

GOVERNO DA LEI OU GOVERNO DOS JUÍZES? O PRIMEIRO SÉCULO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM PORTUGAL

António Manuel Hespanha *

SUMÁRIO: I. OS JURISTAS NO CONTEXTO DO PRIMEIRO CONSTITUCIONALISMO.- 1.1. Postulados do primado da constituição e das leis.- 1.2. Os elementos dissolventes do modelo.- 1.3. A imagem pública dos juristas.- 1.4. O positivismo legalista dos primeiros anos.- II. AS PRETENSÕES “CONTRA-MAIORITÁRIAS” DA DOUTRINA.- III. OS JURISTAS DOUTRINÁRIOS: RAZÃO, FILOSOFIA, TRADIÇÃO. A CONSTITUIÇÃO SUPRA-CONSTITUCIONAL.- IV. DIREITO LEGISLADO E DIREITO DOS JUÍZES.- 4.1. Medidas disciplinadoras.

Resumo:

A criação de Supremos Tribunais de Justiça pelos regimes constitucionais do sec. XIX relacionava-se, não com a garantia de uma instância suprema (uma terceira instância) de recurso judicial, mas antes com a um dos princípios estruturantes da nova ordem política – o da separação e independência de poderes, garantindo que nem o executivo nem os tribunais deixassem de aplicar a lei. Na sua pureza, isto correspondia à lógica da Cassação. Por detrás desta questão de doutrina política, perfilava-se uma questão de política menos doutrinal, a saber, a da tensão entre juristas e políticos na conformação do direito de um Estado democrático

A criação de um Supremo Tribunal de Justiça português (1822) surge neste contexto. Ele visava sindicar os magistrados indiciados por erros de ofício. Mas, sobretudo, a assegurar a conformidade das sentenças com o direito.

Com o *direito*, não com a *lei*. Com o direito, entendido com a amplitude que vinha do Antigo Regime, ou seja, um direito doutrinal e jurisprudencial, baseado no quadro das fontes de direito que vinha da Lei da Boa Razão, de 1769, e da Reforma dos Estudos Jurídicos, de 1772. Assim, longe de ser um garante da nova constituição e das novas leis, este novo tribunal podia antes funcionar como um fator de corrupção da nova ordem constitucional e jurídica, pois podia sujeitar Constituição e leis ao filtro do direito tradicional, convertendo um regime em Estado baseado na soberania do povo, de novo num Estado arbitrado pelo corpo dos juristas.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; amh@netcabo.pt. Agradeço ao meu Colega Rui Pinto Duarte a leitura atenta e sempre útil do texto original; devo-lhe algumas sugestões alterações e emendas.

Abstract:

The installment of High Courts of Justice by the constitutional regimes of the early 19th century was related, rather than to the provision of a third instance of appeal, to a structural principles of a new political order - the separation and independence of powers, ensuring that neither the executive nor the judicial could encroach the primacy of parliamentary law. let the courts enforce the law. This was the origin of the institute of Cassation. Behind this question of political doctrine, a less doctrinal political issue was at stake, namely the tension between lawyers and politicians in the conformation of law in a democratic State.

The Portuguese Supremo Tribunal de Justiça (1822) arose in this context. Its aim was both to syndicate magistrates charged with misbehavior and, above all, to ensure compliance of administration and justice with the law.

With the whole law, not with parliamentary statute law. With the law – it is meant -, understood with the span coming from the Ancient Regime, a doctrinal and jurisprudential law, based on the diverse constellation of sources of law provided in the Lei da Boa Razão (1769) and in the enlightened University reform of Legal Studies, 1772. Accordingly, far from being a guarantor of the new constitution and of new legality, the new high court could function as a factor of corruption of the new constitutional and legal order, as both the Constitution and laws could be subject to the filter of traditional law. In this way, a State based on popular would turn into a State geared by the body of legal professionals, a situation eagerly coveted by lawyers.

Palavras-chave:

Liberalismo, Separação de poderes, Supremo Tribunal, Justiça, Juristas

Key Words:

Liberalism, Separation of powers, High Courts, Justice, Jurists.

Muito se exige por vezes da história, como se ela pudesse reproduzir objectivamente o passado, ou, ainda mais ratificar as políticas do presente, assegurar os projectos para o futuro ou, mesmo, evidenciar a natureza das nações, das instituições e dos homens. No entanto, a história é um saber frágil, sujeito aos enviesamentos dos nossos olhares, que quase só se voltam para o passado quando precisam de desenhar o presente.

Senão vejam. Comemoramos agora ¹ os 175 anos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), ou seja, uma coisa que se terá passado em 1833 ². Em 1932,

¹ Este texto foi apresentado numa sessão oficial comemorativa do 175º aniversário da fundação do Supremo Tribunal de Justiça, promovida por este tribunal em 2008.

² Embora, num plano em que o Estado português é generoso em comemorações – o dos selos e das medalhas, nada se tenha feito, nem em 1922, nem em 1972. Só em 23 de Setembro, foi emitido pela Federação portuguesa de Filatelia um bilhete postal comemorativo dos 170 anos do Supremo Tribunal da Justiça.

o Conselheiro Caetano Gonçalves publicou um livro com o título: *Supremo Tribunal de Justiça. Memória histórica no primeiro centenário da sua fundação (1832-1932)*³, referindo-se, portanto, a algo passado em 1832. Mas o texto que realmente determina que “Haverá em Lisboa um Supremo Tribunal de Justiça [...]” é o artº 191 da primeira constituição portuguesa, que é de 1822, e não de 1832, nem de 1833. E, no entanto, ambas as comemorações têm alguma razão, como veremos, embora talvez ainda mais a tivesse uma comemoração realizada em 1972 (que, ao certo, não sei se teve lugar)⁴.

Tomando esta falha como pretexto, tratarei aqui sobretudo da criação de 1822, sobretudo porque isso me permite abordar a história da mais interessantes das questões de política do direito e da justiça que então se puseram a propósito da criação de um tribunal deste tipo. Refiro-me à questão das relações entre direito legislativo e direito judiciário que, então, se ligava directamente a um dos princípios estruturantes da nova ordem política – o da separação e independência de poderes.

Facialmente, tratava-se de uma questão de doutrina política. Mas, por trás dela, perfilava-se uma questão de política menos doutrinal, a saber, a do papel dos juristas e do seu saber na conformação do direito de um Estado democrático.

Trata-se de uma questão histórica, ligado a um especial contexto político e cultural. Porém, ligada a um contexto diferente, é também uma questão do presente, esta de saber qual o lugar que o direito judicial pode ter num Estado como o nosso, que a Constituição define como “um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular (art.2) e fundado na “na legalidade democrática” (art. 2). Questão acutilante hoje, sobretudo em face de progressivas propostas de desregulação estadual que, na melhor das hipóteses, deslocarão do legislativo para o judicial, a definição do direito.

Não é, porém, minha intenção tirar lições da história, pelo que apenas, a final e de forma muito leve, tocarei esta última questão. Na ribalta ficarão os factos e as ideias de há quase 200 anos, na primeira fase da história do STJ, enquanto este quase não era mais do que uma ideia.

I. OS JURISTAS NO CONTEXTO DO PRIMEIRO CONSTITUCIONALISMO

Uma das deficiências notadas pelos juristas da primeira metade do séc. XIX relacionava-se não tanto com proliferação de opiniões desencontradas, mas sobretudo com a falta de uma direcção para as decisões jurisprudenciais⁵.

No contexto político das primeiríssimas décadas dos regimes constitucionais – como se conheceram em França, em Espanha e em Portugal

³ Coimbra, Imprensa da Universidade, 1932.

⁴ Nem um selo, nem uma moeda. Talvez apenas uma sessão solene.

⁵ Cf. A. M. Hespanha, “Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito”, enviado para publicação nas actas do III Colóquio Internacional de História do Direito, Curitiba, Setembro 2007.

-, esta inexistência de uma função dirigente da doutrina e da jurisprudência não deixava, afinal, de ser consistente com a projectada função dirigente da constituição e da lei parlamentar – a doutrina, tal como a jurisprudência, haviam de ser dirigidas, e não dirigentes. E, de facto, os defensores soberania (agora, da soberania popular) tendiam a ver inimigos jurados nos juristas “sicofantas”⁶ e “sofísticos” – denunciados por J. Bentham – e na sua primazia em relação à declaração do direito. Muito mais tarde, já nos anos 30, ainda o escritor-parlamentar Almeida Garrett esconjurava a tal “desembargocracia”, resquício da velha supremacia dos tribunais de Antigo Regime.

1.1. Postulados do primado da constituição e das leis

Na verdade, a função dirigente da constituição e da lei parlamentar – cujas raízes estavam tanto no constitucionalismo norte-americano⁷, como no primeiro constitucionalismo francês (1789, 1791) – tinha certos corolários.

O mais importante era a proibição da interpretação doutrinal das normas de hierarquia superior, remetendo todas as tarefas interpretativas para o órgão legislativo⁸;

O segundo, o recurso de cassação com fundamento na violação da lei;

O terceiro, a redução da doutrina à mera exegese e a interpretação a uma simples explicitação do sentido literal da lei;

Por último, a integração legislativa das lacunas;

1.2. Os elementos dissolventes do modelo

Sobre este modelo do primado das normas parlamentares – que constituía a base da democracia, sobretudo na sua vertente participativa – pendiam várias ameaças, a maior parte delas provindas da tradição anterior. Eram elas:

- a difusão do poder de interpretar a constituição⁹ e as leis¹⁰;

⁶ Interesseiros, parasitas.

⁷ Virgínia, *Bill of Rights*, 1776: “Sect. 2. That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all times amenable to them”; “SEC. 7. That all power of suspending laws, or the execution of laws, by any authority, without consent of the representatives of the people, is injurious to their rights, and ought not to be exercised”; *Constituição dos EUA*, 1778, art. III, sect. 2: “1. The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made under their authority; [...]”.

⁸ Cf. Paolo Alvazzi del Frate, “Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisrudencedans lse achiers de doléances de 189” (conferência na *Société d’histoire du Droit*, Paris, 2006, em <http://www.scribd.com/doc/254477/Refere-legislatif-cahiers1789>; resumo de Id., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel período rivoluzionario e napoleonico*, Torino, 2005).

- a insindicação das decisões dos tribunais ¹¹;
- a indefinição dos contornos da ordem jurídica, com a consequente atribuição à doutrina de um poder de a conformar, de a interpretar e de a integrar.

Tudo isto era fatal para a garantia da constituição formal. Mas, também, para a supremacia dos “políticos” sobre os juristas; da legitimidade baseada no voto sobre uma legitimidade baseada na autoridade doutrinal; das maiorias sobre as “contramajorias”.

1.3. A imagem pública dos juristas

Como se sabe, as cortes vintistas estavam cheias de juristas¹². Mas nem por isso se deixaram de ouvir no hemiciclo ecos daquelas diatribes contra

⁹ Sobre o carácter difuso da interpretação constitucional sob a Constituição de Cadiz de 1812, v. Carlos Garriga e Marta Lorente, *Cádiz, 1812 [...] , cit., maxime*, II.2, e IV. 8 a 10. A opinião dos dois historiadores espanhóis funda-se no facto de a constituição autorizar qualquer espanhol a denunciar às cortes ou ao rei a violação da constituição por qualquer autoridade (“Art. 372. As Cortes nas suas primeiras sessões tomarão em consideração as infracções da Constituição, que lhes tiverem feito presentes, para lhes dar o remédio conveniente e fazer efectiva a responsabilidade dos que tiverem contravindo a ela. Art. 373. Todo o Espanhol tem direito de requerer ás Cortes ou ao rei para reclamar a observância da Constituição”, trad. port. da época), com isto se legitimando um poder muito difuso de interpretar a constituição. Teoricamente, o raciocínio pode parecer um pouco exagerado, pois o denunciante apenas aventava uma interpretação constitucional, que as Cortes acolheriam ou não. A Constituição portuguesa de 1822 atribuía idêntico poder de representação a “qualquer português” (art. 16º - Todo o Português poderá apresentar por escrito às Cortes, ou ao poder executivo reclamações, queixas ou petições, que deverão ser examinadas; art. 17º — Todo o Português tem igualmente o direito de expor qualquer infracção da Constituição, e de requerer perante a competente Autoridade a efectiva responsabilidade do infractor.”); embora, quanto às dúvidas de “quaisquer autoridades” sobre a interpretação das leis, as mandasse endereçar ao Supremo Tribunal de Justiça, que a remeteria, acompanhada do seu parecer, ao rei, para resolução final pelas Cortes (artº 191, III).

¹⁰ Esta crença na possibilidade de tornar o controlo da constituição e das leis num atributo genericamente concedido relaciona-se, evidentemente, com a nova noção de espaço público (cf. J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1962), como lugar de debate pela opinião pública esclarecida das questões que interessam a todos. Alguns dos mais prolíficos juristas do trânsito do século - como J. Bentham e, na área luso-brasileira, Silvestre Pinheiro Ferreira – viveram sobretudo para a difusão de subsídios para a criação deste espaço aberto de discussão política e jurídico-constitucional (v., adiante): “Esperar que, sem uma publicidade verdadeira, e independente da vontade dos funcionários públicos, se possam descobrir, e castigar os seus [da Constituição] erros e abusos, é deplorável cegueira [...]”, Silvestre Pinheiro Ferreira, aí citado).

¹¹ Segundo a Constituição de Cádiz, os juízes continuavam dispensados de fundamentar as sentenças, na sequência de um estilo do direito comum, que tinha sido recebido pelo direito castelhano (Carlos Garriga & Marta Lorente, *Cádiz, 1812 [...] , 261 ss.*), mas não pelo direito português. Assim, no primeiro constitucionalismo português, na sequência do direito anterior, tanto havia a obrigação de motivar as sentenças, como se podia pedir revista de uma sentença, com o fundamento de que fora dada contra direito expresso (“nulidade ou injustiça notória”, diz o art. 192º da Constituição de 1822; sendo que um dos casos de nulidade da sentença era, segundo a *Ord. Fil.*, III, 75, a dada “contra direito expresso”).

¹² Fernando Piteira Santos, *Geografia e economia da revolução de 1820*, Lisboa, Publicações Europa América, 1962.; entre os 110 eleitos, 43 magistrados e outros juristas, 20 lentes e

os profissionais de leis, tradicionais na literatura popular de Antigo Regime e, agora, ainda fomentadas pela formidável e influente hostilidade de Jeremy Bentham em relação aos homens do foro ¹³.

Alguns exemplos.

Em 8 de Maio de 1821 ¹⁴, Borges Carneiro – ele mesmo jurista – propõe que, até nova ordem, não sejam admitidos novos Estudantes ao primeiro ano jurídico. A medida justificar-se-ia tanto pelo carácter parasitário generalidade das profissões jurídicas ^{15 16}, como pela má qualidade do ensino, cujos conteúdos seriam geralmente incompatíveis com a nova ordem constitucional ¹⁷.

