

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 148

outubro/dezembro – 2000

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

O sistema judiciário português

Jorge Miranda

1. Um relance histórico-comparativo mostra que os tribunais não formam ou não têm formado, na quase totalidade dos países, uma unidade homogênea à face das Constituições e das leis, que há ou tem havido diferentes categorias em razão quer da especialização material e do âmbito territorial quer da impregnação de pré-compreensões e de factores exógenos.

O caso português é, como se sabe, dos mais elucidativos a este respeito. Vale a pena releembrá-lo, por mais de um motivo.

2. A tradição portuguesa, mantida até à Constituição de 1933, foi sempre de considerar que tribunais verdadeiros e próprios eram os tribunais judiciais ou tribunais comuns de jurisdição ordinária, os quais formavam o Poder Judicial ou Judiciário, um dos Poderes do Estado (arts. 176º e segs. da Constituição de 1822, 118º e segs. da Carta Constitucional, 123º e segs. da Constituição de 1838 e 56º e segs. da Constituição de 1911).

As quatro Constituições liberais chegaram a prever outros tribunais além dos judiciais os júzos arbitrais (art. 194º da Constituição de 1822, art. 127º da Carta, art. 123º, § 3º, da Constituição de 1838), os tribunais especiais para a liberdade de imprensa (art. 8º da Constituição de 1822) e o Tribunal de Contas (art. 135º da Constituição de 1838). Mas para elas o conceito de tribunal ligava-se essencialmente aos tribunais judiciais. Nem talvez pudesse deixar de ser doutro

Jorge Miranda é Professor das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

modo, numa altura em que as necessidades de jurisdição, ou de jurisdição especializada, eram relativamente pequenas e em que os órgãos jurisdicionalizados que iam surgindo em alguns sectores da Administração tinham um desenvolvimento balbuciante e esferas De competência restritas.

Outros aspectos comuns conexos às Constituições liberais eram a consideração de três graus de jurisdição (arts. 179º, 190º, 191º e 192º da Constituição de 1822, arts. 120º, 125º, 130º e 131º da Carta, arts. 123º, 125º e 126º da Constituição de 1838 e art. 56º da Constituição de 1911); a existência de jurados (arts. 177º e 178º da Constituição de 1822, art. 119º da Carta, art. 123º da Constituição de 1838 e arts. 58º e 59º da Constituição de 1911); e o estabelecimento de garantias dos juízes (art. 183º da Constituição de 1822, arts. 120º e 122º da Carta, art. 127º da Constituição de 1838 e arts. 57º e 60º da Constituição de 1911).

A Constituição de 1822 já proclamava o princípio da reserva de jurisdição dos juízes (art. 176º), a Carta a sua independência (art. 118º) e a Constituição de 1911 a coadjuvação de outras autoridades na execução das decisões judiciais (art. 62º). A Constituição de 1822 consagrava a regra da antiguidade na promoção na carreira (art. 186º) e preocupava-se com a suficiência dos ordenados dos juízes e dos oficiais de justiça (art. 200º). A Carta previa acção popular em caso de suborno, peita, peculato e concessão (art. 124º)¹.

3. O art. 115º (depois 116º) da Constituição de 1933, ao substituir a expressão “Poder Judicial” pela expressão “Função Judicial”, abriu caminho paradoxalmente a um conceito mais amplo e também mais rigoroso. Dizendo “a função judicial é exercida por tribunais ordinários e especiais”, explicitava que todos os órgãos incumbidos do desempenho de determinada função do Estado materialmente definida a função judicial ou jurisdicional eram tribunais, mesmo quando não estavam subordinados ao Supremo Tribunal de Justiça e não podiam,

só por esta razão, ser chamados tribunais judiciais.

Havia a distinção entre tribunais ordinários e tribunais especiais, mas esta distinção, como resultava dos arts. 118º e 113º, apenas se reportava a certas garantias a inamovibilidade e a vitaliciedade que eram conferidas aos juízes dos primeiros e não aos juízes dos segundos tribunais, sem se lhe poder atribuir mais fundo significado constitucional. Todos os demais preceitos da Constituição relativos a tribunais no texto de 1971, arts. 93º, alínea b), 1ª parte, 118º, 120º, 121º e 123º eram aplicáveis tanto aos tribunais ordinários como aos tribunais especiais².

Tribunais ordinários eram os tribunais judiciais enumerados na 2ª parte do art. 116º: o Supremo Tribunal de Justiça e tribunais de 1ª e 2ª instâncias. Por exclusão de partes, todos os outros eram tribunais especiais, por mais arbitrário que fosse integrá-los todos na mesma categoria. Eram tribunais especiais, nomeadamente os tribunais não judiciais, explícita ou implicitamente, admitidos no próprio texto da Constituição tribunais administrativos (arts. 8º, nº 21, após 1971, e 109º, nº 4), de trabalho (art. 38º) e de Contas (art. 91º, nº 3) e os tribunais criados directamente por lei tribunais fiscais, aduaneiros, militares, de géneros alimentícios, de trabalho, etc.

