

FISCALIZAÇÃO JURÍDICA DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (*)

por Macaista Malheiros

Após as brilhantes intervenções dos nossos colegas esta minha curta exposição terá pouco interesse para V. Exas. Espero, apenas, que ela tenha o mérito de provocar outras tantas intervenções.

A ideia desta exposição resultou de vários trabalhos em comum com o dr. José Augusto Rocha, trabalhos esses em que deparámos com disposições legais que considerámos materialmente inconstitucionais, como, aliás, outros e mais brilhantes advogados já tinham defendido. Infelizmente, porém, não conseguimos convencer ainda os doutos magistrados que têm assento no mais alto Tribunal.

A nossa intervenção foi dividida em duas partes. O dr. José Augusto Rocha apresentará a sua comunicação na próxima sessão, à qual a minha servirá de modesta introdução (**).

A escolha do tema «Fiscalização judicial da constitucionalidade das leis» deve-se ao seguinte raciocínio:

Para nós, advogados, mais do que os grandes princípios legais interessa-nos a forma como esses princípios podem fun-

(*) Comunicação ao Instituto da Conferência de Lisboa da Ordem dos Advogados, na sessão de 1-4-1971.

(**) *N. da R.* — Não recebemos, a tempo de ser publicado no presente volume, o texto da comunicação do dr. José Augusto Rocha.

cionar na prática; quais os mecanismos jurídicos à nossa disposição para reagirmos contra as violações da lei.

Ora a Constituição é uma lei como qualquer outra; no entanto a observância dela pouco ou nada tem sido fiscalizada pelos tribunais.

O Direito Constitucional, ao qual em última análise todas as outras disciplinas jurídicas podem ir buscar alguns princípios básicos, foi considerado sempre uma disciplina teórica e destituída de interesse prático.

Acontece pois, que os nossos tribunais sempre consideraram com pouco interesse a sua função de fiscalizar o respeito das leis pelos princípios consignados na Constituição.

Mas a Constituição no seu art. 123 dispõe:

«Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar leis, decretos ou quaisquer outros diplomas que infrinjam o disposto nesta Constituição ou ofendam os princípios nela consignados.»

Para o Ultramar a lei orgânica atribui competência exclusiva ao Conselho Ultramarino para conhecer do incidente de inconstitucionalidade.

Na Metrópole, o poder de decidir sobre a constitucionalidade das leis pertence pois, ainda, a todos os tribunais, desde os julgados municipais ao Supremo Tribunal de Justiça.

No entanto, e como diz o Prof. Marcello Caetano, ficou realmente sem efeito tão importante poder conferido aos tribunais (*A Constituição de 1933*, 2.^a ed., p. 159). Concordamos com o ilustre autor quanto a esta conclusão, mas discordamos no que diz respeito às razões com que justifica esta abstenção dos tribunais.

A constitucionalidade é, em abstrato, uma violação da lei e é nesta perspectiva que o problema deve ser abordado, sem quaisquer preconceitos políticos.

Distinguem-se normalmente 3 formas de inconstitucionalidade: orgânica, formal e material.

A Constituição dispõe que os tribunais não poderão conhe-

cer da inconstitucionalidade orgânica ou formal dos diplomas promulgados pelo Presidente da República.

Assim os tribunais podem e devem conhecer:

- da inconstitucionalidade material de todos os diplomas legais (desde as posturas camarárias até às leis da Assembleia Nacional);
- da inconstitucionalidade orgânica ou formal de todos os diplomas excepto os promulgados pelo Presidente da República.

É evidente que os mais importantes destes poderes são os que dizem respeito à fiscalização do respeito pelos princípios materiais contidos na Constituição.

Sobre este ponto parece que interessa reter o seguinte:

Os diplomas legais são inconstitucionais desde que infringam o disposto na Constituição ou ofendam os princípios nela consignados.

Não é difícil deduzir daqui que os tribunais tinham a obrigação de pesquisar o sentido último da Constituição e fiscalizar o seu cumprimento pelo Governo.

A este respeito importa salientar alguns dos princípios do dispositivo constitucional.

O art. 4 da Constituição dispõe que a soberania é limitada, e consequentemente os órgãos que a exercem:

- na ordem interna, pela moral e o direito;
- na ordem internacional, pelos tratados e pelo direito internacional.

Os tribunais devem pois declarar inconstitucionais as leis que forem imorais ou contra o Direito.

E qual é o «Direito» que serve de limite para os órgãos da soberania?

Louvemo-nos ainda no distinto constitucionalista que governa o País:

«O segundo limite interno da Soberania é o Direito. Não diz a Constituição de que espécie de Direito se trata, pelo que o intér-

prete está autorizado a entender que se refere a todo o Direito, quer natural, quer positivo, e de facto, no n. 1 do art. 6 discrimina-se a Justiça, da Lei.» (*Ciência Política e Direito Constitucional*).

Parece, pois, não haver dúvidas de que as leis que violem as normas elementares de justiça são inconstitucionais.

Os tribunais devem, pois, declarar inconstitucionais as leis que forem injustas, que violem o direito natural, os princípios elementares de justiça.

Mas... o que interessa sempre e afinal é o modo como as instituições jurídicas funcionam.

Assim o Estatuto Judiciário veio declarar:

«Os juizes não podem deixar de aplicar a lei sob pretexto de que ela lhes pareça imoral ou injusta;»

e o Código Civil no seu art. 8 vem repetir que:

«O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob o «pretexto» de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.»

E os Profs. Antunes Varela & Pires de Lima vêm logo, apressadamente, dizer no seu comentário (*Código Civil anotado*, p. 15):

«O art. 4 da Constituição Política, que fixa como limites da soberania do Estado o direito e a moral, constitui, na última parte, um princípio de carácter programático, dirigida ao legislador e não ao julgador.»

