
**Paula Botafogo Caricchio
Ferreira**

Mestranda em História pela
Universidade de São Paulo

PÉREZ, Fernando Martinez.

Entre Confianza y Responsabilidad: la Justicia del Primer Constitucionalismo Espanol.

Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. 644p.

Fernando Martinez Pérez faz parte de uma historiografia recente ligada ao Direito. Ele busca a revisão de uma corrente historiográfica produzida durante o regime do franquismo que criou uma imagem pejorativa da experiência constitucional de Cádiz. Em sua tese de doutorado, vinculada ao Centro de Estudios Políticos y Constitucionales e defendida em 1998 na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma de Madrid, ele vai, através do estudo do Poder Judiciário, desmentir a afirmação mais ampla de que a experiência constitucional gaditana não possuía rigor quanto à aplicação da letra da constituição. Isto é, segundo essa historiografia, o primeiro momento constitucional organizou um Estado em que primava o descompasso da teoria com a prática. Em última instância, essa pretensa falta de rigor desvalorizou no meio acadêmico o estudo das diretrizes do Direito do período. Assim, para essa corrente historiográfica, a justiça estaria ancorada em um modelo que se referia exclusivamente ao Antigo Regime, com as marcas de uma Monarquia administrativa e de um Estado de polícia, ao contrário do paradigma moderno de Estado. Esse processo de transformação só teria se assentado a partir da Lei de 1870.

O passo inicial do autor é a advertência à necessidade de historiar esse primeiro liberalismo. Nesse sentido, dois fundamentos essenciais devem ser considerados na análise da experiência gaditana: o primeiro é a sua relação com os problemas estruturais do absolutismo europeu e o segundo, a gestão jurisdicional do poder político no século XIX. Dessa forma, o autor parece entender de maneira mais precisa que há no início do século XIX, um liberalismo diferente do atual, percepção inexistente na corrente historiográfica a qual Pérez critica.

O liberalismo delineado pelo autor era marcado por um hibridismo entre valores, legitimações e usos de Antigo Regime e da modernidade. O recorte cronológico do livro de 1810 até 1823 refere-se às duas primeiras etapas de vigência do sistema constitucional, entendidas pelo autor como o momento de construção de um aparato jurisdicional perene até a revolução de 1868, não por seu arcadismo, mas por sua grande capacidade de adaptação constitucional às transformações históricas da passagem de um Estado Absolutista à um Estado Nacional.

No início do século XIX havia uma cultura jurídica marcada pela lógica da impossibilidade de silogismo normativo. Isto é, a administração da justiça dependia fundamentalmente da autoridade - "qualidade" - dos juizes e dos trâmites processuais em detrimento de cânones ou regras normativas. A isso se coaduna o pressuposto histórico de que a Administração no momento da crise da independência não pode ser entendida como "sujeito", ou seja, como um centro de atribuição de resoluções judiciais. Nesse sentido, resta aos pesquisadores concentrarem suas investigações nas marcas da organização judicial vistos como predicados pessoais dos juizes.

Nesse ponto, reside um dos elementos fundamentais necessários para a revisão historiográfica: a busca de novas fontes. Esses documentos são relativos à gestão da justiça e da prática dos tribunais. Registros de

ordens no Arquivo do Congresso e no Conselho de Estado; projetos de leis; livros e papéis da atuação do Conselho nas primeiras etapas constitucionais; relações de méritos e listas de provisão para empregos da judicatura e a Imprensa. Estes documentos eram esquecidos, sendo considerados "patológicos" quando diferiam da teoria ou "fantasiosos" e "enganosos" ao seguirem a risca a letra da lei. Pérez, ao contrário, os aprecia como triunfos para a compreensão da relação entre prática e teoria, eixo do funcionamento do sistema judicial do período. Ainda mais, eles retratam uma Espanha que era "dupla", tendo uma porção peninsular e outra ultramarina.

