

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer processo eletrônico, mecânico ou fotográfico, incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia do editor.

Excetuam-se as transcrições de curtas passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão das ideias e opiniões contidas no livro. Esta exceção não pode, no entanto, ser interpretada como permitindo a transcrição de textos em recolhas antológicas ou similares, da qual possa resultar prejuízo para o interesse pela obra.

Os infratores são passíveis de procedimento judicial, nos termos da lei.

**PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ**

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

# **LEI E SENTENÇA**

**SEPARAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIAL  
NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA**

*(Volume I)*



**AA FDL**  
EDITORA

Lisboa / 2017

**Ficha Técnica**

**Título:**

Lei e Sentença – Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa  
(Volume I)  
AAFDL – 2017

**Autor:**

Pedro Fernández Sánchez

**Edição:**

AAFDL  
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

**Impressão:**

AAFDL

xxxxxxxxxxxxx / 2017

## RESUMO

A presente investigação tem por objecto a reconstrução dogmática da fronteira da separação dos poderes legislativo e judicial na Constituição Portuguesa, partindo da percepção acerca do modo como, durante o constitucionalismo português, se procedeu à recepção de diferentes variantes da doutrina da separação dos poderes legislativo e judicial, seleccionando-se um repositório de soluções que se encontravam disponíveis no património histórico ocidental mas que foram objecto de mutações para sua adaptação às realidades específicas portuguesas, dando origem ao sistema híbrido presente na Constituição vigente.

Observa-se, como pressuposto inicial da investigação, a ideia-chave da inexistência de um conceito ideal e unitário de separação de poderes, a que cada Constituição esteja predestinada a recorrer, aceitando-se que cada sistema de separação de poderes vigente num dado momento e numa dada comunidade política corresponde àquele que tiver sido escolhido e positivado nas estruturas normativas aprovadas pelo poder constituinte. Este estudo é, portanto, na sua essência, de perfil dogmático-positivo, determinando a fronteira legislativa-jurisdicional traçada *in concreto* pela Constituição vigente.

Contudo, o percurso da investigação demonstra que as realidades normativas constitucionais consistem no produto de uma simples *escolha* que o constituinte realizou entre distintas opções que se encontravam disponíveis em repositórios anteriores. Assim, entender o sistema vigente significa, sobretudo, entender o significado que o normador de 1976 imputou a soluções pré-existentes. Por isso se parte deste pressuposto básico: estudar o sistema de inter-relacionamento entre funções e órgãos legislativos e jurisdicionais da Constituição de 1976 não significa estudar o sistema *criado* em 1975-1976, mas sim o sistema *recombinado* a partir de contributos *pré-existentes* em que o constituinte se inspirou.

Esse trabalho permite identificar os factores que presidiram à *escolha constituinte específica* de manutenção, como base do sistema constitucional vigente, de uma variante legicêntrica de separação de poderes que dominou cada Constituição portuguesa anterior, sem prejuízo de a obra de 1975-1976, reflectindo o seu sistema axiológico compósito e incongruente na Constituição organizatória, ter recolhido novos elementos, próprios de uma variante de matriz judicialista, não facilmente coadunáveis com aquela base legicêntrica.

O resultado da obra compósito do constituinte consiste numa *fronteira atípica de separação dos poderes legislativo e judicial*, cujos elementos disruptivos devolvem ao intérprete a pesada tarefa de densificar a linha de demarcação entre funções e órgãos legislativos e jurisdicionais.

**Descritores:** separação de poderes; lei / legislador; sentença / juiz; constituição; dignidade da pessoa humana; soberania



*In memoriam*

José María Fernández Sánchez  
Pedro Saraiva do Amaral  
Iracema dos Anjos da Costa do Amaral

## NOTA PRÉVIA

A presente obra corresponde, no essencial, e com ligeiras alterações, à dissertação de doutoramento em Direito, no ramo de Ciências Jurídico-Políticas, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em Julho de 2014 e discutida em 6 de Outubro de 2015 perante um júri composto pelos Senhores Professores Pedro Pais de Vasconcelos (Presidente), Nuno Piçarra (Arguente), Marcelo Rebelo de Sousa, Paulo Otero (Orientador), Carlos Blanco de Moraes (Arguente) e Luís Pereira Coutinho, sendo objecto de qualificação com a nota de Aprovado com Louvor e Distinção por unanimidade (18 valores). Por ser o fruto de uma investigação com um propósito académico específico, entendeu-se conveniente manter o essencial do seu teor, sem prejuízo de ligeiras correcções, não obstante a circunstância de terem entretanto sido publicados, no nosso país, novos estudos de elevadíssima qualidade no plano jurídico-constitucional, os quais, porém, não puderam ser considerados sob pena de atrasar excessivamente a presente publicação. Por esse motivo, a bibliografia e a jurisprudência indicadas mantêm-se actualizadas apenas até Julho de 2014.