A Constituição não permitia a criação de tribunais especiais com competência exclusiva para o julgamento de determinada ou determinadas categorias de crimes, excepto sendo estes fiscais, sociais ou contra a segurança do Estado (art. 116)³. E, formalmente, apresentavam-se tão só (depois de 1945) como modos de organização e funcionamento dos tribunais criminais de Lisboa e Porto, os “plenários dos tribunais criminais”, constituídos para julgamento de certas categorias de crimes, nomeadamente crimes contra a segurança externa e interna do Estado (cf., por último, base XIV da Lei nº 2113, de 11 de Abril de 1962, e art. 30º do Estatuto Judiciário). Na prática, as especialidades de composição e de competência e

as condições anómalas de funcionamento colocavam-nos num lugar à parte como tribunais políticos (que, por isso, viriam a ser extintos logo pelo Programa do Movimento das Forças Armadas em 25 de Abril de 1974).

Pulverização dos tribunais, pulverização das magistraturas, inserção no âmbito de diferentes ministérios⁴, dispersão das normas legais aplicáveis, assim como interdição do acesso das mulheres e designação directa ou indirecta dos membros do Conselho Superior Judiciário pelo Governo⁵ caracterizavam a situação no período do constitucionalismo autoritário. E o regime não quis ou não pôde responder às propostas de reforma por que, antes de mais, se bateram grandes advogados como Adelino da Palma Carlos, Francisco Salgado Zenha e Francisco Sá Carneiro⁶.

4. A doutrina da época discutia o problema da qualificação dos tribunais administrativos se deviam enquadrar-se no âmbito dos órgãos da função judicial ou se deviam, diferentemente, recortar-se entre os órgãos da Administração ou do poder administrativo. Durante largos anos tinha prevalecido esta última tese, apoiada nas concepções do sistema administrativo de tipo francês transplantado para Portugal no século XIX; todavia, ela encontrava cada vez maior resistência quer na escola de Coimbra quer na de Lisboa.

O entendimento tradicional abonava-se em duas razões principais: ^{a)} a separação histórica entre Poder Judicial e Poder executivo ou administrativo, vinda desde a Revolução francesa e as reformas napoleónicas; e ^{2ª)} a necessidade de os órgãos competentes para anularem os actos administrativos ilegais pertencerem à Administração, por só assim a Administração activa estar disposta a executar as suas decisões. Além disso, sublinhava-se a unidade do processo administrativo, de tal sorte que os tribunais do contencioso administrativo não eram senão órgãos administrativos para os quais se “recorria” de decisões ou deliberações doutros órgãos do mesmo Poder⁷.

Ao invés, outros Autores sustentavam que os tribunais administrativos eram verdadeiros tribunais, órgãos da função judicial em sentido substancial, porquanto: 1º) a actividade específica dos tribunais administrativos resolver litígios suscitados pela actividade administrativa era claramente jurisdicional; 2º) se separação havia a fazer era entre órgãos de administração activa e órgãos de contencioso, emcarregados estes de garantir a legalidade dos actos daquele; 3º) a especialidade dos tribunais administrativos não ficava prejudicada por não pertencerem ao Poder administrativo, só o ficaria se a sua competência passasse para os tribunais judiciais comuns; 4º) a admitir-se a noção orgânico-formal de função judicial, haveria na Constituição dois conceitos de tribunal, um genérico, válido para todos os tribunais, e outro restrito aos tribunais judiciais⁸.

Era esta segunda tese a que eu próprio perfilhava⁹.

5. Logo após a revolução de 25 de Abril de 1974, a lei constitucional provisória, a Lei nº 3/74, de 14 de Maio, veio dispor no seu art. 18º:

1. As funções jurisdicionais serão exercidas exclusivamente por tribunais integrados no Poder Judicial.

2. Não é permitida a existência de tribunais com competência específica para o julgamento de crimes contra a segurança do Estado.

3. Exceptuam-se do disposto no nº 1 os tribunais militares.¹⁰

Qual o alcance deste preceito? Afigura-se que tinha de ser unicamente este: que todos os órgãos jurisdicionais eram considerados tribunais e que entre todos os tribunais existia a unidade decorrente de exercerem todos a mesma função do Estado ou integram o mesmo aparelho de poder.

Corroborava-se, assim, a melhor interpretação do art. 116º da Constituição de 1933. Só os tribunais exerciam a função jurisdicional ou judicial; nenhum outro órgão se soberania a devia poder exercer; havia um

nexo indissolúvel entre tribunais e função judicial; os tribunais existiam para exercê-la e ela apenas podia ser exercida através deles; a função jurisdicional, por natureza, exigia órgãos com características precisas, os tribunais. Ia-se, pois, do elemento material a função jurisdicional para o elemento orgânico os tribunais.

Porém, a nova regra de 1974 não era a mera reprodução da velha regra de 1933. Não se limitava a prescrever que a função jurisdicional incumbia aos tribunais; prescrevia ainda que os tribunais tinham de estar integrados no “Poder Judicial”. Não bastava que um órgão se denominasse tribunal ou revestisse mesmo certas características de tribunal; urgia que esse órgão possuísse as características específicas do “Poder Judicial” ou fizesse parte do sistema de órgãos em que este consistia.

