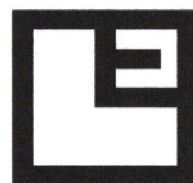


**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2017/2



LVIII

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIII – 2017/2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontificia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETORA

Maria do Rosário Palma Ramalho

COMISSÃO DE REDAÇÃO

David Duarte

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos

Isabel Graes

Miguel Sousa Ferro

SECRETÁRIA DE REDAÇÃO

Rosa Guerreiro

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Dezembro, 2017

Editorial

5 Nota da Diretora

Alessandra Monteiro

7-31 Construir uma justiça global – Que direito e Democracia?
Building a Global Justice – What Law and Democracy?

Emilio Javier de Benito Fraile

33-72 La I Republica Española y el fallido proyecto constitucional de 1873: una experiencia a evitar
The first spanish republic and the failed constitutional project of 1873: an experience to be avoided

Gonçalo de Andrade Fabião

73-99 Posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais
Legal positions resulting from fundamental rights norms

Miguel da Câmara Machado

101-117 What the world needs now is Comparative Law, sweet Comparative Law

Miguel Morales Payán e Isabel Graes

119-164 España y Portugal: Caminos paralelos en busca de la independencia judicial en el siglo XIX

Raineri Ramos Ramalho de Castro

165-203 Direitos fundamentais como trunfos contra a maioria – análise crítica da teoria de Jorge Reis Novais
Rights as trumps – a critical analysis of Jorge Reis Novais' theory

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde

205-212 O artigo 291º do Código Civil e a inoponibilidade a terceiros da nulidade e da anulação do negócio jurídico

Rui Soares Pereira

213-231 Force majeure, *imprévision* and change in circumstances under Portuguese law

España y Portugal: Caminos paralelos en busca de la independencia judicial en el siglo XIX

Miguel Morales Payán* e Isabel Graes**

Resumen: En el presente artículo se pretende comparar la evolución que a lo largo del siglo XIX sufre la organización del poder judicial tanto en España como en Portugal así como el grado de independencia que alcanza respecto de los otros poderes del Estado.

Resumo: O presente artigo tem por objectivo analisar a evolução da organização do sistema judiciário ao longo do século XIX, tanto em Espanha como em Portugal, bem como o grau de independência que o poder judiciário atingiu por comparação com os demais poderes políticos.

Abstract: This article has the purpose to analyse the evolution of the judiciary organization the both in Spain and Portugal during the nineteenth century as well as its level of independence in comparison with the legislative and executive political powers.

Palabras clave: Independencia, Poder judicial, Justicia, Constitución

Palavras-Chave: Independência, Poder judiciário, Justiça, Constituição

Keywords: Independence, Judiciary, Justice, Constitution

* Professor Titular da Universidade de Almería na área de História do Direito e das Instituições, mmorales@ual.es.

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, isabelgraes@campus.ul.pt.

1. Introducción/ Introdução

Analizar el siglo XIX tanto en España como en Portugal es hablar de cambios. Especialmente si nos centramos en el ámbito político-organizativo. Bruscos una vez, de manera más pausada en otras ocasiones, el caso es que si comparamos el modelo heredado del siglo XVIII, una monarquía de corte netamente absolutista, con la que irrumpe en el siglo XX, otra formalmente parlamentaria en el caso de España y una república en el supuesto de Portugal (1910), incontables cosas han cambiado. Han transcurrido cien años que han dado para mucho.

Sob a égide da mudança fundada na proclamação do ideário liberal sustentado por um furor juvenil, as propostas de inovação e renovação sucederam-se em Portugal ao longo do século XIX, em detrimento de um modelo absolutista queurgia banir. A estas características associou-se um conjunto de episódios fracturantes que conferiu uma natureza de extrema fragilidade política à centúria que assistiria à introdução do constitucionalismo na Península Ibérica levando a uma inevitável eclosão em 1910 que alteraria a forma de governo em Portugal.

1.1. España y el siglo XIX

Por lo que se refiere a España, a finales del dieciocho, un Borbón, Carlos IV, estaba al frente de los destinos del país. Al poco de comenzar la pasada centuria, un descendiente de aquél, Alfonso XIII, alcanzaba el trono al llegar a su mayoría de edad. Pero esta continuidad dinástica tan sólo fue aparente. Múltiples discordias por liderar el país, sin embargo, jalonarán el transcurrir del tiempo¹. Así, al esperpéntico episodio de disputa por el trono protagonizado por Carlos IV y su hijo en 1808², le siguió el súbito ascenso de José I Bonaparte, auspiciado, como no podía

¹ Sobre esta cuestión puede consultarse cualquier manual de historia al uso. Sólo se van a destacar algunas cuestiones a tener en cuenta por la temática del artículo en cuestión.

² Nos referimos en concreto al Motín de Aranjuez y los acontecimientos que se derivaron de esta revuelta orquestada por el Príncipe de Asturias y su camarilla hacia mediados del mes de marzo de 1808. Se focalizó en la persona del valido del rey, Godoy, que acabó siendo destituido aunque también trajo consigo la renuncia al trono de Carlos IV a favor de su primogénito, Fernando. No obstante, la sucesión no iba a ser pacífica. Las maquinaciones de los partidarios de uno y otro abrieron la puerta a la intervención de Napoleón como árbitro de la contienda. No fue éste el primer intento de arrebatar el trono a Carlos IV por parte del Príncipe de Asturias. Hay que traer a colación el episodio conocido como la ‘conjura del Escorial’. Acontecida pocos meses antes, durante octubre del año anterior de 1807, se cerró con su arresto como reo de alta traición, aunque después sería per-

ser de otra manera, por su hermano Napoleón³. Una irrupción inesperada que dura pocos años. En 1814 se produce la liberación de Fernando VII de su cautiverio francés. Retorna a nuestro país recuperando las perdidas prerrogativas regias, que ejercerá, ahora sí, de manera ininterrumpida hasta 1833. Tras su muerte será su hija Isabel II la que asuma la ardua tarea de regentar España durante 35 años⁴, de los cuales, los diez primeros lo hizo sólo formalmente pues era menor de edad⁵. En este caso no será una defunción la que ponga fin a su reinado sino la fuerza de las armas. La reina, obligada por las circunstancias revolucionarias, abandona precipitadamente el territorio nacional formándose un Gobierno Provisional con la misión de buscar el candidato idóneo para ocupar el trono vacante. Tarea hartamente

donado por su padre. El resto de los implicados en el intento de cambiar de manos la silla real, la ‘camarilla’ del futuro monarca (Escoiquiz, el duque de San Carlos y el duque del Infantado) fueron desterrados en cambio.

³ Las disensiones en la familia real sobre la titularidad de la Corona propiciaron la intervención del Emperador de los franceses, el cual, supo convencer a los litigantes para que, con diversas tretas, acabaran saliendo del país con destino a la ciudad francesa de Bayona, donde, en teoría, había de recibirlos para intermediar y donde, sin embargo, acabaron retenidos y abdicando de sus derechos (las llamadas ‘abdicaciones de Bayona’): Fernando VII devuelve la corona a su padre Carlos IV, el cual la cede a Napoleón quien, a su vez, se la transmite a su hermano José.

⁴ A finales del año 1829 el rey Fernando VII contrajo un nuevo matrimonio, el cuarto. Hasta ese momento no había tenido descendencia. Poco después, el 31 de marzo de 1830, se promulgaba la Pragmática Sanción. Una disposición en virtud de la cual se derogaba el Auto Acordado de 1713 por el que Felipe V, el primer Borbón en reinar en España, había introducido la llamada Ley Sálica, esto es, la que impedía que una mujer pudiese ocupar el trono (ya había habido un primer intento de derogación en 1789 aunque la norma derogadora no fue publicada en su momento por lo que podía haber dudas acerca de la vigencia de aquella o no). Obviamente lo hacía desesperado por no tener hijos y ante la posibilidad de que con su flamante nueva esposa pudiera tener descendencia femenina. Esta decisión impedía, por tanto, que su hermano Carlos accediera al trono en el caso de que viniera al mundo una heredera, como finalmente ocurrió. El 10 de octubre de 1830 nacía Isabel, desplazando en la línea dinástica, según el nuevo orden legislativo (o no tan nuevo porque se recuperaba la tradición castellana) impuesto, a su tío el infante Carlos. Desde ese momento y hasta el final del reinado de Fernando VII se suceden las intrigas para revertir la situación. Como éxito momentáneo se puede aludir a la derogación de la Pragmática Sanción a mediados de septiembre de 1832, coincidiendo con una grave enfermedad del monarca. La consiguiente rehabilitación del Auto Acordado de 1713 restablecía los derechos dinásticos del infante Carlos y desplazaba a Isabel. Pero la sanación del monarca trajo consigo una nueva marcha atrás. Tan sólo diez días después, el 28 de septiembre de 1832 se anula la derogación de la Pragmática Sanción que recupera su vigencia. Isabel, de nuevo, recobra sus derechos dinásticos. A los partidarios de Carlos, una vez taponada la vía jurídica, sólo les queda esperar la muerte de Fernando VII, como así acontece un año después (29 de septiembre de 1833) e intentar el asalto por la fuerza de las armas. Comienza la denominada ‘primera guerra carlista’ que asolará el país durante siete años.

⁵ Será declarada mayor de edad a los trece años, en 1843. Hasta ese momento se suceden dos regencias, la de su madre, María Cristina (1833-40) y la del general Espartero (1840-43).

compleja que se materializa en la persona de Amadeo de Saboya, quien entra en Madrid en enero de 1871 para, tan sólo dos años y un mes después, acabar renunciado a la corona⁶. Un rechazo que propició un ensayo desconocido hasta entonces en la tradición política hispana: la república. Iniciativa innovadora que aún duró menos que la experiencia del regente italiano. A finales del año 1874 un pronunciamiento militar reclama, por un lado, la vuelta al modelo monárquico y, por otro, que sea en la persona del hijo de Isabel II. De este modo, al poco tiempo, Alfonso XII es coronado rey de España. Disfrutará poco de su reinado, pues morirá prematuramente en 1885 a causa de su frágil salud. La reina, embarazada cuando se produce el óbito, dará a luz a un varón seis meses después, el cual, nada más nacer, fue proclamado rey con el nombre de Alfonso XIII. Durante su minoría de edad, y hasta el comienzo del siglo XX, en concreto 1902, la regencia será ejercida por su madre, María Cristina de Habsburgo-Lorena.

Desde el punto de vista histórico-jurídico con el siglo XIX se inicia la comúnmente denominada ‘etapa constitucional’⁷. Si echamos un somero vistazo al devenir del mismo podemos aludir a no menos de cinco textos jurídicos considerados de tal naturaleza, otros dos en los que este carácter se discute aunque, aplicando cierta laxitud, se les suele tener por tales y un sinfín de propuestas que no llegaron a entrar en vigor pero se prepararon con tal propósito. Dicho de otra manera, en la sociedad política de la época arraiga la idea de que es necesario un referente jurídico, una Constitución, que marque las pautas de la convivencia⁸. A nivel doctrinal pug-

⁶ Su proceso de elección fue muy complejo, desencadenado, entre otros daños colaterales, la guerra franco-prusiana de 1870. Contaba con pocos apoyos en el país. De hecho, su principal valedor, el general Prim, fue asesinado justo antes de que el nuevo monarca desembarca en España debilitando notablemente su posición y animando nuevas expectativas como la de los carlistas que intentarían un nuevo asalto al trono declarándose la ‘tercera guerra carlista’.

⁷ También se le conoce como ‘etapa codificadora’. Y se le considera así porque a lo largo de la misma se impone la idea de renovar el ordenamiento jurídico heredado de siglos anteriores sobre la base de códigos, de “*leyes de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática, articulada y haciendo uso de un lenguaje muy preciso, regulan todos los problemas relacionados con la materia unitariamente acotada*”. Y el ámbito político era uno de los sectores que exigían una innovación más urgente, por lo que comienzan a aflorar ‘códigos políticos’ o ‘constituciones’.

⁸ La literatura jurídica sobre el constitucionalismo y los textos en particular es muy extensa. Dadas las características de este artículo sólo citamos alguna que creemos especialmente representativa sin ánimo exhaustivo. Así, vid., entre otros, TORRES CAMPOS, M., *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política, 1800-1880*, Madrid, 1883; SANZ CID, C., *La Constitución de Bayona*, Madrid, 1922; SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1955; TOMÁS VILLARROYA, J., *El sistema político del Estatuto Real*, Madrid, 1968; Sevilla ANDRÉS, D., *Constituciones y otras Leyes y Proyectos políticos de España*, 2 vols., Madrid, 1969; TIerno GALVÁN, E., *Leyes Políticas Españolas Fundamentales (1808-1936)*, Madrid, 1972; FERNÁNDEZ ALMA-

nan opiniones contrapuestas sobre si durante la centuria decimonónica existía una idea muy clara o no de lo que realmente esas disposiciones significaban, de su trascendencia así como de lo que debían contener. Pero independientemente de estas cuestiones de lo que no cabe duda es de que cuando el monarca, a principios de siglo, quiere mantenerse firme en los principios absolutistas ignora este tipo de normas jurídicas que ya habían aparecido en países como los Estados Unidos o Francia. En cambio, cuando se trata de superarlos, los rectores políticos recurren a la elaboración de un texto constitucional, independientemente de la suerte que luego tenga (esto es, que sea impuesto por el rey, por la fuerza de las armas, que no dé tiempo a aplicarlo...). En este sentido, hay que recordar que el primero de todos ellos, recurriendo a esa relajación antes comentada, es el Estatuto de Bayona de 1808. La nueva casa reinante en España, la bonapartista, trata de transformar la realidad política imperante y fija unas nuevas reglas de juego por medio de aquél. Texto impuesto, tachado de pseudo-constitucional, que tuvo un vigor más formal que real pues, en realidad, estuvo vigente durante poco tiempo y además no en todo el territorio nacional, circunstancia a la que había que sumar que el dominio de éste fue más militar que efectivo, lo que, en suma, impidió que su contenido se plasmara en la práctica. Lo que sí possibilitó en cambio fue que quienes luchaban por la expulsión de los ejércitos franceses de suelo hispano y, a la vez, vieron una oportunidad histórica para cambiar los designios patrios, lo tomaron como modelo para presentar los nuevos principios de gobierno que debían regir en adelante. Surge así la popularmente conocida como ‘La Pepa’, el texto

GRO, M., *Orígenes del régimen constitucional en España*, Barcelona, 1976 (1ª ed. Barcelona, 1926); ESTEBAN, J. DE, *Constituciones españolas y extranjeras*, 2 tomos, Madrid, 1977; TOMÁS Y VALIENTE, F., “Notas para una nueva historia del constitucionalismo español” en *Sistema*, 17-18, (abril, 1977), págs. 71-88; SOLÉ TURA, J. y AJA, E., *Constituciones y períodos constituyentes en España*, Madrid, 1977; MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*, Valencia, 1978; FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Las Constituciones históricas españolas. Una introducción jurídica*, Madrid, 1981; FARIAS GARCÍA, P., *Breve historia constitucional de España*, Madrid, 1981; CLAVERO, B., *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, 1984; TORRES DEL MORAL, A., *Constitucionalismo histórico español*, Madrid, 1986; TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, 1989; TOMÁS VILLARROYA, J., *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1990; NÚÑEZ RIVERO, C. y MARTÍNEZ SEGARRA, R., *Historia constitucional de España*, Madrid, 1997; PUY MUÑOZ, F. (Coord), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela, 2002; VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, 2007; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *La Constitución de Bayona (1808)*, Madrid, 2007; MARCUELLO BENEDICTO, J.I., *La Constitución de 1845*, Madrid, 2007; ARTOLA, M. y FLAQUER MONTEQUI, M., *La Constitución de 1812*, Madrid, 2008; JULIÁ DÍAZ, S., *La Constitución de 1931*, Madrid, 2009; VARELA SUANZES, J., *La Constitución de 1876*, Madrid, 2009; PRO RUIZ, J., *El Estatuto Real y la Constitución de 1837*, Madrid, 2010; PÉREZ LEDESMA, M., *La Constitución de 1869*, Madrid, 2010.

constitucional de 1812 que, aunque referente europeo, no tuvo demasiada suerte en nuestro país. Rigió apenas seis años, de forma interrumpida y discontinua. Durante el reinado de Fernando VII en dos períodos distantes: el primero mientras estaba cautivo, al punto que tras su liberación y regreso al país lo abolió⁹; y el segundo durante el llamado trienio liberal, 1820-23, en el que, tras un levantamiento militar, se obliga al rey a jurar su aceptación¹⁰, compromiso del que se desmarca en cuanto las circunstancias políticas le son favorables, finalizando su reinado ignorando enteramente su contenido¹¹.

Muere el monarca y deja una situación política confusa. Hay dos posibles candidatos al trono: su hermano Carlos, al que apoyaban los partidarios de mantener las cosas como estaban y su hija Isabel, menor de edad y representada por su madre M^a Cristina, que trata de aglutinar a todas las tendencias, moderadas y liberales, que aspiran a cambiar el panorama político heredado. Durante los últimos años de su vida el rey ha titubeado. Ha señalado a su hermano como su heredero político en varias ocasiones sin que esta decisión fuera óbice para que, al poco, se desdijera y cambiara de opinión optando por su primogénita quien, finalmente, es la que aparece designada en su testamento como heredera de la Corona. El estado de desconcierto creado con estos vaivenes se verá agravado por las dudas jurídicas sobre la normativa vigente para solucionar el problema de la transmisión de los derechos dinásticos. A comienzos del XVIII vio la luz una norma jurídica que impedía a las mujeres acceder al trono. Disposición ajena a la tradición jurídica castellana pero impuesta por su bisabuelo. Sin embargo, a la altura del siglo XIX en la que nos encontramos no está claro que el precepto esté vigente pues en varias ocasio-

⁹ En concreto desde el 19 de marzo de 1812 (día de su promulgación) hasta el 4 de mayo de 1814 (fecha del Decreto por el que el rey Fernando VII declara no jurar el texto constitucional de 1812 ni reconocer los Decretos de las Cortes generales tanto las extraordinarias como las ordinarias declarándolos “nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás tales actos y se quitasen de en medio del tiempo...”).

