

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 13 – PORTIMÃO – MAIO 2021

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 13
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Data: Maio 2021
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
ARTIGOS	11
MARCOS EHRHARDT JR. & GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA Contratos e Algoritmos: Alocação de Riscos, Discriminação e Necessidade de Supervisão por Humanos	13
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL Novos Paradigmas do Direito	43
CARLOS FRAGA Sobre a Independência e Responsabilidade dos Juízes no Liberalismo (1820-1926)	61
ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA Lugar de José Frederico Laranjo no Krausismo Jurídico Português	81
M ^a TERESA CARRANCHO HERRERO La Necesaria Protección de los Bienes Culturales Inmuebles	93
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Os Créditos compensatórios como reposição do equilíbrio entre os ex-cônjuges, em caso de divórcio	117
CATARINA SALGADO A residência alternada: melhor dos dois mundos... ou nem por isso...	135
HUGO CUNHA LANÇA Os Direitos dos Animais – efabulação ou realidade?	151
JOÃO ALMEIDA VIDAL Plataformas digitais de alojamento: uma análise luso-espanhola sob a perspectiva da responsabilidade civil	181
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, IVÁN ANTONIO RODRIGUEZ CARDÓ & DIEGO ÁLVAREZ ALONSO La prestación de trabajo a través de plataformas digitales en el sistema español: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2020	221
JOSÉ ANTÓNIO LOPES COELHO Breve apreciação sobre o desemprego atual	243
YOUNESS BENDAHMANE Entreprises : De quelques aspects des risques juridiques à l'heure du COVID	265

MARIA DE FÁTIMA CABRITA MENDES	
A Proposta da Comissão Europeia – <i>Digital Markets Act</i> : Eficácia para a resolução dos efeitos lesivos originados pelos gigantes tecnológicos na União Europeia	273
MARIA MIGUEL CARVALHO	
O pedido de registo de marcas «COVID»	295
ALBERTO DE SÁ E MELLO	
O direito exclusivo dos autores e as exceções a favor de bibliotecas, museus, arquivos e demais instituições culturais – Estudo de Direito Comparado dos regimes português e espanhol – Uma proposta para a transposição dos artigos 6.º a 8.º da Directiva 2019/790 (UE)	317
VÍTOR MATOS	
Medidas Cautelares de Polícia para os Crimes Praticados por Meios Informáticos – Dificuldades Inerentes à Prova Digital.....	345
SAÏD AZZI & YOUNESS BENDAHMANE	
La protection pénale de la dissolution de la société en droit marocain	383
JORGE GODINHO	
Arguição da dissertação de doutoramento de António Jorge Rocha Lé, Casinos em Portugal — percursos e alterações (1927-2015), na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, em 22 de Fevereiro de 2021	391
ARTIGOS DE ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	399
CAROLLINE SOARES	
Vicissitudes no Contrato de Locação – transmissão da posição contratual em âmbito de arrendamento urbano	401
LÚCIA COSTA	
A Venda de Pais a Filhos e Avós a Netos (Uma reflexão sobre o artigo 877º do Código Civil)	417
PEDRO MIGUEL COSTA DE AZEVEDO	
Harmonização Fiscal da Tributação Direta	433
MANUEL CATARINO	
Breve Introdução ao Direito Terrestre do Espaço Exterior	447

Sobre a Independência e Responsabilidade dos Juizes no Liberalismo (1820-1926)

CARLOS FRAGA *

Resumo: Com a instauração do liberalismo consagra-se a separação de Poderes. Na monarquia constitucional afirma-se a independência orgânica do Poder Judicial entendido como um Poder político. Consagra-se a independência dos juizes. A responsabilidade dos juizes ocorre apenas por erro de officio ou pela prática de crime tipificados, responsabilidade apurada em processo jurisdicional. O critério de promoções é fundamentalmente o da antiguidade. A 1.ª República temeu a independência dos juizes decidindo controlá-los. É criado um órgão administrativo de gestão da magistratura judicial a quem compete efectivar o controlo dos juizes. Cria-se uma responsabilidade disciplinar dos juizes, introduz-se o controlo administrativo do conteúdo da decisão jurisdicional, desjurisdicionaliza-se, administrativando, o processo de apuramento de responsabilidade dos juizes. Sujeita-se os juizes a um vasto poder sancionatório traduzido, por um lado, num sistema de classificações profissionais por *mérito* fixado pelo próprio organismo de gestão mediante critérios subjectivos incontroláveis e por outro, na indefinição da infracção disciplinar, um e outro tendo como objectivo limitar os princípios da irresponsabilidade e inamovibilidade dos juizes comprometendo-se a sua independência ao sabor dos interesses da governação. A instabilidade política que se viveu amiúde ao longo do período liberal teve, também, os seus reflexos no princípio da independência dos juizes que variou ao sabor dos interesses das transformações políticas.

Abstract: With the introduction of liberalism, the separation of powers is enshrined. The constitutional monarchy affirms the organic independence of the

JURISMAT, Portimão, 2021, n.º 13, pp. 61-80.

* Doutor em Direito; Professor Associado do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes.

judiciary as a political power. The independence of judges is enshrined. Judges are only liable for errors of office or for commission of a crime of which they are aware in legal proceedings. The criterion for promotions is essentially that of seniority. The 1st Republic feared the independence of the judges by deciding to control them. An administrative body for the management of the judiciary is set up to carry out the control of judges. A disciplinary responsibility of judges is created, an administrative control of the content of the judicial decision is introduced, and the procedure for determining the responsibility of judges is administratively dejurisdictionalised. The judges are subject to a broad power of sanction, reflected, on the one hand, in a system of professional classifications by merit fixed by the management body itself on the basis of uncontrollable subjective criteria and, on the other hand, in the vagueness of the disciplinary offence, both aimed at limiting the principles of irresponsibility and irremovability of judges by compromising their independence according to interests of governance. The political instability that was often experienced during the liberal period was also reflected in the principle of independence of judges, which varied according to the interests of political change.

Palavras-chave: Liberalismo; juízes; controlo; independência; responsabilidade disciplinar; CSMJ.

Key-words: Liberalism; judges; control; independence; disciplinary responsibility; CSMJ.

Sumário: I. A Constituição de 1822; II. A Carta Constitucional de 1826; 1. A Independência dos Juízes; 2. O Princípio da Inamovibilidade; 3. A Responsabilidade dos Juízes; 4. Promoções; III. A Primeira República; 1. Introdução; 2. O Conselho Superior da Magistratura Judicial; 2.1 Criação; 2.2 Competências do CSMJ; 2.3. O Poder Sancionatório da Administração (CSMJ); 2.3.1 Promoções e Classificações; 2.3.2 O Procedimento Disciplinar *stricto sensu*; 3 Os Decretos n.º 4.172, de 30 de Abril de 1918 e n.º 10.310, de 19 de Novembro de 1924.

I – A Constituição de 1822

O Estado Liberal, que se sucedeu ao Estado Absoluto, chega a Portugal com a Revolução Liberal de 1820 — que deu origem à Constituição de 1822 — e dura até 1926, terminando com o Movimento Militar de 28 de Maio desse ano.

