

OS ALVORES DO CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS NA GOVERNAÇÃO DE JOÃO FRANCO¹

ANTÓNIO DE ARAÚJO
MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO

Uma análise sobre os primórdios do controlo da constitucionalidade em Portugal e da sua consolidação histórica, tendo como pretexto um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Julho de 1907, em que está em causa uma sentença de um tribunal de primeira instância que se recusou a aplicar uma norma constante de um decreto ditatorial com fundamento no facto de esse decreto não ter sido entretanto discutido e aprovado pelas Cortes aí se tendo concluído que, em face da Carta Constitucional, os decretos ditatoriais deveriam ser cumpridos mesmo antes de obterem confirmação parlamentar. A doutrina decorrente e a sua evolução ao longo do século XX permitem concluir que o acesso à Constituição pelo juiz comum está presente logo na origem do constitucionalismo em Portugal; ao mesmo tempo esse acesso apenas se consolidou a partir do momento em que se tornou efectiva a acção do Tribunal Constitucional. A construção da justiça constitucional em Portugal não pode pois prescindir de nenhum destes dois factores.

Gostaríamos, antes de mais, de agradecer à organização deste encontro, na pessoa do Dr. Luís Correia de Mendonça, o honroso convite para nele participarmos, tanto mais que não somos especialistas na matéria e não podemos, de modo algum, ombrear com os ilustres oradores que nos precederam.

Além disso, vamos limitar-nos a fazer uma breve apresentação dos primórdios do controlo da constitucionalidade em Portugal, tomando como pretexto e ponto de partida um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 23 de Julho de 1907, que é, aliás, bem conhecido na doutrina juspublícistica e sobre o qual já escrevemos noutro lugar.

1. AS DUAS FACES DO FRANQUISMO NA RETROSPECTIVA DA MEMÓRIA

Feito este intróito, gostaríamos de dizer umas brevíssimas palavras de contextualização do acórdão e, enfim, do tema que nos propomos abordar, bem como daquele que é, no fundo, o pretexto destas jornadas.

¹ Texto reproduzido a partir da intervenção no Colóquio «Justiça e Processo (100 Anos depois do Decreto n.º 3, de 29 de Maio de 1907)», realizado em 8 de Novembro de 2007 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

A questão essencial, em nosso entender, é a seguinte: do ponto de vista historiográfico, o franquismo — modo difuso e demasiado abrangente para definir a actuação pública de João Franco (1855-1929), como se essa tivesse obedecido a uma linha coerente e não tivessem existido profundas diferenças entre a sua acção como ministro do Reino de Hintze Ribeiro, de 1893 a 1897, e depois como chefe do Governo, de 1906 a 1908 — o franquismo, dizíamos, tem sido analisado num registo polemizante e reactivo.

Mesmo o labor empreendido mais recentemente por Rui Ramos, na sua notável biografia política de João Franco, esse «bom rapaz», como lhe chamava Eça, não se exime a esse propósito reactivo². Rui Ramos pretende mostrar que, ao invés do que a direita e a esquerda sempre pretenderam, com objectivos políticos diferenciados mas convergindo no retrato do personagem, Franco não foi um «proto-fascista», nem um antecessor de Salazar, mas um sucessor de Fontes. João Franco faria, no fundo, parte de uma «cultura liberal», diz Rui Ramos, o que se pode aceitar como caracterização de um contexto mas não como resumo de uma trajectória. Se atentarmos na sua obra como Ministro do Reino, que destruiu, pedra sobre pedra a obra de Fontes Pereira de Melo, do sistema eleitoral à orientação descentralizadora em matéria administrativa, será difícil considerá-lo como um herdeiro no fontismo. A menos que a ingratidão do filho perante o legado do pai releve do domínio freudiano, João Franco foi um mau sucessor, ou um ingrato legatário, de Fontes Pereira de Melo.

É certo que sempre se poderá dizer que ambos partilhavam da mesma «cultura liberal» — ponto que constitui um dos tópicos fulcrais da obra de Rui Ramos. Mas nessa cultura comungavam, afinal, todos as elites da pequena Lisboa política da altura, de progressistas a regeneradores que estudaram Direito em Coimbra e viviam entre a Arcada e S. Bento. Nessa «cultura liberal» se incluíam até os republicanos mais moderados. Apenas de franjas ínfimas — anarquistas ou católicos ultramontanos radicais, por exemplo — se poderá dizer que nutriam sentimentos adversos ao liberalismo político, e mesmo nesse caso sempre haveria de saber se tal contestação se fazia contra uma doutrina ou contra um modo de governação e de fazer política. Quando Franco entra na vida pública, integrar a «cultura liberal» era, no fundo, fazer parte do tempo em que vivia — ele e todos os outros.