O sentido útil do art. 18º não se esgotava no domínio conceitual, ultrapassava-o para se projectar no domínio das reformas legislativas a empreender. Se função judicial não competia senão aos tribunais e se os tribunais, salvo os militares, desempenhavam a mesma função e pertenciam ao mesmo Poder, então era patente não já a homogeneidade dos actos que praticavam, mas desde logo a unidade fundamental que os ligava. Tomado como aparelho de órgãos estaduais, o Poder Judicial era unitário e, mais do que unitário, uno.

Donde, uma importante consequência: que todos os tribunais a partir de então poderiam ou deveriam ser tribunais judiciais. Ou, doutro ângulo: que todos os tribunais deveriam encontrar-se, pelo menos, nas mesmas condições em que se encontravam os tribunais ordinários, os tribunais comuns de jurisdição ordinária da Constituição de 1933; e que os seus juízes deveriam ter a plenitude das garantias da magistratura, sem embargo de eventuais especializações.

Foi a partir destes dados constitucionais que os Governos provisórios puderam decretar as medidas legislativas destinadas a repôr as instituições judiciárias em conso-

nância com as aspirações de muito anos de luta pelos direitos fundamentais. E por isso, graves distorções ocorridas à sua margem (mas, felizmente, muito efémeras) como o Tribunal Militar Revolucionário, criado pela Lei nº 9/75, de 7 de Agosto, e com regras de processo que desrespeitavam elementares garantias de defesa dos arguidos, ou os pretensos “tribunais populares”, fruto de manipulação partidária pouco significado puderam assumir.

6. O art. 18º da Lei nº 3/74 viria a ser a principal fonte inspiradora do título da Constituição de 1976 dedicado aos tribunais, embora não tenha sido totalmente seguido pela Assembleia Constituinte (apesar das intervenções que eu próprio – permitasse-me que o lembre – aí proferi).

A leitura dos arts. 205º e 206º (hoje 202º) da Lei Fundamental reforça a ideia de base da Lei nº 3/74: consiste na reserva de competência jurisdicional dos tribunais, ou seja, na impossibilidade de outros órgãos do Estado, das regiões autónomas e do poder local, políticos, legislativos ou administrativos exercerem tal competência. A função de administrar a justiça incumbe aos tribunais e os tribunais são os órgãos de soberania com competência para tal função¹¹. Não se fala em “poder judicial”, porque também não se fala simetricamente em “poder legislativo” ou em “poder executivo”¹².

Se os tribunais se definem pela função jurisdicional e esta pelos tribunais, importa frisar o conceito de função jurisdicional. Apurá-lo trata-se duma *vexata quaestio*, extremamente controvertida na doutrina; a Constituição identifica-a com a “administração da justiça”, numa noção descritiva e eclética¹³, em que engloba a tríplice tarefa de defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, de reprimir a violação da legalidade democrática e de dirimir os conflitos de interesses públicos e privados¹⁴.

No entanto, o texto constitucional vai mostrar-se, sobretudo, inovador:

– por, na linha do art. 101º da Constituição italiana, proclamar que a justiça é ad-

ministrada em nome do povo (art. 205º, nº 1, hoje 202º, nº 1) – querendo, com isso, simultaneamente, apelar à sensibilidade jurídico- -comunitária dos juízes e conferir uma legitimidade democrática, ainda que indirecta ou institucional, aos tribunais como órgãos de soberania (art. 113º, hoje 110º);

– por não só retomar o instituto do júri mas também prever outras formas de participação popular na administração da justiça (art. 217º, hoje 207º);

– por constitucionalizar o órgão de gestão e disciplina dos juízes, embora só dos tribunais judiciais, o agora chamado Conselho Superior da Magistratura;

– por estabelecer uma separação vinca- da entre os tribunais e o Ministério Público, dotado este de estatuto próprio e, após 1989, de autonomia (art. 224º, hoje 219º);

– por, em sede de direitos fundamentais, garantir em geral o acesso à justiça como princípio objectivo e como direito, liberdade e garantia (art. 20º), beneficiando do inerente regime reforçado (arts. 18º, 19º, 21º, etc.);

– por declarar não poder a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos (ainda art. 20º, nº 1) e, portanto, consagrar também um verdadeiro direito social a par dos demais direitos económicos, sociais e culturais do título III da parte I.

Tudo isto no contexto de um Estado de Direito Democrático¹⁵ [preâmbulo e, após 1982, arts. 2º e 9º, alínea *b*)].

7. Tal como na Lei nº 3/74, os tribunais militares – e ainda o Tribunal de Contas – ficam excluídos da ordem judicial (arts. 212º, nº 2, 218º e 219º, hoje 209º, 213º e 214º). E, pela primeira vez, a Constituição traça a competência dos tribunais militares, em termos simultaneamente restritivos e ampliativos. Se se reduz o seu âmbito de intervenção por só poderem julgar crimes essencialmente (e não subjectivamente) militares, em contrapartida permite-se a sua dilatação por a lei poder incluir na jurisdição dos tribunais militares crimes dolosos equiparáveis aos crimes essencialmente militares (art. 218º, nº 2).