A discussão do parecer da Comissão de Instrução Pública sobre a reforma dos estudos, e da universidade ¹⁸ deu origem a um saboroso diálogo entre dois dos mais ilustres deputados juristas – Manuel Borges Carneiro e Manuel Fernandes Tomás. O primeiro desconfiava de que os lentes da Universidade pudessem elaborar uma reforma universitária liberta das “trapaças” da doutrina jurídica tradicional ¹⁹. Ao que o segundo – menos

professores, 15 eclesiásticos, 11 militares, 5 proprietários, 3 médicos e 3 negociantes (cf. <http://maltez.info/respublica/portugalpolitico/acontecimentos/1820.htm>); biografias em <http://maltez.info/respublica/portugalpolitico/classepolitica/abcedario.htm> (José Adelino Maltez)

¹³ Sobretudo nas suas obras *Manuel de sophismes politiques* (1824) e *Chrestomatia* (1816), as quais, não sendo dirigidas especificamente aos juristas, criticam muitos dos seus usos de linguagem.

¹⁴ *DCGECNP*, nº 74, p. 831.

¹⁵ “Qual é a razão porque as demandas duram tantos anos? é por causa dos Advogados. Há pouco vimos uma, a da Chapeleiro: era questão que se decidia em duas horas, levou 6 anos [...] a razão é porque das demandas vive muita gente, vivem Letrados, vivem Procuradores, e outra muita gente: para viver esta muita gente é preciso durar uma demanda 5 anos; isto é hum grandíssimo mal, porque todo o homem que anda em demandas anda em ódios, e distraído das suas ocupações: é preciso que esta imensa turba, chamada gente de Lei, e vá tomar outro modo de vida, que vão para as Artes, e para a Agricultura: não é necessário tantos Letrados, tantos Ministros, tanta gente de Lei, que vivem de discórdias e ódios entre os Cidadãos, e principalmente estabelecer uma Lei para conciliar as partes [...]” (*loc. cit.*).

¹⁶ “A town that can’t support one lawyer can always support two” (provérbio popular norte-americano).

¹⁷ “O Estudo de Direito Canónico e Civil, tal qual está, não vale nada: o Direito Canónico lá vale alguma coisa porque não há maus Compêndios, mas sobre Direito Civil os Estudantes tem muita coisa que, aprendendo-a, hão de desaprender. O Direito Pátrio, tal qual está, não serve de nada: as Instituições de Pascoal José de Mello são muito boas, mas não servem: tem muita coisa em contraposição com o sistema Constitucional: tudo que se diz sobre ultimas vontades, e sobro escravos, são erros que é necessário desaprender” (*loc. cit.*).

¹⁸ V. *DCGECNP*, nº 157, de 21-8-1821, p. 1967.

¹⁹ “Há presunção que aqueles Lentes tendo sido criados com estas doutrinas lhe tenham amor, e aferro; e por consequência que na reforma se introduzam certos princípios de trapaça, que venham depois a contaminar o foro. Hoje em dia é necessário que se busquem homens que tenham ideias da verdadeira filosofia, que tenham lido mais filósofos que juristas; pois que estes sempre militam sobre os bárbaros princípios donde procedeu a legislação romana” (*loc. cit.*). mais tarde, quando se discute o (tradicional) acesso automático dos lentes de direito aos lugares de desembargador. Borges Carneiro volta a manifestar claramente a sua opinião sobre os professores de direito: “O Sr. Borges Carneiro: - Como a Constituição diz «que a promoção da magistratura seguirá a regra da antiguidade no serviço com as restrições, e pela maneira que a lei determinar» está evidente que o serviço de que fala é o feito na magistratura e nenhum outro. Como pois se pretende agora ir buscar o serviço de lente de Coimbra para os

cáustico, em geral, em relação aos juristas – ripostou que o mal não estava na doutrina jurídica universitária, mas na prática do foro ²⁰. Qualquer que fosse a sua séde, o mal era o mesmo – a inadequação do direito ao sistema constitucional. O público em geral, esse, queixava-se às Cortes da demora das demandas, causadas pela chicana dos advogados e pela preguiça dos juízes ²¹.

Esta desconfiança em relação aos juristas continuava-se numa desconfiança em relação aos tribunais. Embora devamos voltar ao assunto, não deixaremos de transcrever aqui as emblemáticas posições tomadas em Cortes por alguns deputados famosos sobre o incumprimento das leis pela administração e, em particular, pelos tribunais, nomeadamente pelas suas mais altas instâncias. Segundo eles criam, a revolução podia estar duplamente em perigo. Não apenas pelo incumprimento das leis, em si mesmo; mas pela revolta popular contra os abusos das autoridades constituídas.

“O Senhor Borges Carneiro. – A razão porque continuam as vexações dos Ministros, é porque todo o Negocio está dependente do Desembargo do Paço. Todo o Requerimento contra Ministro, ha de ir ao Desembargo do Paço, e ele põe-lhe uma pedra era cima, e tudo fica no mesmo estado. Eu sei de hum Requerimento em que uma parte se queixava de hum Ministro, em razão de injustiças cometida em uns Autos em que requeria que eles subissem à Mesa; passaram-se 20 Ordens, e tudo estava no mesmo. Requeria a Parte ao Desembargo do Paço para virem os Autos, dizia o Desembargo do Paço “Passe Ordem 2:000 réis”. Diz outra vez a Parte: “Não cumpriu a Provisão, está tudo no mesmo estado”. “Passe Ordem – dizia o Desembargo do Paço – 2000 réis”. Vinha a Parte outra vez. O Ministro não cumpre. Dizia o Desembargo do Paço “Passe Ordem. 2:000 réis”. Quarenta mil réis lhe levou de Ordens, e no fim de uns poucos de anos de luta, mandou o Corregedor os Autos. Chegarão à Mesa. Diz a Mesa “Remetidos ao mesmo Corregedor para tornar a informar” Então os Ministros que fazem isto podem por ventura ter amor da justiça? Podem obrar como devem?

lugares de desembargadores? Eis aí uma coisa directamente contraria à Constituição [...] Um lente está hábil para bem servir a magistratura? Não vai nada da teoria á pratica? Sofre a boa administração da justiça que alguém passe de repente da cadeira à relação? E se os lentes juristas pretendem de justiça esta prerrogativa, porque a não hão de ter igualmente os lentes teólogos, médicos, filósofos, matemáticos? Venham estes também para as Relações [...] “ (DCGECNP, nº 54, de 04-10-1822, p. 683).

²⁰ “Aquela trapaça de que fala o Preopinante não se ensina na Universidade, aprende-se aqui no foro. Eu andei na Universidade, e pratiquei no foro; o que aprendi no foro era alheio do que me ensinarão em Coimbra” (*loc. cit.*).

²¹ “À Comissão de Legislação foram remetidas duas Petições, uma em nome de Joaquim Ignacio de Seixas, outra em nome de D. Josefa Maria do Livramento Smith [...] ambas a pedirem uma nova Lei, que com penas graves desterre do Foro as demoras estudadas, com que se estorvam os progressos das demandas” (DCGECNP, nº 51, de 05-04-1821, p. 47). O que encontra eco nas palavras de Borges Carneiro – embora a outro propósito – dias depois: “Desta minha moção desejo se mande tomar lembrança na Acta, e bem assim que se recomende à Regência do Reino que expeça ordens mui positivas às Relações e Juízos contenciosos para que tratem de extirpar e abreviar as demandas, interminável origem de ódios e dissensões, devendo o inumerável exercito que vive deste sórdido e cruel mester de demandas e disputas forenses, ir procurando outro modo de vida” (*ibid.*, 28-4-1821, p. 710.”

Certamente não. Não tenho ódio nenhum pessoal àqueles Ministros; Deus lhes dê as fortunas que desejo para mim, mas considerados como Desembargadores do Paço são indignos da confiança Publica. Tudo ali fica emperrado, e a Regência está amarrada sem poder fazer nada; por isso apoio com urgência a moção do senhor Alves do Rio”.

“O senhor Castelo Branco²². – O mal é da maior evidência. Se nós víssemos que os Ministros em geral cumpriam as Leis, e a Administração Publica não ia bem; então era uma consequência que o defeito vinha das Leis, e não dos que a executavam. Porem nós todos os dias còramos ouvindo factos praticados pelos Ministros contra as Leis que eles não cumprem. Logo não vem o mal só de que as Leis são defeituosas, mas sim da má vontade dos Executores. Jamais poderemos conseguir o fim que desejamos, uma vez que não tenhamos homens aferrados ao sistema. A males extraordinários, eu não conheço senão remédios extraordinários. Conheço quanto é arriscado o deixar ao Poder Executivo todo o arbítrio, entretanto as circunstâncias nos obrigam a autorizar a Regência a tomar uma medida Provisória. [...] O que eu digo é, que uma vez que nós desgostemos os Povos, não poderemos marcar até onde poderão chegar os resultados; por isso me parece bem ordenar que a Regência seja interinamente autorizada para dar nisto providencias as mais prontas, sem se ligar, nem mesmo às formalidades determinadas pelas Leis”.²³

1.4. O positivismo legalista dos primeiros anos

Politicamente, quaisquer alusões aos poderes dos juristas de conformarem o direito, nomeadamente no plano do direito político, não poderiam deixar de ser entendidas senão como tentativas de deslegitimar a soberania popular. Por isso, as primeiras obras jurídicas pós-vintistas não são férteis nessas declarações sobre alegadas faculdades de criação do direito que, por natureza, competissem à doutrina. Pelo contrário. Autores muito reputados e usados na primeira metade do século continuam a dizer – na esteira do “legalismo”²⁴ da Lei da Boa Razão e em conformidade com o monopólio de criação de direito atribuído ao parlamento pela lógica dos regimes representativos – que a doutrina não gozava de um valor obrigatório²⁵. E quanto aos códigos, embora a sua elaboração pudesse ser obra de um só

²² Padre João Maria Soares de Castelo Branco (1767-1831). Cf. Isabel Nobre Vargues, “Vintismo e Radicalismo Liberal - João Maria Soares de Castelo Branco”, *Rev. De História das Ideias*, 3 (1981), 177-216.

²³ DCGENP, de 10-04-1821, p. 527 ss..

²⁴ Que, como já escrevemos (A. M. Hespanha, *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 2004) pode ser apenas aparente.

²⁵ “42. III [...] continuadamente recorreremos aos escritos e opiniões dos JCTos, não porque tenham força de obrigar, mas ou porque neles achamos a tradição sucessiva, ou o direito consuetudinário, sobre a decisão dos casos e inteligência das leis duvidosas ou porque nos servem de meio para descobrir a boa razão das leis, e chegar à sua verdadeira interpretação. O mesmo se deve dizer dos Arestos [...]” (M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, 1845, nº 42.III).

homem ou de uma comissão, para manterem a unidade de pensamento e de sistema ²⁶, um ou outra haviam de ser nomeados pelo poder soberano, como sempre acontecera na história ²⁷, recaindo no poder soberano a prerrogativa de transformar o projecto em texto legal definitivo.

O primeiro manual de direito constitucional publicado em Portugal – uma tradução do salamantino Ramón Salas ²⁸ - insiste na origem parlamentar da Constituição e das leis, cometendo a feitura de uma e outras aos órgãos representativos. “Segundo o meu parecer – escreve ele (ob. cit., p. 7) – uma Constituição política, não é outra coisa, do que a expressão autêntica ²⁹ das regras, e condições, com que *um povo quer ser governado* [...]”. Desta legitimidade original da Constituição, expressão da soberania popular, decorre o princípio do primado da constituição sobre todas as outras leis ³⁰, bem como o papel subordinado (exegético, anotativo) da doutrina *jurídica* ³¹. O texto citado na nota anterior, ao distinguir os casos em que um jurisconsulto actua

²⁶ “Tratando-se de uma obra, que deve ser hum sistema, e ser um todo, coerente entre si, em cada um dos seus artigos, que poderia haver mais discreto, do que procurar consegui-la pelo trabalho de um só entendimento?”, Vicente José Ferrer Cardoso da Costa, *O que he o código Civil*, Lisboa, Typ. De António Rodrigues Galhardo, 1822, p. vi.

²⁷ “Justiniano juntou hum Tribunal de Jurisconsultos, para lhes incumbir a tarefa das suas Compilações: e não se viu empregar depois nenhum outro meio, senão este, para se fazerem Códigos. Ternos entre nós a prova disto, não só nas Ordenações, de que usamos, e nas outras, que lhe precederão, mas também nos projectos de sua reforma, de que se tem tratado há século e meio [...]”, Vicente José Ferrer Cardoso da Costa, *O que he o código Civil*, cit., 3.

²⁸ Ramon Salas (y Cortez), *Lições de direito público constitucional para as escolas de Hespanha*, trad. por D. G. L. D'Andrade, Lisboa, Rollandiana, 1822. A edição portuguesa não compreende a parte da obra de Salas mais especificamente dedicada à análise da Constituição de Cádiz. Para uma edição integral, Ramon Salas, *Lecciones de derecho publico constitucional*, “Introducción” de Jusé Luís Bermejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

²⁹ De novo a palavra que remetia para uma legitimidade primitiva e própria.

³⁰ “As Leis Constitucionais chamam-se também fundamentais, porque são o apoio, o *cimento*, e os alicerces do edificio social, que sem elas não pode ficar sólido por muito tempo. Chamam-se também frequentemente Leis primárias (ou primitivas) para dar a entender que com elas se devem conformar as Leis, que versam sobre interesses individuais, e subordinados; e as quais se chamam Leis secundárias. E com efeito, se as Leis secundárias se não acham em perfeita harmonia com as Leis primárias, fundamentais, ou Constitucionais, um Governo não pode ser liberal senão no nome. Que me importa, que a Lei primária sancione a liberdade individual, se as Leis secundárias põem a minha liberdade à disposição de alguns mandatários, ou agentes de poder, que podem privar-me dela pretextando medidas de segurança, ou em virtude do *Caveant Consules* do Senado Romano, de que em todos os tempos se fez um uso tão imoderado contra a liberdade dos Cidadãos? Em poucas palavras, as Leis secundárias não devem ser senão as consequências naturais das Leis primárias fundamentais, ou Constitucionais” (ob. cit., p. 4).

³¹ Como discurso distinto do filósofo ou do político: “Leis Constitucionais, (ou Constituintes) são as que se contêm, ou devem conter-se em uma Constituição política; as que se contêm, quando como Jurisconsulto trata do Direito estabelecido; e as que devem conter-se, quando como Filósofo, e Legislador se trata do Direito, que devia estabelecer-se. Na primeira parte desta obra fala-se das Leis Constitucionais, que uma boa Constituição Política deve conter; e nos reduzimos a dar nela teorias, e abstracções; e na 2ª. quando tratarmos de confrontar com nossos princípios a Constituição Política da Monarquia Espanhola falaremos das Leis Constituintes no primeiro sentido, isto é, das Leis, ou disposições contidas na Constituição” (ob. cit., 3-5).

como tal, “tratando do direito estabelecido” (*de iure condito*), daqueles assume a pose “de filósofo, e legislador se trata do Direito, que devia estabelecer-se” (*de iure condendo*), resume os lugares dos juristas no cenário do legalismo, desde os finais do séc. XVIII até aos meados do séc. XX. Actuavam, antes do acto do legislador, como especialistas, de filosofia ou de política, assessorando o Príncipe ou integrando as comissões preparatórias de legislação, num caso ou noutro formulando propostas de política do direito, a ser apreciadas pelo legislador. Depois de promulgada a lei, voltavam à sua veste de técnicos de direito, de juristas em sentido próprio, para explicar e aplicar a vontade do legislador. É por isso que a exuberância doutrinal que encontramos na obra de R. Salas, como na de outros autores congéneres, não indicia pretensões de criar autonomamente direito, mas antes de influenciar o legislador. J. Bentham – bastante consciente da distância entre Sólon ou Licurgo e os seus conselheiros – não fez outra coisa durante toda a sua vida: tentar – sem grande êxito, é certo ... - ser a eminência parda, por detrás de quem fizesse as leis.