No momento em que publico a presente obra, não poderei deixar de agradecer a um conjunto de pessoas que me acompanharam ao longo de um percurso difícilíssimo, em que em repetidas ocasiões as forças físicas e anímicas pareciam faltar, e no qual o seu contributo foi decisivo para levar esta obra de resistência até ao seu final.

Desde logo, as minhas primeiras palavras têm de ser obrigatoriamente dirigidas ao Senhor Professor Paulo Otero, que, além de me ter acompanhado desde a minha licenciatura e de ter aceite o pesado encargo da orientação desta tese, ultrapassou quaisquer deveres académicos e científicos que lhe incumbissem durante essa orientação e – acrescentando a todos os caminhos que me abriu no plano científico da investigação – assumiu, além disso, um espírito de entrega *personal* para me dotar da força anímica suficiente para concluir esta obra, ultrapassando os momentos mais difíceis em que estive perto de desistir. O Senhor Professor Paulo Otero deixou de ser um orientador para ser um verdadeiro amigo, e nenhuma palavra será suficiente para expressar a minha gratidão por isso. Devo igualmente agradecer aos Senhores Professores Nuno Piçarra e Carlos Blanco de Moraes, que, tendo aceite o encargo da arguição desta tese, formularam valiosas (e justíssimas) críticas e observações que pude aproveitar para a conclusão da versão final desta obra. Esse contributo dos dois referidos Mestres do Direito Constitucional Português acresceu ao impacto que a sua obra científica já tinha produzido, desde os seus momentos iniciais, sobre esta investigação, tendo em conta a importância que os seus estudos – incidentes, respectivamente, sobre a temática da separação de poderes, de um lado, e sobre as temáticas da construção do estatuto formal do acto legislativo e da justiça constitucional, de outro lado – desde cedo assumiram para me abrir linhas de estudo que – como facilmente se depreenderá pela leitura das suas páginas – marcaram profundamente esta dissertação.

A conclusão desta dissertação implica outrossim um agradecimento à Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, que se assume como escritório de advocacia único no panorama português, por *levar a sério* a intenção de dotar os seus advogados de condições reais de compatibilização entre a prática profissional e a investigação académica. Os métodos de trabalho e de investigação aprendidos durante dez anos neste escritório mostraram-se cruciais para a conclusão da presente obra.

Esse agradecimento, porém, concretiza-se especialmente na pessoa do Senhor Professor José Manuel Sérvulo Correia, que apostou em mim ainda durante a minha licenciatura, que exerceu um profundo impacto na minha vida e na minha carreira através das suas marcantes qualidades humanas e que sempre manteve sobre mim um olhar atento e amigo pelo qual não posso deixar de expressar a minha profunda gratidão.

A minha gratidão é também devida à Dra. Teresa Serra e ao Professor Rui Medeiros, que, desde o início da minha prática da advocacia, expressaram uma constante preocupação pessoal comigo, ultrapassando quaisquer laços profissionais e conduzindo-me com conselhos certos, dados na hora certa, para ultrapassar as dificuldades que ia encontrando.

Contudo, não tenho dúvidas em afirmar que ninguém até hoje exerceu um impacto tão profundo no meu crescimento tanto enquanto advogado quanto enquanto investigador como o Dr. João Amaral e Almeida, meu patrono no estágio de advocacia entre 2005 e 2008, e com quem, até ao dia de hoje, continuo a aprender em cada trabalho que realizamos em conjunto. A sua paciente capacidade de ensino, acompanhada por uma profunda preocupação pessoal, ajudou-me a entender a importância de imprimir rigor e seriedade em cada trabalho em que me envolvo, tendo os seus métodos de estudo e de investigação sido cruciais para a minha formação e para a conclusão desta dissertação.

No plano pessoal, devo igualmente agradecer ao Marco Caldeira, à Sophia Martin, ao Ricardo Branco, ao Lino Torgal e ao Duarte Rodrigues Silva, bem como, já na parte final da preparação da arguição da tese, ao José Duarte Coimbra, pelos conselhos valiosos, pela amizade sempre demonstrada e pela força que me deram, em diferentes momentos da investigação, para não baixar os braços em alturas em que não conseguia ver a «luz ao fundo do túnel» e supunha ser já impossível concluir com sucesso o demorado percurso em que me tinha embrenhado.