Tribunal não judicial – e enquanto tribunal órgão de soberania – é ainda, na primeira fase da Constituição, a Comissão Constitucional, quando julga, no caso concreto, a questão de inconstitucionalidade em recurso, obrigatório para o Ministério Público, de decisões dos tribunais que se recusam a aplicar norma constante de lei, decreto-lei, decreto regulamentar, decreto regional ou diploma equiparável com fundamento em inconstitucionalidade (art. 282º, nº 1) e de decisões que apliquem uma norma anteriormente julgada inconstitucional pela própria Comissão (art. 282º, nº 2). A sua não referência no título dos tribunais deve-se apenas à dupla autonomização da garantia da Constituição e da Comissão como seu órgão específico (capítulo II do título I da parte IV).

Recuo importante em relação à Lei nº 3/74 verifica-se, porém, no concernente aos tribunais administrativos e fiscais, em consequência da sua colocação à parte no nº 3 do art. 212º. “Poderá haver tribunais administrativos e fiscais” não significa, obviamente, a possibilidade de especialização desses tribunais, redundante em face do art. 213º; mais do que isso, implica a sua consideração em categoria ou categorias diferenciadas da categoria dos tribunais judiciais¹⁶. Observe-se, todavia, que não estão no mesmo plano dos tribunais militares, do Tribunal de Contas e da Comissão Constitucional – o legislador ordinário apenas recebe uma autorização, e não uma imposição como no nº 2 do art. 212º ou nos arts. 283º a 285º – e que já não teria qualquer cabimento um debate como o que antigamente havia sobre a natureza dos tribunais administrativos, por eles se encontrarem, sem equívocos, apresentados como tribunais.

Tirando a ordem judicial de tribunais – sempre com três graus [arts. 212º, nº 1, 214º e 215º, hoje 209º, nº 1, alínea *a*), e 210º] – por um lado, e, por outro lado, o Tribunal de Contas e a Comissão Constitucional, a Constituição vai, portanto, contemplar uma ordem de jurisdição – a militar – e admitir uma or-

dem correspondente aos tribunais administrativos e aos tribunais fiscais¹⁷. Cada ordem de jurisdição individualiza-se pela subordinação, através de uma ou mais instâncias, a um mesmo supremo tribunal e pela existência de estatuto e de carreira próprios dos respectivos magistrados¹⁸. O princípio da unidade de magistratura só se encontra constitucionalmente afirmado no respeitante aos juízes dos tribunais judiciais (art. 220º, hoje 215º).

Na primeira instância, pode haver tribunais com competência específica e tribunais especializados para o julgamento de matérias determinadas (art. 213º, nº 1, hoje, 211º, nº 1), mas a Constituição não procede à enumeração desses tribunais¹⁹. Os tribunais da Relação e o Supremo Tribunal de Justiça podem funcionar em secções especializadas (art. 213º, nº 2, hoje 211º, nº 2).

O relevo conferido aos tribunais judiciais não tem que ver apenas, como na Constituição de 1933 (pelo menos até à revisão de 1971), com uma questão de prerrogativas e imunidades dos seus juízes. Decorre, em medida não desprezível, do estabelecimento do seu âmbito material de competência, pois os tribunais de comarca são, em regra, os tribunais de primeira instância (art. 214º, nº 1), e são os tribunais judiciais que aplicam a lei criminal (arts. 27º, nº 2, 28º, nºs 1 e 3, 30º, nº 2, e 31º, nº 1) e que tomam decisões que contudem com direitos, liberdades e garantias (arts. 34º, nº 2, 36º, nº 6, 37º, nº 3, 46º, nº 2; e hoje ainda arts. 33º, nº 2 e 86º, nº 2). Subsiste uma maior confiança nestes tribunais a que a Constituição não é insensível.

8. As revisões constitucionais de 1982, 1989 e 1997 (não a de 1992, por circunscrita à integração europeia) incidiriam largamente sobre a matéria dos tribunais, alterando a maior parte dos seus preceitos, com vista ao seu aperfeiçoamento (o que nem sempre terão conseguido).

Da primeira revisão resultariam:

– A criação do Tribunal Constitucional, substituindo o Conselho da Revolução e a

Comissão Constitucional e com várias outras funções para além do controlo da constitucionalidade a definir por lei [arts. 211º, nº 1, alínea *a*), e 213º do texto de 1982];

– A possibilidade de existência de tribunais marítimos e arbitrais (art. 212º, nº 2, hoje 209º, nº 2);

– A previsão da constituição de tribunais de conflitos (art. 212º, nº 3, hoje 209º, nº 3);

– O estabelecimento de regras sobre o recrutamento dos juízes dos tribunais de 1ª e de 2ª instâncias e sobre o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça (art. 220º, nºs 2, 3 e 4, hoje 215º, nºs 2, 3 e 4);

– A previsão de regras relativas aos juízes dos tribunais não judiciais paralelas às respeitantes aos juízes dos tribunais judiciais (art. 222º, nº 2, hoje 217º, nº 3);

– A fixação da composição do Conselho Superior da Magistratura, com uma dupla maioria – de vogais juízes e de vogais designados pelos órgãos baseados no sufrágio universal, Presidente da República e Assembleia da República (art. 222º, hoje 218º)²⁰.