II. AS PRETENSÕES “CONTRA-MAIORITÁRIAS” DA DOCTRINA

Passada esta vaga de culto irrestrito da soberania popular, surgem projectos de introduzir na política e no direito elementos que corrigissem o eventual desatino das maiorias parlamentares. Ou porque se mantinha a memória dos “governos de assembleia” – nomeadamente do período da Convenção e do Terror (1792-1795) -; ou porque se passou a entender que a Nação não se esgotava na geração dos cidadãos que sufragaram o parlamento; ou, finalmente, porque se entendia que o fazer do direito não era matéria de exercício de poder político, mas antes ou o legítimo uso de autoridade carismática, social ou técnica ³² ou uma tarefa sobretudo codificatória de um direito deposto na tradição e que era preciso, apenas codificar.

Mesmo no plano constitucional, contraposta à ideia de uma constituição como acto de ruptura, “constituente”, fundado na formulação de uma vontade maioritária da “nação representada” cedo apareceu a ideia de uma constituição-codificação, que recolhesse, garantisse por escrito, não essa vontade de uma maioria parlamentar, mas o génio da “nação originária”, vertido nas suas antigas leis fundamentais, eventualmente rejuvenescidas. Em 1812, as Cortes de Cádiz justificavam, assim, a empresa constituinte: “Las Cortes generales y extraordinarias de la Nación Española, bien convencidas, después del mas detenido examen y madura deliberación, de que *las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones, que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación, decretan la siguiente Constitución Política* para el buen gobierno y recta administración del Estado”. Em 1814, Luís XVIII descreve do mesmo modo o modelo da sua

³² Sobre os fundamentos doutrinários destas correntes anti-parlamentares do primeiro constitucionalismo, v. o meu livro *Guiando a mão invisível* [...], 11.4.8.1 e 12.2.

Charte, bem como a relação entre o voto do povo e o carácter na Nação: “Nous avons –*cherché les principes de la Charte constitutionnelle dans le caractère français, et dans les monuments vénérables des siècles passés*»³³. E em Portugal, em 1822, logo no preâmbulo da Constituição, exprime-se a mesma ideia de que a vontade parlamentar, embora maioritária, apenas poderia convir com a constituição tradicional e codificá-la (“decretá-la”) convenientemente, se sacramentalmente inspirada por Deus: “Em Nome da Santíssima e Indivisível Trindade, as Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes na Nação Portuguesa, intimamente convencidas de que as desgraças públicas, que tanto a tem oprimido e ainda oprimem, tiveram a sua origem no desprezo dos direitos do cidadão, e no *esquecimento das leis fundamentais da Monarquia; e havendo outrossim considerado, que somente pelo restabelecimento destas leis, ampliadas e reformadas, pode conseguir-se a prosperidade da mesma Nação, e precaver-se, que ela não torne a cair no abismo*, de que a salvou a heróica virtude de seus filhos; *decretam a seguinte Constituição Política*, a fim de assegurar os direitos de cada um, e o bem geral de todos os Portugueses”³⁴

³⁵

O surgir da figura do poder moderador – sob este nome, ou sob a invocação do “princípio monárquico” ou, sem nome, mas por meio de adequados mecanismos constitucionais (atribuição ao rei de direito de veto, poder de dissolução das câmaras, responsabilidade ministerial exclusivamente

³³ “Nous avons dû, à l'exemple des rois nos prédécesseurs, apprécier les effets des progrès toujours croissants des lumières, les rapports nouveaux que ces progrès ont introduits dans la société, la direction imprimée aux esprits depuis un demi-siècle, et les graves altérations qui en sont résultées: nous avons reconnu que le vœu de nos sujets pour une Charte constitutionnelle était l'expression d'un besoin réel; mais en cédant à ce vœu, nous avons pris toutes les précautions pour que cette Charte fût digne de nous et du peuple auquel nous sommes fiers de commander. Des hommes sages, pris dans les premiers corps de l'Etat, se sont réunis à des commissions de notre Conseil, pour travailler à cet important ouvrage. En même temps que nous reconnaissons qu'une Constitution libre et monarchique devait remplir l'attente de l'Europe éclairée, nous avons dû nous souvenir aussi que notre premier devoir envers nos peuples était de conserver, pour leur propre intérêt, les droits et les prérogatives de notre couronne. Nous avons espéré qu'instruits par l'expérience, ils seraient convaincus que l'autorité suprême peut seule donner aux institutions qu'elle établit, la force, la permanence et la majesté dont elle est elle-même revêtue; qu'ainsi lorsque la sagesse des rois s'accorde librement avec le vœu des peuples, une Charte constitutionnelle peut être de longue durée; mais que, quand la violence arrache des concessions à la faiblesse du gouvernement, la liberté publique n'est pas moins en danger que le trône même. Nous avons enfin cherché les principes de la Charte constitutionnelle dans le caractère français, et dans les monuments vénérables des siècles passés ».

³⁴ Apresentado pelo Dr. Moura em nome da Comissão da Constituição, em Sessão de 8 de Fevereiro de 1821 – Mandou-se imprimir para discussão. Em sessão de 9 de Julho principiou a discussão sobre o preâmbulo e ficou aprovado. Em sessão de 13 de Julho continuou a discussão, e decidiu-se que as palavras “havendo maduramente considerado” se substituíssem “intimamente convencidas”. Que à palavra “oprimem” se juntasse “ainda” Que se dissesse “ampliadas e reformadas”; que se suprimissem as palavras “com oportunas providências”; que à palavra “renascer” se substitua “resultar”; que se suprima a palavra “antiga” ficando só “prosperidade”; que se suprima a palavra “Cidadãos”.

³⁵ Sobre a ideia de constituição como codificação da tradição jurídica, v., para Portugal, o meu artigo “O projecto institucional do tradicionalismo reformista”, em *O liberalismo na península ibérica na primeira metade do século XIX*, Lisboa, Sá da Costa, 1982, I, 63-90.”; por último, a propósito da Constituição de Cádiz, v. Carlos Garriga e Marta Lorente, *Cádiz*, 1812 [...], 22 ss.; 377 ss.. e bibl. aí citada.

perante o rei) – tem também como função a de aportar um princípio “contra-maioritário” aos regimes constitucionais”. E por isso se estende por toda a Europa continental e pelo mundo influenciado pelos seus modelos constitucionais ³⁶.

Porém, a peça talvez mais expressiva e influente da ideia de uma legitimidade contra-maioritária própria da autoridade dos juristas provém de França, onde, logo a partir do Directório, e muito especialmente, durante a preparação do *Code Civil*, os juristas reclamam para si uma especial *sagesse* que os tornaria nos guardiões naturais do verdadeiro direito, senão com um poder de *cassation à rebours* sobre o direito parlamentar, pelo menos como uma reserva natural – oponível mesmo ao legislador – de interpretar e de integrar com generosa amplitude as leis positivas, à luz de um direito natural, de cujo discernimento eles seriam os detentores monopolistas. O *Discours préliminaire sur le Projet du Code Civil* apresentado ao Conselho de Estado por Jean-Etienne-Marie Portalis ³⁷, no 1º do Pluvioso do ano IX ³⁸, contém as linhas de orientação desta nova defesa da função criadora dos juristas, agora em face das novidades de um regime de alegado primado da lei. Essa defesa articula-se nas linhas seguintes:

- o direito positivo como aplicação do direito natural ³⁹;
- este, como ordem imperativa, fundada na natureza das coisas;
- os juristas, como possuidores de uma sabedoria, feita de tradição, de estudo e de prática, capaz de identificar os princípios desta ordem e, logo, detentores das chaves de compreensão e de integração do direito legislado ^{40 41};

³⁶ Sobre ele e a sua teoria, v. o meu livro *Guiando a mão invisível [...]*, 250 ss..

³⁷ Jean-Etienne-Marie Portalis *Discours et rapports sur le Code Civil, précédés de l'Essai sur l'utilité de la codification de Frédéric Portalis*, Paris, Centre de Philosophie Politique et Juridique, 1989.

³⁸ 21.01.1801.

³⁹ “Les lois ne sont de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce [...]”, 5; “Quoi que l'on face, les lois positives ne sauraient jamais remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie [...]”, 7.

⁴⁰ “C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.// De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à coté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance di législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation” [...], Mais le Code le plus simple serait-il à la portée de toutes les classes de la société? Les passions ne seraient-elles perpétuellement occupées à en détourner le vrai sens ? Ne faut-il pas une certaine expérience pour faire une sage application des lois ?”, 8-10 ; « Dans l'état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l'amour propre et réveiller l'émulation. Une classe entière d'hommes se voue dès lors à cette science, et cette classe. Consacrée à l'étude des lois, offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et se défendre eux-mêmes, et devient comme le séminaire de la magistrature », 13.

⁴¹ “Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes

- os magistrados, senhores de uma ciência de concretização do direito, estranha à ciência do legislador, o qual, por isso, não pode invadir o campo da magistratura ^{42 43}.

Nesta coabitação, o espaço mais restrito é, como se vê, o do legislador, entalado entre a sabedoria quase sacral dos juristas e o artesanato casuístico dos juízes ⁴⁴. Nem era livre de querer o que lhe aprouvesse, nem sequer de levar até à fase da aplicação as suas atribuições normativas.

Esta recuperação da tradicional função dos juristas de criar e de legitimar o direito é, portanto, levada a cabo a partir de 1804, tendo dominado o panorama jurídico mesmo em França, apesar de tudo o que se costuma dizer sobre o legalismo da Escola da Exegese ⁴⁵.

O ambiente político e cultural da Restauração e do doutrinário da Monarquia orleanista (a partir de 1830) ainda reforçam mais uma concepção elitista e “contra-maioritária” (como hoje alguns gostam de dizer) do direito. Também no campo jurídico, impera, agora soberanamente, a ideia de um “império da razão”, adverso da criação parlamentar do direito e, em

particuliers.// Le doit est moralement obligatoire ; mais par lui-même in n'emporte aucune contrainte ; il dirige, les lois commandent ; il sert de boussole, et les lois de compas. // Les divers peuples entre eux ne vivent que sous l'empire du droit ; les membres de chaque cité snt régis, comme hommes, par le droit, et comme citoyens, par des lois », 15.

⁴² « il est deux sortes d'interprétation : l'une par voie de doctrine, et l'autre par voie d'autorité.// L'interprétation par voie de doctrine, consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. Sans cette espèce d'interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office de juge ? L'interprétation par voie d'autorité consiste à résoudre les questions et les doutes par la voie de règlements ou de dispositions générales. Ce mode d'interprétation est le seule qui soit interdit au juge [...] Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes ; ce serait renouveler parmi nous la désastreuse législation des rescrits ; car, lorsque le législateur intervient pour prononcer sur des affaires nées et vivement agités entre particuliers, il n'est pas plus à l'abri des surprises que les tribunaux. On a moins à redouter l'arbitrage réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être reformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable. [...] », 13.

⁴³ « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne rassemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude » 13. Em sentio oposto, sobre os limites dos juízes, v. o artº 5º do *Code*.

⁴⁴ « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne rassemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude » 14.

⁴⁵ Um mito que não resiste à análise das fontes, como estudos recentes têm mostrado (neste sentido, já André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société. Du XIXe à nos jours*, Paris, PUF, 1975).

contrapartida, adepto de uma sua legitimação pela autoridade racional ou científica ⁴⁶.

III. OS JURISTAS DOUTRINÁRIOS: RAZÃO, FILOSOFIA, TRADIÇÃO. A CONSTITUIÇÃO SUPRA-CONSTITUCIONAL

Os testemunhos desta reacquirição de poder e de capacidade de intervenção dos juristas – sobretudo dos juristas académicos, aqueles que, no ambiente português, estudámos mais sistematicamente – são contínuos a partir dos anos 40, embora com diferentes graus de auto-confiança.

Uns, mais próximos das posições românticas e doutrinárias – como Basílio Alberto de Sousa Pinto (1792-1881) ⁴⁷ - com declarações rotundas sobre o primado da razão, da “natureza” e do temperamento dos povos, sobre as decisões de efémeros arranjos políticos nas Câmaras. Outros, embora perfilhando ideais políticos mais próximos das posições democráticas – como Vicente Ferrer Neto Paiva (1798-1886) ⁴⁸ - reclamando os direitos da “filosofia” na conformação do direito. Outros, por fim, com perfis mais “técnicos” do que “ideológicos”, invocando ou a tradição dogmática, desde os praxistas até aos autores portugueses pós-liberais ⁴⁹ – como é o caso de Manuel de Almeida e Sousa (Lobão) (1744-1817) ⁵⁰, Joaquim Homem Correia Teles (1780-1849) ⁵¹ -

⁴⁶ Estas são as ideias centrais da corrente doutrinária. V. o meu *Guiando a mão invisível [...]*, *maxime*, 162 ss. e bibl. aí citada.

⁴⁷ Basílio Alberto de Sousa Pinto (1793-1881), de origem pequeno-aristocrática-rural (1º visconde de São Jerónimo), doutor em leis (1817), activista revolucionário em 1820 e deputado às cortes constituintes, de que foi secretário; desterrado durante o miguelismo. Como professor, ensina História do Direito (1818/1819), ocupa vários cargos universitários, entre os quais o de Decano e Lente de Prima da Faculdade de Direito (1858), e Reitor da Universidade, de 1859 a 1863. Neste último cargo, foi objecto de viva contestação pelos estudantes da geração reformista. No plano político, ocupou também cargos importantes, como Director-Geral do Ensino Primário e Secundário (1842), vogal da mesma Direcção-Geral (1845), Vice-Presidente do Conselho Superior de Instrução Pública, e Conselheiro de Estado. Distinguiu-se, na academia, como professor de Direito Pátrio (1837-1841; cadeira em que então se incluía o Direito Constitucional); de Direito Público Universal (1842/843 e 1853/854); e de Direito Criminal. As suas fontes doutrinárias mais evidentes aproximam-no do doutrinário conservador, dominante em França nos anos 30 e 40.

⁴⁸ Mais um beirão, natural da Lousã. Doutor em cânones (1821), demitido pelos miguelistas em 1830 e reintegrado em 1834. Foi professor de Direito público universal e das gentes. Deputado em 1838-1840, pertencia à ala menos radical do cartismo, tendo sido ministro da Justiça em 1857, depois da queda de Costa Cabral. Na Faculdade de Direito, pertencia a uma corrente liberal moderada, cujas raízes doutrinárias eram Kant e, sobretudo, K. F. Krause, que influenciou de forma marcante o liberalismo da segunda metade do séc. XIX. Na Faculdade, substitui (em 1837) o velho manual de F. A. Martini pelos *Éléments de Droit Naturel de Burlamaqui*, enquanto não apronta o seu próprio livro de texto (Elementos de Direito das Gentes, 1839; Elementos de Direito Natural, 1850). Nota biográfica. Luís Cabral de Moncada, «O Liberalismo de Vicente Ferrer Neto Paiva», 1946, in Estudos de História do Direito, Coimbra, 1949, pp. 277-389.

⁴⁹ Nomeadamente, Manuel de Almeida e Sousa, J. J. Correia Teles, Manuel António Coelho da Rocha ou José Joaquim Pais da Silva .

