

Comentário à Constituição de 29 de Agosto de 1911, Coimbra, 1913

José Ferreira Marnoco e Sousa

248. O poder judicial tem sido considerado pelos constitucionalistas franceses um ramo do poder executivo.

Esta doutrina ainda foi ultimamente sustentada por um espirito brilhante, Barthélemy, nos seguintes termos: Fazer leis, fazel-as executar, eis em boa logica dous termos entre os quaes, ou ao lado dos quaes, não é possivel haver logar para outro. Este acto particular *interpretar as leis em caso de conflicto* faz necessariamente parte do acto geral *fazer executar a lei*. Para fizer executar a lei, é necessario dar-lhe uma significação precisa; ou se lhe dê esta significação fora de qualquer controversia ou se lhe assigne depois de discussão e segundo um processo, como fazem os juizes, não é afinal o mesmo acto que se realiza, tão intimamente ligado á execução, que se não pode separar della? Isto ainda é mais rigoroso nos regimens modernos, onde a auctoridade judiciaria é especialmente desprovida do direito de dar ás leis interpretações geraes, tendo o valor de regras.

Contra esta theoria, porem, devemos observar que o poder judicial declara o direito nos casos particulares, cooperando até para a sua criação, quando a lei é obscura e contradictoria, e por isso deve constituir uma emanação directa da soberania e não uma derivação do poder executivo. Alem desta differença, muitas outras podemos notar entre o poder executivo e o judicial, visto os actos do primeiro se referirem ao futuro, serem tomados por iniciativa propria, terem um

caracter mais ou menos discricionario, e os actos do segundo se referirem ao passado, serem realizados em virtude de provocação das partes e serem de direito estricto. A distincção destes poderes é justamente considerada por Mortara como a corôa gloriosa do majestoso edificio do Estado moderno.

Por seu lado, De Greef sustenta que as constituições modernas já não correspondem á realidade das cousas, quando enumeram entre os poderes do Estado o poder judicial. Este poder tende a perder o seu caracter de poder e a transformar-se em funcção social, pela sua integraçãõ nos differentes aggregados sociaes, que constituem o superorganismo collectivo. É assim que na familia encontramos os conselhos de familia, exercendo em larga escala a funcção judicial, e no aggregado commercial vemos tribunaes especiaes para julgar de materia exclusivamente mercantil. Parece-nos, porem, que De Greef interpreta mal os factos. Nos exemplos que adduz vemos tribunaes especiaes exercendo as suas funcções sempre sob a fiscalizaçãõ e direcção suprema do poder judicial. A tendencia até em muitas legislações, como na italiana, é para acabar com todos os tribunaes especiaes, o que contradiz abertamente a doutrina de De Greef. O proprio De Greef reconhece que não se tracta dum phenomeno universal, mas dum phenomeno particular (¹).

249. O poder judicial, precisa, primeiro que tudo, de ser independente. A independencia do poder judicial, como a de todos os outros poderes, encontra-se consignada no artigo 6.º.

A independencia do poder judicial deve referir-se ás suas funcções, consistindo, por isso, em as suas decisões não poderem ser invalidadas e as suas attribuições não poderem ser absorvidas pelos outros poderes. Daqui deriva que a independencia do poder judicial não se pode intender no sentido da completa emancipação dos outros poderes do Estado, consentindo mesmo a fiscalizaçãõ do poder executivo sobre os seus actos.

A independencia é principalmente assegurada com o modo de nomeaçãõ e com a inamovibilidade. Tem de ser interpretada em harmonia

(¹) Dr. Fernandes, *Estudos de organizaçãõ administrativa*, pag. 38; De Greef, *Introduction à la sociologie*, vol. II, pag. 321; Barthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, pag. 11; Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, pag. 400.