Quererá isto dizer que, com estas palavras, pretendemos retomar a imagem de João Franco como um ditador que prenunciava o que de pior sucedeu no século XX? De modo algum. Desde logo, porque há um erro que todos devemos evitar, que consiste em tomar um conceito político — o de ditadura, neste caso — com o sentido e o conteúdo que ele detém na nossa época. Ora, como a *Begriffsgeschichte* de um Reinhard Koselleck ou a *conceptual history* de um Quentin Skinner há muito mostraram, esse é anacronismo

² Cfr. Rui Ramos, *João Franco e o Processo do Reformismo Liberal (1884-1908)*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2001.

que devemos evitar. O conceito de «ditadura» nos finais de Oitocentos e nos alvares do século XX não tinha, de modo algum, o significado que viria a adquirir não muito depois, nem descrevia uma prática de governar cujos aspectos mais sombrios, para não dizer catastróficos, só o nosso tempo, a «era dos extremos» de Hobsbawm, viria a revelar. Nem sequer possuía o sentido, ainda que tenha uma maior proximidade com ele, do discurso teórico sobre a ditadura que foi realizada a partir dos anos vinte, sobretudo na Alemanha de Weimar mas também entre nós.

A «ditadura» no tempo de Franco era um enunciado da retórica política e da oratória parlamentar, veiculada por publicistas ou nos jornais que formavam uma «opinião pública» que só uma pequena elite partilhava. Representava um modo de governar, mas não uma forma absolutamente espúria ou totalmente marginal ou inusual de fazer política. Não se trata, obviamente, de dizer, simplisticamente, que se tratava de um modo de governação autocrático mas inofensivo, em contraste com as sangrentas ditaduras de massas do século XX, responsáveis pelas grandes barbaridades de um tempo que já é o nosso. Trata-se de dizer que o modo de governar à margem do Parlamento era um costume que nunca foi regulado — e que só era questionado quando se estava na oposição. Aí, só aí, se aludia a uma violação da separação de poderes e só então se falava em «ditadura», por analogia com a figura romana do *dictator*, o magistrado que, nas alturas de emergência, era encarregado de exercer todos os poderes da República. Só aos poucos a «ditadura» passou a ter uma conotação pejorativa, enquanto sinónimo de autocracia. Mas, é preciso dizê-lo, de uma autocracia que todos praticavam, que era rotativamente exercida e não eternamente possuída por um «ditador» em concreto e, mais do que isso, de uma autocracia gerada pelas próprias regras institucionais da monarquia constitucional. Tanto mais que sempre subsistia a dúvida: se havia «autocracia» porque não intervinha ao rei, ao abrigo do poder que justamente se chamava «moderador»? Esta passividade do monarca acabaria, enfim, por identificá-lo com essa «autocracia» e pode ter sido isso, ao cabo e ao resto, que converteu o republicanismo numa solução de liberdade.

Se quiséssemos, recorrendo à conhecida tipologia de Carl Schmitt, as «ditaduras» do século XIX, e aí podemos incluir as de Franco como as de José Luciano ou de Mouzinho da Silveira, em 1832, a de Passos Manuel, em 1836, eram *ditaduras comissariais*, que dotavam o governo dotado com poderes excepcionais para restaurar uma ordem constitucional perturbada, e não *ditaduras soberanas*, que visavam instaurar uma ordem nova. No fundo, eram ditaduras conservadoras, «ordeiras», e não ditaduras transformacionistas, radical ou revolucionariamente transformacionistas. Passe a provocação, cremos que a primeira «ditadura soberana» em Portugal foi a de Afonso Costa e do PRP, mas isso abriria um espaço de polémica que não constitui o objecto destas jornadas.

Outro ponto que mereceria atenção é a de saber se mesmo as ditaduras soberanas prescindem de uma ordem de legalidade. No fundo, se a

legitimidade que adquirem através de lideranças carismáticas — e nos quadros da tipologia de Weber é essa a legitimidade característica dos ditadores soberanos — permite superar os quadros da legalidade vigente. Não vamos abordar, até por falta de competência na matéria, a contraposição schmittiana entre legalidade e legitimidade, mas, no fundo, é Schmitt, nalguns dos seus textos mais controversos — dir-se-ia: odiosos — como «O Führer protege o Direito», escrito no rescaldo do assassinato de Röhm e da «Noite das Facas Longas», quem veio tentar demonstrar que até a violência mais extrema apela, pelo menos até um dado momento, a um referente de legalidade.

Seja como for, é um facto que as ditaduras comissariais como a de Franco não prescindiam de um quadro de legalidade. João Franco, o delegado de procurador da República que criara fama por recusar com rude firmeza as ofertas dos que procuravam «empenhos» nos processos judiciais, o político que se quis notabilizar como arauto da moralidade pública (e por isso levantou na Câmara o escândalo dos adiantamentos à Casa Real), era um homem profundamente legalista. A ele se deve o esforço, com intuits demagógicos ou não, para efectivar a responsabilidade ministerial permitindo que qualquer cidadão instaurasse processos por abuso de poder contra os ministros no Supremo Tribunal de Justiça, como também a ele se deve o incentivo para um maior controlo jurisdicional das eleições. Entre Setembro de 1906 e Abril de 1907, teve o Parlamento aberto durante seis meses, sendo o chefe de Governo que desde 1888, ou seja, em 20 anos, maior espaço de intervenção concedeu à vida parlamentar. «Quem é que conseguiu isso em Portugal?», interrogou-se Franco em 1907. Mais: na sequência do regicídio, muitos apelaram a Franco que exercesse uma «vigorosa ditadura», o que obviamente implicaria um aumento da repressão e da violência. Franco recusou-se a desempenhar esse papel. Como não fez o papel de seguir aquilo que historiadores como Vasco Pulido Valente³ já designaram por «segunda tática» da monarquia constitucional: aderir e mesmo ultrapassar o programa político do PRP.