A segunda revisão constitucional estabeleceria:

– A existência necessária dos tribunais administrativos e fiscais [art. 211º, hoje 209º, nº 1, alínea *b*)];

– Um maior rigor na definição dos tribunais judiciais como tribunais comuns em matéria civil e criminal e com jurisdição em todas as matérias não atribuídas a outras ordens jurisdicionais (art. 213º, nº 1, hoje 211º, nº 1);

– Um preceito novo sobre tribunais administrativos e fiscais, com definição de competência própria (art. 214º, hoje 212º);

– O alargamento a todos os juízes, e não só aos tribunais judiciais, da regra segundo a qual os juízes em exercício não podem ser nomeados para comissões estranhas à actividade dos tribunais sem autorização do conselho superior competente (art. 218º, nº 4, hoje 216º, nº 4);

– A previsão de um conselho superior dos tribunais administrativos e fiscais pa-

ralelo ao Conselho Superior da Magistratura (art. 219º, nº 2, hoje 217º, nº 2);

– O tratamento do Tribunal Constitucional em título autónomo (arts. 223º e segs., hoje 221º e segs.) – abrangendo a sua jurisdição matérias de natureza jurídico-constitucional (as quais não se confinam ao controlo da constitucionalidade) – com certas alterações da sua composição, da sua organização e do seu funcionamento e com constitucionalização da sua competência como tribunal eleitoral²¹.

Finalmente, a revisão de 1997 determinaria:

– A previsão dos procedimentos judiciais caracterizados pela prioridade e pela celeridade para tutela dos direitos, liberdades e garantias pessoais (art. 20º, nº 5);

– A fundamentação das decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente (art. 205º, nº 1);

– A supressão dos tribunais militares fora do estado de guerra (arts. 209º e 213º);

– A possibilidade de incompatibilidades legais com a função de juiz (art. 216º, nº 5);

– A eliminação da necessidade de um dos dois vogais do Conselho Superior da Magistratura nomeados pelo Presidente da República ser juiz [art. 218º, nº 1, alínea a)];

– A alteração de várias regras sobre o Tribunal Constitucional, designadamente alargamento para nove anos do mandato dos juízes, vedação de recondução para o mandato imediato e atribuição de competências relativamente a perda do mandato dos Deputados, eleições no âmbito da Assembleia da República e das assembleias legislativas regionais e eleições e deliberações em partidos políticos (arts. 221º e segs.)²².

9. O relevo assumido pelo Conselho Superior da Magistratura e por órgãos idênticos e análogos noutros países – ainda há meses objecto de um importante colóquio comparativo em Aix-en-Provence, de que fui um dos relatores – justifica algumas notas, se bem que breves.

Parto de alguns pressupostos (como é

natural, susceptíveis de discussão, mas que reputo bastante razoáveis):

1º) Que um conselho todo nomeado, directa ou indirectamente, pelo Executivo – como era o Conselho Superior Judiciário antes de 1974 – pode afectar as garantias dos juízes e não é compatível com o princípio da separação de poderes;

2º) Que um conselho todo eleito pelo Parlamento e reflectindo a sua composição ou a sua maioria pode politicizar a gestão da magistratura e introduzir o contraditório partidário;

3º) Que um conselho todo eleito (ou dominado) pelos juízes pode converter-se num órgão de tipo corporativo e sem visão de Estado;

4º) Que a solução mais adequada a um Estado de Direito democrático consiste, pois, em procurar uma articulação de diferentes princípios ou vectores²³.

Por um lado, insisto, como os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça *em nome do povo* (art. 202º da Constituição, de novo), os juízes não podem deixar de ter uma ligação com a base dessa soberania através dos órgãos do Estado assentes no sufrágio universal – o Presidente da República e o Parlamento. Um puro autogoverno da magistratura – a qual não é electiva – seria inadmissível.

Mas, por outro lado, a Constituição afirma também o princípio da democracia participativa [art. 2º, *in fine*, e 9º, alínea c)] e aplica-o em variadíssimos domínios (arts. 54º, 92º, 267º, etc.). Logo, a participação dos juízes no conselho superior que conduz a sua gestão é imposta não só por razões de tradição e de eficácia técnica como por razões de congruência político-constitucional.

Legitimidade e participação, racionalidade e pluralismo, equilíbrio e limitação recíproca – eis as ideias cardeais do sistema e com a quais estou, por conseguinte, de acordo no essencial.

10. A natureza do Conselho decorre da sua composição e das suas competências constitucionais e legais:

a) Ele não é um tribunal ou um órgão do poder judiciário – conquanto as suas funções sejam conexas ou instrumentais relativamente aos tribunais;

b) Não é um fórum político ou uma comissão parlamentar – embora situado na organização do poder político e sob o influxo legitimador do princípio democrático;

c) Nem é um órgão de representação dos juízes, uma espécie de parlamento da magistratura – ainda que no seu seio haja, e tenha de haver, uma representação existencial dos juízes e das correntes judiciárias.