Com o liberalismo assiste-se à *divisão dos poderes do Estado*, nomeadamente entre administração e jurisdição, à consagração dos direitos civis e políticos dos cidadãos.

No que se refere aos juizes a Constituição contempla a sua independência.

Assim, o artigo 176.º estatui: «*O poder judicial pertence exclusivamente aos Juizes. Nem as cortes nem o Rei o poderão exercitar em caso algum. Não podem, portanto, avocar causas pendentes; mandar abrir as findas; nem dispensar nas formas do processo prescritas pela lei*».

Consagra, também, no artigo 183.º o princípio da perpetuidade dos juizes letrados (que correspondem aos actuais juizes de direito)¹, dispondo: «*Todos os juizes letrados serão perpétuos, logo que tenham sido publicados os códigos e estabelecidos os Juizes de facto*».

O princípio da inamovibilidade não é, porém, ainda, consagrado. O Capítulo sobre a administração da justiça consagra o princípio da responsabilização dos juizes. A promoção segue, *exclusivamente, a regra da antiguidade*. Por sua vez o artigo 191.º cria o Supremo Tribunal de Justiça, composto por juizes letrados, nomeados pelo Rei, em conformidade com a lei.

«Esta reforma não se executou, porque em 1823 teve lugar a contra-revolução que restaurou o antigo regime. Assim vivemos, num absolutismo moderado, até à morte de D. João VI».²

II – A Carta Constitucional de 1826

Em 1826 D. Pedro IV outorga a Carta Constitucional. Vejamo-la, nos seus princípios essenciais na perspectiva que nos interessa.

O artigo 10.º consagra a divisão e harmonia dos poderes políticos e o artigo 11.º estabelece como *Poderes Políticos*: «*o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial*». Pela primeira vez concebe-se, *expressamente*, o Poder Judicial, não como um poder amorfo mas como «um poder *político* como todos os outros poderes».³

¹ Nos termos do artigo 182.º, para se ser juiz letrado, além de outros requisitos determinados pela lei, requeria-se: ser cidadão português (I); *ter vinte cinco* anos completos (II); ser formado em direito (III).

² JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Organização Judicial - Lições feitas ao curso do 4.º ano jurídico de 1908 a 1909*, Coimbra, Imprensa Académica, 1909, p. 81.

³ MARNOCO E. SOUZA, *A Desorganização Judicial*, Gazeta da Relação de Lisboa, 2.º Anno, n.º 36.º, 5 de Dezembro de 1886, p. 769.

1 – A Independência dos Juízes

O princípio da independência do poder judicial, constante da Carta Constitucional, restringiu-se à independência institucional ou externa ou seja, à sua subtração à interferência dos restantes poderes do Estado.⁴ No dizer de MARNOCO E SOUZA⁵ «a independência do poder judicial deve referir-se às suas funções, consistindo, por isso, em as suas decisões não poderem ser invalidadas e as suas atribuições não poderem ser absorvidas por outros poderes»⁶, ou seja, a independência do poder judicial traduzia-se, tão só, por um lado, em nem o Legislativo, nem o Executivo, poderem modificar a decisão judicial; por outro em que nem o Legislativo nem o Executivo detinham funções jurisdicionais.⁷

O princípio de que a independência dos tribunais implica a independência dos juízes, seus titulares, e o estabelecimento de garantias dessa independência — inamovibilidade e irresponsabilidade — não é totalmente acolhido e vai sofrendo alterações ao longo da vigência do Diploma Fundamental.

Analisemos o sistema da Carta no que se refere às condições da independência dos juízes: a *inamovibilidade* e a *irresponsabilidade*.

2 – O Princípio da Inamovibilidade

Considerando-se já, que «a inamovibilidade dos magistrados judiciais é uma consequência lógica e natural da admissão do poder judicial, como um poder político independente»⁸, a Carta dispunha: «*Os Juízes de Direito serão perpétuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros lugares, pelo tempo, e maneira que a Lei determinar*» — artigo 120.º.

⁴ FERNANDO RUIVO, *A Magistratura num Período de Crise do Estado: 1969-1974*, Colóquio Portugal 1974-1984 - Dez Anos de Transformação Social, Revista Crítica de Ciências Sociais, n.ºs 18/19/20, Fevereiro de 1986, p. 346.

⁵ *Ob. cit.*, p. 770.

⁶ No mesmo sentido JOSÉ JOAQUIM LOPES PRAÇA, *Direito Constitucional Portuguez - Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, Coimbra, 1879, in BFD -STVDIA IVRIDICA, 25, Vol. II, p. 315.

⁷ Esta concepção restritiva da independência dos juízes levou a que tanto MARNOCO E SOUZA como JOSÉ JOAQUIM LOPES PRAÇA, seus defensores, rebatessem as críticas feitas à Carta por SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA. Para este autor a independência do poder judicial exige que: 1.º os agentes do poder judicial não devem ser nomeados, nem promovidos, nem demitidos pelos agentes dos outros dois poderes. Cfr. JOSÉ JOAQUIM LOPES PRAÇA, *ob. cit.*, Vol. II, pp. 315 e sgs.

⁸ JOSÉ JOAQUIM LOPES PRAÇA, *ob. cit.*, Vol. II, p. 323, refere, também, a relação entre a inamovibilidade e a independência dos juízes.

Este conceito de inamovibilidade era um conceito absoluto. «Eliminava toda a possibilidade de destituição e limitava as transferências aos casos determinados na lei, ao mesmo tempo que atribuía a inamovibilidade perpétua a todos os juízes de direito».⁹

A legislação complementar da Carta, veio modificar a rigidez do conceito de inamovibilidade, «admitindo motivos e forma legítimas de destituição e restringindo a inamovibilidade perpétua aos magistrados superiores».¹⁰ Daí que se entenda que a inamovibilidade «consiste simplesmente em os magistrados judiciais não poderem ser deslocados ou removidos a arbitrio do poder executivo, mas tão só nos termos fixados na lei».¹¹ Ou seja, o princípio da «inamovibilidade applicada aos juízes significa apenas que não depende do arbitrio de ninguém que elles sejam privados do officio de julgar, embora possam ser promovidos, transferidos e aposentados segundo as disposições legais e possam também perder os seus logares nos termos do artigo 122.º».¹²

Todavia ANTÓNIO MANUEL HESPANHA¹³ descreve como a inamovibilidade dos juízes era muito relativa chegando-se a reclassificar comarcas para efeitos de desalojar juízes que desagradavam à política. A independência dos juízes era, assim, condicionável.

