

# PENÉLOPE

FAZER E DESFAZER A HISTÓRIA

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL — Nº 6 • 1991

DIRECTOR  
A. M. HESPAHHA

## REDACÇÃO

Álvaro Ferreira da Silva (FE-UNL); Amélia Aguiar Andrade (FCSH-UNL); António Costa Pinto (CEHCP-ISCTE); António M. Hespanha (ICS); Bernardo Vasconcelos e Sousa (FCSH-UNL); Carlos Fabião (FLI); Fernando Rosas (FCSH-UNL); Helder A. Fonseca (UE); José Manuel Sobral (ICS); Luís Krus (FCSH-UNL); Luís Ramalhosa Guerreiro; Mafalda Soares da Cunha (UE); Maria Alexandra Lousada (FLI); Nuno Gonçalo Monteiro (ICS); Nuno Severiano Teixeira (UE/UCP); Rui Ramos (ICS); Valentim Alexandre (ICS); Vítor Serrão (FLUC); Secretário da Redacção: João Carlos Cardoso

Propriedade do título: Cooperativa Penélope. Fazer e Desfazer a História  
Subsídios à Redacção da J.N.I.C.T. e S.E.C.

Nota: Os originais recebidos, mesmo quando solicitados, não serão devolvidos.

---

### Edições COSMOS

Rua da Emenda, 111-1º  
Telefones: 342 20 50 • 346 82 01  
Fax: 347 82 55

---

Reservados todos os direitos  
de acordo com a legislação em vigor

---

© Cooperativa Penélope

---

Composição, impressão e acabamento: Edições COSMOS  
Distribuição: Edições COSMOS

---

1ª edição: Setembro de 1991  
Depósito Legal: 49152/91  
ISSN: 0871-7486

---

# O Juiz como Categoria Administrativa — Sobre a Semântica Estatal na Espanha do Século XIX

António Serrano

Faculdade de Direito. Universidade Autónoma de Barcelona

## 0. À maneira de pretexto

Madrid, Janeiro de 1875. Durante este mês ventilou-se, na Terceira Sala do Tribunal Supremo, um caso que, por duas razões distintas, irá chamar a atenção da imprensa jurídica especializada. Em primeiro lugar, pela sua repercussão sobre o «prestígio» da instituição directamente implicada: a Audiência de Madrid e, logicamente, a Administração da justiça no seu conjunto. Em segundo lugar, por se tratar de um assunto sem precedentes judiciais, de uma «questão nova» sobre a qual não existia jurisprudência aplicável anteriormente<sup>1</sup>. Estas duas razões eram, sem dúvida, tecnicamente relevantes, mas, quando se trata de considerar estritamente em si mesmo o objecto do litígio, pode dizer-se que se tratava, na realidade, de um assunto socialmente pouco espectacular: resolvia-se simplesmente uma reclamação de um magistrado da Audiência de Madrid contra uma decisão governamental que lhe negava a sua antiguidade e direito de preferência em relação a outros cinco magistrados da mesma Audiência, apesar de exercer o seu cargo há muito mais tempo que estes. Sem dúvida, basta pensar um pouco para recordar a crítica pertinente, que dos burocratas fizeram escritores e artistas — uns profissionais que, como se sabe, se caracterizam por gozar o privilégio de poderem obter para si um provento indeterminado —, para nos darmos conta de que este litígio judicial põe em jogo a mais vulgar das ambições: a ambição burocrática, aquela que se desdobra gradualmente à escala de uma vida e que vem modelada a cada momento por uma aguda consciência dos limites inerentes à posição profissional ocupada<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver «Categorías en la magistratura, antes y después de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 46, (1875), pp. 157-171, 231-240. Com este título e com uma nota prévia da redacção da revista, recolhem-se integralmente tanto o discurso pronunciado pelo advogado de defesa, Enrique Ucelay, como o texto da Sentença do Tribunal Supremo ditada a 20 de Janeiro de 1875.

<sup>2</sup> Cf. Bourdieu, Pierre, «Classement, déclassement, reclassement», *Actes de la recherche en sciences sociales*, 24, (1978), pp. 1-22.

Se, sob um ponto de vista metodológico, se considerar, além disso, a perspectiva tipicamente pequena-burguesa que aparece associada à visão do mundo de uns juízes que não discutem forçosamente a propósito da sua actividade jurisdicional, mas sim por umas quantas pesetas e um assento mais preeminente dentro do tribunal, então resulta na aparência, bastante discutível a relevância jurídica-teórica que pode ter um acontecimento histórico deste calibre. Com efeito, perante uma controvérsia jurídica como esta, em que é inclusivamente o interesse pessoal do juiz como pessoa empregada num ramo da Administração — e não já o interesse geral desta como instância que aplica e realiza o direito — que é objecto em si mesmo de avaliação jurídica<sup>3</sup>, resulta certamente difícil conseguir que a análise não caia na conhecida armadilha de *fazer passar por explicação histórica do direito o que não é senão a descrição dos apetites sociais dos seus agentes*. Por outras palavras, e para não abrir agora um debate já conhecido<sup>4</sup>, parece geralmente aceite que o fazer residir a origem histórica dos juízes e tribunais, não já numa estrutura (não intencional) mas sim numa vontade de poder constitui — usando, para simplificar, um termo hegeliano<sup>5</sup> — um claro indício de rusticidade (*Roheit*) teórica.

O «horror vacui» hegeliano produzido pelo facto de se saber que, abordando o tema da justiça nesta perspectiva, nos aventuramos uma área onde o pensamento está ausente (*Gedankenlosigkeit*) talvez possa ser eliminado se nos detivermos em certas questões de detalhe jurídico que são debatidos neste pleito perante o Tribunal Supremo. Em particular, interessa-nos estabelecer aqui os seguintes pontos: 1) estava fora de discussão o facto de os magistrados nomeados terem tomado, efectivamente, posse do cargo de magistrado da Audiência de Madrid, posteriormente ao magistrado demandante; 2) todavia, acontecia que os ditos magistrados vinham exercendo, anteriormente e com soldo menor, diversos cargos de Presidentes de Sala e Fiscais em Audiências fora de Madrid, o que resultava da aplicação de uma legislação regulamentar (R.R. D.D. de 7.3. 1851 e de 13.12.1867) que vinha assimilando estes cargos aos dos magistrados da Audiência de Madrid.

---

<sup>3</sup> «...intentábase por el defensor del demandante, separar del asunto toda cuestión personal, queriendo hacer ver que el digno Magistrado á quien representa no venía a este elevado Tribunal movido de ninguna clase de interés, de ninguna razón personal respecto a sus compañeros, sino sólo del sentimiento siempre recto y laudable de la justicia... No intento yo demostrar que esto no sea del todo exacto; pero entiendo que no hay por qué negar en este debate el interés personal, legítimo, ... noble, como lo es toda aspiración á distinguirse en el servicio del Estado y adelantar en la carrera á que con honra inmaculada e indisputable mérito pertenecen el demandante y los coadyuvantes, todos igualmente respetables, todos igualmente dignos.» (Discurso pronunciado pelo letrado D. Enrique Ucelay, *Categorías en la magistratura, antes y después de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial*, (N.1), S., p. 159).

<sup>4</sup> Cf. Serrano, Antonio, «Die 'Doctrina legal' des spanischen 'Tribunal Supremo' in der rechtshistorischen Analyse des Justizbegriffs», *Ius Commune*, 16, (1989), pp. 219-247.

<sup>5</sup> Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 361 (Stuttgart, 1981, pp. 361-362).

A explicação estritamente jurídica desta palavra enigmática — «assimilação» — remete directamente para outra expressão igualmente enigmática: pois significava simplesmente que os magistrados da Audiência de Madrid, os Fiscais da Audiência de províncias e os Presidentes de Sala, também de Audiência de províncias, tinham todos a mesma «categoria»; 3) conseqüentemente, se bem que os demandados fossem magistrados da Audiência de Madrid, mais recentes do ponto de vista da actividade jurisdiccional desempenhada, eram ao mesmo tempo mais antigos do ponto de vista da sua categoria administrativa pessoal. É, portanto, aqui que está o dilema essencial, submetido ao Tribunal Supremo: devia-se iniludivelmente dar primazia ao posto objectivo ou à categoria subjectiva, ao tempo real ou ao tempo fictício de serviço prestado ao Estado, desempenhando uma função determinada.