Ou, dizendo por fórmulas positivas:

a) O Conselho é um órgão de garantia constitucional – não só um órgão constitucional por causa da sua existência e do seu estatuto, mas sobretudo por causa da sua função de garantia do regular funcionamento das instituições judiciárias e do exercício da função jurisdicional;

b) É um órgão independente da Administração – por isso mesmo (porque, se as suas competências são materialmente administrativas, ele não está sujeito a nenhum poder do Governo, seja de direcção, de superintendência ou de tutela)²⁴;

c) Logo, por isso mesmo, tem de ser um órgão sob controlo – porque em Estado de Direito todos os poderes aparecem limitados por outros poderes – e, assim, está sujeito quer a controlo contencioso (que deveria ser exercido pelo Supremo Tribunal Administrativo nos termos gerais do art. 212º, nº 3 da Constituição, e não pelo Supremo Tribunal de Justiça) quer a controlo político do Parlamento [art. 162º, alínea a)]²⁵, quer ainda a controlo do Provedor de Justiça (art. 22º, nº 3, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril).

11. Julgo também conveniente, no âmbito desta exposição, deter-me na problemática do Tribunal Constitucional, por persistir alguma incompreensão acerca do seu papel e por haver quem preconize a transferência das suas competências para uma secção especializada do Supremo Tribunal de Justiça.

Aquilo a que eu tenho chamado a revolução copernicana do Direito público – ou

seja, a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatoris* a uma fase em que se aplicam (ou são susceptíveis de se aplicar) directamente nas situações da vida – não resultou só de mudanças do regime político ou da ideia de Constituição. Resultou, sobretudo, do aparecimento de uma justiça constitucional como tal estruturada e legitimada.

Não bastam proclamações como as do art. 1º, nº 3 da Constituição de Bona, do art. 18º, nº 1, da Constituição portuguesa, do art. 53º, nº 1 da Constituição espanhola ou do art. 5º, § 1º da Constituição brasileira para assegurar a força normativa dos preceitos constitucionais. Sem a justiça constitucional o princípio da constitucionalidade fica desprovido de tradução prática²⁶.

Ora, a lição do Direito comparado afigura-se muito clara:

1º) Fiscalização jurisdicional difusa pode coexistir com diferentes sistemas jurídicos e (pelo menos, teoricamente) com diversos sistemas políticos e é sempre uma salvaguarda potencial da constitucionalidade;

2º) Todavia, só adquire total autenticidade e efectividade em sistemas judicialistas como os anglo-saxónicos (com forte autoridade social dos juízes, total adesão da comunidade à Constituição e mecanismos de harmonização de julgados);

3º) Mesmo aí verificam-se fenómenos próximos da concentração, por virtude da prevalência dos supremos tribunais e da sua especial ou dominante ocupação com questões de constitucionalidade;

4º) A fiscalização jurisdicional concentrada apenas faz sentido em regime político de divisão de poder, do qual se revela uma das peças mais importantes;

5º) Na Europa, só um sistema de tribunal constitucional ou mecanismos jurisdicionalizados afins (como o Conselho Constitucional francês desde 1974) asseguram plenamente tal fiscalização concentrada.

Recordo também os seguintes dados da nossa experiência:

1º) Consagrada em 1911, a fiscalização judicial difusa sobreviveria na vigência da Constituição de 1933 (com modificações) e das leis revolucionárias de 1974-1976;

2º) A sua prática mostrar-se-ia entretanto, sempre muito escassa, por causas derivadas das situações políticas envolventes, pela deficiente força normativa das Constituições e pela timidez dos juízes;

3º) A proposta de criação de um tribunal constitucional apareceu ligada à construção da democracia e do Estado de Direito e, não por acaso, só foi concretizada num momento de institucionalização, coincidente com o afastamento dos intentos de ruptura (ou de revisão à margem das regras constitucionais) e com a extinção do Conselho da Revolução;

4º) O Tribunal Constitucional aparece, simultaneamente, como o órgão (único) de fiscalização abstracta e como tribunal de recurso na fiscalização concreta, mantendo-se nesta o poder de apreciação e de desaplicação das leis por todos os tribunais (o que confere ao modelo português um carácter misto sem paralelo na Europa);

5º) Em vez de congelar a fiscalização difusa, a fiscalização concreta, vinda desde 1976 com a Comissão Constitucional e desde 1982 com o Tribunal Constitucional, foi para ela um estímulo – como o mostram as centenas e centenas de decisões dos tribunais em contraste com o estado de coisas anterior;

6º) Aos tribunais em geral cabe a primeira palavra sobre inconstitucionalidade, mas a última pertence sempre ao Tribunal Constitucional – eis, em suma, a síntese do nosso regime de controlo;

7º) Na fiscalização preventiva de decretos parlamentares, pode a vontade legislativa, com maioria qualificada, prevalecer sobre a pronúncia pela inconstitucionalidade se forem confirmados por maioria agravada e se o órgão de promulgação ou de assinatura os sancionar; mas na fiscalização sucessiva prevalece sempre a decisão do Tribunal e não se admite (salvo futura alte-

ração da Lei Fundamental) reposição de norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral – e neste equilíbrio se encontra ainda a tensão inerente ao Estado de Direito democrático.

