividades do Estado.

Mas se as funções do Estado dependem das normas (e, antes de mais, das normas constitucionais) que as regem, então todas as funções do Estado e todos os atos em que se desdobram não podem deixar de ser funções jurídicas e todos os atos jurídico-públicos. Não há atividade do Estado à margem do Direito.

III — Fala-se habitualmente em funções legislativa, governativa, jurisdicional, administrativa e técnica do Estado. Importa, porém, distinguir.

O Estado tem ou tende a ter o monopólio dos três primeiros e só com seu consentimento ou por sua delegação outras coletividades ou entidades supra-estaduais (como certas organizações internacionais ou associações de Estado) ou infra-estaduais (regiões autônomas) dão corpo a atos cuja natureza se reconduza a uma ou outra dessas funções.

Ao invés, no que concerne à função administrativa e à chamada função técnica, o Estado não é senão um (embora, hoje, o de maior peso e volume) dos sujeitos que as podem promover. Ao lado do Estado, outras pessoas coletivas públicas — ou mesmo privadas — desempenham também função administrativa, nuns casos no interesse geral, noutros no seu interesse particular (como sucede, por via de regra, com as entidades privadas)[5].

3. *A elaboração teórica das funções do Estado*

I — A formulação *ex professo* de teorias acerca das funções do Estado pode ter-se por relativamente recente. No entanto, de forma explícita ou implícita, o problema vem de há muito, conexo (como, de resto, continua a estar) com os problemas das características, dos fins e dos poderes do Estado.

Recorde-se, a este propósito, as teorias das partes ou das faculdades da soberania — de Aristóteles a Bodin, a Grócio e a Puffendorf — e, sobretudo, as teorias ou doutrinas de separação dos poderes de Locke e Montesquieu.

Designadamente, os três poderes referidos por Montesquieu — legislativo, executivo e jurisdicional — correspondem a funções; e também a distinção, em cada poder, de uma *faculté de statuer* e de uma *faculté d'empêcher* prefigura algumas das análises mais recentes sobre função de fiscalização ou controle.

[5] Por isso, pode falar-se tanto em administração pública quanto em administração privada.

Entretanto, por razões óbvias, de seguida, aludir-se-á apenas a algumas das classificações doutrinais dos últimos cem anos: as de Jellinek, Duguit, Kelsen, Burdeau, Loewenstein e Marcello Caetano.

II — Na perspectiva de Jellinek, os critérios fundamentais são os fins do Estado (jurídico e cultural) e os meios (abstratos e concretos).

Donde, a função legislativa (realização de qualquer dos fins por meio de regras abstratas), a função jurisdicional (realização do fim jurídico por atos concretos) e a função administrativa (realização do fim cultural por atos concretos); e os atos legislativos e jurisdicionais como atos de império.

Mas considera a existência ainda, ao lado destas funções, de funções extraordinárias[6].

III — Na análise de Duguit, o critério fundamental é o dos atos; e daí vai para as funções (jurídicas), distinguindo atos-regra, atos-condição (aplicação de regras abstratas a um indivíduo) e atos subjetivos (criação de situações subjetivas não impostas por nenhuma regra abstrata anterior).

Donde, a função legislativa (feitura de atos-regra), a função administrativa (prática de atos condição ou de atos subjetivos ou de atos materiais, para assegurar o funcionamento de um serviço público) e a função jurisdicional (resolução de questões de direito)[7,8].

IV — Para Kelsen, porque o Estado se identifica com a ordem jurídica ou com a sua unidade, as funções do Estado são apenas funções jurídicas e a função corresponde a cada um dos graus ou modos de realização da ordem jurídica.

Há dois tipos de sistemas de normas, o estático e o dinâmico[9]. A ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico: uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser reduzido pela via de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada[10]. A norma fundamental da ordem jurídica é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode ser designada como Constituição no sentido lógico-jurídico para a distinguir da

[6] Op. cit., p. 461 e segs.
[7] Op. cit., II, p. 151 e segs.
[8] Cf., na linha da escola realista francesa, a classificação dos atos jurídicos proposta por Fezas Vital (*Do Acto Jurídico*, Coimbra, 1914, p. 86 e segs.), segundo um critério de conteúdo e efeitos jurídicos; atos legislativos; atos jurídicos *stricto sensu*, criadores de situações jurídicas subjetivas; atos-condição; e atos jurisdicionais. V. ainda do mesmo autor *A situação dos funcionários*, Coimbra, 1915, p. 37 e segs.
[9] *Teoria Pura do Direito*, 2. ed. port., Coimbra, 1962, II, p. 5.
[10] Ibidem, p. 10.