Aqui entramos na questão dos *bills de indemnidade*. À distância — e uma vez mais corremos o risco de resvalar numa visão anacrónica de uma realidade temporal que não é a nossa —, somos levados a crer que se tratava de um artifício jurídico a que os governos recorriam para, *in extremis* manterem uma aparência de legalidade, com isso disfarçando um quadro mais ou menos tenebroso de uma ditadura pessoal apoiada na condescendência do paço e no apoio dos caciques da província.

Ora, este retrato, ainda que não desprovido de algum fundo de veracidade, não é inteiramente fidedigno. O *bill de indemnidade* era uma prática absolutamente «normal» num país em que as câmaras reuniam escassos

³ Cfr. Vasco Pulido Valente, *As Duas tácticas da Monarquia Perante a Revolução*, Lisboa, Publicações D. Quixote, 1974.

meses ao ano mas em que a actividade governativa não poderia parar. Era absolutamente «normal» governar em «ditadura» — no sentido, repete-se, que este conceito possuía naquele tempo. As colónias eram governadas na mais plena das ditaduras — como, de resto, o acórdão de 1907 faz notar. E a ideia de que o *bill de indemnidade* era uma prática regular — era mesmo a prática que garantia a regularidade institucional — prolongou-se muito depois da queda da famigerada «ditadura» franquista. Aliás, muito depois da queda do próprio regime. Após o 5 de Outubro, o Governo Provisório da República governou em «ditadura» — e, assim que reunida, a Assembleia Constituinte logo emitiu o competente *bill de indemnidade*. Aliás, como bem assinala Rui Ramos, e citamos, o *bill de indemnidade* era «um velho hábito» em Portugal, «corrente em Espanha ou na Itália».

O *bill de indemnidade* não visava «branquear» uma situação anormal, por forma a manter a fachada de um regime parlamentar em que o parlamento só se reunia de quando em vez. Pelo contrário, a situação «normal» era justamente a de «ditadura». É por isso que devemos ter os maiores cuidados quando pensamos que o controlo de constitucionalidade nasceu em Portugal para obviar a uma prática abusiva ou a um habilidoso expediente de legislar aproveitando o facto de as Cortes estarem encerradas. Ora, isso era absolutamente «normal». «Anormal» e, até certo ponto, «abusivo» era o facto de serem as Cortes a exercerem *prima facie* o poder legislativo. Como recorda o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Julho de 1907, o Código Penal de 1852, o Código Administrativo de 1852 e o Código de Processo Comercial foram aprovados pelo Governo e aplicados inquestionada e tranquilamente pelos tribunais. Não por acaso, o acórdão do Supremo invoca em seu favor a circunstância de existir uma «praxe política e parlamentar» de há muito sedimentada — e que jamais fora contestada. Talvez porque o rotativismo desincentivasse essa crítica, a crítica a uma praxe essencial ao funcionamento das instituições e à governabilidade do país e das suas colónias. Mas o certo é que, ao que sabemos, mesmo os opositoristas mais radicais (o Programa do PRP, por exemplo) não se propunham alterar este *statu quo*. Porventura, porque a sua agenda política ia muito mais longe. Porém, se era nos *bills de indemnidade* que, com a complacência régia, assentava a política no constitucionalismo liberal, natural seria que os seus mais acérrimos adversários a tivessem contestado e erigido num dos seus principais alvos. Ora, não só não foi isso que aconteceu como, já o dissemos, os republicanos, campeões do modelo parlamentar, também viriam a ratificar na Constituinte as decisões do Governo Provisório. Na mensagem que então dirigiu à Constituinte, o Presidente da República confessou candidamente que o Governo «*aproveitou* a ditadura para cimentar a República» [itálico acrescentado].

O que esteve em causa, tão-só (e isso já não é pouco), foi a possibilidade de intromissão do poder judicial no seio de um sistema que funcionava regularmente numa base de «bipolaridade» entre Governo e Parlamento, com o monarca a fazer uso da prerrogativa régia, cuja importância política tem sido

incompreensivelmente subvalorizada. Os governos não se formavam na sequência de eleições, nem ninguém esperava que fossem as eleições a formar governo. Daí a importância da prerrogativa régia. Era o monarca que, a meio dos mandatos, demitia governos (ou aceitava as demissões), nomeava executivos, avaliava a viabilidade de soluções governativas, encarregava personalidades de formar ministérios, etc. Não por acaso, o rei — D. Luís, D. Carlos — sempre se furtaram a presidir a conselhos de ministros, apesar de insistentemente convidados para o efeito.