¹⁰ Aunque el levantamiento se produjo el 1 de enero de 1820 se suele tomar como fecha de referencia el 7 de marzo de 1820, momento en el que el rey Fernando VII se compromete a jurar la Constitución dando lugar al posterior manifiesto del día 10 del mismo mes en el que declaraba: “... Marchemos francamente, y Yo el primero, por la senda constitucional...”.

¹¹ Se suele aludir al 1 de octubre de 1823, cuando Fernando VII se declara liberado de las ataduras del texto constitucional: “... Sentado ya otra vez en el trono de San Fernando por la mano sabia y justa del Omnipotente, por las generosas resoluciones de mis poderosos aliados, y por los denodados esfuerzos de mi primo el Duque de Angulema y su valiente ejército, deseando proveer de remedio a las más urgentes necesidades de mis pueblos, y manifestar a todo el mundo mi verdadera voluntad en el primer momento que he recobrado mi libertad, he venido en decretar lo siguiente: 1º Son nulos y de ningún valor los actos del gobierno llamado constitucional (de cualquier clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el día 7 de marzo de 1820...”.

nes se han dado pasos para su derogación. Un galimatías que se resolverá por la vía de las armas. Durante siete años, y en el marco de la llamada primera guerra carlista, el país se desangrará para, finalmente, confirmar la elección efectuada por vía testamentaria. María Cristina, en cuanto regente del país en nombre de su hija Isabel, menor de edad, tratará de aunar voluntades políticas y para ello, ofrece un pacto a las corrientes políticas dominantes por medio del Estatuto Real de 1834. Un nuevo pseudo texto constitucional aparece en escena con también mala fortuna. Tan sólo regirá durante dos años. Será desplazado por la Constitución de 1812 que, durante pocos meses¹², recupera su vigor para, finalmente, ser desbancada a su vez por un novedoso texto constitucional, el de 1837¹³. Este tratará de acercar posturas moderadas y liberales pero no lo conseguirá. Habrá una serie de puntos controvertidos, como el tema de la soberanía, la religión o la composición del Senado que, en cuanto los conservadores recuperen las riendas del gobierno, modificarán sustituyéndolo por una nueva, la de 1845. Esta tendrá más fortuna pues estará vigente (a pesar de varios intentos de modificación) hasta que finalice el reinado de Isabel II. Destronada por una revolución se necesita un nuevo referente político que vendrá de las manos de la Constitución de 1869. Pasada la euforia revolucionaria y restaurada la monarquía borbónica el compromiso constitucional anterior estaba fuera de lugar por lo que será sustituido por el de 1876, que marcará la senda hasta bien entrado el siglo XX.

Prácticamente todos estos textos, a excepción del Estatuto Real de dudosa naturaleza constitucional, coinciden en dedicar un título al mundo de la justicia. Pero aunque casan en premisas como las de que la justicia se administre en nombre del Rey, que a los tribunales les corresponda exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales o que los juicios en materias criminales sean públicos, no la hay en torno a la trascendental consideración como poder independiente o no. Cuestión semántica que podría parecer baladí pero que en realidad condicionará su posible sometimiento a otros poderes. De hecho, anteriormente hemos comentado cómo la Constitución de 1845 es en conjunto igual a la de 1837 aunque matizada en algunos aspectos. Y éste es uno de ellos. Su título X cambia de denominación: 'Del Poder Judicial' se pasa a 'De la administración de Justicia'. Toda una declaración de principios de la que se hacen eco sus sucesoras. Así la de 1869, que desplaza a la del 45, recupera la primera denominación para el título que dedica a la justicia, mientras que la de 1876 que, a su vez relega a ésta última, rescata la catalogación como administración y no poder.

¹² Desde el 13 de agosto de 1836 a consecuencia del 'Motín de la Granja'.

¹³ 18 de junio de 1837.

1.2. Portugal em oitocentos

Portugal, por sua vez, inicia o século XIX de modo bastante revolto¹⁴, aliás, ao longo de toda esta centúria poucos foram os momentos de tran-

¹⁴ Entre os historiadores e jus-historiadores encontramos um acervo inesgotável de estudos que têm vindo a analisar o período do século XIX para o qual remetemos, citando apenas exemplificativamente os trabalhos de Vd. A. H. OLIVEIRA MARQUES, de, *História de Portugal*, vol. III, Palas Editores, Lisboa, 1981; JOSÉ MATTOSO, *História de Portugal*, vols. 4, 5 e 6, Estampa, Lisboa, 1998; DAMIÃO PERES e ELEUTÉRIO CERDEIRA, *História de Portugal*, edição monumental comemorativa do oitavo centenário da fundação da nacionalidade, profusamente ilustrada e colaborada pelos mais eminentes historiadores e artistas portugueses, Portucalense Editora Limitada, Barcelos, 1929 e 1931; JOSÉ HERMANO SARAIVA, *História de Portugal*, Publicações Alfa, Lisboa, 1983; HENRIQUE SCHAEFFER, *História de Portugal*, desde a fundação da monarquia até à Revolução de 1820, vertida fiel, integrada e directamente, continuada, sob o mesmo plano, até aos nossos dias POR J. PEREIRA DE SAMPAIO (BRUNO), Escripório da Empreza Editora, Porto, 1895; JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *Dicionário de História de Portugal*, Iniciativas Editoriais, Lisboa, 1963; JOEL SERRÃO e A.H. DE OLIVEIRA MARQUES, *Nova História de Portugal*, Portugal e a instauração do liberalismo, vol. IX, Editorial Presença, Lisboa, 2002; *Dicionário de História de Portugal*, sob direcção de JOEL SERRÃO, Livraria Figueirinhas, Porto, 1992. Entre a jushistoriografia portuguesa que mais recentemente tem tratado o tema da administração da justiça, vd. ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus*, Almedina, Coimbra, 2003 e *Espírito das Instituições*, Principia, Cascais, 2001; ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Les magistratures populaires dans l'organisation judiciaire d'ancien régime au Portugal*, Sep. de: Diritto e potere nella storia europea, atti del quarto Congresso internazionale della Società Italiana del Diritto, in onore di Bruno Paradisi, LEO S. OLSCHKI, Firenze, 1982; *Poder e Instituições no Antigo Regime*, colectânea de textos Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984; *As vésperas do leviathan. Instituições e poder político. Portugal- século XVII*, Coimbra, Almedina, 1994; *Guiando a mão invisível, direitos, Estado e lei no Liberalismo monárquico português*, Almedina, Coimbra, 2004; *Direitos, constituição e lei no constitucionalismo monárquico português*, in *Thémis*, FDUNL, ano VI, n.º 10, Almedina, Coimbra, 2005 e *O Governo da lei ou o governo dos juízes? O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal*, in *Historia Constitucional*, n.º 12, 2011, Oviedo, pp. 203-23; LUÍS BIGOTTE CHORÃO, *A I República entre a legalidade a excepção a propósito do "Poder Judicial"*, in *Seminário Internacional o Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 203-222 e *Política e Justiça na I República*, Letra Livre, Lisboa, 2010, JOSÉ ARTUR DUARTE NOGUEIRA, *A arbitragem na História do Direito Português*, *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, Nova Série, n.º 20 (Nov. 1996), pp. 9-35 e MIGUEL ROMÃO, *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*, Almedina, Coimbra, 2014 e ISABEL GRAES, *Para uma reflexão sobre o estatuto dos corregedores no ordenamento jurídico português*, in *Estudos em homenagem ao Professor Martim de Albuquerque*, vol. 1, Coimbra editora, Coimbra, 2010, pp. 745-812; *Um relance histórico sobre a Junta de Justiça de Angra, bosquejo de história judiciária liberal*, in *Cuadernos de Historia del Derecho*, vol. 18, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011, pp. 333-362; *O poder e a Justiça em Portugal no século XIX*, AAFDL, Lisboa, 2014; *A permanência de velhos vícios, sob o mito de novos tempos. As opções judiciais de D. Pedro, Duque de Bragança (1832-1834)*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. LV, n.º1, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp.129-188; *Em torno de uma sindicância judicial extraordinária: o processo do juiz de Direito de Meda*, in *Cuadernos de História del Derecho – Universidad Complutense de Madrid*, vol. 21, Madrid, 2015, pp.113-165; *Uma palavra pela magistratura ou a opo-*

quilidade social e política¹⁵. Entre algumas reivindicações e o desejo de mudança, o reino exigia acintosamente ao monarca que regressasse, pondo assim termo a um período de ausência que durava desde 1807, altura em que aquele decidira refugiar-se numa das antigas províncias ultramarinas, evitando um destino semelhante ao de Carlos IV de Espanha. À chegada, o governante foi confrontado com o pedido de juramento da lei Magna que havia sido elaborada pelas Constituintes de 1821/1822 dando início a um novo ciclo na história política portuguesa a que não foram alheias as influências francesa, americana e, sobretudo, espanhola, se recordarmos o exemplo do texto de Cádiz que por várias vezes foi aventado para ser implementado em Portugal.

De regresso a Lisboa e coincidindo o período de 1822 a 1826 com aqueles que foram os últimos quatro anos do reinado d' "O Clemente", D. João VI viveu momentos de muito tormento causado sobretudo pelas quezílias que opuseram as facções mais *jacobinas* às mais conservadoras e que se reflectiram nas tomadas de posição de seu filho, D. Miguel, sob a protecção materna de D. Carlota Joaquina, irmã de Fernando VII. A morte do monarca (1826) abriria uma nova fissura política, atendendo a que muitos não aceitavam D. Pedro IV, nem tampouco D. Maria II, sua filha, como legítimos herdeiros ao trono, mas antes D. Miguel, desencadeando-se uma acesa guerra civil que só terminaria em 1834. Sucederam-se as perseguições, as prisões e os exílios, independentemente da facção (absolutista ou liberal) que pudesse estar no exercício do poder. Estas foram, sem dúvida, as justificações para algumas nomeações e demissões de funcionários régios, e, em particular, de diversos magistrados. Em suma, estava estabelecida em Portugal a instabilidade política evidenciada por vários governos de brevíssima duração e por um clima de contestação constante que não hesitava em questionar a governação da jovem monarca.

Afastada a euforia vintista e a letra da Constituição de 1822, Portugal aplicou um texto que não foi debatido numa assembleia constituinte, correspondendo, ao invés, ao decalque feito da letra do tratado de Benjamin Constant que se ajustava na perfeição aos intentos do seu *tradutor* que assumia o papel de *Dador*. Desta

sição ao decreto absolutório de 1844 (in e-Slegal History Review, n.º 19- Janeiro de 2015, Editorial IUSTEL ; *Das residências e outros actos de correição nas Ordenações Manuelinas* (in e-Slegal History Review, n.º 22- Janeiro de 2016, Editorial IUSTEL; *O recurso à coroa, um exemplo de controlo régio ou a aplicação da recta iustitia*, in Revista n.º1, 2016, Revista Teoria e História do Direito, Centro de Investigação Teoria e História do Direito.

¹⁵ Como reflexo desta realidade, teria lugar, já na segunda metade do século, o período designado por Fontismo (designação que deriva do nome de António Maria de Fontes Pereira de Melo, presidente do Conselho de Ministros entre 1871 e 1877, 1878-1879 e 188-1886), em que se verificaria um notório programa de fomento de obras públicas e modernização das infra-estruturas do reino.

forma e sob a ilusão da harmonização de poderes foi adoptado o articulado mais absolutista que a Europa conheceria em oitocentos¹⁶ e que legitimava a existência de governos fortes, centralizadores ou segundo a terminologia da época, ditatoriais, visto que constitucionalmente se encontrava viabilizado o encerramento das Cortes de modo a poder ser implementada uma governação sem qualquer tipo de oposição. Não haverá qualquer hiperbolismo na assunção do entendimento que defende ter sido, em alguns momentos, o Ministro do Reino o verdadeiro governante conferindo à bicefalia governativa cartista um cunho muito particular. Por este motivo, também se torna impossível afirmar que a ruptura que se pretendia fazer com o absolutismo setecentista tenha sido total. Portugal pretendeu inovar, carrear os bastiões do novo ideário político-filosófico, no entanto manteve-se agrilhado aos vícios dos antigos modelos governativos e sociais, por vezes demasiado arcaizantes em que a tónica residia num só indivíduo, apesar de ser vociferada a importância da *volonté générale*. A inovação agradava, mas não deixava de ser receada, motivo pelo qual a transposição dos novos modelos nem sempre tenha sido efectuada. Assim, e apesar da introdução das instituições liberais, oitocentos revelou-se demasiado absolutista, o que nos permite avançar com a classificação de que Portugal viveu um *liberalismo de gabinete* que permitiu ao poder executivo associado ao poder moderador evidenciar-se. D. Pedro tinha sido bem-sucedido ao criar o verdadeiro molde que do mesmo modo que se adaptava na perfeição a Portugal, distava dos pregões vintistas de cariz jacobino mais próximos do modelo montesquino. A comprovar a última afirmação podem ser citados diversos episódios ilustrativos de um regime que permitiu uma sucessão permanente de períodos ditatoriais ocorridos desde a chegada do Regente D. Pedro e que foram replicados na segunda metade do século, nomeadamente nos anos de 1852, 1868, 1870, 1886, 1890, 1891, 1901 e no início de Novecentos (1907), os quais tiveram uma acentuada expressividade no desenvolvimento do direito judiciário.

Por este motivo, entendemos que desde o seu nascimento, o século XIX manifestou uma natureza contraditória, acolhendo em si o germen da sua própria destruição. Vitimado e fragilizado pelas invasões francesas e inglesas, pela guerra civil e pelo rotativismo partidário que ao revezar-se no governo caracterizou a sucessão de algumas dezenas de governos ao longo de sete reinados e três regências, Portugal dilatou as barreiras cronológicas de oitocentos até 1907, vivendo uma fase agonizante até 1910 altura em que, se por um lado era impossível a reposição das estruturas políticas de um constitucionalismo monárquico revolucionário, por outro, tornava insustentável a solução apresentada pelo cartismo que há muito se

¹⁶ O texto de 1826 estará vigente durante três períodos, o primeiro situa-se entre Julho de 1826 e Maio de 1828, o segundo compreende os meses de Agosto de 1834 a Setembro de 1836 e, o terceiro entre Janeiro de 1842 e 1910, tendo durante este último período sofrido três revisões em 1852, 1885 e 1896.

mostrava completamente desajustada como o reflectia a existência da própria Câmara Alta em evidente estado de uma *morte lenta*.

Contextualizado por este cenário político, é criado o novo direito judiciário já que uma das exigências das Constituintes de 1821/1822 consistiu em dotar o reino de um novo mapa judiciário e de uma nova estrutura orgânica do poder judicial. As primeiras linhas da reforma jurídica e sobretudo judiciária são traçadas entre 1821 e 1832, cabendo destacar para o efeito a obra de Mouzinho da Silveira desenvolvida na ilha Terceira durante o período do governo da Regência assim como a acção de José da Silva Carvalho que viria a ser o primeiro presidente do Supremo Tribunal de Justiça português. Tendo por ponto de partida um mapa judiciário bastante caótico, onde as pequenas alterações haviam sido introduzidas em modo de retalho, o legislador vintista pretendeu pôr fim a uma multiplicidade de instituições e circunscrições que se entendeu estarem totalmente desfasadas, criando, ao invés, um aparelho judiciário pretensamente unitário. Todavia, o trabalho revelar-se-ia complexo e moroso, tendo o século XIX experimentado em lugar de uma verdadeira reforma estrutural, um conjunto de soluções que se caracterizaram sobretudo pela efemeridade. Se a firmeza centralizadora do Ministro do Reino viabilizava a exequibilidade das medidas, a instabilidade governativa sujeita a um rotativismo galopante determinava a curta duração das opções implementadas, onde não faltava a auscultação prévia das populações locais sempre que, por exemplo, um novo plano definidor do mapa judiciário era tecido, mas que poucos ou nenhuns resultados práticos tinha no final, uma vez que a última decisão cabia apenas à tutela que não hesitava em fazer tábua rasa das consultas efectuadas pondo em prática apenas os interesses do titular do poder executivo.

Independentemente das considerações apresentadas, a organização da justiça foi, sem dúvida, uma das grandes temáticas do reformismo liberal, na qual esteve ínsita a separação entre o acto de administrar e o de julgar. Com antecedentes que remontavam ao período final do Antigo Regime, o primeiro marco revelador da mudança foi a entrega do poder judicial aos juízes e a sua separação dos poderes executivo e legislativo. Consignada nas Bases da Constituição (art. 23º) e especificada num projecto de Manuel Fernandes Tomás, essa entrega foi discutida nas Cortes até finalmente se converter num conjunto de artigos da Constituição de 1822¹⁷. Estava então consagrado o princípio da separação de poderes como resulta da apreciação dos três textos constitucionais de oitocentos¹⁸. Independentemente

¹⁷ Cfr. AFONSO COSTA, *Lições de Organização Judiciaria*, pp. 138-174 e JOSÉ SUBTIL, *Sistema Penal e Construção do Estado Liberal*, in Penélope, nº 5, 1991, pp. 77-97.

