

GRANDES REALIZAÇÕES DA HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS

David Teles Pereira

Filipe Arede Nunes

Gonçalo Sampaio e Melo

Isabel Banond de Almeida

Isabel Graes

Jorge Santos

Jorge Testos

Margarida Seixas

Miguel Romão

Míriam Brigas

Pedro Caridade de Freitas

Sílvia Alves

Susana Antas Videira

Organização: António Pedro Barbas Homem

2016 | Edição para fins académicos

Título: Grandes Realizações da História do Direito Português

Organização: António Pedro Barbas Homem

Ano de Publicação: 2016

Série: Publicações colectivas

Edição: Teoria e História do Direito,
Centro de Investigação da ULisboa (THD-ULisboa)

Morada: Alameda da Universidade, 1649-014 Lisboa
thd@fd.ul.pt

Revisão de textos: Cláudia Duarte

Paginação: mash

Edição para fins académicos

Disponibilização na Internet: 5 de Abril de 2016



APRESENTAÇÃO

António Pedro Barbas Homem

I. Ao longo dos últimos anos o grupo de ciências histórico-jurídicas tem vindo a enriquecer-se com a conclusão de novos doutoramentos e mestrados, com a criação do Instituto de História do Direito e do Pensamento Político, do Centro de Investigação em História e Teoria do Direito, da Rede de Investigadores de História Judiciária e com a organização de cursos de mestrado, de doutoramento e de pós-graduação.

A constante internacionalização da Faculdade nestas áreas científicas documenta-se nos professores convidados que temos acolhido, bem como no número também sempre crescente de professores portugueses que são convidados em diversas universidades da Europa, América, África e Ásia.

A organização e co-organização de cursos de mestrado e de doutoramento em História do Direito e em Teoria e Filosofia do Direito no Brasil e em África é um sinal do reconhecimento científico dos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e do seu recentemente constituído Centro de Investigação em Teoria e História do Direito (THD-ULisboa).

A missão universitária de contribuir criticamente para o avanço da ciência e da cultura está assim expresso no ensino e nas publicações do THD e dos seus investigadores.

As tarefas académicas são de diversa ordem.

Uma das mais relevantes é certamente a da divulgação científica: divulgar a ciência que se faz exige prévios trabalhos de investigação científica e, cada vez mais, isso só é possível em equipa.

A publicação desta obra é, assim, o resultado de muitas outras e prévias investigações e publicações dos seus autores, professores e doutorandos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Agradeço a cada um a dedicação a mais esta tarefa, a qual começou, aliás, pela identificação do que consideram ser as realizações fundamentais da história do direito português.

II. Esta publicação é simultaneamente uma obra de divulgação e uma obra de síntese: divulgação dirigida a um grande público; síntese de muitas outras e mais completas investigações, identificadas na bibliografia.

O público a que se dirige *As Grandes Realizações da História do Direito Português* é assim, e em primeiro lugar, o conjunto dos estudantes dos cursos de Direito das Universidades. Mas não só: os juristas práticos muito terão a ganhar com a leitura desta obra.

A presente versão é, para utilizar uma expressão comum no direito, provisória por natureza e por dúvidas.

Provisória porque nesta versão digital faltam ainda alguns textos que serão incluídos em futuras revisões digitais e na versão final impressa, a qual será acompanhada de iconografia relativa às entradas aqui incluídas. E porque, depois de um primeiro diálogo com a comunidade científica, será necessário aprofundar e problematizar algumas questões.

Por dúvidas, porque uma das missões da universidade é ensinar a pensar e tal implica aprender a duvidar dos hábitos de pensamento.

As questões semânticas são importantes. Vejamos.

- III. Certamente que um leitor imparcial não deixará de observar, quando se considera, para referir um primeiro exemplo desta publicação, que uma das realizações civilizacionais dos portugueses é terem sido dos primeiros a abolir a escravatura, que a escravatura existiu durante muitos séculos e que as suas consequências se projectaram no futuro das gerações implicadas neste processo. Por outro lado, muitos países aboliram a escravatura muito depois de Portugal.

Grandes realizações foram a evidente superação de grandes erros e infâmias.

Este exemplo pode ser multiplicado por muitos outros textos que aqui se encontram: a criação de uma cultura de direitos e a consolidação do Estado de direito foi longa, complexa e nem sempre pacífica.

Certamente que outras temáticas poderiam ser incluídas nas realizações da história do direito português. Fica o desafio para essa identificação crítica, desde logo pelos estudantes universitários.

De outro lado, espera-se que o livro seja também uma descoberta. No momento em que a ignorância, em geral, e o desconhecimento da história de Portugal, em especial, são tão marcantes da situação cultural dos nossos dias, a abertura ao estudo de temas e autores portugueses é um mergulho refrescante na identidade de um país e da sua cultura, fora da vulgata e da generalização de experiências do mundo anglo-saxónico.

- IV. Estes textos também permitem fazer um inventário do que poderíamos designar como forças criativas da história do direito. O desafio, para o leitor, é pensar a partir deles.

Os avanços civilizacionais resultaram da lei, da jurisprudência dos tribunais ou da doutrina dos juristas?

Foram importados do estrangeiro, por fenómenos de transmissão de cultura e do contributo dos estrangeirados, ou foram antes o resultado de autênticos contributos originais da ciência e da cultura portuguesas?

E qual foi o contributo e impacto que estas realizações tiveram no mundo de língua portuguesa?

Estas são perguntas que ficam para os leitores. Os textos são abertos, na sua diversidade, à interpretação.

Para utilizar uma expressão consagrada na historiografia, são muitas as *mitologias jurídicas da modernidade*. Como acima referido, multiplicam-se as investigações sobre a história dogmática e institucional do direito que tem como objecto de estudo a história de outros países.

Vai-se criando uma história imaginária de Portugal, como se ela fosse paralela a outros Estados europeus ou americanos. Também por este motivo são importantes as obras de grande divulgação científica. Elas alertam para a importância da cultura em língua portuguesa, de que, afinal, fazemos parte, e ajudando a reflectir criticamente sobre uma herança que recebemos a benefício de inventário e a pensar o modo como se pode quotidianamente fazer progredir o direito.

ABOLIÇÃO DA ESCRAVIDÃO

Margarida Seixas

DATAS RELEVANTES:

1773, 16 de Janeiro	Alvará pombalino que estabeleceu, no território metropolitano, a liberdade de ventre e a libertação de todos escravos cuja condição remontasse à bisavó
1842, 3 de Julho	Tratado luso-britânico que aboliu o tráfico de escravos nos territórios sob administração portuguesa
1869, 25 de Novembro	Decreto que aboliu a escravidão em todo o território ultramarino português

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALEXANDRE, Valentim (coord.), *O Império Africano. Séculos XIX e XX*, Lisboa: Colibri – Instituto de História Contemporânea da FCSH–UNL, 2000
- MARQUES, João Pedro, *Os Sons do Silêncio: o Portugal de Oitocentos e a Abolição do Tráfico de Escravos*, Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 1999
- PIMENTEL, Maria do Rosário, *Viagem ao fundo das consciências: a escravatura na época moderna*, Lisboa: Colibri, 1995
- SILVA, Cristina Nogueira da, *Constitucionalismo e Império. A Cidadania no Ultramar Português*, Coimbra: Almedina, 2009

A abolição da escravidão (estado ou situação, tendencialmente perpétua e hereditária, de uma pessoa sujeita a propriedade) e do sistema socioeconómico assente na escravatura (recurso ao trabalho de indivíduos escravizados como modo de produção ou “forma” de aproveitamento do trabalho escravo) tem lugar, em Portugal, no século XIX, formalmente em 1869, embora com antecedentes a partir da segunda metade do século XVIII.

Muito antes, alguns autores assumem posição contrária à escravidão moderna, com início na expansão quatrocentista. Todavia, apesar das críticas, os autores da Segunda Escolástica espanhola e portuguesa (como os Jusnaturalistas) aceitam-na como instituição legítima, embora com limites quanto às formas de aquisição, ao tratamento do escravo e poderes do senhor.

É a partir do século XVIII que a escravidão começa a ser recusada de forma mais lata. Devem distinguir-se duas linhas: abolicionismo religioso (*quaker*) e crítica filosófica; nesta segunda, é importante estabelecer uma subdivisão entre a corrente iluminista e a corrente utilitarista.

Merece especial referência o pensamento iluminista, cujos autores seriam muito citados em Portugal, em especial Montesquieu, Rousseau, Raynal, Diderot, Jaucourt, Condorcet.

É ainda importante mencionar os autores caracterizados como utilitaristas: Benjamin Franklin, David Hume, Adam Smith ou Jeremy Bentham. As considerações destes autores são de índole económica, considerando o trabalho escravo menos eficiente que o trabalho livre.

Os “novos ventos” também chegam a Portugal e, em alguns autores, encontramos um pensamento que pode caracterizar-se como pré-abolicionista: por exemplo, em António Ribeiro Sanches, Pascoal de Mello Freire dos Reis, António Ribeiro dos Santos, José da Silva Lisboa.

Entretanto, durante o consulado pombalino, a escravidão é praticamente abolida em Portugal metropolitano pelo Alvará de 19 de Setembro de 1761 (concede a imediata liberdade a todos os escravos que desembarquem em Portugal) e o Alvará com força de lei de 16 de Janeiro de 1773 (determina a liberdade de ventre para todos os nascidos na metrópole após a sua publicação e a liberdade dos escravos já existentes, desde que a sua condição remonte às suas bisavós). Por efeito da Lei de 6 de Junho de 1755 e do

Alvará de 8 de Maio de 1758 era reiterada e garantida a liberdade dos índios no Brasil. A Carta Régia de 20 de Março de 1758 (para o vice-rei da Índia) ordenava que cessasse a escravidão dos “chins”, declarando a sua liberdade.

O processo abolicionista inicia-se na década de 1770 nos Estados Unidos. O movimento propaga-se no território anglo-saxónico, através da campanha dos *quakers* mas alargando-se a outros grupos, com apoio decisivo da imprensa periódica. São aprovadas em Inglaterra várias medidas e, a 25 de Março de 1807, o *Abolition Act* que proíbe totalmente o tráfico.

No artigo 10º do Tratado de Inglaterra com Portugal, de 19 de Fevereiro de 1810, D. João, regente, compromete-se a cooperar na gradual abolição, pelo que os portugueses só poderiam praticar o tráfico nos “Domínios Africanos da Coroa de Portugal”.

No Congresso de Viena tem lugar a conferência geral sobre o tráfico e, a 8 de Fevereiro de 1815, dela resulta, por pressão britânica, uma declaração ambígua, proclamando o carácter “repugnante” do comércio de escravos mas consagrando apenas uma abolição gradual sem qualquer compromisso de prazos. Durante o Congresso, Inglaterra e Portugal assinam o Tratado de 22 de Janeiro, com a abolição do tráfico a norte do Equador e limitação a sul, e a 28 de Julho de 1817, a Convenção de 28 que cria o direito de visita das embarcações e comissões mistas para julgar as infracções à proibição de tráfico.

Ainda antes de 1820, em especial através dos periódicos portugueses publicados em Londres, vai-se abrindo espaço a um tímido abolicionismo. Mas a resistência do “partido” escravista e a fraca sensibilização da imprensa e opinião pública explicam a sobrevivência da escravatura e a rejeição das propostas abolicionistas — em especial de Sá da Bandeira — em Cortes.

Entretanto, em Agosto de 1833, é aprovado no Parlamento britânico um *bill* que punha fim à escravatura no prazo de um ano e fixava uma indemnização para os proprietários.

Após a Revolução de Setembro, Sá da Bandeira avança com o Decreto de 10 de Dezembro de 1836, abolindo o tráfico, salvo entre as províncias portuguesas, e estabelecendo penas para os negreiros e para as autoridades tolerantes com o tráfico.

As negociações do Tratado entre Inglaterra e Portugal, interrompidas em Abril de 1836, são retomadas em 1838 mas o impasse dá origem ao célebre *lord*

Palmerston's bill (de Agosto de 1839, permitindo aos cruzadores ingleses o apresamento de barcos sob pavilhão português), que provoca enorme agitação. Após a queda do Governo setembrista, o novo Governo muda de orientação e é assinado o Tratado de 3 de Julho de 1842, nas pesadas condições exigidas.

A abolição efectiva só ganha balanço a partir de 1851, com o início da Regeneração, o encerramento do mercado escravista do Brasil e a acção política de Sá da Bandeira (presidente do Conselho Ultramarino, de 1851 a 1859, e ministro da Marinha e Ultramar, de 1856 a 1859).

Apesar disto, as dificuldades na concretização dos planos de Sá da Bandeira revelam-se fortíssimas, pois traduzem-se na carência de recursos do Estado, na falta de capital privado, na imagem muito negativa de África (*sepulcro de europeus*), na oposição à abolição por parte dos comerciantes, das comunidades portuguesas nas Províncias Ultramarinas e da própria administração colonial. Ainda assim, ao contrário de muitos que se declaram contrários à escravatura por razões oportunistas ou retóricas, alguns governantes, deputados e pares defendem convictamente o abolicionismo: Sá da Bandeira, nos vários cargos que ocupa; Braancamp, Margiochi e Luís Monteiro, na Assembleia Constituinte de 1821-1822; Morais Sarmiento, Jeremias Mascarenhas e Afonso de Castro, na Câmara dos Deputados; Lavradio, Palmela e Ávila, na Câmara dos Pares, entre outros.

Seria, assim, possível abolir gradualmente a escravidão por um conjunto de diplomas, dos quais se referem os mais relevantes: Decreto de 14 de Dezembro de 1854 (libertação dos escravos do Estado e várias outras medidas), Decreto de 22 de Dezembro de 1854 (extinção dos prazos da Coroa em Moçambique e proibição das penas ou usos de redução à escravidão), Lei de 30 de Junho de 1856 (libertação dos escravos das Câmaras Municipais e Misericórdias), Lei de 5 de Julho de 1856 (abolição da escravatura no Ambriz e outros territórios de Angola), Lei de 24 de Julho de 1856 (lei da liberdade de ventre nas províncias portuguesas), Lei de 25 de Julho de 1856 (libertação dos escravos da Igreja), Decreto de 23 de Dezembro de 1856 (abolição em Macau), Decreto de 29 de Abril de 1858 (extinção da escravidão, no prazo de vinte anos) e, finalmente, Decreto de 25 de Fevereiro de 1869 (abolição imediata da escravidão, sujeitando os libertos a trabalho não remunerado para os anteriores proprietários até 1878).

Nas obras dos juristas portugueses do século XIX é possível encontrar a afirmação inequívoca — “o escravo é pessoa” — acompanhada pela condenação da escravidão, realidade decadente, distante, com fim à vista (assim afirmavam Borges Carneiro, Coelho da Rocha, Liz Teixeira, Vicente Ferrer Neto Paiva, José Dias Ferreira, António Luiz de Seabra, Rodrigues de Brito, Silva Bruschy).

Apesar da afirmação inequívoca de que o escravo é pessoa, organiza-se uma campanha contra Sá da Bandeira, despoletada pelo Decreto de 1856 que proíbe o serviço de carregadores em Angola. A polémica agrava-se com o caso da barca francesa *Charles et Georges*, apresada em 1857, em Moçambique, com nativos “contratados” para a ilha de Reunião.

A reclamação de França e a cedência de Portugal são vistas pela imprensa e opinião pública como vergonha nacional. Já fragilizado, o Governo cai em Março de 1859.

Após a década de 1860, pouco favorável ao abolicionismo, o contexto modifica-se na década de 70, devido ao crescente interesse europeu por África. A nível governamental, a questão colonial ganhou relevância através de Andrade Corvo, Ministro dos Negócios Estrangeiros (1871-1878) e da Marinha e Ultramar (1872-1877). É abolida a condição servil (Lei de 29 de Abril de 1875) e o trabalho obrigatório (Regulamento de 21 de Novembro de 1878).

A intervenção defendida para o território ultramarino modificou-se na década de 1880, no contexto da “corrida a África”, acentuada com a Conferência de Berlim de 1884-85. Neste novo modelo, as diferenças entre europeus e africanos são apresentadas com pendor racial, acentuando um plano “biológico”, como nas obras de Mouzinho de Albuquerque ou António Enes, conveniente à civilizadora ocupação europeia e servindo para justificar o novo regime jurídico imposto para o trabalho dos indígenas (Regulamento de 9 de Novembro de 1899).

Este modelo prevaleceria, embora mitigado, no século XX, em práticas nos territórios coloniais das potências europeias, que deram azo às Convenções de 1926 (Sociedade das Nações) e de 1956 (Nações Unidas) contra a escravatura e situações análogas, e em várias intervenções localizadas, como o processo desencadeado pela Sociedade das Nações para determinar em que medida subsistia o trabalho forçado nos territórios sob administração portuguesa.

ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE E DAS PENAS CORPORAIS

Miguel Romão

DATAS RELEVANTES:

1822	Primeira Constituição portuguesa, proibindo a tortura e as penas corporais
1846	Última execução em Portugal por crimes comuns
1852	Aprovação do Código Penal, substituindo definitivamente a parte penal das <i>Ordenações Filipinas</i> ; Acto Adicional à Carta Constitucional, proibido a pena de morte para crimes políticos
1867	Abolição da pena de morte para crimes comuns (pela Lei de 1 de Julho, “reforma penal e das prisões”)
1870	Abolição da pena de morte no Ultramar (Decreto de 9 de Junho de 1870 e confirmação parlamentar pela Lei de 27 de Dezembro de 1870)
1911	Abolição da pena de morte para crimes militares (entretanto reposta em 1914)
1976	Abolição plena da pena de morte em Portugal (actual artigo 24.º da Constituição)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALVES, Sílvia, *Punir e Humanizar. O direito penal setecentista*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- CORREIA, EDUARDO, *A pena de morte — Reflexões sobre a sua problemática e sentido da sua abolição em Portugal*, separata do Boletim do Ministério da Justiça n.º 173, s/l, 1968.
- CRUZ, Guilherme Braga da, “O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal (resenha histórica)”, in *Obras esparsas*, vol. II, 2.ª parte, Coimbra, Coimbra Editora, 1981.
- SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e, *Classes dos crimes por ordem systematica com as penas correspondentes segundo a legislação actual*, Lisboa, Regia Officina Typografica, 1803.
- ROMÃO, Miguel, *Prisão e ciência penitenciária em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2015.

A abolição da pena de morte no direito português para crimes comuns foi estabelecida através da Lei de 1 de Julho de 1867, a mesma que aprovou a “reforma penal e das prisões”, a grande reforma prisional do século XIX, que instituiu o modelo penitenciário para o cumprimento da pena de prisão, reforçando a prisão como a pena paradigmática também no nosso sistema penal. Antes, em 1852, havia já sido proibida a possibilidade da aplicação da pena de morte para crimes políticos, através do artigo 16.º do Acto Adicional à Carta Constitucional de 5 de Julho desse ano.

Apenas duas semanas passadas sobre a aprovação da lei, o escritor francês Victor Hugo escrevia, em correspondência remetida a Pedro de Brito Aranha, jornalista, autor e intelectual do seu tempo (recolhida nas *Oeuvres complètes de Victor Hugo – Actes et paroles II*): *Accomplir ce progrès, c’est faire le grand pas de la civilisation. Dès aujourd’hui le Portugal est à la tête de l’Europe. Vous n’avez pas cessé d’être, vous portugais, des navigateurs intrépides. Vous allez en avant, autrefois dans l’océan, aujourd’hui dans la vérité. Proclamer des principes, c’est plus beau encore que de découvrir des mondes* (carta de 15 de Julho de 1867). Tal demonstra bem a importância e a amplitude da medida, na qual Portugal foi efectivamente inovador, num momento em que a pena de morte se encontrava ainda generalizada no mundo ocidental.

No entanto, a última execução da pena capital em Portugal, por enforcamento, de acordo com os preceitos legais, terá decorrido muito antes, em 22 de Abril de 1846, segundo informam Guilherme Braga da Cruz e Eduardo Correia. Desde então e até ao momento da sua abolição legal, a pena de morte, mesmo quando decretada, seria comutada numa pena de degredo ou de trabalhos públicos pela intervenção do monarca, criando assim também condições favoráveis à sua remoção definitiva do catálogo legal das penas. Na reforma de 1867, os crimes que previam a pena de morte passaram a ver aplicada, como sua alternativa, uma pena de prisão perpétua em regime penitenciário — ou seja, à época, em isolamento celular quase permanente —, mas, na falta de prisões penitenciárias em Portugal (em 1867 construía-se ainda a Penitenciária de Lisboa, que abriria portas apenas em 1885), tal pena deveria ser substituída provisoriamente por uma condenação a trabalhos públicos perpétuos.

O Código Penal de 1852, seguindo a linha histórica provinda das Ordenações, estabelecera a pena de morte para crimes contra a segurança exterior do Estado (toma de armas contra a Pátria e traição); crime de pirataria, de onde resultasse a morte; atentado ao Rei e sua família; crime de homicídio voluntário, quando agravado; e ainda crimes de roubo e de fogo posto, quando fosse tentada (no caso de roubo) ou resultasse a morte da vítima.

Todavia, o abolicionismo em Portugal contava já com diversos adeptos desde o final do século XVIII. Os nomes de juristas e de homens políticos como Pascoal de Mello Freire, Freire de Mello ou Alexandre Herculano e, em especial, Silva Ferrão, Aires de Gouveia ou Barjona de Freitas estão entre os mais destacados, cobrindo um período de várias décadas que antecede 1867, mesmo quando a sua crítica à pena de morte não fosse sempre absoluta. Herculano, por exemplo, em 1838, contestava abertamente na imprensa o uso da pena de morte, por ele considerada não menos que “um absurdo”, devendo-se, em alternativa, “buscar as causas que (...) levam a cometer delitos” (artigos republicados na edição de *Opúsculos*, Jorge Custódio e José Manuel Garcia (org. e introd.), vol. III, Porto, Editorial Presença, 1984).

Também o próprio direito anterior, de inspiração iluminista, parecera acompanhar, a favor da “utilidade pública” de outras penas, um sentido de crítica à pena capital: logo na primeira década do século XIX, em dois momentos (1801 e 1809), são emitidos decretos régios a comutar as penas de morte para condenados e mesmo para quem estivesse ainda em julgamento em penas de trabalhos públicos e de degredo ultramarino, respectivamente, com poucas excepções.

Efectivamente, em meados do século XIX, a recepção em Portugal do pensamento penal marcado pelo correcionalismo vai acentuar a crítica a uma pena incapaz de reformar o criminoso, como a pena de morte, e pugnar pela generalização da prisão, em especial quando cumprida num isolamento que se entendia ser regenerador, vista a prisão como a “pena da civilização”. De modo sintomático, a lei de 1867 que abole a pena de morte prevê também, em coerência e de forma generalizada, a prisão penitenciária entre nós, mantendo ainda a pena de degredo, pena que a necessidade de mão-de-obra e de presença europeia nas colónias ultramarinas continuava a justificar. A extensão da abolição da pena de morte nas colónias ultramarinas é aprovada em 1870.