⁵⁰ Manuel de Almeida e Sousa é, no século XIX o epígono mais característico da tradição jurídica pré-pombalina. Formara-se em cânones em 1762, ainda antes da Reforma Pombalina (e da Lei da Boa Razão). Depois da formatura, advogou, durante anos, em Tondela, numa zona em que a advocacia tinha tradições. Destacou-se nesse meio, sendo contratado pelo

, ou o consenso dos códigos modernos das nações mais polidas ⁵², nomeadamente a lição do *Code Napoléon* – como é o caso de Manuel António Coelho da Rocha (1793-1850) ⁵³ ou José Dias Ferreira (1837-1907) ^{54 55}.

mosteiro cónegos de Santa Cruz de Coimbra, uma instituição também tradicionalmente litigante. Publica a sua primeira obra – um tratado sobre morgados, tão erudito como prático, numa matéria que interessava muito a aristocracia rural – com mais de sessenta anos, em 1807. Até à sua morte, em 1817, escreveu uma obra vastíssima, onde não esconde o seu gosto pelo estilo e pela substância do direito tradicional, nem a sua discordância – embora envolta em fórmulas de um por vezes irónico respeito – por Pascoal de Melo Freire, o símbolo do novo direito reformista. Apesar disso, está ao par das codificações estrangeiras – nomeadamente do Código Prussiano, que eventualmente cita. Alexandre Herculano traça dele um retrato impiedoso: “Houve na Beira um letrado de curta inteligência e nenhuma filosofia, chamado por alcunha o Lobão. Tinham-no adivinhado por instinto os bernardos e os cruzios. Era o seu advogado. Este homem escreveu nas primeiras décadas deste século, em ódio da gramática e da língua, uma pilha de volumes refertos de erudições gravíssimas, pesadíssimas, pedantíssimas, onde o pró e o contra das opiniões dos jurisconsultos se acham acumulados por tal arte, que a leitura dessas dezenas de *in quartos* é o meio mais seguro de se não saber qual é o verdadeiro direito na maior parte das matérias jurídicas. São os livros de Lobão tesouro precioso, mina inesgotável de alegações eternas e contraditórias, para advogados mediocres. Como o mestre de meninos de Atenas que emendava Homero, o causídico beirão engenhou três grossos volumes a endireitar as torturas do ilustre Melo Freire. Com que delícias não castiga ele às vezes a ignorância desse pobre homem de génio!” (*Estudos sobre o casamento civil*, Lisboa, Typ. Universal, 1866, 186-187). S.C. 4115-V.

⁵¹ Nasceu a 10 de Maio de 1780, em Santiago de Besteiros, na Serra do Caramulo. Licenciou-se em Direito pela Universidade de Coimbra em 1800 e advogou em Tondela. Desempenhou as funções de Juiz de Fora, na Figueira da Foz. Desembargador da Relação do Porto e sócio honorário da Associação dos Advogados de Lisboa. Em 13 de Fevereiro de 1827, foi provido no lugar de Superintendente das Obras da Barra de Aveiro. Deputado constituinte em 1821, foi ainda candidato pelo pequeno concelho de Campanhã, Porto, a deputado às Cortes Constituintes de 1836, perdendo largamente para Passos Manuel. Foi, depois, deputado em mais duas legislaturas. Notabilizou-se pelas obras jurídicas: *Theoria da interpretação das leis e ensaio sobre a natureza do censo consignativo*, 1815; *Doutrina das acções accommodada ao Foro de Portugal*, 1819 (completado por *Exemplario de libellos podendo servir de appendice e suplemento à doutrina das acções*, 1843); *Manual do tabellião ou ensaio de jurisprudência eurenática*, 1823; *Commentario critico à lei da boa razão, em data de 18 de Agosto de 1769*, 1824; *Tratado das obrigações pessoaes e reciprocas nos pactos, contractos, convenções, &c.*, 1835; mas, sobretudo, pelo *Digesto português ou tratado dos direitos e obrigações civis accommodado às leis e costumes da Nação Portuguesa para servir de subsídio ao novo Código Civil*, Coimbra, Imp. da Universidade, 1835-1836 (completado com as *Adições ao digesto português*, de 1838, e o *Manual do processo civil; suplemento do Digesto portuguez*, 1842). Faleceu em Estarreja a 3 de Julho de 1849 e está sepultado no Cemitério de Beduído. No mesmo concelho de Estarreja, mas agora em Canelas, nasceria, em 1899 (m. 1958), um outro grande civilista – Manuel de Andrade - que, tendo sido um dos mais notáveis professores Faculdade de Direito de Coimbra do séc. XX, viria a integrar a Comissão Redactora do Código Civil de 1966. Correia Teles foi autor de um Projecto de Código do Processo Criminal (1840).

⁵² Que os Estatutos da Universidade tinham mandado aplicar, como sintomas da Boa Razão em que seriam fundados.

⁵³ Nasceu em na comarca da Feira. Morreu em Covelas (Arouca), em 1850, onde está sepultado. Doutorou-se em Leis, em 1818; liberal, foi expulso da Universidade em 1823, sendo reintegrado em 1834. É autor de duas obras famosas: *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal, para servir de introdução ao estudo do Direito patrio*. Coimbra, Imp. da Universidade 1841 (eds. aumentadas até 1851) e *Instituições de Direito Civil portuguez para uso dos seus discipulos*. Coimbra, Imp. da Universidade, 1845, um dos compêndios mais notáveis e usados de direito civil dos meados do séc. XIX português, em que se combina a descrição do direito vigente - tendo como base o direito então recebido, nomeadamente os códigos europeus, com destaque para o *Code civil* - com desenvolvidas notas finais com propostas de reforma. V. Seabra de Albuquerque, *Bibliographia da Imprensa da Universidade*,

Estes dois últimos juristas referiam-se ao direito civil – pelo menos a esse. Mas o mesmo acontecia com os que cultivavam o direito administrativo e, embora em menor grau, o direito constitucional ⁵⁶. Mesmo neste ramo de direito, não deixava de haver – como ainda veremos mais tarde - quem estimasse que, por cima da constituição escrita, outra existia, não escrita e ligada à natureza das coisas. É o caso de Basílio Alberto. Seguindo os pontos de vista doutrinários, ele entendia que a soberania – e logo o poder do povo de criar direito – estava limitado pela razão, que, assim, constituía a verdadeira ordem jurídica eminente ou o verdadeiro poder constituinte ⁵⁷. Mas, a estes limites, havia ainda que acrescentar os limites da natureza histórica e orgânica da Nação, de que os parlamentares não podiam dispor, mas cujo

1872 e 1873, pp. 87 e 88. A sua influência doutrinal foi enorme, em Portugal e no Brasil, até às respectivas codificações civis (1867 e 1917)

⁵⁴ José Dias Ferreira nasceu, em 1837, em Aldeia Nova, Arganil, mais uma vez nessa zona da Beira serrana, donde desaguaram em Coimbra tantos juristas. Filho de pequenos lavradores, começa por aspirar a uma vida eclesiástica, matriculando-se, em 1852, na Faculdade de Teologia. É sob a influência do professor de filosofia da Faculdade de Direito, Vicente Ferrer Neto Paiva, que se transfere para o curso jurídico, que termina com distinção em 1860, e em que se doutora em 1866, sendo nomeado lente de Direito Natural e das Gentes e de Filosofia do Direito, cujas lições publicou em 1864 com o título de “Noções fundamentais de Filosofia do Direito”. Casa bem, com uma Pinto Basto, da tradicional fábrica de porcelana e cristais da Vista Alegre. Ao mesmo tempo, entra na política, sendo, em 1861, eleito para as Cortes, onde se mantém, representando círculos diversos e grupos políticos também diversos, embora sempre tendendo para a esquerda do liberalismo, até 1905. Embora prossiga a sua carreira académica em Coimbra, em 1865 fixa residência em Lisboa e notabiliza-se como jurisconsulto e advogado, entre outros, da companhia de Crédito Predial Português. É neste período que fará publicar as suas versões anotadas do Código Civil (1870), do Código de Processo Civil (1890) e da Novíssima Reforma Judiciária (1892). Funda e dirige o *Jornal da Jurisprudência* (1865-1870) e o semanário *Boletim dos Tribunais* (1885-1892), colaborando simultaneamente com outros órgãos da imprensa social e jurídica. Em 1867 é membro da Comissão revisora do Código Comercial Português. No ano seguinte, entra na alta roda da política, como Ministro da Fazenda e, sucessivamente, da Justiça e do Reino. Finalmente, chega a presidente do governo. O seu pendor crítico das instituições, leva-o a fundar um Partido Constituinte, que propunha uma profunda reforma da Carta; e, anos mais tarde (1893-1896), a comprometer-se com uma gorada conjura republicana, de que deveria sair Presidente da República. Gozava da fama de intelectual imaginativo e rigoroso e, por isso, prestigiado.

⁵⁵ Sobre as referências doutrinárias destes juristas, obtidas pela análise das citações de textos seus, v. o meu artigo “Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 39(2010) 109-151.

⁵⁶ Reconhecidamente mais “político” e vinculado aos textos constitucionais.

⁵⁷ “Se as leis devem ser filhas da razão, aqui temos a soberania necessariamente limitada pela mesma razão, e não absoluta. Dissemos que a Lei não pode ser em caso algum efeito da vontade de todos, e o motivo é óbvio, visto que devendo elas ser reguladas pelo que é de razão, nunca poderão ser obra de todos, porque ainda que todos possam ter uma vontade, ainda os loucos, e os mais ignorantes, o mesmo não pode dizer-se a respeito da razão que falta nos furiosos, mentecaptos, ignorantes. Ora sendo além disso limitada a inteligência de todos os homens, ainda a dos mais ilustrados, é por conseguinte limitada a sua razão, devendo as Leis ser obra desta, não pode existir soberania absoluta, e portanto nem o povo a tem, nem pode delegá-la [...] Diz o artigo [da Constituição de 1838] que ela reside essencialmente na nação, isto é, que da nação é que a soberania provém imediatamente. Nação, como conjunto dos cidadãos ilustrados. Pelos princípios expendidos devemos todavia entender, que nem todos podem exercê-la, mas só, e simplesmente aqueles que forem dotados de uma razão ilustrada” (Basílio A Sousa Pinto, *Análise da Constituição de 1838*, em DVD “Fontes para a história constitucional [...]”, lição 24).

conhecimento estava facilitado aos juristas, aos filósofos, aos historiadores e aos políticos por uma tradição de cultivo de saberes que tinham por objecto a tradição e, finalmente, a alma dos povos. A eles se refere Almeida Garrett – que, embora literato, tivera também uma formação jurídica -: “Eu não sou um retroactor e protesto, Senhores, que o tenho provado toda a minha fraca vida, e hei-de continuar a prová-lo ! Mas, embora uma Constituição se escreva num papel, e embora as maiores somas de liberdade se ponham nesse papel, se a Constituição escrita não for acomodada na prática aos usos e costumes dos povos, a Constituição há-de ficar no papel” ⁵⁸. Completando esta linha de pensamento que ia levando a cabo a transferência da soberania do povo – e dos seus representantes parlamentares – para elites de avulsa origem, outros reclamavam para si esse poder demiúrgico de sondar o génio da Nação – e de lhe afeiçoar a Constituição e as leis –, por via de méritos próprios ou adquiridos por tradição familiar: “A minha aristocracia é a dos *notáveis* de qualquer nação, por seus talentos, virtudes e serviços; e nesta minha ideia eu uno o presente ao passado; quero dizer que em uma monarquia, em que de facto e de direito já existe uma classe ilustre pelos altos feitos de seus maiores, identificada com os triunfos e as glórias da nação; de que uma boa parte, ao menos, ao lado dela, ou à testa dos seus exércitos combateu com honra pela conquista de sua liberdade, que por ela sem murmurar sacrificou sua fortuna; essa classe não deve ser *desconsiderada* [...]” ⁵⁹.

Nesta mesma linha, o já antes referido democrata Vicente Ferrer Neto Paiva opina – no âmbito da discussão sobre a elaboração do futuro Código Civil – que “[...] Os princípios do Direito, que a Filosofia descobre, demonstra e explica, são preexistentes a todas as leis positivas, dominam estas e são a verdadeira pedra de toque da sua justiça ou injustiça. As leis positivas são somente a expressão dos princípios, que ensinam a Filosofia de Direita e a Política; e nem sempre essa expressão é ajustada com eles” ⁶⁰. Pelo que, preferindo esperar em Deus e nos juristas esclarecidos, mais do que nos representantes do povo que haviam de votar o Projecto nas Cortes, confia ao seu colega António Luís Seabra: “Eu, que espero em Deus, que o seu Projecto, conquistando a opinião dos Jurisconsultos esclarecidos, há-de vir a ser lei do país” ⁶¹. E não era apenas ele a alimentar esta esperança. Também Alberto Antonio Moraes de Carvalho - “do Conselho de Sua Majestade, Deputado da Nação Portuguesa, Bacharel Formado em Cânones pela Universidade de Coimbra, Membro Honorário do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, Membro Correspondente do Instituto Histórico de França e de outras Associações” – cria que “um Código é edifício que deve ser delineado por um só architecto, que lhe imprima unidade de pensamento, e harmonia das partes com o todo: pode e deve, antes de ser aprovado, passar pelo crisol da discussão em uma ou mais comissões de homens amestrados e encanecidos na ciência da jurisprudência; mas não parece ser possível discuti-lo

⁵⁸ Almeida Garrett, *DCGC. 1837-1838*, II, 13. Sobre a impossibilidade de seguir rígidos modelos matemáticos na reflexão política, v., do mesmo autor, *DCGC. 1837-1838*, I, 66.

⁵⁹ Dep. Lourenço José Moniz, *DCGC. 1837-1838*, II, 44.

⁶⁰ Vicente Ferrer Neto Paiva, *Reflexões sobre os sete primeiros títulos do Livro único da Parte I do Projecto do Código Civil Portuguez*, I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859, p. 56/57.

⁶¹ *Id.*, *Ibid.*, p. 7.

minuciosamente nas câmaras legislativas ⁶². E, na verdade, Deus esteve atento e estes desejos cumpriram-se. Como escreveu, também sem mágoas, Manuel da Silva Bruschy, um jurista alinhado com o partido miguelista: “O Sr. Seabra fez um projecto de Código o qual foi submetido a tantas revisões, comissões, alterações, emendas, etc., que muito difere do que foi promulgado. Finalmente levado às Cortes, alguns minutos bastaram para ser lido, examinado, discutido, e aprovado o actual Código. Esta rápida manipulação foi geralmente censurada e todavia parece-nos haver sido uma grande vantagem, porque a não ser assim, nem vinte anos chegariam, e os disparates e desconchavos haviam de ser aos milhares, per causa das variantes das votações, e pela falta de habilitações e estudos próprios do corpo legislativo o qual apesar do seu epíteto é mais chancelaria do que fábrica de leis” ⁶³.