¹⁸ Arts. 29º e 30º do texto de 1822; art. 11º da Carta Constitucional e 34º da Constituição de 1838.

de todas as críticas que já desferimos ao regime instituído pela Carta Constitucional e dos termos utilizados não serem tão expressivos como os do texto vintista, não deixou de registrar que a assunção daquele princípio representava o “*mais seguro meio de fazer efectivas as garantias que a Constituição oferece*” (art. 10º). De qualquer modo e ainda que a experiência tenha evidenciado certas particularidades, como teremos a oportunidade de expor, não é possível negar que em todos os textos foi igualmente definida a independência dos vários poderes políticos como resulta da letra dos arts. 176º-181º, 187º-195º da Constituição de 1822; 118º-119º, 125º-131º da Carta de 1826 e dos arts. 123º-128º da Constituição de 1838.

Entre todas as alterações propostas, era indicada uma reforma não só institucional, mas também uma renovação do léxico utilizado, justificando-se assim a substituição da designação atribuída ao magistrado togado- *juiz de fora parte*- pela de *juiz de direito* (arts. 168º e 123º/III da Constituição de 1822 e art. 118º da Carta)¹⁹, muito embora se tenha mantido inalterada a regra de exigência de formação académica (bacharelato em leis ou Cânones, e, mais tarde, em Direito pela Faculdade de Coimbra)²⁰, assim como os exames de selecção (leitura de bacharéis) que só mais tarde vêm a ser afastados. Outra das regras que se manteria constante diz respeito ao período de judicatura que continuou a ser trienal²¹ ainda que o cargo fosse doravante vitalício (arts. 179º, 182º e 185º da Constituição de 1822 e 120º da Carta), a não ser nos casos em que por motivos fundados na lei e por determinação judicial, o magistrado fosse destituído das suas funções (arts. 184º da Constituição de 1822, 122º da Carta e art. 15º 1ª Parte da RJ²²). A nomeação continuava a ser da competência régia²³ (arts. 168º e 123º/III da Constituição de 1822, art.

¹⁹ Cfr. art. 272º do Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832 e art. 120º da Carta Constitucional. O texto constitucional de 1822 usava apenas a designação de juiz letrado (arts. 182º-188º) por oposição a juiz eleito (arts. 177º, 178º e 180º).

²⁰ Entre os juízes encontraremos ao longo do século XIX a permanência de juízes togados e não togados, bem como os jurados, como exporemos ao longo da presente análise.

²¹ No caso do exercício de funções judiciais nos territórios ultramarinos, ao invés de uma judicatura trienal, era respeitado um período sexenal.

²² Trata-se da Nova Reforma Judiciária, aprovada pelos decretos de 29 de Novembro de 1836 e 13 de Janeiro de 1837.

²³ Vd. a este respeito a posição de MANUEL BORGES DE CARNEIRO, *in* Diário das Cortes Constituintes de 11 de Janeiro de 1822.

O Decreto de 22 de Setembro de 1822, ao estabelecer o Regimento do Conselho de Estado, dispõe no art. 17º que terá o Conselho de Estado “*grande cuidado em propor para quaisquer cargos somente aquelas pessoas, que além da sua notória aptidão tiverem conhecido amor e firme aderência à*

118º da Carta, art. 31º do Decreto de 29 de Novembro de 1836 e art. 123º da Constituição de 1838) prevendo o texto de 1822 que as propostas de nomeação eram apresentadas pelo Conselho de Estado segundo um modelo de listagens simples que o Governo podia rejeitar e mandar substituir. Por sua vez, a Carta Constitucional determinava que a proposta de nomeação passava a ser feita em listas tríplex cabendo a nomeação ao Poder Executivo (art. 75º/3) representado na figura do Ministro dos Negócios Eclesiásticos e de Justiça quando o provimento se destinava aos lugares do território continental ou ao Ministro dos Negócios Ultramarinos quando estavam em causa as províncias ultramarinas. A este acto seguia-se o juramento tomado das mãos do Presidente do respectivo tribunal de segunda instância do respectivo distrito judicial, designado Tribunal da Relação (art. 88º da Novíssima Reforma Judiciária²⁴ e art. 62º da proposta de lei de 9 de Julho de 1887) permitindo ao magistrado iniciar as respectivas funções. Se a discussão em torno da selecção de magistrados tinha sido assaz polémica sendo indicados três métodos possíveis: eleição, nomeação e cooptação, o segundo acabaria por vingar, não destoando grandemente da prática até então seguida.

2. La organización judicial decimonónica/A organização judiciária do século XIX

2.1. España y el nuevo modelo de política judicial.

A la hora de modificar el orden judicial e intentar poner en práctica las directrices constitucionales en la España decimonónica hay tres momentos que resultan especialmente significativos: mientras que el primero se puede localizar en torno al comienzo de la segunda década del siglo, el segundo hay que situarlo en la mitad de los años treinta para, finalmente, cerrar el ciclo con un tercero que coincide con el período del comúnmente denominado ‘sexenio revolucionario’.

Causa Constitucional”. Ora a propósito do provimento dos cargos da magistratura, previa o art. 10º do projecto que pertencia ao Conselho de Estado propor ao rei listas tríplex. Todavia, estando em discussão o citado projecto, o deputado Bastos invocaria que os juizes devem ser nomeados pelo povo, para que “os empregos da magistratura não fossem o prémio da adulação e da intriga, ou vendidos em grosso, para se negociar em retalho; que tal questão se devia guardar para a Constituição, e que entretanto os tribunais propusessem ao rei listas triplicadas de individuos para ele fazer a escolha, ouvido o conselho de Estado”. Cfr. Diário do Governo n.ºs 213 e 215 de 1821.

²⁴ Aprovada pelo Decreto de 21 de Maio de 1841 e doravante designada NRJ.

Por lo que hace al inicial hay que vincularlo estrechamente a la Constitución de 1812²⁵. En realidad, el proceso comienza un poco antes, con el conjunto de disposiciones que hacen posible tanto su aprobación como el contenido que finalmente acogerá. Especialmente significativo es el Decreto I de 24 de septiembre de 1810 por el que se declara *la legítima constitución de las Cortes y su soberanía* así como *la división de poderes*²⁶. Por medio de él se ponen los cimientos para la posterior construcción de todo el entramado constitucional. A éste hay que sumar otros cuantos antes de la promulgación de ‘La Pepa’ como el de 11 de enero de 1811 (XXIV) que, aunque trata de reglamentar la actuación del poder ejecutivo, excluye a éste, encarnado en el Consejo de Regencia, del conocimiento de negocios judiciales; el de 6 de agosto del mismo año (LXXXII), que pretende incorporar los señoríos jurisdiccionales a la Nación²⁷ o el de 26 de enero de 1812 (CXXIX) también conocido como *Nuevo Reglamento de la Regencia del Reyno* en cuyos apartados IX a XI al par que centraliza la selección de jueces y magistrados en el Consejo de Estado trata de garantizar su inamovilidad para el adecuado desempeño de su misión²⁸.

²⁵ Vid., entre otros, GONZÁLEZ ALONSO, B., “La justicia” en ARTOLA, M., *Enciclopedia de Historia de España*, II, Madrid, 1988, pp. 343-417; MUÑOZ DE BUSTILLO ROMERO, C., “La organización de los tribunales españoles (1808-1812)” en CANO BUESO, J. (eds.), *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989, pp. 545-561; CLAVERO, B., “La gran innovación: Justicia de Estado y derecho de Constitución” en SCHOLZ, J.M. (ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, 1992, pp. 169-188; CORONAS GONZÁLEZ, S., “La justicia del Antiguo Régimen: su organización institucional” en *Estudios de Historia del Derecho Público*, Valencia, 1998, pp. 9-133; MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, 1999; id., “Administración de justicia”, en *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, 2002; id., “La constitucionalización de la justicia (1810-1823)” en LORENTE SARIÑENA, M. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2007, pp. 169-207.

²⁶ “Los diputados que componen este Congreso, y que representan la Nación española, se declaran legítimamente constituidos en Cortes generales y extraordinarias, y que reside en ellas la soberanía nacional... No conviniendo queden reunidos el Poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, declaran las Cortes generales y extraordinarias que se reservan el ejercicio del Poder legislativo en toda su extensión... Las Cortes generales y extraordinarias confirman por ahora todos los tribunales y justicias establecidas en el reyno, para que continúen administrando justicia según las leyes...”.

²⁷ “... Iº. Desde ahora quedan incorporados a la Nación todos los señoríos jurisdiccionales de cualquiera clase y condición que sean. IIº. Se procederá al nombramiento de todas las Justicias y demás funcionarios públicos por el mismo orden y según se verifica en los pueblos de realengo. IIIº. Los Corregidores, Alcaldes mayores y demás empleados comprendidos en el artículo anterior cesarán desde la publicación de este decreto, a excepción de los Ayuntamientos y Alcaldes ordinarios, que permanecerán hasta fin del presente año...”.

²⁸ “IX. Nombrará los magistrados de todos los tribunales a propuesta del Consejo de Estado. X. No podrá deponer a los magistrados y jueces de sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por

Con este escenario previo se promulga en marzo de 1812 la constitución gaditana, texto que debía ser eje vertebrador del nuevo arquetipo de convivencia, con su extenso título V dedicado al orden judicial²⁹. Una regulación que pretende dar un vuelco a la situación heredada de siglos anteriores en el mundo de los tribunales. Así cuestiones como separar al judicial de otros poderes³⁰, garantizar, a su vez, su independencia³¹, la selección de sus servidores³², su inamovilidad³³, responsabilidad³⁴, remuneración³⁵, organización y un largo etcétera son incluidas en su articulado aunque tan sólo con carácter declarativo. En la mayoría de los casos es necesario un posterior desarrollo legislativo.

Y de este raudal de disposiciones que comenzarán a ver la luz, bien es verdad que de manera intermitente por las difíciles circunstancias que atraviesa el país, interesa incidir en dos: en los Decretos de las Cortes CLII de 17 de abril de 1812³⁶, por el que se crea el Supremo Tribunal de Justicia, y el CCI de 9 de octubre de 1812³⁷ o *Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia*. Y se pueden considerar como muy significativos porque con ellos se establece el andamiaje estructural básico del modelo de tribunales que quieren los liberales³⁸.

causa legalmente probada y sentenciada, ni suspenderlos sino por acusación legalmente intentada. XI. Si a la Regencia llegaren quejas contra algún magistrado, y formado expediente parecieren fundadas, podrá, oído el Consejo de Estado, suspenderle, haciendo pasar inmediatamente el expediente al Supremo Tribunal de Justicia, para que juzgue con arreglo a las leyes”.

²⁹ ‘De los tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y en lo criminal’.

³⁰ Cfr. Arts. 242, 243, 245 o 246.

³¹ SEÑALA SÁINZ GUERRA, J., *La administración de justicia en España (1810-1870)*, Madrid, 1992, pág. 97, que: “como principio político, la independencia judicial está relacionada con la separación de poderes del Estado; la separación no implica por sí sola la independencia de los jueces pero es condición necesaria... El principio de la independencia, partiendo de la existencia del anterior (-se refiere a la separación-), trata de garantizar la no interferencia del resto de los poderes en el judicial y, particularmente, la del poder ejecutivo”.

³² Cfr. art. 251.

³³ Cfr. arts. 252 y 253.

³⁴ Cfr. arts. 254 y 255.

³⁵ Cfr. art. 256.

³⁶ *Supresión de los Consejos antiguos: creación del Supremo Tribunal de Justicia, sus atribuciones y tratamiento, sueldo y nombramiento de sus individuos*.

³⁷ Para su adecuada comprensión no hay que perder de vista el proyecto de ley sobre el arreglo de las Audiencias y juzgados de primera instancia, presentado a las Cortes generales y extraordinarias por su Comisión nombrada al objeto con fecha de 15 de mayo de 1812.

³⁸ Obviamente no son las únicas. Existen otras muchas que contribuyen a pergeñar el prototipo judicial liberal. Así, se podría aludir, entre otras, al Decreto CLI de 17 de abril de 1812 sobre *Cualidades que deben concurrir en los que han de ser nombrados Ministros del Supremo Tribunal de*

Partiendo de la mitigación de la diversidad jurisdiccional, un molde piramidal sobre la base de tres escalones: un juez letrado de primera instancia próximo al ciudadano, unas audiencias en número limitado que supervisan la labor de estos jueces inferiores y, en la cúspide, el Supremo Tribunal de Justicia con jurisdicción sobre todo el territorio nacional y vigilante de la labor de sus inferiores jerárquicos³⁹. Todo este planteamiento, sin embargo, rápidamente se vino abajo por la decidida política de boicoteo a toda labor que oliese a liberal por parte de Fernando VII. Habrá que esperar a su muerte para que de nuevo los proyectos reformadores tomen protagonismo.

El plan bosquejado en el texto legislativo del 12 para el orden judicial no podría efectivo sin una ineludible y novedosa estructuración territorial. De hecho, su realización estaba prevista en la norma constitucional y, durante el trienio liberal, fugazmente hizo acto de aparición⁴⁰. Cuando desaparece de la escena política ‘el Deseado’, es el momento oportuno para recuperar el proyecto de una nueva división territorial que contribuya a arreglar, entre otras cosas, el desorden en la administración de justicia. Apenas han transcurrido poco más de dos meses desde el fallecimiento real y se promulga el Decreto de 30 de noviembre de 1833 por el que el territorio nacional se divide en provincias⁴¹. En seguida, otros dos ultiman el nuevo esquema jurisdiccional: con fecha de 26 de enero de 1834 se promulga el que contiene las normas de la nueva distribución de la planta de las Audiencias y el 21 de abril del mismo año el que subdivide las provincias en partidos judiciales.

Las demarcaciones, el área de influencia de los nuevos tribunales ya está pergeñado. Ahora es necesario dotarlos de contenido y centrarse en sus protagonistas, en los jueces y magistrados y, para ello, se promulgan los Reglamentos para la administración de justicia en la jurisdicción ordinaria (26 de septiembre de 1835) y el del Tribunal Supremo de España e Indias (17 de octubre de 1835) junto a las

Justicia, el Decreto CLXVIII de 3 de junio de 1812 sobre *Calidades que deben tener los empleados en la judicatura*, el Decreto CCXLIV de 24 de marzo de 1813 sobre las *Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos*, el Decreto CCLIII de 19 de abril de 1813 o *Instrucción para dirimir las competencias de jurisdicción en toda la Monarquía* y el Decreto de 13 de marzo de 1814 o *Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia*. Para un listado minucioso vid. SÁINZ GUERRA, *La Administración...*, ob. cit., pp.79-81 y 387-389.

³⁹ Esta estructuración básica no impide la consecución de otro de los objetivos de los liberales: la participación ciudadana en la administración de justicia por medio de vías como el arbitraje o el jurado, de manera directa, o la conciliación ante los alcaldes, como ruta indirecta.

⁴⁰ Por el Decreto de 14 de enero de 1822 España se divide en 52 provincias. No obstante, dada su breve vigencia, no llegó a los dos años, su puesta en práctica apenas fue efectiva.

⁴¹ Ahora su número se fijará en 49.

Ordenanzas para todas las Audiencias de la Península e Islas adyacentes (20 de diciembre de 1835)⁴². Para conseguir la ansiada independencia judicial había que actuar, sobre todo, en distintos ámbitos directamente relacionados: el proceso de selección de jueces y magistrados⁴³, su discutida inamovilidad (traslados, suspensiones o ceses) y la consiguiente responsabilidad⁴⁴. La Constitución de 1812 ya lo había prevenido. Y las citadas disposiciones de los años treinta desarrollaron estas cuestiones. Sin embargo, no lograron un marco estable y clarificador⁴⁵, un estatuto de la judicatura que garantizara esa libertad de actuación a salvo de las presiones de los otros poderes, especialmente del ejecutivo. Éste acabó estableciendo mecanismos para seguir controlando, directa o indirectamente, los ingresos en el orden judicial; igualmente, mediatizó el asunto de la inamovilidad y la responsabilidad se convirtió más en un referente moral que en una exigencia real.

La encarnizada lucha política decimonónica impidió que se lograra un pacto entre todas las tendencias que pusiera a salvo esta premisa independentista en la que la mayoría de las fuerzas políticas estaban de acuerdo, sobre todo, en el plano teórico, pues se quería la misma una vez se hubiesen dotado las plazas de jueces simpatizantes con línea de gobierno imperante. Existía un notable temor entre la clase política a dejar pasar la oportunidad de establecer una novedosa planta orgánica en la que sus inéditos inquilinos no fuesen adeptos. De ahí las constantes perturbaciones gubernamentales que se agravaron con otras manipulaciones más burdas como la tolerancia para que los alcaldes administraran justicia, con la creación de una jurisdicción contencioso-administrativa donde quienes resolvían las disputas eran subordinados gubernativos⁴⁶, con la exigencia de autorización gubernamental

⁴² Sobre esta cuestión, vid. LORENTE, M., “Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica” en SCHOLZ, J.M. (ed.), *El Tercer Poder...*, ob. cit., pp. 215-295.

⁴³ ROLDÁN VERDEJO, R., *Los jueces de la Monarquía Absoluta. Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII*, La Laguna, 1989; Paredes, J., *La organización de la Justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial (1834-1870)*, Madrid, 1991.