O Tribunal Supremo dá prioridade neste caso à ficção, e procede de maneira a invalidar o recurso. Há que referir que, perante a legislação em vigor, não poderia ter procedido de outra forma. Com efeito, desde logo, a Lei de Organização do Poder Judicial de 1870 (adiante LOPJ), tinha respeitado de uma forma expressa os direitos adquiridos por juízes e magistrados em virtude da complicada, e muitas vezes contraditória, regulamentação anterior, ao proclamar que se todos os juízes e magistrados serão considerados como estando na categoria que tivessem atingido na carreira judicial» (DT 6<sup>a</sup>). Convém clarificar, desde já, que esta medida não era tão favorável para o pessoal judicial como poderia parecer. Seguindo uma conhecida *praxis* da política espanhola<sup>6</sup> as mesmas disposições transitórias de LOPJ (DT 3<sup>a</sup> à 6<sup>a</sup>) também autorizavam provisoriamente o Governo a destituir o pessoal judicial, mediante um exame prévio feito por uma Junta de todos os *dossiers* pessoais. Neste sentido, o respeito pelos direitos adquiridos não pressupunha um contra-senso; pelo contrário, permitia ao executivo desligar-se do exame de complicadas situações burocráticas para se concentrar na avaliação da conduta moral e dos merecimentos políticos de cada juiz<sup>7</sup>. Mas, conjuntamente com esta medida de carácter *ad hoc*, é mais importante saber que, com carácter geral e como expressamente reconhece o Tribunal Supremo, a própria lei vinha consagrar este sistema de categorias pessoais, como critério principal na altura de elaborar hierarquias no seio do pessoal judicial (arts. 127, 167).

---

<sup>6</sup> Ortega, José Varela, *Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900)*, Madrid, 1977, pp. 121-125. Uma conexão entre esta *praxis* política e a significação social das leis de processo civil, encontra-se em: Fiestas Losa, Alicia, «Codificación procesal y estado de la Administración de justicia (1875-1915)», García Delgado, José Luis (ed.), *La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura*, Madrid, 1985, pp. 413-433.

<sup>7</sup> Cf. Pareja de Alarcon, F., «Arreglo del personal de la administración de justicia», *Revista General* (...), 38, (1871), pp. 301-304; Braña, A., «Una observación sobre los artículos 133 y 136 de la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial», *Revista General* (...), 38, (1871), pp. 450-455.

Deste modo, nos anos setenta do século passado e coincidindo aproximadamente com o começo da *Restauración*, começa a consagrar-se, tanto legislativa como jurisprudencialmente, uma *praxis* administrativa de natureza paradoxal: o facto de que cada *classe* de funcionários da Administração da Justiça, segundo a actividade desempenhada — fundamentalmente: magistrado, juiz, fiscal ou empregado nas oficinas centrais do Ministério — não dispor de uma categoria «própria e distinta», como as demais, do ponto de vista da carreira burocrática. Se bem que — tal como se estabelece no pedido e reconhece, inclusivamente o advogado de defesa — «os bons princípios em matéria de organização dos tribunais aconselham que cada classe de funcionários tenha a sua categoria própria, isto é, seja o que representa e represente o que seja»<sup>8</sup>, o facto histórico é que encontramos erigido em doutrina legal [i.e., interpretação legislativa vinculativa, N.T.] um princípio de acção, mais próprio da arte dramática, que demonstra que um juiz não tem que ser o que representa nem representar o que na realidade é.

### 1. As categorias: uma história administrativa

É justamente neste desfasamento entre o ser e a representação do juiz que queríamos fazer incidir o nervo central desta reflexão. Todavia, para isso é necessário dispor de mais informação; pelo que iremos, de seguida, tratar de dotar este dispositivo das categorias de uma história administrativa, ainda que de um modo muito sucinto.

Temos, então, que nos referir basicamente à implantação de uma técnica administrativa em virtude da qual a categoria atribuída a um funcionário público se separa da função efectivamente desempenhada. A partir desta consideração geral, convém advertir imediatamente que não se trata de uma subtileza administrativa específica da carreira judicial, mas sim de um procedimento comum e muito cumprido no âmbito da selecção e qualificação dos funcionários públicos em Espanha. Basta citar, neste sentido, apenas as duas reformas administrativas mais importantes da função pública na primeira metade do século XIX. Ambas foram levadas a cabo, seguindo também outra *praxis* consolidada na política espanhola, por dois conservadores assumidos: López Ballesteros, na década de 20, e Bravo Murillo, na década de 50<sup>9</sup>. Nas duas, afastou-se a introdução da categoria pessoal como base geral para verificar o ingresso e as ascensões em todos os ramos da Administração. Perante a «designação de categorias e classes» em função da «gravidade dos cargos e do

<sup>8</sup> «Categorías en la magistratura (...)», (N.1), p. 462.

<sup>9</sup> Cf. Carrasco Canals, Carlos, *La burocracia en la España del siglo XIX*, Madrid, 1975. Sobre o carácter moderado e a ascendência ideológica do despotismo iluminado sobre os primeiros reformadores oitocentistas da Administração espanhola, cf. Santamaria Pastor, Juan Alfonso, *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973, pp. 108 ss.

quantitativo dos soldos»<sup>10</sup>, vai impor-se o princípio de que o melhor critério para realizar uma classificação «determinante e clara» que assegure «a boa ordem e disciplina dos funcionários» consiste, pelo contrário, numa categoria pessoal que determine com precisão o lugar que ocupa cada uma na escala administrativa, «os direitos que é chamado a desfrutar, e os deveres que é encarregado de cumprir»<sup>11</sup>.

Como assinalou a este respeito Alejandro Nieto, este sistema de categorias subjectivas estabelece então por exemplo que um secretário deixa de ser aquele que ocupa uma secretaria, mas sim aquele que, do ponto de vista da *sua* categoria, o é, de tal modo que, tanto o seu ordenado como a sua carreira administrativa, não vão depender já da importância dos sucessivos postos desempenhados, mas sim da hierarquia das categorias às quais se vai ligando sucessivamente. Podemos logicamente pensar que esta desconexão entre a pessoa do funcionário e a tarefa que realiza, era funcionalmente suportável, enquanto a categoria subjectiva coincidia com o posto objectivo; isto é, um secretário ocupava uma secretaria e um chefe de repartição uma chefia de repartição. Não obstante, durante o século XIX produziram-se alterações massivas nos ritmos de ascensão das categorias, o que veio a provocar, entre outras coisas, uma «ruptura irremediável entre o nível retributivo (determinado pela categoria pessoal) e o nível de responsabilidade (determinado pela categoria objectiva)»<sup>12</sup>.

Sem descermos deste aspecto geral para o terreno concreto da Administração da justiça, veremos que o princípio de classificação por categorias pessoais, é introduzido por via regulamentar e de um modo muito discreto em Março de 1851. Com efeito, esta divisão por categorias só estava em princípio pensada como simples instrumento cognitivo que ajudasse o Ministério no trabalho de prover racionalmente os lugares judiciais<sup>13</sup>. Porém, ou porque esta medida foi elaborada ao mesmo tempo que outra que concedeu a todo o magistrado ou juiz que se jubilava as honras de categoria superior imediata e a todo o advogado ou catedrático de

<sup>10</sup> «Reglamento orgánico del cuerpo de administración civil (R.D. de 8.1.1844, Exposición de motivos», «Colección de las leyes, decretos, resoluciones y reglamentos generales, Madrid, 1844, t. XXXII, pp. 55-70.