A minha mais sentida e emocionada gratidão dirige-se, todavia, à minha família, que teve de suportar o meu alheamento e as minhas ausências durante longos cinco anos e que criou as condições sem as quais teria sido inimaginável elaborar a dissertação. À minha Esposa, Elisabete, agradeço os sacrifícios que teve de suportar enquanto serviu de inabalável esteio para mim e me deu, dia após dia, como amiga, confidente e companheira, a força anímica necessária para não desistir. O mérito que possa estar envolvido neste trabalho é mais seu do que meu. E à minha Mãe, Judite, além de tudo o que me ensinou e dos valores que me incutiu, que me fizeram crescer tanto como pessoa quanto como investigador, agradeço a forma como resistiu, tantas vezes sem a



minha presença, a alguns dos momentos mais difíceis da sua própria vida, sacrificando-se também para tornar possível a conclusão desta obra.

Por fim, gostaria neste momento de recordar a memória do meu Pai, José María Fernández Sánchez, e dos meus avós, Pedro Saraiva do Amaral e Iracema dos Anjos da Costa do Amaral, verdadeiras referências morais para todos os que os conheceram, que me moldaram enquanto pessoa e cujos valores me ensinaram a ser quem sou. Mesmo depois de suportar a sua dolorosa ausência, a sua memória mantém-se viva comigo, guiando-me em cada momento e constituindo um marco que guia a minha vida até o dia em que nos voltaremos a encontrar.

## PLANO DA OBRA

- VOLUME I – A RECEPÇÃO DAS VARIANTES DA DOUTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS ANTERIOR A 1974**
- Capítulo I – Os pressupostos das escolhas constituintes portuguesas: a formação das variantes opostas da doutrina da separação dos poderes legislativo e judicial
- Capítulo II – Antecedentes nacionais necessários à compreensão das soluções positivadas nas Constituições Portuguesas: separação ou indiferenciação de funções legislativas e jurisdicionais nos esquemas anteriores ao Liberalismo
- Capítulo III – Pressupostos axiológicos e soluções orgânico-funcionais escolhidos no constitucionalismo monárquico
- Capítulo IV – O choque entre os alicerces do constitucionalismo português na I República: o difícil enquadramento do poder judicial num sistema legicêntrico
- Capítulo V – A renovação e governamentalização da variante legalista da separação de poderes como principal herança do Estado Novo para a III República
- VOLUME II – SEPARAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**
- Capítulo VI – A busca da *Ideia de Direito* fundamentadora da nova ordem constitucional: da formação de rupturas intra-revolucionárias até à formulação de uma Constituição compósita
- Capítulo VII – Concretização da Constituição axiológica pela *Constituição organizatória*: reunião de traços das subvariantes de Montesquieu e Rousseau para formação de uma Teoria da Lei própria de um Estado-Transformador
- Capítulo VIII – A fronteira legislativa-jurisdicional: coabitação entre esquemas judicialistas e anti-judicialistas de separação de poderes como reflexo da querela interna da Constituição Portuguesa

**VOLUME I**

**A RECEPÇÃO DAS VARIANTES DA DOCTRINA DA  
SEPARAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIAL NO  
CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS ANTERIOR A 1974**

**ÍNDICE DO VOLUME I**

Resumo	5
Nota Prévia	8
Plano da obra	11
Índice do Volume I	12
Abreviaturas e siglas	17
§ 1.º Introdução, razão de ordem e observações metodológicas prévias	21
§ 2.º Problema prévio: a insuficiência das opções expressas no texto constitucional para apreensão do sistema português de separação de poderes	32

**CAPÍTULO I – OS PRESSUPOSTOS DAS ESCOLHAS CONSTITUINTES PORTUGUESAS:  
A FORMAÇÃO DAS VARIANTES OPOSTAS DA DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES  
LEGISLATIVO E JUDICIAL**

§ 3.º Gênese e evolução das variantes da doutrina da separação dos poderes legislativo e judicial	
A) Sequência	57
B) Origens remotas de dois padrões constitucionais opostos e das respectivas variantes de separação legislativa-judicial	
B1) Formação do padrão de matriz juspersonalista e do embrião das fórmulas de separação de órgãos e funções na variante destinada à limitação da lei	58
B2) Formação do padrão oposto de matriz idealista e estatocêntrica: as raízes platónicas do modelo de totalitarismo legalitário	64