3 – A responsabilidade dos juízes

A Carta e a legislação ordinária consagram o princípio da *responsabilidade dos juízes restrita à responsabilidade criminal* perante os cidadãos. Os magistrados judiciais só podem ser responsabilizados, *através de processo jurisdicional*, e por abusos de Poder e prevaricações cometidas no exercício de funções ou pela prática dos crimes de suborno, peita, peculato e concussão, mediante acção popular, intentada por qualquer pessoa inclusive pelo próprio queixoso –art.ºs 123º e 124º.¹⁴

Por sua vez a Novíssima Reforma Judiciária — NRJ — (1841) estabelecia dois tipos de responsabilidade *criminal*: pelos crimes cometidos no exercício de funções — que resultava da Carta e cujo processo se encontrava regulado nos artigos 771.º e seguintes —, e fora do exercício de funções — cujo processo constava dos artigos 763.º e seguintes.

⁹ MARNOCO E SOUZA, *ob. cit.*, p. 778.

¹⁰ MARNOCO E SOUZA, *ibidem*.

¹¹ MARNOCO E SOUZA, *ob. cit.*, p. 776.

¹² JOSÉ JOAQUIM LOPES PRAÇA, *ob. cit.*, Vol. II, p. 327.

¹³ *Guiando a Mão Invisível*, Ed. Almedina, Coimbra, 2004, p. 350.

¹⁴ «Art.º 123. Todos os juizes de direito e os officiaes de justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus empregos; esta responsabilidade se fara effectiva por lei regulamentar»; Art.º 124. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que podera ser intentada dentro de anno e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo eslabellecida na lei».

A Carta deixou a responsabilidade civil e a responsabilidade **disciplinar** dos juizes para a legislação ordinária.

No que se refere à responsabilidade *civil* a NRJ só admite acção de perdas e danos contra os juizes: «1.º — nos crimes de peculato, peita, concussão ou suborno; 2.º — nos casos de dolo; 3.º — quando a lei expressamente o fizer responsável por perdas e danos por alguma comissão ou omissão; 4.º quando houver denegação de justiça» — artigo 1241.º». ¹⁵

Esta disposição, assim como o respectivo processo, vieram a ser revogados pelos artigos 1092.º a 1106.º do CPC de 1876. ¹⁶

Importante é realçar que a responsabilidade dos juizes continua a ser exigível em **processo jurisdicional**, que seguia os termos do processo ordinário em 1.ª instância — artigo 1098.º do CPC.

Previa-se, também, a responsabilização dos juizes por *erros de ofício*.

Porém, as situações em que um juiz podia ser penalizado por *erro de ofício* ¹⁷ encontravam-se também *tipificadas e jurisdionalizadas*.

O processo judicial corria em termos idênticos ao do processo por crimes cometidos por juizes no exercício das suas funções, encontrando-se regulado nos artigos 771.º e seguintes da NRJ.

A sua aplicação seguia o ritual processual do processo-crime com o qual estava intimamente ligado. Estarmos perante um crime ou um erro de ofício, pelos mesmos factos, resultava da verificação ou não da tipicidade criminal. Esta questão colocou-se, várias vezes, a propósito do crime de prevaricação — art.º 284.º do Código Penal —, em procedimentos intentados contra juizes de direito.

¹⁵ O processo, no tocante aos juizes de direito de 1.ª e 2.ª instância e membros do STJ constava do Título XVIII, Capítulo VII, e Título XIX, Capítulo VI, por remissão do artigo 1249.º.

¹⁶ O artigo 1092.º do CPC matinha redacção semelhante ao artigo 1241.º da NRJ. Estatua: «Os juizes e os magistrados do Ministério Público podem ser condenados em perdas e danos: 1.º- Quando o tiverem sido por crime de peita, suborno e concussão ou prevaricação; 2.º- nos casos de dolo; 3.º- quando a lei expressamente os tornar responsáveis por perdas e danos; 4.º quando denegarem justiça recusando proferir despacho sobre qualquer objecto que lhes seja requerido, dar sentença sobre questão pendente, ou cumprir, nos termos da lei, as decisões dos tribunais superiores».

¹⁷ «Erro de ofício é todo o facto ou omissão reveladores de ignorância, incapacidade ou imperícia do agente técnico» — MARCELLO CAETANO, *Do Poder Disciplinar*, Ed. da Universidade, Coimbra 1932, p. 6.

Entre os elementos da tipicidade criminal encontrava-se a injustiça da decisão e o proferimento desta por favor ou por ódio.

Não bastava, assim, que a sentença seja manifestamente injusta, era necessário que o fosse por favor ou ódio.

«A manifesta injustiça pode ter por causa uma falta de inteligência ou uma falta de vontade. A lei não quis punir as faltas de inteligência, mas só as da vontade e por isso exige que a sentença seja proferida por favor ou por ódio. *In dubio judex, non dolo, sed per imperitiam male judicasse praesumitur*. É assim necessário que a acusação prove o favor ou o ódio».¹⁸ Assim decidiu o Ac. Supremo Tribunal de Justiça — STJ: «É necessário verificar os actos demonstrativos do favor ou do ódio, pois, quando o juiz julga mal presume-se, em caso de dúvida, que julgou antes por erro de entendimento, do que por favor ou por ódio».¹⁹

Não se verificando a prática do crime, ficava, então, e tão só o *erro de officio* que não só não era criminalmente punível como não podia ser punido com penas não cominadas na lei.

4 – Promoções

A Carta não ignorou que sendo a magistratura judicial uma magistratura de «carreira» o sistema de promoções é susceptível de condicionar a independência dos juízes.

No artigo 130.º da Carta figura o processo de designação dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça que serão «juízes letrados, e tirados das Relações pelas suas antiguidades». «Estava assim fixado, fundamentalmente, o processo de designação que, durante largas décadas, ía ser exclusivamente aplicado no preenchimento das vagas verificadas no Supremo Tribunal de Justiça: *promoção, sob o regime puro da antiguidade*».²⁰

Embora a Carta só se referisse aos juízes do STJ, este princípio, da *antiguidade* pura, não se restringia aos juízes do STJ mas a todos os magistrados judiciais. «Foi o seguido pelo decreto de 16 de maio de 1832, pela Reforma Judiciária de 1837 e pela Novíssima Reforma Judiciária, relativamente à promoção dos magistrados judiciais de 1.ª à 2.ª instância e desta ao Supremo Tribunal de Justiça».²¹

¹⁸ LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, *Notas ao Código Penal Português*, 2.ª Ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1923, Vol. II, anot. ao artigo 284.º, p. 580.

¹⁹ Acórdão de 14/12/1885, in *Gazeta dos Tribunais*, n.º 15.º, 9426.

²⁰ COUTO MARTINS, *Novo Estatuto Judiciário*, Ed. Couto Martins, Lisboa, 1933, p. 11.

²¹ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, ob. cit., p. 320.

Em 1855, procurou-se temperar o critério da *antiguidade* com o critério do *mérito*, no tocante às promoções de classe a classe e da 1.^a à 2.^a instância. Todavia em relação à promoção da 2.^a instância para o STJ manteve-se, sempre e apenas, o critério da antiguidade.

Tal sistema de combinação da *antiguidade* com o *mérito* viria a revelar-se um fracasso, acabando por ser abandonado. Mas, para já, analisemo-lo.