<sup>11</sup> «Real decreto, fijando las bases que han de observarse para el ingreso y ascenso en todos los empleos de la Administración activa del Estado (R.D. de 18.6.1852, Exposición de motivos)», *Colección Legislativa de España*, Madrid, 1853, t. LVI, pp. 173-182. Cf. Bravo Murillo, Juan, *Política y Administración en la España Isabelina*, Madrid, 1972, pp. 305 ss.

<sup>12</sup> Nieto, Alejandro, *La retribución de los funcionarios en España (Historia y actualidad)*, Madrid, 1967, pp. 36-38, 132-133. Cf. también, Jimenez Asensio, Rafael, *Políticas de selección en la función pública española (Tesis doctoral inédita)*, San Sebastián, 1988, I, pp. 87, 154 ss.

<sup>13</sup> «Real decreto, dictando reglas para la provisión de las plazas de la magistratura, judicatura y ministerio fiscal del fuero común, y sobre suspensión, traslación y jubilación de los funcionarios de dichas clases (R.D. 7.3.1851)», in *Colección legislativa (...)*, Madrid, 1851, t. LII, pp. 327-333.

direito distinto que se jubilasse as honras de «qualquer emprego judicial»<sup>14</sup>; ou porque, no fundo, não vinha mais que sancionar uma prática já estabelecida no âmbito da justiça, o facto é que a pulverização deste tipo de ditado ontológico, que obriga a que cada um seja o que é, no terreno da função pública foi completa no universo judicial. Assim, basta citar um parecer jurídico da época, escrito unicamente cinco anos depois da introdução das categorias. O seu autor é Pedro Gómez de la Serna, protótipo, por excelência, do jurista liberal, tecnicista e comprometido com a codificação. Escreve o seguinte, enquanto fiscal [i.e., magistrado do Ministério Público, N.T.] do Tribunal Supremo: «Às antigas honras que destroem a ordem hierárquica e rebaixam os graus superiores da carreira judicial e do ministério público para elevar os inferiores, juntou-se uma coisa muito pior, a das categorias, que, segundo a interpretação que lhes foi dada, vão mais longe que as honras. Consequência disto é que ninguém se contenta em ser o que na realidade é. Que existam magistrados de Audiências com honras do Tribunal Supremo, magistrados com categoria de Regentes, magistrados e magistrados do ministério público com a de Presidentes de Sala, procuradores substitutos, juizes, advogados e relatores com a de magistrados, procuradores substitutos e relatores com a de juizes de termo, e que chegar-se-á ao ponto em que será difícil o assinalar do lugar correspondente de cada um na ordem judicial.»<sup>15</sup>

Este entendimento na *praxis* de que o que era *distinto* podia, facilmente, converter-se em *idêntico* produziu, como era de esperar, frequentes dúvidas sobre a legislação aplicável a cada caso e também, múltiplas reclamações pessoais. Razões deste tipo foram, no mínimo, as que em 1865 serviram para justificar o propósito, por parte do Ministério da Justiça, de abolição das categorias. Juntamente a estes motivos concretos apelou-se, também, directamente, para os efeitos terapêuticos que sem dúvida teria a consideração da «realidade» como pressuposto cognitivo da Administração no terreno judicial. Assim, o ministro Caldéron Collantes argumentava que «não há motivo algum para tais ficções, que não se introduzem na legislação, senão à custa da verdade e da sensatez das coisas. Cada funcionário da ordem judicial e do Ministério Público deve ser o que diz o Real título que se expede, nem mais nem menos»<sup>16</sup>. Como vimos, através da sentença comentada ao princípio, esta medida não teve qualquer êxito, dada a tradicional política de

<sup>14</sup> «Real decreto, acordando disposiciones sobre concesión de honores de cualquier empleo judicial a los abogados y catedráticos de jurisprudencia y declarando los que les correspondan a los Magistrados y jueces jubilados (R.D. 7.3.1851)», *Colección legislativa* (...), Madrid, 1851, t. LII, pp. 333-334.

<sup>15</sup> Gomez de la Serna, Pedro, «Categorías en la carrera judicial», in *Revista General* (...), 16, (1860), pp. 159-164. Cf. no mesmo sentido, Bravo Tudela, Antonio, *Guía legislativa del personal jurídico de España*, Madrid, 1884, pp. 32 ss.

<sup>16</sup> «Real decreto derogando todas las disposiciones sobre categorías en el orden judicial y Ministerio fiscal (R.D. de 9.10.1865)», *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 23, (1865), pp. 369-372.

respeito pelos direitos políticos adquiridos<sup>17</sup> e a força de uma *praxis* administrativa que irá prolongar os seus efeitos no tempo, inclusivamente no nosso século.

Para não dilatar esta parte descritiva, limitar-nos-emos a sublinhar uma das vertentes mais relevantes desta prática que, como vimos, chega a consolidar-se sem dificuldades. Trata-se da utilização das escalas gerais do pessoal judicial — distribuído segundo categorias — como um mecanismo que possibilita o entendimento de relações de correspondência e analogia entre empregados cujo cargo desempenhado efectivamente não se encontra, por sua vez, em relação de dependência funcional entre si. Estamos a referir-nos, por um lado, ao estabelecimento de categorias conjuntas para juizes e magistrados do ministério público e, por outro, à sua assimilação a funcionários que não exerciam cargos de natureza jurisdicional. É este último aspecto que, acima de tudo, faz presumir que durante o século XIX se produz um desvio consentido de pessoas de postos burocráticos — especialmente da Secretaria do Ministério — para postos jurisdicionais. É um facto que as grandes leis de organização da justiça costumavam proibir expressamente esta última forma de assimilação (DT 6ª LOPI, art. 67 da Lei Adicional de 14.10.1882), considerando-as como *ficções não justificadas* e preferindo a canalização deste fluxo de pessoal mediante a margem de manobra ministerial outorgada pelo «terceiro e quarto turnos». No entanto, a existência de toda uma quantidade de disposições regulamentares de sinal contrário<sup>18</sup> faz pensar que a «via da categoria» — isto é, a passagem directa pela ficção — foi abundantemente empregada para este efeito<sup>19</sup>. Não é preciso dizer-se que este modo tão espectacular de desvirtuação de uma hierarquia judicial específica e de diluição do seu carácter profissional, foi, normalmente, (e por razões óbvias) mal recebido, por aqueles que consideravam a sua categoria judicial como verdadeiramente genuína<sup>20</sup>. Mas não foi por isto que reclamaram a abolição destas assimilações, até porque em muitas ocasiões pediram que esta deslocação se pudesse fazer em sentido inverso<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Cf. «R.D. de 1.3.1867, Exposición de motivos», *Gaceta de Madrid*, 5.3.1867. Cf. Serna, Pedro Gomez de la, *Categorías (...)*, (N.15), pp. 161-164.

<sup>18</sup> Cf., sem pretender ser exaustivo, RR. DD. de 13.12.1867, de 7.1.1884 e de 17.1.1884 (*Gaceta de Madrid* de 15 e 17.12.1867; de 9.1.1884 e de 20.1.1884, respectivamente).

<sup>19</sup> Cf. «R.D. sobre asimilaciones a la carrera judicial y fiscal», in *Boletín de la Revista General (...)*, 122, (1904), pp. 1054-1072. A sua leitura é importante por dar uma visão retrospectiva do problema das categorias, mas também porque contém o texto da consulta da Sala do Governo do Tribunal Supremo.

<sup>20</sup> Cf. «decreto dictando reglas, para el ingreso, ascensos y traslaciones en la carrera de la Magistratura y en la judicial (D. de 3.6.1869)», in *Boletín de la Revista General (...)*, 31, (1869), pp. 38-45.