Constituição em sentido jurídico-positiva. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo de criação do Direito positivo[11].

A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite — a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo — entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo o ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior. Se considerarmos a ordem jurídica estadual sem ter em conta um direito internacional que lhe esteja supra-ordenado, então a norma fundamental determina, de fato, a criação da Constituição, sem que ela própria seja, ao mesmo tempo, aplicação de uma norma superior. Mas a criação da Constituição realiza-se por aplicação da norma fundamental. Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas. Somente a execução do ato coercitivo estatuído por estas normas individuais — o último ato do processo de produção jurídica — se opera em aplicação das normas individuais que a determinam sem que seja, ela própria, criação de uma norma[12].

Criação e aplicação do Direito devem ser distinguidas da observância do Direito. Observância do Direito é a conduta que corresponde, como conduta oposta, àquela a que o ato coercitivo da sanção é ligado. É antes de tudo a conduta que evita a sanção, o comprimento do dever jurídico constituído através da sanção. Criação do Direito, aplicação do Direito e observância do Direito são funções jurídicas no sentido mais amplo. Também o uso de uma permissão positiva pode ser designado como observância do Direito. Porém, só a criação e a aplicação do Direito são designadas como funções jurídicas num sentido estrito específico[13].

V — Em Burdeau, as funções definem-se não tanto pela natureza quanto pelo objeto do ato.

São duas as funções fundamentais: a governamental e a administrativa, sendo aquela incondicionada, criadora e autônoma. Por seu turno, a função governamental divide-se em legislativa e governamental e a função administrativa em administrativa propriamente dita, jurisdicional e regulamentar.

[11] Ibidem, p. 12.
[12] Ibidem, p. 87-8.
[13] Ibidem, p. 90.

A nota mais interessante desta visão é a colocação da lei na função governamental, tendo em conta a unidade da ação governamental através de vários órgãos associados entre si[14].

VI — Uma análise em plano diferente vem a ser a de Karl Loewenstein.

Procede agora a uma tripartição: decisão política conformadora ou fundamental; execução da decisão política fundamental através de legislação, administração e jurisdição; e fiscalização política.

A novidade está nesta atividade fiscalizadora, elevada a função autônoma do Estado, quer tenha dimensão horizontal (fiscalização ou *controlos* intra e interorgânicos) quer tenha dimensão vertical (federalismo, liberdades individuais, pluralismo social)[15].

VII — A "teoria integral das funções do Estado" de Marcello Caetano pretende (como o nome indica) abranger todas as categorias de funções e de atos, a partir da distinção entre funções jurídicas e não jurídicas.

São funções jurídicas as de criação e execução do Direito — e compreendem a função legislativa (criação do Direito estadual) e a executiva, esta com duas modalidades — jurisdicional (caracterizada pela imparcialidade e pela passividade) e administrativa (caracterizada pela parcialidade e pela iniciativa).

São funções não jurídicas as que não têm conteúdo jurídico, e desdobram-se em função política (de conservação da sociedade política e definição e prossecução do interesse geral) e em função técnica (produção de bens e prestação de serviços)[16].

VIII — Deste rápido excurso por alguns autores podem tirar-se as seguintes ilações ou verificações:

a) Aparecimento, em todas as classificações, de uma função legislativa, de uma função administrativa ou executiva *stricto sensu* e de uma função jurisdicional, ainda que com diferentes relacionamentos;

b) Correlação ou dependência das classificações das orientações teórico-globais perfilhadas pelos autores;

[14] *Remarques*..., cit., loc. cit., p. 209, 216 e segs. e 222 e segs. Não se trata, porém, acrescenta Burdeau, de concentrar todo o poder num só órgão, mas de criar ao lado de qualquer titular de poder de decisão uma autoridade encarregada de fiscalização.

[15] Op. cit., p. 62 e segs. Cfr., de certo modo, um antecedente de Raúl Carmo (op. cit., p. 70 e segs.), que fala numa função inspectiva, a par da função deliberativa e da função executiva, a qual consiste "na comparação dos atos de execução com as normas de deliberação e destas com o direito, impondo a sua reforma quando vão além da sua órbita". E também nós próprios (*Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, p. 222) já falamos numa autônoma "função de garantia" (embora reportada à garantia da Constituição).