⁴⁴ Vid. al respecto, entre otros, SÁINZ GUERRA, *La Administración...*, ob. cit., pp. 96-152; ÁLVAREZ CORA, E., *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Madrid, 2002, especialmente pp. 56-86; APARICIO, M.A., *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, 1995, especialmente pp. 19 y ss.

⁴⁵ Un sinfín de normas fueron apareciendo a lo largo de todo el siglo, regulando sólo cuestiones parciales, condicionadas en su contenido por la tendencia ideológica del gobierno de turno. Para su detalle puede verse la bibliografía citada anteriormente.

⁴⁶ Vid. GARRIGA, C. y LORENTE, M., “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración” en GARRIGA, C. y LORENTE, M., *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, 2007, pp. 313-369.

para poder procesar a los empleados públicos por acciones cometidas en el ejercicio de sus funciones y con el uso indiscriminado de la gracia del indulto⁴⁷. Incluso, cabe apuntar otra andanada desde el legislativo concretada en la posibilidad de administrar justicia por parte del Senado⁴⁸.

El tercer momento capital en el devenir del desarrollo legislativo de los principios liberales en el mundo de los tribunales coincide con el ‘sexenio revolucionario’⁴⁹. El Decreto de 6 de diciembre de 1868, estableciendo la unidad de fueros, comúnmente se considera como el pistoletazo de salida para una serie de medidas que, por fin, entrarán de lleno y con paso firme en la reforma del orden judicial. Junto a éste⁵⁰, la Constitución de 1869 se constituye en un pilar esencial. Contiene un bloque normativo denso volcado en la consideración del orden judicial como un verdadero poder, como ya advierte el rótulo del propio título VII⁵¹. No obstante,

⁴⁷ Sobre esta cuestión vid. MORALES PAYÁN, M.A., “La independencia judicial hacia la mitad del siglo XIX: de la teoría a la praxis”, en prensa.

⁴⁸ Vid., entre otros, BERTELSEN RESPETTO, R., *El Senado en España*, Madrid, 1974; CORONAS GONZÁLEZ, S.M., “El Senado como tribunal de justicia” en AAVV, *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1983, pp. 159-196; “Senado constituido en tribunal de justicia. Causa del ex ministro de Fomento D. Agustín Esteban Collantes y de los señores Mora, Beratarrechea y Luque, sobre supuesto acopio de 130.000 cargas de piedra para obras públicas” en RGLJ 14 (1859), pp. 483-485 y NIETO, A., “Causa del Sr. Collantes: ¿drama o farsa?” en MUÑOZ MACHADO, S. (eds.), *Los grandes procesos de la Historia de España*, Barcelona, 2002, pp. 359-386.

⁴⁹ LORENTE SARIÑENA, M.; MARTÍNEZ PÉREZ, F.; SOLLA SASTRE, M.J., *Historia legal de la justicia en España (1810-1978)*, Madrid, 2012, pág. 273: “A partir de 1868 se establecieron los pilares de un mundo distinto, también –y sobre todo– en la concepción de lo judicial”.

⁵⁰ Obviamente esta afirmación no se puede mantener en términos rotundos pues hay que tener presentes otros textos legales anteriores como la Ley de 11 de abril de 1868 que fijaba “las bases para formar y poner en ejecución, en su día, una ley completa y definitiva de organización y competencia de los tribunales del fuero común y para reformar, entre tanto, la organización actual y para la formación de otra ley de Enjuiciamiento criminal; haciéndose, mientras se plantea ésta, las reformas que el Gobierno considere de mayor urgencia” o los Decretos de 13 y 16 de octubre de ese mismo año que, en pos de la reestructuración de los tribunales de fuero común, posibilitaron la supresión de la jurisdicción contencioso-administrativa en el marco de los Consejos provinciales y el Consejo de Estado y su inserción en la órbita del Tribunal Supremo. Sobre esta cuestión puede verse FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Madrid, 1998.

⁵¹ En la decidida línea de ahondar en la preservación de su independencia frente a la injerencia de otros poderes hay que citar, más allá de este título, el artículo 30, por el que se elimina el hasta entonces ineludible pláacet del ejecutivo para procesar ante los tribunales ordinarios a los funcionarios públicos contribuyendo de manera. En esa misma senda y al amparo de este marco normativo, hay que sumar la *Ley provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto* de 18 de junio de 1870 que, si bien no destierra esta institución del ordenamiento jurídico como pedían algu-

llegado el momento de su desarrollo, éste se produjo de forma apresurada y con un mismo común denominador: “a pesar de su dispersión, prácticamente todas las decisiones que desde 1869 en adelante se adoptaron tuvieron como objeto el elemento personal del aparato judicial. Además, iban en su conjunto dirigidas a lograr el mismo objetivo: regular el procedimiento y los criterios de selección de los jueces”⁵². Y, en este contexto de búsqueda de la emancipación judicial ocupa un lugar relevante la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870⁵³.

2.2. Portugal e o novo modelo de política judiciária

Três foram os textos constitucionais vigentes em oitocentos (1822, 1826 e 1838)⁵⁴ complementados por um vasto universo de legislação ordinária que se propôs regular a organização judiciária do território e o estatuto jurídico atribuído aos di-

nas prestigiosas voces de la época, si controla y limita el uso indiscriminado por parte del ejecutivo y la Ley de Enjuiciamiento criminal de 22 de Diciembre de 1872 que acaba con la intromisión de los alcaldes en la administración de justicia en el ámbito penal.

⁵² LORENTE Y OTROS, *Historia legal...*, ob. cit., pág. 275

⁵³ *Ibid.* pág. 277.

⁵⁴ Sobre as temáticas constitucionais da primeira metade do século XIX, vid., entre outros, AZEVEDO, LUIZ MANUEL PRADO D', *Discursos parlamentares de Borges de Carneiro, Fernandes Thomaz, Ferreira Borges, Garrett, José Estêvão, Passos Manuel*, etc, Escritório da Empresa, Porto, 1878; CARNEIRO, MANUEL BORGES, *Portugal Regenerado em 1820*, Lisboa, Typografia Lacerdina, 1820; CARVALHO, JOSÉ LIBERATO FREIRE DE, *Ensaio Histórico Político sobre a Constituição e o Governo de Portugal*, Paris, 1830; COSTA, RODRIGO FERREIRA DA, *Cathecismo politico do cidadão portuguez segundo o systema da constituição da monarchia portugueza*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1823; FERREIRA, SILVESTRE PINHEIRO, *Projecto de código geral de leis fundamentais d'uma monarchia representativa*, Officina de Casimir, Paris, 1834; *Manual do cidadão em um governo representativo ou principios de direito constitucional, administrativo e das gentes*, Rey et Garvier, Paris, 1834; *Breves observações sobre a constituição politica da monarchia portugueza*, Rey et Gravier, Paris, 1837; *Projecto de código político para a nação portuguesa*, Rey e Gravier, Paris, 1838; GARRETT, J. B. DE ALMEIDA, *Discursos Parlamentares*, Empreza da Historia de Portugal, Lisboa, 1904; Martins, J. P. de Oliveira, *Portugal Contemporâneo*, Lello e Irmão Editores, Porto, 1981; PRAÇA, J. J. LOPES, *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826*, Imprensa Litterária, Coimbra, 1878; *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e o Acto Adicional de 1852*, Coimbra, Imprensa Literária, 1878; *Direito Constitucional Português*, Coimbra, 1893; *Collecção de leis e subsídios para o estudo do Direito Constitucional Português*, Coimbra, 1893; REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, *Sciencia politica e Direito Constitucional*, Coimbra, Imprensa Académica, 1907 e ROCHA, MANUEL ANTÓNIO COELHO DA, *Ensaio sobre a legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pátrio*, 2ª ed. Imprensa da Universidade, Coimbra, 1843.

versos actores judiciais. Apesar de todo o artificialismo que assiste às cisões cronológicas, justificadas apenas pela viabilização de uma análise mais acurada, defendemos para a análise deste período o estabelecimento de duas fases ou subperíodos que compreendem os anos de 1820-1841 e 1841-1910⁵⁵ definidos por uma série de circunstancialismos de natureza político-social que impuseram diferentes modos de tratamento da matéria judiciária. Se as datas de início e fim correspondem a dois momentos políticos, o marco de cisão que estabelecemos é traduzido pela entrada em vigor da Novíssima Reforma Judiciária, monumento legislativo que caracterizou o século XIX e que foi aplicado até 1926, não obstante as inúmeras alterações que veio a sofrer. Reconhece-se a este diploma o estabelecimento de uma estrutura formativa em que assentou a construção e implementação de novos quadros ou formatos jurídicos. Traçando sumariamente as linhas definidoras de cada um dos períodos enunciados, impõe-se referir que o primeiro está associado ao período revolucionário ou de legislação revolucionária pontuado por uma fase de transição presente no governo de D. João VI e uma certa dose de reposição das antigas estruturas ocorrida durante a fase miguelista que conflituava de algum modo com as estruturas introduzidas pelo Regente D. Pedro. Tal como será replicado no decurso de toda a centúria, o traço experimentalista é constante, não hesitando os diversos governos em apresentar novos modelos que nem sempre se ajustaram à realidade portuguesa. No que diz respeito ao segundo período, temos frequentemente adoptado o termo cartista para o caracterizar, sem esquecer, contudo, a fugaz e ténue vigência da Constituição de 1838 que seria afastada com a chegada de António Bernardo da Costa Cabral ao poder, em 1842. Neste último período, o traço preponderante residiu na frequência de governos centralizados responsáveis pelas medidas judiciárias que mais vincaram a centúria.

Fazendo eco do novo ideário apresentado em Portugal, assume-se um conjunto de vozes com as de Manuel Fernandes Tomás, Ferreira Borges, Silvestre Pinheiro Ferreira, Bento Pereira do Carmo e Serpa Machado que introduzem no debate parlamentar o tratamento das noções de soberania, representação, vontade popular, mas sobretudo as de independência e separação de poderes, moldadas à realidade de oitocentos. A propósito deste último conceito (separação de poderes), importa salientar que enquanto a primeira constituição portuguesa instaurava um tipo de separação *rígida* assente na tripartição de poderes (visível no texto do artigo 30º) e que a Magna Lei de 1838 manteria ainda que o discurso tivesse sido suavizado, enquanto a Carta de 1826 procedia a uma conjugação *equilibrada* permitindo e

⁵⁵ É ainda possível identificar alguns subperíodos em cada uma das fases enunciadas, aspecto que já foi trabalhado detalhadamente por nós em trabalhos anteriores e para os quais remetemos. GRAES, ISABEL, *O poder e a justiça em Portugal no século XIX*, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 107-249.

introduzindo um quarto poder - o Moderador⁵⁶. Partindo destas premissas procurava-se que as atribuições de um determinado poder não fossem arrogadas por outro. Na verdade, a realidade portuguesa de oitocentos, ao invés de espelhar um quadro de separação estanque de poderes, até porque esta não seria exequível, consagrou um tipo de divisão de poderes em que era viabilizada a existência de uma bicefalia governativa como referimos anteriormente.

Outro dos objectivos queurgia tratar e se procurava alcançar prendia-se com a independência necessária e que devia ser conferido a cada um dos poderes constituídos, como resultava dos trabalhos da doutrina quer portuguesa quer espanhola de que os testemunhos de Silvestre Pinheiro Ferreira e de Ramón Salas são exemplo.

Delineado o novo arquétipo político, foi necessário substituir os vetustos alicerces institucionais que haviam marcado o *ancien régime* como era o caso, exemplificativamente, da Casa da Suplicação e do Tribunal do Desembargo do Paço e que tantas críticas tinham recebido no decurso dos debates das primeiras Cortes Constituintes. Trilhando um pouco a linha jacobina, as primeiras medidas desencadeadas pelo legislador ordinário traçaram o novo recorte geo-judiciário que ainda apresentava as alterações introduzidas pela reforma de 1790-1792, dado que a Súplica dirigida a Junot e as *Instruções de 8 de Abril de 1808* não haviam produzido os efeitos esperados. A mudança impunha-se, mas a sua concretização foi morosa confrontando-se frequentemente com a suspensão das medidas adoptadas como ocorreu em Junho de 1823. Deste modo, coube ao grande artífice do poder judiciário português antigo ministro de D. João VI e homem de confiança do Regente, Mouzinho da Silveira, apresentar o primeiro modelo reformador em 1832 constante do Decreto n.º 24 de 16 de Maio (*“Reforma Judiciária”*). Todavia, rapidamente começaram a ser apresentadas críticas que exigiram a substituição do regime aplicado conduzindo à sua substituição pela *“Nova Reforma Judiciária”* de 1836-37 implementada na vigência do governo liberal neo-vintista de Sá da Bandeira e de Passos Manuel. Se o desajuste manifesto e as inúmeras críticas endereçadas ao texto da Regência determinaram a sua reforma, a revogação do diploma de 1837 também não se fez esperar e quatro anos volvidos tocou idêntico propósito à *“Novíssima Reforma Judiciária”*⁵⁷.

⁵⁶ Face à classificação do poder moderador como um poder neutro preferimos atribuir-lhe a característica de estabilizador atendendo ao tipo de poderes que lhe são reconhecidos e conferidos e que estão longe de o tornar neutro, dado o grau de interferência nos demais poderes.

⁵⁷ Cfr. o Decreto de 16 de Maio de 1832, a *Novíssima Reforma Judiciária* in *Collecção de Decretos e Regulamentos publicados durante o Governo da Regência do Reino estabelecida na Ilha Terceira*, desde 15 de Junho de 1829 até 28 de Fevereiro de 1832, Primeira Série, segunda edição aumentada

Cotejados os três textos legislativos, é notória a existência de alguns traços comuns como é o caso da divisão territorial em distritos, comarcas e julgados, bem como a contemplação do Supremo Tribunal de Justiça erigido na qualidade de órgão supremo do poder judiciário tal como o dispusera o legislador de 1822. De igual modo, foram conservadas no *Continente do Reino*, as Relações de Lisboa e Porto, cada uma com um presidente e mais vinte juizes e nos Açores, a de Ponta Delgada composta pelo presidente e mais seis juizes. Por sua vez, foi ainda mantido um quarto tribunal da Relação, em Goa que datava de 1544. No que diz respeito às províncias ultramarinas em África, a atribuição dos primeiros regimentos dataria apenas na segunda metade do século XIX, altura em que foi substituído o modelo seiscentista e setecentista. Já o território brasileiro depois das últimas reformas que haviam criado as Relações do Maranhão (1811) e de Pernambuco (1821), deixaria de ser uma preocupação, em virtude do reconhecimento da independência em 1825. Em cada uma das comarcas do continente, visto que a Nova Reforma permitia o “*regresso*” à comarca como base da divisão territorial nas circunscrições judiciárias, exercia funções um juiz de Direito o que aconteceria também nas que se estabelecessem nas ilhas dos arquipélagos da Madeira e dos Açores. Frise-se ainda que, especialmente na vigência do diploma de 1841, as comarcas eram formadas por círculos de jurados e tribunais de polícia correccional tendo o número daquelas assim como o de julgados sido consideravelmente modificado, elevando-se as primeiras a mais de uma centena e estes a um total de 416 no Continente e Ilhas. Por último, e no âmbito de uma apreciação genérica, podemos dizer que as 44 comarcas e nove províncias existentes em 1822 foram ligeiramente reduzidas para 40 comarcas em 1832; número que aumentou exponencialmente em 1841, para 116 e em 1874-76, para 160; sendo este crescimento mantido até 1896, embora de modo mais contido, ao ser elevado para um total de 172 comarcas.

Não se limitando à regulação da organização judiciária territorial, a Novíssima Reforma dispunha ainda acerca do estatuto da magistratura e da organização do processo civil e criminal, do mesmo modo que contemplava aspectos de direito comercial e de direito fiscal, o que não impedia contudo que ainda fosse feito um uso constante do disposto nas Ordenações Filipinas e da numerosíssima legislação avulsa⁵⁸. Todavia, apesar de bastante inovadores e completos, nenhum destes tex-

de muitos diplomas, Imprensa Nacional, Lisboa, 1836, p. 102; e a Collecção oficial da legislação portuguesa redigida por JOSÉ MÁXIMO DE CASTRO NETO LEITE E VASCONCELOS, Lisboa, Imprensa Nacional, 1856. Vid. ainda Novíssima Reforma Judiciária: publicada por Decreto de 21 de Maio de 1841: em virtude do disposto na Carta de Lei de 28 de Novembro de 1840: precedida da mesma carta de lei, Tipografia de J. A. S. Rodrigues, Lisboa, 1841.

⁵⁸ No que diz respeito ao direito judiciário, cfr. ISABEL GRAES, *O poder...*, pp. 122-249.

tos contemplava todas as necessidades sentidas no reino e, por este motivo, ao longo da segunda metade de oitocentos são tomadas diversas medidas com vista nomeadamente ao devido ajustamento do mapa judiciário. Entre os critérios seguidos, eram valorizados alguns aspectos ditos imediatos como era o caso do número de habitantes de cada localidade; a distância existente entre as freguesias; as dificuldades nas comunicações; a existência de limites naturais que impedisse a união de localidades; ainda que no final a decisão atendesse sobretudo a factores políticos tomados por algum nepotismo ou favorecimento de pendor pessoal conferindo ao mapa judiciário uma hibridez incontornável.