<sup>21</sup> Com posições deste tipo: «no hay reparo en que se enlacen con la carrera judicial las plazas de la Secretaría y Archivo del Ministerio de Gracia y Justicia. Al contrario, podría resultar mucha utilidad para el servicio, desempeñándose aquellas plazas por personas que conozcan profundamente el mecanismo y manejo ordinario de los Tribunales... Deberá ser



## 2. A Categorização dos juízes como classificação

Passando, agora, da descrição para uma tentativa de explicação desta *história* administrativa, o que chama imediatamente a atenção, é sem dúvida a ausência, em Espanha, de análises histórico-jurídicas sobre a questão. Como se assinalou recentemente<sup>22</sup>, este facto é ainda mais espantoso quanto é certo que a nova LOPJ de 1985 conservou a estrutura burocrática oitocentista da «carreira judicial», incluindo, de um modo mais moderado, o sistema de categorias. Uma reflexão sobre as causas desta lacuna bibliográfica à primeira vista surpreendente, constitui sempre uma via praticável para tentar desenhar, na mesma operação, uma forma de problematização desta prática administrativa. Sobre ela, assinalaremos, com este objectivo, uma dupla ordem de razões:

A) Se se tiver em conta aquilo a que poderíamos chamar a lógica derivada da divisão habitual do trabalho dentro da ciência do direito, é fácil constatar que esta questão das categorias dos juízes se encontra colocada de um modo muito pouco estável: por um lado, liga-se a um sector típico da alta cultura jurídica, como a justiça: por outro, constitui, inicialmente, uma bagatela administrativa dotada de uma trajectória histórica dificilmente redutível<sup>23</sup>. Aqui incide a conhecida, e bem diagnosticada, cesura académica existente entre princípios constitucionais, teorias institucionais ou procedimentais (por um lado), e os concretos mecanismos administrativos que compõem a marcha histórica ou quotidiana da justiça (por outro)<sup>24</sup>. No que diz respeito ao nosso caso, este curto-circuito no regime do saber jurídico, tem, finalmente, como efeito a degradação das categorias à condição da matéria *dóxica* por excelência: trata-se de algo *demasiado* cheio de complicações *demasiado* pouco teóricas, e que pode ser, por isso, intelectualmente arrojado para os pequenos cálculos orçamentais dos burocratas ou para as manobras corporativas dos membros da judicatura.

---

de modo que siendo los empleos de la carrera judicial una salida ó ascenso para los que sirven en la Secretaría, haya una perfecta reciprocidad para que los Jueces y Magistrados pasen también á ocupar aquellos empleos» (Gomez Becerra, Alvaro, «Sobre la inamovilidad judicial (1838)», *Revista General* (...), 46, (1875), pp. 241-265, citado na pág. 253).

<sup>22</sup> Ibañez, Andres Perfecto, Movilla Alvarez, Claudio, *El poder judicial*, Madrid, 1986, pp. 100 ss. Cf., também, Sarrion Gualda, José, «Métodos de formación y técnicas de selección del funcionario público en nuestro siglo XIX», *Revista Vasca de Administración Pública*, 10, (1984), pp. 63-86.

<sup>23</sup> Ao assinalar as consequências negativas para os direitos fundamentais da administração da justiça em Espanha, exceptua-se deste desfasamento Clavero, Bartolomé, *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988, pp. 59-88.

<sup>24</sup> Sobre esta dificuldade, cf. Ost, François, «Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice», in Gerard, Philippe/Kerchove, Michel van der/ Ost, François, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, 1983, pp. 1-70. Sobre os problemas gerais que suscita uma reconstrução historiográfica do «saber administrativo», cf. Frigo, Daniela, «La dimensione amministrativa nella riflessione politica (secoli XVI-XVIII)», *La Amministrazione nella Storia Moderna*, Milano, 1985, pp. 21-94.

B) Junto deste tipo de razões extrínsecas ao tema em si, convém interrogar-mo-nos sobre os efeitos epistemológicos intrínsecos dessa prática histórica de categorização do pessoal judicial. Por outras palavras, se passarmos, por um momento, do plano dos interesses do observador (*Beobachtungs interesse*, na linguagem de Luhmann) para o dos interesses da própria observação (*Beobachtungsmöglichkeiten*), consegue-se delinear, de um modo plausível, a existência de uma possível dependência entre o efeito de *doxa* associado à prática e a própria prática. Isto pressupõe, afinal, admitir a possibilidade de a não-tematização externa se relacionar com um modo de tematização interno da instituição judicial, propiciado, precisamente, pela implementação da prática das categorias.

Há que chamar a atenção, desde já, para os riscos historiográficos que se corre quando se adopta esta segunda perspectiva. A insinuação de que um jurista é incapaz de outorgar pertinência a uma prática, porque esta incorpora as condições da sua própria impertinência, está muito próxima da consideração dos mecanismos administrativos como instâncias produtoras da realidade: isto é, de realidade *fictícia*. Neste sentido, resulta, sem dúvida, estimulante a revalorização que tem feito a historiografia de corte pós-moderno, da força simbólica incorporada na dogmática jurídico-pública<sup>25</sup>. Mas uma intensificação destes pressupostos pode levar à intelectualização da Administração, até ao ponto de a considerar como uma instância misteriosa, que se impõe aos indivíduos pela sua capacidade directa de produzir fantasmas dogmáticos. Procedendo assim, corre-se o risco potencial de esquecer o velho aviso de Durkheim de que «o mistério não tem nada de original»: não é dado ao homem, mas sim fabricado por este<sup>26</sup>.

Portanto, a necessidade de sermos rigorosos, neste ponto, obriga-nos também a sê-lo no uso deste corte entre *ser* e *representação* que temos vindo a mencionar. Esta forma de falar resolve de uma forma demasiado rápida o dilema básico estabelecido pela categoria: o facto de se admitir, sem desfalecimentos lógicos, que sob a categoria «juiz A se pode agrupar tanto o juiz A<sub>1</sub> e o juiz A<sub>2</sub>, como o fiscal B ou o arquivista do Ministério C. Para evitarmos uma longa discussão, vamos substituir as subtilidades próprias da teoria do conhecimento por um argumento de história cultural. Como sabe qualquer observador um pouco sensibilizado com o que foi a cultura espanhola, esse princípio de intercâmbio entre o ser e representação tem sido complementado sistematicamente por outro: o de que as «aparências nunca enganam»<sup>27</sup>. A combinação de ambos regia justamente a *mise en scène* das duas

<sup>25</sup> Cf. Hespanha, António M., «Représentation dogmatique et projects de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'Administration», *Jus Commune*, Sonderheft, 21, (1984), pp. 3-28; Sordi, Bernardo, *Giustizia e Amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985; Cf., também, Beltran, Miguel, *La construcción administrativa de la realidad social*, Madrid, 1986.

<sup>26</sup> Durkheim, Emile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, 1985, pp. 39 ss.

<sup>27</sup> Ver Bergamin, José, *El clavo ardiendo*, Barcelona, 1974.

agências de intervenção cultural mais importantes que a Espanha moderna alguma vez teve: o teatro barroco e, sobretudo, a Igreja católica. Uma vez que a justiça também é provida de pompa, de retórica e de liturgia, é óbvio que as comparações resultam nesta área demasiado fáceis. A categoria viria a ser sensivelmente um outro instrumento de ficção nas mãos de uma agência institucional que se caracterizaria e legitimaria pela sua eficaz produção de *aparência* jurídica<sup>28</sup>.

Então, a receita que propomos para evitar estes problemas é a de ter em atenção, dentro do possível, o seguinte: i) a categorização dos juízes constitui um sistema de classificação; dentro deste sistema, a categoria constitui, ao mesmo tempo, um grupo classificatório e um operador lógico privilegiado; (ii) a palavra classificação não deve ser, neste momento, entendida num sentido jurídico-dogmático, mas num sentido cognitivo: não se refere tanto ao instrumento concreto que estandardiza informações para possibilitar uma aplicação do direito de vocação universalista, mas a um procedimento genérico que assegura a possibilidade de distinguir diversos elementos ou classes<sup>29</sup>. A partir daqui, enquanto procedimento especializado no tratamento operativo de diferenças, a categorização de juízes pode ser relacionada com a construção da auto-referência (*Selbstsreferenz*) no seio da justiça; com efeito, ao distinguir uma categoria de juiz de outras categorias de juízes, o que conseguimos é distinguir, ao mesmo tempo, aquele que seguramente *não é juiz*<sup>30</sup>. A prática da categorização constitui, assim, um procedimento que, apesar de resultar mais imperfeito do que uma codificação binária (direito/não-direito, juiz/não-juiz), é suficiente para permitir observar unificadamente os dois lados da diferença (juiz A + juiz B + juiz C/não-juiz). Pode-se, então, dizer que esta categorização peculiar tematiza a justiça a um nível semântico muito básico.