A sensibilidade pública quanto às execuções também se alterava ao longo do século. Em vez de um espectáculo exemplar para a comunidade, cada vez mais o enforcamento em público de um condenado representava uma barbárie fora do seu tempo. A última execução conhecida em Lisboa, a do homicida Francisco Mattos Lobo, em 16 de Abril de 1842, no Cais do Tojo, horrorizara os espectadores — e a imprensa progressista — pela sua brutalidade.

Na jurisdição penal militar, no entanto, a pena de morte é ainda mantida após 1867 e apenas a República, em 1911 (Decreto de 16 de Março), a irá afastar, mesmo que por pouco tempo. Durante a participação portuguesa na I Guerra Mundial a pena capital é reinstaurada para crimes militares, sendo removida definitivamente deste catálogo apenas no pós-25 de Abril de 1974.

Entre as penas corporais, designando-se aqui o castigo infligido directamente sobre o corpo do condenado (nas classificações punitivas do século XVIII também o degredo ou os trabalhos públicos eram considerados usualmente como “penas corporais”), a história do direito português popularizou os “açóites” em público como a pena mais generalizada, mesmo se inaplicável por exemplo a membros da nobreza ou do clero. Para além dos açóites, o corte de membro ou a imposição de uma marca de ferro quente no corpo do condenado foram também penas usadas, encontrando previsão no direito até ao século XVIII.

Não foi necessário, contudo, esperar pelo período constitucional e pelo ideário liberal para se assistir à proscrição dos castigos corporais. Os penalistas do final do século XVIII consideravam já de forma generalizada as penas corporais como abandonadas, não obstante a sua previsão na letra das Ordenações Filipinas. O programa do humanitarismo penal europeu, na senda de Beccaria, era especialmente crítico da crueldade e da desproporcionalidade de que as penas corporais enfermavam, bem como da infâmia pública que comportavam, e tal foi também válido em Portugal. As penas corporais, mesmo quando mantidas na lei, caem pelo seu *desuso*. Um autor como Pereira e Sousa, na sua obra *Classes de crimes*, publicada em 1803, considerava assim que os “tratos do corpo” estariam abolidos “ou pelo menos restricto[s] a casos raríssimos”, em virtude da mudança dos tempos ou, como diz, de um “systema geralmente recebido na Europa”.

Poucos anos passados, a Constituição do primeiro Liberalismo, em 1822, esclarecerá definitivamente a questão, estipulando no seu artigo 11.º: “Toda a pena deve ser proporcionada ao delito; e nenhuma passará da pessoa do delincente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açóites, o barão e pregão, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis ou infamantes.”

ABOLIÇÃO DA PRISÃO POR DÍVIDAS (SÉC. XVIII)

Miguel Romão

DATAS RELEVANTES:

- | | |
|------|--|
| 1774 | Lei de 20 de Junho, abolindo a prisão por dívidas civis em Portugal, na ausência de património ou de comportamento doloso do devedor |
| 1963 | Adopção pelo Conselho da Europa do Protocolo n.º 4 adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (19 de Setembro) |
| 1966 | Adopção pelas Nações Unidas do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (16 de Dezembro) |

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- FREIRE, Pascoal José de Mello, “Instituições de Direito Criminal Português”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 155 e n.º 156, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966.
- HOWARD, John, *Appendix to the State of Prisons in England and Wales &c. containing a farther account of foreign prisons and hospitals*, Warrington, William Eyres, 1784.
- MARCOS, Rui de Figueiredo, *A Legislação Pombalina — Alguns aspectos fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006.

Quando John Howard, o reformista inglês do mundo prisional, viajou para conhecer as prisões portuguesas, integradas num dos seus longos périplos pelas prisões da Europa, um dos aspectos que mais o impressionou positivamente foi o facto de nelas não encontrar encarcerados simples devedores. Estava-se no ano de 1783. As prisões inglesas, por seu turno, encerravam quer suspeitos a aguardar julgamento, quer alguns condenados, quer ainda devedores, e estes em grande número, que ali expiavam a culpa do seu crédito por pagar.

Em Portugal, por Aviso de 21 de Fevereiro de 1758, assinado pelo Marquês de Pombal, justificado com a necessidade de diminuir os presos nas “cadéas do Limoeiro” em virtude das doenças “que nesta quadra do anno costumam grassar”, havia sido determinado que os que “estiverem por dívidas que se soltem sobre fianças havendo-as; e não as havendo, assignarão termo de pagarem em certo espaço de tempo, e logo que chegarem a melhor fortuna”.

Este primeiro passo seria consolidado em poucos anos. Assim, a prisão para quem não efectivasse o pagamento de uma dívida, sem património conhecido e sem haver dolo na sua insolvência, é definitivamente rejeitada pela Lei de 20 de Junho de 1774, que no § 19.º estabelece que, em processo de execução, nada tendo o réu como património, aquele não prossiga mais: “Porém não os tendo [os bens], nem os mostrando o Crédor exequente, ou que o executado os occulta com dolo, ou malícia, mandará nos Autos, que se não prosiga mais na execução”. Findaria aqui a acção da justiça. Por Assento de 18 de Agosto do mesmo ano esclareceu-se ainda que a lei em causa deveria ser aplicada também aos devedores insolventes “sem dolo nem malícia” que se encontrassem presos no momento da sua entrada em vigor.

Fora deste âmbito, e sujeitos a prisão, continuariam apenas os devedores dolosos, bem como aqueles que não houvessem cumprido com o pagamento de penas pecuniárias decretadas ou falhado o pagamento de tributos ou custas judiciais, realidade que se manterá por longo tempo. Na Novíssima Reforma Judiciária de 1841, uma prisão de pendor coactivo, como meio de motivar um pagamento devido, frequentemente com duração fixada de até 1 ano ou até se obter a quantia em causa, permanece como aplicável, mas ainda apenas no caso de dívidas a entes públicos ou perante a existência de uma situação de fraude ou de abuso, *v. g.*, na falta de pagamento de

custas inexistindo bens, em caso de ocultação ou dissipação dolosa de bens para evitar uma execução ou para o tutor que dissipe o património do menor sem bens que o possam ressarcir (*v. artigos 615.º, 623.º, § 2.º e § 3.º, e 450.º*).

No entanto, a simples dívida entre privados estava colocada fora do âmbito penal, desde o século anterior, com grande antecedência aliás perante outros direitos europeus (em França, por exemplo, a prisão por dívidas civis apenas findaria em 1867 e, em Inglaterra, dois anos depois). A doutrina nacional do século XVIII corroborara também esta solução. Conforme escrevia Melo Freire, nas suas *Instituições de Direito Criminal*, “o réu, que nada tem de seu, não deve por isso ser retido nem lançado na prisão”. Tal contrariava claramente o uso histórico da prisão que, antes de ser pena, se estabelecera efectivamente como uma detenção coactiva usada para apressar a cobrança de um crédito, natureza encontrada na prisão desde o período romano. “Pagar da cadeia”, expressão que o direito português histórico usa, era um expediente tradicional, independentemente do sucesso que resultasse dessa previsão, situação que é em boa parte sustida durante o consulado pombalino.

Nos nossos dias a proibição da “prisão por dívidas” retira-se do texto constitucional vigente (artigo 27.º) e de fontes de direito internacional, tendo em conta o artigo 1.º do Protocolo n.º 4 adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou o artigo 11.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

Pedro Caridade de Freitas

DATAS RELEVANTES:

1640	Restauração da independência de Portugal
1955	Conferência dos Povos Não-Alinhados em Bandung
1960	Resolução 1514 das Nações Unidas, de 14 de Dezembro de 1960
1974	Independência da Guiné-Bissau
1975	Independência de Angola, Moçambique, Cabo Verde e São Tomé e Príncipe
2002	Independência de Timor, em 20 de Maio de 2002

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- GIRAULT, René, Frank, R. e Tobie, J., *La Loi des Géants. 1941-1964. Histoire des Relations Internationales Contemporaines*, Paris, Petit Bibliothèque Payot, Éditions Payot & Rivages, 2005.
- HOMEM, António Pedro Barbas e Brandão, Cláudio, *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*, António Pedro Barbas Homem e Cláudio Brandão (org.), Coimbra, Almedina, 2015.
- MACEDO, Jorge Borges de, "Descolonização", in *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 2, Lisboa, Verbo, 1984.
- KISSINGER, Henry, *Diplomacia*, Lisboa, Gradiva, 1996.

A autodeterminação dos povos é o princípio que garante a um determinado povo o direito de se autogovernar, de se assumir como Estado soberano.

A autodeterminação dos povos foi considerada por autores da Escola Peninsular de Direito Natural do século XVI como um Direito Natural dos povos e constituiu fundamento para a restauração da independência de Portugal em 1640, para a independência dos Países Baixos e da Confederação Helvética com os tratados de Paz de Vestefália de 1648 e para a independência dos Estados Unidos da América, em 1776.

O princípio da autodeterminação dos povos coloniais desenvolveu-se ao longo do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, na defesa da independência dos povos colonizados no continente africano e asiático. Até à II Guerra Mundial, e em especial com a Sociedade das Nações, apenas os povos civilizados se podiam constituir em Estados.

A Carta das Nações Unidas, assinada em 1945, consagra nos arts. 1.º, n.º 2, e 55.º o princípio da autodeterminação dos povos. O art. 1.º, que enumera os objectivos das Nações Unidas, dispõe no n.º 2 que os Estados devem “desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos”.

O conceito presente na Carta das Nações Unidas não traduz uma ideia de independência dos povos, mas de autonomia, de administração própria, ligada à Metrópole. A autodeterminação dos povos é entendida, em 1945, como autonomia política e não como independência estadual. A Carta das Nações Unidas, na altura em que é assinada, constitui o produto de uma cultura imperial, em que os Estados-império pretendem manter o *status quo*, aceitando dar alguma autonomia aos territórios coloniais, sem os tornar independentes.

O desenvolvimento teórico do princípio da autodeterminação dos povos, e o seu entendimento como um princípio de independência, ocorre com a Conferência de Bandung de 1955, também conhecida como a Conferência do Terceiro Mundo ou dos Estados não-alinhados. De entre os objectivos da Conferência de Bandung cabe destacar a oposição ao colonialismo e a declaração do racismo e do imperialismo como um crime contra a humanidade. Na Conferência defendeu-se que a autodeterminação dos povos apenas se concretiza através da independência. O mesmo é dizer que só há autodeterminação com independência.

A consagração do princípio da autodeterminação dos povos como um princípio positivo do Direito Internacional concretiza-se com a Resolução 1514, da Assembleia Geral da O.N.U., de 14 de Dezembro de 1960. Esta Resolução, que é conhecida como a Declaração sobre a concessão de independência aos países e povos coloniais, constitui uma verdadeira carta de descolonização e um bastião da luta anticolonial.

A Resolução 1514 visa o fim do colonialismo e determina que a sujeição dos povos à dominação e exploração estrangeira constitui uma negação dos Direitos Fundamentais, especialmente da liberdade dos povos.

Para as Nações Unidas todos os Povos têm direito à autodeterminação, e esta é alcançada através da independência. A independência constitui a concretização da liberdade dos povos.

A mudança de entendimento das Nações Unidas ocorre por pressão do Bloco de Leste, na década de 50 e 60, e da adesão às Nações Unidas de Estados asiáticos e africanos. A adesão de 17 Estados Africanos, resultantes da descolonização, dá origem a uma nova orientação política influenciada pelo eixo afro-asiático. A defesa dos princípios anticolonialistas e da autodeterminação dos povos tornou-se dominante.

Com a Resolução 1514 o princípio da autodeterminação dos povos passa a fazer parte do *ius cogens*, ou seja, torna-se num princípio imperativo de Direito Internacional, pelo que a sua violação constitui uma negação dos Direitos Fundamentais do Homem. Fica estabelecido que todos os povos têm direito a escolher o seu estatuto político e a promover de forma livre o seu desenvolvimento económico, social e cultural.

Apesar de Portugal ser membro das Nações Unidas, desde 1955, não aceita os princípios de descolonização e autodeterminação dos povos defendidos a partir de 1960. Durante o período do Estado Novo é defendida a tese do “Portugal pluricontinental”, ou seja, um país com presença em vários continentes — Europa, África e Ásia. Esta doutrina, que teve consagração na revisão constitucional de 1951 com a transformação das colónias portuguesas em “territórios ultramarinos”, permite que Portugal recuse, nos termos do capítulo XI da Carta, o envio de relatórios para a ONU sobre os territórios coloniais. Não obstante a posição política e jurídica assumida por Portugal, as pressões sobre o país vão aumentar, culminando, em 1961, com uma Guerra Colonial que dura 13 anos.

A independência dos territórios africanos de colonização portuguesa — Angola, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe —, ocorre, apenas, após a Revolução de 1974. Portugal aceita, nesta altura, a autodeterminação dos povos como um princípio imperativo de Direito Internacional, tendo recorrido a ele, na década de 90 do século XX, para defender os direitos de Timor Leste à independência da Indonésia.

CASAMENTO

Míriam Afonso Brigas

DATAS RELEVANTES:

- | | |
|------|--|
| 1867 | Código Civil de 1867 (artigo 1056.º) – Define pela primeira vez, num código, o casamento como um contrato perpétuo celebrado entre pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem uma família legítima. |
| 1910 | Decreto de 25 de dezembro de 1910 – Altera o regime constante do Código Civil de 1867 em várias matérias familiares, designadamente, impedimentos matrimoniais, estatuto da mulher casada e regime de anulação e nulidade. |
| 2010 | Lei 9/2010, de 31 de maio – Altera a definição de casamento presente no artigo 1577.º do Código Civil de 1867, admitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. |

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- CID, Nuno de Salter, *A comunhão de vida à margem do casamento. Entre o Facto e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2005.
- MONTEIRO, Nuno Gonçalo, *Elites e Poder. Entre o Antigo Regime e o Liberalismo, 2007; O Crepúsculo dos Grandes. A Casa e o Património da Aristocracia em Portugal (1750-1834)*, 1995.
- MATTOSO, José, *História da Vida Privada em Portugal*, Temas e Debates, Círculo de Leitores, 2011 (4 volumes).
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da, *História do casamento em Portugal*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2013.
- GOFF, Jacques Le, *O maravilhoso e o quotidiano no Ocidente Medieval*, Coimbra, Almedina, 2015.

O casamento é uma instituição com relevo social, o que justificou o interesse de áreas como a Sociologia, a História, a Antropologia e o Direito. O casamento assume diferente dignidade em cada uma das vertentes mencionadas, sendo na união destas áreas que a construção do conceito se enriquece. Enquanto instituição o casamento não teve sempre a relevância que lhe é atribuída na actualidade, sendo importante compreender os antecedentes que justificam a sua evolução. De qualquer forma, o casamento é uma das instituições que nos auxilia a percepção entre o definido como juridicamente aceitável e os comportamentos considerados reprováveis, como sucedia com as “relações de trato ilícito” que consubstanciavam as relações à margem do casamento. As formalidades inerentes a esta celebração foram, no entanto, elementos secundários para a identificação de um conceito.

O direito romano debruçou-se sobre o casamento entendendo-o como a união entre um homem e uma mulher, da qual podia resultar descendência. Este interesse é desde logo evidente na preocupação que dedica aos esponsais, momento prévio do casamento, que se traduz numa promessa, com efeitos próximos da união matrimonial, embora variáveis consoante a época romana. Modestino definiu o casamento como “a união do homem e da mulher, consórcio de toda a vida e comunicação do direito divino e humano” (Santos Justo, *Direito Privado Romano*, IV, p. 61). O *consensus* era um elemento fundamental na construção do casamento em Roma (*nuptias non concubitus sed consensus facit*). Neste sentido, para existir casamento teriam de reunir-se dois elementos: a convivência, a que se junta a *affetio maritalis*, isto é, a intenção do casal viver como marido e mulher. De referir que o direito romano considera o casamento monogâmico, repudiando tanto o matrimónio de um homem com várias mulheres, como o celebrado entre uma mulher e vários homens. Em consequência, o concubinato é rejeitado em Roma por ser incompatível com uma relação monogâmica. A romanística tem discutido a existência de dois tipos de matrimónio em Roma: o *cum manu* e o *sine manu*. Santos Justo considera que o *matrimonium sine manu* teria vigorado em Roma pelo século III a.C., não obedecendo a nenhuma ritualização específica, tendo progressivamente substituído o *matrimonium cum manu*.

O direito visigótico, por seu turno, concebia o casamento em duas fases: a primeira fase (*desponsatio*),

que era realizada na presença dos pais da mulher, e a *traditio*, que consistia na entrega da noiva. Posteriormente, este direito reconheceu o casamento meramente consensual, que ocorria quando um homem livre recebe por esposa uma mulher igualmente livre, sem ter procedido à entrega do *pretium puellae*. Igualmente o direito canónico medieval se dedicou à construção desta figura, definindo o casamento pela existência de consentimento recíproco entre os intervenientes, celebrado na presença de um membro da Igreja e pela atribuição de um sacramento, vínculo gerador da união indissolúvel. O receio da promiscuidade entre os noivos justificou que, existindo cópula carnal, o direito canónico considerasse o casamento celebrado com todos os seus efeitos. A este respeito importa reter as posições assumidas por Graciano e Pedro Lombardo. O primeiro considerava que apenas após a união carnal entre os cônjuges existia casamento. Pedro Lombardo entendia que existia casamento pelo mútuo consenso dos cônjuges.

O direito português dos séculos XIV, XV, XVI e XVII também se preocupou com esta instituição, essencialmente pela necessidade de combater as uniões celebradas sem o cumprimento das formalidades exigidas, originando os designados casamentos clandestinos. A valorização do estado de casado como sinónimo de maior respeitabilidade é outro elemento presente nas Ordenações, que o exigem para o desempenho de determinados cargos, como o de juiz (Ordenações Filipinas, Livro I, Título XCIV). Em consequência, encontramos nas Ordenações do Reino a referência ao casamento atendendo a dois elementos essenciais: a natureza contratual da união celebrada entre um homem e uma mulher e a dispensabilidade de formalidades especiais para a validade desta celebração. A preocupação com os elementos patrimoniais associados à união existente é outro dos factores que marca o nascimento desta instituição. São várias as situações que justificam a preocupação do legislador afonsino, manuelino e filipino: as alienações de bens de raiz que podem colocar em perigo o património do casal e que são sujeitas a um regime apertado de limitações por parte dos cônjuges, em especial da mulher, e o tratamento conferido aos regimes de bens do casamento. Destacamos, a este respeito, dois aspetos. Por um lado, a preocupação presente nas Ordenações de distinguir o casamento dos possuidores de bens da Coroa daqueles

que não detinham este património. Considerando os interesses em presença, o legislador vincula à autorização régia o casamento dos primeiros, invocando a necessidade de averiguar da qualidade das famílias dos nubentes. Por outro lado, as consequências da celebração do casamento sem o consentimento paterno. As Ordenações Filipinas estabelecem a proibição do casamento com mulher menor de 25 anos que não seja precedido de consentimento dos pais. Aos que casassem nestas condições era aplicada a pena de deserdação e a exclusão de todos os bens dos progenitores (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título LXXXVIII). Saliente-se, no entanto, que as Ordenações afastam a aplicação deste regime quando as vantagens da celebração da união fossem superiores às que os pais podiam fazer à menor. Novamente está aqui presente a vertente patrimonial na validação do casamento. O legislador filipino preocupou-se ainda com as mulheres em situação de maior fragilidade, como as viúvas e as que, tendo mais de cinquenta anos e filhos, contraíam segundo casamento. Neste sentido, pretendeu salvaguardar as mulheres da sua incapacidade suprida inicialmente pelo pai e, após o casamento, pelo marido, atribuindo-lhes o privilégio do juiz dos Corregedores da Corte (Ordenações Filipinas, Livro III, Título V). De referir que, pese embora se profba a infâmia das mulheres que celebravam segundo casamento, era notória a preferência legislativa pela primeira união patrimonial, olhando-se com desconfiança para o segundo casamento celebrado. As Ordenações estabelecem ainda que a comunhão de vida entre os cônjuges é especialmente dirigida à educação dos filhos, cuja vertente económica competia aos pais, devendo as mães assumir os demais encargos da educação. O pai é reconhecido como legítimo administrador dos bens dos filhos, situação que será perpetuada até ao nosso primeiro Código Civil.

Procurando identificar, para a época medieval, as modalidades de união existentes, Alexandre Herculano enuncia três formas possíveis: o casamento de benção, ao qual se associa o elemento religioso, que ocorre com a presença activa de um elemento da Igreja que ministra o sacramento; o casamento de juras, que incide na troca recíproca de consentimento e o casamento de pública fama, que considera casados o homem e a mulher que vivam em comum por um período mínimo de 7 anos e que pratiquem actos em conjunto, nos termos estabelecidos na lei

de D. Dinis de 1311. Cabral de Moncada questiona o entendimento sufragado por Herculano na obra *O Casamento em Portugal na Idade Média*, advogando um único conceito de casamento com diferentes formas de celebração. O próprio regime jurídico aplicável era uno, independentemente da forma adotada. Neste sentido, o casamento medieval português pode ser caracterizado pela sua natureza contratual, marcado por uma desigualdade de deveres e direitos entre os cônjuges, que assentava na *natural* inferioridade feminina, defendida na doutrina jurídica e de conselho produzida. Um dos elementos relevantes na construção do casamento medieval dizia respeito à fidelidade conjugal, pelos efeitos em matéria de ilegitimidade. Outro aspecto que deve igualmente ser considerado centra-se na liberdade matrimonial. O direito canónico enfatizava a preocupação com o consenso como elemento indispensável à celebração do matrimónio, princípio igualmente acompanhado pelos monarcas portugueses, como sucede na Cúria de Coimbra de 1211, em que D. Afonso II impõe a liberdade dos casamentos como condição para a sua celebração. Posteriormente, no Regimento da Casa Real, de 1 de abril de 1258, refere-se novamente a proibição geral de coação nos matrimónios. Sabemos, no entanto, que a prática enfeitava frequentemente as determinações referidas.

O Concílio de Trento veio proibir os casamentos clandestinos, estabelecendo a unidade e a indissolubilidade do vínculo como princípios, a necessidade de a celebração do sacramento ocorrer na presença de um sacerdote e testemunhas, impondo ainda a transcrição da ata respetiva nos registos paroquiais.