Sendo apenas possível identificar os diplomas que maiores alterações carrearam, é devida uma palavra em relação ao Decreto de 24 de Outubro de 1855; às Leis de 26 de Julho de 1856, 27 de Junho de 1867, 16 de Abril de 1874; ao decreto ditatorial (n.º 3) de 29 de Março de 1890 e ao Decreto de 12 de Julho de 1895. Tampouco devem ser ignoradas as propostas de lei apresentadas por Adriano Machado (1880) e Veiga Beirão (1886) que exerceram uma grande influência na construção do arquétipo judiciário português, como é o caso do texto de 1886 que se revelou a matriz dos estatutos judiciários do século XX, ainda que não tenha sido sequer aprovado⁵⁹.

Se a caracterização efectuada traduz o arquétipo da jurisdição comum vigente, não é possível concluir que as várias jurisdições especiais como a militar, comercial e administrativa não tenham encontrado igual acolhimento por parte do legislador ordinário que importou frequentemente ora o modelo francês ora o arquétipo inglês articulando-o ou moldando-o à realidade portuguesa e, sobretudo, à vontade do Ministro do Reino. A este respeito cite-se ainda a atribuição de competência judicial à Câmara dos Pares; a criação do Tribunal da Verificação de Poderes; o Supremo Tribunal da Liberdade de Imprensa⁶⁰ e, por último, a criação do tribunal de júri. Entre todos o que se mostrou mais polémico foi, sem dúvida, o Tribunal de Justiça da Câmara dos Pares que carregou a discussão acesa e constante no decurso de oitocentos em que foi debatida a viabilidade e legitimidade de um órgão do poder legislativo acumular funções judiciais⁶¹.

⁵⁹ Cfr. ISABEL GRAES, O Direito Administrativo da Magistratura Judicial, in Tratado de Direito Administrativo Especial, Almedina, Coimbra, 2017, vol. VII, pp.133-267.

⁶⁰ Vd. *Sobre a liberdade de imprensa e a efêmera tentativa vintista*, edição especial, 2017, Revista Teoria e História do Direito, Centro de Investigação Teoria e História do Direito, no prelo.

⁶¹ Cfr. ISABEL GRAES, *Câmara dos Pares, A construção de um “novo tribunal” em oitocentos* (in Cuadernos de Historia del Derecho – Universidad Complutense de Madrid, vol. 24, Madrid, 2017 (no prelo)).

Especial destaque deve ser dado à criação do órgão de cúpula do Poder Judiciário – o Supremo Tribunal de Justiça (STJ)⁶² – ocorrida em 14 de Setembro de 1833, ainda que a sua consagração constitucional tenha sido registada logo no art. 191º da Constituição de 1822, disposto que foi replicado na Carta Constitucional (art. 130º) e na legislação avulsa (art. 4º do Decreto n.º 24, de 1832 e no art. 1º da 1ª Parte da Nova Reforma Judiciária). Vicissitudes políticas pareciam justificar a de-longa na efectiva criação desta instituição do poder judiciário tendo José da Silva Carvalho⁶³ sentido a necessidade de expressamente recordar o Regente para que fossem tomadas as devidas medidas⁶⁴. Também neste caso o modelo português foi influenciado pelos congéneres francês e espanhol, respectivamente da *Cour de Cassation* e do *Tribunal de reposición de la España Josefina* definidos no Estatuto de Baiona de 6 de Julho de 1808 e na Constituição de Cádiz. Ultrapassada

⁶² Sobre o Supremo Tribunal de Justiça e o estatuto da magistratura oitocentista, vd. ISABEL GRAES, *O poder e a Justiça em Portugal ... e A permanência de velhos vícios, sob o mito de novos tempos. As opções judiciais de D. Pedro, Duque de Bragança (1832-1834)* (no prelo). Sobre a história do Supremo Tribunal de Justiça, vd. ainda Conselheiro JOSÉ DUARTE MACHADO FERRAZ, *Commentários á lei de 19 de Maio de 1832, sobre a competência do STJ*, Lisboa, 1940 e do mesmo autor, *Commentários á lei de 19 de Dezembro de 1843, que tracta das novas atribuições concedidas ao STJ*, Lisboa, 1844; Conselheiro JOSÉ ARAÚJO CORREIA DE LACERDA, sob o pseudónimo de J.F. Neves, *Repertório dos acórdãos do STJ*, 1852; Conselheiro ADRIANO DE ABREU CARDOSO MACHADO, *Um brado contra os calumniadores da magistratura*, Porto, 1860; Conselheiro ANTÓNIO DE AZEVEDO MELO DE CARVALHO, *A revolta*, Lisboa, 1863; EDUARDO DALLY ALVES DE SÁ, *Supremo Tribunal de Justiça, Evolução histórica desta instituição e apreciação de sua essência e modo de ser actual*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1872; ANTÓNIO VIANA, *Documentos para a história contemporânea. José da Silva Carvalho e o seu tempo*, 2 vols., Lisboa, Imprensa Nacional, 1891-1894; RODRIGO VELOSO, *Perfis forenses*, 1910; Conselheiro PINTO OSÓRIO, *Figuras do passado*, Lisboa, Typographia José Bastos, 1915; e do mesmo autor: *No campo da Justiça*, Porto, Imprensa Comercial, 1914; Conselheiro EDUARDO JOSÉ DA SILVA CARVALHO, *Dos recursos nas Relações e no STJ*, Porto, 1919; JAIME PINTO OSÓRIO, *Palavras de gratidão e de saudade*, Porto, 1921 e do mesmo autor *Uma nobre figura de magistrado*, separata do Almanaque de Ponte de Lima, 1927; AUGUSTO CARDOSO PINTO OSÓRIO, *Conselheiro João Franco e Conselheiro Pinto Osório. Dois documentos*, Viana do Castelo, 1933; Conselheiro CAETANO GONÇALVES, *Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal e Justiça, memória histórico-crítica no primeiro centenário da sua fundação (1832-1932)*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1932; Comemorando o 1º centenário do STJ, Lisboa, Tipografia Couto Martins, 1933; Conselheiro EDUARDO AZEVEDO SOARES, *Supremo Tribunal de Justiça, seu estabelecimento, presidentes e demais juizes conselheiros, procuradores geraes da coroa e fazenda (hoje da República), secretários-directores geraes*, Vila do Conde, edição do Autor, 1938; Conselheiro BERNARDO DE SÁ NOGUEIRA, *Da Casa d'el Rei ao STJ. Contributos para a sua história*, Lisboa, INCM, 1995.

⁶³ Sobre os primeiros presidentes do STJ, vid. GRAES, ISABEL, *Ante a criação de um novo tribunal: Os primeiros presidentes do Supremo Tribunal de Justiça* e NUNO CAMARINHAS, *José da Silva Carvalho, in Figuras do judiciário*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 17-52 e 53-67.

⁶⁴ Cfr. Arquivo Nacional da Torre do Tombo, Ministério dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça, maço 648/6.

a discussão parlamentar foi regulada no texto constitucional *a criação em Lisboa de um Supremo Tribunal de Justiça* composto por juizes letrados nomeados pelo Rei, cabendo a dois destes magistrados o desempenho das funções de presidente e de vice-presidente. A nomeação régia não resultava do arbítrio do monarca estando, ao invés, dependente da *proposta do Conselho de Estado* apresentada sob a forma de listas tríplices, nos termos do Regimento do Conselho de 25 de Novembro de 1821 como salientava o legislador da Constituição de 1822 (arts. 191º e 123º); ou procedendo à selecção dos *letrados* que eram *tirados das Relações por suas antiguidades*, conforme dispunha o legislador da Carta no art. 75º n.ºs 3 e 11. Por sua vez, e a respeito da nomeação dos conselheiros do STJ, o legislador ordinário oscilava entre a atribuição deste acto à *competência do Governo* (art. 12º do Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832 e do art. 1º § 1 da 1ª Parte da RJ); *ou do monarca* (art. 8º NRJ). Procedendo a um breve lance sobre os momentos cruciais da história desta instituição é fundamental a menção aos diplomas de 16 e 19 de Maio de 1832 e 19 de Dezembro de 1843 que tratam da sua competência e os textos de 16 de Maio de 1832, 14 de Dezembro de 1833, 29 de Novembro de 1836, 1 de Agosto de 1844 e 10 de Março de 1847 que regulam respectivamente a composição e o regime de transferências, antiguidade e aposentação dos magistrados de segunda instância, aspecto que afectou imediatamente os seus membros e que conduziu neste último ano à apresentação da demissão do presidente e dos restantes conselheiros daquele tribunal. O mediatismo da medida era devido à notória ingerência do Poder Executivo que não tinha qualquer pejo em controlar a movimentação de magistrados⁶⁵.

Ante o exposto, podemos concluir que se no período anterior a 1841, a característica que mais sobressaiu foi a tentativa de encontrar e aplicar em Portugal um modelo judiciário que respondesse ao conceito de liberalismo político muito embora tenha distado da mera transposição de modelos estrangeiros, o segundo subperíodo que apresentámos é marcado por uma política que desenvolveu as premissas e os alicerces consagrados no diploma de 21 de Maio (Novíssima Reforma Judiciária) e que a *voluntas* de cada governo impôs não já sob a égide revolucionária, mas numa linha moderada tanto quanto a Carta o permitia. Como veremos a tão almejada independência do poder judiciário ou a sua ausência só pode ser compreendida se conjugarmos os modelos adoptados na construção do mapa judiciário e na definição do estatuto jurídico dos magistrados e funcionários judiciais.

⁶⁵ Vd. A este respeito, ISABEL GRAES, Uma palavra pela magistratura ou a oposição ao decreto absolutório de 1844, in e-SLegal History Review 19 (2015), pp. 1-57.

3. Sobre la independencia del poder judicial durante el siglo XIX o su ausencia/Sobre a independéncia do poder judiciário em oitocentos, ou a sua ausência.

3.1. España

Por lo que hace a España, superado el modelo absolutista al franquear su primer tercio, transcurre el siglo con cierta desorientación y desgana, con un sinfín de normas que dan varios pasos adelante y otros tantos hacia atrás, con incontables proyectos que no llegaron a puerto y otro cúmulo que aunque se hicieron realidad fueron incumplidos⁶⁶. Para que haya un giro de timón hartamente llamativo hay que esperar a que aparezca en escena tanto la Constitución de 1869 como la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870⁶⁷, que surge a su amparo⁶⁸. Y son textos claves porque, como señala Fernández Segado⁶⁹, la verdadera independencia judicial en este período sólo se podía conseguir por dos caminos: “el

⁶⁶ SÁINZ GUERRA, *La Administración...*, ob. cit., pág. 117: “Indudablemente, el mal de fondo estaba enraizado en el propio régimen constitucional liberal que, sobrepasados los años cincuenta, aún no se había logrado implantar con la suficiente autoridad y pureza. Progresistas y moderados pertenecían a una misma familia política que carecía de normas duraderas para gobernar en un aspecto tan delicado como era la Administración de Justicia. Las Constituciones sucesivas no habían sido respetadas y aunque en ellas estaba prescrito el mecanismo adecuado, se promocionaban procedimientos dilatorios con la pretensión de desarrollar los principios de la norma suprema. Todo ello, a sabiendas de que la verdadera solución debía pasar por un acuerdo recíproco que partiera del establecimiento definitivo de la organización de los tribunales y su personal”.

⁶⁷ SERVÁN, C., *Laboratorio constitucional en España: el individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid, 2005.

⁶⁸ Aunque la Constitución de 1837 trataba de profundizar en la senda de una justicia independiente, en la práctica, fue inoperante. Valgan las palabras de denuncia del reconocido jurista GÓMEZ BERCERRA, A., *Observaciones sobre el estado del poder judicial en España*, Madrid, Imprenta del Colegio nacional de sordo-mudos, 1839, pp. 58-59, a este propósito: “No es este Poder judicial el que quiere la Constitución –se refiere a la de 1837-, porque no es independiente, y porque careciendo de esta cualidad esencial, no es un verdadero Poder político. Tener al Poder judicial despojado de los caracteres esenciales, que le da la Constitución, es un quebrantamiento continuo y permanente de la propia Constitución, y de la promesa de guardarla y hacerla guardar, que se ha hecho y repetido, con el sello de la religión del Juramento. Resulta de esto una usurpación notoria, por parte del Poder ejecutivo y si no son absolutamente dos los Poderes que restan, en vez de tres, que establece la Constitución, a lo menos, ha crecido el uno, con mengua del otro, y se han destruido el nivel y las líneas divisorias ... Hemos dibujado un cuadro, triste y opaco, por cierto, pero, por desgracia, sencillo y verdadero del estado que tiene el Poder Judicial en España...”.

⁶⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, *Las constituciones históricas...*, ob. cit., pág. 317.

primero, de tipo negativo, destruyendo el régimen administrativo que se había esbozado por los Ministros de Isabel II, y el segundo, de carácter positivo, reorganizando la Judicatura”⁷⁰.

En este sentido, se puede afirmar que la Constitución marca las líneas generales y la ley de 1870 las concreta⁷¹. A los efectos de este estudio resulta especialmente significativo el artículo 95 del texto constitucional que entra de lleno en la cuestión de la independencia por la puerta de la inamovilidad de jueces y magistrados. Según su tenor, éstos no podrían “ser depuestos sino por sentencia ejecutoria”. Hasta ahí el precepto era previsible pues, como señala Sáinz Guerra, había que terminar, al menos en teoría, con las innumerables interferencias de los distintos movimientos políticos, caracterizados por su propia inestabilidad y pobreza ideológica, que traían de la mano unos “favoritismos que imponían un determinado personal a capricho del partido o del Ministro de turno”⁷². La deposición, en manos ministeriales, era un instrumento brillante para obtener adhesiones inquebrantables. Quitarle esta herramienta suponía toda una declaración de intenciones. Sin embargo, no la erradicaba como en principio podía parecer. Todo lo contrario, la introducía con un añadido notablemente perturbador: la deposición podía venir de la mano de un “Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros”. Bien es verdad que con previa consulta al Consejo de Estado⁷³ y a tenor de lo que se dispusiera “en la mencionada ley orgánica”⁷⁴ todavía por aprobar. La puerta, de nuevo, se dejaba entreabierta.

A pesar de los buenos propósitos teóricos, en la práctica, la reestructuración de la justicia seguía sin poder zafarse de la tutela del ejecutivo⁷⁵. A todas luces era una traición a las proclamas ideológicas defendidas por el proceso revolucionario⁷⁶. Se intentó vender a la opinión pública con el recurrente argumento de que

⁷⁰ Se hace eco de las palabras de Carro Martínez, A., *La Constitución española de 1869*, Madrid, 1952, pág. 136.

⁷¹ SOLLA, J., “Finales como principios: desmitificando la Ley Orgánica de tribunales de 1870” en *Anuario de Historia del Derecho Español* LXXVII (2007), pp. 427-466.

⁷² *La Administración...*, ob. cit., pág. 117.

⁷³ Este órgano se considera clave para garantizar que las decisiones del ejecutivo en estas materias no sean arbitrarias.

⁷⁴ Añadía el art. 95 que: “... Tampoco podrán ser trasladados sino por Real Decreto expedido con los mismos trámites; pero podrán ser suspendidos por auto de Tribunal competente”.

⁷⁵ DÍAZ SAMPEDRO, B., *La politización de la justicia: la designación de los magistrados del Tribunal Supremo (1836-1881)*, Madrid, 2005.

⁷⁶ SERVÁN, C., “Configuraciones y desfiguraciones de la justicia bajo el constitucionalismo de 1869” en Lorente Sariñena, M. (coord.), *De justicia...*, ob. cit., pág. 374: “Tampoco en materia de inamo-

era una exigencia para poder dar estabilidad a la organización judicial. Pero, realmente, se borraba de un plumazo la posible inamovilidad judicial⁷⁷. Era pura contradicción, máxime cuando al articulado constitucional había que sumar la disposición transitoria segunda que ponía en manos del gobierno una libertad omnímoda para hacer y deshacer a su antojo hasta tanto se aprobase la ley orgánica de tribunales⁷⁸.

En este sentido subraya Serván⁷⁹ que es verdad que “en la definición de los poderes que contiene la Constitución de 1869 no hay lugar para las conjunciones. Legislativo, Ejecutivo y Judicial se enuncian sin intersecciones, al menos en lo que a la atribución de sus funciones se refiere”. Y es precisamente por esta escrupulosidad teórica por la que “el principio de independencia judicial se entendía como uno de los grandes progresos que el texto constitucional traería a la práctica jurídica”. No cabía ninguna duda de que esta independencia debía ser operativa “no sólo en el campo de las competencias sino, especialmente, en el de la organización judicial”. De ahí que la primera exigencia competencial, según afirma, se garantizara “con el requisito de la exclusividad en la atribución de la potestad judicial”. Pero la segunda, la orgánica, en cambio, en la práctica acabó “relativizada y moderada”, siendo uno de los grandes desencantos del texto⁸⁰.

La clave estuvo en que no se pudo, o no se quiso, poner fin a la intromisión del ejecutivo. Es cierto que se dieron pasos en pos de su limitación pero aún así su injerencia fue notable⁸¹. En este sentido basta traer a colación el Decreto de 3 de julio de 1869 que se promulgó con la pretensión de desarrollar el contenido de los artículos 94 a 97 del texto constitucional. Serván⁸², aguda analista de la cuestión,

vilidad se blindó a los jueces y magistrados frente a las intervenciones ejecutivas. La Constitución no es, en este caso, ni innovadora ni rompedora con el precedente, pues era una práctica constante de la justicia isabelina...”.