No direito penal, a referência à doutrina como fonte principal de direito era dificultada pelo princípio *nullum crimen (nulla poena) sine lege*. Mas também aqui não faltava quem entendesse que, tirando a parte directamente punitiva do direito penal, a sua dogmática dependia muito menos da vontade do legislador do que das figuras dogmáticas dos juristas ⁶⁴. Isto é muito claro com a lição da chamada “escola clássica do direito penal” que, partindo da ética de I. Kant ⁶⁵ - quer refundar o direito de punir no carácter censurável do acto criminoso, em termos de valores absolutos, de bens jurídicos, tendencialmente absolutos, universais e abstractos, libertos das contingências da política legislativa. Para se ser moralmente censurável, tem-se que o ser perante grandes valores, ligados à liberdade e à natureza do homem, e não apenas em face de valores propostos conjunturalmente por um legislador, no âmbito de uma concreta política de disciplina social. A ilicitude – ou seja, a violação do direito - tem que ter foros ontológicos, tem que se fundar numa teoria da justiça, não podendo limitar-se a ser uma mera violação dos tipos legais de crime que um qualquer legislador imaginou em vista da utilidade da república. O que vai ser punido não é a simples desobediência a uma lei do Estado, mas a ofensa a grandes valores. Valores como a liberdade e a dignidade do homem. Qualquer ofensa a estes valores seria, em absoluto, um mal, que devia ser retribuído, independentemente de quaisquer considerações de oportunidade (de política social ou de educação/melhoramento dos indivíduos) ⁶⁶. Outros autores faziam decorrer o dogmatismo axiológico da própria natureza da ciência, tal como Kant a teorizara. Qualquer saber científico devia basear-se em princípios, dos quais todas as proposições tiravam a sua

⁶² Alberto Antonio Moraes de Carvalho, *Observações sobre a Primeira Pare do Projecto do Código Civil Portuguez do Ex.mo Conselheiro Antonio Luiz De Seabra*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1857, vii.

⁶³ Manuel Maria Bruschy, *Manual de direito civil português segundo a novissima legislação*, Lisboa, Editores Roland & Semiond, 1868/9, 3 vols., I, p. 20.

⁶⁴ V. António Manuel Hespanha, “A evolução da doutrina e do ensino do direito penal em Portugal, c. 1800-c. 1910”, em *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*: (“Principio di legalità e diritto penale”), 36(2007), 420-503.

⁶⁵ Cf., sobre a influência de I. Kant sobre a teoria penalista, v. Carl Ludwig von Bar *et al.*, *A history of continental criminal law*, Union, New Jersey, The Lawbook Exchange, Ltd., 1999, 422 (trad. ingl.).

⁶⁶ A ideia volta a ser reformulada, anos mais tarde, por Carlo Salomon Zachariä, *Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts*, 1805.

legitimidade. O mesmo se passaria com a ciência do direito penal, cujo princípio base seria o fundamento do direito de punir, ou seja, a razão pela qual era legítimo punir. “Puisque toute science se fonde sur un principe, et le droit de punir est le principe de la science pénale, puisque l'on n'a commencé qu'à cette époque seulement à véritablement examiner ce principe sous les différentes faces de sa légitimité, de sa base et de son extension, nous pouvons sans exagération affirmer que c'est sous nos yeux qu'est née, qu'est apparue cette science et que c'est presque comme compagne et contemporaine de notre génération qu'elle a grandi et s'est développée”, escreve Levy Maria Jordão ⁶⁷. Também por resta via se consolidava o predomínio da autoridade da razão sobre a vontade do poder. De novo, do império do povo para a autoridade dos sábios.

IV. DIREITO LEGISLADO E DIREITO DOS JUÍZES

Crucial neste contexto de despique entre “políticos” e “técnicos”, entre “parlamentares” e “juristas”, acerca da legitimidade para dizer o direito era o lugar e função da magistratura e do direito jurisprudencial.

Apesar das dificuldades de uma investigação sistemática da matéria ⁶⁸, algumas coisas, no entanto sabemos.

Uma delas é que os juristas académicos se queixavam frequentemente do caos jurisprudencial, cuja causa imputavam à falta de códigos e à debilidade ou inexistência de um sistema doutrinal ⁶⁹. Isto – que pode bem corresponder à realidade – pode, porém, traduzir também o despeito dos juristas académicos pela independência dos juízes em relação à hegemonia pretendida pela doutrina, pelos seus antigos mestres; julgando segundo a lei ou segundo os seus particulares entendimentos da nova ordem jurídica.

Porém, podia tratar-se de algo mais fundo, justamente radicado na própria estrutura do direito de então, como tem sido ultimamente destacado para uma situação jurídico-constitucional muito próxima da portuguesa – a da Espanha de Cádiz ⁷⁰.

Na verdade, nenhuma das constituições da Monarquia vinculava expressamente o juiz à lei. Sabemos que, nas primeiras cortes, muito cuidado se recomendou quanto à limitação da discricionariedade dos juízes, que

⁶⁷ Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso, *Cours de droit pénal*, Lisbonne, Typ. de Lallemand, 1858, 16.

⁶⁸ Tema de difícil investigação; não existem, para a primeira metade do século, recolhas impressas, sistemáticas e contínuas, de jurisprudência; mesmo para a segunda metade, só tarde e magramente surgem conjuntos algo sistemáticos e abrangentes, Já os contemporâneos se queixavam disso: “[...] dos Arestos ainda que destes fazemos menor uso, por não termos colecções. Os arestos encontram-se dispersos pelas, obras dos praxistas. Em Mendes a Castro, e no seu adicionador França acha-se uma pequena colecção” (M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, 42.III)..

⁶⁹ V. o panorama traçado por Manuel A. Coelho da Rocha no “Prefácio” às suas *Instituições [...]*.

⁷⁰ Cf. Carlos Garriga e Marta Lorente, *Cádiz, 1812 [...]*, *maxime*, 389 ss., com as referências que contém para outros textos integrados no livro.

traziam do Antigo Regime, apesar das reformas pombalinas – nomeadamente da Lei da Boa Razão –, uma tradição de arbítrio e de insindicabilidade. Logo nas *Bases da Constituição* se estabelece a impossibilidade de o Judiciário se arrogar competências do Legislativo^{71 72}. Mas, apesar de os juízes terem jurado as *Bases da Constituição*, os debates continuam pontuados por sinais de profunda insatisfação, popular e dos próprios parlamentares, quando à obediência dos juízes à lei. Em 10-04-1821⁷³, abre-se mais um debate sobre o assunto, em que Borges Carneiro é, como sempre, quase brutal: “Eu sei que os Magistrados vexam os Povos, e fazem tudo o que é mau e todo o Mundo sabe que de todas as Repartições a que mais influi na felicidade dos Povos é a Administração da Justiça [...] Todos sabem que [o Desembargo do Paço, que devia controlar a magistratura, enquanto a Constituição não fosse aprovada] é uma coisa muito vagarosa, muito tardia, e uma mola ferrugenta; esta máquina nova, não pode andar com rodas velhas. Como há-de o Desembargo do Paço acabar com essa extorsão de Salários, se ele os está apoiando? como há de acabar com as demoras do Foro, se ele é moroso? como há-de escolher homens Constitucionais, se os que o animam são os mais inconstitucionais? [...] A Regência deve ser autorizada para que, sem dependência de Propostas do Desembargo do Paço, sem dependência de Proposta de Donatários, nomeie Magistrados capazes, e remova aqueles que o não forem” (*ib*, p. 526). Ao que outro deputado (Miranda) acrescenta: “Eu estou enfadado de ouvir representações das terras, em razão dos maus Ministros que tem. Queixam-se todos, que estão pior do que estavam, que as Cortes não cuidam em nada; e isto porque os Ministros cuidam em obstar à publicação dos Decretos, pelos meios que lhe é possível [...] Há ainda alguns Ministros bons, mas *apparent rari nantes in gurgite vasto!*; a maior parte deles querem indispor os Povos pela sua parte contra este sistema; e o que tem concorrido para conservar a segurança Publica é o espírito dos Povos [...] É certo que o estado actual de Legislação concorre muito, mas é certo também que os Ministros procuram todos os labirintos da Legislação para oprimir os Povos” (*ib.*, 527). Neste espírito, chega-se a adoptar a prática régia de Antigo Regime de nomear juízes especiais para certas causas, a pedido das partes⁷⁴.

4.1. Medidas disciplinadoras

Na Constituição de 1822, foram tomadas algumas medidas para restringir o arbítrio judicial ou para garantir a sua disciplina.

Por um lado, a Constituição coloca os juízes e oficiais de justiça sob estrita vigilância, quanto a abusos e prevaricações, o que corresponde à imagem popular de uma justiça arbitrária, corrupta e corporativa: “Todos os

⁷¹ “O poder Judiciário está nos Juízes. Cada hum destes poderes será respectivamente regulado de modo, que nenhum possa arrogar a si as atribuições do outro” (DCGECNP, nº 30, de 09-03-1821, p. 233).

⁷² Cf., sobre o tema da magistratura nos finais do Antigo Regime e no primeiro constitucionalismo, António Pedro Barbas Homem, *Judex perfectus [...]*, cit., 573 ss..

⁷³ DCGECNP, nº 54, p. 526 ss..

⁷⁴ Cf., v.g., DCGECNP, nº 51, de 5-4-1821, p. 488.

magistrados e oficiais da justiça serão responsáveis pelos abusos de poder e pelos erros que cometerem no exercício dos seus empregos [...] Qualquer cidadão, ainda que não seja nisso particularmente interessado, poderá acusá-los por suborno, peita, ou conluio [...]” (art. 196). Enquanto que o art. 198 determinava que, nos casos provados, a Relação os repreendesse, os condenasse em penas pecuniárias ou lhes abrisse um processo crime. Cautelas ainda maiores existiam no domínio da justiça penal e, nomeadamente, em matéria da legalidade e garantias quanto à prisão (arts. 204 ss.).

Por outro lado, a Constituição também procura estabelecer-se um equilíbrio entre o princípio da independência do poder judicial (artº 176) e o de que os juízes deviam julgar de acordo com o direito. Este equilíbrio tinha as suas dificuldades, já conhecidas desde as primeiras experiências constitucionais, uma vez que coenvolia, por um lado, o princípio da separação de poderes e, por outro, o da independência dos tribunais, a qual, segundo se cria então, podia ser comprometida por uma hierarquia de instâncias que, unificando a jurisprudência, coarctasse a liberdade de julgamento dos tribunais inferiores. Na verdade, reflectia-se aqui uma ideia tradicional de liberdade⁷⁵, concebida como dependência exclusiva da lei; pois estes esforços para libertar os tribunais da jurisprudência⁷⁶ não representavam senão uma forma de os deixar plenamente disponíveis para aplicar a lei⁷⁷. A solução encontrada noutras constituições – nomeadamente em França – foi a criação de um Tribunal que, notando qualquer ilegalidade numa decisão de um outro tribunal, se limitava a anular (“quebrar”, *casser*) essa decisão, não a substituindo, porém, por qualquer outra. Era a *Cour de Cassation*⁷⁸. Para além desta limitação do poder de controlo sobre as decisões dos tribunais, mesmo por um Tribunal como o da Cassação, também se proibia a avocação de causas, a reabertura de causas julgadas ou a dispensa de formalidades.

Porém, esta intenção de limitar o direito judiciário carecia de condições formais e materiais de realização.

⁷⁵ A chamada liberdade republicana – com raízes nas concepções políticas do Antigo Regime – que considerava a liberdade como a dependência exclusiva do poder soberano (o rei, a lei).

⁷⁶ Robespierre: “Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l’acception qu’il avait dans l’Ancien Régime, ne signifie plus rien dans le nouveau; il doit être ignoré de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n’est autre chose que la loi ; alors il y a toujours identité de jurisprudence”.

⁷⁷ Montesquieu: “Les juges s’affirmant représentants de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi”.

⁷⁸ O *Tribunal de Cassation* (mais tarde, *Cour de Cassation*) foi criado pela lei de 27.11/01.12.1790, colocado sob o controlo directo do Corpo Legislativo “Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du corps législatif”, artº 1), como forma de reduzir a jurisprudência à pura e simples aplicação da lei.. A sua função nuclear era a de vigiar o cumprimento das regras processuais nos julgamentos judiciais, bem como a conformidade das decisões dos tribunais com a lei (cf. V. Art. 20, Constituição de 1791). Caso uma decisão enfermasse de qualquer destes vícios, ela devia ser anulada, sendo o reexame da questão de fundo reenviada para um novo tribunal. Sobre a história da *Cour de Cassation*, Jean-Louis Halperin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution* (1790 – 1799), Paris, LGDJ, 1987.

De facto, formalmente nunca se diz claramente que os juizes deviam julgar segundo a lei, embora isso possa resultar, indirectamente, de algumas disposições constitucionais.

Em primeiro lugar – logo nas *Bases da Constituição*, votadas em 1821, se declara solenemente que “24. A lei é a vontade dos Cidadãos declarada pelos seus Representantes juntos em Cortes. Todos os Cidadãos devem concorrer para a formação da lei, elegendo estes Representantes pelo método que a Constituição estabelecer”⁷⁹. O mesmo é repetido no texto definitivamente aprovado: “Art. 104º — Lei é a vontade dos cidadãos declarada pela unanimidade ou pluralidade dos votos dos seus representantes juntos em Cortes, precedendo discussão pública”. Mas vale a pena desenvolver um pouco a história deste texto.

No preâmbulo do Projecto discutido nas Cortes, a questão da submissão dos juizes à lei é dada como assente: “Aos Tribunais, e Magistrados encarregamos o Poder Judicial: a divisa dele é a lei, que deve ser aplicada com imparcialidade aos casos particulares” (21-22). Porém, já o conceito de lei merece um tratamento extenso cheio de cautelas. Atacando directamente o direito anterior, pergunta-se, retoricamente, se esta lei será a antiquada, despótica, papista, emaranhada e obscura massa normativa do direito anterior⁸⁰. A que se respondia que não, que “A lei que nos há-de reger será clara, precisa, e acomodada às nossas circunstâncias [...] que servindo de farol ao Poder Judicial, o estorve de aberrar da sua devida carreira”. As leis deviam ser boas, mas os principais factores dessa bondade residiam na sua adequação ao controlo do direito judicial e dos abusos do poder dos magistrados”⁸¹. Daí que, no articulado, se reserve para o congresso não apenas a feitura das leis, mas também a sua interpretação, ab-rogação e

⁷⁹ Publicado, com algumas anotações, em www.fd.unl.pt (“Biblioteca Virtual”).

⁸⁰ “Porém esta Lei será aquela cornpreendida em nossos Codigos, copiados das Colecções das Leis Romanas, e Decretalícias, coordenadas em remotos tempos já com os fins de dirigir os povos a um sistema de desordenada democracia, já a um feroz despotismo; tendendo outras a firmar o sistema Papal, que tem oferecido ao mundo o extraordinario quadro de seus atentados e arduas pretenções? [...] Será aquela que vindo acompanhada de largos preâmbulos, recheados de faustosa expressão oriental, punha em contradição o seu espírito com suas disposições? Ou finalmente aquela, que improvidente, e obscura, desde a sua publicação, era imediatamente declarada por outra, que tornava o seu sentido mais ambíguo, e embaraçado?” (pp. 21-23).