[16] Op. cit., p. 196 e segs.

c) Relatividade histórica ou dependência também da experiência histórica e da situação concreta do Estado;

d) Reconhecimento de que, a par das classificações de funções, se procede a classificação de atos (ou de tipos de atos) jurídico-públicos.

4. *Quadro classificatório proposto*

I — Havendo que classificar, propomos[17] uma distinção (sem pretensões de originalidade) entre *função política, função administrativa* e *função jurisdicional*[18]; e na função política uma subdistinção entre *função legislativa* e *função governativa* (ou política *stricto sensu*), consoante se traduz em atos normativos (direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente) e em atos de conteúdo não normativo, em regras ou em decisões.

E, para tanto, recorremos quer a critérios materiais quer a critérios formais e orgânicos. Ou seja: caracterizamos as funções quer em razão dos fins ou do objeto dos atos quer em razão dos seus modos e das suas formas e das instituições através das quais eles são praticados.

II — Reconhecemos o risco de com a associação das funções legislativa e governativa se afetar o sentido tradicional da lei, que a liga a racionalidade e a permanência.

Mas é seguro que a lei, mormente no nosso século, não se move apenas nesse plano e sofre a pressão das conjunturas contingentes. E, em contrapartida, a função governativa — imediatamente subordinada à Constituição — também participa de valores e de inserção institucional[19].

III — Se algumas dúvidas aqui pode haver, já não hesitamos em separar a função administrativa e a função jurisdicional[20].

[17] Desde o nosso estudo *Chefe de Estado*, Coimbra, 1970, p. 24, nota.

[18] Como se vê, seguimos de perto Burdeau (e, mais remotamente, Locke), mas autonomizando a função jurisdicional (como bem parece indispensável). Cf., por exemplo, Guedes, Armando Marques, *As funções do Estado contemporâneo e os princípios fundamentais da reforma administrativa*, Lisboa, 1968, p. 6; Queiró, Afonso, "A função administrativa", *in Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1977, p. 2; Souza, Marcelo Rebelo de, *Direito Constitucional*, cit., p. 247 e segs. (que agrupa a função política e a legislativa na rubrica de "funções independentes e dominantes" e a função jurisprudencial e a administrativa na de "funções dependentes ou subordinadas").

[19] Cf., por último, em Portugal, Queiroz, Cristina, *Os Actos Políticos no Estado de Direito*, Coimbra, 1990, p. 65 e segs., 107 e segs. e 146 e segs.

[20] Cf., além dos autores atrás citados, por exemplo, Xavier, Alberto, "O processo administrativo gracioso", *in O Direito*, 1967, p. 129 e 131; Machado, João Baptista, "Jurisprudência", *in Polis*, III, p. 844 e segs.; Amaral, Maria Lúcia, "A execução dos actos administrativos no projecto de Código de Processo Administrativo Gracioso", *in Revista Jurídica*, nº 4, 1984, p. 171.

Não nos parece, tal como à maior parte dos autores, que seja suficiente para as reconduzir a uma mesma atividade, contraposta à função política *lato sensu*, a referência à execução da lei:

— em primeiro lugar, porque independentemente de qualquer acolhimento das teses kelsenianas, na função política também ocorre execução do Direito (pelo menos, execução da Constituição) em grau variável, assim como na função administrativa e na função jurisdicional também se encontram momentos ou elementos irredutíveis de criação de Direito (basta pensar nos regulamentos independentes e na chamada elaboração jurisprudencial do Direito);

— em segundo lugar, porque mesmo considerando apenas a perspectiva da execução, verificam-se diferenças assinaláveis entre a administração e a jurisdição — a primeira, dotada de uma margem de liberdade bem maior do que a segunda (mormente, no exercício do poder discricionário), ainda que o princípio da legalidade administrativa mais do que *compatibilidade*, imponha *conformidade* do agir da Administração com a lei[21];

— finalmente, e talvez sobretudo, porque na função administrativa se trata de prossecução dos interesses da comunidade política ou de interesses sociais diferenciados nele existentes, através de operações jurídicas e materiais[22], de estrutura assaz heterogênea e, na função jurisdicional se trata da definição do Direito, seja em concreto, perante as situações da vida, seja em abstrato (na fiscalização da constitucionalidade e da legalidade); donde, uma postura essencialmente volitiva a da administração e uma postura essencialmente intelectiva a da jurisdição, e o interesse público como causa dos atos da função administrativa e o cumprimento das normas jurídicas como causa dos atos da função jurisdicional[23].