Entretanto, foi produzida legislação variada em matéria de direito matrimonial, como se verifica na Carta Régia de 1615, em que se combatem os casamentos clandestinos da nobreza, regime continuado na Lei de 13 de novembro de 1651, que introduz pesadas penas para os contraentes de matrimónios clandestinos, como a perda de bens, o desterro e a deserdação. Posteriormente, em 1642, o legislador condenou novamente os casamentos celebrados entre cristãos novos e elementos da nobreza, vendo com desconfiança estas uniões, presumindo que os cristãos novos visavam a celebração dos casamentos movidos por especiais vantagens financeiras. No decurso do século XVIII é produzida significativa legislação no sentido de condicionar a vida matrimonial dos

súbditos, designadamente do casamento dos membros da nobreza, como se verifica com a Lei de 29 de novembro de 1775, em matéria de consentimento para o casamento, e na Lei de 3 de agosto de 1770, em matéria de Morgados. Em matéria sucessória vemos surgir as Leis de 25 de junho de 1776 e de 9 de setembro de 1769. Igualmente com conteúdo matrimonial é de referir a Lei de 17 de agosto de 1761, bem como o Alvará da mesma data, o Alvará de 4 de fevereiro de 1765 e a Lei de 6 de outubro de 1784. A Lei de 19 de junho de 1775 e a Provisão de 18 de janeiro de 1799 abordam o exercício do poder paternal, vindo o Alvará de 23 de novembro de 1770 a legislar sobre a situação dos viúvos que realizam segundos e terceiros casamentos. A legislação produzida denuncia uma preocupação evidente com os casamentos celebrados pelos membros das classes favorecidas, considerando que uma escolha errada poderia fazer perigar o património de uma família, matéria especialmente relevante quando estava em causa património da Coroa. Será a partir deste período que podemos identificar uma separação no direito matrimonial português. Por um lado, as normas vigentes para uma classe social e, por outro, os princípios a observar pela massa anónima da população.

Com o Código Civil de 1867 encontramos a definição de casamento no artigo 1056.º como o contrato perpétuo feito entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família. Os elementos essenciais centram-se na perpetuidade do vínculo, que apenas reconhecia a perturbação gerada pela separação judicial de pessoas e bens ou pela anulação, com regime jurídico autónomo. A constituição da família é igualmente relevante para a construção do conceito, ganhando especial importância a legitimidade da união, que distinguia os filhos nascidos na constância do casamento daqueles que eram concebidos fora desta ordem normativa. Em matéria de direitos e obrigações gerais dos cônjuges, o artigo 1184.º enuncia a obrigação de fidelidade conjugal, coabitação, socorro e ajuda mútua, estabelecendo o artigo 1185.º a divisão de competências dos membros do casal: ao marido a proteção e defesa da mulher; à mulher, a obediência ao marido. A desigualdade de direitos e deveres dos cônjuges estava firmada, aspeto especialmente visível em matéria de administração patrimonial, função atribuída ao marido relativamente a todos os bens do casal, incluindo os bens próprios da mulher.

O Decreto de 25 de dezembro de 1910 veio revo-
gar alguns dos princípios defendidos no Código Civil de 1867, adotando nova orientação acerca do estatuto jurídico da mulher e em matéria de impedimentos matrimoniais. Em consequência da admissibilidade do divórcio, é alterada a definição de casamento que assentava na perpetuidade, advogando-se o casamento como contrato civil. Ao mesmo tempo, o legislador é mais restritivo em matéria de impedimentos matrimoniais. O equilíbrio entre os direitos e deveres dos cônjuges está presente como princípio, embora se perpetue a atuação feminina como acessória, complementar ao trabalho masculino tido por principal e sustentáculo da estrutura familiar.

O Código Civil de 1966 veio definir, no artigo 1577.º, o casamento como um contrato celebrado entre um homem e uma mulher que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, tendo a Lei 9/2010, de 31 de maio, alterado este conceito, pela admissibilidade desta união ocorrer entre pessoas do mesmo sexo. Com esta última alteração passou a reconhecer-se que a união podia assumir tanto natureza heterossexual como homossexual. O casamento tem de observar, em matéria de celebração, o disposto no atual Código Civil, que reconhece o casamento civil e o matrimónio católico, este último celebrado de acordo com o direito canónico, nos termos estabelecidos no Código. Em matéria de caracterização do casamento, acompanhamos Jorge Duarte Pinheiro, que define este instituto pela contratualidade, pela assunção de compromisso recíproco de plena comunhão de vida, pela pessoalidade e pela solenidade.

CÓDIGO PENAL

Miguel Romão

DATAS RELEVANTES:

1822	Constituição, consagrando pela primeira vez entre nós um conjunto de princípios aplicáveis ao direito e ao processo penais
1852	Aprovação do Código Penal
1867	Reforma penal e prisional, abolindo a pena de morte e de trabalhos públicos
1884	Aprovação da “Nova Reforma Penal”, revendo a parte geral, alterando penas e abolindo a perpetuidade das penas
1886	Publicação consolidada do Código Penal
1936	Reforma prisional, com diversas alterações ao Código Penal
1954	Revisão do Código Penal, revendo as penas e sistematizando as medidas de segurança
1982	Novo Código Penal

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *A reforma da justiça criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra, Almedina, 2003.
- ALBUQUERQUE, Ruy de e Albuquerque, Martim de, (com a colaboração de J. Artur Duarte Nogueira, José Adelino Maltez e Mário Leite Santos), *História do Direito Português*, vol. II, Lisboa, 1983.
- ANCEL, Marc, *Les Codes Pénaux Européens*, 4 tomos, Paris, Centre Français de Droit Comparé, 1958.
- CORREIA, Eduardo, *Estudos sobre a evolução das penas no direito português*, vol. I, separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LIII, Coimbra, s/d.
- CRUZ, Guilherme Braga da, “O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal (resenha histórica)”, in *Obras esparsas*, vol. II, 2.^a parte, Coimbra, Coimbra Editora, 1981.
- HESPANHA, António Manuel, “A evolução da doutrina e do ensino do Direito Penal em Portugal, C. 1800 – C.1910”, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, tomo I, Milão, Giuffrè, 2007.
- JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, 4 tomos, Lisboa, Typ. de José Baptista Morando, 1853–1854.
- ROMÃO, Miguel, “Nota introdutória” in *Nos 150 anos do primeiro Código Penal — O Código Penal de 1852*, Lisboa, Ministério da Justiça, 2002.
- ROMÃO, Miguel, *Prisão e ciência penitenciária em Portugal*, Lisboa, Almedina, 2015.

A Revolução Liberal de 1820 inaugura entre nós a reclamação mais permanente de um Código Penal, mas o tema não era novo. No final do século anterior Pascoal de Mello Freire procurara reformar, sem sucesso, a parte penal das Ordenações Filipinas (livro V), texto de 1603, já de acordo com as exigências do seu tempo e da recente “ciência da legislação” de cariz iluminista. Durante o período da invasão napoleónica das terras portuguesas, umas das promessas do governo da ocupação era precisamente a da aprovação de um Código Penal (tal como a de um Código Civil), à semelhança do que a revolução de 1789 consagrara em França. Assim, é natural que o assunto — e a mais vasta necessidade da codificação em termos gerais — fosse objecto das Cortes Constituintes que elaboram a primeira Constituição de modo a serem defendidas com transparência as exigências de legalidade e de irretroactividade da lei penal bem como a circunscrição do arbítrio do julgador, dogmas do liberalismo contra o regime anterior. Aliás, logo em 23 de Novembro de 1821 é nomeada pelas Cortes Constituintes uma comissão com o mandato de redigir projectos de Código Penal e de Código de Processo Penal, o que não logrará.

De facto, entre 1821 e 1852, data da aprovação do primeiro Código Penal português com vigência efectiva (pelo Decreto de 10 de Dezembro de 1852, depois ratificado pelas Cortes através da Lei de 1 de Junho de 1853), um conjunto de concursos públicos, projectos e comissões sucedem-se, sendo eventualmente o resultado mais destacado um projecto da autoria de José Manuel da Veiga, de 1833. A conjuntura política francamente conflituosa do período e a confusão entre juristas e políticos no activo, constantemente chamados a novos cargos, não propiciava a tranquilidade e o consenso necessários a que se terminasse a tarefa.

Como se escrevia num dos decretos que nomeia mais uma comissão de juristas com o objectivo de preparar o Código (Decreto de 18 de Agosto de 1832), pretendia-se definitivamente afastar “aquele monstruoso Código Criminal da Ord. do Liv. 5.º aonde foram a esmo copiadas as Leis de Calígula, e Néro, e aonde á força de se repetir constantemente = morra de morte natural para sempre = ficam os delictos impunes, ou são conduzidos a graves penas os infelizes, a quem se quer impôr uma pena por acções inteiramente diferentes das que figuram no processo (...)”. A feitura de um Código Penal é simultaneamente vista como evolução do direito e como progresso político e social, de que o regime constitucional não

podia prescindir, reforçando de forma directa os novos princípios da justiça criminal — que o texto constitucional definira — e um novo sistema de penas, em que a pena de prisão avultava. No Código oitocentista encontram-se a exigência da legalidade prévia da incriminação, a irretroactividade da lei penal, a exigência de tipicidade e a proibição do uso da analogia, a intransmissibilidade da pena e um regime alargado de crimes públicos.

O Código Penal de 1852, cujo articulado é assinado por Manoel Duarte Leitão, José Máximo de Castro Neto Leite e Vasconcelos e José Maria da Costa Silveira da Motta, vigorará finalmente no ano seguinte, mesmo se recebendo imediatamente críticas sucessivas, desde logo, como se disse na altura, “por ter nascido velho”, para quem o via ainda demasiado próximo do direito penal anterior. Um dos seus maiores opositores, o correcionalista Levy Maria Jordão, passará aliás boa parte da década seguinte a procurar reformá-lo, sem sucesso imediato.

O Código segue o modelo da generalidade dos códigos penais da época, repartindo-se entre uma parte geral e uma parte especial, sendo descobertas as influências dos Códigos francês (1810), brasileiro (1830) e espanhol (1848), entre outros. Mais de metade das condutas incriminadas no novo Código têm correspondência nas antigas Ordenações, repartindo-se por entre crimes “contra a religião do reino e dos cometidos por abuso de funções religiosas”, contra “a segurança do Estado”, contra “a ordem e tranquilidade pública”, contra as pessoas e contra a propriedade.

Entre as penas usadas, divididas entre maiores e correcionais, cabendo ao juiz fixar a sua duração concreta nos limites fixados pelo Código, avultam a prisão, o degredo, a pena de morte, os trabalhos públicos, a multa, na versão inicial do texto legal. Como ensinava Sousa Pinto: “(...) O genero da pena deve ser estabelecido pelo Legislador; a quantidade deve ser determinada pelo Juiz. Mas para coarctar ainda este arbitrio deixado ao Juiz, e de que muito póde abusar, deve o Legislador estabelecer o maximo e o minimo da pena, graduando-a aquelle entre estes dois pontos segundo as circunstancias”.

Tal era considerado muito insuficiente para a tendência correcionalista, tão presente nos penalistas portugueses que viam nestas penas apenas um intuito retributivo e utilitário de castigo sem qualquer propósito regenerador para o condenado. No entanto,

segue o Código também nas penas um padrão mais tradicional, defendido por penalistas reconhecidos na Europa da época, onde o correcionalismo não vingara, como Rossi, Hélie e Chauveau. Irredutível na conquista do espaço punitivo, a prisão, residual enquanto pena no contexto das Ordenações, mesmo tendo sido reforçado o seu uso ainda antes de 1820 e logo após esta data, como pena e como expediente administrativo, torna-se a primeira resposta punitiva no quadro do Código de 1852, à semelhança do que sucedia em todo o espaço ocidental. Assim, enquanto nas Ordenações apenas 9% dos crimes eram punidos com prisão, no Código atinge-se uma proporção de 91% em 1852 (e de 97% perante a versão consolidada em 1886).

A reforma das penas previstas no Código ocorreria apenas em 1867, pela Lei de 1 de Julho, abolindo a pena de morte (e também, apenas na letra da lei, a pena de trabalhos públicos) e prevendo o cumprimento da pena de prisão em regime penitenciário (em isolamento celular), associada com frequência à pena subsequente de degredo, uma sanção combinada e frequente em especial para crimes de maior gravidade. No entanto, não estavam construídas as novas prisões que permitiram esse cumprimento de pena, pelo que teria de se aguardar ainda pela década de 1880 para efectivar aquela reforma em pleno. Em 1884, havendo ainda lugar uma consolidação do texto do Código em 1886 (sendo comum falar-se de um Código Penal de 1886), uma nova reforma à legislação penal — a então designada “Nova Reforma Penal” — permite não só de modo efectivo o novo modelo de cumprimento da pena de prisão e finda com a aplicação de penas perpétuas, como altera também a parte geral do Código, aperfeiçoando-a tecnicamente. A primeira prisão de regime penitenciário (segundo um modelo de Filadélfia atenuado) abriria em Portugal em Janeiro de 1885 (ainda em funcionamento, como Estabelecimento Prisional de Lisboa).

O Código, na versão estabelecida em 1886, entraria pelo século XX, mesmo se alterado com profundidade em diversos momentos. Mantém-se um reduto de defesa de uma imputação retributiva baseada na culpa e na vontade do delincente, não abrindo inicialmente lugar às possibilidades da liberdade condicional (que surgiria em 1893) ou da detenção suplementar, que vinte anos antes se preparavam, ou sequer admitindo regimes diferenciados — e estabelecimentos diferenciados — para a execução das

penas de prisão e de degredo, cuja configuração estava disponível na doutrina, na prática internacional e em projectos nacionais. Seria apenas após a implantação da República, e em especial nos primeiros anos do Estado Novo, que uma alteração do direito penal de acordo com estas possibilidades se concretizaria. A substituição definitiva deste Código ocorreria apenas com a aprovação do código vigente, em 1982.

CONSTITUIÇÃO

Filipe Arede Nunes

DATAS RELEVANTES:

1689	<i>Bill of Rights</i>
1822	Primeira Constituição escrita portuguesa
1976	Constituição da República Portuguesa

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- HESPANHA, António Manuel, *Hércules Confundido — Sentido Improváveis e Incertos do Constitucionalismo Oitocentista. O Caso Português*, Curitiba, Juruá Editora, 2009.

Por Constituição entende-se o documento (que poderá ser ou não escrito) que estabelece os direitos, liberdades e garantias dos indivíduos, os limites ao exercício do poder político e a estrutura organizativa de uma determinada comunidade política. A ideia de Constituição pressupõe, acima de qualquer outra, a existência de garantias que permitam a protecção das liberdades e dos direitos dos indivíduos.

Embora o moderno conceito de constituição se tenha desenvolvido a partir do século XVII (um modelo liberal de constituição) é possível encontrar na Magna Carta de 1215, no *Petition of Rights* de 1628 ou no *Bill of Rights* de 1689 alguns arquétipos do sistema que inspirará os modelos constitucionais ocidentais (especialmente a partir das Revoluções Americana e Francesa). No entanto, apenas com a fragmentação do poder absoluto — que se vai paulatinamente concretizando a partir do final do século XVII — se pôde consolidar um processo que, pela sua natureza, implica sempre a existência de limites ao exercício do poder político, realidade que apenas se verifica a partir do período liberal. Note-se, porém, que quer na Antiguidade Clássica, quer na Baixa Idade Média existiam modelos de organização do poder político (Aristóteles, por exemplo, chega mesmo a estudar a constituição dos atenienses) sem que, no entanto, esses sistemas se possam comparar com aqueles que despontam a partir do final do século XVII uma vez que, e não obstante o facto de estabelecerem regras relativamente ao funcionamento do poder político, pouco ou nada referiam em relação aos direitos dos indivíduos.

Embora a constituição liberal tenha introduzido, no mundo ocidental, um determinado modelo de organização do poder político o eclodir do século XX foi acompanhado de outros tipos constitucionais, nomeadamente aqueles em que assentaram estados totalitários (como o soviético ou o fascista) ou estados autoritários (como o Estado Novo português e a sua Constituição). Embora, nestes casos, a Constituição continuasse a constituir uma garantia, esta seria apenas para alguns, aqueles que perfilhassem a ideologia oficial.

Em Portugal existiram, até ao presente, 7 textos constitucionais: Constituição de 1822; Carta Constitucional de 1826; Constituição de 1838; Constituição de 1911; Constituição de 1933 e Constituição de 1976. Os diferentes textos constitucionais portugueses (embora esta não seja uma característica exclusiva

do constitucionalismo português) permitiram, por um lado, legitimar (ainda que apenas juridicamente) novos e diferentes titulares do poder político e, por outro, dotar uma determinada concepção ideológica de um texto orientador. Note-se que o constitucionalismo português (como noutras latitudes) tem natureza revolucionária e os diferentes textos reflectem as circunstâncias específicas do momento em que foram escritas.

Actualmente, vigora em Portugal a Constituição aprovada em 1976 constituindo esta o resultado directo da Revolução do 25 de Abril de 1974 (o texto actual corresponde ao da 7.^a revisão, em muitas dimensões bastante diferente do texto originalmente aprovado).

A Constituição Portuguesa de 1976 é um texto que está em conformidade com a generalidade das actuais Constituições do mundo ocidental: assenta na existência de um Estado de Direito Democrático (garantido através da separação de poderes, da existência de direitos fundamentais dos indivíduos e da subordinação dos órgãos do poder político à lei); garante a dignidade da pessoa humana; e assegura a existência de liberdades políticas e a democracia pluralista e representativa.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

Filipe Arede Nunes

DATAS RELEVANTES:

1948	Declaração Universal dos Direitos do Homem
1976	Constituição da República Portuguesa

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- MIRANDA, Jorge, "O Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa e a Declaração Universal dos Direitos do Homem", in *Estudos em Comemoração do Quinto Aniversário do ISCJS*, vol. I, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, 2012.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, "A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa", in *Ab Vno Ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora, 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- COSTA, José Manuel Cardoso da, "Reflexão nos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem", in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi adoptada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 217A (III) em 10 de Dezembro de 1948.

Entre nós foi publicada no Diário da República (I Série A, n.º 57/78) em 9 de Março de 1978, embora o texto da Constituição de 1976 (mormente no seu artigo 16.º, n.º 2) estabeleça uma relação directa entre a interpretação dos preceitos legais e constitucionais relativos a direitos fundamentais e o texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

As origens da Declaração Universal dos Direitos do Homem remontam à Magna Carta, ao *Bill of Rights* de 1689, à Declaração da Virgínia de 1776, à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, à Carta do Atlântico de 1941 ou à Carta das Nações Unidas de 1945, assumindo-se estes textos como elementos inspiradores e fundadores do documento adoptado — ainda que não por unanimidade — em 1948.

Importa referir que, não obstante as origens mais remotas (nomeadamente a Magna Carta), foi o contexto filosófico da Idade Moderna e do Iluminismo que permitiu desenvolver o processo de ideias que colocavam o indivíduo como centro de direitos inalienáveis ainda que, de certa perspectiva, a Declaração Universal dos Direitos do Homem constitua uma ultrapassagem ao arquétipo proposto no Iluminismo.

O texto adoptado em 1948 — na sequência da mais mortífera e trágica guerra da história da humanidade — constitui um extraordinário e poderoso instrumento de reconhecimento de direitos fundamentais dos indivíduos, estabelecendo-se um conjunto importante de ideais que deveriam ser atingidos em comum por todos os povos e por todas as nações. A Declaração Universal dos Direitos do Homem difere de textos anteriores porque quebra com a ideia de que a garantia de direitos individuais se concretiza apenas no quadro interno dos Estados. Com a sua proclamação é a comunidade internacional que passa a reconhecer estes direitos dos indivíduos.

Entre outros princípios fundamentais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem estipula que todos os seres humanos nascem livres e iguais, quer em igualdade, quer em direitos, que todos os indivíduos têm direito à vida, à segurança e à liberdade, que a escravatura é proibida, que ninguém pode ser submetido a tortura ou penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, que todos os indivíduos têm direito a ter uma nacionalidade, que todas

as pessoas, individuais ou colectivas, têm direito à propriedade, que todos os indivíduos têm direito à liberdade de pensamento, consciência ou de religião ou que todas as pessoas têm direito à liberdade de opinião e de expressão.

Em Portugal, apenas com a Constituição de 1976 se rompe com o paradigma imposto ao longo dos 48 anos de ditadura no que à temática dos direitos dos indivíduos diz respeito. Efectivamente foi a Terceira República que permitiu o reconhecimento de alguns princípios de direito internacional e a consagração, nos textos legais do país, dos mesmos.

Nesse sentido, importa salientar que a Constituição da República Portuguesa de 1976 prevê, no seu artigo 16.º, n.º 2, que os preceitos constitucionais e legais relativos a direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração, regra que tem sido acolhida quer ao nível da jurisprudência, quer ao nível das construções doutrinárias.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem assume-se hoje como um instrumento fundamental na delimitação dos direitos dos indivíduos e um estandarte dos sistemas políticos democráticos.

DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

Susana Antas Videira

DATAS RELEVANTES:

1689	Bill of Rights
1776	Declaração dos Direitos da Virgínia
1789	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BANOND, Isabel, *História das Ideias Políticas*, Cascais, Principia, 2014.
- FERNANDES, António, *Direitos Humanos e Cidadania Europeia. Fundamentos e Dimensões*, Coimbra, Almedina, 2004.
- JELLINEK, G., Boutmy, E., Doumergue, E. y Posada, A., *Origenes de la Declaracion de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984.
- VIDEIRA, Susana Antas, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX – Contributo para a História dos Direitos Sociais*, AAFDL Editora, Lisboa, 2016

A Época das Luzes vai definir uma nova fórmula de Direito Natural que pertence, sem eufemismos, ao que ela tem de mais característico. Até então, o Direito da Natureza consistia em uma ordem transpessoal objectiva, de fundamentação mais ou menos metafísica e religiosa. No século da Iluminação, o edifício do Direito Natural ergue-se, precisamente, sobre a base dos direitos naturais e originários do homem.

Como ponto de partida temos a ideia, ensinada pela filosofia individualista e racionalista do século da Enciclopédia, de que o homem nasce já dotado de certos direitos naturais. O adjectivo natural distingue esse direito de uma situação histórica preexistente. Não se funda no costume, pois o direito consuetudinário medieval não era independente do privilégio, atribuído ao homem não enquanto homem, mas porque actuava e vivia em condições históricas determinadas. A ideia de direitos “inalienáveis” do homem, que não podem ser transferidos para a disposição do poder do Estado, não se afasta, apenas, da construção medieval, mas também, e de forma ainda mais imediata, do moderno Estado monárquico, de cariz despótico, assumindo que os direitos inatos do indivíduo são, na sua génese, independentes do poder, que, longe de os criar, se limita ao seu reconhecimento.

Por decorrência, num quadro mental abstractamente racionalista, afirma-se a superioridade temporal e valorativa do homem face ao Estado. Na base está o indivíduo, dotado de infinito valor espiritual, que cria as sociedades estatais que, por isso mesmo, não podem pretender anular ou oprimir o seu criador. Antes devem servir os seus fins, consolidando a sua força. Por isso, o homem é não apenas o limite de actuação dos governantes, mas também, e sobretudo, um princípio de organização política. Nega-se a existência de fins específicos do Estado, só se admitindo, como fim deste, a promoção e realização dos fins do indivíduo.