12. O Tribunal Constitucional tem a natureza de tribunal – pelo princípio do pedido, pelos critérios jurídicos de decisão, pelas regras de processo, pela força de caso julgado na fiscalização sucessiva, pelo estatuto dos juízes.

Não é, porém – tal como instituições idênticas que existem hoje por toda a Europa continental – um tribunal como qualquer outro, pela sua origem, porque administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional envolve problemas específicos e porque, para poder sobrepor-se a leis aprovadas por órgãos baseados no sufrágio universal, tem de receber uma legitimidade diferente ou mais densa do que a que possuem os restantes tribunais.

Por paradoxal que possa *prima facie* supor-se apenas um órgão jurisdicional com uma maioria de membros provenientes dos órgãos democraticamente legitimados adquire autoridade suficiente para declarar inconstitucionais com força obrigatória geral actos dimanados desses órgãos. E isto, tanto vale para o Tribunal Constitucional como para o Supremo Tribunal dos Estados Unidos ou para o Supremo Tribunal Federal do Brasil²⁷.

Assim, no caso português, o que eu critico não é que o Tribunal Constitucional tenha juízes eleitos pelo Parlamento; o que eu critico é que *só tenha*, directa ou indirectamente, juízes por ele designados, em vez de – em coerência com o sistema político e para maior abertura ao pluralismo de correntes jurídicas – ter também juízes nomeados pelo Presidente da República e juízes eleitos pelo Conselho Superior da Magistratura ou pelos supremos tribunais.

Notas

¹Sobre os tribunais nas Constituições liberais, v. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional*, 2ª parte, I, Lisboa, 1879, págs. 307 e segs.; Marnoco e Sousa, *Direito Político – Poderes do Estado*, Coimbra, 1910, págs. 769 e segs., e *Constituição Política da República Portuguesa – Comentário*, Coimbra, 1913, págs. 566 e segs.

²Cfr. Paulo Cunha, parecer subsidiário da secção de justiça da Câmara Corporativa sobre o art. 116º da Constituição (in *Diário da Assembleia Nacional*, 1945, suplemento ao nº 176, págs. 642(14) e 642(15); Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, policopiado, Lisboa, 1971-1972, I, págs. 238 e segs.; Marcelo Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, II, 6ª ed., 1972, págs. 663 e segs.; Francisco José Veloso, *No Campo da Justiça: intromissões do Poder Executivo*, in *Scientia Jurídica*, 1972, págs. 260 e 279 e segs.

³O que inconstitucionalizava os tribunais militares ou os deslocava para a esfera da Administração.

⁴Ministérios da Justiça, das Finanças, das Corporações, e até Presidência do Conselho de Ministros.

⁵Cfr. A. Lúcio Vidal, *Conselho Superior Judiciário*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, II, Coimbra, 1972, pgs. 621 e segs.

⁶Recorde-se, entre tantas intervenções, as conferências proferidas na Ordem dos Advogados em Março de 1972 e depois publicadas: de Adelino da Palma Carlos, *Alguns problemas de organização judiciária*, Lisboa, 1972; de Francisco Salgado Zenha, *A organização judiciária como guardiã constitucional da liberdade individual*, Porto, 1973; e de Francisco Sá Carneiro, *A proposta de lei sobre organização judiciária*, Porto, 1973.

⁷O autor mais identificado com esta tese, Marcello Caetano, conjugava-a com uma interpretação muito particular da noção de função judicial dada pelo art. 116º da Constituição: não em sentido material, mas sim em sentido orgânico-formal – ou seja, a função judicial como função dos tribunais judiciais. V., por último, *Manual ...*, cit., págs. 663 e segs., e *Manual de Direito Administrativo*, I, 10ª ed., 1973, págs. 36 e segs., e II, 9ª ed., 1972, págs. 1184 e segs.

⁸Cfr. José Carlos Moreira, *O Princípio da Legalidade na Administração*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXV, 1949, págs. 398-399, nota; Miguel Galvão Teles, *Direito Constitucional Português Vigente – Sumários Desenvolvidos*, policopiados, 1971, pág. 61; Rui Machete, *Contencioso Administrativo*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, II, págs. 775 e segs.

⁹V. *Ciência Política e Direito Constitucional*, policopiado, Lisboa, 1972-73, II, págs. 385 e segs.

¹⁰Cfr. o nosso estudo, *A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional*, Lisboa, 1975, págs. 87 e segs.

¹¹Veja-se a explicitação feita durante o debate na Assembleia Constituinte, in *Diário da Assembleia Constituinte*, nº 96, pág. 3109, e nº 97, pág. 3138.

¹²A Constituição, como se sabe, proclama o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania (art. 114º) e não já o princípio da separação dos poderes como as Constituições liberais.

¹³Castro Mendes, *Artigo 206º (Função Jurisdiccional)*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, I, Lisboa, 1977, pág. 396.

¹⁴O debate na Assembleia Constituinte é pouco esclarecedor (*Diário da Assembleia Constituinte*, nº 96, págs. 3110-3113). O texto aprovado foi o da Comissão, tendo sido rejeitada uma proposta de emenda do Deputado Luís Catarino, a qual ligava a administração da justiça à “construção da sociedade socialista”.