Coisa diferente é a relevância — traduzida em pré-compreensões, conotações ou implicações metajurídicas ou políticas — de muitos atos, tanto da função administrativa (*v.g.* da competência do Governo ou dos órgãos eletivos de entidades descentralizadas) como da função jurisdicional (*v.g.*, quando da fiscalização abstrata da constitucionalidade ou da jurisdição relativa a crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos)[24].

21 Cf., por todos, Pereira, André Gonçalves, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, 1962, p. 37 e segs., e autores citados.

22 Cf. já no século XIX, Freitas, Justino Antônio de, *Instituições de Direito Administrativo Português*, Coimbra, 1861, p. 12: "A administração é a instituição que, por meio de serviços públicos bem organizados e debaixo da inspeção do governo, reúne os interesses privados e os harmoniza com os públicos".

23 Assim, já *Contributo*..., cit., p. 223 (referindo-nos, porém, ao cumprimento de normas adjetivas).

24 Cf., por exemplo, Martin Shapiro, *Courts — A Comparative and Political Analysis*, Chicago e Londres, 1981.

IV — Eis, por conseguinte, o quadro das funções do Estado:

Funções	*Critérios materiais*	*Critérios formais*	*Critérios orgânicos*
Função política (legislativa e governativa ou política *stricto sensu*)	Definição primária e global do interesse público; interpretação dos fins do Estado e escolha dos meios adequados para os atingir em cada conjuntura	Discricionariedade máxima, o que não significa não sujeição a regras jurídicas (à da Constituição, desde logo); liberdade de escolha, senão quanto ao conteúdo, pelo menos quanto ao tempo e às circunstâncias, ou não havendo esta (*v.g.*, promulgação obrigatória), ausência de sanções jurídicas específicas	Órgãos (políticos ou governativos) e colégios em correspondência direta com a forma de governo (em democracia, órgãos democraticamente legitimados); órgãos e colégios constitucionalmente necessários
Função administrativa	Satisfação constante das necessidades coletivas; prestação de bens e serviços	— Iniciativa (indo ao encontro das necessidades)[25] — Parcialidade (na prossecução do interesse público), o que não impede imparcialidade no tratamento dos particulares[26]	— Coordenação e subordinação, com mais ou menos centralização e concentração ou descentralização e desconcentração
Função jurisdicional	Declaração do direito; decisão de questões jurídicas,[27] seja na solução de litígios e na aplicação de sanções, seja em abstrato na apreciação da constitucionalidade e da legalidade	— Passividade (implicando necessidade de pedido de outra entidade, definição do objeto do processo através do pedido e necessidade de decisão)[28] — Imparcialidade (posição *super partes*)[29]	— Independência de cada órgão (tribunal),[30] sem prejuízo de hierarquia (ascendente) do sistema de órgãos para efeito de recursos ou de reapreciação das decisões

[25] Na contraposição dos aspectos formais das funções administrativa e jurisdicional, seguimos de perto Marcello Caetano, op. cit., I, p. 208 e segs.

[26] Imparcialidade significa que a Administração, porque prossegue o interesse público, não apóia, não favorece, não auxilia nenhum interesse particular, assim como não tem de se opor, por razões diversas do bem comum (Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 1988, p. 245, e autores citados).

[27] Neste sentido, v. recentemente, na doutrina portuguesa, Afonso Queiró, *Lições*..., cit., p. 51; João Batista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimados*, Coimbra, 1983, 139 e segs., *maxime* 144 e segs.; Oliveira Ascensão, "Os Acórdãos com Força Obrigatória Geral do Tribunal Constitucional como Fonte de Direito, *in Nos Dez Anos da Constituição*, obra coletiva, Lisboa, 1987, p. 255 e segs. Cf. Acórdão nº 289/86, de 29 de outubro de 1986, do Tribunal Constitucional, *in Diário da República*, 2ª série, nº 5, de 7 de janeiro de 1987.