A enumeração solene desses direitos naturais num acto escrito era julgada essencial e entendida como um aviso permanente a governantes e governados de que jamais os deveriam esquecer ou violar. Esses direitos naturais e imprescritíveis eram, afinal, a liberdade individual, em todas as suas diferentes formas, a propriedade real e a segurança pessoal. Simplesmente, o naturalismo jurídico contemporâneo tende a ampliar progressivamente a liberdade individual e os direitos do homem, neles incorporando paulatinamente novos princípios.

Em Inglaterra, o *Bill of Rights*, de 1689, o *Habeas Corpus*, de 1679, a *Petition of Rights*, de 1627 e a *Magna Charta libertatum*, no século XIII, constituem um precedente valioso na salvaguarda, frente ao poder, dos direitos e das liberdades dos súbditos.

Não obstante, será, sobretudo, por influência das ideias filosóficas setecentistas acerca do Direito e do Estado, alimentadas, entre tantos, pelo pensamento de Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, que as Declarações de Direitos americanas e francesa afirmam a liberdade humana como princípio de organização política, exortando a natureza originária e inalienável dos direitos do homem e do cidadão.

Com efeito, as ideias proclamadas pelos teóricos do direito natural racionalista encontram eco na Revolução Americana e têm a sua expressão mais impressiva na independência das treze colónias que formavam os Estados Unidos da América (1776).

Em 15 de maio de 1776, o Congresso de Filadélfia instava as colónias americanas a separar-se da metrópole e a aprovarem uma Constituição. Dos treze Estados que, na origem, constituíam a União, onze seguirem a indicação e dois conservaram as cartas coloniais outorgadas pela Coroa inglesa, elevando-as a Constituição.

De entre os onze Estados mencionados, o da Virgínia foi o primeiro a adoptar uma Constituição, acompanhada de um *Bill of Rights*, cujo autor foi George Mason, sem prejuízo da influência que James Madison exerceu na redacção do texto definitivo.

As Declarações de Direitos passaram a ser, geralmente, incorporadas no preâmbulo das Constituições, traduzindo a aspiração de liberdade do constitucionalismo clássico.

Neste contexto, a *Declaração dos Direitos*, adoptada em 12 de junho de 1776, funcionará como modelo para todas as demais, dispondo, logo no seu artigo 1.º, que *todos os homens nascem igualmente livres e independentes e são dotados de direitos naturais, tais como a vida, a liberdade, a aquisição e posse de bens, a procura e obtenção de felicidade e de segurança*. E os artigos subsequentes afirmam a soberania popular, a separação de poderes, a garantia legal dos direitos civis e das liberdades de consciência, de opinião e de informação.

Antes de 1789, e depois da Declaração da Virgínia, surgem Declarações de Direitos nas Constituições da Pensilvânia (28 de Setembro de 1776); Maryland

(11 de novembro de 1776); Carolina do Norte (18 de dezembro de 1776); Vermont (8 de julho de 1777); Massachusetts (2 de março de 1780); Novo Hampshire (31 de outubro de 1783, entrada em vigor em 2 de junho de 1784).

Os dez primeiros aditamentos à Constituição americana de 1787, aprovados em 25 de Setembro de 1789 e ratificados em 15 de dezembro de 1791, conhecidos por *Bill of Rights*, vêm consagrar, a nível federal, os direitos de reunião e de petição, o direito a que ninguém seja forçado a testemunhar contra si em processo penal, nem privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem observância do devido processo judicial.

Em França, na Assembleia Nacional foi Lafayette quem, em 11 de julho de 1789, sugeriu que, em aditamento à aprovação de uma Constituição, se adoptasse um Declaração de Direitos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789, e promulgada no mês seguinte, vem consagrar os direitos naturais afirmados pela filosofia individualista liberal, considerando-os anteriores à sociedade politicamente organizada.

Sem eufemismos, podemos afirmar que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, constitui um documento de indelével relevância na história da Revolução Francesa. Por sua influência, serão consagrados nas Constituições dos outros Estados continentais idênticos direitos individuais e políticos, cujas fórmulas e concretizações serão, com maior ou menor expressão, acomodadas às condições particulares desses diferentes Estados.

As Declarações de Direitos de 1793 e de 1795 não terão projecção comparável à de 1789. A primeira, de inspiração jacobina, consagrará o tríptico “liberdade, igualdade, fraternidade”, substituindo, na esteira dos ensinamentos de Rousseau, a soberania nacional pela soberania popular. Alguns direitos de conteúdo social, como direito ao trabalho, à assistência pública e à instrução, são valorizados. A segunda, que integra a Constituição de 1795, eleva a liberdade entre os direitos naturais e o individualismo surge enfatizado.

Após as Grandes Guerras, as Declarações de Direitos, que antecederam muitas das Constituições, ampliaram, face às anteriores Declarações, o conteúdo, reforçando o elenco dos direitos sociais.

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de Dezembro de 1948 e complementada pelo *Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, pelo *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos* e pelo *Protocolo Facultativo* relativo a este último pacto (adoptados, pela Assembleia Geral, em 16 de dezembro de 1966, mas entrados vigor uma década volvida, respectivamente, em 3 de janeiro o primeiro *Pacto* e em 26 de março do mesmo ano o segundo e o *Protocolo Facultativo*), vem consagrar, com carácter de universalidade, um conjunto liberdades e de direitos, de natureza pessoal, interpessoal, política, económica, social e cultural, que devem ser respeitados por todos os Estados.

DEMOCRACIA

Susana Antas Videira

DATAS RELEVANTES:

427 a 347 a.c.

Platão

384 a 322 a.c.

Aristóteles

1976

Constituição da República Portuguesa

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia*, São Paulo, 2000.

BOBBIO, N., Matteucci, N., e Pasquino, G., "Democracia", in *Dicionário de Política*, Editora Universidade de Brasília, s.d., pp. 319 a 329.

ZIPPELIUS, Reinold, *Teoria Geral do Estado*, Fundação Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

O termo democracia advém do grego *demos*, povo, e *kratos*, governo, pelo que etimologicamente significa o governo pelo povo.

Na perspectiva clássica, associada pela teorização contemporânea a Aristóteles, a democracia é uma das três formas puras de governação, ao lado da monarquia e da aristocracia. A democracia, entendida como governo de todos os cidadãos, distingue-se da monarquia, como governo de um só e da aristocracia, como o governo de poucos.

A democracia caracteriza-se, pois, na Grécia antiga, pela *igualdade*, entendida como *isegoria*, igual participação nos negócios, como *isonomia*, lei igual para todos os cidadãos, e, sobretudo, *isocracia*, igual participação na vida política por parte daqueles que gozam dos direitos de cidadania.

Numa palavra, a democracia no berço da civilização europeia ocidental superava o hiato entre o *cidadão activo* e o *cidadão passivo*, afirmando um regime de participação obrigatória na gestão da *polis*, colocando, porém, o desafio da ideia de igualdade ou, mais propriamente, dos critérios utilizados para aferição das desigualdades entre os seres humanos, sem os quais não é possível determinar materialmente a participação na vida política.

A tripartição aristotélica das formas de governação marca, portanto, o legado do pensamento político ocidental.

Na Idade Média, a afirmação da teoria da soberania popular, alicerçada no direito romano, potencia a diferença entre o efectivo detentor do poder, que pode ser o príncipe, e a fonte originária desse poder, que é sempre o povo, abrindo o caminho para a distinção essencial entre titularidade e exercício.

É sobretudo com Rousseau que se aliam, até não se afigurar tarefa fácil distingui-las, a doutrina clássica da soberania popular, à qual se entrega, por intermédio de uma *vontade geral* inalienável e indivisível, o poder de fazer leis e a renovada ideia de república, alicerçada na participação de todos na produção dessas mesmas leis, sem lugar a qualquer exercício de representação.

Mas, a democracia pode ser exercida directamente ou segundo o modelo da democracia representativa, como se retira do célebre texto de Benjamim Constant dedicado à liberdade dos antigos e às liberdades dos modernos, que firma, sob este prisma, a concepção liberal do Estado.

Não obstante, já, em 1787, o Marquês de Condorcet deixara a sua marca ao utilizar, de forma prenuncia-

dora, a expressão *democracia representativa* na IV Carta que escreve a um burguês de New-Haven, ao referir, a propósito das causas do desaparecimento das repúblicas antigas, que as mesmas pereceram porque não conheciam os meios de articular uma democracia representativa, na qual existem a paz e a igualdade.

E, no mesmo século, também o Abade de Sieyès caracteriza o conceito de representação democrática quanto aos seus elementos essenciais e legitimadores: o povo actua através da vontade dos seus representantes a quem confere mandato para exprimir a vontade em seu lugar e a formação da vontade destes é imputada à comunidade politicamente organizada em Estado, não estando os actos dos representantes, porém, vinculados a instruções concretas dos representantes.

Em Inglaterra, as doutrinas da Revolução Francesa encontram sustentáculo caloroso nos opúsculos de um conjunto de “radicais” de que Thomas Paine é prenunciador, os quais, no fundo, apelam a um modelo de sociedade que preserve a liberdade política e a igualdade dos cidadãos. Predizendo a chegada da Era da Razão, entende Paine que cada geração deve estar na posse de liberdade absoluta para cumprir o seu destino, sem submissão a normas obsoletas e ultrapassadas, porque o homem não é livre dentro de uma sociedade livre, antes é naturalmente livre e, por isso, faz livre a sociedade. Por isso, acredita Paine na teoria do consentimento popular, no pacto social estabelecido entre indivíduos que se encontram no mesmo plano de igualdade como fundamento do governo legítimo, e na democracia representativa, como forma de o tornar efectivo, insistindo, passo a passo, na importância da Constituição escrita, a qual antecede qualquer governo, por ser o acto do povo destinado precisamente ao estabelecimento da governação.

Dobrado o século XIX, o projecto político do liberalismo parte, pois, da ideia de que a liberdade dos modernos não deve assentar na democracia directa, mas antes na garantia dos direitos naturais originários através da democracia representativa ou parlamentar.

A democracia é, na contemporaneidade, compatível com projectos políticos distintos, muitas vezes apresentados como lados opostos do espectro ideológico, postulando, não obstante, alguns traços caracterizadores.

Em primeiro lugar, que o órgão político máximo ao qual esteja assinalado o poder de fazer as leis seja composto por membros eleitos directa ou indirectamente pelo povo, em eleições de primeiro ou segundo grau.

Depois, que ao lado do órgão legislativo supremo existam outros órgãos com dirigentes eleitos, como os órgãos do poder local e o chefe do Estado. Já o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo eleito pelo povo.

Em terceiro lugar, que a todos os cidadãos seja garantida idêntica dignidade e igualdade perante lei, assistindo o direito de voto a todos os cidadãos maiores de idade, sem distinção em função de critérios como a raça, a religião, o sexo e a condição social. Cada eleitor deve ter, ademais, voto igual. Acresce que aos eleitores deve ser assegurada plena liberdade de voto, o que postula, também, uma pluralidade de alternativas reais. Valendo, de resto e por regra, no processo eleitoral, o princípio da maioria numérica, nenhuma decisão tomada por maioria deve cercear os direitos da minoria, mormente o direito de se tornar maioria, em igualdade de condições.

As exigências da democracia, historicamente, por certo, nunca satisfeitas e, porventura, muito difíceis de realizar, configuram-na, formalmente, como o governo do povo, que existe, em termos substanciais, para o povo.

(O PRINCÍPIO DA) DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Susana Antas Videira

DATAS RELEVANTES:

106-43 a.c.	Cícero
1225-1274	São Tomás de Aquino
1608-1697	Padre António Vieira
1724-1804	Immanuel Kant
1789	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BANOND, Isabel, *História das Ideias Políticas*, Cascais, Principia, 2014.
- OTERO, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2007.
- CUNHA, Paulo Ferreira da, *Direitos Humanos, Teorias e Práticas*, Coimbra, Almedina, 2003.
- VIDEIRA, Susana Antas, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX – Contributo para a História dos Direitos Sociais*, AAFDL Editora, Lisboa, 2016

O princípio da dignidade da pessoa humana parte de uma determinada concepção de homem, que o afirma como *pessoa*.

No mundo antigo, a pessoa era uma máscara (*persona*), que os autores utilizavam para representarem as personagens, que só, por mero acaso, se identificavam com eles mesmos.

Em resultado de um longo devir das ideias, a pessoa é, hoje, entendida como o *homem inteiro*.

Por outras palavras, a *pessoa* é detentora de uma dimensão individual e de uma dimensão social, é ser irrepetível e único, mas parte integrante da humanidade, que une, sem todavia, anular. Daí o reconhecimento necessário de um conjunto de direitos pessoais, inerentes à própria natureza humana, como o direito à vida, à integridade moral e física, à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

A dignidade da pessoa humana é um princípio cujas raízes mergulham fundo no passado.

Com efeito, no que à Europa Continental diz respeito, foi preciso trilhar longo caminho, até à época das revoluções liberais e, através delas, do constitucionalismo setecentista e oitocentista, para que a ideia de dignidade da pessoa humana conhecesse concretização através do conceito de direitos naturais, ainda que os estudos históricos permitam afirmar que o homem e o valor que lhe está associado começam, desde cedo, a ocupar uma posição de centralidade no discurso filosófico e político.

A Revolução Americana, por um lado e o constitucionalismo setecentista e oitocentista na Europa Continental, emergente das revoluções liberais, por outro, representam, pois e a este nível, um ponto de chegada desse processo histórico, que começou muitos séculos antes, de afirmação jurídica do homem como pessoa, dotado, portanto, de direitos que se impõem ao poder do Estado e aos demais homens.

Neste processo de evolução histórica do princípio da dignidade de pessoa humana não é possível desconsiderar a relevância do pensamento grego, que centrou a reflexão filosófica no próprio homem. O homem é afirmado como um *ser de razão*, que é, por isso mesmo, *a medida de todas as coisas*.

Neste contexto, importa também referir o contributo fundamental dado pelo estoicismo romano, de que se salienta o legado de Cícero, para quem cada homem é *sagrado*, sendo a justiça *o hábito de alma que, guardando a utilidade comum, atribui a cada um a sua dignidade*.

Aliás, não deixa de ser curioso observar que a História regista o facto de, em diversos espaços geográficos, desde a Grécia, à China, passando pela Índia, Pérsia e Israel, por volta do século VI a.C., a consciência reflexiva em torno do próprio homem ter começado a substituir, no pensamento filosófico, a preocupação cosmológica.

Neste contexto, é *mister* enfatizar o inestimável contributo do pensamento greco-romano para a formação dos alicerces teóricos do pensamento político que explicam a história da tutela jurídica da pessoa humana.

Mas nesta evolução não é, também, possível desconsiderar o pensamento judaico-cristão e a afirmação, plena de significado e de consequências, do homem como *pessoa*, criado à imagem e semelhança de Deus e, por esse facto, dotado de valor intrínseco, que o eleva a reflexo da própria divindade. Por outras palavras, a revelação judaico-cristã exalta a dignidade do homem, pois, como afirma Santo Agostinho, na sua *Cidade de Deus*, *o homem é a obra-prima do universo terrestre*.

É, particularmente, com São Tomás de Aquino que o pensamento cristão medieval atinge a sua máxima expressão também no que concerne à tomada de consciência da dignidade humana, que postula direitos impostos à observância de todos, estabelecendo uma concepção de vida baseada na ideia de justiça.

Com os Descobrimentos e a inerente expansão da civilização europeia junto de um novo mundo, a moral cristã, reafirmada pela segunda escolástica peninsular, particularmente no tratamento da questão dos índios das Américas, eleva-se a um novo patamar determinante no devir histórico da afirmação da tutela jurídica da pessoa humana.

Com efeito, a defesa infatigável dos direitos dos índios vincula nomes como Bartolomeu de Las Casas, Francisco de Vitória, Francisco Suarez e o Padre António Vieira à problemática dos direitos humanos e o seu mais valioso e fecundo legado está, para o que nos importa, na proeminente contribuição para o reconhecimento de uns direitos básicos, comuns a todos os homens, pela circunstância de o serem.

Também o Humanismo cristão, mantendo-se fiel ao princípio católico do livre arbítrio, defende a liberdade interior do homem e situa os valores espirituais num plano superior ao dos interesses políticos. Por essa via, contribui, de igual forma, para o crescente processo da afirmação da dignidade do homem como pessoa.

Em todos os autores humanistas, desde Pico de la Mirandola até Erasmo e Tomás Morus, passando por Rabelais e Montaigne, se assiste a uma exaltação do indivíduo e se reivindica a liberdade do homem, em todos os domínios do espírito, representando, por isso, uma das primeiras expressões modernas do individualismo, fundamento da filosofia dos humanos.

Pelo que ficou dito, valoriza-se, assim, os contributos do nosso passado mais remoto para a sedimentação do princípio da dignidade humana, que, no fundo, a par de outros princípios estruturantes como a liberdade e a igualdade, também torna possível a génese do moderno Estado Social de Direito.

Mas, no continente europeu, será com o liberalismo oitocentista, assente numa nova formulação do direito natural, centrada nas ideias de liberdade, igualdade e propriedade, que se afirmou a intenção de consagrar, desde logo nas tábuas das Constituições escritas, o estatuto jurídico da pessoa humana.

Também as críticas ideológicas ao liberalismo, protagonizadas pelo pensamento contra-revolucionário, pelos socialismos e pela doutrina social da Igreja católica, e a alternativa que protagonizam em torno da tutela jurídica da pessoa, terão reflexos inquestionáveis na consagração constitucional dos direitos que a concretizam.

DIREITO DE EMIGRAÇÃO

Pedro Caridade de Freitas

DATAS RELEVANTES:

1539	Publicação do <i>Relectio de Indis</i> , de Francisco Vitoria
1911	Constituição Política da República Portuguesa (art. 3.º concede direitos equivalentes a portugueses e estrangeiros)
1948	Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 13.º)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- HOMEM, António Pedro Barbas, *História das Relações Internacionais. O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna*, Coimbra, Almedina, 2003.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo III — Estrutura Constitucional do Estado, 4.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis, o Libertad de los Indios*, edición crítica bilingüe por Pereña y J. M. Perez Prendes y estudios de introducción por Beltran de Heredia, R. Agostino Iannarone, T. Urdanoz, A. Truyol y L. Pereña, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967.

O direito de emigração, que consagra a circulação de pessoas entre Estados diferentes, é considerado um direito pessoal do Homem, resultante da liberdade individual de cada pessoa. Os movimentos migratórios podem ocorrer por diversos factores, como a guerra, as condições sociais e económicas, as alterações climáticas.

Na temática do direito de emigração surgem duas questões: a primeira refere-se a saber se um determinado indivíduo pode abandonar o seu território de origem; a segunda, se um Estado é obrigado a acolher no seu território um nacional de outro Estado.

Em princípio, e ao longo dos tempos, os Autores têm-se inclinado para admitir que um Estado pode aceitar no seu território os nacionais de outro, impondo, no entanto, alguns requisitos de admissibilidade, e desde que não coloquem em causa a dignidade e a liberdade da pessoa humana. No mesmo sentido se entendeu que qualquer pessoa pode abandonar o seu território de origem.

Os juristas do período do renascimento, em especial os da Escola Peninsular de Direito Natural, como Francisco Vitoria (1492-1546), teorizam o direito de emigração e qualificam-no como inerente a cada Homem. Para os Autores Peninsulares, coevos das descobertas marítimas e das ocupações dos novos continentes, é necessário legitimar a presença de portugueses e espanhóis no continente americano e defender o direito dos europeus a estabelecerem-se nos novos territórios.

Para Vitoria, nas obras *Relectio de Indis* e *De Indis prior*, o direito de emigração ou *ius communicationis* é o direito que os povos têm de entrar em contacto uns com os outros. Deste direito, inerente à pessoa humana, derivam outros tantos direitos: o *ius peregrinandi e degendi*, direito de viajar e de permanecer em outro território; o *ius commercii*, o direito de fazer o comércio com outros povos; o *ius occupationis*, direito de ocupação de outros territórios e o *ius migrandi*, direito de migrar.

Com a sistematização do direito de emigração Vitoria torna-se um precursor da livre circulação dos povos e da defesa dos movimentos migratórios, antecipando uma visão global do mundo.

No século XIX, o jurista russo Frédéric Martens (1845-1909), considera que o direito de emigração é um direito imprescritível, ou seja, que não é passível de ser alienado, por pertencer a cada indivíduo, pelo que cada um é livre de mudar de nacionalidade.

A mesma ideia encontra-se presente nas Constituições portuguesas do século XIX, que prevêem o direito de emigração como um direito do cidadão (Art. 145, §5, da Carta Constitucional de 1826 e art. 12.º da Constituição de 1838).

Não obstante a emigração constituir um direito do Homem, o Estado de recepção pode limitá-la, se excessivo o número de pessoas, para prevenir eventuais perturbações políticas, económicas e sociais. Deve, por isso, haver uma ponderação entre os interesses do Estado de recepção, dos emigrantes e dos naturais do Estado de destino.

O Estado de origem pode também limitar os direitos de emigração dos seus nacionais, através da proibição ou da limitação de saída, controlada, por exemplo, pelo sistema de passaportes. O século XX assistiu a esta situação, quer nos países da Europa Oriental quer em países de regimes ditatoriais da Europa ocidental, da América Central e do Sul e do continente africano.

Da necessidade de protecção do denominado Estado de acolhimento surge a criação de medidas de natureza policial e fiscal que visam controlar o fluxo migratório, como o passaporte, o salvo-conduto ou a autorização de residência.

O século XX cria o estatuto do emigrante, sedimentado no art. 13.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, adoptada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de Dezembro de 1948, que prevê que 1. *Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.* 2. *Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.* Esta Declaração é posteriormente complementada pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, que estipula que o estrangeiro não deve ser expulso do Estado em que se encontra, salvo por decisão tomada nos termos da lei, e pelos tratados celebrados entre os Estados, onde se reconhece a equiparação entre os cidadãos dos diversos Estados e se concede tratamento aos estrangeiros no respeito pelos Direitos Humanos.

Em Portugal, é a Constituição de 1911 que de forma expressa, e pela primeira vez, consagra direitos equivalentes a portugueses e estrangeiros residentes no país ao consagrar, no art. 3.º, “a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade”. A Constituição de 1933, no art. 7.º,

consagra uma posição mitigada, ao atribuir aos estrangeiros a residir em Portugal os mesmos direitos e garantias dos portugueses, salvo se a lei determinar o contrário, e exceptuando os direitos políticos e públicos que se traduzam em encargos para o Estado.

O Código Civil de 1966, no art. 14.º, equipara os estrangeiros a nacionais quanto ao gozo de direitos civis, salvo se a lei dispuser em contrário. Não reconhece, no entanto, aos estrangeiros os direitos que, sendo atribuídos pelo respectivo Estado aos seus nacionais, o não fossem aos portugueses em igualdade de circunstâncias.