A partir desse panorama, o momento gaditano é encarado por Pérez como fundacional: o Poder Judicial tornou-se pressuposto do constitucionalismo moderno. O que o autor não coloca em termos muito claros, mas apresenta em uma série de narrações de episódios políticos e debates parlamentares, é o fato de que a Era Constitucional tinha como fundamento a luta entre os poderes legislativo e judiciário em busca da hegemonia do poder de interpretação da lei. O lócus da soberania era entendido como o ato de legislar. Uma concepção do judiciário pragmática e não doutrinária conciliava-se mais com o poder legislativo, pois era capaz de, através do recrutamento baseado na adesão política e na responsabilidade fiscalizada por uma série de trâmites processuais, manter a inamovibilidade judiciária, ao mesmo tempo em que controlava o poder da judicatura. Enfim, o campo judiciário não foi desconsiderado na experiência constitucional de Cádiz. A ausência de uma justiça substantiva na letra da Constituição foi parte mesmo de uma opção política por uma concepção de judiciário.

Os estudos e afirmações de Pérez possuem como pressuposto a definição do "absolutismo judicial" cunhado por seu mestre, F. Tomás y Valiente. O termo se relaciona a falta de uma sistematicidade ou ordenamento jurídico do poder judiciário, o que gera uma maior margem de atuação do juiz, conforme uma prestigiosa autoridade do mesmo. Esse modelo primava por uma experiência jurídica incerta e de ordem plural. O controle do Poder Judiciário era feito através da responsabilização da magistratura pela **confiança** – o que dá título ao livro. O contexto era o de limitação do caráter absoluto da Monarquia, o mesmo se adequava à judicatura, tida como imagem fiel do Monarca. A tentativa era a do disciplinamento dos magistrados, conforme um ideal de "bom juiz".

A descrição dos episódios políticos, debates parlamentares, definições constitucionais, mudanças nas letras das leis seguem um método por todo o livro. Dessa narração são enunciadas as conclusões do autor, sem grandes elucubrações teóricas. Ao invés de afirmar um descompasso da teoria e da prática como uma espécie de "patologia", algo contraditório e ambíguo, como o faz a corrente historiográfica a qual Pérez critica, ele privilegia a compreensão da relação da teoria e da prática como se por um lado a teoria não se fizesse operativa pela sua simples enunciação, e por outro, a prática – entendida como a forma de tornar orgânicas as funções da teoria judiciária – se fizesse imprescindível na análise histórica.

Diante desses pressupostos, o autor afirma que os construtores políticos do liberalismo a partir de Cádiz optaram politicamente por um modelo de judicatura baseado na seleção dos magistrados em detrimento de uma reforma do campo judiciário. Engenhosamente, os constituintes a fim de construir um Estado moderno e liberal, por efeito do contexto das guerras de independência, em que o Tesouro Público estava esvaecido,

usaram-se ao máximo da tradição. A continuidade é patente na implementação da responsabilidade e do "estatuto do juiz", além das normas de trâmites processuais.

O nervo da estruturação do arranjo judiciário era baseado no "estatuto do juiz". Em toda a primeira parte do livro, o autor dá grande destaque ao alcance empírico de tal estatuto. Dois princípios são destacados: de um lado, o "recrutamento" dos magistrados, baseado nas qualidades do juiz e no valor estrutural da adesão política desse. De outro lado, a "responsabilidade" do magistrado. Além disso, Pérez aborda a retribuição do juiz como algo mantenedor da ordem judicial. Nesse ponto, o que estava em conflito era uma visão patrimonial do cargo judiciário e a dificuldade de um Estado deficitário com alto custo de realizar novas "contratações". Assim, a justiça adquire um caráter leigo.