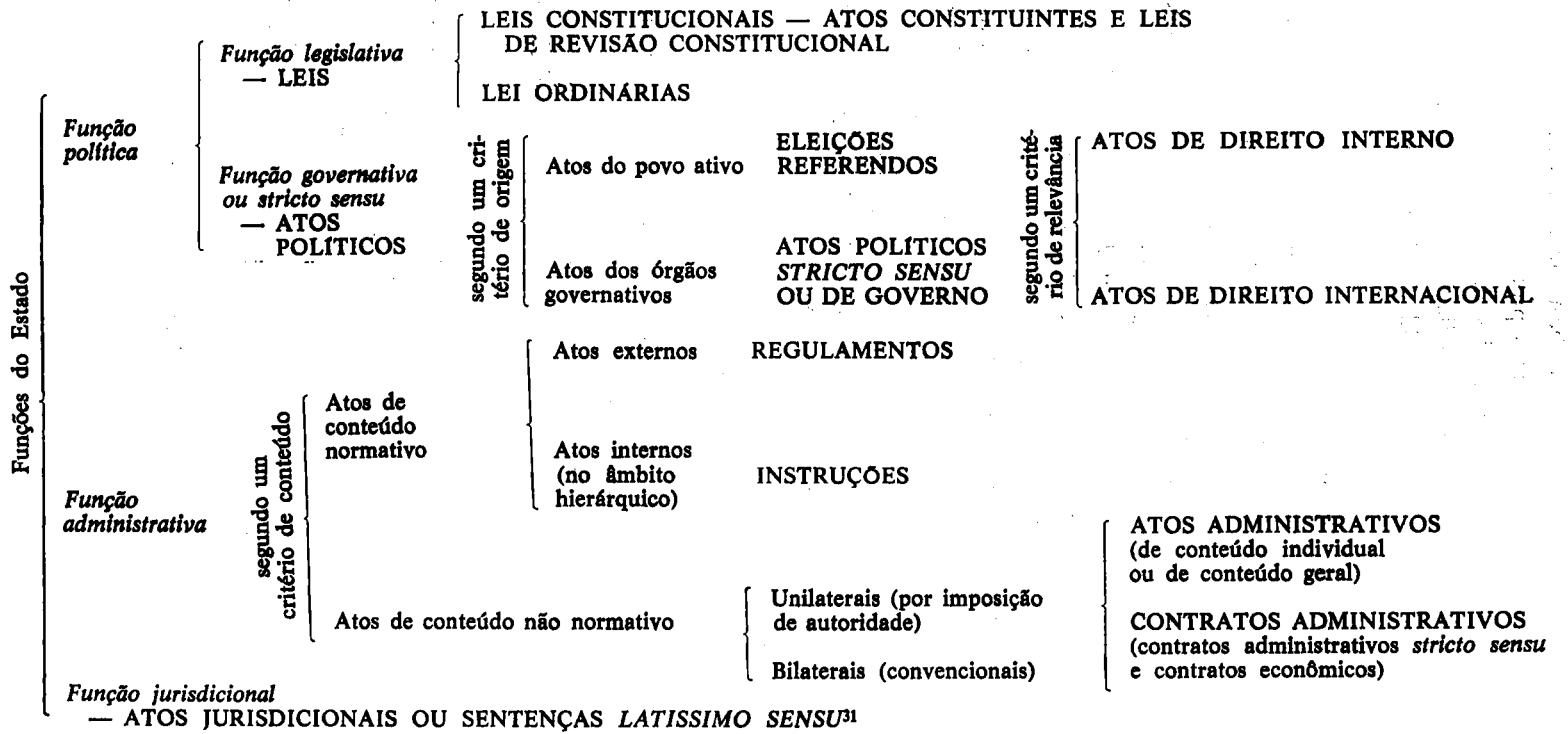
[28] A jurisdição é, por isso, o modo de atuação jurídica no sentido mais estrito (*Contributo*..., cit., p. 222).

[29] Sobre a imparcialidade da jurisdição — que é objetiva e subjetiva — cf. Acórdão nº 52/92, de 5 de fevereiro de 1992, do Tribunal Constitucional, *in Diário da República*, 1ª série, nº 62, de 14 de março de 1992, p. 1.319.

[30] Cf., por exemplo, Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdición*, Madrid, 1989.