Por fim, a Constituição de 1976, no art. 15.º, consagra o princípio de equiparação e igualdade entre portugueses e estrangeiros, salvo no tocante a direitos políticos e ao exercício de funções públicas não técnicas.

O direito de emigração constitui, desta forma, um Direito Universal do Homem pelo que os Estados devem acolher os movimentos migratórios, não os impedindo, salvo se os mesmos provocarem danos na vida política, económica e social do Estado de recepção. Nesse caso, o Estado de acolhimento deverá ponderar qual a melhor política a ter para com os movimentos migratórios, não podendo abdicar da protecção dos direitos humanos das pessoas em situação de migração.

DIREITO DE RESISTÊNCIA

Margarida Seixas

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALBUQUERQUE, Martim de, *O Poder Político no Renascimento Português*, 2ª edição revista, Lisboa, Verbo, 2012.

CALAFATE, Pedro, *Da Origem Popular do Poder ao Direito de Resistência. Doutrinas políticas no século XVII em Portugal*, Esfera do Caos, 2012.

MESQUITA, Maria Margarida, *Direito de resistência e ordem jurídica portuguesa*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1989.

WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Europeu*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

O direito de resistência (associado à desobediência civil) é concebido como o direito (individual) de resistir a uma ordem do poder público ou a uma lei injusta ou o direito (da comunidade) de resistir ao próprio poder político obtido ou exercido de forma injusta/tirânica.

No período medieval, a resistência é configurada como resistência ao poder político ilegítimo e como resistência à lei (ou a qualquer norma) injusta.

No plano dos regimes políticos — seguindo a máxima paulina “Não existe poder que não venha de Deus” (Rom., 13, 1) — são diversas as doutrinas sobre a origem do poder: a comunidade política; o sumo pontífice; os próprios reis, imediatamente instituídos por Deus. Assim sendo, a aquisição ilegítima do poder (usurpação) torna o governante tirano *quod titulum* e permite, para alguns autores, a resistência da comunidade. Muitos utilizam a simplificação da fórmula aristotélica, referindo as formas lícitas (monarquia, aristocracia e governo popular) e corruptas (tirania, oligarquia e demagogia ou democracia). Nestas últimas, sendo os governantes tiranos, a resistência da comunidade é admissível em casos extremos; assim, primeiramente João de Salisbúria (c. 1120-1180) e também São Tomás de Aquino (1224-1274) ou Álvaro Pais (†1352), bispo de Silves, entre outros.

O direito de resistência não se eclipsa com o final da Idade Média; permanece e é aproveitado no contexto da Reforma protestante e da Contra-Reforma católica. Os pensadores da Reforma vão trilhando novos caminhos: Théodore Bèze (1519-1605), François Hotman e outros autores anónimos, de obras colectivas ou sob pseudónimo.

A estes autores — monarcómacos protestantes — corresponde a reacção católica, em especial em França no tempo de Henrique IV e da Liga Católica: Jean Boucher, Guillaume Rose e, talvez o mais conhecido, espanhol e associado à Segunda Escolástica Peninsular, Juan de Mariana (1536-1624), dito o maior monarcómaco do campo católico, pois a sua defesa do tiranicídio tem enorme influência na Europa, através do seu *De rege et regis institutione* (Toledo, 1599). Apesar de a teoria não ser inédita, Mariana destaca-se pela contundência, admitindo quanto a soberano legítimo mas tirano *quod exercitium* a acção individual, esgotados os meios pacíficos e a tirania declarada pela comunidade ou manifesta. Baseada na origem democrática da titularidade, a obra de Mariana corre a Europa. Em 1610, devido ao homicídio do rei Henrique IV por

Ravaillac, é condenada em Paris e queimada pelo Parlamento. A oposição à obra alastra e o Geral dos Jesuítas, Acquaviva, proíbe os membros da Ordem de defender a licitude do tiranicídio.

Com uma posição semelhante, ensinara em Coimbra Martim Azpilcueta, o doutor Navarro (1493-1586), afirmando que a comunidade, alienando a favor do governante o poder *in actu*, mantém o poder *in habitu*, permanecendo superior ao governante. Em Portugal, ainda no século XVI, a doutrina da deposição fora defendida, por exemplo, pelo jesuíta Manuel de Sá (†1596); mesmo o tiranicídio era visto pelo autor como recurso legítimo, ainda que último.

Francisco Suárez (1548-1617) é mais cauteloso, face a tempos conturbados: corre a fama de monarcómacos dos Jesuítas e o lente ensina em Portugal, estando o país em união dinástica com Espanha. Na resposta ao rei inglês, Jaime I, contesta, no *De defensione fidei*, a ameaça de revoltas e sedições, pois se o povo transferiu o poder para o rei, não pode reivindicar a sua liberdade, a seu arbítrio ou “por capricho”. Esse poder *in habitu* apenas deve ser usado em casos extremos; em princípio, se o poder é legitimamente transferido para o monarca, neste se deve manter.

O arrojo de Mariana ou a cautela de Suárez deixam sempre a porta aberta à deposição do tirano e os autores da Restauração portuguesa de 1640 vão aproveitar bem essa possibilidade. Afinal, trata-se de um simples afastamento, menos radical que o tiranicídio defendido por Mariana.

Será o ensinamento de Azpilcueta Navarro que servirá ao discurso restauracionista mais erudito, na obra de Velasco de Gouveia, a *Justa Aclamação* de 1644, onde é ainda muito visível a influência de Francisco Suárez (professor em Coimbra entre 1597 e 1615), também presente na obra do Padre António Vieira (por exemplo, na *Clavis Prophetarum* ou na *História do Futuro*).

Da Idade Moderna para a Contemporânea, o direito de resistência não transitará tanto na formulação da Segunda Escolástica mas antes na enunciação do pensamento liberal, em especial na obra de John Locke, formulada na sequência da *Glourious Revolution* (1688).

Por outro lado, a resistência à lei está associada a vários discursos ao longo do tempo, *v.g.* à *Antígona*, obra dramática de Sófocles, escrita em 442 a.C. Antígona, filha de Édipo e irmã do rei Creonte, recusa

cumprir o édito deste último, que proibia o sepultamento de Polinices, irmão de ambos, como castigo por ter assassinado o outro irmão, Etéocles. Desobedecendo ao édito régio, Antígona, decidida a cumprir as leis dos deuses, acaba condenada à morte.

Na Idade Média, a lei contrária à justiça, ao direito divino e ao direito natural não é verdadeira lei. Os teólogos enunciam quatro causas de injustiça da lei: quanto à matéria (se ordena o pecado ou proíbe a virtude), ao fim (quando não realiza o bem comum e sim o bem particular), ao agente (se o seu autor não é o legítimo legislador) e à forma (se não obedece ao princípio da proporcionalidade, ou seja, se a repartição de encargos ou honras não obedece à justiça). Quando a lei está ferida de uma destas causas, o seu destinatário pode – e, em alguns casos (em especial os de injustiça quanto à matéria), até deve – desobedecer-lhe.

No início do período moderno, as causas de injustiça da lei são retomadas pelo Cardeal Caetano (1469–1534), no comentário à *Summa Theologica* de São Tomás. Ainda que proclamando mais resolutamente o dever de obediência, que corresponde a uma afirmação crescente do Estado e do poder legislativo, sobra para alguns autores, em especial os da Segunda Escolástica, já mencionados, espaço para a desobediência à lei injusta.

A construção moderna de divisão de poderes (de Locke e de Montesquieu) e de soberania popular (Rousseau) ou nacional (Sieyès), radicando o poder legislativo num órgão formado por sufrágio, reforça a legitimidade da lei e também a obediência, que se acentuará com o paulatino alargamento do sufrágio nos séculos XIX e XX, reforçando a sua legitimidade democrática.

Noutro registo, a desobediência à lei materializa-se nas leis “ilegais” (em sentido lato), na construção de Benjamim Constant (1767–1830), cuja obra tem influência na construção constitucional oitocentista portuguesa. Um pouco mais tarde, a desobediência civil surge nomeada como a resistência à lei na obra *Civil disobedience* (1849) de Henry Thoreau (1817–1862).

Na época contemporânea, o positivismo jurídico é decisivo para cercar o direito de resistência à lei, limitado a essas leis ilegais (em sentido restricto) ou inconstitucionais. Porém, já na Constituição de 1838, se previa: “É livre a todo o cidadão resistir a qualquer ordem que manifestamente violar as garantias individuais, se não estiverem legalmente suspensas.”

(art. 25º). Na Constituição portuguesa de 1911, o art. 37º estipulava de forma semelhante: “É lícito a todos os cidadãos resistir a qualquer ordem que infrinja as garantias individuais, se não estiverem legalmente suspensas.”

O positivismo dos liberalismos oitocentistas é ainda mais acentuado nas experiências ditatoriais e totalitárias da primeira metade do século XX, que as escolas novas não sabem combater.

A Constituição portuguesa de 1933 enunciava até no seu art. 8º, entre os “direitos e garantias individuais” dos cidadãos portugueses: “O direito de resistir a quaisquer ordens que infrinjam as garantias individuais, se não estiverem legalmente suspensas, e de repelir pela força a agressão particular, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

É no pós-II Guerra Mundial que se torna necessário instituir de novo limites para a obediência à lei. Os abusos na imposição e na justificação das atrocidades obrigam ao questionamento profundo da doutrina naturalística que assumia a substituição dos valores pelos fins, que assumia que a lei sempre serviu interesses egoístas, o puro poder. Ao positivismo legal extremo, o finalismo fornecia justificação ideológica para que qualquer conteúdo pudesse integrar a lei, como “útil”; é o triunfo do pragmatismo em que absolutamente tudo pode ser justificado.

Estas críticas estão condensadas no texto que Gustav Radbruch (1878–1949) distribuiu aos seus alunos em 1945, no final da Guerra: “Cinco Minutos de Filosofia”. São aproveitadas anteriores ideias de Max Scheler (1874–1928) e Nicolai Hartmann (1882–1950), reconhecendo valor absoluto a um direito supra-positivo, embora de modo distinto. Também Helmut Coing (1912–2000) intentara uma construção do direito natural favorável à ética material dos valores.

A ética material repercute-se na Jurisprudência alemã pós-Guerra mas também nas concepções culturalistas da Península Ibérica e da América Latina, conjugadas com a fenomenologia, partindo do Direito “produto cultural”, carregando valores (ordem, cooperação, paz, solidariedade, segurança e justiça) que se realizam através da norma jurídica aplicada às condutas humanas (Carlos Cossio, 1903–1987), ajustada às novas realidades, plenas de critérios valorativos historicamente construídos através de uma lógica do razoável (Recaséns Siches, 1903–1977). Aqui se enquadra a teoria tridimensional de Miguel Reale (1910–2006), que concebe o Direito como facto, norma e

valor, realçando quer a dimensão valorativa, quer a historicidade.

Por outro lado, a meio termo entre o direito de resistência ao poder político tirânico e o direito de resistência à lei (pois reúne características de ambos), a desobediência civil é reconfigurada, em especial nos movimentos pacifistas de Gandhi e de Martin Luther King e no pensamento de autores como Hannah Arendt (v.g. “*On civil disobedience*”, 1970), distinguindo desobediência civil de revolução, pois esta envolve forçosamente a violência. Esta desobediência é um acto colectivo e público, recusando um sistema político ou leis e ordens consideradas iníquas.

Essa resistência ao poder político também se encontra na fundamentação da autodeterminação, conforme previsto no art. 1º, nº2 da Carta das Nações Unidas de 1945 ou no art. 7º, nº 3, da Constituição da República Portuguesa de 1976 (® autodeterminação).

Na sua redacção actual, a Constituição da República Portuguesa estabelece também, no art. 21º, uma concepção limitada do Direito de Resistência: “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL

Isabel Graes

DATAS RELEVANTES:

1948	10 de Dezembro de 1948 (DUDH)
1950	4 de Novembro de 1950 (Convenção Europeia dos Direitos do Homem)
1976	2 de abril de 1976 (CRP)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- MENDES, João de Castro, Art. 206º (Função jurisdicional), in Estudos sobre a Constituição, I Vol., Lisboa, Livraria Petrony, 1977-1979, pp. 395-396
- MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, tomo IV, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- ASCENSÃO, J. Oliveira, "A reserva constitucional da jurisdição", in *O Direito*, ano 123 (II-III), 1991, pp.465-485.

A enunciação do princípio ou direito fundamental de acesso aos tribunais também designado por princípio da tutela jurisdicional tem a sua génese no texto dos arts. 8º e 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem completados pelo art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pelo art. 14º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, consagrando-o, actualmente, o legislador constitucional português no artigo 20º/1 CRP, à semelhança do que sucede nos ordenamentos jurídicos alemão e espanhol. Presente na ideia de estado de direito (art. 2º CRP) e tendo por objectivo o estabelecimento da paz jurídica num determinado território, visa-se a protecção da pessoa humana e das situações jurídicas subjectivas fundamentais, de que aquela é titular; daí decorrendo que o recurso a meios de auto-defesa só excepcionalmente poderá ser admitido (art. 21º CRP e art. 1º CPC).

A par da consagração deste princípio e integrados na letra do mesmo articulado, estão previstos o acesso ao direito, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário, à assistência de advogado, ao processo equitativo e à decisão da causa em tempo ou prazo razoável. No plano objectivo está, ainda, associado aos princípios do contraditório; da independência dos tribunais e dos juizes; da fundamentação das decisões; da obrigatoriedade e executoriedade das decisões e da sua prevalência sobre quaisquer outras autoridades; ao respeito pelo caso julgado e à publicidade das audiências judiciais.

Todavia, o direito de acesso aos tribunais não é nem pode ser o único meio de acesso ao direito, sob pena de se pretender com a letra do texto constitucional instituir a ideia de um estado judiciário; nem aquele pode ser condicionado pela insuficiência de meios económicos que inviabilizem a obtenção de patrocínio judiciário ou que conduzam à falta de pagamento de taxas de justiça. Em virtude da consagração constitucional do princípio da tutela jurisdicional, defendemos que se encontra reconhecido o entendimento de que o poder de julgar casos concretos, só aos tribunais deve respeitar e que o ideário liberal e a assunção das teorias da separação de poderes defenderam desde o início.

Estamos, deste modo, face a um tipo de direito fundamental procedimental adjectivo ou direito de pessoas conexas com procedimentos relativos a funções ou órgãos do poder público, como refere Jorge Miranda. Ainda assim, o legislador constitucional

expressou a sua preferência pelos tribunais judiciais, proibindo os tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes (art. 209º/4) e atribuindo aos tribunais, e só a eles, a reserva de jurisdição que na qualidade de órgãos independentes e imparciais, com igualdade entre as partes, decidam segundo critérios jurídicos, assegurando assim a defesa dos direitos dos cidadãos, reprimindo a violação da legalidade democrática e dirimindo os conflitos de interesses públicos e privados.

Ainda que alguns quadrantes da doutrina entendam que o texto do art. 20º da CRP que sofreu até ao momento várias revisões, não tem qualquer correspondência directa nas constituições anteriores, ressaltada a garantia de recurso contencioso dos actos administrativos definitivos e executórios (art. 8º/1 do texto de 1933, introduzido na revisão de 1971) e as normas sobre a organização dos tribunais com projecção nos direitos fundamentais; tendo nascido apenas a integração deste princípio nos projectos apresentados por três partidos políticos (C.D.S, art. 13/29; P.P.D., art. 13º/1 e P.C.P., art. 59º/1) aquando da redacção do texto fundamental de 1976; entendemos que é possível identificar um leque de primeiras medidas tomadas a este respeito nos textos constitucionais do século XIX, na medida em que ao afirmarem o princípio da separação de poderes conferem aos tribunais o poder de administrar a justiça em nome do povo. Assim, é proibida a dispensa das formas de processo, a reabertura de causas findas sendo garantido o princípio do juiz natural e a executoriedade das decisões, assim como são proibidos os privilégios de foro (art. 9º/1ª parte e 175/2ª parte da Constituição de 1822; art. 145º §§ 10 e 11 da Carta de 1826 e arts. 19º e 20º § único da Constituição de 1838), não obstante a Carta ter, designadamente, consagrado a Câmara dos Pares enquanto tribunal especial (artigos 41º §§ 1 e 2, 42º e 27º) não adoptando por este motivo um conceito material de função jurisdicional.

Depois de uma fase característica do antigo regime em que os mesmos órgãos podiam desempenhar simultaneamente funções administrativas e judiciárias, o século XIX vem estabelecer uma nítida distinção entre os tribunais comuns ou ordinários e especiais, sem, contudo, extinguir estes últimos; para no século XX, a tendência os ter aproximado, como é aliás o caso do actual texto constitucional que consagrar esta última categoria de tribunais, nos arts. 209º e 213º.

Recorde-se ainda que deve ser distinguida da garantia de tutela jurisdicional ou da tutela jurisdicional efectiva a garantia de tutela judicial, compreendendo a primeira o recurso a quaisquer instrumentos de resolução extrajudicial. Todavia, sempre que a decisão implicar a aplicação de medidas que afectem direitos, liberdades e garantias do cidadão, a função jurisdicional apenas pode ser exercida por órgãos judiciais, com ressalva para os períodos em que for decretado estado de guerra, atendendo-se, em especial, ao princípio da independência, o qual deve ser analisado numa perspectiva orgânica e funcional.

Face ao exposto, a garantia de acesso aos tribunais é por si só um instrumento de protecção jurídica de todos os demais direitos fundamentais, ou seja, para permitir a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos do indivíduo, é conferida a protecção jurídica através dos tribunais, os quais deverão ter a sua competência prevista na lei vigente, o mesmo sucedendo com a forma de processo que deverá ser adoptada.

Ultimamente tem vindo a ser defendido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional (acórdão n.º 280/89, de 9 de Março, publicado no DR, 2ª Série, n.º 133, de 12 de Junho de 1989 e o acórdão n.º 317/89, da mesma data, publicado no DR, 2ª Série, n.º 136, de 16 de Junho de 1989), que a tutela jurisdicional implica necessariamente uma reserva de jurisdição. Por este motivo, e visto que houve ao longo dos dois últimos séculos uma crescente autonomização da função jurisdicional perante as restantes funções do Estado, implicando hoje o termo jurisdição a criação de órgãos especializados; a independência e a irresponsabilidade do juiz; bem como a imparcialidade na função de dizer o direito e a prossecução do interesse público da realização da justiça; a garantia do recurso aos tribunais impõe que toda a situação litigiosa deva ser examinada não apenas em última instância pelos tribunais, mas unicamente por estes órgãos, para o caso de determinadas matérias (trata-se, respectivamente, da reserva absoluta e relativa de jurisdição), sob pena de usurpação de funções. Todavia e porque o legislador constitucional não procedeu a uma análise completa do conceito de reserva de juiz apenas limitando-se a dizer que reserva aos tribunais o exercício da função jurisdicional (art.202º/1), a situação veio gerar já alguma jurisprudência do Tribunal Constitucional, como foi mencionado.

DIREITOS HUMANOS

Isabel Banond de Almeida

DATAS RELEVANTES:

- | | |
|------|--|
| 1789 | <i>Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão</i> aprovada em 26 de Agosto de 1789 e votada definitivamente a 2 de Outubro pela Assembleia Nacional Constituinte Francesa |
| 1948 | <i>Declaração Universal dos Direitos do Homem</i> , adotada e proclamada pela Assembleia Geral por Resolução 217A (III) de 10 de Dezembro de 1948 |
| 1976 | <i>Constituição da República Portuguesa</i> , Lisboa, 1976 |

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Declaração Universal dos Direitos do Homem*, adotada e proclamada pela Assembleia Geral por Resolução 217A (III) de 10 de Dezembro de 1948, publicada no *Diário da República*, I Série A, n.º 57/78, de 9 de Março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Disponível no sítio da internet do Diário da República <http://dre.pt/comum/html/legis/dudh.html>
- Comparato, Fábio Konder, *Fundamentos dos Direitos Humanos*, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 1997. Disponível em www.iea.usp.br/artigos
- Portugal: Gabinete de Documentação e Direito Comparado*. Legislação Portuguesa Relevante na Área dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/legislacao-portuguesa.html>

Os direitos humanos são direitos essenciais, basilares e intrínsecos a todos os seres humanos e, logo, com as características da universalidade e da inalienabilidade. Configuram-se como resultado de várias doutrinas convergentes na dignidade da pessoa humana e, por isso, todos visam de forma abrangente e têm como centro das atenções o homem, munido das suas capacidades vitais, intelectuais e culturais. A história patenteia que a doutrina constitucional tem utilizado inúmeras expressões para identificar e designar os direitos essenciais à pessoa humana, tais como direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais, direitos dos povos, direitos humanos e direitos fundamentais.

Os direitos humanos numa primeira fase começam por se configurar como prerrogativas concedidas ao indivíduo, de tal modo essenciais que toda a autoridade política teria a obrigação de garantir o seu respeito. Mas é necessária a emergência da proteção dos direitos humanos, no mundo contemporâneo, para a limitação do poder concretizada pela democracia e anunciada pelo liberalismo, apesar de ser ainda uma proteção um pouco vaga, principalmente, quanto à proteção no sistema universal, que se resume na elaboração de relatórios, diversamente do que ocorre nos sistemas de proteção regional, que têm servido de resposta aos vários casos de abuso e violação dos direitos humanos, aplicando mesmo, quando ao caso se justifica, a condenação por violação dos referidos direitos.

É possível verificar que se a identificação dos diferentes direitos humanos é historicamente variável, o seu centro nevrálgico, o homem — ou os homens — tem sido incontestavelmente invariável. Na interpretação de Fábio Konder Comparato todos direitos são historicamente relativos porque a sua fonte primária — a pessoa humana — é um ser essencialmente histórico.

De um modo geral as reivindicações ao longo dos séculos XIII a XV em prol das liberdades são possíveis de ser visualizadas em documentos como a *Magna Charta Libertatum* ou simplesmente *Magna Charta*, de João Sem Terra, datada de 15 de Junho de 1215, que representa os inícios da ponderação da defesa das liberdades, como se salienta a partir do próprio texto da mesma e cuja manutenção era força de compromisso de quem a outorgou para si e os seus descendentes. Com 63 artigos, garante os direitos feudais e liberdades da Igreja e das vilas contra os arbítrios do

rei. Característica deste diploma é a capacidade de conter numa certa ordem as pretensões dos governantes ingleses, em prol de um mais estreito cumprimento da lei e dos costumes tradicionais, já que a monarquia inglesa do século XIII não se caracteriza por ser tolerante. Apesar de nunca ter sido uma Carta de direitos do homem, funcionando muito mais como uma codificação de privilégios em favor dos barões em luta contra o soberano, pressupõe uma séria vontade de limitar o absolutismo e arbitrariedade régias.