¹⁵Cfr. Cunha Rodrigues, *A Constituição e os tribunais*, Lisboa, 1977; Marcelo Rebelo de Sousa, *Orgânica judicial, responsabilidade dos juízes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1992; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, págs. 790 e segs.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1998, págs. 573 e segs. E ainda Laborinho Lúcio, *O poder judicial na transição*, in *Portugal - O sistema político e constitucional - 1974-1987*, obra colectiva, Lisboa, 1989, págs. 737 e segs.; e Pedro Coutinho Magalhães, *Democratização e independência judicial em Portugal*, in *Análise Social*, nº 130, 1995, págs. 51 e segs.

¹⁶O preceito do art. 212º, nº 3 não constava do texto da Comissão da Assembleia Constituinte; resultou de uma proposta dos deputados José Luís Nunes e Luís Filipe Madeira, e justificada sobretudo pela necessidade de não levantar graves problemas ao funcionamento dos tribunais existentes. V. *Diário*, nº 97, pág. 3143.

¹⁷Outra ordem de jurisdição – por hipótese, de tribunais de trabalho – seria inconstitucional, independentemente da especialização admissível.

¹⁸Regra comum a quaisquer categorias ou ordens – todos eles órgãos constitucionais – é pertencer ao domínio reservado da Assembleia da República a legislação sobre organização e competência dos tribunais, salvo os militares, e estatuto da magistratura [art. 167º, alínea j)].

¹⁹A enumeração chegou a ser proposta por mim próprio e pelo Deputado Fernando Amaral, por se entender que era matéria constitucional e para se atalhar à multiplicação de tribunais pelo legislador ordinário. Previam-se tribunais de menores, do trabalho e marítimos e auditorias administrativas, estas com secções de contencioso administrativo e de

contencioso tributário. A Assembleia Constituinte rejeitou a proposta, por a considerar demasiado ambiciosa e pouco realista. V. *Diário*, nº 97, págs. 3136 e segs.

²⁰E ainda: ligeira alteração do art. 207º (hoje 204º), fundamentação das decisões dos tribunais nos casos e nos termos previstos na lei (art. 210º, nº 1); previsão da eleição do presidente do Supremo Tribunal de Justiça pelos seus juízes (art. 214º, nº 2, hoje 210º, nº 2), atribuição aos tribunais militares de competência para aplicação de medidas disciplinares (art. 218º, nº 3), possibilidade de os juízes em exercício desempenharem funções de docentes e de investigação científica não remuneradas (art. 221º, nº 3, hoje 216º, nº 3), possibilidade da inclusão de funcionários de justiça no Conselho Superior da Magistratura para tratar de questões a eles respeitantes (art. 223º, nº 2, hoje 218º, nº 3).

²¹E ainda: a previsão de instrumentos e formas não jurisdicionais de composição de conflitos (art. 205º, nº 4, hoje 202º, nº 4), a substituição do termo “juízes populares” pelo termo “juízes sociais” e a especificação das questões sujeitas à sua intervenção (art. 210º, nº 2, hoje 207º, nº 2), a enumeração das competências e a possibilidade de existência de secções regionais do Tribunal de Contas (art. 216º), a eliminação da extensão das regras sobre incompatibilidades dos juízes a todos os membros do Conselho Superior da Magistratura (art. 220º, nº 2, hoje 218º, nº 2).

²²E ainda: constitucionalização do segredo de justiça (art. 20º, nº 3), exclusão dos crimes de terrorismo e da criminalidade altamente organizada do

âmbito de intervenção do júri (art. 207º, nº 1), adiamento da execução das penas ao âmbito de intervenção dos juízes sociais (art. 207º, nº 2), um artigo *ex professo* sobre patrocínio judiciário (art. 208º), fixação em quatro anos do mandato do presidente do Tribunal de Contas (art. 214º, nº 2), existência necessária de secções do Tribunal de Contas nas regiões autónomas (art. 214º, nº 4).

²³Cfr. Cunha Rodrigues, *Modelos de governo do poder judicial alternativos*, in *Revista do Ministério Público*, nº 58, Abril-Junho de 1994, págs. 23 e segs.; Eduardo Maia Costa, *Tribunais: independência e legalidade*, *ibidem*, págs. 125 e segs.; Figueiredo Dias, *Nótila sobre temas de Direito Judiciário*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nºs 3849 e 3850, Abril e Maio de 1995, págs. 355 e segs. e 8 e segs., respectivamente; Gomes Canotilho, *A questão do autogoverno das magistraturas como questão politicamente incorrecta*, in *AB UNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, obra colectiva, Coimbra, 1998, págs. 247 e segs.

²⁴V. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, V, Coimbra, 1997, oágs. 37-38; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...*, cit., pág. 598.

²⁵Sendo de aplaudir a previsão na recém-apresentada proposta de lei de alteração do estatuto dos magistrados judiciais a previsão de um relatório anual do Conselho à Assembleia da República.

²⁶Cfr. o nosso *Manual ...*, II, 3ª ed., Coimbra, 1991, págs. 349 e segs.

²⁷Cfr., por todos, a obra colectiva *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, 1995.