A "Justiça" era entendida como mecanismo de manutenção do equilíbrio dos poderes sociais, do *status quo* de um Estado. A magistratura era tida como a imagem de fidelidade ao Rei. Ela apoiou a renúncia de Fernando VII em Bayona, tomando a frente como inimiga dos trabalhos constituintes. Nas Cortes de Cádiz, logo de início, a tensão era entre a consolidação das Cortes e a legitimidade da renúncia de Fernando VII. O apoio dos magistrados ao irmão de Napoleão significava tornarem-se, para os deputados constituintes, inimigos da Nação e das Cortes. O meio de excluir do aparato de justiça os magistrados "afrancesados" ou os indiferentes às reformas não foi pela via da perseguição penal, mas justamente pela fixação de qualidades para o acesso dos juizes nesse aparato. O Decreto de 3 de junho de 1812 teve papel fundamental. Nele, a concepção do "bom juiz" se transformou. Mantiveram-se as qualidades típicas - aptidão, moralidade e conceito público -, mas a adesão política tornou-se central para o recrutamento de magistrados dedicados às reformas da Constituição e mesmo para o afastamento dos antes empossados.

A prática do decreto de junho de 1812 gerou dois estatutos institucionais sobre os quais o autor desdobra suas conclusões e mostra como a adesão política era privilegiada em relação às qualidades tradicionais. Por um lado, a figura do "cesante", o magistrado desempregado público com salário e honras. Esse descolocado demonstra uma concepção do emprego judiciário como patrimônio, mas, ao mesmo tempo, ele era afastado temporariamente por sua oposição política. Por outro, a figura do "interino", o empregado temporário. Ele era admitido por sua adesão política, mesmo que as qualidades tradicionais não fossem completas. Esses estatutos seguiram pelas constituições e foram submetidos a diversos usos políticos.

A concepção do empregado público mais como um agraciado do que como funcionário e assim o emprego mais como retribuição do que atribuição de uma função foi transformada com a idéia de responsabilidade. No Código Penal de 1822, Art. 451 se define que o juiz é responsabilizado pelos **interesses** envolvidos na contravenção da norma, prejudicando terceiros ou a causa pública. A responsabilidade das sentenças fixada nos interesses e não na doutrina é atribuída a um conceito do judiciário chamado de pragmático.

Essa concepção da responsabilidade medida pelo interesse, conciliava o poder judicial com o legislativo. A responsabilidade funcionava como controle do magistrado pelo legislativo, tornando os juizes passíveis de averiguações. Ao mesmo tempo, se conservava, em relação aos outros funcionários, a tradição de respeito superior aos juizes. Outra vantagem

ligada a essa idéia foi a da manutenção do procedimento de circulação normativa do Antigo Regime, onde a interpretação da lei reside nas várias instâncias - a do mandatário e a do que exerce.

Da tradição de valorização do juiz e da manutenção dos trâmites e circulação normativa com o objetivo da construção de um Estado liberal, deriva algo importantíssimo para o autor: o juiz era responsável pela observação das normas processuais, uma série de formalidades baseadas em "números", de votos, de instâncias e de sentenças. Ademais, eles eram responsabilizados publicamente, através das publicações na Imprensa. De outro modo, a responsabilização pelo modelo de justiça substantiva, aquela formada por cânones jurídicos, era de difícil controle e sanção tanto pelo poder legislativo quanto pela sociedade em geral. Afinal, o saber relativo ao direito era um campo restrito de conhecimento e monopólio dos magistrados.

Assim, os constituintes de Cádiz reconheciam e sobre-dimensionaram a tradição de responsabilidade culposa dos juizes, de modo a utilizá-la em prol de seus interesses liberais de adesão política. Eles aproveitaram com destreza da tradição. Apesar do caráter tradicional, as normas processuais foram o que garantiram as duas marcas de um Estado moderno: a legitimidade do processo perante outras autoridades e a crença na retidão das sentenças, baseadas em um critério de verdade axiomático. Nesse esquema, a punição da infração era uma peça chave para manter o edifício social. Além disso, a responsabilização era de todos, desde o mais hierarquicamente superior (Secretários de Estado) até o mais inferior (Ajuntamento constitucional). Ainda mais, o caso era julgado como uma causa formal, com informação sumária, audiência e contradição.

Esse arranjo descrito pelo autor mostra que a reticência na questão da responsabilidade dos juizes confirmava a crença da época de que a soberania residia no ato de legislar. Logo, o poder judiciário não tinha soberania no exercício de suas competências, devendo ser controlado e submisso ao poder legislativo através da responsabilização.