Para a conceção católica medieval os direitos humanos derivam do conceito filosófico de direitos naturais outorgados por Deus, implicando se fizesse a sobreposição entre ambos. Na verdade e sustentados na doutrina católica da Contra-Reforma os pensadores da Segunda Escolástica, também conhecidos como teóricos da Escola Peninsular do Direito Natural e das Gentes, criam as bases teóricas do direito natural moderno através do seu labor na temática do direito natural que, partindo do tomismo, procura avançar com propostas orientadas para a organização da sociedade e do Estado moderno. Francisco Suarez e Luis de Molina, com exercício de magistério em Portugal, são autores que promovem a objetividade e não o abstracionismo das regras do direito natural, cujas fontes podem ser idealmente entrevistadas no direito romano e no direito canónico, e que se apresentam como suporte fundante da organização jurídica interna e externa dos Estados.

Apesar de nem Lutero nem Calvino defenderem a liberdade política ou os direitos inatos das pessoas e serem esteios teóricos do absolutismo régio, a Reforma aporta uma base para desafiar o poder dos monarcas e alguns autores protestantes, sobretudo calvinistas, apoiam a resistência às autoridades políticas cujos editos ofendem a lei de Deus tal como expressa na Bíblia. A justificativa religiosa para a rebelião contra os governos tirânicos estimula, nos calvinistas ingleses, a resistência à monarquia no século XVII. Nos países protestantes merece destaque, na defesa dos direitos dos homens, em Inglaterra, com a *Petition of Rights* de 7 de Junho de 1628, o *Bill of Rights*, de 13 de Fevereiro de 1689, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Act of Settlement* de 12 de Junho de 1701, textos fundamentais na defesa das liberdades inglesas.

Se os direitos humanos e os direitos fundamentais estão relacionados com os valores da vida, da liberdade e da igualdade e são votados à proteção e promoção da dignidade humana, apresentam, por outro

lado, divergências no que respeita à positivação, titularidade e eficácia. A teoria dos direitos fundamentais é feudatária do desenvolvimento da teoria dos direitos humanos que, por seu turno, deriva do iluminismo e do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, quando se passa a admitir que um indivíduo é sujeito de determinados direitos imprescritíveis e inalienáveis pelo simples fato de pertencer à espécie humana. No entanto, entende-se que os direitos fundamentais surgem somente a partir do momento em que os direitos humanos consubstanciados nas declarações de direitos passaram a ser estadualmente constitucionalizados, isto é, incorporados pelas Constituições dos Estados individualmente considerados. Observa-se, pois, que as normas de direitos fundamentais possuem traços próprios que as distinguem das normas de direitos humanos, e como já dito outrora, referem-se a três aspetos principais: a positivação, a titularidade e a eficácia. Quanto à positivação, verifica-se que as normas de direitos fundamentais são reconhecidas e positivadas na esfera do direito constitucional formal de determinado Estado, enquanto as normas de direitos humanos se referem a posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos de 4 de Julho de 1776 — e o seu *Bill of Rights* de 25 de Setembro de 1789 — e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em Assembleia Nacional e Constituinte francesa em 26 de Agosto e proclamada definitivamente em 2 de Outubro de 1789, tal como as Constituições que se lhes seguiram alargaram o campo dos direitos humanos até então considerados, determinando que a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, a segurança, a proteção da casa de morada da família e outros eram direitos vistos como naturais que não poderiam ser lesados. Mas na verdade não são os primeiros textos a surgirem neste contexto porque já em 1640 a Declaração de Independência portuguesa tinha avançado nesse sentido, ao proclamar a separação de Espanha.

No que respeita à relação entre democracia e direitos humanos, os direitos associados à geração de direitos políticos (sintetizados nos direitos de participar e de ser votado) garantem o acesso do cidadão ao poder público. Tal movimento, por sua vez, é fundamental para reforçar a institucionalização de direitos humanos, bem como para a garantia dos mesmos.

Ocorre que, para além disso, a democracia deve ser vista, hoje, em si mesma, como um valor universal. É somente nos quadros ideológicos asseguradores da liberdade que os seres humanos se podem desenvolver plenamente.

Proclamada em 10 de Dezembro de 1948 após as traumáticas experiências das duas guerras mundiais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos aporta documentalmente as esperanças, aspirações e proteções a que cada pessoa no mundo tem direito, e funciona como garantia que o futuro da humanidade será diferente. Atualmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos é fonte consuetudinária de direito internacional, respeitada pela maioria dos Estados soberanos da comunidade internacional. — Artigo 1º Declaração Universal dos Direitos do Homem: *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.* São direitos humanos os 1) direitos civis e políticos pertença dos indivíduos em si mesmos considerados (direitos à vida, à liberdade — nas suas várias formulações, especialmente política, de pensamento e de expressão —, à propriedade, à igualdade perante a lei e ao julgamento justo, direito de nacionalidade, de participação nas eleições para as assembleias representativas podendo ser eleito e eleger, v.g.); e 2) os direitos económicos, sociais, culturais e coletivos (direito ao trabalho, à greve, à educação, à saúde, à previdência social, à habitação, e os direitos de e de manifestação, de manutenção de paz e de evitar a guerra, de preservação do ambiente, v.g.). Num caso são herdeiros do Estado Liberal de Direito e no outro do Estado Social de Direito.

Em Portugal a expressão é utilizada pela primeira vez no artigo 7.º na Constituição de 23 de Setembro de 1822, incorporando os chamados direitos de primeira geração, em linha com os princípios do liberalismo político e que se identificam com a abstenção por parte do Estado de intervir na vida particular dos cidadãos e expansão dos direitos quanto à vida, à liberdade individual e política, à propriedade, à igualdade formal com ligação prioritária ao liberalismo individualista. Posteriormente são mencionados alguns desses direitos noutros documentos constitucionais e materialmente constitucionais do século XIX e a Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826, em linha com a Carta Brasileira de 25 de Março de 1824 consagra no seu artigo 145.º a liberdade, a propriedade

e a segurança. Na Constituição de 4 de Abril de 1838 os direitos de carácter individual estão consagrados no Título III, reiterando a ligação entre liberdade e garantias. Existe já uma aproximação, tal como nos documentos anteriores, a direitos a serem exercidos por forma coletiva. Na mesma fase a institucionalização de novos direitos naturais individuais ou coletivos enquadrados em legislação infraconstitucional como os Códigos e demais legislação comercial e industrial – livre exercício da atividade económica, direito a uma profissão, legislação sobre seguros, sobre banca e até sobre o exercício da atividade laboral – contribui para uma expansão dos direitos humanos.

Entre 28 de Maio de 1926 e 24 de Abril de 1974 o regime autoritário conhecido como Estado Novo, recorrentemente apela à teoria dos direitos humanos. A Constituição de 22 de Fevereiro de 1933 apresenta um articulado de direitos cuja estrutura, organização e ação conjuntural rapidamente se questionam por via da legislação infraconstitucional. O corporativismo é o responsável pela possibilidade de suspensão de direitos constitucionalmente consagrados já que a autoridade, a paz social, a hierarquia e a austeridade, em conjunto com a autoridade funcionam como valores prioritários face aos direitos humanos.

A Constituição da República de 1976, aprovada a 2 e entrada em vigor a 25 de Abril, determina, no seu artigo 7.º que os direitos do homem devem ser respeitados no domínio das relações internacionais, implicitamente manifestando o respeito pelos direitos fundamentais no plano interno. Para além disso verifica-se a proibição da discriminação no exercício de direitos (artigo 13.º), a defesa do direito à vida (artigo 24.º), direito à liberdade e segurança (artigo 27.º), liberdade religiosa (artigo 40.º), liberdade de ensino (artigo 43.º), direito de reunião (artigo 45.º) e liberdade de associação (artigo 46.º). Os direitos humanos estão institucionalmente protegidos por uma vasta panóplia de legislação ordinária.

A Assembleia da República Portuguesa, reconhecendo a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovou em 1998 uma resolução na qual institui que o dia 10 de Dezembro passa a ser considerado o Dia Nacional dos Direitos Humanos. Por outro lado e por Deliberação da Assembleia da 8 de Março de 2013, recomenda-se “que as entidades públicas e privadas adotem a expressão universalista para referenciar os direitos humanos” em detrimento da expressão “direitos do homem” e isto mesmo

considerando que a expressão ainda assim aparece em documentos oficiais (exs. Declaração Universal dos Direitos Humanos e Tribunal Europeu dos Direitos Humanos). Porém a Declaração Universal dos Direitos do Homem consultada está depositada na íntegra na página oficial da Assembleia da República, de Abril de 2013. Esta versão mantém a expressão “direitos do homem” em vez de “direitos humanos”, não contemplando ainda, portanto, a Deliberação de 8 de Março de 2013.

DIREITOS SOCIAIS

Susana Antas Videira

DATAS RELEVANTES:

1793	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão subjacente à Constituição francesa de 24 de junho
1809–1865	Pierre Joseph Proudhon
1818–1883	Karl Marx
1820–1895	Friedrich Engles
1891	Carta Encíclica Rerum Novarum

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- CUNHA, Paulo Ferreira da, *Direitos Fundamentais. Fundamentos & Direitos Sociais*, Quid Iuris, 2014.
- ALEXANDRINO, José de Melo, *O Discurso dos Direitos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- OTERO, Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2007.
- MARTINEZ, G. Peces-Barba et al. (dir.), *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Debate, 1987.
- VIDEIRA, Susana Antas, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX – Contributo para a História dos Direitos Sociais*, AAFDL Editora, Lisboa, 2016

Os direitos humanos já foram definidos como as faculdades que o Direito atribui às pessoas ou aos grupos sociais, expressão das suas necessidades referentes à vida, à liberdade, à igualdade, à participação política ou social e, amplamente, a qualquer outro aspecto fundamental que afecte o pleno desenvolvimento pessoal numa comunidade de homens livres, impondo-se ao respeito dos demais homens, dos grupos e do Estado e que exigem dos poderes políticos a garantia de restabelecer o seu exercício em caso de violação ou de realizar a prestação.

O conteúdo moral dos direitos humanos deve, pois, ser enfatizado, porquanto eles valem pela sua racionalidade e pela sua correcção material. A respectiva institucionalização, positivação ou eficácia social não desempenham qualquer papel como critério de validade. Por decorrência, os direitos humanos constituem o núcleo das teorias da justiça, prevalecendo sobre o direito positivo. Os direitos fundamentais são, assim, a criação jurídica para assegurar positividade aos direitos humanos e assentam nos princípios da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade e responsabilidade e da universalidade.

Direitos fundamentais são, acima de tudo, direitos da pessoa, elevada a *dignidade da pessoa humana* a fundamento das soluções jurídicas. Mas se o homem é, por força daquele princípio, um ser com fins próprios, dotado de liberdade para os atingir, sendo, por isso, responsável pelos meios a que recorre, é também um ser social, não apenas por viver em sociedade, mas porque a sua plena realização não prescinde dos outros.

Na teoria dos direitos fundamentais, relevam os direitos sociais, cuja efectiva garantia postula, em regra, uma intervenção social ou económica do Estado, podendo ser entendidos como os direitos do homem situado na sociedade, como os direitos correspondentes à teia de relações sociais em que a pessoa se move para realizar a sua vida em todas as suas potencialidades; ou advenientes da inserção nas múltiplas sociedades sem as quais não poderia alcançar e fruir os bens económicos, culturais e sociais *stricto sensu* de que necessita.

Sob um prisma valorativo, são os direitos que decorrem da sociabilidade humana e que prosseguem objectivos de bem-estar, de progresso, de formação e de desenvolvimento das capacidades intelectuais ou do espírito, destinando-se a prover às necessidades de uma vida digna.

Até à emergência da denominada *questão social*, os direitos do homem, mesmo os de conteúdo social, eram proclamados mais em termos de princípios ou valores superiores a preservar pela comunidade política, do que enquanto direitos *proprio sensu*. Acreditava-se que a sua eficácia e a força do seu espírito estavam apenas dependentes da invocação abstracta frente ao Estado, postulando o dever de abstenção por parte deste. Em coerência com as teses contratualistas dominantes e com a teoria liberal dos direitos “naturais”, imprescritíveis e inalienáveis, entendia-se que todos os homens nascem dotados de direitos inatos e que a ordem jurídico-política apresentava uma índole transaccional que a condicionava e lhe impunha a salvaguarda desses.

O estudo da História permite observar que, chegado o século XIX, a atenção se começa a deslocar das proclamações abstractas para a garantia jurídico-institucional dos direitos sociais, elevando a sua protecção, pelo menos, a um âmbito de legalidade ordinária. A mera proclamação dos direitos naturais tende a ser superada através de um reconhecimento e garantia jurídica mais integral das distintas dimensões do ser humano, formuladas em termos de direitos, isto é, como direitos individuais, políticos e sociais, em cuja consagração passa a imperar a realização dos princípios da solidariedade e da igualdade material, pressupondo uma actuação positiva por parte dos poderes públicos.

Acresce que, gradualmente, as Constituições e as leis fundamentais dos Estados passam a consagrá-los como regras positivas e obrigatórias, assegurando a respectiva aplicação dinâmica e a sua oponibilidade, de forma particular, ao legislador ordinário e, matizadamente, aos particulares. Numa palavra, de princípios filosóficos e político-jurídicos, sem eficácia jurídica directa, passam a estar dotados de força vinculativa geral e esta prescrição de garantia é, na sua essência, criação do Direito, que denota relativa desconfiança no poder e nas instituições, adoptando uma atitude precautória perante eventuais abusos e violações.

Por isso, encontramos nas ideias liberais, mais permeáveis a preocupações sociais, as primeiras manifestações jurídicas deste entendimento, neles podendo recortar-se a génese histórica dos direitos sociais.

As preocupações em torno do trabalho, da assistência e da educação, que caracterizam, por exemplo,

o liberalismo igualitário de Thomas Paine e dos seus seguidores ou subjacentes à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 e à Declaração de Direitos integrante da Constituição Francesa de 1848, que derivam da consideração da igualdade como o primeiro dos direitos naturais, na esteira de pensamentos com o do Marquês de Condorcet, um dos principais guias espirituais da Revolução Francesa, fazem relevar a responsabilização do Estado pela criação de condições materiais que efectivem os direitos da pessoa humana, na sua dimensão também social.

Ainda que as primeiras preocupações doutrinárias do que hoje reconhecemos como direitos sociais tenham raízes que mergulhem em momentos históricos anteriores ao liberalismo, inicia-se, na contemporaneidade, a preocupação teórica de proteger o homem concreto, situado numa posição de inferioridade na teia das relações sociais, criando-se as condições para o reconhecimento, no plano das ideias e das consagrações jurídicas, dos direitos sociais.

Também os movimentos socialistas e, no final do século XIX, a doutrina social da Igreja Católica, ainda que por caminhos diversos e com diferentes alcances, afirmam a inequívoca imposição do intervencionismo social e económico do Estado, neste último caso, numa lógica de supletividade face ao indivíduo e aos grupos que ele integra, com o fim de proteger o homem da exploração desenfreada num cenário de concorrência estreme.

DIVÓRCIO E ANULAÇÃO DO CASAMENTO

Míriam Afonso Brigas

DATAS RELEVANTES:

- | | |
|------|---|
| 1910 | Decreto de 3 de novembro de 1910 – Admite o divórcio para os casamentos civis, alterando o carácter perpétuo presente no conceito de casamento plasmado no artigo 1056.º do Código Civil de 1867. |
| 1940 | Concordata de 7 de maio de 1940 celebrada entre a Santa Sé e Portugal. O Estado reconhece efeitos civis aos casamentos católicos, não permitindo aos tribunais civis aplicar o divórcio aos casamentos católicos (Artigo XXIV). |
| 1975 | Protocolo Adicional à Concordata de 1940, celebrado em 4 de abril de 1975. Altera o Artigo XXIV da Concordata e admite a possibilidade de recurso ao divórcio previsto na ordem civil para os casamentos católicos. |
| 2008 | Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. Altera o regime do divórcio, nomeadamente o divórcio litigioso, que passa a ser designado como divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. |

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- JUSTO, António Santos, *Direito Privado Romano*, Direito da Família IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- DIAS, Cristina Araújo, *Uma análise do novo regime do divórcio*, Coimbra, Almedina, 2009.
- DELGADO, Pedro, *Divórcio e Separação em Portugal, Análise Social e Demográfica, século XX*, Estampa, 1996.
- TORRES, Anália, *Divórcio em Portugal, Ditos e Interditos, uma análise sociológica*, Celta Editora, 1996.
- Centro de Estudos de Direito Canónico da Universidade Católica Portuguesa, *Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2001.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2011.

O aparecimento do divórcio como instituição jurídica tem de ser procurado na construção de outro conceito que lhe dá origem: a união familiar. Propositadamente não nos referimos ao casamento, uma vez que o divórcio foi inicialmente concebido como sinónimo de separação, ruptura, independentemente do vínculo jurídico, religioso ou moral que lhe estava subjacente. Quando nos reportamos ao casamento há a tendência para o enquadrar numa cerimónia civil ou religiosa, o que nem sempre sucede, uma vez que a conceptualização do casamento surge sem a ritualização inerente.

Percorrendo os antecedentes do divórcio, verifica-se que o ordenamento jurídico romano reconheceu a cessação da relação jurídica, consagrando a figura do *repudium* quando a cessação era unilateral, estando o *divortium* reservado para as situações em que havia um consenso das partes nesta ruptura. Santos Justo enuncia três requisitos para o divórcio em Roma: a) a existência de matrimónio, b) a vontade séria e definitiva de divórcio e c) a observância de um certo formalismo para a manifestação desta vontade. Com o Cristianismo iniciou-se o combate ao divórcio, tendo o imperador Constantino punido as situações em que o cônjuge repudiava o outro fora da *justa causa*, actuação continuada por vários imperadores que legislaram no sentido de restringir as situações de justa causa, de forma a reduzir o recurso ao divórcio. Em 331 Constantino reconhece a existência de três causas de divórcio: a) a mulher pode repudiar o marido se este for réu de homicídio, violação de sepulcro ou de envenenamento e b) o marido pode repudiar a mulher se esta cometeu adultério, praticou o envenenamento ou é alcoviteira. Em 421 Honório e Constantino elaboram uma constituição, onde distinguem as *iustae causae* do divórcio unilateral, as *graves causae* e as *mediocres culpae* como causas de divórcio. As fontes romanas permitem concluir que o divórcio era pontualmente invocado, tendo o recurso a este instituto aumentado a partir das guerras púnicas, nomeadamente entre figuras de relevo da sociedade romana, como sucedeu com Sêrvio Sulpício Gallo que terá afastado a sua mulher por a ter visto de cabeça descoberta na rua (Santos Justo, *Direito Privado IV*, p. 92). O combate ao divórcio foi essencialmente efetuado pela punição das situações de adultério e de delitos aos bons costumes. Justiniano igualmente legislou em matéria de divórcio, fixando um critério restrito de causas justificativas de divórcio (aborto

voluntário, condenação por adultério, abandono da casa do marido, participação em banquete contra a vontade do marido, ida a espectáculos públicos contra a vontade do marido, aproximar-se de outros homens) e impondo um formalismo rigoroso em matéria de tramitação a observar, designadamente a exigência de comunicação oral ou escrita ao outro cônjuge, na presença de sete testemunhas.

O direito canónico condenou a ruptura da união conjugal, advogando, no entanto, que outros modelos podiam ser encontrados para justificar a permanência da união do casal. O casamento celebrado é, por natureza, indissolúvel, apenas susceptível de ser quebrado por falecimento de um dos cônjuges ou em circunstâncias extremamente gravosas, que podem justificar a separação *quod thorum ac mesam*. O Concílio de Trento declarou o matrimónio como um sacramento, definindo causas de anulação, como a impotência, o erro, a violência e a coação, sendo necessário que estes impedimentos fossem anteriores ao matrimónio para serem admitidos. A indissolubilidade do casamento era, no entanto, mantida como princípio.

No direito português medieval o instituto do divórcio não foi objeto de tratamento específico. As Ordenações do Reino fazem referência à ruptura da união, mas não lhe atribuem relevância particular.

De salientar que o recurso ao termo “divórcio” não é utilizado de forma autónoma antes do século XIX, uma vez que as fontes existentes demonstram que o uso desta expressão é efetuada de forma similar à de separação, o que permite concluir que o divórcio enquanto conceito não era ainda objeto de uma construção específica, ao contrário do que se verificará nos finais do século XIX, inícios do século XX. O Código Civil Português de 1867 não consagra o divórcio como instituição jurídica, estabelecendo-se apenas nos artigos 1203.º a 1230.º a figura da separação de pessoas e bens, instituição que não quebrava o vínculo conjugal, sendo identificada como um dos meios de interrupção da sociedade conjugal.

A aceitação do divórcio apenas veio a ocorrer mais tarde, com o Decreto de 3 de novembro de 1910, que permitiu o divórcio dos casados civilmente, não sem reações negativas por parte do clero nacional, que via neste instituto uma abertura à decadência das instituições familiares, com a conseqüente fragilidade da situação da mulher. A positivação efetuada em 1910 era tímida em matéria de pressupostos para a ação de

divórcio por mútuo consentimento, estabelecendo-se a obrigatoriedade de os cônjuges terem pelo menos 25 anos e de serem casados há mais de dois anos. No caso do divórcio litigioso admitiam-se várias causas para a sua invocação: adultério, abandono do domicílio conjugal, sevícias, injúrias graves, mas também causas objetivas não culposas (separação de facto dos cônjuges, ausência sem notícias, loucura incurável, entre outras doenças). O divórcio implicava sempre a divisão dos bens entre os cônjuges, sendo que o cônjuge que desse causa ao divórcio perdia todos os benefícios que houvesse recebido. Recorde-se que esta legislação esteve em vigor em Portugal até à celebração da Concordata entre Portugal e a Santa Sé, em 1940, acordo que proibia o divórcio para os casamentos católicos que fossem celebrados a partir da sua data de celebração. Este acordo foi revisto em 4 de abril de 1975, sendo celebrado um Protocolo Adicional à Concordata que permitiu que o divórcio fosse requerido tanto nos casamentos civis como nos casamentos católicos. Esta foi uma importante alteração, o que implicou a modificação do artigo 1790.º do Código Civil de 1966, que consagrava o princípio da indissolubilidade do casamento católico pelo divórcio. Posteriormente, foi celebrada a Concordata de 18 de maio de 2004, na qual se realça o sacramento do matrimónio, advertindo para a necessidade de os católicos evitarem o divórcio como meio de cessação da relação conjugal. A Igreja reconhecia a faculdade civil, mas considerava que os crentes deveriam utilizar parcimoniosamente a figura em causa. Igualmente se definem condições a observar em matéria de decisões relativas à nulidade e à dispensa pontifícia do casamento rato e não consumado.