Esta forma de encarar as coisas apresenta vantagens indubitáveis. Oferece, simultaneamente, a possibilidade de explicar a ausência desta prática no discurso sobre a justiça e a possibilidade de a problematizar historiograficamente de um modo adequado:

A) Em primeiro lugar, o facto de a categorização judicial se ter ocultado ou degradado perante a visão científica pode, em boa parte, ser explicada pela concorrência de uma regra de observação, bem conhecida pelos etnógrafos: a de que o princípio de uma classificação nunca é postulado pela própria classificação<sup>31</sup>. Isto deixa o observador desarmado, no campo burocrático, a respeito do qual a dogmá-

---

<sup>28</sup> À margem deste contexto histórico, mas numa linha não muito distinta, recorde-se que não faltaram as propostas de teatralizar a justiça: Cf. Rasehorn, Theo, «Justiz als Theater», *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 6, (1980), pp. 328-343.

<sup>29</sup> Luhmann, Niklas, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, pp. 24 ss.

<sup>30</sup> Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme*, Frankfurt am Main, 1987, pp. 596-599.

<sup>31</sup> Levi-Strauss, Claude, *La pensée sauvage*, Paris, 1962, pp. 79 ss.

tica jurídica não costumou, em Espanha, fornecer critérios de tipo funcional. Então — diferentemente da composição dos tribunais, que pode ser avaliada segundo a sua idoneidade e adaptabilidade ao ordenamento processual — este *deficit* propicia que as categorias dos juizes tendam a ser banalizadas ou aceites acriticamente. Ilustraremos este fenómeno com um exemplo. Quando em 1855 a conhecida *Enciclopedia española de Derecho y Administración* aborda o tema das categorias dos funcionários públicos, chega, de um modo confuso, a dez critérios que, segundo esta, orientam de modo geral este tipo de práticas: honra, dignidade, preeminência, salário, autoridade, jurisdição, disciplina, corpo, classe, tradição e amor próprio<sup>32</sup>.

B) Do ponto de vista historiográfico, esta problematização das categorias judiciais em termos de classificação obriga a ter em conta a cautela estabelecida há muitos anos pelo estruturalismo: um sistema rudimentar de classificação pode ser considerado como uma forma de pensamento selvagem, mas nunca como uma forma de pensamento pré-lógico, pois constitui sempre um instrumento que produz conjuntos (*ensembles*) estruturados de categorias e correspondências entre estas<sup>33</sup>. Apesar das aparências, se se adopta esta preservação metodológica na hora de falar da categorização judicial, livrar-nos-emos de sobrecarregar um tema, já de si complexo, com falsos problemas e falsas antíteses, derivadas da oposição entre modernidade e tradição, entre profissão e ofício.

C) Finalmente, o modo específico em que a classificação fabrica a «auto-referência» reduz a probabilidade de fazer residir a explicação da eficácia ou, pelo menos, da sobrevivência das categorias na eficácia social das ficções jurídicas. No Antigo Regime, ou melhor, na «época clássica», uma classificação constituía um trabalho de representação que projectava aproximar a linguagem das coisas e situar estas o mais próximo da linguagem<sup>34</sup>. Mas esta relação tão vizinha e harmoniosa entre a ordem das palavras e a ordem do universo é difícil que possa ser predicada de uma categorização administrativa do século XIX. Pelo seu modo de tematização da justiça mediante divisões, hierarquias, distribuições e exclusões, haveria antes que concluir que as categorias não criavam tanto ficções e aparências assimiláveis à realidade, mas antes limites semânticos à justiça. Se, abusando da conhecida expressão marxista, afirmamos que o juiz, como o pequeno burguês, se define pela sua incapacidade para ultrapassar os limites da sua própria inteligência, uma análise desta prática classificatória, resulta, pelo menos, tão importante como um estudo ideológico do conteúdo dessa inteligência<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> «Categoria», in *Enciclopedia española de Derecho y Administración, ó nuevo Teatro Universal de la Legislación*, Madrid, 1855, t. VIII, pp. 66-67.

<sup>33</sup> Levi-Strauss, Claude, *La pensée (...)*, (n. 31), pp. 48 ss.; Levi-Strauss, Claude, *Paroles données*, Paris, 1984, pp. 44 ss.

<sup>34</sup> Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas*, México, 1979, pp. 126-163.

<sup>35</sup> Cf. Bourdieu, Pierre, *La distinction*, Paris, 1979, pp. 270-271.

### 3. Risco e dignidade

Este modo de problematização tem, então, o interesse de poder, em princípio, ser aplicado à maior parte das práticas de classificação administrativa na Espanha do século passado. Na verdade, tudo faz pensar que este material jurídico constitui um indispensável complemento das ideias jurídicas, dos textos constitucionais ou da jurisprudência na época da gestação do que foi e continua a ser o Estado espanhol contemporâneo. Um ensaio de explicação histórica das categorias judiciais pode, porventura, mostrar esta utilidade. Para tal, procederemos segundo os dois efeitos que temos atribuído à categorização: enquanto estabelece diferenças entre juízes; enquanto estas diferenças permitem distinguir, por sua vez, o juiz do não-juiz.

1. Para compreender como a classificação estabelece diferenças entre o pessoal judicial há que partir de três bases principais: (i) Todos os sujeitos que se encontram classificados dentro de uma mesma categoria tendem a estar colocados por ordem de antiguidade. Preferimos falar, aqui, mais de uma tendência do que de uma regra geral, pois a partir da informação de que dispomos depreende-se que, por um lado, nem sempre se deu uma uniformidade de critérios, na hora de contabilizar a antiguidade<sup>36</sup>, enquanto que, por outro lado, devia ser muito frequente que as mudanças políticas coadjuvassem a outorga de antiguidades artificiais aos funcionários leais, as quais eram logo anuladas numa nova conjuntura, com a conseqüente demissão de postos dentro da categoria<sup>37</sup>. (ii) Pelo contrário, não se pode estabelecer um critério ou conjunto de critérios fixos que determinem, com carácter geral, o acesso de um sujeito a uma determinada categoria. Por um lado, põem-se em prática duas noções de natureza polissémica herdadas do passado: a «honra», cujo mecanismo de concessão tem que ser entendido apenas no seu sentido mais residual de prémio outorgado pelo bom cumprimento das obrigações devidas ao rei<sup>38</sup>; e, por outro, a

---

<sup>36</sup> Ver «R.O. sobre la antigüedad y asiento que deben ocupar en los tribunales los ministros y fiscales de las Audiencias (R.O. de 9.11.1843)», *Colección de la leyes* (...), Madrid, 1844, t. XXXI, pp. 344-345; «R.D., mandando que la antigüedad de los empleados del órden judicial se regule por la fecha de sus respectivos títulos (R.D. de 31.1.1857)», *Colección legislativa* (...), Madrid, 1851, t. LII, p. 135; «R.O. resolviendo que los Jueces de primera instancia ganan antigüedad en la toga desde el día en que toman posesión de sus Juzgados (R.O. de 23.11.1859)», *Colección legislativa* (...), Madrid, 1860, t. LXXXII, pp. 241-242.

<sup>37</sup> Ver «R.D. estableciendo varias reglas para cubrir las vacantes que ocurran en las plazas de Magistrados de las Audiencias, Jueces de primera instancia y promotores fiscales (R.D. de 28.11.1856)», *Colección legislativa* (...), Madrid, 1857, t. LXX, pp. 297-300; Cf. «R.O. prescribiendo las reglas que se han de observar para la formación del escalafón general del Cuerpo administrativo del Ejército (R.O. de 12.9.1855)», *Colección legislativa* (...), Madrid, 1855, t. LXVI, S. pp. 71-74.