⁸¹ “Pois – acrescenta-se – “dentro deste Poder existiam os principios abusivos, franqueados pela lei, que lhe dava ansa a variar no mesmo caso os julgados e a empregar, e favorecer a malicia. Se ela lhe concedeu tantos arbítrios; se o autorisa para se valer em alguns casos da prova, feita por testemunhas inimigas capitais dos réos, e amigas de seus acusadores; se lhe consente o abuso dos segredos escuros, e apertados, e das suggestões para extorquir as confissões aos mesmos; se em fim impõem penas contra as que não querem exercitar o execrando officio de delator, como quer que se hajão nelle encontrar regras de justiça, e integridade como seria a desejar?” [...] Destruam-se pois todos os abusos: estabeleça-se o império de Themis firme, e inabalavel por rneio de leis justas que prov[e]jam: sobre a igualdade de direiros dos cidadãos; sobre a criação dos Tribunais de Justiça, e sua locação de forma que não haja incómodo de longas distâncias par air procurer; sobre a redução de todos os processos à qualidade de sumários, e os modos de os abreviar, denegando-lhes os recursos abusivos; sobre a liberdade individual, e ordem do processo criminal, onde se não pretiram as regras do Direiro Natural: sobre a justa proporção das penas: e, enfim, sobre a abolição das penas de confiscação, e aquellas que transcendiam para os successores, inventadas debaixo do despotismo do Império Romano”. (23-25)

derrogação: ” [...] propor, e fazer leis; interpretá-las, derogá-las, e ab-rojá-las, quando convenha ⁸².

A final, o texto aprovado vem a ser menos ousado, abandonando a utopia de reservar às Cortes a interpretação da lei ⁸³, pelo menos na sua versão mais radical.

A criação de um Supremo Tribunal de Justiça surge neste contexto ^{84 85}.

Não se tratava porém de uma instituição com a mesma lógica constitucional da que hoje temos. A sua agenda constitucional era, sobretudo, política. Ou seja, não era, nomeadamente, uma terceira instância de recurso judicial, que a constituição expressamente afastava ⁸⁶. Tratava-se, isso sim, de criar mais uma instância de controlo político dos tribunais. Antes de mais, de sindicância judicial dos magistrados indiciados pelas cortes por erros de ofício ⁸⁷. Mas, sobretudo no sentido de assegurar a conformidade das sentenças com o direito ⁸⁸. Não é que a Constituição contivesse uma disposição semelhante à da Constituição francesa de 1791 sobre o instituto da cassação ⁸⁹. O Projecto, esse, mantinha-se mais perto disso, pois, ao encarregar o STJ de declarar a nulidade de sentenças das Relações, referia expressamente, como sua causa (embora não única), “a falta de cumprimento

⁸² Esta última restrição traduz a desconfiança em relação à abundância das leis, que aflora noutros textos constitucionais da época”; cf. Bases da Constituição: “12. Nenhuma Lei, e muito menos a Penal, será estabelecida sem absoluta necessidade.”.

⁸³ O chamado *référé législatif*.

⁸⁴ “Art. 191º - Haverá em Lisboa um Supremo Tribunal de Justiça, composto de Juizes letrados, nomeados pelo Rei, em conformidade do artº. 123º”.

⁸⁵ “Art. 193º - No Brasil haverá também um Supremo Tribunal de Justiça no lugar onde residir a Regência daquele reino, e terá as mesmas atribuições que o de Portugal, enquanto forem aplicáveis. Quanto ao território Português de África e Ásia, os conflitos de jurisdição que moverem nas Relações; a concessão das revistas, e a responsabilidade dos Juizes neste caso; e as funções do Tribunal protector da liberdade da imprensa (artº. 8º), serão tratadas no mesmo território, no juízo e pelo modo que a lei designar”.

⁸⁶ O Projecto expressava claramente a ideia de que “Todos os processos não poderão ter mais do que três instâncias; e deverão acabar no distrito das Relações, a que pertencerem” (art. 125), sendo estas os juizes ordinários dos concelhos, os juizes letrados das cidades e vilas e as quatro Relações metropolitanas de Lisboa, Porto, Coimbra e Évora.

⁸⁷ “Conhecer dos erros de oficio, de que forem arguidos os seus Ministros, os das Relações, os Secretários e Conselheiros de Estado, os Ministros diplomáticos, e os Regentes do reino. Quanto a estas quatro derradeiras classes as Cortes previamente declararão, se tem lugar a formação de culpa, procedendo-se na conformidade do artº. 160º.” (art. 191, nº I).

⁸⁸ Suplementarmente, o tribunal funcionava como uma instância de resolução de conflitos de competência entre as Relações; e ainda como um Tribunal para julgar e efectivar a responsabilidade dos titulares de altos cargos políticos (secretários e conselheiros de Estado, diplomatas e regentes do reino), quando pronunciados pelas Cortes (art. 191, nº 4).

⁸⁹ As fontes da Constituição neste assunto são a Constituição francesa de 1781 e a Constituição de Cádiz, de 1812, arts. 259 a 261, com a diferença, significativa, de que nestas os tribunais de cassação aparecem claramente como uma emanção do corpo legislativo, ao passo que, na portuguesa, são antes uma dependência do executivo, que nomeava os juizes e a quem o STJ prestava contas (arts. 191 e 123.III). Esta solução é inusitada na economia desta constituição, sendo-o menos na da Carta, em que os membros do tribunal são desembargadores das Relações, providos por antiguidade (art. 130).

da lei”⁹⁰; e, paralelamente, ao dispor sobre a responsabilidade dos magistrados, refere expressamente a “falta de observância da lei”^{91 92}.

A versão definitiva é, porém, uma muito próxima da tradição, fundando a revisão extraordinária das sentenças mais numa genérica contradição aberta com o *direito* do que numa violação da *lei*. E assim, no mesmo sentido em que define de uma forma muito menos específica -como “abusos de poder e pelos erros que cometerem no exercício dos seus empregos” (Art. 196) - a responsabilidade dos magistrados, também, em vez de criar um regime novo para a nulidade das sentenças das Relações com fundamento em ilegalidade, limita-se a manter o antigo instituto do “recurso de revista” (art. 191), um recurso extraordinário que, no direito de Antigo Regime, servia justamente para anular as sentenças genericamente tidas como nulas ou injustamente dadas⁹³ (*Ord. fil.*, III, 75, pr.; III, 95, pr.).

Os casos de nulidade estavam previstos na *Ord. fil.*, II, 75, pr., englobando, entre outros, o “julgamento contra direito expresso”, o que já deixava entender que – dada a amplitude do universo normativo do direito de Antigo Regime - o que estava então em causa era muito mais do que a simples violação da lei⁹⁴. Dado este âmbito generalíssimo do direito cuja contravenção conduzia à nulidade das sentenças e reagindo contra o abuso de pedidos de revista de sentenças a que isto dava lugar, uma lei de 3.11.1768, reduz o âmbito do “direito” cuja contradição implicava nulidade; e, numa linha típica do legalismo iluminista, determina (nº III), que este é apenas o “Direito Pátrio dos Meus Reinos, e não as Leis Imperiais, ou Direito Civil, de que resultaria a mesma perplexidade de domínio, e incerteza do direito das partes, que é da Minha Paternal Intenção evitar quanto possível for”⁹⁵. Muito mais difícil era circunscrever os casos de “injustiça notória”. Segundo Melo Freire, seriam não os que “se opunham à opinião comum dos doutores, ou os estranhos a alguma autoridade extrínseca [...] mas os que contrariem o direito natural ou a razão e

⁹⁰ “Art. 122, nº. 6. Dos recursos de nulidade, que se interpuserem das sentenças proferidas em última instância nas Relações: o Tribunal conhecendo dos autos a falta de cumprimento da lei anula o processo, remete-os ao Tribunal, donde veio; e faz efectiva a responsabilidade dos Juizes, dando conta a El-Rei.

⁹¹ “Art. 133. Todos os Magistrados ficarão responsáveis pela falta de observância da lei”.

⁹² O projecto atribua ainda ao STJ uma função de julgamento contencioso de certos actos de governo ou de administração: assim, ele conheceria: Das causas contenciosas da Coroa. art. 122, nº 5; “de toda a matéria contenciosa, que nasça dos Diplomas das Graças, expedidos pelas competentes Secretarias, e de qualquer habilitação que haja mister fazer-se para obtê-los” (id., nº 7). Note-se que, nos diplomas das Secretarias de Estado que não fossem de concessão de graças e que interferissem com direitos de particulares, o governo estava sujeito à jurisdição ordinária; essa era, aliás, a regra no direito de Antigo Regime.

⁹³ Mas já não de decisão segundo o legítimo arbítrio do juiz ou simplesmente injusta (cf. Pascoal de Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, IV, tit. 23, § 26; § 28).

⁹⁴ Note-se: não “lei expressa”.

⁹⁵ Publicada em António Delgado da Silva, *Collecção da Legislação Portuguesa, 1763-1774*. Lisboa, Typ. Maignense, 1829, 371. Nesta interpretação convém Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sobre processo civil*, II, § CCCLVI, n. 708 (só a legislação pátria e não o direito romano ou outras leis subsidiárias); e, memos explicitamente, Pascoal de Melo, *Institutiones iuris civilis Lusitani, Conimbricæ*, 1798, IV, Tit. XXIII, § XXVIII, onde se limita a citar as Ordenações (III, 75, pr.; III, 87, § 1), mas não a lei de 1768, que aliás refere neste parágrafo, mas a outro propósito.

equidade do direito civil, reconhecidos pelo direito e por igual válidos em todas as nações [*quae juris naturalis et civilis rationi aequitative a jure agnitae, quae apud omnes gentes peraeque valet, contraria est*]”⁹⁶.

Já se vê que este tipo de recursos, que a Constituição mantém com a amplitude que vinha do Antigo Regime, quase que perturbam mais a garantia da legalidade do que a adjuvam. Embora em alguns casos possam ter servido para anular sentenças contrárias à nova ordem constitucional, também é muito provável que possam ter funcionado contra esta, sempre que o Supremo entendesse que a sentença, embora fundada na lei – nomeadamente, a “lei nova” - era contrária a esses princípios do direito natural, da razão e da equidade do direito civil cuja inobservância, segundo o direito que regulava os fundamentos da revista, tornaria uma sentença manifestamente injusta⁹⁷.

Claro que o STJ não julgava a substância da causa, limitando-se a reenviá-la para a Relação *a quo*; mas podia anular, em nome do direito (com a latitude e indefinição que o continua a caracterizar), uma decisão que aplicasse a lei, assim como podia ratificar uma decisão que, em nome desse direito doutrinal e jurisprudencial, contrariasse abertamente a lei. E, apesar do carácter crítico destas decisões em relação ao primado da lei e da própria constituição, o Tribunal nem sequer tinha que prestar quaisquer contas acerca das suas decisões ao Corpo Legislativo⁹⁸. O único ponto em que a Constituição de 1822 se aproximava mais do modelo francês era quando dispunha – como o fazia a Constituição francesa de 1791 – acerca das leis que entendesse carecerem de interpretação autêntica, caso em que deveria “propor ao Rei com o seu parecer as dúvidas que tiver ou lhe forem representadas por quaisquer Autoridades, sobre a inteligência de alguma lei, para se seguir a conveniente declaração das Cortes” (art. 191, nº 5, III)⁹⁹. Disposições como esta podiam ser lidas como sinais de legalismo jacobino. Porém, elas também tem uma história mais antiga: já as Ordenações dispunham (*Ord. fil.*, III, 64,2) que as dúvidas insanáveis quanto à integração/interpretação da lei deviam ser postas ao rei, que as determinaria com força vinculativa para o julgamento de casos semelhantes¹⁰⁰.

O peso que os homens de leis tinham nas Cortes Constituintes era grande. Mas não foi esse o factor decisivo para o estabelecimento de um

⁹⁶ *Id.*, *Ibid.*, IV, Tit. XXIII, § XXVIII.

⁹⁷ Os capítulos VII a IX da *Reforma judicial* de 1822 (L12.11.1822) não se referem aos fundamentos dos recursos de revista, apenas tocando a sua tramitação.

⁹⁸ Como acontecia, por exemplo, na Constituição francesa de 1791 (V, art. 22: «Chaque année, le tribunal de cassation sera tenu d'envoyer à la barre du Corps législatif une députation de huit de ses membres, qui lui présenteront l'état des jugements rendus, à côté de chacun desquels seront la notice abrégée de l'affaire et le texte de la loi qui aura déterminé la décision».

⁹⁹ Aprovada na sessão de 25.01.

¹⁰⁰ Note-se a repetição deste preceito no nº 3 da mesma ordenação, reafirmando o alcance geral da decisão tomada para aquele caso particular “nº 2: “[...] porque não somente tais determinações são desembargo daquele feito de que se trata, mas são leis para desembargarem outros semelhantes”; nº 3: “[...] seja remetida a nós, para darmos sobre isso nossa determinação, a qual se guardará”. Já que o “nós” significa “tribunais régios da corte”, esta é a origem dos *assentos*, previstos desde as Ordenações Manuelinas (1514-1521) que a Lei da Boa Razão (L. de 18.8.1769, § 4) depois restringirá aos da Mesa Grande da Casa da Suplicação.

sistema que mantinha quase intacta a preponderância dos juristas - e, em particular, dos juízes – na configuração do direito, até porque alguns dos deputados-juristas alimentavam grandes desconfianças em relação à magistratura, ao sistema dos tribunais superiores e ao direito judiciário que eles produziam. O que acontecia é que esta abertura a um direito para além da lei – ou mesmo contra a lei - correspondia, na verdade, ao quadro de fontes de direito herdado do Antigo Regime, quadro no qual a doutrina e o direito dos tribunais mantinham um lugar central. Era nesse quadro – que, recordemo-lo, vinha da Lei da Boa Razão, de 1769, e da Reforma dos Estudos Jurídicos, de 1772 – que a mentalidade dos juristas se tinha formado. E, por isso, eles tinham essa concepção alargada de “direito”, bem a amplitude da autonomia dos juristas para dizerem o direito como correspondendo à ordem natural das coisas. Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807) – no já citado *Titre préliminaire* ao *Code civil* faz deste direito dos juristas uma defesa que constituirá um tópico para muitas décadas futuras: o direito positivo é apenas uma aplicação do direito natural ¹⁰¹, fundado na razão e na natureza das próprias coisas; os juristas, como possuidores de uma sabedoria, feita de tradição, de estudo e de prática, capaz de identificar os princípios desta razão e desta ordem são os naturais detentores das chaves de compreensão e de integração do direito legislado ^{102 103}; os magistrados são senhores de uma ciência de concretização do direito, estranha à ciência do legislador, o qual, por isso, não pode invadir o campo da magistratura ^{104 105}. Ou seja, numa palavra, o império do voto não

¹⁰¹ “Les lois ne sont de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu’un sacerdoce [...]”, 5; “Quoi que l’on face, les lois positives ne sauraient jamais remplacer l’usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie [...]”, 7.

¹⁰² “C’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application.// De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à coté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance di législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s’épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s’accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation” [...], Mais le Code le plus simple serait-il à la portée de toutes les classes de la société ? Les passions ne seraient-elles perpétuellement occupées à en détourner le vrai sens ? Ne faut-il pas une certaine expérience pour faire une sage application des lois ?”, 8-10 ; « Dans l’état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l’amour propre et réveiller l’émulation. Une classe entière d’hommes se voue dès lors à cette science, et cette classe. Consacrée à l’étude des lois, offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et se défendre eux-mêmes, et devient comme le séminaire de la magistrature », 13.

¹⁰³ “Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers.// Le droit est moralement obligatoire ; mais par lui-même n’emporte aucune contrainte ; il dirige, les lois commandent ; il sert de boussole, et les lois de compas. // Les divers peuples entre eux ne vivent que sous l’empire du droit ; les membres de chaque cité snt régis, comme hommes, par le droit, et comme citoyens, par des lois », 15.