Na segunda parte do livro, o autor descreve o projeto judicial gaditano, destacando a transformação da justiça inferior nas diversas formas de justiça, a "justiça cidadã". A justiça mais numerosa não era a dos tribunais e juizes de nomeamento real (letrados), mas a dos alcaides comuns, "os justicás" (leigos). A partir disso, o autor vai analisar a organização da justiça para empreender a prática desses magistrados locais e verificar que o que mais imperou foi uma justiça cidadã (leiga) e não uma letrada. Porém, isso não revela uma contradição do liberalismo, mas sim uma característica que comprova ainda mais seu hibridismo. Mais do que isso, uma opção política pela autonomia do município e da província, atrelando-os ao pacto político pela idéia de soberania, encarnada na eleição dos alcaides.

Na organização judicial, o Supremo Tribunal de Justiça representava o centro e o cume da autoridade judicial. O seguimento das normas processuais funcionava como a defesa contra a nulidade do julgamento e as consultas controlavam a administração da justiça. O Tribunal como ápice e centro dos trâmites era chave para a averiguação do funcionamento das normas processuais. Ele garantia a manutenção da confiança na justiça e a impossibilidade de anular o processo.

Ao lado do Supremo, mantiveram-se as Audiências, mas diferenciadas por dois motivos: o esvaziamento de competências "governativas" pela inflexão da guerra de independência e a responsabilidade que previa o cumprimento dos trâmites processuais. Enfim, essas transformações fizeram

das Audiências apenas instâncias de justiça territorial. Nelas também se interpretava a lei, exercício entendido como soberano. Graças a essa forma foi possível garantir aos juizes de primeira instância o monopólio da solução dos conflitos que antes era da administração dos antigos juizes ordinários. O modelo letrado de justiça foi desprestigiado em prol de uma justiça de "iguais" e "eleita", os últimos entendidos como depositários de soberania e representada pelos jurados, alcaides e juizes.

A partir de 1812, com o movimento de negação da condição de juiz ordinário ao alcaide, principalmente no Triênio, se completou a construção daquele monopólio jurisdicional frente à justiça senhorial incorporada à Nação em 1811. Isso se realizou baseado na idéia de natureza conciliatória do alcaide. Esta não era entendida como um juízo, mas como meio de evitar juízos, resolvendo os conflitos sem a necessidade de um juiz. O alcaide não respondia a uma responsabilidade julgada frente ao chefe judiciário, apenas perante o dirigente político.

Na terceira e última parte do livro, o estudo do Poder Judiciário, algo ainda deficiente na historiografia brasileira, revela quatro principais conclusões gerais que nos apontam para uma possível similitude dos casos gaditano, português e até mesmo o brasileiro. A primeira é a de que o ato de julgar no constitucionalismo significava administrar o poder político. A segunda reside na afirmação de que a responsabilidade dos empregados públicos era a chave do funcionamento da justiça, como garantia de que os magistrados selecionados fossem manter o Edifício Social liberal. A terceira conclusão é a de que na época se criou uma hierarquia de poderes, baseada no predomínio do legislativo como agente interpretativo da lei, como controlador do judiciário, em que o lócus da hegemonia eram as Cortes, atribuindo em última instância a irresponsabilidade aos seus deputados, afinal não havia como julgar os depositários da soberania da Nação. Por fim, a quarta ilação é que a existência de diversas justças, diferentes da ordinária (a militar, a eclesiástica e a de comércio) expressava a persistência de um paradigma jurisdicional pré-constitucional, próprio de uma cultura jurídica em que o privilégio jurisdicional significava autonomia. Esse era um arranjo político pré-constitucional que foi mantido no constitucionalismo pois foi entendido como o único capaz de manter uma centralização legislativa nas Cortes, sem com isso desestabilizar os poderes do Estado.

Recebido para publicação em abril
de 2008
Aprovado em abril 2008