<sup>38</sup> Maravall, José Antonio, *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, Madrid, 1979, pp. 31-40. Cf. Stone, Lawrence, «The Inflation of Honours (1558-1561)», *Past and Present*, 14, (1958), pp. 45-70; Bien, David D., «Les offices, les corps et le crédit d'Etat. L'utilisation des privilèges sous l'Ancien Régime», *Annales E.S.C.*, 43, (1988), pp. 379-404.

«consideração», cuja subtileza classificatória é bem conhecida dos estudiosos das tarifas fiscais no Antigo Regime<sup>39</sup>. Por outro lado, o mais frequente era, porém, estabelecer-se regulamentarmente que a pessoa que ocupasse o posto A, tivesse a categoria A, ou A+1 ou B sem maiores explicações, salvo nos casos, eventuais, de assimilações produzidas no último terço do século<sup>40</sup>. Este dado conduz directamente a uma terceira questão. (iii) Se se dá agora atenção, não ao conteúdo de uma categoria, mas ao conjunto formado por todas elas num determinado momento, então, há que afirmar que a categorização constitui, certamente, uma ordem, mas não uma hierarquia no seu sentido restrito. É verdade que autores da época lhe quiseram outorgar uma racionalidade em razão da «importância» e «extensão» do território atribuído a cada tribunal<sup>41</sup>. Mas esta razão é insuficiente: pode explicar o facto de os magistrados da Audiência de Madrid terem categoria superior aos das Audiências de províncias, mas não a equiparação pessoal entre juízes e magistrados do Ministério Público e, muito menos, as assimilações de funcionários do Ministério da Justiça.

Perante estes dados, devemos considerar que apesar do que aprendemos com Max Weber sobre a racionalidade formal, esta categorização constitui uma prática cuja regularidade vem estabelecida, mesmo que pareça paradoxal, em função da sua natureza vaga e difusa<sup>42</sup>. Ao dizer isto, não entramos em contradição com a nossa afirmação anterior, de que não existe classificação que seja pré-lógica. Pelo contrário, o que queremos assinalar é que existem classificações que resultam funcionais em relação ao contexto, na medida em que produzem entraves na hierarquia e vacuidade na altura de prever a atribuição de um determinado indivíduo a um grupo. Bourdieu tinha falado a este respeito de *systemes à classements flous*<sup>43</sup>. Tudo nos leva a pensar que a classificação de juízes, ao distribuí-los por certas categorias que admitem no seu seio um número potencialmente ilimitado de funcionários diferentes, constitui um caso deste género. Com efeito, numa época em que a política se relaciona, fundamentalmente, com a justiça, segundo o código de lealdade ou deslealdade dos membros desta com os membros daquela, este sistema

<sup>39</sup> Bluche, François/ Solnon, Jean-François, *La véritable hiérarchie sociale de l'ancienne France*, Paris, 1983. Um comentário a este livro, que trata a problemática aqui abordada, encontra-se em Heinich, Nathalie, «Classements sociaux», *Actes de la recherche en sciences sociales*, 55, (1984), pp. 70-71.

<sup>40</sup> Cf., paradigmaticamente, «R.D. dictando reglas para la provisión de plazas de la magistratura, judicatura y ministerio fiscal del fuero común, y sobre suspensión, traslación y jubilación de los funcionarios de dichas clases (R.D. de 7.3.1851)», *Colección legislativa* (...), Madrid, 1851, t. LII, pp. 327-334; «R.D. declarando al abogado Fiscal primero del Tribunal Supremo de Justicia, la categoria de Fiscal de la Audiencia de fuera de Madrid (R.D. de 28.6.1851)», *Colección legislativa* (...), Madrid, 1851, t. LIII, p. 391.

<sup>41</sup> Bravo Romero, Emilio, *De la Administración de Justicia*, Madrid, 1864, pp. 216 ss.

<sup>42</sup> Bourdieu, Pierre, «Habitue, code et codification», *Actes de la recherche en sciences sociales*, 55, (1984), pp. 70-71.

<sup>43</sup> Bourdieu, Pierre, *Classement*, (...), (N.2), pp. 1-22.

de classificação cumpre um papel necessário: ao obrigar a ajustar o regime de entradas, promoções, despromoções e saídas da carreira judicial a uma estrutura formal, faz com que a hegemonia dos critérios provenientes da política, na hora de adoptar decisões neste terreno, resulte socialmente suportável<sup>44</sup>.

Isto acontece, devido a pelo menos, três razões:

a) Porque a ordenação por antiguidade dentro de cada categoria outorga a todos os indivíduos classificados aquilo a que se pode chamar *sens du placement*: sem este não se poderiam criar as expectativas do progresso na carreira, necessárias para neutralizar ou moderar a insegurança perante um presente que é amovível e um futuro que é incerto<sup>45</sup>.

b) Além do mais, porque ao basear, finalmente, estas expectativas na crença de que basta esperar para subir de posto dentro da categoria ou para ascender a outra superior, a classificação faz com que uma ordem baseada na distância que separa o que lhe precede e o que lhe segue, se transforme numa ordem no tempo, isto é, numa ordem impessoal que sublima as tácticas individuais, os favores, os golpes de fortuna ou a luta do homem contra o homem. A categorização, na medida em que classifica todo um conjunto, serve, pois, para que estas deslocações de pessoal se apresente de um modo *organizado*: como em 1856 expressava um regente da Audiência de Madrid, um nível organizativo mínimo produz sempre, e por si, no terreno da justiça, a «harmonia»<sup>46</sup>.

c) Finalmente, porque a categoria constitui um operador lógico de contornos muito elásticos<sup>47</sup> que permite que as intervenções pontuais e constantes do poder político possam ser levadas a cabo sem que por isso fique irremediavelmente ameaçado este efeito de objectivação que acabamos de descrever<sup>48</sup>. Assim, se a considerarmos como um grupo classificatório, a variedade de postos que podem

<sup>44</sup> Seguimos assim a tese de Scholz, segundo a qual no século XIX espanhol se dá uma alta permeabilidade entre o campo da justiça e o da política: Cf. Scholz, Johannes-Michael, «Rendre justice. Eléments pour une histoire contemporaine de l'espace judiciaire espagnol», *Mélanges de la Casa de Velázquez*, 25, (1989), pp. 355-379.

<sup>45</sup> Cf. Gomez Becerra, Alvaro, *Sobre la inamovilidad judicial*, (N. 21), pp. 243 ss.; Miquel y Rubert, I, «De la magistratura y del ministerio fiscal», *Revista General* (...), 3, (1854), pp. 306-317; Montes, Ramón Mosquera, «De la inamovilidad judicial», *Revista General* (...), 24, (1864), pp. 30-39; Ortiz de Zuñiga, M., «Breves observaciones sobre las bases presentadas al Senado, relativas a las reformas judiciales», *Revista General* (...), 24, (1864), pp. 19-30.

<sup>46</sup> Laberon, Francisco, «Marcha progresiva de la administración de justicia», *Revista General* (...), 8, (1856), pp. 19-33.

<sup>47</sup> Até que ponto a palavra «categoria» pode chegar a ser utilizada pela Administração como equivalente a posto vago. Ver, por exemplo, «Real Orden mandando proveer por concurso una categoría de término, vacante en la facultad de Derecho (R.O. de 22.1.1862)», *Boletín de la Revista General* (...), 16, (1862), p. 91.