2. O ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Importa agora chamar a atenção para o contexto próximo deste acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Ele surge, ou é proferido, numa altura em que dois antigos adversários, Hintze e José Luciano, se aliaram *par une fois* para combater a nomeação de Franco, na sequência da dissolução da Câmara dos Deputados ocorrida em 10 de Maio de 1907. A esquerda franquista queria uma «ditadura democrática», o que só é um paradoxo para quem raciocinar com os quadros mentais do nosso tempo e não com os quadros mentais do início do século XX. E foi no contexto desta união algo espúria entre os antigos «rotativos» que João Franco reage — e assim surge o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Para além da sua importância histórica, a decisão do Supremo, ao confirmar a «ditadura», teve uma importância política imensa na altura, uma vez que o combate político havia sido centrado pelos regeneradores e progressistas justamente na ideia de «golpe de Estado» operado pelo rei (ao não ter ouvido o Conselho de Estado nem convocar eleições), ou seja, a luta política centrava-se sobre a legitimidade do novo governo de Franco — e, nesse quadro, o problema da forma de governar por decreto colocava-se fatalmente. Aos jornalistas estrangeiros que subitamente apareceram em Lisboa, Franco afirmou, não por acaso, que a «ditadura» não iria afectar os direitos dos cidadãos. Tratava-se, tão-só, de uma forma rotineira de fazer passar legislação.

Tememos que as nossas palavras de há pouco tenham também deixado essa impressão. Como é evidente, os decretos ditatoriais eram mais do que uma rotina de legislar. O que pretendemos afirmar é que essa prática, que obviamente desequilibrava a calibragem dos mecanismos constitucionais, não assume os contornos «ditatoriais» que hoje se supõe. E importa notar que existia um sistema de equilíbrios, com um poder moderador do rei, e que o controlo judicial da constitucionalidade não tinha, de modo algum, o grau de consolidação que hoje possui (não caímos no anacronismo, de novo), pelo que o surgimento em cena de um novo actor — os tribunais — causava certamente perplexidade. E uma perplexidade nem sempre derivada de pulsões autoritárias. Lembre-se que, após esta decisão do Supremo, será aprovada uma reforma da Carta que efectivava a responsabilidade ministerial.

Na altura, formou-se uma larga corrente de opinião favorável à possibilidade de os tribunais fiscalizarem a inconstitucionalidade orgânica. Esta tese — que, segundo parece, fora avançada pela primeira vez por Silva Ferrão em 1856, no *Tratado sobre os Direitos da Sereníssima Casa de Bragança* —, conquistou numerosos adeptos: Afonso Costa (*Lições de Organização Judiciária*, 1901), o juiz Francisco José de Medeiros (*Sentenças*, 1904), Alberto dos Reis (*Organização Judicial*, 1905), Marnoco e Souza (*Direito Político*, 1910). A possibilidade de atribuir aos «tribunaes competencia para conhecer da validade das leis» constava mesmo da proposta (frustrada) de reforma da Carta apresentada em 14 de Março de 1900.

Por outro lado, segundo afirma Jorge Miranda, em 1907 introduziu-se um sistema *sui generis* de controlo concentrado da constitucionalidade, através do decreto de 1 de Julho de 1907. Diz Jorge Miranda: «Por paradoxal que pareça, foi um diploma destinado a impedir a apreciação judicial das leis que, primeiramente, introduziu no direito português uma forma de concentração de competência atinente à inconstitucionalidade: foi o decreto de 1 de Julho de 1907 (*Diário do Governo*, n.º 152, de 12 de Julho), editado por causa de um juiz de 1.ª instância se ter negado a reconhecer força obrigatória à primeira medida da ditadura de João Franco. E a medida nele prevista consistiu em permitir a revisão pelo Supremo Tribunal de Justiça, reunido em tribunal pleno, por iniciativa obrigatória do Ministério Público e facultativa de qualquer das partes, das decisões que recusassem força legal aos decretos do Poder Executivo».

O tema do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Julho de 1907 é, como nele mesmo se afirma, o da «força obrigatória dos diplomas promulgados pelo poder executivo, assumindo funções legislativas», ou seja, o de saber se «tais diplomas devem ou não cumprir-se antes que as cortes gerais da nação os confirmem ou revoguem». Por outras palavras, trata-se da questão da validade dos chamados *decretos ditatoriais* do Governo até à concessão dos *bills de indemnidade* pelas Câmaras. No acórdão está em causa uma sentença de um tribunal de primeira instância que se recusou a aplicar uma norma constante de um decreto ditatorial com fundamento no facto de esse decreto não ter sido entretanto discutido e aprovado pelas Cortes. A conclusão do acórdão é a de que, em face da Carta Constitucional, os decretos ditatoriais deveriam ser cumpridos mesmo antes de obterem confirmação parlamentar. E quais os argumentos em que se sustenta esta tese?

Fundamentalmente, são três os fundamentos com base nos quais o acórdão sustenta a validade dos decretos ditatoriais.