Em matéria de promoções a Carta de Lei de 21 de Julho 1855,²² dividiu as comarcas em três classes,²³ e estabeleceu o sistema de promoções.²⁴ Estas eram feitas pelo Governo, sob uma lista elaborada, sob consulta, pelo Supremo Tribunal de Justiça, lista que seguia um critério combinado, quando possível, de antiguidade e mérito.²⁵ Porém, o critério fundamental era o da *antiguidade*. O mérito, administrativamente fixado, só seria levado em linha de conta se houvesse elementos que permitissem determiná-los, elementos — sindicâncias e informações — que não tinham, necessariamente de existir.²⁶

²² Diário do Governo, de 24 de Julho de 1855.

²³ A divisão das comarcas teve como objectivo subtrair os juízes à arbitrariedade da Administração. Assim: «A lei de 21 de julho de 1855, para estimular os magistrados judiciais no cumprimento dos seus deveres e evitar os abusos do poder executivo, que nomeava para as melhores comarcas os juizes affeccionados á sua política partidaria, dividiu as comarcas em tres classes e determinou que a promoção dos juizes de classe para classe e da 1.^a classe à 2.^a instancia seria feita por antiguidade combinada com o merito» JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, p. 320. (Itálico nosso).

²⁴ Tratando-se de um diploma reorganizativo estabelecia um complexo sistema de primeiras colocações nos níveis tribunais de primeira instância de 1.^a, 2.^a e 3.^a classes, sistema que seguia o critério da antiguidade combinado com o mérito, quando possível (artigos 1.^o a 4.^o).

²⁵ «Carta de Lei de 24 de Julho de 1855: Art. 4.^o Classificadas as comarcas conforme o artigo 1.^o, e determinada a antiguidade dos juizes de direito de primeira instancia conforme os artigos segundo e terceiro, serão estes juizes collocados nos logares de cada uma das tres classes pela forma seguinte: §1.^o O supremo tribunal de justiça, havidas previamente as informações necessarias das relações e do ministerio publico, consultará de todos os juizes, que tiverem mais de doze annos de serviço effectivo na magistratura, uma lista composta de igual numero e mais metade dos juizes, que houverem de ser collocados na primeira classe, combinando, quanto fôr possível, a antuguidade com o merito. Se dos que tiverem mais de doze annos de serviço não houver numero sufficiente para compor a lista, será preenchida com os immediatos, que tiverem mais annos de serviço. §2 O governo escolherá d'esta lista os que devem ser collocados nos logares de primeira classe; da mesma forma se procederá no provimento dos logares da segunda classe; e nos da terceira classe serão collocados os juizes que o não tiverem sido em alguma das duas primeiras.» *in* Novissima Reforma Judiciaria, com um appenso Contendo a Legislação Correlativa, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1866, página 281.

²⁶ Estatua o artigo 5.^o: «Feita a primeira collocação dos Juizes de direito de primeira instancia, na forma dos artigos antecedentes, as futuras promoções dos da terceira classe para a segunda - dos da segunda para a primeira classe, e dos desta classe para a segunda instancia, será feita pelo Governo sobre lista triplíce proposta em consulta graduada pelo Supremo Tribunal de Justiça, o qual escolherá de entre os nove Juizes mais antigos da classe immediata. § unico. Esta consulta será feita em presença das syndicancias, quando se tenha procedido a ellas, na conformidade da Lei, e das informações documentadas das Relações e dos Magistrados do Minis-

Obviamente que se uma lista tríplice proposta pelo STJ, segundo a antiguidade dos juizes, já deixava à Administração uma certa discricionariedade na promoção destes a introdução do *mérito* — cujos critérios de fixação a lei não determinava — deixava-lhe ainda mais.

O critério do *mérito* veio mostrar que se comprometera a independência dos juizes. Como referia JOSÉ ALBERTO DOS REIS:²⁷

«O merito colloca os magistrados na dependencia do governo». Também, entre outros, PHILIPPE CARLOS DA SILVEIRA²⁸ refere: «E de tal ordem é esta independencia, tão bem acautelada está ella nas leis, que o magistrado póde sempre ser preterido pelo governo no seu accesso de classe para classe, e ainda para a Relação, e desattendido e desconsiderado em todas as suas pretensões na escolha dos logares. A independencia do poder judicial entre nós, se não é um epigramma legal, é pelo menos uma promessa fallaz da nossa constituição politica, que não encontrou execução nas leis organicas posteriores».

O fracasso do recurso ao critério do *mérito* levou a que se regressasse ao critério da *antiguidade* pura. Assim, no relatório do Decreto de 29 de Julho de 1886 já se afirma:

«O Poder Judicial, força é confessá-lo, não tem assegurada aquella independencia de que a constituição, avisadamente o quiz cercar. [...] as promoções fundadas apenas no cego princípio da antiguidade, e ao arbítrio deixado ao governo na collocação e na transferencia dos juizes, põem estes em grande, se não inteira, dependencia do executivo que poderia, por sua livre iniciativa, favorecer uns em detrimento, ou pelo menos com desprezo de outros». Por sua vez no Relatório do Decreto Dictatorial n.º 3 de 29 de Março de 1890 lê-se: «Na proposta de lei de 9 de julho de 1887 e no respectivo parecer da comissão de legislação civil estabelecia-se que a promoção da 1.^a para a 2.^a instancia se effectuasse alternadamente por antiguidade e por distincção. Este preceito, aliás conforme theoreticamente com os bons principios, póde ter graves inconvenientes na sua execução, pelo muito que ha de arbitrario na apreciação do merito relativo, attenta a impossibilidade de submittê-la a regras determinadas e prefixas. Pareceu

tério Público, é motivada com todas as provas de merito e demerito, que desses documentos poderem extrahir-se».

²⁷ *Ob. cit.* p. 325.

²⁸ *A Desorganização Judicial*, Gazeta da Relação de Lisboa, 2.º Anno, n.º 36.º, 5 de Dezembro de 1886, p. 299.

por isso mais avisado não fazer neste assumpto alteração na legislação vigente».²⁹

«O certo é, porém, que em face do artigo 12.º desse decreto³⁰ a promoção dos juízes só por antiguidade pôde effectuar-se, o que representou uma alteração importante no sistema legal em vigor».³¹ Voltou-se, portanto, ao princípio da *antiguidade pura* na promoção dos juízes, como forma de obstar aos favoritismos e preterições que o critério de *mérito* permitia, sendo que o sistema de *antiguidade* vigoraria até à 1.ª República.

III – A Primeira República

1 – Introdução

Com a Revolução de 5 de Outubro de 1910, instaurava-se, entre nós, o regime republicano, constitucionalizado em 1911.

A Constituição Republicana de 1911 estabelecia o princípio de que a soberania reside na Nação, (artigo 5.º³²) e (artigo 6.º³³), estabelecia a divisão de Poderes entre os órgãos de soberania.