<sup>48</sup> «La magistratura ha sucumbido ante la acción del Ejecutivo, no porque éste interviniera en su nombramiento, en el que tiene, en realidad, una participación legalmente mínima, sino por haber fraccionado la carrera en categorías administrativas, reservándose la

albergar-se dentro dela faz com que exista uma ampla margem de manobra para investir convenientemente esse capital convertível em prestígio e dinheiro que é a antiguidade de um funcionário. E se a considerarmos como um princípio de classificação, o seu carácter tautológico faz com que se possa dispor do pessoal judicial sem ter que contar com umas fronteiras tão robustas como as que estabelece uma hierarquia regulada segundo critérios estritamente funcionais. Entre uma completa casuística, que seria insuportável para a justiça, e a actuação conforme as regras gerais, que seria inadmissível para a política, o que as categorias oferecem é justamente uma via intermédia: obrigam, por assim dizer, ao cumprimento de um programa condicional de *amplio espectro*. Clarifiquemos isto com um exemplo: se se nomeia alguém para o posto A, então há que atribuir-lhe a remuneração, a antiguidade e o tratamento derivados de A. Mas se se nomeia alguém que leve consigo a categoria do posto B, para o lugar B e aquele ou este talvez também a do posto C, então, está claro que se multiplicam as possibilidades no momento de se dispor das remunerações, das antiguidades e dos tratamentos A, B e C, sem que, por isso, aquele que decide corra o risco de actuar arbitrariamente perante os demais.

2. Este mecanismo de *refrigeração* do risco inerente à carreira judicial parece que se estabiliza a partir da década de setenta, quando, por fim, se começam a publicar regularmente na *Gaceta de Madrid* listas do pessoal judicial reguladas segundo categorias (escalonamentos)<sup>49</sup>. Há que referir que, desde há bastante tempo atrás, se vinha reclamando esta medida: o próprio Governo, pela necessidade de adequar o seu poder de disposição sobre o pessoal judicial à exigência orçamental de exactidão na previsão dos gastos do Estado<sup>50</sup>; as ordens judiciais, porque se considerava que havia que aumentar as garantias formais para que todos estivessem em condições de igualdade na altura de competir pela classificação, já que se

facultad de ascenso» (Beceña, Francisco, *Magistratura y justicia. Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*, Madrid, 1928, p. 328).

<sup>49</sup> Ver *Gaceta de Madrid* de 27.1.1871, 12.4.1871, 25.10.1871, 6.11.1871, 12.11.1871, 28.7.1878, 29.7.1878, 30.7.1878, 1.8.1878, 2.8.1878. Cf. «Real Orden mandando formar el escalafón de empleados del Ministerio de Gracia y Justicia (R.O. de 23.9.1876)», *Boletín de la Revista General* (...), 51, (1876), pp. 260-261; «Real Orden dictando las reglas a que ha de sujetarse la formación del Escalafón general de los funcionarios de las carreras judicial y fiscal de la Península y Ultramar (R.O. de 31-12-1886)», *Boletín de la Revista General* (...), 77, (1886) pp. 380-381.

<sup>50</sup> Cf. «Real decreto, reformando la planta de la Secretaría del Ministerio de Gracia y Justicia (R.D. de 2.11.1853)», *Colección legislativa* (...), Madrid, 1854, t. LX, S., pp. 346-349. Já em 1852 se tinha elaborado uma Ordem Real resolvendo a publicação imediata do escalonamento dos empregados da ordem judicial na *Gazeta de Madrid* (R.O. de 14.7.1852), in *Colección legislativa* (...), Madrid, 1852, t. LV, S., pp. 183-184. Esta ordem não foi cumprida, pois o exame da *Gazeta de Madrid* correspondente a esse ano e aos posteriores não detectou a presença de escalonamentos judiciais, apesar de sabermos por outras fontes, que o dito escalonamento de 1852 circulou internamente no Ministério (Cf. Expediente do AHN (Archivo Histórico Nacional) JM (Jueces y Magistrados) 4496/3912, André Juez Sarmiento).



duvidara, quer da imparcialidade do Ministério quer da fiabilidade de uns *dossiers* pessoais que podiam ser artificialmente «vestidos» pelos próprios interessados<sup>51</sup>. Mas é apenas no último terço do século, que a categorização adquire, realmente, uma expressão gráfica e publicidade oficial. Este facto pode talvez explicar-se, em parte, da seguinte maneira: a partir do momento em que a política pode reproduzir-se binariamente (moderados/liberais; conservadores/progressistas) sem necessidade de intervir simultaneamente sobre a reprodução da justiça, então poderá tolerar-se a indubitável perda de vacuidade nas categorias provocada pela publicação regular de escalonamentos. Há que referir de qualquer modo que esta despolitização não chega ao ponto de as desnaturalizar: a lógica de um escalonamento continua a ser irredutível a uma lógica de um plano dos tribunais. E, inclusivamente, talvez se possa dizer que a margem de manobra perdida é de certo modo compensada pelas virtualidades que uma disposição gráfica confere às listas administrativas<sup>52</sup>: pela sua maior exactidão e impessoalidade em relação à retórica ou à escritura, a publicação dos escalonamentos permite que a categorização ganhe em neutralidade e objectividade.

Esta referência aos escalonamentos é necessária porque orienta, de um modo adequado, a explicação sobre o limiar semântico que a categorização estabelece entre o juiz e o não-juiz. Por um lado, ajuda a encontrar as boas perguntas, dado que o próprio facto de visualizar uma lista oficial obriga a interrogar-se sobre o último limite que um funcionário público deve franquear para poder aparecer nela. Isto poupa-nos o esforço de localizar outro tipo de diferenças, como o par juiz técnico/juiz profano ou o par juiz ordinário/juiz eclesiástico. Mas ao mesmo tempo, complica a explicação, porque a lógica dos escalonamentos impede que possamos responder dizendo que aí aparece ou aí é promovido exclusivamente aquele funcionário que é politicamente leal. Não se pode responder de um modo tão simples, porque se bem que a deslealdade política, a falta de influências ou a queda em desgraça, possam muito bem implicar que um determinado indivíduo se encontre encerrado numa determinada categoria, ou, inclusivamente, sem classificar, isto não significa necessariamente que não *seja classificável*. Para evitar cairmos num jogo de palavras, dando a impressão que contradizemos agora o

---

<sup>51</sup> Miquel y Rubert, I., *De la magistratura (...)*, (N. 45), pp. 306-317; Gomez de la Serna, Pedro, «Modo único de hacer inamovible el poder judicial», in *Revista General (...)*, 9, (1857), pp. 369-377; Gomez de la Serna, Pedro, «Sobre la inamovilidad judicial y oportunidad de declararla», *Revista General (...)*, 18, (1861), pp. 145-153; Gomez de la Serna, Pedro, «Sobre la manera de proveer los cargos judiciales», *Revista General (...)*, 24, (1864), pp. 97-108, 257-262; Peñalver, Nicolás, «Comparación de la magistratura de nuestros días con la antigua», *Revista General (...)*, 28, (1866), p. 24.

<sup>52</sup> Goody, Jack, *La raison graphique*, Paris, 1979, pp. 59 ss.; Goody, Jack, *La logique de l'écriture*, Paris, 1986, pp. 97-132; Ong, Walter, *Orality and Literacy. The Technologizing of the Word*, London/New York, 1982, pp. 127 ss. Cf. Scholz, J.-M., «Warum Jack Goody lesen», *Rechtshistorisches Journal*, 2, (1983), pp. 62-82.

expressado até este momento, remetemo-nos para um exemplo relevante: o do «cessante» [i.e., o funcionário com licença ilimitada, N.T.]. Esta figura, tão familiar à paisagem dos costumes de vida espanhola do século XIX, formavam-nas na ordem judicial, todos aqueles que estavam afastados do serviço activo, sem chegar por isso a ser jubilados. Pese embora a validade formal do princípio constitucional de inamovibilidade do juiz, mil vezes repetido, esta situação produzia-se quando as dificuldades orçamentais ou a reorganização técnica dos tribunais exigiam a supressão de cargos, mas sobretudo o motivo era constituído pelas habituais vagas de destituições que se seguiam a uma mudança política. Não obstante, o cessante não ficava por isso irreversivelmente separado da carreira judicial<sup>53</sup>: normalmente desfrutava, se não de um direito, ao menos, de expectativas ou de se reintegrar na carreira através de algum dos «turnos», ou então de ser classificado e figurar num escalonamento especial que fazia as vezes de uma lista de espera<sup>54</sup>.