C) As duas propostas de fusão de padrões civilizacionais distintos como fontes dos futuros Estado legalitário e Estado de direitos fundamentais	
<b>C1)</b> A primeira tentativa de fusão: o sistema agostiniano como fonte comum dos modelos de Estado legalitário	73
<b>C2)</b> A segunda tentativa de fusão: o sistema tomista como fonte comum do futuro Estado de direitos fundamentais	79
D) Transição para a Modernidade Constitucional pela formação de uma teoria da separação de órgãos e funções destinada à libertação da <i>voluntas</i> legislativa em face da <i>iusdictio</i>	
<b>D1)</b> O papel da Escolástica franciscana e de MARSÍLIO DE PÁDUA na neutralização da Constituição social judiciária e na formação de uma separação de órgãos e funções de vocação legalitária	84
<b>D2)</b> A estruturação legalitária do modelo de Estado soberano por BODIN, SUÁREZ, GRÓCIO e HOBBS	88
E) A resposta lockeana na gestação de uma variante anti-legalista da doutrina da separação dos poderes	102
§ 4.º Os dois principais pontos de chegada da variante legalista da doutrina da separação de poderes	
<b>A)</b> A subvariante montesquevina	106
<b>B)</b> A subvariante rousseauniana	119
<b>C)</b> Lições a reter quanto à complementaridade entre as duas principais subvariantes da variante legalista de separação de poderes	129
§ 5.º Modelos de referência para a concretização jurídico-positiva das variantes da doutrina da separação de poderes	
<b>A)</b> Modelo de referência na concretização da variante judicialista pela experiência norte-americana	
<b>A1)</b> Da escolha de uma base axiológica juspersonalista à construção de uma variante contra-maioritária de separação de poderes	131
<b>A2)</b> Em especial, os traços de uma Constituição judicialista e a mitologia da sua fundamentação democrática	141
<b>B)</b> Modelo de referência na concretização da variante legalista pela experiência francesa	
<b>B1)</b> Os pressupostos axiológicos da escolha de uma separação de poderes legalitária: a exigência de refundação do Estado segundo um projecto idealista platónico	149
<b>B2)</b> Recurso inicial à subvariante montesquevina para concretização dos pressupostos idealistas na Constituição organizatória	159
<b>B3)</b> Recurso alternativo à subvariante rousseauniana para manutenção do pensamento anti-judicialista	165

<b>B4)</b> Consolidação da matriz legalitária após a estabilização das instituições republicanas	168
<b>C)</b> Fórmula germânica de adaptação da matriz legalitária a um modelo de legitimação política dualista	177

**CAPÍTULO II – ANTECEDENTES NACIONAIS NECESSÁRIOS À COMPREENSÃO DAS CONSTITUIÇÕES PORTUGUESAS: SEPARAÇÃO OU INDIFERENCIAÇÃO DE FUNÇÕES LEGISLATIVAS E JURISDICIONAIS NOS ESQUEMAS ANTERIORES AO LIBERALISMO**

§ 6.º Antecedentes iniciais: a surpreendente convivência de matrizes constitucionais opostas e a resiliência da constituição social-judiciária até às portas do Iluminismo	186
--	-----

§ 7.º O ponto de viragem pré-liberal com a legislação pombalina: o legicentrismo como consequência organizatória de um projecto ideológico de reforma social	214
--	-----

**CAPÍTULO III – PRESSUPOSTOS AXIOLÓGICOS E SOLUÇÕES ORGÂNICO-FUNCIONAIS ESCOLHIDOS NO CONSTITUCIONALISMO MONÁRQUICO**

§ 8.º A técnica galicista de reaproveitamento da máquina legicêntrica de Poder para a prossecução de um programa ideológico refundador do Estado	227
--	-----

§ 9.º A presença e a necessidade de ponderação entre duas matrizes constitucionais opostas na definição inicial dos traços da nova ordem constitucional de 1820	230
---	-----

§ 10.º A escolha constituinte de 1820-1822: a definição dos traços legicêntricos da Teoria da Soberania na nova ordem constitucional	
--	--

<b>A)</b> A superior aptidão da subvariante montesquevina para resposta às necessidades próprias da adaptação portuguesa da Teoria da Soberania e da obra de regeneração idealista-platónica	249
--	-----

<b>B)</b> O acolhimento da técnica montesquevina para edificar uma força de lei intangível e insindicável por contra-poderes jurisdicionais	260
---	-----

<b>C)</b> A compatibilização da técnica montesquevina de representação paritária da Nação soberana com a dupla primazia da função e do órgão legislativos	268
---	-----