No tocante ao Poder Judicial, os constituintes de 1911, estabeleceram a organização judiciária, consagraram os princípios da irresponsabilidade (artigo 60.º³⁴), da vitaliciedade e inamovibilidade dos juízes da magistratura judicial (artigo 57.º³⁵), remetendo para a Lei Orgânica do Poder Judicial a elaborar pelo primeiro Congresso da República (artigos 57.º e 85.º³⁶), a matéria de nomeação, demissão, suspensão, promoção, transferência e colocação fora do quadro dos magistrados judiciais. Identicamente quanto às condições em que o Governo poderia requisitar juízes para comissões (artigo 61.º). Assim, a Constituição limitou-se a consagrar normas em branco — bases —, deixando à **Lei ordinária** a tarefa de lhes estabelecer o alcance e conteúdo, ou seja, o Diploma Fundamental, remeteu para a lei ordinária as matérias principais condicionantes da independência do juiz.

²⁹ In JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, p. 23.

³⁰ «Art. 12.º— Serão fixadas as regras para a contagem da antiguidade dos magistrados judiciais tanto para efeitos da promoção, que só por antiguidade poderá effectuar-se [...]».

³¹ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pp. 321/322.

³² «A Soberania reside essencialmente em a Nação».

³³ «São órgãos da Soberania Nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial, independentes e harmónicos entre si».

³⁴ «Os juízes serão irresponsáveis nos seus julgamentos, salvo as excepções consignadas na lei».

³⁵ «Os juízes do quadro da magistratura judicial são vitalícios e inamovíveis; e as suas nomeações, demissões, suspensões, promoções, transferências fora do quadro serão feitas nos termos da lei orgânica do Poder Judicial».

³⁶ «O primeiro Congresso da República elaborará as seguintes leis: [...] d) Lei da organização judiciária. [...]».

Ao fazê-lo permitiu esvaziar de conteúdo os princípios constitucionais, garantes da independência dos juízes. Daí que, desde logo, se tenha constatado a insuficiência da regulamentação constitucional. Como refere BARBOSA DE MAGALHÃES,³⁷ «Aqueles bases eram deficientes; ficou quási tudo para ser regulado na lei orgânica do Poder Judicial».

O Congresso nunca viria a elaborar essa Lei durante a 1.^a República. Até à publicação do primeiro Estatuto, em 22 de Junho de 1927 — Decreto-Lei, n.º 13.809 —, já após o Movimento de 28 de Maio de 1926, a organização judiciária e o estatuto dos juízes, foi sendo objecto de diversos e variegados diplomas, de que referiremos os fundamentais.³⁸

A novel República, temerosa do poder dos juízes, decidiu sujeitar estes a um controlo administrativo, que os pusesse na total dependência da Administração Central. Nesse escopo publicou a Lei de 12 de Julho de 1912,³⁹ regulamentada em 26 de Outubro do mesmo ano⁴⁰ que visou estabelecer as dependências orgânica e funcional dos juízes.

A abertura, que a Constituição deixara ao legislador ordinário, permitiu criar um Estatuto dos juízes, constituído pela referida lei e seu regulamento, que não viria a constitui mais do que a expressão de um direito sancionatório da Administração, com competências repartidas entre o Ministro da Justiça e o então criado Conselho Superior da Magistratura Judicial. Tal sistema esvaziou de conteúdo os princípios constitucionais garantes da independência dos juízes.

Como referiu então PINTO OSÓRIO,⁴¹ «Foi uma das leis de excepção, elaborada sob pressão das paixões, filhas dos acontecimentos políticos da ocasião. Não é essa a sazão mais propria para legislar sobre organização judiciaria, sobre penalidades ou leis do processo. Dahi os seus radicaes vicios».

³⁷ *Prefácio - Estatuto Judiciário* -, Empresa Universidade Editora, Lisboa, 1937, p. X.

³⁸ Os diplomas mais relevantes durante a Primeira República, no tocante ao Estatuto dos Magistrados, foram a Lei de 12 de Julho de 1912, que estabeleceu as bases do Estatuto dos Juízes, o Decreto n.º 4.172, de 30 de Abril de 1918, que introduziu alterações a essa Lei e, por último, o Decreto n.º 10.310, de 19 de Novembro de 1924, último diploma relevante que legislou sobre essa matéria, antes do pronunciamento militar de 28 de Maio de 1926.

³⁹ Diário do Governo, n.º 171, de 23 de Julho de 1912.

⁴⁰ Diário do Governo, n.º 255, de 30 de Outubro de 1912.

⁴¹ *Conselho Superior da Magistratura*, Revista dos Tribunaes, anno 32.º, n.º 753, de 15 de Outubro de 1913, p. 129.

2 – O Conselho Superior da Magistratura Judicial

2.1 – Criação

A forma escolhida para garantir à Administração Central a dependência dos juízes consistiu na criação de um órgão administrativo — o Conselho Superior da Magistratura Judicial (CSMJ) —, controlado pelo Governo. Mais fácil e menos polémico do que um controlo directo pelo Executivo do Poder Judicial, seria transferir para um órgão administrativo, na dependência do Executivo, a tarefa de aniquilar, pelo *funcionamento interno* — dependência funcional —, a independência dos juízes. Melhor ainda, se o referido órgão fosse constituído por juízes. Assim, refere INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁴² «a intromissão do Poder Executivo na Função Jurisdicional só se poderia efectivar pela via indirecta do Conselho Superior Judiciário, constituído por juízes nomeados pelo Executivo». A esta tendência crescente para a anulação da independência dos juízes conseguida através do CSMJ, que se manteve durante a 1.^a República, se refere FERNANDO RUIVO,⁴³ escrevendo:

«A independência pessoal, não fica, também, incólume perante este quadro evolutivo. Já que ao juiz é atribuída uma série de deveres correlacionados com a vinculação à lei, tanto de índole processual como substantiva, o seu cumprimento pontual vai passar a ser acompanhado *pari passu* por uma supervisão hierárquica, a cargo de um órgão, ora designado Supremo Conselho, ora Conselho Superior ou Disciplinar, cuja actuação visa uniformizar e controlar socialmente as atitudes da corporação judicial».

O objectivo desse Conselho consistia em eliminar a independência dos juízes através das matérias condicionantes dessa mesma independência: o regime de promoções e classificações e o regime disciplinar.

2.2 – Competências do CSMJ

A dependência funcional dos juízes da Administração Central, conseguida através do CSMJ, seria insusceptível de, por si só, de lograr o controlo do conteúdo da decisão judicial. Para se obter esse objectivo era necessário destruir *internamente* as garantias de independência da magistratura judicial. Constando estas da Constituição, a metodologia consistiu em dar-lhes uma normatização que lhes retirasse o conteúdo.

A solução encontrada consistiu em sujeitar toda a actividade — profissional e privada —, dos juízes a um vasto poder sancionador traduzido nas competências disciplinares atribu-

⁴² *Introdução ao Estudo do Direito*, Ed. AADFDL, 8.^a Ed., Lisboa, 1996, vol. II, p. 384.