⁷⁷ SÁINZ GUERRA, *La Administración...*, ob. cit., pág. 119.

⁷⁸ “Hasta que, promulgada la ley orgánica de Tribunales, tengan cumplido efecto los artículos 94, 95, 96 y 97 de la Constitución, el Poder Ejecutivo podrá dictar las disposiciones conducentes a su aplicación en la parte que sea posible”.

⁷⁹ SERVÁN, C., *Configuraciones...*, ob. cit., pág. 373.

⁸⁰ Es necesario subrayar cómo el art. 94 permitía que el Rey nombrara libremente hasta la cuarta parte de magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo.

⁸¹ Recordar, como hace SÁINZ GUERRA, *La Administración...*, ob. cit., pág. 120, que, “una vez publicada la Constitución de 1869 y bajo el ministerio de Ruiz Zorrilla (progresista), se procedió a un serie de destituciones que, en lo referente a jueces de primera instancia, alcanzó la cifra, solamente entre agosto y septiembre, de ciento treinta y nueve”.

⁸² SERVÁN, *Configuraciones...*, ob. cit., pág. 375.

recalca que si algo hay que resaltar de esta disposición no es tanto “la parte de la Constitución que aplica sino, precisamente, la que deja inoperante”. El intervencionismo gubernativo que rezuma en cuestiones tan delicadas para la consecución de la independencia judicial como son las relativas a la entrada, ascenso e inamovilidad en la carrera judicial fue tal que tuvo que ser derogado tan sólo doce días después de ver la luz⁸³, optándose, como alternativa menos mala, por rehabilitar viejas disposiciones que se daban por superadas⁸⁴. A esta indeterminación, a esta política titubeante, se pensaba que sólo se le podría poner fin promulgando de una vez la “ley orgánica” demanda por el texto constitucional⁸⁵.

Calificada como “el acontecimiento normativo más importante de la historia de la justicia del constitucionalismo moderno en España”⁸⁶, la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, aún dentro de la profunda convicción por garantizar la independencia del poder judicial, tampoco acabará con la intervención gubernamental. Se le reconocen dos grandes virtudes. Frente a la vigente regulación reglamentaria y decretista, dispersa y fragmentada, el dotar “de rango de ley al orden judicial”. En segundo lugar, el que lo haga con un texto completo, en el sentido de que contiene “en una misma disposición toda la organización de la estructura judicial y de su personal”⁸⁷. En cambio, se le reprocha su carácter contradictorio. En este sentido, subraya Aparicio⁸⁸ que el ejemplo más revelador de su paradójica contradicción aparece pronto: en su artículo segundo, en el que tratando de delimitar la función jurisdiccional a la tradicional afirmación de que le corresponde “la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales” le añade, como ruidosa novedad, “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”. Esto significa, en su opinión, un elemento de soberanía que en realidad resulta ser una “ficción” pues los tribunales por definición no ejecutan sino que ordenan la ejecución⁸⁹.

⁸³ Decreto de 15 de julio de 1869 derogando el de 3 de julio relativo al nombramiento, traslación, ascenso y reparación de los Magistrados y Jueces de la Península é islas Baleares y Canarias.

⁸⁴ Decretos de 29 de diciembre de 1838 y de 7 de marzo de 1851.

⁸⁵ Que curiosamente y en función de esta indeterminación llevará el calificativo de provisional. Recuerda SERVÁN, *Configuraciones...*, ob. cit., pág. 377 que el contenido de la ley no llegó a debatirse en las Cortes; simplemente se discutió si se otorgaba o no autorización al gobierno para su “establecimiento provisional”.

⁸⁶ LORENTE y otros, *Historia legal...*, ob. cit., pág. 277.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ APARICIO, *El status...*, ob. cit., pág. 113.

⁸⁹ Para SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J. E., *Indultos y amnistía*, Valencia, 1980, pp. 241-242, la propia configuración de los tribunales que establece esta ley de 1870, consiente en su actividad de aplicación de la ley, al menos en supuestos concretos, que lo que no le esté permitido hacer a los tribunales le

Pero será precisamente esta singularidad, la inclusión de principios contrapuestos como éste, la que, desde su perspectiva, garantizará su supervivencia, en la medida en que según la tendencia política gobernante se acentuarán unos u otros. De ahí que durante más de cien años sobreviva y, además, lo haga bajo regímenes y tendencias políticas muy diversas a pesar de haberse intentado su derogación en numerosas ocasiones⁹⁰.

En esta línea contemporizadora, nos interesa fijarnos en la cuestión de la inamovilidad. De nuevo recurrimos a Serván⁹¹, quien nos muestra cómo la desarrolla, fiel a su espíritu, con un doble rasero: de modo absoluto para quienes ingresaran según todas las exigencias previstas por la ley y con carácter relativo para quienes ya formaban parte de la magistratura. Así, mientras que éstos deben superar una valoración de su trayectoria profesional a manos de una ‘Junta de clasificación’ creada *ex profeso*⁹², con la parcialidad inherente a su composición y ejercicio de

sea concedido al poder ejecutivo. Y toma como ejemplo el caso de los indultos: “Para comprender la función judicial, que, aunque atenuada ejerce el poder ejecutivo, hay que tener en cuenta la configuración de los Tribunales españoles en su actividad de aplicación de la Ley; pues ésta es heredera de la concepción de Montesquieu, según la cual el Juez es la ‘Bouche que prononce les paroles de la loi’, o, ‘etres inanimés qui ne peuvent moderer ni la force ni la rigueur de la loi’, que se corresponde a la definición de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictada en el mismo año de 1870 e inspirada en los mismos principios. Según esta concesión, lo que no está permitido hacer a los Tribunales le es concedido al poder ejecutivo que en definitiva aplica ‘derecho’ o más concretamente un ‘principio de justicia’ que debe definirse como el de la convivencia de que la estricta aplicación del derecho positivo no traiga como consecuencia –la calificación social– de perjuicios mayores que los que se ocasionarían si la condena no fuera cumplida o atenuada. Se reserva de este modo el poder ejecutivo una de las funciones más excelsas del Poder, como es de la de hacer justicia, hacer lo justo, lo más conveniente en cada caso concreto”.

⁹⁰ LORENTE y otros, *Historia legal...*, ob. cit., pág. 278: “A pesar de la distancia contextual y temporal, en cambio, la LOPJ compendia los elementos básicos por los que identificamos a nuestra justicia actual. Formalmente porque se trataba de una ley elaborada por Gracia y Justicia, pero una ley orgánica al fin y al cabo, lo cual nos aproxima al poder judicial como un orden cuyo diseño es disponible dentro del marco constitucional, clausurando la concepción de la justicia como infraestructura, indisponible, de todo el orden constitucional. Materialmente, porque el aparato judicial y el diseño del juez eran ya los de la administración de justicia que conocemos...”.

⁹¹ *Configuraciones...*, ob. cit., pág. 377.

⁹² La disposición transitoria V exige que esté compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo; un Consejero de Estado en la Sección de Gracia y Justicia, elegido por la misma Sección; el Fiscal del Tribunal Supremo; dos diputados nombrados por el Gobierno; un magistrado del Tribunal Supremo nombrado por su Sala de gobierno; un magistrado de la Audiencia de Madrid nombrado también por su Sala de gobierno; un catedrático de derecho de la Universidad Central nombrado por el gobierno; dos abogados del Colegio de Madrid nombrados por su Junta de gobierno y un oficial del Ministerio de Gracia y Justicia, nombrado por el Gobierno, que debía hacer las veces de secretario sin voto.

sus funciones⁹³, los primeros, salvo el cupo reservado constitucionalmente por el artículo 94 al Rey, habían de ser seleccionados mediante el sistema de oposición que debía garantizar tanto la adecuada preparación de los aspirantes como la obstrucción a cualquier intento de cooptación. Precauciones reforzadas tanto por la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Supremo que se le ofrecía a quienes “teniendo un derecho perfecto y determinado para ingresar o ascender en la carrera judicial fueran pospuestos indebidamente”⁹⁴ como por la necesidad de dar cuenta de los nombramientos al Ministerio Fiscal para que emitiese su opinión “acerca de si han sido hechos con arreglo a la Constitución y a las leyes”⁹⁵.

Cabe subrayar también el arbitrio de significativas medidas profilácticas en pos de evitar arbitrariedades en materia de inamovilidad (destituciones, traslados, suspensiones y jubilaciones) lo que se tradujo en un enorme avance⁹⁶. Pero todo ello no es óbice para insistir en que en el tema de la selección de los jueces se entremezcla la posibilidad de elegir a los que objetivamente se consideren idóneos junto a los que desde el punto de vista del rey, es verdad que en proporción limitada, se estimen adecuados a los que hay que sumar aquellos otros a los que el gobierno da el visto bueno para que sigan con sus quehaceres. Una mezcla que cabe interpretar en clave de futuro, una inversión a largo plazo, que pone de manifiesto la complejidad de la tarea de liberar de tutelas al poder judicial. Se libra una dura batalla entre hacer realidad unos asépticos postulados teóricos en los que prácticamente todos coinciden con una compleja herencia recibida junto a la toma de conciencia de que en la práctica, si los miembros de la magistratura no están de acuerdo con los principios políticos reinantes, son un arma muy eficaz para su parálisis.

En esta dialéctica, pocos años después y ya en plena vorágine republicana, se da un nuevo paso adelante en la independización teórica del poder judicial con la publicación del Decreto de 8 de mayo de 1873. Tres afirmaciones de su *exposición* llaman especialmente la atención:

⁹³ La libertad del ejecutivo es extraordinaria dado que además de que la redacción del informe podía ser muy laxa, textualmente tampoco le resultaba vinculante dado que la disposición transitoria VII establece que “el Gobierno con vista del dictamen de la Junta, resolverá lo que estime procedente”.

⁹⁴ Cfr. art. 180.

⁹⁵ Cfr. art. 183.

⁹⁶ Especialmente el art. 9 (“No podrá el Gobierno destituir, trasladar de sus cargos ni jubilar a los Jueces y Magistrados sino en los casos y en la forma que establecen la Constitución de la Monarquía y las leyes. En ningún caso podrá suspenderlos”) junto a los arts. 221-244 (Título IV ‘De la inamovilidad judicial’).

- 1.- La tajante convicción de que “la arbitrariedad en la designación y remoción de los funcionarios públicos” es “causa dolorosamente eficaz de graves perturbaciones en el régimen del Estado”.
- 2.- La necesidad de una “profunda reforma” de la Ley provisional “si ha de afirmarse la plena independencia del Poder judicial”.
- 3.- En consonancia, la necesidad de dictar la presente disposición para, por un lado, hacer que “la ley se cumpla en lo relativo al nombramiento, ascenso, traslación y separación de funcionarios del Poder judicial, sin el dañoso arbitrio del Ministro” y, por otro, “deshacer las ilegalidades que en este punto hayan podido cometer las administraciones anteriores”.

Aparicio⁹⁷, otro destacado especialista en la cuestión, refiere que como novedad significativa presentaba la propuesta de desplazar al Consejo de Estado en las tareas selectivas de personal. Con la nueva regulación sería el Tribunal Supremo el que tendría la “competencia exclusiva en la proposición individual de los casos de nombramiento y ascenso con carácter vinculante para el Gobierno”. Elocuente proclama de la convicción de dar protagonismo a jueces y magistrados en las tareas de autogobierno. Su eficacia, sin embargo, fue efímera. No transcurren siquiera cinco meses cuando, alegando graves dificultades en su aplicación práctica⁹⁸, se toma la decisión de retirarle buena parte de las facultades otorgadas⁹⁹.

La precariedad republicana dio paso a la Restauración, que rápidamente puso fin a sus innovaciones en el ámbito judicial, especialmente por lo que a la selección e inamovilidad de los jueces y magistrados se refiere¹⁰⁰. Desde la óptica del presente trabajo hay que destacar al menos dos notas especialmente significativas en este largo período que se extiende hasta bien entrado el siglo XX. Por un lado, el modelo que plantea el nuevo referente constitucional, el texto de 1876. Si bien, como declaración de principios, el título dedicado a la justicia suprime el término ‘poder’ y recupera el añejo concepto de ‘administración’, en su desarrollo “tampoco difirió gran cosa la regulación constitucional restauradora en relación con

⁹⁷ *El status...*, ob. cit., pp. 125-126

⁹⁸ Decreto de 3 de octubre de 1873.

⁹⁹ APARICIO, *El status...*, ob. cit., pág. 126: Ahora “... se pasaba a una propuesta en terna con selección final del Ministro”.

¹⁰⁰ Especialmente mediante los Decretos de 23 de enero de 1875 mediante los que se establecen nuevas bases para las declaraciones de inamovilidad de los Magistrados y Jueces y se dictan reglas para la provisión de los cargos del orden judicial y del Ministerio fiscal.

los textos constitucionales anteriores”¹⁰¹. Quizá su aportación más característica fue la de marcar una serie de líneas muy genéricas que requerían de un posterior desarrollo legislativo. Y, en coherencia con esta demanda de leyes complementarias, en lugar de promulgar una nueva mantuvo vigente la Ley provisional para la organización del poder judicial del año 1870. Sufrió algunos retoques, se introdujeron algunas otras novedades legislativas pero básicamente los cimientos eran los mismos¹⁰². Como resultado final, había jueces y magistrados a los que se les garantizaba su inamovilidad mientras que a otros tantos no.

La segunda nota esencialmente relevante es que, durante este largo período, tiene lugar un proceso de funcionarización de los servidores de la Administración del Estado¹⁰³. Y es, en ese contexto, en el que el personal al servicio de la justicia obtendrá ciertos beneficios entre los que se incluían garantías de inamovilidad¹⁰⁴. Objetivo cumplido.

3.2. Portugal.

Observada a descrição da primeira metade de oitocentos em Espanha, concluimos que em Portugal pouco se divergiu do cenário apresentado no reino vizinho, ainda que não seja possível falar de um liberalismo ibérico, estando excluído, de igual modo, um tipo único de liberalismo lusitano. Ao longo do século XIX, as correntes iluministas sofreram adaptações conforme as necessidades e as opções políticas do momento, ou seja, a tradução do *espírito liberal* e subsequente definição do modelo do constitucionalismo oitocentista português dependeu mais da concretização de interesses pessoais do que do Bem Público, aos quais não eram alheios os laivos de um conservadorismo medieval não só tolerado, mas incentivado pelo

¹⁰¹ APARICIO, *El status...*, ob. cit., pág. 137.

¹⁰² En este sentido, cabe subrayar cómo se promulga una Ley Adicional a esta disposición con fecha 14 de octubre de 1882. Una relación de todas las normas promulgadas puede verse en Lorente y otros, *Historia legal...*, ob. cit., pp. 455 y ss.

¹⁰³ DELGADO RINCÓN, L.E., “La configuración de la Administración de Justicia como parte de la Administración pública durante el siglo XIX español (análisis de algunos aspectos que influyeron en el proceso de burocratización de la justicia)” en *Revista de Estudios Políticos* 98 (1997), pp. 221-238.

¹⁰⁴ APARICIO, *El status...*, ob. cit., pág. 157: “La conclusión de este largo periplo no dejó, pues, de volver a ofrecer nuevas paradojas: hasta la Ley Provisional Orgánica los principios constitucionales sobre la inamovilidad judicial decían no aplicarse por la ausencia de leyes de desarrollo; después de ella y de la ley Adicional, prácticamente todos los Decretos que regulaban el mundo judicial o fueron independientes de ellas o fueron directamente ilegales”.

absolutismo liberal. Deste modo, as tendências políticas oscilaram em Portugal entre um realismo moderado e um liberalismo gradual, sem descurar algumas manifestações mais radicais que pontualmente se fizeram sentir, ainda que no final tenham tido pouca expressão política. Por este motivo, defendemos a existência de um liberalismo mitigado em Portugal onde confluíram de modo consertado ou ajustado às necessidades locais as mais variadas correntes do pensamento jurídico-político europeu. Atendendo ao caso português, a vontade que tinha caracterizado o espírito dos homens que fizeram a revolução de 24 de Agosto de 1820 e que haveria de estar presente nas primeiras Constituintes, no sentido de cortar os laços com o regime absolutista, ficou muito aquém do esperado, até porque o modelo de governação instituído pelos diversos Ministros do Reino veio a revelar-se, na maioria dos casos, mais próximo dos protótipos centralizadores. Consentânea com o ideário político vigente, era invocada a ideia de separação de poderes que está associada à adopção de um texto constitucional mais ou menos rígido, pelo que adoptá-la num momento ou noutro implica perceber se aquele foi ou não aplicado escrupulosamente. Cabe ainda frisar que nem Montesquieu a quem se deve a teoria que se destacou em todo o século XIX quer pela via da adopção, quer pela da crítica; nem nenhuma constituição dos séculos XVIII e XIX pretendeu construir um sistema de órgãos especializados e totalmente independentes, susceptíveis de constituírem um *contrapeso*¹⁰⁵. A expressão separação de poderes que saiu das

¹⁰⁵ Logo no século XIX algumas críticas serão dirigidas à teoria de Montesquieu, como é o caso de RAYMOND CARRÉ DE MALBERG, para quem os órgãos especializados e necessariamente hierarquizados entre si não poderão permitir o equilíbrio, a menos que as funções que exercem lhes permitam opor-se uns aos outros. Estas regras não têm o mesmo objecto nem são iguais, sendo ao invés hierarquizadas. Por este motivo, a execução da lei é por definição uma função subordinada à que enuncia a própria lei. No entanto, a hierarquia que se estabelece entre as funções estabelece uma desigualdade inevitável entre os órgãos (*in op. cit.* p. 49). A separação de poderes não pode constituir o meio de realização deste equilíbrio do qual se espera a garantia da liberdade. Para MALBERG, *Montesquieu enganou-se e com ele todos os constituintes que proclamaram a separação de poderes*. A descrição constante do capítulo VI do livro XI do *Espírito das leis* é revelador, diz MALBERG, da dependência existente entre os poderes, senão recorde-se que na *constituição inglesa*, que é aliás o modelo apresentado por aquele autor o monarca não só está encarregue da função executiva como participa na sanção legislativa; ao passo que a Câmara dos Lordes, a Câmara dos Comuns e o Rei têm o poder legislativo cabendo-lhes ainda exercer a função jurisdicional podendo as duas câmaras controlar também o poder executivo. Por sua vez, este último regula o tempo e a duração das assembleias, ao mesmo tempo que estas podem acusar e julgar os ministros.