<b>D)</b> A definição dos traços anti-judicialistas da variante legalista da doutrina da separação de poderes acolhida na nova ordem constitucional	290
---	-----

<b>E)</b> Síntese dos elementos orgânico-funcionais da variante legalista da separação de poderes acolhidos em 1822; nota sobre a sua perenidade e consolidação no futuro constitucionalismo português	323
--	-----

§ 11.º Consolidação das opções legicêntricas de 1822 pela sua resistência em ambientes constitucionais adversos: a preservação dos elementos da variante legalista da separação de poderes escolhida durante todo o constitucionalismo monárquico

- A) Razão de ordem: o significado das opções constitucionais posteriores a 1826 para preservação e reforço da variante inicialmente seleccionada pela Constituição vintista 328
- B) A superior coerência do acolhimento da subvariante montesquevina de separação legalista e anti-judicialista de poderes no modelo cartista 333
- C) Idem: concretização nos esquemas orgânico-funcionais de separação-distribuição de poderes 371
- D) Nota sobre a continuidade da variante de separação de poderes escolhida no modelo pactício de 1838 389

#### **CAPÍTULO IV – O CHOQUE ENTRE OS ALICERCES DO CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS NA I REPÚBLICA: O DIFÍCIL ENQUADRAMENTO DO PODER JUDICIAL NUM SISTEMA LEGICÊNTRICO**

§ 12.º A formação de um ambiente (ainda mais) adverso para a justiciabilidade das normas constitucionais: o reforço do legicentrismo na I República 414

§ 13.º O corolário natural do programa político-ideológico republicano: a formação de um sistema de dupla primazia da função e do órgão legislativos 454

§ 14.º A permissão para a fiscalização judicial da constitucionalidade dos actos sob forma de lei como elemento excepcional a compatibilizar com o legicentrismo português 490

#### **CAPÍTULO V – A RENOVAÇÃO E GOVERNAMENTALIZAÇÃO DA VARIANTE LEGALISTA DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO PRINCIPAL HERANÇA DO ESTADO NOVO PARA A III REPÚBLICA**

§ 15.º O paradoxo da reutilização dos instrumentos das experiências constitucionais anteriores para edificação de um programa ideológico contrário: o quadro axiológico e ideológico de OLIVEIRA SALAZAR 534

§ 16.º Definição de uma Constituição axiológica compósita a implementar pelo sistema de separação legalitária de poderes 570

- § 17.º O recrutamento da Constituição como primeiro elemento do projecto ideológico do regime: a Constituição como programa de governo aliado do legislador e não como instrumento defensivo e limitativo do Poder 586
- § 18.º Justificação do peso do acto legislativo na Constituição organizatória: da desconfiança quanto ao mérito das leis até ao reconhecimento do seu papel na execução de um projecto idealista e intervencionista 593
- § 19.º A chave da adaptação do antigo legicentrismo ao Estado Novo como principal herança deixada por SALAZAR à III República: a fórmula de conjugação entre primazia jurídico-funcional da lei e primazia jurídico-orgânica do executivo 600
- § 20.º A estratégia de minimização do contra-poder judicial para protecção do acto legislativo: erosão das condições competenciais, funcionais e orgânico-institucionais de exercício fáctico da função jurisdicional
- A) Razão de ordem: aproveitamento do repositório de medidas da I República para degradação da posição constitucional do poder judicial 660
  - B) Manipulação da efectividade das normas constitucionais: entre a constitucionalização de um programa de governo e a desconstitucionalização de aspectos da protecção jusfundamental 664
  - C) Erosão das condições orgânico-institucionais para o exercício da função jurisdicional: concepção do contra-poder judicial como subordinado do poder político 680
  - D) Plano adicional de expropriação de tarefas materialmente jurisdicionais pelo Governo-Legislator: a redistribuição legislativa de competências para sintonia entre a acção policial e a cobertura de órgãos formalmente jurisdicionais 699
  - E) Apreciação final 722
- § 21.º **Conclusões:** a adaptação evolutiva da concepção legicêntrica de Estado às necessidades programáticas do constitucionalismo português 724