¹⁰⁴ « il est deux sortes d’interprétation : l’une par voie de doctrine, et l’autre par voie d’autorité.// L’interprétation par voie de doctrine, consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu’elles n’ont pas réglés. Sans cette espèce d’interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l’office de juge ? L’interprétation par voie d’autorité consiste à résoudre les questions et les doutes par la voie de règlements ou de dispositions générales. Ce mode d’interprétation est le seule qui soit interdit au juge [...] Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes ;

pode impor-se à autoridade da razão; as maiorias não podem limitar um saber contra-maioritário; a legitimidade democrática está, nas coisas do direito, sujeita à legitimidade do saber.

Em contrapartida, a sensibilidade popular fora modelada por uma outra experiência, colhida do seu trato com os aparelhos institucionais da justiça. Não se deve, por isso, estranhar o seu apego a uma determinação democrática do direito e ao conseqüente desejo de contenção do poder de juristas e de juízes. E isto nem tanto por influência dos ideais da democracia participativa. Mas apenas porque a imagem de uma justiça auto-suficiente, obscura e ineficaz - que alguns, como Almeida Garrett, apelidam de “desembargocracia” - era ainda uma imagem dominante.

Daí que as queixas sobre a discricionariedade dos juízes tenham continuado, mesmo depois de promulgada a Constituição, tendo também permanecido muitas suspeições e desconforto com o arbítrio dos juízes. Ao discutir a instituição do júri, um dos institutos que, segundo alguns, viriam a fazer efectivas as garantias constitucionais nos tribunais, o Deputado Girão ¹⁰⁶ declarava: “Eu ficaria tão descansado se se introduzissem os jurados, que nada mais desejava, porque todos os juízes que agora são tortíssimos, haviam-se de pôr direitos como as colunas; mas senão houver jurados, eles hão de continuar a ser tortos, e hão de ficar tortos toda a sua vida” ¹⁰⁷. Isto porque, longe de resumir os males a idiosincrasias ou interesses pessoais, ele encontrava na magistratura defeitos estruturais, um dos quais era, precisamente, a antipatia às leis constitucionais que nem tinham aprendido, nem entendiam ¹⁰⁸.

ce serait renouveler parmi nous la désastreuse législation des rescrits ; car, lorsque le législateur intervient pour prononcer sur des affaires nées et vivement agitées entre particuliers, il n'est pas plus à l'abri des surprises que les tribunaux. On a moins à redouter l'arbitrage réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable. [...] », 13.

¹⁰⁵ « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne rassemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude » 13.

¹⁰⁶ António Lobo Barbosa Teixeira Ferreira Girão (1785-1863), primeiro visconde de Vilarinho de São Romão.

¹⁰⁷ “Falo da magistratura que forma uma corporação vitalícia, e abraça a Monarquia de um a outro extremo. Por esta ocasião devo dizer, que eu não tenho raiva insana aos juízes; não, Senhores, eu os respeito muito, e desejo que sejam respeitados; mas não quero ser seu escravo; e conheço alguns que fazem as delícias da sociedade, tão integérrimos, tão sábios, e tão liberais, que se todos assim fossem nem fazer leis era preciso, podiam reger a seu arbítrio; todavia eles são poucos, e o maior número é de monstros que horrorizam as presentes gerações, e horrorizarão as futuras: eles minam o sistema constitucional desgostando o povo, absolvendo infalivelmente os maus filhos da pátria, oprimindo os bons; *eles zombam das modernas leis, que nem querem estudar, nem as entendem; eles cegos de orgulho e espírito de classe só acham bom tudo quanto conserva o cunho antigo* [...]”, DCG-CD, nº 7, de 10-01-1823, p. 419.

¹⁰⁸ DCG-CD, nº 15, de 20-01-1823, p. 526,

Perante esta ausência das condições para uma efectiva e inequívoca sindicabilidade do direito judicial quanto ao seu respeito pela lei, o que as cortes vintistas acabam por fazer é – optando por uma característica apropriação / reconversão de instituições anteriores – admitir generosamente petições às cortes contra decisões judiciais, usando, agora a seu favor, a figura dos antigos recursos de revista de graça especial ou especialíssima, que dispensava os principais fundamentos da revista, bem como a forma e figura de juízo ¹⁰⁹. Embora não avocando causas para julgamento, o que violaria a separação dos poderes, as cortes modificavam extra-ordinariamente a ordem de recursos, permitindo uma decisão suplementar das Relações sobre uma causa já transitada em julgado. É claro que isto não implicava que a nova decisão resolvesse a questão no sentido que as cortes desejavam ou antecipavam; mas constituía uma notória medida de pressão sobre a alta administração da justiça.

A Constituição de 1822 durou pouco. E, com a Carta Constitucional, pouco mudou quanto ao estatuto do S.T.J. ¹¹⁰, que se manteve como um tribunal de revista, com o âmbito que esta tinha anteriormente ¹¹¹, embora, na lógica da separação de poderes ¹¹² reforce a natureza auto-referencial do judiciário, ao promover a conselheiros do STJ os desembargadores da Relação por critérios de antiguidade ¹¹³. Por outro lado, continua a ser em vão que se procura um injunção constitucional, dirigida aos juizes, no sentido de estes

¹⁰⁹ Cf. DCG-CD, nº 96, de 04-06-1821, p. 1105. O despacho de revista (“por Graça especialíssima sobre, uma Causa de alimentos, que no Juízo da Correição do Cível da Corte lhe moveram [...]; atendendo a seus fundamentos, concedem ao Suplicantes pedida Revista, não obstante o lapso do tempo”) era dirigido ao Presidente da Regência do Reino, para execução [pela relação]. Já numa outra petição, a revista é negada a causa, pelo seu valor, caber na alçada do tribunal “recorrido” e por o peticionário requerer que a revista fosse feita pelo próprio congresso; outra petição é recusada por se referir a “uma demanda, que está pendente perante o Poder Judiciário”, o que contrariava a natureza extraordinária do recurso (“O recurso de graça especialíssima segundo as suas leis, é extraordinário. Eu vou falar nos termos da legislação actual. O recurso destas graças segundo a lei de 3 de Novembro [de 1768] é extraordinário; e segundo a nossa ordenação em quanto houverem os meios ordinários, não tem lugar os extraordinários para este caso, que é a acção revisória a seguir, e por conseguinte não lhe cabe o meio extraordinário, e conseguintemente voto contra ele”, José Ferreira Borges”, em DGCNP, nº 48, de 27-09-1822, p. 602); noutros casos, porém, a concessão da revista incluía a dispensa da lei (v. casos de p. 1419). Sobre a história deste tipo de recurso, v. [José Ferreira Borges], *Memoria sobre o recurso de revista*, Lisboa, Na Imp. de Galhardo e Irmãos, 1836; António de Azevedo Melo e Carvalho, *A revista*, Lisboa, Imp. Nacional, 1843; resposta de Joaquim José da Costa e Simas, *Observações sobre “A revista” do sr. Deputado António de Azevedo Melo Carvalho*, Imprensa Nacional, 1843; Paulo Merêa, “Bosquejo histórico do recurso de revista”, Lisboa, Tip. Da Imprensa Nacional, Sep. do Bol. Min. Justiça 7(1948). (tb. Em *Estudos de História do Direito*, Lisboa, IN-CM, 2006.

¹¹⁰ Art. 131º - A este Tribunal compete: § 1.º - Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira que a Lei determinar. § 2.º - Conhecer dos delitos, e erros de Ofício, que cometerem os seus Ministros, os das Relações, e os Empregados no Corpo Diplomático. § 3.º - Conhecer, e decidir sobre os conflitos de Jurisdição, e competências das Relações Provinciais.

¹¹¹ Embora se previsse que a lei pudesse vir a modificar o seu âmbito.

¹¹² A que a Carta não era, de resto, muito sensível noutros casos. Esta era já, embora implicitamente, a solução do projecto da Constituição de 1822 (cf. art. 117).

¹¹³ Este era um dos casos em que, tipicamente, se podia entregar a competência da nomeação ao poder moderador.

cumprirem a lei ¹¹⁴, embora se mantenha o direito genérico de qualquer cidadão apresentar por escrito aos poderes legislativo ou executivo (!) queixas quanto ao incumprimento da constituição ¹¹⁵.

O mau conceito da magistratura parece que se mantinha. Em 1826 ¹¹⁶, foi lido o Relatório e Parecer da Comissão encarregada de indicar os artigos da Carta Constitucional, cuja execução estava dependente de Leis regulamentares, e de indicar a urgência relativa destas. Entre estas, algumas eram relativas ao poder judicial ¹¹⁷, e justamente no sentido de cercear a sua discricionariedade, prevenindo uma excessiva autonomia, que lhe permitisse usurpar funções de dizer o direito, contrariando a separação de poderes. O juízo sobre a magistratura, como instituição, não podia ser mais negro: “O Corpo da Magistratura é aquele, que mais mal tem feito ao Reino; mas também é o que mais cruelmente tem sido caluniado. Os Portugueses tem grande sede de Justiça; mas devemos confessar que a má administração desta nem procede da corrupção da Classe em massa, nem mesmo da prevaricação dos indivíduos exclusivamente. Há Magistrados mui respeitáveis pelas suas luzes, pelo seu desinteresse, e pela sua imparcialidade; se há muitos maus, é para admirar que seu número não seja ainda maior pelos poderosos estímulos, que as Instituições lhes ofereciam para prevaricarem. Começamos pela impunidade, assegurada de facto pela viciosa organização dos Tribunais [...]” (*ibid.*). No centro de tudo estava a arbitrariedade no decidir, que o antigo direito lhes conferia ¹¹⁸, o que aproximava o juiz português do *kadi* magrebino” ¹¹⁹. Porque, de facto, os tribunais ainda não tinham tido a sua reforma efectiva.

A próxima modificação do estatuto do STJ dá-se, justamente, com as reformas da Justiça de Mouzinho da Silveira, ainda nos Açores. O decreto que

¹¹⁴ A Carta dispõe, no art. 110, que “os juizes aplicam a lei”; mas isto destina-se a contradistingui-los dos jurados, “que se pronunciam sobre o facto”.

¹¹⁵ Note-se que, salvo no que respeita aos direitos fundamentais, a Carta não proibia a qualquer dos poderes constitucionais a suspensão da Constituição (cf. art. 145, § 33.).

¹¹⁶ DCG-CD, nº 13, de 17-11-1826, p. 85 ss..

¹¹⁷ Além da sempre esperada e nunca efectivada lei da responsabilidade dos funcionários, indicavam-se: “Divisão do Território, que lhe respeita: Instituição, e Regimento dos Juizes de Paz, e dos Juizes conciliatórios; Organização, e Regimento dos Juizes, e Juizes de Primeira Instância (compreendendo os Jurados para as Causas Crimes); a Distribuição, Organização, e Regimento dos Tribunais de Segunda Instancia, do Supremo Tribunal de Justiça, e da Câmara dos Pares do Reino, como Tribunal Criminal” (*ibid.*).

¹¹⁸ “há uma Lei de 1769, que dá a boa razão de cada um, i.e., o arbítrio do Juiz, como regra de julgar; há outra, que concede aos Desembargadores Poder discricionário para imposição das penas: acrescente-se o Poder colossal concedido aos Juizes de Fora, a mobilidade de todos os Lugares trienais, as dificuldades, e eternas delongas para novo despacho, a certeza de que o meio mais seguro para ser de novo empregado era o dinheiro, e as protecções; e a isto ajunte-se a servil dependência, em que o Magistrado estava, de todas os grandes Autoridades; e diga-se como seria possível que a Justiça fosse geralmente administrada com imparcialidade” (*ibid.*).

¹¹⁹ “A inviolabilidade de facto, de que se tem revestido a Magistratura Portuguesa, faz com que a justiça em Portugal se administre mais arbitrariamente do que em Marrocos” (Deputado Alvares Pereira, em DCG-CD, nº 44, de 05-03-1828, p. 689).

estabelece a Reforma Judiciária¹²⁰ mantém o STJ como um tribunal de conflitos de jurisdição, de julgamento de pessoas privilegiadas e de revista, remetendo (no art. 144) os detalhes da sua organização para o regulamento interno; que, de facto, sairá a 9.5.1832¹²¹. O seu interesse é que os casos de nulidade por contrariedade com o direito, que poderão dar origem à revista, são restringidos: "Há nulidade todas as vezes que se cometer contração directa às *Leis do Reino em vigor* [...] não se conformando na aplicação das mesmas com a sua *literal* disposição" (art. 1º, III, § 1). Mas, mais importante do que isso, deixa de haver a possibilidade de revisão por injustiça notória, aquele fundamento que permitia uma maior latitude de apreciação ao tribunal, embora apenas quanto à decisão de revogação ou não da sentença recorrida; pois, ainda aqui, o Tribunal continuava a não funcionar como uma terceira instância, julgando a questão, mas apenas revogava a decisão, reenviando o processo a outro Juízo de primeira ou segunda instância (art. 4, § 1 e 4).

Extinto o Desembargo do Paço por D. de 03.08.1833 e empossado, a 14 de Setembro de 1833, o seu primeiro Presidente, José da Silva Carvalho, ex-ministro da Justiça, o Supremo Tribunal de Justiça instalava-se em Lisboa, em 23 de Setembro de 1833, numa das alas dos palácios da Praça do Comércio. É aqui que começa a sua história institucional, onze anos depois do início da sua história constitucional, em 1822, e cerca de um ano após o início da sua história legal, em Setembro de 1832.

É preciso esperar pela Lei de 19.12.1843, para que o STJ se converta, ainda timidamente, numa terceira instância, só e apenas quando a Relação recorrida contrariasse a decisão do Supremo (art. 1, §§ 1 e 2; art. 2º, 3º, 5º). A inovação não foi pacífica. Na Câmara dos Deputados, a lei foi tachada de inconstitucional, por violar tanto o artigo 125 da Carta que dispunha que as Relações julgavam em segunda e última instância, bem como o art. 133, que configurava o STJ apenas como um tribunal de revista. Além de que, acrescentavam, esta solução tirava às Relações a liberdade de julgar, reduzindo-as a meras aplicadoras, naturalmente, dos critérios legais, mas, suplementarmente, também dos critérios de interpretação estabelecidos pelo STJ. Politicamente, a questão não era insignificante. A favor dela estavam aqueles que entendiam que devia caber ao supremo um papel de uniformização da jurisprudência, que antes estivera atribuído à Casa da Suplicação, por meio dos Assentos.

¹²⁰ D. 16.05.1832: *Collecção de decretos e regulamentos publicados durante o governo da Regência do Reino estabelecida na Ilha Terceira*, I série, Lisboa, Imp. Nacional, 1834, pp. 90 ss.. Regula a composição, funcionamento e competência do STJ nos arts 243 ss..

¹²¹ D. da mesma data, *ibid.*, 155 ss. Comentário: J. M. Ferraz, *Commentario à lei de 19 de Maio de 1832 sobre a competência do Supremo Tribunal de Justiça*, Lisboa, 1841, citado por Eduardo Dally Alves de Sá, *Evolução histórica do Supremo Tribunal de Justiça*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1888 (texto *on line* em http://purl.pt/841/3/sc-3087-v/sc-3087-v_item3/sc-3087-v_PDF/sc-3087-v_PDF_24-C-R0100/sc-3087-v_0000_capa-cap_a_t24-C-R0100.pdf), 53 n. 12.