Com este exemplo pretendemos então deixar claro que uma coisa é explicar o fenómeno da categorização dos juizes em função da permeabilidade entre a política e o direito, e outra, bem diferente, é afirmar que daquela resulta uma equiparação semântica entre «juiz» e «funcionário politicamente leal». Esta precisão não nos obriga, por outro lado, a sustentar uma equivalência de sinal oposto de tipo: «juiz igual e só igual a funcionário tecnicamente competente». Isto sim, estaria em contradição com a nossa explicação anterior. Se fosse necessário oferecer mais um argumento, diríamos que esta última variante poderia ter sido em princípio considerada, se, por exemplo, tivesse tido acolhimento legal ou administrativo uma proposta baseada na «ciência da estatística», elogiosamente comentada em 1865 pela redacção da *Revista general de legislación y jurisprudencia*, de substituição dos escalonamentos pelo uso de uns «quadros numéricos de comportamento pelos quais se poderia saber, com toda a certeza, se a magistratura nas suas diferentes hierarquias, está ou não à altura da importância das suas funções»<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Ver, pelo seu significado a «Exposición de motivos del Decreto mandando formar un escalafón general de todos los empleados que han servido en las Islas Filipinas y determinando quienes tienen derecho a ser incluidos en él (D. de 16.8.1870)», *Boletín de la Revista General* (...), 33, (1870), pp. 571-575.

<sup>54</sup> Ver, colocação de «cessantes», *El Foro*, 1, (1861), p. 8; «Cuatro palabras al Señor Ministro de Gracia y Justicia», *Boletín de la Revista General* (...), 25, (1854), pp. 55-56. Sobre a expressão literária destas expectativas, é sempre necessário citar a novela de Perez Galdos, Benito, *Miau*, (188). A respeito da legislação, cf., paradigmaticamente, DT. 8<sup>a</sup> e 9<sup>a</sup> LOPJ (1870); «Circular disponiendo que se forme el escalafón de cesantes de la carrera judicial (Circular de 11.6.1869)», *Boletín de la Revista General* (...), 30, (1869), pp. 628-629; «Real orden disponiendo que los funcionarios cesantes de la carrera judicial y fiscal y los asimilados a ella expresen si desean volver al servicio (R.O. de 13.10.1882)», *Boletín de la Revista General* (...), 69, (1882), p. 158.

<sup>55</sup> Ver o comentário feito pelos «directores da Revista» ao livro de Puey Bueno, Juan del, «Apuntes sobre Estadística de la Administración de Justicia», *Revista General* (...), 26, (1865), pp. 412-416 (Citado na p. 413).

Por tudo isto, convém finalmente apresentar a hipótese de saber se entre a lealdade, a amizade ou a influência políticas (por um lado) e o mérito, a capacidade ou o rendimento (por outro) não existe justamente um nível intermédio que marque verdadeiramente a diferença entre um juiz e outro funcionário público qualquer. Se, além disso, tivermos que designar semanticamente este terceiro nível, então, porventura poderíamos recorrer a um termo da época — a *dignidade* do juiz — para consequentemente formular a segunda hipótese. A saber, que a condição necessária para que um indivíduo possa aceder ou manter-se numa categoria qualquer, é a de ser um funcionário *digno*.

E, com efeito, tanto da análise da classificação como da literatura menos retórica sobre a justiça, que coincide com o período de conformação desta prática, parece derivar-se a exigência de tal condição. Ora convém justamente saber em que termos, pois, se a dignidade adquire uma relevância determinante, é, precisamente, porque tem um conteúdo semântico de carácter difuso em efeitos classificatórios: por um lado, pode naturalmente abarcar a deslealdade ou os desfavores políticos, mas sem que estas conotações tenham, obrigatoriamente, que esgotar o seu conteúdo; por outro lado, exige do indivíduo uma certa competência técnica, mas sem chegar a fazer desta um critério tão relevante como no caso dos empregados da Administração civil no seu conjunto<sup>56</sup>. O seguimento da controvérsia — que, aproximadamente, se mantém desde 1830 até 1870 — em torno do grau de inamovibilidade que deveriam ter os magistrados do Ministério Público e da questão de saber se deveriam ser classificados coordenadamente numa ordem hierárquica funcional ou ser incluídos nas categorias dos juizes, permite delimitar melhor estes contornos. Pois nesta controvérsia confronta-se o cargo de magistrado do Ministério Público com o de juiz nos seguintes termos: o primeiro, enquanto agente activo da administração, caracterizado pelo seu zelo e pela sua actividade orientada para certos fins; o segundo, enquanto agente passivo da justiça, caracterizado pela sua probidade, pela sua moral e costumes socialmente irrepreensíveis e pela sua carência de iniciativa<sup>57</sup>. Se estabelecermos agora a unidade destas diferenças — *Die Einheit der Differenzen*, citando Luhmann<sup>58</sup> — vislumbra-se com mais clareza o limiar semântico que utilizamos como hipótese: se se pode *dizer* que um funcionário público é minimamente competente, medianamente leal em política e socialmente

---

<sup>56</sup> Cf. Gomez de la Serna, Pedro, «Sobre la necesidad de una ley de empleados públicos», *Revista General* (...), 27, (1865), pp. 340-348.

<sup>57</sup> Cf. Francisco Pacheco, Joaquim, «De la inamovilidad de los jueces», *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, 1, (1836), pp. 311-317; Huet, José María, «Algunas observaciones sobre o que ha sido desde su origen el Ministerio Fiscal», *Revista General* (...), 31, (1867), pp. 145-172; Gomez de la Serna, Pedro, «Del poder judicial, de sus relaciones con los demás poderes y de las condiciones y deberes de los que lo ejercen», *Revista General* (...), 35, (1869), pp. 145-162.

<sup>58</sup> Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme* (N. 30), pp. 596-599.

respeitado pelas suas virtudes públicas, então é *digno* de ser considerado como judicialmente categorizável.

A partir daqui os problemas que se apresentam, são já de outro género. Em primeiro lugar, haveria que constatar se a dignidade do juiz funciona como limite semântico noutros terrenos distintos do da classificação do pessoal judicial. Em segundo lugar haveria que proceder a «desparadoxar» o próprio conceito de dignidade: isto é, haveria que determinar a indeterminação que lhe é inerente, para o que haveria que inquirir todas as diferenças que o seu uso é capaz de engendrar (magistrado do Tribunal Supremo digno/magistrado de Audiência digno/juiz de primeira instância digno, etc...). Finalmente haveria também que verificar se esta dignidade do juiz espanhol bastava por si só para fazer da justiça espanhola do século XIX uma instituição eficaz. Mas isto, como sabemos, exige que nos interroguemos sobre o próprio significado da *eficácia* de uma instituição num contexto histórico determinado. Por agora, parece conveniente não desdenhar a perspectiva de que a realização da justiça em Espanha no século passado dependia bastante de um «sentido prático» (*sens pratique*) associado à actividade jurisdicional: isto é, de uma actuação adaptada ao contexto social e às circunstâncias políticas, não sujeita a um plano ou programa prévios e muito propensa a fazer uso do prestígio e da autoridade simbólicas inerentes à instituição<sup>59</sup>. Neste sentido, já em 1792 o conhecido escritor e burocrata Leandro Fernández de Moratín, um dos poucos homens que soube combater com uma boa dose de auto-ironia as dificuldades estruturais da Ilustração espanhola, para compreender as classes populares, recomendava ao seu amigo Forner o seguinte: «Vive bem; não te prendas a ninguém e faz filhos que é o melhor que pode fazer um delegado do Ministério Público»<sup>60</sup>. O problema que aqui se põe é o de saber se, além de viver bem, este tipo de juiz era eficaz e tornava a instituição eficaz.

<sup>59</sup> Scholz, J.-M., *Rendre justice*, (N. 44), pp. 355-379.

<sup>60</sup> Citado em Gomez Rivas, Fernando A., «Mujer y sociedad a través de la vida de Leandro Fernández de Moratín», Garcia-Nieto, Paris, Maria Carmen (ed.), *Ordenamiento jurídico y realidad social de las mujeres. Siglos XVI a XIX*, Madrid, 1986, pp. 115-136 (citado na p. 118).