## ABREVIATURAS E SIGLAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
AANC – Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911: de 15 de Junho a 25 de Agosto  
Ab Uno Ad Omnes – Ab Uno Ad Omnes: 75 Anos da Coimbra Editora: 1920-1995  
ACC – Actas da Câmara Corporativa  
ADCL – Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano  
AG – Archivio Giuridico  
AGPh – Archiv für Geschichte der Philosophie  
AHR – American Historical Review  
AIJC – Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle  
AJICL – Arizona Journal of International & Comparative Law  
AöR – Archiv des öffentlichen Rechts  
APDC – Anuário Português de Direito Constitucional  
APSR – American Political Science Review  
Archives Parlementaires – Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Recueil Complet des Débats Législatifs  
& Politiques des Chambres Françaises – Première Série (1789-1799)  
ARSP – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie  
BAC – Biblioteca de Autores Cristianos  
BayVBl – Bayerische Verwaltungsblätter  
BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Biblos – Biblos, Revista da Faculdade de Letras, Universidade de Coimbra  
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça  
BVerfG – Bundesverfassungsgericht  
BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts  
CCTF – Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal  
CDP – Cuadernos de Derecho Público  
CEC / CEPC – Centro de Estudios Constitucionales / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales  
CKLR – Chicago-Kent Law Review  
CMLR – Common Law Market Review  
CoUP – Columbia University Press  
CoUP – Cornell University Press  
CPS – Comparative Political Studies  
CS-RH – Le Contrat Social. Revue Historique et Critique des Faits et des Idées  
CUAP – The Catholic University of America Press  
Cultura – Cultura: Revista de História e Teoria das Ideias  
CUP – Cambridge University Press  
DAC – Diário da Assembleia Constituinte  
DANC – Diario da Assembleia Nacional Constituinte  
DAR – Diário da Assembleia da República  
DCD – Diario da Camara dos Senhores Deputados da Nação Portuguesa  
DCG – Diario das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa (1821-1822)  
DCGEC – Diario das Cortes Geraes, Extraordinarias, e Constituintes da Nação Portuguesa, Reunidas no  
Anno de Mil Oitocentos e Trinta e Sete  
DFJ – Direitos Fundamentais & Justiça  
DJAP – Dicionário Jurídico da Administração Pública  
DLJ – Duke Law Journal  
DÖV – Die Öffentliche Verwaltung  
DUP – Duke University Press  
DVBl – Deutsches Verwaltungsblatt  
EC – Estudios Constitucionales  
ECLR – European Constitutional Law Review  
ED Carvalho Fernandes – Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes



ED Nuno Gomes da Silva – Estudos Dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva  
EDPH Marcello Caetano – Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano  
EH Afonso Queiró – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró  
EH Cardoso da Costa – Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa  
EH Ferreira de Almeida – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida  
EH Francisco Marques – Estudos em Homenagem a João Francisco Marques  
EH Freitas do Amaral – Em Homenagem ao Professor Doutor Freitas do Amaral  
EH Gomes Canotilho – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho  
EH Gonçalves Ferreira – Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho  
EH Heinrich Hörster – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster  
EH Inocêncio Galvão Telles – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles  
EH Jorge Miranda – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda  
EH Manuel Alonso Olea – Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea  
EH Manuel Gomes da Silva – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva  
EH Marcello Caetano – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento  
EH Marques Guedes – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes  
EH Miguel Galvão Teles – Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles  
EH Oliveira Ascensão – Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão  
EH Pitta e Cunha – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha  
EH Ribeiro de Faria – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria  
EH Rogério Soares – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares  
EH Sérvulo Correia – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia  
EH Teixeira Ribeiro – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro  
ELBC – Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura  
ELJ – European Law Journal  
Elliot's Debates – Elliot's Debates (The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption on the Federal Constitution, as Recommended by the General Convention at Philadelphia, in 1787. Together with the Journal of the Federal Convention, Luther Martin's Letter, Yates' Minutes, Congressional Opinions, Virginia and Kentucky's Resolutions of '98-'99, and Other Illustrations of the Constitution)  
EM Castro Mendes – Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes  
EM Marques dos Santos – Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos  
Enciclopédia – J. BACELAR GOUVEIA / F. PEREIRA COUTINHO (coord.), Enciclopédia da Constituição Portuguesa  
E-Pública – E-Pública – Revista Electrónica de Direito Público, acessível em <http://e-publica.pt/>  
ESC – Jorge Miranda (org.), Estudos sobre a Constituição  
ESI – Edizioni Scientifiche Italiane  
Études Contrat Social – Études sur le Contrat Social de Jean-Jacques Rousseau  
EuGRZ – Europäische Grundrechte-Zeitschrift  
EuR – Europarecht  
FCE – Fondo de Cultura Económica  
A Feitura das Leis – JORGE MIRANDA / M. REBELO DE SOUSA (org.), A Feitura das Leis, ed. do Instituto Nacional de Administração  
Fontes e Trabalhos – Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição, ed. de Jorge Miranda  
FP – Futuro Presente. Revista de Nova Cultura  
FS Bundesverfassungsgericht – CHRISTIAN STARCK (org.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht)  
FS 50 BVerfGE – Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht  
FS Gebhard Müller – Festschrift für Gebhard Müller (Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts)  
FS Rodríguez Iglesias – Une Communauté de Droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias  
GC – Giurisprudenza Costituzionale  
GI – Giurisprudenza Italiana  
GLJ – German Law Journal