Em primeiro lugar, invoca-se uma «praxe política e parlamentar», baseada no facto de «os actos legislativos, pelos quais as cortes gerais da nação, retomando a sua acção parlamentar, têm apreciado a tal respeito, as responsabilidades do poder executivo e dado sanção legislativa aos decretos ditatoriais», dizerem todos eles que «continuarão em vigor as medidas de natureza legislativa promulgadas pelo governo». Ou seja, como se diz no acór-

dão, «é o próprio parlamento; são as cortes gerais da nação, que, pela forma mais constante e repetida, mandando que os decretos ditatoriais continuem em vigor, reconhece que eles antes da confirmação parlamentar tinham já força obrigatória e legislativa; pois que nenhuma outra diferente lhe dão ou acrescentam; e simplesmente têm mandado as cortes que continuem com a que já tinham». Aliás, esta praxe teria dado origem a uma considerável produção legislativa do Governo, em que se incluíam diplomas tão importantes como os respeitantes ao Código Penal de 1852 e o Código Administrativo de 1852, como vimos.

Em segundo lugar, argumenta-se no acórdão com a interpretação do artigo 119.º da Carta Constitucional operada pela carta de lei de 1 de Agosto de 1899, que determinou a convocação das cortes constituintes para que na legislatura seguinte, em conformidade com o disposto nos artigos 142.º e 143.º da Carta Constitucional, fossem reformados diversos artigos desta última, entre os quais o artigo 119.º, no sentido de atribuir «competência ao poder judicial para negar cumprimento a quaisquer decretos ofensivos das leis, isto é, aos decretos ditatoriais». Muito embora a reforma da Carta, em 1900, se tenha malgrado, certo é que os legisladores de 1899 «reconheceram que o poder judicial não tinha competência para a recusa de cumprimento aos decretos ditatoriais e quiseram dar-lha». Esta interpretação, segundo o acórdão, seria uma interpretação autêntica, uma vez que «o parlamento tem decidido que as cortes gerais, embora não constituintes, têm competência para interpretar os artigos constitucionais da lei fundamental».

Em terceiro lugar, o acórdão invoca o modo como a Carta Constitucional encarava o equilíbrio entre os diferentes poderes do Estado. A este respeito, a argumentação do acórdão é a de que a desaplicação dos decretos ditatoriais com fundamento na sua desconformidade com o disposto na Carta quanto à competência para o exercício do poder legislativo seria contrária ao artigo 71.º da Carta, de acordo com o qual é ao Rei, enquanto titular do poder moderador, que compete manter o equilíbrio entre os outros poderes do Estado, e aos artigos 15.º, § 7, e 139.º da mesma Carta, que atribuem às cortes a competência para velar pela observância da Constituição. Nota ainda o acórdão, a este propósito, que se as omissões ou abandono destas atribuições do Rei e das cortes pudessem ser supridas pelo poder judicial, isso «não só levaria os juízes ao exercício de funções políticas, tão contrário ao seu ministério, como poderia ocasionar conflitos entre os dois poderes com desprestígio para ambos». E acrescenta: «e teria ainda outras consequências, bastando notar a falta de observância do preceito do § 2 do artigo 15.º do primeiro Acto Adicional, que expressamente manda submeter às cortes logo que se reúnam as providências ditatoriais que, nos intervalos das sessões, forem promulgadas para o ultramar; e verificando-se como se verifica, a omissão desse preceito constitucional, se este Supremo Tribunal, nos processos vindos do ultramar, negasse cumprimento aos decretos ditatoriais pela falta de sanção parlamentar, ficariam todos os nossos domínios ultramarinos sem legislação».

Em síntese, usaram-se como argumentos:

- a) a praxe política e parlamentar baseada no *bill de indemnidade*;
- b) a interpretação do artigo 119.º da Carta — só o Parlamento pode interpretar os artigos constitucionais da Lei Fundamental — correspondente a uma visão maximilista do *self-restraint* judicial e à prática de *self-restraint* do controlo político exercido pelo Parlamento (assinalado pelo acórdão) e pelo rei, a quem, como salientou António Hespanha no seu livro *A Mão Invisível*, detinha desde há séculos essa tarefa⁴;
- c) um argumento histórico baseado na frustração da reforma de 1900, que atribuía aos «tribunaes competencia para conhecer da validade das leis»; se essa reforma se frustrou, tal significa que foi intenção manter o *statu quo*;
- d) o equilíbrio de poderes do Estado no âmbito da Carta — a desaplicação era contrária ao poder moderador do Rei e à competência das Cortes para velar pela observância da Carta;
- e) um «argumento *ad terrorem*» ou «argumento colonial», que, no fundo, levantava a ameaça de paralisia da administração ultramarina se acaso vingasse a tese da inconstitucionalidade.