A crítica ao divórcio enquanto instituição foi significativa em Portugal, tanto no período anterior à sua implantação como no posterior. Por um lado, é inegável a influência que a Igreja Católica desempenhava nos séculos XIX e XX. A justificação do matrimónio como um sacramento, fonte da sua legitimidade, afastava a cessação da união, elemento encarado como gerador de forte perturbação familiar e, em consequência, agitação social. O casamento era aliás, defendido pela Igreja como o estado possível e desejável para todos aqueles que não conseguissem ser continentes, já que, por este meio, se perpetuava na união conjugal a vivência de Cristo, devendo esta ocorrer à semelhança de Cristo e da Igreja. A tradição da Igreja e o ataque feroz ao divórcio pelas

camadas conservadoras da sociedade influenciaram a positividade tardia. O dogma da indissolubilidade do casamento consagrado em Trento não se coadunava com o corte conjugal, afastando o que Deus unira. De entre os autores que se dedicaram ao tratamento desta instituição destacamos Alberto Bramão no seu *Casamento e Divórcio*, defendendo a figura pela proteção conferida ao casamento como instituição; João Mascarenhas de Mello, em lado contrário, forte adversário do divórcio, como se depreende da leitura do seu *Contra o divórcio*. Igualmente Vaz Ferreira condena a introdução em Portugal do divórcio, considerando que a própria Revolução Francesa, que o havia instituído em 1792 o veio a abolir em 1816, demonstrando que as vantagens da instituição também são discutíveis. Igualmente Pereira de Sampaio se manifesta contrário ao divórcio, advogando que pela positividade desta instituição se atacaria o casamento, promovendo os maus costumes e a dissolução da família.

O Código Civil de 1966 consagrou expressamente o divórcio como um dos meios de cessação da relação conjugal, ao lado da anulação e do falecimento de um dos cônjuges. Na versão original do Código estabeleciam-se duas modalidades de divórcio: por mútuo consentimento, que apenas podia ocorrer decorridos três anos após a celebração do casamento, aumentando assim, o requisito estabelecido em 1910, e o divórcio litigioso, no qual era invocada a violação de um dever conjugal dos estabelecidos no código, que impedia a manutenção da união conjugal. Neste último caso, era necessariamente atribuída a culpa no divórcio a um dos cônjuges. De referir que o artigo 1790.º do Código na redação original estabelecia que não se podiam dissolver por divórcio os casamentos católicos celebrados desde 1.08.1940 nem os casamentos civis quando, a partir daquela data, tivesse sido celebrado o respetivo casamento católico. Esta situação foi alterada em 1975, como referido anteriormente.

Em 1977 ocorreu uma importante reforma do Código Civil, igualmente com implicações em matéria de divórcio. Foram entretanto publicados os seguintes diplomas: o Decreto-Lei n.º 163/95, de 13 de julho, a Lei n.º 47/98, de 10 de agosto e o Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro. Posteriormente a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, altera o regime do divórcio, nomeadamente o divórcio litigioso, que passa a ser designado como o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. Este divórcio é requerido com

fundamento em causas objetivas amplas, perdendo relevância a violação culposa dos deveres conjugais. É igualmente abolida a declaração de culpa dos cônjuges como elemento determinante em matéria de efeitos do divórcio.

A anulação do casamento surge como um meio de cessação da relação conjugal, que permite que numa situação em que determinados requisitos não estão reunidos se possa considerar que o ato de casamento se encontra viciado, devendo ser anulado. De referir que a situação dos filhos foi protegida pelo legislador, nomeadamente logo no primeiro Código Civil, que prevê que estes não perdem esta qualidade pela anulação da união dos progenitores. O Código Civil de 1867 estabelece que a anulação do casamento católico só pode ter lugar no juízo eclesiástico, que pode declarar a nulidade do casamento, nas condições estabelecidas no direito canónico. Tratando-se de casamento civil, esta anulação é declarada pelos tribunais civis. O Código Civil de 1966 estabelece igualmente a possibilidade de anulação do casamento, atribuindo exclusivamente ao direito canónico a competência para a declaração de nulidade dos casamentos católicos. De referir que as decisões das autoridades eclesiásticas que declarem a nulidade do casamento produzem efeitos civis, a requerimento de qualquer das partes, após revisão e confirmação pelo tribunal competente. No caso da anulação do casamento, o Código Civil atual prevê que esta deva ocorrer quando existem impedimentos dirimentes que não foram respeitados para a sua celebração, sendo estes especialmente gravosos quando a vontade dos nubentes está viciada ou quando não existem testemunhas do ato celebrado. De referir que, contrariamente ao divórcio, que depende da manifestação de vontade dos cônjuges para ser decretado por um tribunal, a anulação exige a apreciação de certos requisitos de celebração do casamento por uma instância judicial.

ESTADO

David Teles Pereira

DATAS RELEVANTES:

1513	<i>O Príncipe</i> , de Nicolau Maquiavel
1613	<i>Defensor Fidei contra Jacobum Regem Angliae</i> , de Francisco Suárez
1651	<i>Leviatã</i> , de Thomas Hobbes

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBUQUERQUE, Martim de, “Política, Moral e Direito na construção do conceito de Estado em Portugal”, in *Estudos de Cultura Portuguesa*, 1º vol., Lisboa, Imprensa Nacional–Casa da Moeda, 1984.
- HOMEM, António Pedro Barbas, *O Espírito das Instituições — um estudo de História do Estado*, Coimbra, Almedina, 2006.
- BARROW, Clyde W., *Critical Theories of the State*, Madison, University of Wisconsin Press, 1993.
- CUDWORTH, E., Hall, T. e McGovern, J., *The Modern State — Theories and Ideologies*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2007.

Não há dúvida que foi Maquiavel quem popularizou no léxico jurídico-político a palavra Estado ao escrever na abertura do primeiro capítulo *d'O Príncipe que Todos os estados, todos os domínios, que tiveram e têm império sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados*, legando-nos assim a palavra com que desde então resumimos a ordenação política de uma determinada comunidade.

Coloca-se, contudo, uma importante questão, absolutamente central no pensamento jurídico-político acerca do Estado: terá sido esta passagem do estado — como utilizado na expressão latina *status rei publicae* — para o Estado, no sentido em que Maquiavel o utilizou e na acepção em que continuamos ainda hoje a utilizá-lo, um processo de continuidade com as estruturas da organização política medieval ou até anteriores ou, pelo contrário, algo absolutamente novo?

Para muitos autores, o aparecimento lexical do Estado traduz também uma profunda transformação jurídico-política no seio das colectividades humanas organizadas, só possível e concebível com a desagregação da sociedade medieval, com a progressiva concentração de poderes nos monarcas e consequente necessidade de desenvolvimento de um aparelho administrativo em seu redor e, principalmente, com o monopólio exclusivo do poder legítimo de recorrer à violência e punir, tão acertadamente sintetizado por Max Weber que procurou assim descrever a transformação do Estado moderno à luz de um processo de expropriação pelo poder públicos dos meios ao serviço da violência, como as armas, semelhante e paralelo à expropriação dos meios de produção por parte dos capitalistas.

Nesta perspectiva, o processo de evolução do Estado fez-se, em grande parte, num interessante paralelo com a disciplina da contenda, ou seja, da vingança privada, primeiro pela sua disciplina e, posteriormente, pela sua proibição. Podemos ir até mais longe e dizer que uma das marcas fundamentais do Estado, pelo menos na forma como este conceito se construiu a partir da época moderna, é a proibição da vingança privada e a sua substituição por um monopólio da punição estadual. Por outras palavras, podemos olhar para a arquicélebre guerra de todos contra todos de Hobbes não apenas como uma descrição teórica da natureza humana na ausência de sociedade civil, mas também como uma parábola sobre os ciclos de vingança. Nesta dimensão, o estado de natureza não se

limita a ser um estado em potência, devendo ser assumido como um facto histórico, isto é, como uma ameaça que pesa permanentemente sobre o homem, não apenas pelas inclinações egoístas da sua natureza na ausência de poder disciplinador, mas porque historicamente, em períodos de ausência ou insuficiência do poder civil, do Estado, os sistemas de vingança privada deram corpo — e, já agora, sangue — à guerra de todos contra todos. Não é por ser composto por uma multiplicidade de corpos mortais — os homúnculos do frontispício de Bosse — que o monstro hobbesiano é um deus-mortal; é-o, antes, porque a guerra de todos contra todos não deve ser lida apenas como uma metáfora ou uma mitologia, mas como uma síntese — apenas ligeiramente hiperbólica — da ameaça que ininterruptamente paira sobre as fundações do Estado. As consequências e as implicações desta conclusão são inúmeras e impossíveis de resumir no propósito deste texto. Mas uma pode ser adiantada: iluminado pela luz que esta hipótese lança, o Estado pode ser visto como uma contra-afirmação fáctica do estado de natureza hobbesiano. Esta interpretação é próxima ao sentido mais imediato daquilo que Hobbes quis significar com o abandono do estado de natureza em favor da constituição de uma sociedade civil e política. Assim, pode dizer-se que Hobbes inverte por completo a tradição aristotélica segundo a qual o homem é, por natureza, um animal político, fazendo a política corresponder a um triunfo do homem sobre a inimidade permanente da sua condição natural, isto é, uma forma de superação da sua natureza egoísta, mesquinha e violenta, ainda que continue a ser a própria natureza humana a causa última da sua própria superação.

Esta perspectiva permite-nos, contudo, um forte argumento a favor da ideia de que o Estado moderno tem uma inegável continuidade histórica com formas de organização política em épocas anteriores, ao alicerçar a origem do Estado na dissolução dos laços primitivos fundados no parentesco e na honra e na formação de laços de identidade na luta pela sobrevivência e pela defesa, os factores de necessidade, a que os autores medievais e, posteriormente, os autores da escola peninsular vieram juntar o factor voluntário, explicando que o Estado tem como fundamento o consentimento dos seus membros.

Por outro lado, muitos dos autores que defendem uma tese de continuidade chamam a atenção, por exemplo, para que as palavras latinas comumente

utilizadas para traduzir aquilo que o Estado vai representar perduram até nas obras dos grandes construtores do Estado moderno, como em Bodin, que recorre à *res publica* para os seus *Seis Livros da República*, ou Hobbes que na versão latina do seu *Leviatã* utiliza preponderantemente a palavra *civitas*. Da época medieval vem também um dos conceitos centrais na construção do Estado, a ideia de contrato social, nascida nas discussões acerca dos fundamentos do poder e que terá um enorme peso nas doutrinas contratualistas do período moderno.

Não podemos esquecer também que a descrição clássica das formas de governo tem evidente continuidade nos autores da época moderna, em especial nos teóricos peninsulares. Veja-se, por exemplo, o Estado nas palavras de António de Sousa Macedo, com evidente legado aristotélico: “Um Estado não é outra coisa senão uma sociedade de muitos homens debaixo de um Rei ou de principais ou de toda a multidão”.

ESTADO DE DIREITO

Filipe Arede Nunes

DATAS RELEVANTES:

1809	Primeira referência ao conceito de Estado de direito na Alemanha
1976	Constituição da República Portuguesa
1982	Revisão constitucional: criação do Tribunal Constitucional

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.º edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- ALBUQUERQUE, Martim de, "Estado de Direito e o Estado Renascentista Peninsular", in *Na Lógica do Tempo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

A discussão sobre a origem do conceito de Estado de Direito não é pacífica, sobretudo devido à dimensão polissémica que o mesmo assume.

Há quem entenda que os seus antecedentes se encontram nos autores da Antiguidade Clássica ao mesmo tempo que outros defendem que apenas após as revoluções liberais se pode, com absoluto rigor, falar de Estado de Direito. Em concreto, o conceito de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) apenas aparece na doutrina alemã de oitocentos, nomeadamente em autores como Lorenz von Stein, Rudolf Gneist, Adam Müller, Carl Th. Welcker, J. C. Freiherr von Aretin e, especialmente, com Robert von Mohl, autor a quem se deve a invenção da expressão.

O desenvolvimento e a densificação teórica do conceito de Estado de Direito na Alemanha é o resultado da incapacidade da burguesia daquele país em impor o modelo liberal que vigorava noutras latitudes, designadamente em Inglaterra e em França. A construção teórica (oitocentista) do Estado de Direito permite condicionar o poder do monarca e marcar uma posição forte contra o Estado de Polícia, ou seja, marca a transição entre o absolutismo e o liberalismo e a consequente vitória da burguesia.

O conceito de Estado de Direito representa, por um lado, a ideia de sujeição do poder político a princípios e regras jurídicas (sujeição ao princípio da legalidade da Administração, submissão do Estado ao Direito, subordinação da Administração à lei) que condicionam a sua acção e que permitem — quando a expressão se encontra vertida num texto constitucional — garantir aos cidadãos os seus direitos fundamentais (particularmente liberdade pessoal, política e económica mas também a garantia de existência de órgãos governativos plurais e independentes ou da consagração do princípio da separação de poderes). Por outro lado, a concepção de Estado de Direito pressupõe ainda uma outra limitação do poder político que ultrapassa a dimensão formal na medida em que o Estado se encontra condicionado por uma ordem de valores de dimensão extrajurídica, ordem esta que coloca o indivíduo como seu epicentro.

Entre nós, a expressão Estado de Direito apenas surge com eclodir da Terceira República na Constituição da República Portuguesa de 1976.

Efectivamente, o conceito de Estado de Direito [Democrático] foi inicialmente introduzido no preâmbulo da Constituição de 1976. Posteriormente, com a 1.^a revisão constitucional, em 1982, foram

alterados os artigos 2.º e 9.º/b que passaram a incluir, no seu texto, o conceito de Estado de Direito com o qualificativo Democrático.

Assim, nos termos do actual texto constitucional, a garantia de existência de um Estado de Direito [Democrático] assenta na existência de direitos fundamentais dos indivíduos, da consagração do princípio da separação de poderes, da reserva da função jurisdicional aos Tribunais e da subordinação dos diferentes órgãos do poder político à Constituição e à lei.

ESTADO SOBERANO

Pedro Caridade de Freitas

DATAS RELEVANTES:

1576	Publicação de <i>Os Seis Livros da República</i> , de Jean Bodin
1673–1675	Publicação da obra <i>Tractatus de Donationibus Jurium et Bonorum Regiae Coroae</i> , 2 tomos, de Domingos Antunes Portugal
1822	Constituição Política da Monarquia Portuguesa (art. 26.º Soberania reside na Nação).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBUQUERQUE, Martim de, *A Consciência Nacional Portuguesa. Ensaio de História das Ideias Políticas*, Lisboa, 1977
- BODIN, Jean, *Los Seis Libros de la Republica*, Selección, Estudio Preliminar y Traducción de Pedro Bravo Gala, cuarta edición, Madrid, Tecnos, 2006.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo III — Estrutura Constitucional do Estado, 4.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

Cabe ao pensamento filosófico e político dos séculos XVI-XVII teorizar a figura do Estado.

Os trabalhos levados a cabo por Maquiavel (1469-1527) e, sobretudo, por Jean Bodin (1530-1596) permitem desenvolver, na obra *Os Seis Livros da República*, Paris I, 1583, o conceito de Estado, através da individualização dos seus elementos — povo, território e poder político.

Partindo da concepção de Bodin, podemos definir Estado como uma associação política de indivíduos ou de comunidades de pessoas, de homens livres, que se reúnem, num determinado território, sob a mesma autoridade e obedecem à mesma lei.

O pensamento de Bodin foi trabalhado sistematicamente pelo publicista português do século XVII Domingos Antunes Portugal, na obra *Tractatus de Donationibus Jurium et Bonorum Regiae Coroae*, 2 tomos, com primeira edição em Lisboa, por João da Costa, em 1673 e 1675.

No século XIX, o jurista alemão Jellinek (1851-1911) trabalha os elementos individualizados por Bodin, e desenvolve a teoria da personalização do Estado, ou seja, a qualificação do Estado como pessoa colectiva distinta das pessoas físicas que o compõem.

Concomitantemente com a teorização do Estado surge, no século XVI-XVII, o desenvolvimento do conceito de soberania. Independentemente da ideia de soberania existir na antiguidade e na Idade Média, é na Idade Moderna que os termos “soberano” e “soberania” são utilizados na linguagem jurídica e política. Com os Descobrimentos, o fim da *Respublica Christiana*, nome dado à organização política europeia medieval, e o conseqüente colapso da autoridade papal e imperial, o conceito de “soberano” passa a indicar um entre muitos príncipes independentes e não sujeitos a uma autoridade interna ou externa e, por isso, livres para administrarem o seu território ou Estado.

A soberania constitui a essência do Estado, que lhe permite não reconhecer um superior nem na ordem interna nem na ordem internacional. A origem da soberania é negativa, por teorizar a emancipação do poder do Estado em relação a outras entidades, como o Papado e o Império, característicos da *Respublica Christiana*. A soberania do Estado constitui sempre um elemento negativo ao impedir que outro Estado possa interferir nas suas decisões políticas internas, como o sistema de governo, o regime político, a guerra e a paz.

A soberania é o elemento organizador e estruturante de uma comunidade política, conferindo-lhe

autonomia interna e externa, pelo que o Estado soberano não reconhece poder superior. A soberania significa assim superioridade e independência de uma comunidade política.

Um Estado é soberano a nível interno e externo. A soberania interna baseia-se no monopólio da coerção legítima de um Estado exercida nas fronteiras do seu território. O Estado tem assim competência sobre os nacionais e os estrangeiros no seu território nacional.

Como atributos da soberania Bodin individualiza o direito de legislar para todos em geral e cada um em particular, sem consentimento de superior, igual ou inferior; o direito sobre a paz e a guerra; o direito de nomear os altos dignitários e criar uma administração; o direito de fazer justiça, nomeadamente através da apelação; o direito à fidelidade e obediência; o direito de graça; o direito de cunhar moeda e o direito de lançar impostos. O Estado soberano é aquele que tem a capacidade de se dotar com uma constituição, de fixar leis e de estabelecer o seu governo sem a interferência de uma nação estrangeira.

A soberania externa permite ao Estado o direito de exclusão de interferência de outros Estados no seu território nacional, o direito de participar na construção do Direito Internacional e de defender os seus direitos e interesses face às demais potências. A nível internacional o Estado é soberano quando tem direito a celebrar tratados (*jus tractuum*), quando envia e recebe de forma livre missões diplomáticas (*jus legationis*) e quando tem o direito de fazer a guerra (*jus belli*).

É a teorização do Estado soberano que permite o desenvolvimento das relações internacionais entre os vários Estados e a criação de uma comunidade internacional de Estados independentes e formalmente iguais que perdura até aos dias de hoje.

Ao longo dos séculos XVII e XVIII a soberania é entendida como indivisível e inalienável. Indivisível pela ausência de partilha do poder, ou seja, a acção de governar é da essência da soberania, independentemente do número de pessoas que governam; inalienável, por ser delegada (por Deus, pelo povo ou pela vontade geral de Rousseau), se encontrar em depósito, não sendo, por isso, objecto de um contrato.

A partir do século XIX, e com as constituições liberais, a soberania passa a residir na nação, ou seja, no conjunto de pessoas que constitui a comunidade nacional. Esta concepção encontra-se vertida nas constituições portuguesas do século XIX, sendo que hoje a soberania reside, nos termos da Constituição da República Portuguesa, no povo.

ESTUDOS JURÍDICOS

Gonçalo Sampaio e Mello

DATAS RELEVANTES:

1290	Fundação dos Estudos Gerais em Lisboa
1772	Reforma da Universidade de Coimbra
1836	Criação da Faculdade de Direito
1911	Criação da Universidade de Lisboa
1976	Constituição consagra o princípio da autonomia universitária

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- COSTA, Mário Júlio de Almeida, "Leis, Cânones, Direito", in *Dicionário de História de Portugal*, vol. III, Joel Serrão (coord.), Porto, Livraria Figueirinhas, 1985.
- MERÊA, Paulo, *Estudos de História do Ensino Jurídico em Portugal (1772-1902)*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.
- A Universidade Medieval em Portugal (Séculos XIII-XVI)*, Hermenegildo Fernandes (coord.), Lisboa, Universidade de Lisboa e Edições Tinta-da-China, 2013.
- A Faculdade de Direito de Lisboa no seu Centenário*, 2 vols., Martim de Albuquerque, Gonçalo Sampaio e Mello, Luís Waldyr (coords.), Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013.

Os estudos jurídicos têm início em Portugal na primeira manhã da história da Universidade, que o rei D. Dinis funda entre 1288 e 1290 e o papa Nicolau IV confirma nesta última data. Acolhendo o modelo pedagógico italiano compreendem disciplinas de Direito Civil ou Romano e de Direito Canónico ou Eclesiástico, as quais se vão paulatinamente ampliando como objecto do programa de cadeiras maiores e menores (cátedras e catedrilhas). Sabemos que os chamados “Estatutos Velhos” da Escola mandaram leccionar diversos fragmentos do *Corpus Iuris Civilis* (Digesto, Três Livros, Código, Institutas) e outros tantos do *Corpus Iuris Canonici* (Decreto, Decretais, Sexto, Clementinas). As aulas eram ministradas em Latim e os lentes de Direito auferiam vencimento superior aos restantes, circunstância que revela a primazia do ensino jurídico no seio do “Estudo Geral” e bem assim a preferência dos alunos pelas Faculdades de Leis e de Cânones. A partir de 1431 passa a Universidade a conferir os graus de bacharel, licenciado e doutor. 1537 assinala a transferência definitiva da Escola para Coimbra e também um momento de apogeu da nossa cultura jurídica, fruto da acção do rei D. João III, O Piedoso, que para o efeito não hesita em contratar mestres estrangeiros como Martín de Azpilcueta, Fabio Arcas, Ascanio Escoto e em atrair para o reino alguns portugueses que se haviam notabilizado lá fora, a exemplo de Aires Pinhel, Manuel da Costa, Bartolomeu Filipe. 1772 configura o triunfo entre nós das correntes pedagógicas ligadas à Filosofia das Luzes, que o Marquês de Pombal, ministro do rei D. José, implanta no ensino universitário. Surgem então matérias novas como Direito Natural, Direito Pátrio, História do Direito, Direito das Gentes, as quais arranjam espaço no currículo à custa das velhas cadeiras de Direito Romano e Canónico. O sistema de ensino tradicional, de raiz escolástico-analítica, é substituído pelo método chamado “sintético-demonstrativo-compendiário”, baseado em livros de estudo que, sendo breves e bem ordenados, devem contemplar todo o programa de cada uma das disciplinas.

Um diploma régio de 1805 aperfeiçoa as directrizes pombalinas, que continuam a vigorar até 1836, ano em que uma reforma radical converte em uma só as duas Faculdades jurídicas de Cânones e de Leis. Nasce então a Faculdade de Direito de Coimbra, obra do governo setembrista de Passos Manuel. Se em 1772 e em 1805 o ensino do *Ius Romanum* havia sofrido um rude golpe, 1836 representa o crepúsculo definitivo

do ensino do *Ius Canonicum*, o caso este a que não são alheias razões de fundo ideológico. Em contrapartida, passam a leccionar-se na Universidade matérias como Economia Política, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Comercial, Direito Criminal e, anos volvidos, Sociologia, Direito Internacional, Administração Colonial.