Homenagem Gonçalves Pereira – Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira  
HPT – History of Political Thought  
JHI – Journal of the History of Ideas  
JPL – Journal of Public Law  
JuS – Juristische Schulung  
LCL – Loeb Classical Library  
Legitimidade da Justiça – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional  
LQR – The Law Quarterly Review  
LRESEE – Lei do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência  
Mélanges Malberg – Mélanges R. Carré de Malberg  
Mélanges Pierre Avril – La République. Mélanges en l’Honneur de Pierre Avril  
MIH – Modern Intellectual History  
MLR – The Modern Law Review  
Moniteur – Réimpression de l’Ancien Moniteur, Seule Histoire Authentique et Inaltérée de la Révolution Française, Depuis la Réunion des États-Généraux jusqu’au Consulat (Mai 1789 – Novembre 1799)  
MUP – Manchester University Press  
NDAC – JORGE MIRANDA (org.), Nos Dez Anos da Constituição  
NDI – Novissimo Digesto Italiano  
NJW – Neue Juristische Wochenschrift  
Nomos – Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (on-line)  
NYULR – New York University Law Review  
OJLS – Oxford Journal of Legal Studies  
OSLJ – Ohio State Law Journal  
OUP – Oxford University Press  
PEA – Publicações Europa-América  
Perspectivas Constitucionais – JORGE MIRANDA (org.), Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976  
PhR – The Philosophical Review  
PMH-LC – Portugaliae Monumenta Historica – Leges et Consuetudines, Academia Real das Ciências Portugal-SPC – M. B. COELHO (coord.), Portugal – O Sistema Político e Constitucional, 1974-1987  
PSQ – Political Science Quarterly  
PSUP – The Pennsylvania State University Press  
PUF – Presses Universitaires de France  
PUP – Princeton University Press  
QC – Quaderni Costituzionali  
RAP – Revista de Administración Pública  
RBraDC – Revista Brasileira de Direito Comparado  
RCEC – Revista del Centro de Estudios Constitucionales  
RCLJ – Revue Critique de Législation et Jurisprudence  
RDC – Rivista di Diritto Costituzionale  
RDCE – Revista de Derecho Constitucional Europeo  
RDE – Revista de Direito e Economia  
RDePr – Revista de Derecho Procesal  
RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais  
RDP – Revista de Direito Público  
RDPF – Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger  
RDPol – Revista de Derecho Político  
The Records – The Records of the Federal Convention of 1787  
REDC – Revista Española de Derecho Constitucional  
REP – Revista de Estudios Políticos  
RevTDP – Revista Trimestral de Direito Público  
RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
RFDUP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto  
RFLUP – Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto

RFSP – Revue Française de Science Politique  
RGA – Revue Générale d'Administration  
RGEC – Revista do Gabinete de Estudos Corporativos  
RHI – Revista de História das Ideias  
RIDC – Revue Internationale de Droit Comparé  
RIDPP – Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale  
RIPh – Revue Internationale de Philosophie  
RJ – Revista Jurídica (da AAFDL)  
RJUI – Revista Jurídica da Universidade Independente  
RISG – Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche  
RivFil – Rivista di Filosofia  
RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência  
RMP – Revista do Ministério Público  
ROA – Revista da Ordem dos Advogados  
RPP – Revue Politique et Parlementaire  
RSAMO – Revue de Science Administrative de la Méditerranée Occidentale  
RT – Revista dos Tribunais  
RTDP – Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico  
RVAP – Revista Vasca de Administración Pública  
SCLR – Southern California Law Review  
SCR – Supreme Court Review  
Scritti Costantino Mortati – Aspetti e Tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in Onore di Costantino Mortati  
Scritti Vezio Crisafulli – In Onore di Vezio Crisafulli, 2 vols., I – Scritti su la Giustizia Costituzionale; II  
– Scritti su le Fonti Normative e altri Temi di Vario Diritto  
SI – Scientia Iuridica  
SLR – Stanford Law Review  
SM Guido Zanobini – Studi in Memoria di Guido Zanobini  
STA – Supremo Tribunal Administrativo  
STJ – Supremo Tribunal de Justiça  
SUP – Stanford University Press  
TC – Tribunal Constitucional  
TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul  
Themis 30 Anos – Themis – 30 Anos da Constituição Portuguesa 1976 – 2006 (Edição Especial)  
35.º Aniversário – Tribunal Constitucional, 35.º Aniversário da Constituição de 1976  
UCaP – University of California Press  
UChP – The University of Chicago Press  
UCLR – The University of Chicago Law Review  
UIP – University of Illinois Press  
UMichP – University of Michigan Press  
UMisP – University of Missouri Press  
UNAM – Universidad Nacional Autónoma de México  
UNCP – The University of North Carolina Press  
UNDP – University of Notre Dame Press  
UNL – Universidade Nova de Lisboa  
UPLR – University of Pennsylvania Law Review  
US – United States Reports  
20 Anos – 20 Anos da Constituição de 1976  
VLR – Virginia Law Review  
VVDStRL – Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer  
XXV Anos – Tribunal Constitucional, XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa  
YEL – Yearbook of European Law  
YLJ – The Yale Law Journal  
YUP – Yale University Press  
ZaW – Zeitschrift für die alttestamentliche Wissenschaft  
ZöR – Zeitschrift für Öffentliches Recht

## § 1.º Introdução, razão de ordem e observações metodológicas prévias

1. A presente investigação tem por objecto a recepção das variantes da doutrina da separação dos poderes legislativo e judicial na Constituição Portuguesa de 1976.

O estudo proposto parte da ideia-chave da inexistência de um conceito ideal e unitário de separação de poderes, a que cada Constituição esteja predestinada a recorrer, aceitando-se que cada sistema de separação de poderes vigente num dado momento e numa dada comunidade política corresponde àquele que tiver sido *escolhido e positivado* nas estruturas normativas aprovadas pelo poder constituinte<sup>1</sup>. Esse estudo é, portanto, na sua essência, de perfil dogmático-positivo, determinando a fronteira legislativa-jurisdicional traçada *in concreto* pela Constituição vigente.

Mas esse perfil é profundamente condicionado por uma segunda ideia-chave, baseada nas lições da História, que orienta toda a investigação a realizar: a de que, ao assumir as suas escolhas, o constituinte não arranca do vazio, mostrando-se enquadrado por um riquíssimo património constitucional anterior, que, na evolução do pensamento ocidental, veio ensaiando métodos para separar e inter-relacionar as actividades legislativa e jurisdicional, bem como os candidatos ao seu exercício, no contexto de uma *dupla estratégia* que tanto visou o propósito de melhorar a eficiência do exercício do Poder quanto visou o propósito de implementar as preferências de cada modelo quanto à prioridade a atribuir ao Poder ou à Pessoa.

Sem despreitar o papel decisionista do legislador constituinte, a investigação não pode desconhecer que as fórmulas de separação entre funções e órgãos legislativos e jurisdicionais vêm as suas origens mais remotas localizadas há cerca de 3.500 anos, encontrando os seus últimos momentos de referência constituídos pela elaboração dos sistemas do barão de MONTESQUIEU e de JEAN-JACQUES ROUSSEAU, na segunda metade do século XVIII, os quais representaram, não pontos de partida de uma doutrina ideal e mitológica da separação de poderes, mas pontos de chegada (*subvariantes de referência*) daquela que se tornou a *variante* dominante (legalitária e anti-judicialista) da doutrina compósita da separação de poderes, que cada uma das Constituições portuguesas, com diferentes matizes e intensidades mas sem excepções, veio a acolher.

Esse fenómeno explica por que a *perspectiva* especificamente escolhida para a investigação é, com rigor, delimitada em razão da *recepção jurídico-positiva* de variantes *previamente* formadas, e não em razão da pura apreciação de um exercício criativo que o legislador constituinte haja desenvolvido no seu trabalho positivador. Investiga-se o sistema constitucional português a partir do trabalho de recepção de realidades prévias e de modelos inspiradores anteriores pelo constituinte – sem minimizar o peso da *decisão* envolvida nesse trabalho e sem esquecer o alcance criativo de tal decisão, desde logo em virtude da necessidade de *escolher* entre modelos históricos radicalmente opostos –, e não a partir de um trabalho de alegada criação *ex nihilo* a que o constituinte pudesse proceder.

---

<sup>1</sup> V., *infra*, § 2.º.