5. *Funções e atos jurídico-públicos*

I — Ligando funções e atos (os atos em que se manifestam), pode, por seu turno, considerar-se o seguinte esquema:



[31] Os atos jurisdicionais só excepcionalmente podem ter conteúdo normativo, como sucede com os *assentos* do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas.

II — Este esquema — apesar de bastante abrangente — não esgota toda a realidade, visto que nem todos os atos produzidos no exercício de funções do Estado se reconduzem aos tipos acabados de apresentar. Tendo em conta, por um lado, conhecidas divergências (ou oscilações) doutrinais e, por outro lado, as transformações ainda em curso nas atividades jurídico-públicas, são inevitáveis zonas cinzentas.

Pense-se, designadamente:

— Na "jurisdição voluntária", traduzida em atos substantivamente administrativos revestidos de forma jurisdicional, por provirem dos tribunais[32];

— Na "justiça administrativa", através da qual a Administração pública, no desempenho de funções administrativas, é chamada a proferir decisões essencialmente baseadas em critérios de justiça material[33];

— Na verificação dos poderes dos Deputados à Assembléia da República[34];

— Na decisão do Presidente da Assembléia da República, eventualmente com recurso para o plenário, sobre a admissão ou a rejeição de projetos ou propostas de lei, tendo em conta a sua conformidade com a Constituição[35];

— Na fixação dos efeitos da inconstitucionalidade e da ilegalidade pelo Tribunal Constitucional[36] ou da ilegalidade pelos tribunais administrativos[37].

E certos setores da doutrina (mas não nós) acrescentam:

— A própria declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de normas jurídicas com força obrigatória geral[38];

— Os assentos[39];

— Os regulamentos independentes.

III — Infirmam aqueles atos (ou estes) as classificações e distinções propostas? Respondemos negativamente.

Não são tais atos que individualizam as funções do Estado que recortamos — política (legislativa e governativa), administrativa e jurisdicional. Eles são

32 V. arts. 1.409 e segs. do Código de Processo Civil. Cf. Varela, Antunes e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 1984, p. 65 e segs.

33 Amaral, Diogo Freitas do, *Direito Administrativo*, policopiado, II, Lisboa, 1988, p. 180 e segs. Alude à notação dos funcionários públicos pelos superiores hierárquicos, à graduação da pena em processo disciplinar, à classificação dos alunos nos exames escolares e à dos candidatos nos concursos públicos de recrutamento ou provimento, à classificação das propostas em concurso público para adjudicação de contratos, à apreciação de queixas e reclamações de particulares, à decisão de recursos hierárquicos e tutelares.

34 V. art. 2º do Regimento.

35 Arts. 130, 131, 136 e 137 do Regimento.

36 Art. 282, nº 2, da Constituição.

37 Art. 11, nº 3, do estatuto dos tribunais administrativos e fiscais (Decreto-lei nº 129/84, de 27 de abril).

38 V. *Manual de Direito Constitucional*, II, 3. ed., Coimbra, 1991, p. 361-2 e 503-4.

39 V. *Contributo*..., cit., p. 196 e segs.

complementares ou acessórios de outros atos que, esses sim, são específicos de cada uma das três grandes funções.

Do que se trata é ou de aproveitar características, requisitos ou garantias formais de certa atividade; ou de criar condições para o cabal exercício de certa função; ou de praticar atos complementares de atos próprios de certa função, a ela indispensáveis[40].

6. *As funções do Estado nas Constituições portuguesas*

I — Em todas as Constituições portuguesas encontram-se, em consonância com os seus princípios e o seu sistema interno, referências, explícitas ou implícitas, às funções do Estado.

Não se justificaria sustentar um quadro classificatório, exclusiva ou principalmente, nesta ou naquela Constituição, porque não cabe ao legislador constituinte (sempre preocupado com fatores políticos) fazer obra doutrinária. Mas, por certo, os tetos constitucionais podem (ou não) fornecer elementos úteis de reflexão e até pistas de solução ou traves de apoio para a construção dogmática.

II — As quatro Constituições liberais — de 1822, 1826, 1838 e 1911 — assentes no princípio da separação de poderes, pressupõem, por essa via, indiretamente pelo menos, uma visão das funções, porventura mais orgânico-formal do que material.