A história dos assentos já foi feita e não pode ser repetida aqui ¹²². Mas também ela constitui um ponto de fricção entre o direito do legislador e o direito dos juízes. Na verdade, sempre que se confere força vinculativa geral a uma decisão judicial está-se a atribuir como que uma função legislativa aos tribunais superiores. E isso não pode deixar de ser visto com desconfiança por um legislador cioso das suas prerrogativas. Foi o que aconteceu no período pombalino, quando a prática dos Assentos foi severamente restringida. E foi igualmente o que aconteceu em 1822 quando - embora mantendo em vigor os Assentos anteriores - se impede que o STJ decida em terceira instância, fixando as orientações jurisprudenciais.

Assim, apoiavam o projecto todos aqueles para quem o direito é certeza e para quem, por isso, constituía um escândalo que, à sombra da mesma lei e com base nos mesmos factos, se pudessem proferir sentenças divergentes ¹²³. Para além destes, os que entendiam que o facto de as Relações se poderem desviar das orientações do STJ afectava o prestígio deste Tribunal, transformando-o numa inutilidade ¹²⁴.

Em contrapartida, estavam contra a solução do projecto de lei, reclamando uma função directiva do Supremo os que entendiam que a solução adoptada representava um entorse significativo na divisão de poderes, sabido como é que as fronteiras entre interpretação e criação do direito são fluidas, se é que existem. Para além introduzir mais uma instância no processo, alongando as demandas e prejudicando com isso os mais fracos, e de desprestigiar as Relações, que a Carta constitucional continuava a considerar como o topo da hierarquia judicial. Seja como for a lei passou nas Cortes, com o argumento de que o que ficava vedado ao STJ era apenas o acertamento dos factos, sendo, em contrapartida, indispensável que o STJ garantisse a uniformidade do direito ¹²⁵.

Coerentemente com uma progressiva desvalorização do direito legislativo que se verifica durante a segunda metade do séc. XIX, o âmbito de revisão de sentenças com fundamento em nulidade por contradição com o direito volta a alargar-se substancialmente com o Código do Processo Civil de 1876 ¹²⁶. O qual dispõe (artº 1159) que o STJ possa conhecer, em processo de

¹²² V. António Castanheira Neves, *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, separata da *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1973 a 1982. A *Lei da Boa Razão*, de 18.9.1769, restringe a prerrogativa de proferir assentos à Casa da Suplicação; estes acabam por ser abolidos, para o futuro, liberalismo, quer porque a Casa da Suplicação foi extinta, quer por se enquadrarem mal na lógica da separação de poderes. Os assentos são readmitidos pela Reforma Judiciária de 1926 e, depois, pelos Códigos de Processo civil de 1939 (arts. 768 ss.) e de processo penal de 1929 (DL 16489, de 15/2/1929, arts. 669 ss.).

¹²³ Foi então notado, e bem, que a certeza do direito exigia muito mais do que isto: a harmonia das leis, a codificação e a própria constância das orientações do STJ; cf. Eduardo Dally Alves de Sá, *Evolução histórica [...]*, cit., 100 ss..

¹²⁴ Cf. Eduardo Dally Alves de Sá, *Evolução histórica [...]*, cit- , 53 ss., 91 ss.

¹²⁵ O argumento de era muito débil, não tendo qualquer apoio textual. Cf. Eduardo Dally Alves de Sá, *Evolução histórica [...]*, ibid.; José Alberto dos Reis, *Organização judicial. Lições ao curso do 4º ano jurídico de 1908 a 1909*, Coimbra, Imprensa Académica, 1909, 184.

¹²⁶ *Código civil português*, anotado por José Dias Ferreira, Lisboa, Impr. Nacional, 1870-1876, 5 v.. Texto integral em <http://purl.pt/12145>).

revista ou de agravo, da nulidade do processo ou da sentença e, neste último caso, sempre que a julgar contra *direito*, mas agora – segundo a doutrina dominante - no sentido alargado que ao conceito confere o artº 16 do novo Código Civil de 1867: ou seja, quando a sentença contrariar o texto ou o espírito da lei, os casos análogos, os princípios de direito natural e mesmo os usos e costumes, quando a lei para eles remeta ¹²⁷.

Embora de forma mais indirecta e pontual do que acontecerá mais tarde, em 1926 ¹²⁸, reforça-se a função disciplinadora do STJ e, com isso, o papel do direito judiciário no conjunto da ordem jurídica. Talvez não por acaso, dois anos depois, Francisco António da Veiga publica um *Repertório dos acordãos do Supremo Tribunal de Justiça* ¹²⁹, com centenas de resumos de acórdãos, em tudo semelhante às colecções de Arestos do direito de Antigo Regime. Porém, já desde 1859 que se vinha procedendo a uma compilação e publicação *in extenso* de uma vastíssima colecção de acórdãos do STJ, dados em casos de revista, que, segundo os autores da colectânea, “contêm matéria legislativa” ¹³⁰, Esta última parte do título é ambígua e desaparece logo no 4º volume; mas não deixa de apontar para uma grande autonomia do direito judicial. O STJ pode agora julgar, de forma definitiva, quer do conteúdo do direito – que o novo Código Civil, no seu artigo sobre o elenco das fontes, tornara impreciso, sobretudo pela referência ao “direito natural” -, quer da sua interpretação.

Quarenta anos mais tarde, o STJ receberá um trunfo suplementar – o de julgar, não apenas da conformidade das sentenças com o direito, mas ainda da conformidade da lei “com a Constituição e com os princípios nela consagrados” (artº 63), fórmula amplíssima, mesmo não havendo ainda então notícia da extensão que, mais tarde, esta referência a “princípios” viria a ganhar. Na verdade, há sinais de que esta verificação da conformidade das leis com o direito já viesse a ser judicialmente apreciada desde muito mais cedo. Um jurista da época – F. A. Silva Ferrão (1798-1874) ¹³¹ – refere que era corrente os juízes considerarem que podiam declarar inaplicável uma lei por a considerarem contraditória com princípios da constituição formal (ou mesmo, apenas, com a constituição material do liberalismo quando esta, por exemplo, consagrava a defesa da propriedade); segundo Silva Ferrão, “julgava-se então uma necessidade fazer-se remover, como fugitiva e antinómica, toda a legislação, ou disposições, tomadas por decretos originados por circunstâncias, que, em contradição com o Direito Pátrio, durante o período que decorreu desde a abdicação do Sr. D. Pedro IV [...] até ao nascimento do seu amado

¹²⁷ O processo baixava à Relação, onde seria julgado por juízes diferentes, ou a outra Relação; no caso de a decisão ser contrária à orientação do STJ, haveria lugar a segunda revista, com força vinculativa para a Relação, a quem o processo deveria baixar de novo (arts. 1159-1164). Cf. José Alberto dos Reis, *Organização judicial [...]*, 185.

¹²⁸ D 12 353, de 1926.

¹²⁹ Coimbra, Imprensa Litteraria, 1869.

¹³⁰ A. X. De Barros Cortereal e J. M. Cardoso Castelo Branco, *Colecção dos acordãos que contêm matéria legislativa proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça desde a epocha da sua instalação*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1859-1884; depois de 4(1860) – II série, *Colecção dos acordãos do Supremo Tribunal de Justiça*

¹³¹ *Tractado sobre direitos e encargos da Sereníssima Casa de Bragança*, Lisboa, Imp. de J. J. Andrade e Silva, 1852, 252-253.

Neto [...], haviam tornado duvidoso e flutuante o direito de sucessão da Sereníssima Casa”, p. 205).¹³². Porém, a atribuição da verificação judicial da legitimidade das leis aparece agora formalmente estabelecida na constituição.

Já nas Cortes constituintes de 1837, aliás, o deputado radical José Estêvão (Coelho de Magalhães) critica o controlo judicial das leis, como ofensivo da separação de poderes e típico da constituição de Antigo Regime (da “desembargocracia”, como lhe chamara Garrett): “Este veto, que se quer dar ao poder judiciário, tiveram-no antes da Revolução certos tribunais de França. Então as leis não se executavam sem serem registadas por esses tribunais; e eles, negando-lhe o registo, vedavam a execução. [...] A Revolução de 1791 acabou com este privilégio, e ainda até agora ninguém se lembrou de o ressuscitar [...]. Estranho que o ilustre deputado, que tantos receios mostrou da desembargocracia, lhe queira meter na mão a terrível arma de anular as leis. Com efeito, são já muitos os vetos contra a vontade popular”^{133 134}.

Pode dizer-se – não considerando agora questões importantes relativas ao estatuto dos magistrados¹³⁵ - que o STJ quase que obtivera todas as condições para transformar a constituição do Estado português num Estado de Juízes. Controlava a legitimidade da lei¹³⁶, nos termos da Constituição da nova República, funcionava como um intérprete da lei dotado de um poder capaz de “cassar” uma sentença dada contra a interpretação do direito por ele acolhida e, história que aqui também ficará por contar, disputava ao executivo a a jurisdição administrativa, que, desde o Antigo Regime, ele mantivera como “justiça retida”¹³⁷.

As coisas não evoluíram nesse sentido por razões que também pertencem à história, a uma história que não se fará aqui.

No entanto, o problema não cessa de se recolocar. Nomeadamente hoje, quando um pluralismo talvez promissor, mas por ora selvagem, não cessa de acantonar as funções reguladoras do Estado.

¹³² Cf. António Manuel Hespanha, *Guiando a mão invisível [...], cit.*, 93 ss., 112 ss.; Id., “Direitos, constituição e lei no constitucionalismo monárquico português”, em *Themis. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa da UNL*, VI.10(2005)7-40.

¹³³ José Estêvão, *DCGC*, II, 51.

¹³⁴ Já antes da Constituição de 1911, o dec. 11.07.1907, permitia a revisão pelo Supremo Tribunal de Justiça, reunido em tribunal pleno, por iniciativa obrigatória do Ministério Público e facultativa de qualquer das partes, das decisões judiciais que recusassem força legal aos decretos do poder executivo, o que indicia uma prática difusa anterior da revisão judicial da legislação; v. Antonio de Araújo Miguel Nogueira de Brito “Para a história da fiscalização da constitucionalidade em Portugal. Comentário ao acórdão de 23 de Julho de 1907 do Supremo Tribunal de Justiça (em <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/n5AAMNB.pdf>).

¹³⁵ Para uma primeira avaliação crítica, Caetano Gonçalves, *Supremo Tribunal de Justiça. Memória histórico-crítica no primeiro centenário da sua fundação (1832-1932)*, Coimbra, 1932, 59 ss..

¹³⁶ Embora apenas incidentalmente (nos feitos submetidos a julgamento e dependendo da iniciativa das partes) (artº 63).

¹³⁷ Esta luta agudiza-se nas primeiras décadas do século XX, nomeadamente com um acórdão do STJ, de 20.01.1925, que declara organicamente inconstitucional a reforma republicana da justiça administrativa (decreto n.º 9340, de 7 de Janeiro de 1924), que extinguiu a generalidade dos tribunais administrativos, atribuindo a sua jurisdição aos tribunais comuns. Cf. Caetano Gonçalves, *Supremo Tribunal de Justiça [...], cit.*, 70 ss..

Se isso triunfar, dois cenários se apresentam.

Um deles é o de uma nova emergência dos Tribunais – e, sobretudo, dos tribunais supremos – como instâncias de acerto do direito – estadual e não estadual - em vigor, segundo modelos de decisão mais ou menos casuísticos. As perplexidades que neste cenário se colocam são já muitas, nomeadamente quando se tenha como pano de fundo um Estado de Direito Democrático, com um direito fundado na vontade popular e não na autoridade contra-maioritária de uma elite especializada ¹³⁸.

Um segundo cenário é o de mesmo os tribunais – mesmo os tribunais supremos – virem a soçobrar perante o automatismo da formação do novo direito globalizado, perdendo-se, perante a aceitação indiscriminada de toda a regulação produzida na sociedade, aquela distinção que outras épocas de direito conheceram entre usos sociais e instâncias de validação jurídica desses usos ¹³⁹ (“anything works”; “tudo o que funciona é direito”) e, com isto, a indiferenciação entre direito e outras esferas de normatividade, desde a nova *lex mercatoria* às “leis do mercado”, às “boas práticas” e às “regras da arte”. Então, o direito ter-se-á consumido; com ele, o Estado e os tribunais ¹⁴⁰, como

¹³⁸ V., sobre isto, Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung, Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, Max. 9 ss.; K. H. Ladeur, “Globalisation and the conversion of Democracy to polycentric networks: can democracy survive to the End of the Nation State”, em Karl-Heinz Ladeur (coord.), *Public governance in the age of globalization*, Hant, Ashgate Publishing, Ltd., 2004; Id, “Post-modern Constitutional theory: a prospect for the self-organizing society”, em *The modern Law Review*, 60.5 (1997), 619 ss..

¹³⁹ Gunther Teubner, “The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy”, em *Law & Society Review*, Vol. 31, No. 4, (1997), pp. 763-788. ““There are, indeed, attempts to equip this honorable, but false, category with the respectability, particularly in public law [...] . What is there in the law-making decisions of private governance that can be seen as corresponding to the *consuetudo longa* of states as subjects of international law ? Where is the *opinion communis doctorum* ? [...] , 76. Traditionally, while spontaneous rule-making (usages, social norms) was concentrated in society, on the periphery of the legal system, organized rule making took place at the centre of law (courts, legislation). This prefigured a strict conceptual and institutionalized separation of normatively and validity. The substantive constitution of norms in society was clearly separated from their validity-allocating transformation into law. Relative indeterminacy, diffuseness and vagueness of long-term forming processes in society were counterposed to clearly outlined procedures of validity allocation, organizational hierarchies of law-making bodies, a system of precedents and a thorough textualization of law. To this there corresponded a clear trend to minimize customary law in modern societies [...] (77). By contrast today in the process of globalization one can note a reversal of the relationship between the spontaneous and the organized. Since there is no global political body to underpin the institutionalization of an organized sphere of decision in law politically, the genuinely legal norm-setting process becomes fragmented in the wide-open spaces of the Brave New World, unco-ordinatedly and uncontrollably. To that extent this justifies the talk of the «New Middle Ages»(Klaus F. Röhl) in global post-modernity. So does the observation that «the world of legal system looks more like the types of order in tribal societies, meaning that it has to renounce organized sanctioning power and authentic definition of infringements of law on the basis [previously] of known rules» (N. Luhmann)”, Günther Teubner, “Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?”, em Karl-Heinz Ladeur (org.), *Public governance in the age of globalization*, Hant, Ashgate Publishing Limited, 2004, 78.

¹⁴⁰ Justice in the narrower sense, the national and international courts, is seeing counterparts develop in quasi-private bodies for resolving conflicts in society [...] . International organizations, courts of arbitration, mediation bodies, ethics-committees and treaty systems are developing into courts of private justice, acting as an organized subsystem of world law, but

instâncias de validação jurídica. Uma previsão que K. Marx fizera, mas noutra contexto, e que o neoliberalismo acabará, paradoxalmente, por realizar.

getting along without prior governmental infrastructural provision [...] Autonomous global law is increasingly basing itself its own resources. International organizations, multinational enterprises, global firms, global funds, global associations, global arbitration courts are legal institutions that are pushing forward the global law-making process”, Günther Teubner, “Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?”, em Karl-Heinz Ladeur (org.), *Public governance in the age of globalization*, Hant, Ashgate Publishing Limited, 2004, 74-75.