⁴³ *Ob. cit.*, p. 347.

idas ao CSMJ e ao seu ilimitado poder de *direcção* ou inspecção.⁴⁴ Daí que, mais do que a criação deste órgão, a sua organização e competências tenham suscitado vivas críticas. Como escreveu J. MOURISCA⁴⁵ sobre o Regulamento de 1912: «triste e abominável regulamento de 26 de Outubro de 1912, que parece ter sido principalmente organizado para deprimir e aviltrar a magistratura, chegando a ser incompreensível que fosse referendado, como a respectiva lei, por um juiz, que foi ilustre».

2.3 – O Poder Sancionatório da Administração (CSMJ)

O poder sancionatório da Administração vai repartir-se por dois campos que afectam directamente a independência dos juízes e, concomitantemente, controlar o conteúdo da decisão jurisdicional: um o das promoções e classificações de serviço; outro o do processo disciplinar.

2.3.1 – Promoções e Classificações

O critério de promoções vigente durante a Monarquia Constitucional, salvo no interregno em que se comprometeu a independência dos juízes com a introdução do critério de *mérito*, era o da *antiguidade*. Attingido o tempo necessário para ascensão a um lugar superior, abertas vagas, estas eram preenchidas, *automaticamente*, pelos juízes da classe anterior, por ordem decrescente de antiguidade.

Este critério rígido não se prestava a manipulações. Não era possível à Administração promover, por qualquer interesse, um juiz em detrimento de outro mais antigo. Essa limitação cerceava o controlo administrativo dos juízes e da decisão jurisdicional.

O obstáculo foi superado atribuindo-se à matéria de promoções a natureza de *direito disciplinar*, introduzindo-se o sistema de prémios e castigos. Nesse objectivo, retomou-se, fazendo-se prevalecer em matéria de promoções, o critério do *mérito*⁴⁶ atribuído pela administração judiciária e, como tal, controlável por esta.

⁴⁴ «Esta supervisão ou inspecção irá, através dos tempos, oscilar entre a sua partilha pelo topo da hierarquia e membros do executivo ou pela sua entrega em termos exclusivos a um deles. Em primeiro lugar, incidirá sobre a própria actividade judicial enquanto tal, isto é, a forma da organização dos processos, a obediência à sua tramitação e correcção da decisão em termos jurídicos. É o erro judicial que serve de justificação a esta forma disciplinar, não deixando, porém, a uniformização de lhe servir como mola real. Rapidamente, aliás, a fiscalização alastra à esfera exterior da actividade judicial, incidindo também sobre o comportamento social do juiz: relacionamento com o meio profissional em que se insere e com a política, forma como se apresenta em público, o vestir, a linguagem que utiliza, os maus hábitos de que é portador, etc. Conjugados, estes dois factores servem de critério às colocações, transferências e, o mais importante, às promoções.» — FERNANDO RUIVO, *op. cit.*, página 347.

⁴⁵ *A Independência do Poder Judicial*, RJ, Ano 3.º, n.º 56, de 25 de Junho de 1918, p. 515.

⁴⁶ BARBOSA DE MAGALHÃES, *Prefácio - Estatuto Judiciário* -, Empresa Universidade Editora, Lisboa, 1937, p. XI.

Assim, competia ao CSMJ: «*Classificar, pela documentação dos méritos e serviços de cada um, de preferência ao critério da antiguidade, os candidatos a juízes de 2.^a e 1.^a classe, e juízes das Relações*» — artigo 3.º, n.º 5 da Lei de 23 de Julho.

Como determinar o *mérito*, nem a Lei nem o seu regulamento estabelecem parâmetros. Fundamentalmente vai efectuar-se mediante a análise crítica do conteúdo da actividade jurisdicional à base de normas vagas que, pela sua indeterminação e impossibilidade de preenchimento objectivo, se transformam em instrumento de controlo e pressão sobre os juízes. A ausência de critérios objectivos, coloca a promoção dos juízes ao sabor das amizades ou inimizades, do corregionalismo ou antagonismo político ou quaisquer outros factores.

Essa intromissão administrativa veio pôr a claro o controlo da Administração sobre o Poder Judicial. Nesse sentido escreveu PINTO OSÓRIO:⁴⁷

«Poderá [o Conselho] apreciar o fundo das decisões? Poderá resolver se os juízes julgaram bem ou julgaram mal? Evidentemente não pode. Só aos tribunais de recurso isso compete. Seria inadmissível e irregularíssima a existencia de uma entidade official a *latere* dos tribunaes ordinarios, ou acima do Supremo Tribunal de Justiça, declarando boas ou más as decisões proferidas pela magistratura judicial. Seria contrario ao artigo 56.º da Constituição, que declara serem órgãos do poder judicial *um* Supremo Tribunal de Justiça e os tribunaes de primeira e segunda instancia estabelecidos na lei. Dous supremos, ou um *supremissimo* é que a constituição não admite. Não pode ser!». E, continua o mesmo Autor, «E aquelle ponto, em que faz a afirmação de que o conselho pode conhecer do fundo das decisões para formar o seu juizo sobre a sua (dos juizes) competencia e meritos profissionaes, unicamente para o effeito de ulteriores classificações.

Parece nos muito duvidosa esta doutrina! Ella é filha das inextricaveis dificuldades em que o conselho se debate para encontrar elementos para a *documentação dos meritos* a fim de, por esses elementos, pondo de parte a antiguidade, fazer as propostas para as promoções!

Luta essa com o impossível! Querer executar aquelle preceito da lei organica do conselho (artº 3 nº 5) é - servindo-nos da comparação camiliana - pretender endireitar a sombra da vara torta!

Como é que o conselho que, por sua natureza, está inhibido de conhecer do fundo de decisões, como elle reconhece, ha de conhecer para esse effeito ? *Simul esse et non esse!*». E, insurgindo-se contra a eliminação do

⁴⁷ *Conselho Superior da Magistratura*, Revista dos Tribunaes, anno 32.º, n.º 753, de 15 de Outubro de 1913, pp. 193/194.

critério da antiguidade substituído pela subjectividade do critério de mérito diz :«quem tiver lampada em Meca tem o caminho alumiado para se adeantar na carreira; e, com facilidade, sem tropeçar, chegar aos mais altos postos della!».

É manifesto que esse sistema arbitrário compromete a independência do juiz perante a Administração. Era irrelevante para o juiz ter ou não conhecimentos científicos, decidir bem ou mal, ser ou não isento e imparcial. De nada disso dependia a sua carreira — ou sequer a permanência na magistratura —. Importante era merecer a confiança da Administração. Refere FERNANDO RUIVO,⁴⁸ «A disciplina do saber, exerce-se, assim, em grande parte, por intermédio da disciplina do corpo, através da integração em cerimónias e encenações, sinais visíveis da correcção e conveniência social dos modelos predominantes de comportamento e coesão».

Com este sistema, as decisões jurisdicionais, passaram a ser controláveis e controladas pela Administração consequência da perda da independência do juiz.

Não obstante as críticas aduzidas contra esse sistema o mesmo manteve-se.