“A chamada divisão de poderes é considerada desde o século XVIII, num sentido especial como conteúdo necessário de uma constituição liberal e autêntica. Contém a garantia orgânica contra o abuso do poder do estado. A proclamação dos direitos fundamentais significa só o estabelecimento de um princípio geral da liberdade individual, porém não todavia a introdução orgânica mediante uma estrutura do estado determinada pela meta da liberdade burguesa. Assim se explica que a di-

manifestações das assembleias revolucionárias e de disposições como a do art. 16º da Declaração de 1789 teve um sentido certamente distinto¹⁰⁶. Aliás, já no final do século, afirmava Oliveira Martins: “ninguém sabe, de governo em que os poderes fossem absolutamente indistintos, embora sem dúvida alguma as revoluções constitucionais (...) quer as das nações que adoptaram o parlamentarismo quer as d’aquellas que o não admittiram, tenham acentuado incomparavelmente mais o principio da separação. Contudo, é sabido que, dando a constituição ao rei o direito de veto absoluto, o de nomeação dos ministros, e o de perdoar os criminosos, como se dá entre nós, a separação não existe em principio, pois na coroa se confundem o poder legislativo, o executivo e até o judicial”¹⁰⁷.

Todavia, não foi tanto a separação mas a colaboração que caracterizou a distinção de poderes no século XVIII-XIX fundada na *faculté de statuer et d’empêcher*. Foi igualmente com base no dever de colaboração e na defesa do equilíbrio entre os diversos poderes que Constant criou a figura de um poder neutro reflectido em Portugal no Poder Moderador. Cite-se a este respeito Silvestre Pinheiro Ferreira que acerca do art. 35º da Constituição de 1838 acrescentava ter sido a divisão e harmonia dos poderes políticos o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de tornar efectivas as garantias que a Constituição oferecia. No entanto, a letra dos textos constitucionais vigentes em oitocentos não foi idêntica sendo consagrado ora o modelo tripartido francês de notório traçado jacobino com contornos *legicêntricos* como ocorreu em 1822 quer a teoria do equilíbrio de poderes que o articulado cartista consagraria viabilizando a introdução de um quarto poder: o moderador¹⁰⁸, como já tivemos a oportunidade de referir.

Contudo o nosso propósito não é traçar aqui uma caracterização exaustiva da teoria da separação de poderes trabalho que a doutrina tem feito de modo magistral e

visão de poderes tenha chegado a ser uma característica da constituição”, afirma CARL SCHMIDT (in Teoria de la Constitución, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/d, pp. 44-45).

¹⁰⁶ Cfr. a este respeito o art. 13º da lei francesa de 16-24 de Agosto de 1790; bem como a lei de 7-14 de Outubro do mesmo ano

¹⁰⁷ JOAQUIM PEDRO DE OLIVEIRA MARTINS, *Política e Economia Nacional*, I parte, p. 36.

¹⁰⁸ Citem-se as palavras de TEÓFILO BRAGA que ao proceder à comparação entre os textos de 1822 e 1826, caracteriza o primeiro como o “*código fundamental do Estado, no qual a nação pelos seus representantes estabelece as garantias individuais e colectivas enquanto atribuições dos poderes e a sua mútua separação, enquanto ao exercício da liberdade politica, civil e religiosa*” ao passo que o segundo “*é uma peça dirigida por um monarca absoluto aos seus súbditos, dizendo-lhes quais são as porções da sua soberania que ele generosamente aliena, quais as garantias individuais que concede ou outorga, e quais as atribuições que reserva exclusivamente para si*” sendo por isso “*uma mensagem, como as de Mac Mahon, ou de um rescripto como o do imperador Guilherme*” (cfr. *Soluções Positivas da Política Portuguesa*, Porto, Livraria Chardon de Lello & irmão, 1912, pp. 153-154).

inesgotável; mas antes estabelecer uma análise comparativa entre os casos portugueses e espanhol no que diz respeito à consagração do princípio da independência do poder judiciário. Deste modo, e feitas estas brevíssimas considerações, entendemos dever passar, sem maiores delongas, à análise objectiva da temática do presente estudo.

À semelhança do conceito de separação, a ideia de independência foi outra noção que esteve igualmente consagrada nos textos constitucionais. Se os articulados de 1822 e 1838 usaram a expressão *independência* (art. 30º *in fine* do primeiro e 35º do segundo), verificamos que a letra do texto de 1826 assim como a experiência constitucional por ele aplicada nos conduzem à leitura e consagração do termo *harmonia* ainda que, por vezes, seja pontuado pela ideia de *divisão* (art. 10º) que entendemos não ser sinónimo de separação, mas de interpenetração tolerada e não menos imposta, aspecto que no caso concreto da esfera do judiciário deu azo a frequentes violações. Sendo possível que esta leitura não colha uma única interpretação, é inegável que a prática aplicada e sobretudo as determinações do legislador ordinário pretenderam manietar não só o poder judiciário, mas ainda o poder legislativo sempre que determinados fins se apresentavam no horizonte governativo. Numa palavra, o mesmo século que parecia não conseguir desentranhar a máxima que entendia que o juiz era a mera boca que proferia a lei, permitindo o alastramento de um claro temor de *magistraturofobia*, não hesitava em clamar pela independência do poder judicial frequentemente associado aos princípios da irremovibilidade, inamovibilidade, estabilidade e perpetuidade como resulta da leitura atenta das diversas peças de oratória parlamentar¹⁰⁹ e dos textos doutrinários então divulgados. Vivia-se sob o clima de uma contradição latente, contexto que marcou incontestavelmente o legislador de oitocentos e o modo como este definiu o princípio da independência do poder judicial, como teremos a oportunidade de exemplificar.

Se a ideia de separação de poderes e da sua respectiva independência passou pelos requisitos de nomeação dos magistrados e dos funcionários judiciais, pela apreciação da conduta disciplinar daqueles por órgãos também eles judiciais¹¹⁰, pela

¹⁰⁹ Salientam-se Manuel Fernandes Tomás, Manuel Borges de Carneiro, Agostinho José Freire, Domingos António de Sousa Coutinho e Manuel Castello Branco, entre tantos outros.

¹¹⁰ JOSÉ VITORINO BARRETO FEIO entendia que os cargos judiciais não deviam ser vitalícios pois tornar-se-iam contrários à razão, à liberdade, à boa administração da justiça e à economia. Aqueles que os possuíam poderiam pensar que estavam acima dos outros cidadãos e desprezá-los-iam (DCGE 16 de Janeiro de 1821). Igualmente afirmava o deputado Bastos na sessão de 14 de Janeiro de 1822, quando se discutia a idade mínima para ingresso na magistratura) que “ *a perpetuidade tem contra si todos os maus resultados do espírito do corpo, que cresce com o tempo, e com a idade; e é na*

inviabilidade de serem cumuladas com a função judicial, outras que não as previstas na lei e pela aplicação da lei sem qualquer intervenção por parte dos outros poderes, não podemos ignorar que esta realidade seria mitigada pelo princípio dos *checks and balances*, permitindo ao juiz ver a sua ascensão no *cursus honorum* dependente da vontade do poder executivo/moderador, ao qual coube também autorizar as licenças e a aposentação e demissão (ainda que esta estivesse dependente de uma sentença transitada em julgado). Se a função judicial foi conferida ao magistrado e face a esta realidade desde o período vintista que não subsistem quaisquer dúvidas, ainda que as exceções se manifestem; o mesmo não se podia dizer do próprio magistrado que, cada vez mais, se viu agrilhado por um controlo notório e despuorado do Poder Executivo como é revelado na afirmação de Passos Manuel, na sessão da Câmara dos Deputados datada de 12 de Fevereiro de 1852: “... se quizesse fazer uma reforma mais ampla, a primeira que proporia era a respeito da influência da coroa no poder judicial”. O estigma que o *ancien régime* havia conferido ao Judiciário perseguia-o deixando os políticos demasiado temerosos dos *rábulas* e se a lei constitucional o declarava independente, o legislador ordinário tomado por uma euforia legiferante cativa, por vezes, de alguns caprichos momentâneos, não hesitava em limitá-lo.

Mais tarde, em 1886, o autor do relatório do Decreto de 29 de Julho não hesitou também em reconhecer que “... o poder judicial não tem assegurada aquela independência de que a Constituição, avisadamente o quis cercar¹¹¹. A geral modicidade, senão parcimónia, dos proventos dos lugares da magistratura, a desigual

frase de um filósofo, uma espécie de óleo, que impede os magistrados de se imbuírem na opinião pública” e acrescentava que numa monarquia constitucional “somente o primeiro magistrado, somente o monarca deve ser perpétuo (...) um dos principais motivos, que obrigam os homens a ser justos, é o desejo e a necessidade de que os outros o sejam para com eles; os juizes persuadidos de que elevados ao tribunal nunca daí descerão, não olham os outros homens como quem pode ainda vir influir na sua sorte, não sentem a necessidade da retribuição da justiça, e são por isso fáceis em substituir a lei aos seus caprichos...”.

¹¹¹ Opinião idêntica manifesta logo na década de vinte, CÂNDIDO ALMIRANTANO quando diz ser uma “...contradição, ou um sofisma pueril chamar independente ao poder judicial quando [se] estabelece uma multidão de tribunais, e de juizes mui superior aos que paga o grande império da China, e todos eles dependentes e responsáveis ao rei, e às cortes pelas causas de residência expressas nos arts. 123º e 124º! Quem chamou jamais independente a um juiz, ou a um corpo colegial, que tem que responder por suas acções a um superior, e sofrer a pena, ou castigo, que lhe imponha por suas prevaricações? Porem este é o privilégio de todos os constitucioneiros, chamar ao branco negro...” (in *Exposição Genuína da Constituição Portuguesa de 1826, na qual pelo seu mesmo texto se justificação e desfazem as apparentes contradicções e barbarismos, que nella se contem, impressa na língua hespanhola, na cidade de Palencia, em 1826 e traduzida por FPFC, Lisboa, Impressão Régia, 1828, p. 27*).

retribuição de muitos deles, embora iguais em categoria, juntas á demora das promoções, fundadas apenas no cego principio da antiguidade, e no arbítrio deixado ao governo na colocação e na transferência dos juizes, põem estes em grande, se não inteira, dependência do executivo que poderia, por sua livre iniciativa, favorecer uns em detrimento ou pelo menos com desprezo de outros. E, se é certo, que nem os governos têm pretendido propiciar juizes pelos meios aliás legais, de que poderiam dispor, e que nem estes deixariam de encontrar, na sua proverbial probidade, energia suficiente para reagir contra quaisquer imposições do poder, também não é menos certo, não dever um país regularmente administrado, fiar tão somente na honestidade pessoal daqueles que se acham investidos em funções judiciais, o futuro de uma instituição, que é um poder do estado. O governo cômscio do dever que lhe corre de afastar de sobre a magistratura a sombra sequer de uma suspeita, deliberou, modificando largamente a organização actual, firmar de vez em bases sólidas a independência do poder judicial". Idêntica ilação seria extraída por Barbosa de Magalhães a quem se deve a seguinte exclamação: *"quem menos julga n'este paiz são os juizes propriamente ditos"*¹¹². Em resumo, se a independência do judiciário foi invocada desde 1820, o século que entretanto decorreria não deixou de assistir a diversos exemplos de dependência funcional sentida pelos seus membros em que foram alvo de opções políticas que espoliaram aquele poder de algumas das suas atribuições primárias.

Para que seja possível compreender a crítica que aqui deixamos e que acolhe integralmente as palavras de Veiga Beirão, revisitaremos, sumariamente, o estatuto da magistratura que esteve vigente entre os anos de 1820 e 1926.

Poderíamos introduzir esta nossa última reflexão com a afirmação de que o poder judicial necessitou, antes de mais, de ser independente. Esta asserção para além de actual, poderia, sem dúvida, ter sido proferida numa qualquer sessão parlamentar oitocentista, pois da sua assunção resultou o texto consagrado nos arts. 30º, 176º e 182º da Constituição de 1822¹¹³ e do art. 118º da Carta. Se a Constituição de 1838 nada dispunha no Título VII a este respeito não podemos concluir que a sua *ratio* fosse negada como o denota a redacção do Título IV (art. 35º).

Desde 1822 que os constituintes deixaram ao legislador ordinário a tarefa de dispor sobre o estatuto jurídico da magistratura revogando assim os preceitos que o estado moderno e absolutista havia tecido mormente no livro I das Ordenações Filipinas.

¹¹² BARBOSA DE MAGALHÃES, *O poder judicial*, in *O Direito*, n.º 10, ano 31, 1899, p. 145.

¹¹³ Cfr. a este respeito EHRHARDT SOARES, *Direito Público*, p. 147 e seguintes, SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, *Breves Observações sobre a Constituição política da monarquia portuguesa*, 1837, p. IX e *Observations sur la Charte*, p.16.

Ante a discussão sobre o modo de selecção dos magistrados, em que foram apresentadas a eleição, a cooptação e a nomeação, rapidamente se optou por este último. Seguindo este modelo, cabia ao monarca proceder às devidas nomeações provendo os magistrados dentre as listas que o Governo lhe fazia chegar. As novas regras pouco pareciam divergir da concessão de graça e mercê régias concedidas arbitrariamente pelo governante até 1820, a que se associava o carácter temporário do exercício do cargo, pelo menos até serem atingidos os lugares ocupados nos tribunais superiores. Ainda que o recém-classificado juiz de direito só pudesse ser removido por determinação de uma sentença judicial, na verdade a sua progressão na carreira estava dependente da adesão à causa liberal reveladora de uma *meritocracia* ou um nepotismo gritante afecto ou à participação beligerante decorrente do desembarque na praia do Pampelido, ou na maior ou menor proximidade a um dos ministros do reino, circunstância que delegou, inúmeras vezes, para segundo plano o princípio da antiguidade, tal como a própria lei de 21 de Julho de 1855 o previa também. Paralelamente, e porque apenas datou da segunda metade de oitocentos a adopção do método de selecção por concurso que veio a ser aplicado nas categorias subalternas¹¹⁴, foi mantida a prática de remeter um pedido ao Monarca ou ao Ministro dos Negócios Eclesiásticos e de Justiça com o fim de obter o devido provimento no cargo, ou seja, a tão esperada graça ou mercê.

De igual modo, o regime de transferências que foi implementado, permitiu que fossem alcançadas soluções mais obscuras. Passamos a explicar. Uma vez que a promoção de um magistrado dependia sobretudo a partir do diploma de 1855 da categoria da comarca para evitar que um magistrado ascendesse na carreira bastava alterar a classificação da comarca para o impedir sem que a legalidade e antiguidade fossem feridas. Se, neste caso, o referido magistrado recusasse a nomeação, era colocado no quadro por tempo indeterminado, ou seja, era suspenso do exercício de funções, não auferindo qualquer tipo de remuneração. Estava encontrada uma solução radicada numa hábil manobra de controlo por parte do Poder Executivo. Outra solução era traduzida pelo envio de magistrados para lugares que dada a distância a que se encontravam da capital do reino eram vistos mais como o cumprimento de uma pena do que o reconhecimento e atribuição de uma promoção e que por este motivo eram igualmente rejeitados pelos magistrados, o que

¹¹⁴ Cfr. a Lei de 1 de Julho de 1863; as Portarias de 2 de Fevereiro de 1847 e 18 de Janeiro de 1867; os Decretos de 3 de Março de 1858, 22 de Outubro de 1862, 6 de Abril de 1865, 23 de Agosto de 1866, 14 de Maio de 1868, 1 de Outubro de 1869, 18 de Novembro de 1869, 7 de Dezembro de 1871, 7 de Setembro de 1882, 16 de Setembro de 1886 e o Regulamento de 17 de Dezembro de 1868. Sobre as disposições que regulam o modo de recrutamento, cfr. os arts. 31º e 32º da Parte I da Reforma Judiciária de 1837 e os arts. 119º§6 e 139º da Novíssima Reforma Judiciária.

ensejava a adopção da já referida suspensão de funções ou colocação no quadro. Note-se que tudo isto era feito sob a égide da lei, tal como o pretendia o legislador de 1 de Agosto de 1844 ao determinar que não só os magistrados de 1ª instância, mas também os de 2ª instância passariam doravante a estar sujeitos ao triénio que caracterizava, em regra, o período de judicatura, ou seja a permanência numa comarca¹¹⁵; tornando-os tão amovíveis como os funcionários da Procuradoria-Geral da Coroa.