«Programático»? Mas pode alguma vez aplicar-se esta qualificação ao art. 4?

Não é a Constituição bem clara ao dizer expressamente que «não podem os tribunais aplicar leis, decretos ou quaisquer outros diplomas que... ofendam os princípios nela consignados»? — Os princípios nela consignados, sublinhamos.

Assim, para impedir o funcionamento do art. 123, no que respeita à inconstitucionalidade material, parece que bastaria, segundo os referidos autores, apelar o preceito constitucional violado de «programático».

Não pode ser assim!

O art. 110 do Estatuto Judiciário e o art. 8 do Código Civil não podem ter tão vasto campo de aplicação, ou então seriam eles próprios inconstitucionais.

Os tribunais não deixam de aplicar a lei injusta com o «pretexto» de ser injusta. Não a aplicam porque inconstitucional. Não se trata de um «pretexto», trata-se da declaração de inconstitucionalidade duma norma jurídica.

Os tribunais limitam-se neste caso a verificar a conformidade duma certa norma com outra norma hieràrquicamente superior e com os princípios nela consignados.

Os artigos citados não impedem pois os tribunais de declarar inconstitucionais as normas imorais ou injustas.

Mas..., apesar desta clareza, ainda recentemente vimos um acórdão, de que aliás foi relator um dos mais brilhantes juizes do S. T. J., o conselheiro Vera Jardim, onde se dizia em relação ao art. 8 do Código Civil:

«É este preceito de tal modo claro que não há considerações por mais brilhantes que sejam, nem citações por mais autorizadas que se considerem, que possam alterar o rumo do julgador.»

Assim se demite o S. T. J. da sua alta função de fiscalizar o cumprimento dos princípios consignados na Constituição.

Como se explica esta atitude da jurisprudência?

Teòricamente é a adesão a um positivismo formalista incapaz de ultrapassar a letra estreita do comando legal.

Adesão esta tanto mais estranha e contraditória quanto é certo que na sua maioria os autores e os juizes se dizem defensores de um jusnaturalismo de base cristã.

Jusnaturalismo teòrico.

Positivismo na prática.

São as chamadas contradições internas...

Nem se diga, como diz o conselheiro Vera Jardim, que a recusa de obediência à lei injusta tem dois gumes e que ao julgador tanto poderá, eventualmente, parecer injusta a lei desfavorável como a lei favorável.

Em primeiro lugar não se trata de «recusa de obediência à

lei», expressão que assusta os bons burgueses; trata-se tão só de julgar a conformidade dum diploma legal com os princípios elementares de justiça. É uma operação jurídica; e o facto de estarem ou poderem estar em jogo considerações políticas não lhe tira o carácter estritamente legal e jurídico.

Quanto aos dois gumes de que fala o sr. cons. Vera Jardim — admitindo sem conceder, que assim fosse — qual é o preferível: uns tribunais que acertam umas vezes e erram outras, ou uns tribunais que lavam as mãos do problema?

Não parece que assim caíssem todas as garantias, antes pelo contrário, a experiência mostra que o art. 110 do Estatuto e o art. 8 do Código Civil no entendimento que lhes dá a doutrina e a jurisprudência servem, sim, para diminuir ainda mais as garantias, inclusivamente aqutela garantia fundamental que o jusnaturalismo cristão sempre defendeu (vide Prof. Marcello Caetano: *Manual de Ciência Política*, 5.^a ed., p. 264 e ss. e p. 296 e ss.: O direito de resistência às leis injustas).

Como se explica o desinteresse da jurisprudência perante o problema da constitucionalidade material das leis?

Diz o Prof. Marcello Caetano que isso será devido à dispersão, ao facto de todos os tribunais poderem conhecer da inconstitucionalidade.

Salvo o respeito devido, não concordamos.

Não nos parece que atribuir a competência para conhecer da inconstitucionalidade a um tribunal especial (mais um), — O Prof. M. Caetano sugere o de Conflitos — resolva o problema.

O problema não é de leis, é de homens que as executam e prende-se com o problema da Organização Judiciária. Daremos apenas um exemplo:

O recrutamento dos *juizes* faz-se nos tribunais comuns a partir dos delegados do procurador da República.

E os primeiros anos da carreira marcam muito; é frequente vermos nos nossos juizes aquilo que autores anglo-saxónicos chamam «persecution mind», o espírito acusatório.

E, além disso, os juizes entram e saiem da Magistratura Judi-

cial para o Ministério Público. Há até um tribunal da 1.^a instância onde o acusador é um juiz.

O espírito de independência característico da Magistratura Judicial tem necessariamente de desaparecer quando os juizes mudam para as funções de Ministério Público, mas é muito difícil de reaparecer quando se ingressa ou regressa do Ministério Público para a Magistratura Judicial.

É o próprio Prof. Marcello Caetano que reconhece (*A Constituição de 1933*, p. 150) que «estão muito facilitadas as comissões de serviço de magistrados judiciais para funções administrativas (entre as quais as do Ministério Público) que por prejudicarem a formação do Juiz e poderem constituir instrumento de favor do Governo deveriam ser em absoluto proibidas». A solução só pode ser a reforma da organização judiciária de modo a reforçar em termos efectivos a imparcialidade e independência dos juizes.

Alguns princípios fundamentais a que essa reforma devia obedecer seriam em minha opinião os seguintes:

- Introdução do sistema do júri para certos casos;
- Separação das carreiras da Magistratura Judicial e do Ministério Público;
- Recrutamento dos juizes mais amplo e tendo mais em atenção a capacidade de julgar, a independência e a probidade;
- Remunerações compatíveis com a dignidade da função.