A Constituição de 1822 contém, ainda, duas interessantes definições de lei como "vontade dos cidadãos declarada pela unanimidade ou pluralidade dos votos dos seus representantes juntos em Cortes, precedendo discussão pública" (art. 104); e de poder executivo, ligado à autoridade do Rei de "fazer executar as leis" e de "prover a tudo o que for concernente à segurança interna e externa do Estado" (art. 122).

As Constituições seguintes não encerram normas homólogas ou sobre quaisquer outros atos ou funções.

III — A Constituição autoritária de 1933 não vai muito mais longe, desde logo por afastar a concepção de separação de poderes.

Apesar disso, uma primeira noção de função administrativa decorre da competência do Governo (autonomizado frente ao Presidente da República) não só

[40] Cf., por todos, Waline, Marcel, "Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français", *in Revue du Droit Public*, 1928, p. 441 e segs.; ou Carbono, Salvatore, *Nozione e limiti della interferenza funzionale — Analisi e sistema delle funzioni*, Florença, 1950.

para "elaborar os decretos, regulamentos e instruções para a boa execução das leis" (art. 108, nº 3) mas também para "superintender no conjunto da administração pública" (nº 4). E, igualmente pela primeira vez, fala-se em função judicial (art. 115) e, após a revisão operada pela Lei nº 1.885, de 23 de março de 1935, em "função legislativa" (art. 134, nº 4, ou na última versão da Constituição, art. 138, nº 2).

IV — Também na Constituição atual, de 1976, a despeito de uma maior elaboração do seu texto, inexiste um tratamento sistemático das funções do Estado.

O art. 114, proclamando o princípio da separação e da interdependência dos órgãos de soberania[41], implica, segundo Gomes Canotilho, a articulação dos órgãos e funções do Estado, sendo lícito falar-se de um *princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado*[42]. O que sejam, porém, essa articulação e essa referência de órgãos e funções cabe ao intérprete descobrir, com base em preceitos avulsos de sentido nem sempre inequívoco.

Por ordem decrescente de dificuldade pode aqui partir-se da função jurisdicional para a administrativa e, depois, desta para a legislativa e a governativa.

A função jurisdicional recebe uma definição expressa no art. 205, nº 2 (primitivo art. 206): "Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados"[43].

Um conceito de função administrativa pode induzir-se do art. 202, o qual atribui ao Governo "no exercício de funções administrativas" (assim como os arts. 200 e 201 aludem a "funções políticas" e "legislativas") a execução das leis [alínea *c*], a direção, a superintendência e a tutela, respectivamente, da administração direta, da indireta e da autônoma [alínea *d*] e a prática de todos os atos e a tomada de todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento econômico-social e à satisfação das necessidades coletivas [alínea *g*][44].

[41] Separação dos órgãos, e não mais dos poderes, como se verifica.
[42] *Direito Constitucional*, cit., p. 695-6.
[43] Cf. Castro Mendes, "Art. 206 (Função jurisdicional)", *in Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, I, Lisboa, 1977, p. 395-6.
[44] Cf., neste sentido, quanto à alínea *g*, Rui Medeiros, "Estrutura e âmbito da ação para o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido", *in Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1989, p. 64.
[45] V. Jorge Miranda, "Sentido e conteúdo da lei como acto da função legislativa", *in Nos Dez Anos da Constituição*, p. 175 e segs., e autores citados.

Assim como ele pode inferir-se do art. 266, nº 1, ao estabelecer que "a Administração visa a prossecução do interesse público"; e ainda dos arts. 229, nº 1, alínea *g*, *h*, *l* e *n*, 231, nº 1 e 239.

Muito mais complexo é o problema da função legislativa[45]. Sem embargo, é a própria Constituição que, sem nunca proceder a uma definição, realça a presença de uma função ou competência legislativa distinta da competência política e da administrativa (arts. 164, 201 e 200), fala nas leis e nos demais atos do Estado, das regiões autônomas e do poder local (art. 3º, nº 3) e divide os atos normativos em atos legislativos e em regulamentos (art. 115).

Finalmente, quanto à função política *stricto sensu* ou governativa — a qual não se recorta por exclusão de partes — a sua noção há de encontrar-se na síntese das competências dos órgãos políticos de soberania e das regiões autônomas (arts. 136, 137, 138, 164, 165, 166, 200, 229, nº 1, alínea *q*, *r*, *s*, *t* e *u* da Lei Fundamental).