3. DO ACÓRDÃO À CONSTITUINTE REPUBLICANA

O princípio do controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis nasceu com a Constituição de 1911, o que representou, aliás, uma inovação no contexto europeu. O artigo 63.º daquela Constituição dispunha que «o Poder Judicial, desde que, nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade da lei ou dos diplomas emanados do poder executivo ou das corporações com autoridade pública, que tiverem sido invocados, apreciará a sua conformidade com a Constituição e os princípios nela consagrados». Tratava-se, por conseguinte, de um sistema *difuso* de controlo da constitucionalidade, confiado à generalidade dos tribunais ordinários no quadro dos casos concretos que houvessem de decidir. Entendia-se, porém, que só os tribunais ordinários (i.e., «do poder judicial») tinham a faculdade de recusar a aplicação de leis inconstitucionais e, além disso, que as questões de constitucionalidade não poderiam ser apreciadas oficiosamente. Este modelo era inspirado na experiência norte-americana da *judicial review* e na Constituição republicana do Brasil de 1891 (que, de resto, imitava o modelo americano).

Porém, logo na Constituinte surgiram propostas no sentido da concentração das competências de controlo de constitucionalidade no Supremo Tri-

⁴ Cfr. António Manuel Hespanha, *A Mão invisível. Direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 2004.

bunal de Justiça. Na sessão nocturna de 15 de Agosto de 1911 defrontaram-se diversas posições. O deputado Machado Serpa chamava a atenção para os riscos de se atribuir aos tribunais o poder de «com uma simples penada, anular toda a obra do poder legislativo». Por isso, a sua proposta, juntamente com as de outros deputados, procurava limitar o objecto da fiscalização aos actos do poder executivo, numa tentativa de conciliação entre o princípio da constitucionalidade e a soberania do Congresso. Noutras propostas, procurava-se concentrar a apreciação da constitucionalidade no Supremo Tribunal de Justiça. Era o caso da proposta do deputado Goulart de Medeiros que, além do mais, previa uma forma original de referendo sobre inconstitucionalidade: «O Supremo Tribunal de Justiça, como primeira instancia, julgará qualquer reclamação contra a promulgação de leis inconstitucionaes. D'este tribunal ha recurso para a Nação, que será consultada directamente». Noutra aproximação, o deputado António Macieira, depois de alertar para os perigos de divergências jurisprudenciais suscitados pela fiscalização difusa, propôs que as decisões sobre constitucionalidade das leis só produzissem efeitos depois de confirmadas pelo Supremo Tribunal de Justiça, até ao qual sempre se poderia recorrer.

Recorde-se, por fim, que alguns projectos de Constituição se inclinavam justamente para um sistema concentrado de fiscalização da constitucionalidade.

Com efeito, José Barbosa, deputado pelo círculo n.º 35 (Lisboa ocidental) apresentou em 1911 um *Projecto de Constituição*, que propunha no artigo 46.º: «Ao Supremo Tribunal de Justiça compete privativamente suspender, por sentença, as leis que forem contrárias à Constituição da República».

No projecto de Basílio Teles atribuía-se competência ao Supremo Tribunal para «dirimir questões de direito constitucional e de direito comum litigadas nos tribunais ordinários».

Também o projecto do deputado Goulart de Medeiros previa, no seu artigo 15.º, que «Das leis de qualquer corpo legislativo há recurso para o Supremo Tribunal de Justiça e, se o recurso for interposto por outro corpo legislativo, há ainda recurso final para a Nação».

Numa fórmula curiosa, Fernão Boto-Machado, deputado pelo círculo n.º 35 (Lisboa ocidental), previa, no seu projecto de *Constituição ou Código Fundamental da República Portuguesa*, um capítulo III, intitulado «Dos vigilantes da Constituição», que consagrava uma Câmara de Censores destinada a defender as «garantias individuais e os direitos individuais». Essa Câmara, que corresponderia à 3.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, seria integrada por sete juizes, eleitos por um colégio eleitoral que integrava, designadamente, as assembleias gerais da Sociedade de Geografia de Lisboa e das Associações Comercial, Industrial, Agrícola e de Lojistas de Lisboa, o claustro pleno das universidades, a Academia das Ciências de Lisboa, o corpo docente do Curso Superior de Letras, da Escola Politécnica e da Escola Médica.

Finalmente, no projecto de João Gonçalves, deputado pelo círculo de Vila Franca de Xira, previa-se que o STJ, quando entendesse que determinada

lei era inconstitucional, convidaria as duas câmaras a reapreciá-la em sessão conjunta, «enviando-lhes ao mesmo tempo o seu parecer sobre os pontos que lhe pareceram contrários à Constituição».

4. AS ORIGENS DIFUSAS DA FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

Na exposição anterior firmou-se uma conclusão que agora gostaríamos de desenvolver. Trata-se da presença em certa medida paradoxal do problema da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis na experiência constitucional portuguesa anterior a 1976. E o paradoxo, como foi dito, consiste no seguinte: a consagração daquela fiscalização nas Constituições de 1911 e de 1933 teve escassos ecos na prática; por seu turno, a Carta, cuja prática apontava no sentido do reconhecimento da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, nunca chegou a consagrá-lo. Como explicar este paradoxo?

Como afirma Jorge Miranda, “os decretos ditatoriais viriam a ser (...) um dos factores do aparecimento precoce da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis em Portugal”⁵. Isto é inteiramente verdade.