Já no tocante às promoções da Relação para o STJ manteve-se o regime puro da antiguidade.⁴⁹

2.3.2 – O Procedimento Disciplinar *stricto sensu*

A segunda vertente do poder sancionatório da Administração é o procedimento por infracção disciplinar. Aqui, o diploma elimina praticamente todas as garantias de que gozavam os juízes durante a Monarquia Constitucional.

O artigo 1.º desse diploma estatuiu:

«A responsabilidade disciplinar dos juízes, por actos ou omissões da sua vida pública ou particular, que, não constituindo crimes, representem, todavia, transgressão de deveres profissionais, ou sejam incompatíveis com o decôro e a dignidade indispensáveis ao exemplar exercício da função de julgador; e os efeitos de carácter disciplinar das condenações impostas a esses juízes são definidas por esta lei». Desta forma a administração passou a controlar toda a vida pessoal do juiz.

Com esta norma em branco, recheada de cláusulas vagas e conceitos indeterminados, a segurança jurídica advinda do princípio da *tipicidade* da infracção foi eliminada. A con-

⁴⁸ *Ob. cit.* p. 347.

⁴⁹ Este regime manter-se-ia até à publicação do primeiro Estatuto Judiciário — Decreto n.º 13.809, de 22 de Junho de 1927. Cfr. n.º 3 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 33.547, de 23 de Fevereiro de 1944.

densação dessas cláusulas, ou seja, a definição do que seja infração disciplinar fica no poder discricionário da administração.

Por sua vez o artigo 4.º do mesmo diploma, enunciava as penas disciplinares a que estavam sujeitos os magistrados judiciais. Uma — censura, multa, transferência e suspensão de três meses a um ano com um terço do ordenado — aplicáveis pelo CSM; outras — a suspensão por mais tempo, a transferência para comarca ou tribunal de inferior categoria e a demissão — aplicáveis pelo Governo. Estas últimas penas eram aplicáveis sob proposta do CSMJ, por iniciativa própria ou mediante parecer solicitado pelo Governo.

A Administração reparte, assim, *competências disciplinares*. A apreciação da infração disciplinar e a aplicação da pena competem, consoante o caso, à Administração Central ou ao órgão administrativo CSMJ. *Desjurisdicionizou-se*, também, o processo disciplinar sendo, apenas, obrigatória a audição do arguido — artigo 6.º.⁵⁰

Eliminou-se, também, o princípio da correspondência entre a pena e a infração, ou seja, elimina-se o princípio da *proporcionalidade*. Qualquer infração é susceptível de ser punida com qualquer das penas previstas na Lei.

Com a vastidão desse poder discricionário, os juízes estavam completamente sujeitos à Administração.

A crescer, foi eliminada a possibilidade de recurso das sanções disciplinares. Os juízes ficam desprovidos, nesta matéria, de tutela jurisdicional.

Com estas normas consumava-se a total sujeição dos juízes à Administração. De facto, o juiz não sabe nunca quando comete uma infração disciplinar, qual a pena que lhe cabe e, ainda que punido por infração inexistente, — que pode atingir a demissão —, não dispõe de tutela jurisdicional. Significa isto que o direito ao exercício de profissão e a manutenção do posto do trabalho está unicamente dependente do puro arbítrio da Administração.

Através da acção disciplinar a administração controla a vida profissional e pessoal do juiz, decide *sem qualquer controlo* da permanência ou não de um juiz na magistratura, da sua transferência ou da sua promoção.

Desta forma, a administração esvazia os princípios da *irresponsabilidade* e *inamovibilidade* dos juízes. Torna-os seus *dependentes*.

⁵⁰ «Os magistrados sindicados ou arguidos perante o Conselho serão sempre ouvidos sobre a arguição».

Comentando esse sistema, escreveu PINTO OSÓRIO:⁵¹

«Não se diz quaes as infracções, a que hão de ser impostas as penas mais leves, ou as mais graves, que podem chegar ate á *demissão*! Fica isso ao puro arbitrio do conselho! É contrario aos mais elementares principios da justiça penal» e « E depois... ahi nos apparece a *demissão*, imposta em processo disciplinar. Sem discussão ampla de accusação e defesa, à luz da mais plena publicidade. Sem o juíamento por todo o tribunal superior, em sessão plenaria! Sem appellação nem aggravos Sem os recursos, que se não negam na mais insignificante causa, porque pertencem ao direito natural da defesa, que teem todos os litigantes! Nada distol Nada! Simplesmente proposta a *demissão* de juizes ao governo, feita por um triumvirato, ao qual a propria lei qualifica de *comissão*, amovivel anoalmente. Onde se viu isto em magistratura alguma? A que fica reduzido o dogma da dlvisão e independencia dos poderes? De que serviu que a Constituição tenha declarado o poder judicial um dos órgãos da soberania nacional (art. 6.º), e que, em nome della, exerçam os juizes as suas funções? De nada serviu! Tudo isto é mau! Tudo isto é pessimo!».

E, desta forma, estava traçado o regime aniquilador da independência dos juizes que vigoraria durante toda a 1.ª República caracterizado por três notas essenciais:

- A existência de um órgão administrativo encarregado do controlo da magistratura judicial;
- O controlo por esse órgão do conteúdo da decisão jurisdicional determinante em matéria de classificações de serviço com a consequente aniquilação dos princípios da irresponsabilidade e inamovibilidade dos juízes;
- Um regime disciplinar com atipicidade da infracção disciplinar também ele aniquilador dos princípios da inamovibilidade e irresponsabilidade dos juízes.

3 – Os Decretos n.º 4.172, de 30 de Abril de 1918 e n.º 10.310, de 19 de Novembro de 1924

Na legislação posterior o Decreto n.º 4.172, de 30 de Abril de 1918⁵² *atribui ao CSMJ funções jurisdicionais*. Passa a competir a esse órgão o *juíamento* de todas as *reclamações de antiguidade* que, até então, pertenciam ao STJ (art.º 11º, nº 8), ou seja, substituiu-se o recurso contencioso pelo recurso hierárquico, *jurisdicionalizando-se* a deliberação administrativa. Já no tocante a matéria disciplinar, eliminam-se algumas penas (art.º 11.) e atribui-se ao Conselho competência para aplicar as penas de demissão e de aposentação por incapacidade moral cabendo recurso dessas decisões para o STJ (art.º 13º).

⁵¹ *Ob. cit.* p. 148.

⁵² Diário do Governo, I Série, n.º 92, de 30 de Abril de 1918.

O Decreto n.º 10.310, de 19 de Novembro de 1924, no tocante às classificações, embora reconhecendo que o critério do mérito servia apenas interesses pessoais de quem detinha o poder,⁵³ mantém a prevalência do critério de mérito de preferência ao da antiguidade em matéria de promoções — artigo 8.º, n.º 7.º.⁵⁴

Não obstante o diploma referir a não ingerência da administração com os «serviços»⁵⁵, o diploma expressamente consagra essa interferência. Assim, para o estabelecimento do mérito o inspector apreciará — artigo 52.º, n.º 12.º —: «Se (nos) [...] despachos e sentenças usam de linguagem grave e urbana própria do foro e se alguma ou algumas merecem referência especial, quer pela importância do ponto de direito discutido e proficiência com que este foi tratado, quer pela ignorância, leviandade, incapacidade ou espírito de ganância que revelem».