Paralelamente, as baixas remunerações e o regime de concessão de licenças sempre dependente da vontade do Ministério dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça que não escondia o desejo de funcionalizar o magistrado, como várias vezes António Bernardo da Costa Cabral o enunciou, são aspectos conducentes ao que entendemos ser a configuração de algumas debilidades do estatuto jurídico vigente onde a independência é posta em causa.

De igual modo, o regime da aposentação que deveria representar uma garantia do poder judiciário, sendo entendido como uma consequência normal do percurso de vida de um funcionário, ao qual se impunha manter a dignidade não só do próprio, mas também do cargo, acabou por reflectir uma considerável dependência do Judiciário face ao Executivo¹¹⁶. Ou seja, ainda que as listas de magistrados que solicitavam a aposentação por motivos de idade avançada fossem colocadas a consulta junto do STJ, apresentando os diplomas de 1849 e 1855 uma redacção que inviabilizava o exercício de arbitrariedades governamentais neste domínio, sempre que não houvesse consenso naquele órgão era dada ao Governo a última palavra. A solução pode parecer invulgar e pouco frequente, mas a pontualidade ou esporadicidade não são vocábulos que aqui possam ser aplicados manifestando-se regularmente como decorre de uma análise casuística atenta. Ou seja, por efeitos de articulação legislativa, o governo poderia sempre interferir placidamente conduzindo a uma solução diversa da que tinha sido lavrada no parecer do Supremo Tribunal de Justiça que funcionava administrativamente quer na consulta deste tipo de procedimentos, quer no caso das transferências.

A este aspecto deve, por último, ser associada a ausência dos conselhos superiores disciplinares previstos na Lei de 10 de Abril de 1849 e no Decreto n.º 3, de 15 de

¹¹⁵ Ainda sobre as transferências, vid. os arts. 20º e 89º da Novíssima Reforma Judiciária, assim como as leis de 1 de Julho de 1843, 18 de Agosto de 1848 e o Decreto de 29 de Março de 1890.

¹¹⁶ Sobre o regime da aposentação, cfr. a Carta de Lei de 2 de Novembro de 1822, os decretos de 24 de maio de 1832 (art. 287º), 15 de Junho de 1870, n.º 1 de 17 de Julho de 1886 e n.º 1, de 29 de Março de 1890, bem como as leis de 9 de julho de 1849 (completada pelo regulamento de 24 de Agosto do mesmo ano); 21 de julho de 1855, 11 de setembro de 1861 e de 15 de Julho de 1885.

Setembro de 1892, aos quais competia o conhecimento das sindicâncias que eram efectuadas aos juizes cujo modelo remontava ao período moderno, mas que apenas viriam a ser criados em 1912, *ex vi* da Lei de 12 de Julho.

Face aos motivos aduzidos, entendemos que o século XIX viabilizou a constituição de uma carreira judicial hierarquizada e funcionalizada, o que levou algumas vezes mais extremistas, como foi o caso de Silvestre Pinheiro Ferreira¹¹⁷, a indicar aqui também uma ausência de independência interna. Se é verdade que a estruturação das carreiras não permitiu, por si só, falar de uma total *administratização ou politização* do judiciário, tampouco se pode defender a autonomia daquelas. Por todos estes aspectos de natureza orgânico-funcional, o Poder Judiciário esteve submetido ao Executivo que não hesitou em aproximar o estatuto jurídico do magistrado ao regime do funcionário *hierarquizado e dependente* da estrutura da Administração Pública, situando-se assim muito distante da independência traçada na teoria constitucional.

Se em termos orgânicos, esta era a realidade do poder judiciário que claudicava ante os demais poderes políticos, também a própria estrutura dos tribunais enunciada na lei constitucional, e em particular, o leque de competências atribuído ao Supremo Tribunal de Justiça exibiu uma instituição que não viu ser-lhe reconhecido o poder de uniformizar a jurisprudência nem tampouco de conhecer da constitucionalidade dos diplomas ditatoriais; podendo, inclusive, as suas próprias decisões, em grau de recurso de revista ser afastadas pelos tribunais de segunda instância. Quanto ao mais, apenas mantinha as competências administrativas, mas nem estas eram integralmente respeitadas e autonomizadas, como vimos.

¹¹⁷ Cfr. SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, *Projecto de código geral de leis fundamentais d'uma monarchia representativa*, Officina de Casimir, Paris, 1834; *Manual do cidadão em um governo representativo ou princípios de direito constitucional, administrativo e das gentes*, Rey et Garvier, Paris, 1834; *Observações sobre a constituição do império do Brazil e sobre a Carta Constitucional do reino de Portugal*, 2ª ed., Rey et Gravier, J. P. Aillaud, Paris, 1835; *Projecto de código político para a nação portuguesa*, Rey e Gravier, Paris, 1838; *Questões de Direito Público e Administrativo*, Lisboa, Typographia Lusitana, 1844. Sobre o mesmo tema, vid. ainda JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Sciencia politica e Direito Constitucional*, Coimbra, Imprensa Académica, 1907; *Organização Judicial*, Imprensa Académica, Coimbra, 1909; J. J. LOPES PRAÇA, *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826*, Imprensa Litterária, Coimbra, 1878, *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e o Acto Adicional de 1852*, Coimbra, Imprensa Literária, 1878; *Direito Constitucional Português*, Coimbra, 1893 e *Collecção de leis e subsídios para o estudo do Direito Constitucional Português*, Coimbra, 1893-1894. Entre a doutrina mais recente, recordamos, ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus*, Almedina, Coimbra, 2003 e OTERO, PAULO, *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, *Instituições politicas e constitucionais - I*, Almedina, Coimbra, 2007.

Em resumo, pela pena do legislador cartista assistiu-se a uma constante ingerência do Poder Moderador na esfera do Poder Judiciário. À luz daquela legitimidade era efectuada a suspensão dos magistrados (art. 74º§6¹¹⁸), do mesmo modo que se assistia à constante concessão de perdão e moderação das penas (art. 74º§7 Carta de 1826, art. 7º§3 do Acto Adicional à Carta de 1826, datado de 24 de Julho de 1885; art. 6º §3 do Acto Adicional de 25 de Setembro de 1895; art. 6º §4 da Carta de Lei de 3 de Abril de 1896) aspectos que afectavam não só a estrutura orgânica do judiciário, mas ainda o exercício da função judicial¹¹⁹. À *longa manus* do Poder Moderador cabia ainda a convocação, a prorrogação e a dissolução das Cortes, o acto sancionatório da lei¹²⁰ e a nomeação dos Pares, ou seja, aspectos que contrariavam frontalmente o modelo instituído pelo vintismo¹²¹ revelando em contra-

¹¹⁸ Art. 124º/III da Constituição de 1822.

¹¹⁹ Cfr. a este respeito o art. 82º/VI e X da Constituição de 1838. Acerca deste texto constitucional, diz MARIA DE FÁTIMA BONIFÁCIO, que ele desfigurava por completo a Constituição de 1822 não passando “*basicamente e em essência, da Carta de 1826 disfarçada sob retórica “popular”. A Constituição de 1838 era monárquica e mantinha ao rei todas as prerrogativas que faziam dele o árbitro da vida política em Portugal. Mas a sua origem revolucionária enfraquecia o prestígio do trono e diminuía a autoridade dos governos, obrigados a viverem num regime de transacções com as forças radicais que pressionavam o setembrismo pela esquerda. (...)*”, in *D. Maria II*, Temas e Debates, Rio de Mouro, 2007, p. 171-172.

¹²⁰ Cumpre não confundir o veto com a sanção pois enquanto o primeiro tem um sentido negativo, o segundo permite ratificar ou dar executabilidade à lei.

Ainda a propósito do veto, será interessante mencionar a teoria de CARRÉ DE MALBERG, segundo o qual o veto suspensivo não implica para o monarca participação efectiva alguma no poder legislativo, ao contrário do veto absoluto, pelo qual ele reservar o nome de sanção. Este autor fundamenta ainda a sua posição referindo que a distinção entre veto e sanção corresponde à diferença estabelecida por Montesquieu entre a *faculté de statuer* que associa intimamente o chefe de estado à legislação, tornando-o parte integrante do órgão legislativo e a *faculté d’empêcher* que não é senão um poder de resistência e que por consequência está longe de fazer participar o seu titular no poder legislativo, implica que ele é um principio estranho.

No entanto, não pode ser estabelecido o paralelo entre o veto suspensivo e a distinção de Montesquieu pois a teoria concebida por MALBERG que associa a *faculté de statuer* ao veto absoluto e a *faculté d’empêcher* ao veto suspensivo não foi em momento algum apresentada por Montesquieu (*Contribution à la Théorie Générale de l’État*, Dalloz, Paris, 2004, tomo I, p. 399-400).

Para Constant, seria óbvio que a autoridade responsável pela boa execução das leis fosse igualmente competente para se lhes opor caso as considerasse inadequadas não devendo tal prerrogativa ser vista como uma reminiscência das anteriores atribuições da realeza.

Para JORGE MIRANDA, enquanto nos termos do texto de 1822, o monarca não tem um verdadeiro poder de sanção, mas apenas veto suspensivo em relação aos diplomas legislativos ordinários provenientes das Cortes, o art. 58º da Carta confere efeito absoluto ao veto real (in *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1983, p. 269).

¹²¹ Cfr. a este respeito a Tese de Conclusões Magnas de CAETANO D’ ANDRADE DE ALBUQUERQUE BETTENCOURT da Câmara, n.º 1 dos pontos de Direito Público.

partida a magnitude de um poder que vitimava não apenas o Judiciário mas também o Legislativo. Todavia as constantes imiscuições de um poder nos demais não ocorria apenas por iniciativa do Moderador, tendo ainda o Executivo interferido ou violado a total independência do judiciário, dado que lhe era atribuída a nomeação de magistrados (art. 75º§3 Carta de 1826¹²²) ao mesmo tempo que invadia a esfera do poder legislativo ao proceder à promulgação de decretos com força legislativa (art. 6º §1 da Carta de Lei de 3 de Abril de 1896). Este foi o quadro do liberalismo português, que matizava assim os princípios da separação e independências dos poderes políticos criando uma imagem idiossincrática e onde o sentido de magistraturofobia atingia uma dimensão incontrolada.

4. Conclusiones/Conclusões

I. A grandes rasgos se puede considerar que a lo largo del siglo XIX en España se van a ensayar cuatro modelos de justicia diferenciados sin solución de continuidad:

- a) El propio y característico del Antiguo Régimen con el que comienza el siglo; ligado directamente a los intereses de la monarquía absoluta donde la soberanía la encarna el rey y, por supuesto, no hay división de poderes, por lo que su perfil es confuso.
- b) Un segundo en el que al orden judicial se le considera simplemente como una desmembración del poder ejecutivo¹²³. Un texto como la Constitución de 1845, donde el propio título dedicado a los tribunales se denomina ‘De la administración de justicia¹²⁴’, resultaría profundamente revelador¹²⁵.
- c) Aquél que trata de configurarlo como un poder independiente aunque en la práctica haya cierta dependencia del ejecutivo. Quizá la Constitución

¹²² Cfr. art. 123º/III da Constituição de 1822.

¹²³ GÓMEZ DE LA SERNA, P., “Del poder judicial, de sus relaciones con los demás poderes y de las condiciones o deberes de los que lo ejercen” en RGLJ 35 (1869), pág. 145: “... Algunos publicistas reconocen sólo como necesarios dos poderes, o si se quiere, dos manifestaciones del poder en la constitución de los pueblos: el legislativo, que crea leyes porque ha de regirse la sociedad, y el ejecutivo, que cuida de su cumplimiento: aquél es cabeza, el pensamiento que dirige; éste la acción, el brazo que ejecuta...”.

¹²⁴ A pesar de que el artículo 69 reproduce literalmente el 66 de la Constitución de 1837 en materia de inamovilidad judicial.

¹²⁵ SOLLA, M^a J., “Justicia bajo administración (1834-1868)” en LORENTE SARIÑENA, M., (coord.), *De justicia...*, ob. cit., pp. 289 y ss.

de 1869 y la ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870 sean las normas más significadas. Si bien se pretende un ámbito funcional emancipado la estructura orgánica, en cambio, queda sometida al control gubernamental¹²⁶.

- d) Finalmente, durante la breve experiencia republicana, en la que se da un paso más en esa ansiada aspiración a ser un poder independiente real, tratando de romper la supervisión gubernativa en el ámbito orgánico. Para tal fin será esencial el desplazamiento del Consejo de Estado, órgano eminentemente administrativo, por el Tribunal Supremo, institución genuinamente judicial¹²⁷.

Distintos enfoques a la hora de configurar el mundo de los tribunales de justicia pero una premisa común. Acertadamente lo sintetiza Aparicio¹²⁸ de la siguiente manera “no hubo, por tanto, razones de índole normativa para explicar ni la interinidad, ni la inestabilidad, ni la amovilidad de los jueces y magistrados. Fueron razones políticas que se conectaban con el propio proceso de formación del Estado y, más en concreto, de sus cuerpos de funcionarios: cuando éstos acaban de formarse, también lo hace el de la Administración de justicia-Poder judicial. Inamovilidad e independencia judicial, en este proceso y en consecuencia, no mantienen relación alguna de causalidad: aquella no se otorga como garantía de ésta, sino como resultado de la funcionarización judicial como cuerpo estable inserto en el engranaje administrativo estatal”.

¹²⁶ TORRES CAMPOS, M., *Cómo se administra justicia*, Madrid, Librería Universal, 1881, pp. 7-8: “Del predominio del Poder administrativo sobre el judicial no puede haber la menor duda. A él corresponde el nombramiento, la traslación y la separación de los funcionarios judiciales. Claro está que puede haber uno y muchos ministros que se conduzcan dignamente; pero puede haber también otros, que traten por estos medios de influir en la resolución de determinados asuntos, y hasta que vendan los cargos. El Ministerio de Gracia y Justicia, que en realidad está al frente del poder judicial, puesto que su organización de él depende, puede recaer en personas aptas...”.

¹²⁷ LORENTE y otros, *Historia Legal...*, ob. cit., pág. 280: “La ley de tribunales se insertó de lleno en una nueva etapa, la republicana, cuyo proyecto político –que quedó reflejado en los trabajos de las Cortes Constituyentes- centró gran parte de su atención en la justicia. En su concepción, la administración de justicia del fuero ordinario debía ser independiente en todos los sentidos, con unas competencias exclusivas y excluyentes, por lo que su regulación debía dirigirse a reforzar las garantías de independencia de sus miembros. A este principio respondían determinadas estrategias constitucionales como depositar en manos del propio Tribunal Supremo las oposiciones de ingreso o el régimen de ascensos en la carrera judicial, o impedir que los jueces pudieran ser removidos gubernativamente”.

¹²⁸ APARICIO, *El status...*, ob. cit., pág. 157.

II. Ante o exposto, é inequívoca a proximidade entre as experiências constitucionais portuguesa e espanhola, aspecto visível também no que diz respeito à construção do modelo judiciário aplicado, muito embora esteja afastada a apresentação de um modelo comum ou unitário. Fundados na argumentação enunciada, é-nos possível estabelecer as seguintes conclusões:

- a) Teoricamente afastado pela revolução vintista, o modelo centralizado de tradição cartista não só foi possível como ainda se evidenciou, o que permite falar num absolutismo liberal mitigado e dominado pelos poderes Moderador e Executivo espelho integral do texto implementado em 1826;
- b) Enquanto sinónimo desta realidade, o estatuto jurídico da magistratura judicial deu a conhecer o estabelecimento de uma carreira hierarquizada e funcionalizada cujo *cursos honorum* trilhado pelo juiz desde o momento do seu ingresso até à aposentação esteve totalmente dependente do titular da pasta dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça¹²⁹, aspecto que era acentuado pela existência de um mapa judiciário fragilizado e insuficiente para dar resposta às necessidades sentidas;
- c) Ainda que não seja possível falar de uma total ausência ou violação do princípio da independência, pois verificamos que os diplomas avulsos contemplavam as garantias dadas através do reconhecimento constitucional da perpetuidade e da inamovibilidade presentes nos institutos da aposentação, da concessão de licenças e da responsabilidade disciplinar, assim como no regime adoptado para aferição das incompatibilidades e inelegibilidades; não podemos esquecer que o direito aplicado divergiu do direito legislado, sendo constantes as medidas governamentais que orquestraram novas soluções que permitiram apresentar uma realidade tolhida no que diz respeito à verdadeira aplicação do princípio da independência;
- d) Tal fragilidade também contagiou o Supremo Tribunal de Justiça, o qual ainda que ocupasse o lugar de órgão de cúpula da estrutura piramidal do poder judiciário sendo-lhe reconhecido o estatuto de ícone do modelo judiciário oitocentista, acabou por se dar a conhecer como uma entidade mais debilitada do que as congéneres que o haviam antecedido, estando votado à concessão de consultas e conselhos, cabendo-lhe mais distribuir causas ou conhecer dos aspectos administrativos, como se tratasse de uma

¹²⁹ Note-se que esta questão não chocava SILVA FERRÃO que, em 16 de Abril de 1864, afirmava na Câmara dos Pares, que “a garantia dos cidadãos está na independência do poder e não na dos membros desse poder”.

mera repartição do governo em exercício. Distante estava o período em que o Supremo Tribunal do Reino, outrora identificado através da Casa da Suplicação podia uniformizar a jurisprudência vigente. Numa palavra, o Poder Judiciário encontrava-se exaurido e estrangulado pelos demais enfrentando a sua independência constantes ameaças tomadas por um notório sentido espoliador.