Mas há que acrescentar, como nota Magalhães Collaço, que foi a propósito da atitude de não cumprimento, pelo poder judicial, dos decretos ditatoriais que “se ensaia na nossa legislação constitucional a primeira tentativa, no mesmo sentido, a respeito das leis que violem os princípios constitucionais da lei fundamental”. No estudo que dedicou ao tema, este autor refere precisamente as vicissitudes da projectada reforma constitucional de 1900, no âmbito da qual se chegou a ponderar que os “tribunais têm competência para conhecer da validade das leis”. A reforma gorou-se, como afirma Magalhães Collaço e se menciona no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Julho de 1907. A reforma gorou-se, “mas colhera a doutrina, e o problema desde essa era em diante paira no espírito de todos os nossos escritores de direito público, sempre que se trata da função e competência do poder judicial”⁶.

Assim, poderemos talvez afirmar que o sistema de fiscalização difusa da constitucionalidade das leis consagrado pela Constituição de 1911 não resulta apenas da influência da constituição brasileira de 1891; antes esta influência foi talvez facilitada, ou mesmo propiciada, por se encontrar já adquirida, durante a vigência da Carta, a ideia de que os tribunais deviam negar-se a aplicar a lei ordinária quando esta contrariasse disposições constitucio-

⁵ Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 7.^a ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 277-278.

⁶ Cfr. João Maria Tello de Magalhães Colaço, *Ensaio sobre a Inconstitucionalidade das Leis no Direito Português*, Coimbra, 1915, pp. 54 e 61.

nais da Carta (não esqueçamos que o artigo 144.º da Carta estabelecia uma distinção entre disposições constitucionais e não constitucionais, fazendo daquela uma constituição que seria do ponto de vista formal simultaneamente rígida e flexível; segundo o citado artigo 144.º seria apenas constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos). Como afirma Magalhães Colação, a função de aplicar tais leis ordinárias envolvia a de se certificarem da sua validade.

Repare-se que esta afirmação da fiscalização jurisdicional da leis não surge apenas na fase final de vigência da Carta. Já em 1852, que eu saiba, este mesmo princípio havia sido claramente formulado por Silva Ferrão no seu *Tratado sobre Direitos e Encargos da Sereníssima Casa de Bragança*⁷. Nesta obra, a propósito da conformidade entre determinado decreto de 1833 com o disposto na Carta, afirma o autor (pág. 253):

«os juizes prestaram juramento de observar, e fazer observar, a Carta Constitucional da Monarquia, e as Leis do Reino, e não podem abstractir estas daquela, no cumprimento dos seus deveres, estando obrigados, por isso, a considerar não só, se as partes, se os processos, se as acções, tem a qualidade de legítimas, mas outrossim, se os diplomas, ou determinações, cujas teses devem aplicar às hipóteses dos autos, têm, ou não, o cunho de lei.

Os juizes, quando assim obram, não têm por objecto apreciar as leis, feitas pelo poder legislativo, ou pelas ditaduras, nem se arrogam supremacia sobre os poderes do Estado: muito pelo contrário, mantêm-se, unica e precisamente, dentro da órbita da sua própria independência e juramento, não reconhecendo, em cada um dos processos, que têm a julgar, outros poderes que incompetentemente lhes ditem as normas.»

A obra que acabo de citar é ainda interessante porque revela as fontes da ideia de fiscalização jurisdicional das leis (págs. 254-255, nota). Entre essas fontes não se conta o sistema norte americano da *judicial review*, mas antes as obras publicistas franceses como Dupin, Chateaubriand e Henrion de Pansey. Segundo Silva Ferrão, este último autor «nos faz a honra de citar, em apoio desta sua doutrina, a procuração outorgada pelos eleitores portugueses aos deputados eleitos em 1826, para cumprirem as suas funções — “na conformidade e dentro dos limites, que prescreve a Carta Constitucional, dada e decretada pelo Senhor D. Pedro IV, em 29 de Abril de 1826, sem que possam derogar ou alterar algum dos seus artigos; e nos obrigamos a cumprir e ter por válido tudo o que os ditos deputados assim fizerem, dentro dos referidos limites”».

⁷ Lisboa, Imprensa de J. J. Andrade e Silva, 1852.

O mesmo autor acaba por concluir que «cumpre abordar de frente a questão da constitucionalidade do Decreto de 9 de Agosto de 1833, e não a declinar com razões, que não temos, nem por exactas, nem por conformes à dignidade e independência da magistratura judicial portuguesa».

Precisamente o principal aspecto a realçar na argumentação do acórdão de 23 de Julho de 1907 do Supremo Tribunal de Justiça consiste no modo como nele se adquire consciência do problema da posição do poder judicial quanto ao controlo da constitucionalidade das leis no contexto mais vasto do equilíbrio de poderes adoptado na Constituição. E essa é, talvez, a lição mais interessante deste acórdão, porque ela permite compreender, afinal, as verdadeiras razões pelas quais o sistema difuso de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis se revelou igualmente decepcionante no regime parlamentar de 1911 e no regime corporativo do Estado Novo e não logrou, apesar de tudo, afirmar-se na vigência da Carta. Aliás, a posição do poder judicial em face do equilíbrio de poderes expresso em cada texto constitucional permite compreender o facto paradoxal, já mencionado, de a fiscalização judicial da constitucionalidade ser porventura menos efectiva nas Constituições de 1911 e 1933, apesar de nelas ter sido consagrada (embora com restrições, em ambos os casos, que a tornavam praticamente inoperante: assim, na Constituição de 1933 eram excluídas do âmbito do controlo difuso as questões de inconstitucionalidade orgânica e formal; na Constituição de 1911 excluía-se a possibilidade de os tribunais conhecerem officiosamente da constitucionalidade das normas nos feitos submetidos ao seu julgamento) do que nos últimos anos de vigência da Carta, que justamente a não chegou a contemplar.