Para além dos *iténs* expressamente referidos nos números 1.º a 20.º do artigo 52.º, sobre os quais, o inspector tem de se pronunciar, o n.º 21.º da mesma disposição, consagra ainda mais cláusulas vagas e conceitos indeterminados, como meio de aferição do mérito do juiz. Estatui:

«Enfim, todos os factos que a sua própria iniciativa aconselhar, ou acaso a inspecção revele, que sirvam para demonstrar não só a dedicação, o zelo e a competência, ou o desleixo, o abandono e a incompetência dos funcionários, nos serviços que lhe pertencem, mas também a inteligência, cultura e sentimento jurídico, o estado de saúde, a energia física e moral, o amor pela justiça, a independência política e económica, a austeridade de carácter, e outras qualidades necessárias ao prestígio das funções judiciais».

A infracção disciplinar mantém-se essencialmente *atípica*. O Decreto copia a mesma disposição repleta de cláusulas vagas e conceitos indeterminados que já constava do

⁵³ «[...]é necessário que de dêem aos magistrados e seus subalternos as garantias necessárias à independência da sua acção oficial. Certas há, referentes ao provimento, acesso e estabilidade dos cargos, que só na futura reforma judiciária, podem ter cabimento. Aquelas que neste decreto puderam legitimamente ser inscritas tendem a promover a subtracção do pessoal judiciário às pressões políticas e aos caprichos pessoais, a garantir uma rigorosa apreciação dos méritos, de cada qual e assegurar maior homogeneidade no funcionamento dos tribunais, acabando com dúvidas e divergências que muitas vezes induziam em erro os empregados melhor intencionados».

⁵⁴ «7.º Classificar em lista graduada, pela apreciação ponderada dos méritos e deméritos de cada um, de preferência ao critério da antiguidade, os juizes de direto, que devam ser promovidos às classes ou instância superior[...]»

⁵⁵ «Art. 28.º — Aos inspectores nenhuma ingerência é permitida na ordem ou na execução dos serviços a inspecionar, que eles evitarão quanto possível perturbar».

artigo 1.º, da Lei de 1912, englobando tanto a vida profissional como particular do magistrado.⁵⁶

Porém, em relação às penas mais graves, que implicam a desvinculação do cargo, o Decreto estabelece condições para a *aposentação* e *enumera*, embora insuficientemente, os comportamentos susceptíveis de conduzirem à pena disciplinar de *demissão*.

Estipula-se o princípio genérico da *proporcionalidade* entre a infracção e a pena — artigo 95.º⁵⁷ — afirmado, especificamente, no tocante à pena de multa — artigo 88.º.⁵⁸

Introduziu-se, também, o instituto da *prescrição* da infracção (art.º 118) e uma cláusula de *caducidade* do procedimento disciplinar (art.º 119).

O artigo 120.º veio consagrar uma medida ostensivamente atentatória do princípio da *inamovibilidade* atribuindo-lhe, para esconder o seu carácter sancionatório, uma natureza puramente administrativa. Estatuía: «O Conselho Superior Judiciário, quando houver motivos excepcionais, referentes quer às circunstâncias peculiares de uma comarca ou cargo, quer às do magistrado ou oficial de justiça que nele servir, poderá propor a sua transferência ou afastamento temporário do cargo, sem qualquer carácter de penalidade, e apenas tendo em vista uma imperiosa e ocasional necessidade de obviar aos inconvenientes de um determinado funcionário numa determinada situação».

Portanto, em suma, a Constituição de 1911 e a legislação que se lhe seguiu anulou por completo a independência dos juízes.

Diga-se, como nota final, que este sistema de controlo e gestão dos juízes criado na I República nas suas linhas essenciais perdurou no tempo sendo o seguido na II República e sendo, ainda, o seguido actualmente na III República embora, tanto num como noutro caso, com pequenas variantes.⁵⁹

⁵⁶ Assim, o artigo 8.º estatui: «Ao Conselho Superior Judiciário compete, em geral, o conhecimento da responsabilidade disciplinar dos magistrados judiciais e do Ministério Público e dos oficiais de justiça e demais funcionários a ele sujeitos, por actos e omissões da sua vida pública ou particular que constituam transgressão de deveres profissionais ou sejam incompatíveis com o decoro e dignidade indispensáveis ao exercício das suas funções [...]».

⁵⁷ «Artigo 95.º — As penas disciplinares serão [...] aplicadas em proporção da gravidade e número das infracções ou do dano por elas causado;»

⁵⁸ «Artigo 88.º — A pena de multa será proporcional à gravidade da infracção e aos proventos do cargo do infractor».

⁵⁹ Para desenvolvimentos sobre essas matérias vide CARLOS ALBERTO CONDE DA SILVA FRAGA, *Subsídios para a Independência dos Juízes – O caso português*-, Ed. Cosmos, Lisboa, 2000.

Bibliografia

- BAPTISTA, LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA, *Notas ao Código Penal Português*, 2.^a Ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1923.
- CAETANO, MARCELLO, *Do Poder Disciplinar*, Ed. da Universidade, Coimbra 1932.
- FRAGA, CARLOS ALBERTO CONDE DA SILVA, *Subsídios para a Independência dos Juizes – O caso português-*, Ed. Cosmos, Lisboa, 2000.
- HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL, *Guiando a Mão Invisível*, Ed. Almedina, 2004.
- MAGALHÃES, BARBOSA DE, *Prefácio - Estatuto Judiciário*, Empresa Universidade Editora, Lisboa, 1937.
- MARTINS, COUTO, *Novo Estatuto Judiciário*, Ed. Couto Martins, Lisboa, 1933.
- MOURISCA, J., *A Independência do Poder Judicial*, RJ, Ano 3.º, n.º 56, de 25 de Junho de 1918.
- OSÓRIO, PINTO, *Conselho Superior da Magistratura*, RT, anno 32.º, n.º 753, de 15 de Outubro de 1913.
- PRAÇA, JOSÉ JOAQUIM LOPES, *Direito Constitucional Portuguez – Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, Coimbra, 1879, in BFD - STUDIA IVRIDICA, 25
- REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, *Organização Judicial -Lições feitas ao curso do 4.º ano jurídico de 1908 a 1909*, Coimbra, Imprensa Académica, 1909.
- RUIVO, FERNANDO, *A Magistratura num Período de Crise do Estado: 1969-1974*, Colóquio Portugal 1974-1984 - Dez Anos de Transformação Social, Revista Crítica de Ciências Sociais, n.ºs 18/19/20, Fevereiro de 1986.
- SILVEIRA, PHILIPPE CARLOS DA, *A Desorganização Judicial*, GRL, 2.º Anno, n.º 36.º, 5 de Dezembro de 1886.
- SOUZA, MARNOCO E, *Direito Politico*, França Amado Ed., 1910.
- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Ed. AADFDL, 8.^a Ed., Lisboa, 1996.