Na verdade, a Constituição de 1911 adoptou contra a prática dos decretos ditatoriais um remédio mais radical do que a introdução da fiscalização da constitucionalidade das leis: consistiu ele no agravamento da onipotência parlamentar e no enfraquecimento substancial dos poderes do executivo, através da introdução de um parlamentarismo de assembleia. Neste contexto, era difícil aos tribunais intervirem através da fiscalização da constitucionalidade das leis como agentes de um equilíbrio dos poderes porque não havia pura e simplesmente poderes a equilibrar. Em face de um parlamento perante o qual se dobrava o executivo, o poder judicial tinha naturais dificuldades de afirmação.

Em 1933 adoptou-se o caminho exactamente inverso, quando se consagrou na letra da Constituição o sistema da legislação ditatorial sedimentado ao longo dos 68 anos de vigência da Carta. Pode, com efeito, afirmar-se que a principal fonte de inspiração do sistema de repartição de competências legislativas entre o parlamento e o governo é, no fim de contas, a “praxe política e parlamentar” do regime da Carta, na expressão do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. E não é assim de estranhar que os conceitos de “urgência” e “necessidade” utilizados no § 1.º do artigo 15.º do primeiro Acto Adicional à Carta, como expressão visível e formalmente consagrada daquela alegada praxe, sejam também utilizados no artigo 108.º,

n.º 2, da Constituição de 1933, ou que o instituto da ratificação dos decretos-leis fosse formalizado através desta última norma. É claro que neste contexto, e atendendo desde logo à prática constitucional e à preponderância do poder executivo que ela definitivamente consagrou, era duvidoso também que se pudesse falar do sistema de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade como peça activa de um mecanismo de equilíbrio de poderes consolidado. Por outras palavras, era duvidoso, uma vez mais, existirem condições que permitissem aos tribunais, através do controlo judicial da constitucionalidade, desempenharem um papel activo no equilíbrio dos poderes do Estado, já que o Governo e o Presidente do Conselho assumiam uma preponderância tal que nem sequer o Chefe de Estado se encontrava em condições de apelar de forma eficaz. Se dúvidas houvesse quanto às condições para o desempenho desse papel por parte dos tribunais, logo o parágrafo 1.º do artigo 122.º da Constituição de 1933 se encarregou de as dissipar, excluindo do âmbito do controlo difuso as questões de inconstitucionalidade orgânica e formal.

Assim, só na vigência da Constituição de 1976, em que o sistema de governo introduziu uma paridade real entre o executivo e o legislativo, com esquemas efectivos de controlo mútuo, foram criadas condições para a afirmação do controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis. Não é deste molde, motivo para admiração que a efectivação desse controlo se afigure mais difícil naquelas democracias constitucionais em que ainda hoje é maior o grau de interdependência entre os poderes executivo e legislativo, como sucede no parlamentarismo britânico. Não é igualmente de admirar que num sistema constitucional em que o poder moderador se definia como aquele ao qual incumbia incessantemente velar “sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos”, segundo dispunha o artigo 71.º da Carta, o poder judicial não haja logrado reclamar, em última análise, o seu lugar de pleno direito no funcionamento dessa complexa maquinaria que simultaneamente estabelece forças centrípetas e centrífugas no exercício dos diferentes poderes do Estado e, ao fazê-lo, realiza aquele que é o principal desiderato do constitucionalismo: a limitação do poder.

Uma última nota: têm-se levantado vozes ultimamente, quer no sentido de substituir o modelo misto de fiscalização de constitucionalidade pelo modelo concentrado de tipo europeu de reenvio prejudicial, eventualmente acompanhado pela introdução de um recurso de amparo, quer no sentido do regresso a um sistema difuso⁸. Pois bem, a estas duas tentações contrárias, julgamos poder afirmar que a lição da história nos diz o seguinte: o acesso à Constituição pelo juiz comum ou, se se preferir, a ideia segundo a qual este é tam-

⁸ Sobre estas, cfr. a síntese crítica de Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, Tomo II, *O Contencioso Constitucional Português entre o Modelo Misto e a Tentação do Sistema de Reenvio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 967 ss.

bém um juiz constitucional, está presente logo na origem do constitucionalismo no nosso País; ao mesmo tempo esse acesso apenas se consolidou a partir do momento em que se tornou efectiva a acção do Tribunal Constitucional. A construção da justiça constitucional em Portugal não pode pois prescindir de nenhum dos dois.