1911 assinala a criação da Universidade de Lisboa, cuja Faculdade de Direito abre as suas portas ao público em 1913 colocando fim ao monopólio universitário de Coimbra, tanto em Portugal como em todo o Império ultramarino. É então Chefe do Governo Afonso Costa, que até 1927 será o Director da Escola recém-inaugurada. A breve trecho adquire Lisboa credibilidade científica e reputação pedagógica e passa a ombrear com Coimbra. Aliás, diversos são os lentes desta última que, seduzidos pela política activa, pelo prestígio dos tribunais superiores e pelo exercício da consultoria requerem a sua transferência para a capital, trocando as margens do Mondego pelas margens do Tejo. Coimbra e Lisboa são objecto de reformas pedagógicas em 1928 e em 1945, sofrem a ressaca da contestação estudantil dos últimos anos da II República, ultrapassam a fractura da Revolução de Abril de 1974 e reinventam-se após a adesão do País à Comunidade Europeia.

Alto nível científico e pedagógico conquistam também outras instituições de ensino público, privado e cooperativo que a Constituição de 1976 permitiu criar ao abrigo dos princípios da autonomia e da igualdade no acesso ao ensino superior. São disso exemplo a Universidade do Porto, a Universidade do Minho, a Universidade Nova de Lisboa, a Universidade Lusíada e, no que toca ao curso jurídico, a Universidade Católica Portuguesa. Mais de sete séculos correram desde que D. Dinis fundou o “Estudo Geral” mas a luta pela Justiça, que o Direito procura realizar, permanece viva e é nos bancos da escola que primeiro se trava este combate por uma sociedade mais tersa, equilibrada, perfeita. Ou não fosse a escola o espaço criador do escol intelectual e moral do país em cujo seio se insere.

FILIAÇÃO

Miriam Afonso Brigas

DATAS RELEVANTES:

- | | |
|------|--|
| 1867 | Código Civil de 1867 (Artigos 101.º, 119.º e 122.º) – Estabelece a definição de filhos legítimos, de filhos legitimados e de filhos perfilhados. |
| 1910 | Decreto de 25 de dezembro de 1910 – Admite a possibilidade de perfilhação dos filhos ilegítimos adulterinos, a supressão da designação de “filhos espúrios” e a consagração do direito a alimentos e de socorro às mães dos filhos ilegítimos. |
| 1976 | Constituição da República Portuguesa de 1976 (artigo 36.º n.º 4). Objeto de reformulação da legislação civil, com a Reforma de 1977 – Abole a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. |

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- CORNU, Gérard, *Droit civil de la Famille*, 9e édition, Paris, Montchrestien, 1999.
- COELHO, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, 2 volumes, Coimbra, Coimbra Editora, 2003; Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 3.ª edição, 2003; Volume II, Tomo I, Direito da Filiação, 1.ª edição, 2006
- JUSTO, António Santos, *Direito Privado Romano*, Direito da Família IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona e Pereira, José Silva, *Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica*, Lisboa, AAFDL, 2008.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2011.

A filiação está directamente relacionada com o aparecimento de conceitos ligados à formação da vida familiar, sendo estudada por diversos domínios do conhecimento, tendo o Direito procurado traduzir nos vários períodos históricos o sentimento social subjacente. Neste sentido, foram sendo criados regimes jurídicos que procuram espelhar o entendimento existente sobre esta matéria. O poder paternal é uma das instituições que mais directamente se relaciona com a filiação, pese embora o casamento seja também um elemento muito relevante para a compreensão desta figura. A importância da filiação releva dos efeitos decorrentes em matéria de direitos por quem seja considerado filho de determinado sujeito, designadamente ao nível patrimonial, para além do direito ao nome e de um conjunto de direitos e deveres relacionados com o exercício da filiação. A filiação permite, portanto, a ligação de um sujeito a outro sujeito resultando do reconhecimento da maternidade e/ou paternidade. Ora, a forma como este reconhecimento se processa deriva da construção jurídica aceite, considerando elementos que reflectem, num caso, o sentimento social sobre esta matéria e, em outros, permitindo suprir situações em que este reconhecimento não é imediato. Reporto-me às situações de filiação natural, em que existe uma ligação biológica entre os progenitores e os descendentes e a filiação adoptiva, em que este vínculo resulta de um ato jurídico que reconhece determinados sujeitos como filhos de alguém sem a existência de uma maternidade e paternidade biológicas.

As concepções existentes sobre a filiação não são todas iguais, tendo as várias civilizações efetuado diferentes opções em matéria de identificação dos sujeitos pertencentes a uma família, o que justificou as construções existentes em matéria de filiação. Refira-se aliás, que a própria concepção de família foi variável, o que se traduz na diversa valorização dos vínculos construídos, quer biológicos, quer de natureza subordinada. A este respeito, verificamos que a própria construção do parentesco se relaciona directamente com esta matéria, promovendo o aparecimento destes vínculos.

O direito romano distinguiu dois vínculos em matéria de formação do parentesco, o vínculo agnático, associado às relações de dependência dos sujeitos perante o chefe da família, o qual pode coexistir com vínculos de natureza biológica, mas que não é dele dependente, e o vínculo cognático, que valoriza a

relação sanguínea entre os sujeitos. Importa aqui recordar que a estrutura da família romana se alicerçou numa pluralidade de sujeitos em torno da figura do *paterfamilias*, tendo sido apenas a partir dos séculos I e II que a família romana se aproximou do conceito moderno de família, assente em laços de sangue. Quer no vínculo agnático, quer no cognático, a família é composta por ascendentes, descendentes e colaterais, os primeiros formando a linha reta (pais, filhos e netos), sendo a linha colateral responsável pela ligação dos descendentes de um parente comum (irmãos, primos). O vínculo agnático pode ser formado pelo nascimento, se os pais forem casados, sendo o *pater* um cidadão romano, pela *adrogatio* e pela *adoptio*, pela *conventio in manu*, pela legitimação e pela concessão imperial. Os juristas romanos socorreram-se do termo *pater* no sentido de *progenitor*, sendo também frequentemente utilizado para os ascendentes anteriores (avôs e bisavôs). O termo descendente foi usado pelos romanos para abranger os indivíduos que se encontram numa situação de dependência face a determinado poder e os que se tornaram independentes (*sui iuris*), como nos refere Santos Justo. É considerado legítimo o filho concebido por pessoas unidas em justas núpcias, nascido 182 dias depois do início do matrimónio e antes de terem decorrido 300 dias da sua dissolução. O marido podia, no entanto, não reconhecer a paternidade, mediante provas apresentadas. Em matéria de efeitos, o filho legítimo adquire o *status civitatis* do pai no momento da concepção. Recebe ainda o *praenomem* do *pater*. Caso o pai seja cidadão romano e *sui iuris*, exerce a *patria potestas* sobre o filho. Em consequência, os filhos têm igualmente deveres para com o *pater*, designadamente o dever de *obsequium* e de piedade, não os podendo citar em juízo, sem autorização do magistrado, sendo punidas gravemente as injúrias contra os progenitores. Há um dever recíproco de prestação de alimentos, independente da *patria potestas*. O direito justiniano distinguiu ainda os filhos espúrios dos naturais. Os primeiros são aqueles que nasceram de uma união ilegítima, não havendo entre estes e o progenitor quaisquer direitos e obrigações. Os segundos são os filhos nascidos de relações de concubinato, seguindo a condição da mãe no momento do nascimento. Na época clássica foi reconhecida a possibilidade de legitimação destes últimos. Com a morte do *paterfamilias* os *filiifamilias* tornam-se independentes (*sui iuris*). As *filiaefamilias* ficaram frequentemente

sujeitas à *potestas* de um elemento masculino da família ou de quem o *paterfamilias* designasse em testamento.

As Ordenações do Reino diferenciaram a filiação consoante o nascimento ocorria na constância do casamento ou fora desta instituição, socorrendo-se do “legítimo matrimónio” como o meio correcto defendido para a perpetuação da estrutura familiar. Daqui se conclui que a filiação era especialmente valorizada quando existia uma união firmada no casamento, desvalorizada e mesmo censurada quando esta união não existe, uma vez ser geradora de ilegitimidade. As Ordenações Filipinas estabeleciam no Livro IV, Título XCII, que “se algum homem houver o ajuntamento, com alguma mulher solteira, ou tiver uma só manceba, não havendo entre elles parentesco, ou impedimento, por que não possam ambos casar, havendo de cada huma dellas filhos, os taes filhos são havidos por naturaes. E se o pai for peão, succeder-lhe-hão, e virão a sua herança igualmente com os filhos legítimos, se os o pai tiver”. Depreende-se portanto, a equiparação dos filhos naturais aos legítimos. Diferentemente se estabelecia quando o pai era cavaleiro ou escudeiro, colocando na vontade paterna o reconhecimento do filho natural, uma vez que a ilegitimidade manchava o histórico familiar, pelo que, apenas perante a ausência de herdeiros legítimos se reconheciam os filhos naturais. As Ordenações referem-se ainda aos filhos espúrios, que são aqueles resultantes de “danado e punível coito” (OF. Livro IV, Título XCIII). O legislador filipino reconheceu ainda a figura da legitimação como instituto relevante para a igualização dos filhos naturais aos legítimos, estabelecendo que o casamento posterior dos progenitores sanava a ilegitimidade natural existente, afastando assim, o “defeito do nascimento” (OF. Livro II, Título XXV, Parágrafo 12). Foram ainda objeto de tratamento nas Ordenações o dever de alimentos dos pais, bem como as causas de deserção dos filhos. Em matéria de alimentos, estabelece-se um princípio de obrigação recíproca. Havendo separação do casal, a mãe ficava obrigada a criar o filho até aos três anos de idade, devendo o pai assegurar as despesas necessárias à respectiva criação (OF. Livro IV, Título XCIX). Este princípio era igualmente extensível aos filhos ilegítimos.

Percorrendo o Código Civil de 1867 verifica-se a referência constante à legitimidade como conceito presente em várias epígrafes dos artigos afetos

a esta matéria, associada à filiação constituída na constância do casamento. A terminologia utilizada indicia-nos que se atribui relevância ao filho legítimo enquanto situação plena de direitos, uma vez que a legitimidade era perseguida enquanto estado completo de filiação. As diferenças de tratamento não eram apenas limitadas ao direito a alimentos, sendo igualmente perceptíveis em matéria sucessória. A desconsideração da ilegitimidade resulta do estigma que estava associado a esta qualificação, consequência do mau comportamento dos pais que se reflecte nos filhos. Importa não esquecer que o Código de 1867 assentava na família monogâmica patriarcal, em que ocorre uma exclusividade de relacionamento conjugal, na qual se valoriza o elemento sanguíneo. Outro aspeto relevante é o fato de o legislador ter tido o cuidado de tipificar os vários estados de filiação, referindo-se aos filhos legítimos, filhos de “pleno direito” e aos filhos ilegítimos, estes últimos podendo ser adulterinos, espúrios e incestuosos (artigos 101.º e 122.º do Código Civil de 1867). A filiação espúria não era susceptível de perfilhação (artigo 134.º do Código Civil de 1867). Havendo perfilhação, os filhos adquirem o direito de usar os apelidos dos pais, de serem alimentados por estes e de sucederem aos pais, nos termos legais. O legislador refere-se ainda aos filhos legitimados, que são equiparados aos legítimos (artigos 119.º a 121.º do Código Civil de 1867), considerando o casamento dos progenitores como a instituição que lhes confere legitimidade, embora a equiparação apenas produza efeitos desde a data do assento de matrimónio e não do nascimento. Em matéria de reconhecimento de paternidade, o Código de 1867 presumia que o pai era o marido da mãe, princípio que ainda hoje vigora no código civil. A maternidade era demonstrada pelo próprio facto do nascimento. A acção de investigação de paternidade ilegítima era proibida como norma geral. Apenas na situação excepcional em que existia vontade paterna nesse sentido se admitia este tipo de acção. Em contraposição, a investigação de maternidade era admitida, aceitando-se meios de prova que são vedados na acção de paternidade.

A filiação adoptiva não foi integrada no Código Civil de 1867, uma vez que as relações familiares assentavam na família biológica, critério exclusivo adotado. No entanto, a filiação adoptiva não era desconhecida do Direito Português, já que os romanos a ela se reportavam com a figura da *adrogatio* e da

arrogatio que permitia a integração numa família de um indivíduo que não tinha vinculação biológica com a mesma.

O Decreto de 25 de dezembro de 1910 (Lei da Proteção dos Filhos) apresenta os diferentes estados de filiação autonomizados da relação conjugal, diferentemente do efetuado no Código Civil de 1867, mantendo apenas a ilegitimidade para a filiação resultante de adultério, à qual se reconhece, no entanto, a possibilidade de perfilhação. O reconhecimento de direitos dos filhos ilegítimos é uma novidade no tratamento jurídico efetuado pelo diploma, procurando-se atenuar a desigualdade de tratamento entre a filiação legítima e a ilegítima, alargando-se as situações de investigação de paternidade ou maternidade ilegítima. Mantém-se apenas a proibição de perfilhação para os filhos incestuosos, alterando-se a situação dos filhos perfilhados, que deixam de ser equiparados aos legítimos, para adquirirem o estatuto de legítimos de pleno direito.

Posteriormente, o Código Civil de 1966 estabelece no artigo 1796.º a filiação como um tipo de relação de parentesco existente entre as pessoas que procriaram e as que foram geradas. Aqui se inclui igualmente a relação que, embora não tendo a procriação como origem, gera efeitos similares. É o que sucede com a filiação adotiva, que é encarada no código como um dos meios de constituição da vinculação familiar ao lado da filiação biológica, procurando uma proximidade de regimes, apenas atingida em revisões posteriores deste código. Posteriormente, em 1976, a Constituição da República Portuguesa (artigo 36.º n.º 4) consagrou o princípio da não discriminação dos filhos havidos fora do casamento, princípio evidente na reforma de 1977 no âmbito do Direito da Família. O atual Código Civil reconhece assim, três modalidades de filiação: a filiação biológica, que decorre da procriação, que se circunscreve à relação de parentesco de 1.º grau, conforme o estabelecido no artigo 1578.º do Código. Aqui, o legislador separa ainda as situações em que a filiação biológica resulta de ato sexual daquela que é gerada com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida. A filiação adotiva é constituída por uma sentença proferida no domínio de um processo de adoção (artigo 1973.º n.º 1 do Código). Por último, há ainda a referir a filiação por consentimento não adotivo, que se refere à situação em que a filiação se constitui através do consentimento da parte que assume o papel de pai, independentemente

da existência de laços de sangue e sem que tenha havido uma sentença de adoção. É a situação que ocorre no artigo 1839.º n.º 3 do Código, quando tem lugar uma inseminação artificial numa mulher com o consentimento do respetivo marido, criando-se um vínculo de filiação entre o marido da mãe e a criança, ainda que não exista uma ligação biológica entre eles (Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, pp. 140 e 141). De referir que a constituição da filiação tem na filiação biológica a sua principal modalidade, uma vez que social e culturalmente existe uma correspondência entre a procriação e a constituição da filiação biológica. Importa, no entanto, considerar que, em algumas situações, o legislador se desviou da verdade biológica, como sucede ao condicionar as ações de investigação de maternidade e de paternidade, bem como a impugnação da paternidade, a prazos de caducidade (artigos 1817.º, 1873.º e 1842.º do Código).

FUNDAMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS

Isabel Graes

DATAS RELEVANTES:

1521	11 de Março de 1521: Ordenações Manuelinas
1790	Lei francesa de 16-24 de Agosto de 1790
1841	Novíssima Reforma Judiciária de 21 de Maio de 1841

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- VARELA, Antunes, Bezerra, J. Miguel e Nora, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 2ª edição, 1985.
- REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, vol. V.

Actualmente no quadro do Estado Social de Direito e com consagração no texto constitucional (art. 205º/1), encontra-se prevista entre as garantias fundamentais do cidadão contra o arbítrio do poder judicial, na linha de uma exigência antiga no ordenamento jurídico português, a fundamentação das sentenças, como a de quaisquer outras decisões judiciais, com excepção dos despachos de mero expediente. Constitui a presente medida uma segurança para as partes e uma garantia do direito ao recurso e controlo da correcção material e formal das decisões pelos seus destinatários. Todavia esta exigência não é hodierna, fazendo assim de Portugal um precursor em matéria de direito processual e dos direitos fundamentais.

Retomando um preceito que constava já dos textos castelhanos de Afonso X (*Fuero Real*, Livro II, título XIII e das *Flores de las Leyes*), a legislação portuguesa dos reinados de D. Dinis e D. Afonso IV (de 15 de Dezembro de 1270, 15 de Novembro de 1310, 15 de Setembro de 1314 e 18 de Fevereiro de 1332), assim como os capítulos XVI e XXVII das Ordenações de D. Duarte introduzem algumas regras no que diz respeito, por um lado, ao modo de sentenciar, nomeadamente a redução a escrito da decisão judicial como forma de evitar o arbítrio dos juízes; e, por outro lado, no que tange à enunciação das partes que devem compor a sentença, sob pena de se haver julgado mal e à correcção da decisão dada contra o direito, ainda que esta não fosse considerada nula.

Com a entrada em vigor das Ordenações Manuelinas (Livro III, título L, parágrafo 6) é imposta a fundamentação das sentenças permitindo não só às partes compreender se deveriam, ou não, apelar ou agravar das sentenças definitivas, mas também conferindo aos juízes superiores a possibilidade de entenderem melhor os motivos que levaram os magistrados inferiores a condenar ou absolver. A este respeito, esclarece João Pinto Ribeiro, dizendo que as Ordenações conformando-se com o direito comum, mandavam que os julgadores não julgassem segundo a sua consciência, dado que apenas ao monarca era permitido julgar de acordo com a sua vontade e a sua consciência; devendo, por conseguinte, declarar as causas em que se tinham fundado, pois na falta delas imperava o arbítrio. A mesma regra seria aplicada na compilação filipina (Livro III, título LXVI, parágrafo 7), ao mesmo tempo em que na restante Europa se proibia a revelação dos segredos do tribunal, de que é exemplo a decisão francesa do Grande Conselho de

Malines de 1559, invocando-se que sendo os tribunais soberanos e decidindo por delegação do príncipe, não teriam de justificar as suas decisões, até porque deste modo, se perpetuaria o clima de litígio entre as partes, convidando ao recurso. Distinta era, como vimos, a solução dada pelo legislador português de quinhentos que entendia que na ausência de fundamentação deveriam os magistrados ser penalizados com multas graves.

A obrigatoriedade de fundamentar as sentenças em países como a França e os Países Baixos só começa a ser introduzida mais tarde, sobretudo no plano criminal, como o dá a conhecer um edicto francês de 8 de Maio de 1788, ainda que uma grande parte da doutrina e do costume judiciário continue a reivindicar não ter de o fazer, invocando a autoridade das razões, pelo que era proibida a publicação das decisões definitivas sem a respectiva autorização. As alterações significativas só são introduzidas no alvor da Revolução Francesa, a partir do decreto de 16-24 de Agosto de 1790 (V.15) e da lei francesa de 20 de Agosto de 1810 que dispõe no art. 7º que “as sentenças que não contêm os fundamentos são declaradas nulas”, entendimento que seria parcialmente adoptado pelo art. 97º da Constituição belga de 1831 que exigia, de igual modo, a fundamentação das sentenças. O preceito seria seguido, por outros ordenamentos jurídicos no século XX, como é o caso da legislação grega e italiana; assim como pelo Estatuto do Tribunal Superior de Competência Internacional de 1920 e pelo Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 1958.

Ante o exposto, verificamos que inovando e contrariando uma linha constante na restante Europa, Portugal adopta e mantém uma regra legal clara e inquestionável, no que diz respeito à fundamentação das sentenças, ainda que, não raras vezes, este preceito tenha sido violado como afirma Rocha Peniz (*Da Influencia do foro sobre a felicidade pública*, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1808).

Ao longo de oitocentos, a legislação processual consagra o dever de fundamentação das sentenças sob pena de nulidade (arts. 715º, 723º e 1174º da Notíssima Reforma Judiciária de 1841) importando a falta de fundamentos expressos e especificados uma violação directa de lei, nos termos da Lei de 19 de Novembro de 1843. Ainda assim, e contrariamente ao direito francês, o legislador português não distingue entre falta e deficiência de motivos. Com esta

providência procura-se acabar com a aposição do termo “concordo” que se usava no julgamento por tenções, exigindo-se que todos os magistrados declarassem os fundamentos do seu voto ainda que se conformassem com o voto anterior (art. 1059º, §1), devendo inclusive os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça conter sempre a exposição e apreciação dos fundamentos do recurso segundo as conclusões da minuta, quer concedessem, quer negassem a revista (art. 1171º).

Também o art. 96º do Código de Processo Civil de 1876 determina que os acórdãos, sentenças e despachos, proferidos sobre qualquer pedido controvertido, ou sobre alguma dúvida suscitada no processo, são sempre fundamentados. A legislação subsequente (Código de Processo Civil de 1939 e de 1961) manteria a mesma regra (arts. 158º e 659º, actuais arts. 154º e 607º do NCPC), indicando que esclarecidos os factos que devem ser provados, a fundamentação, ou seja, a justificação da decisão final em face do direito substantivo aplicável, tem de ser expressa, clara, coerente e suficiente, permitindo, deste modo, o exercício esclarecido do direito ao recurso, que assim desenvolvem o preceito constitucional consagrado no art. 205º/1 da CRP que deve ser entendido em conjugação com o direito de acesso aos tribunais (art.20º/1CRP). A ausência de fundamentação, tal como antes, gera nulidade (art. 615º NCPC).

GREVE

Isabel Banond de Almeida

DATAS RELEVANTES:

1866	1.º de Maio de 1866, manifestação em Chicago, Estados Unidos, reivindicando a jornada de trabalho de 8 horas diárias
1849	Primeira manifestação grevista em Portugal
1970	Fundação da Intersindical

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

FONSECA, Carlos, *História do movimento operário e das ideias socialistas em Portugal*, [S.l.], Publicações Europa-América, [S.d.], 1.º vol., 4 Tomos; 2.º vol.: “Os primeiros congressos operários (1865-1894)”, [S.d.], 3.º vol.: “O operariado e a Igreja Militante: da *Rerum Novarum* à implantação da República”, [S.d.]; 4.º vol., parte 1: “Greves e agitações operárias”, [S.d.].

TENGARRINHA, José, “As greves em Portugal: uma perspectiva histórica do século XVIII a 1920”, in *Análise Social*, vol. XVII (67-68), 1981, 3.º-4.º, 573-601.

PINTO, Mário, *O Direito perante a Greve*. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1224165969H9aVK9ii3Cj59LE0.pdf>

A greve é uma criação da sociedade moderna originada pela erupção do capitalismo e naturais emergências de desigualdades sociais, por si só já evidentes depois do século XVIII, o que não obsta a que situações paralelas não pudessem ser encontradas no Mundo Antigo, mesmo que com premissas e intervenientes distintos. O exemplo mais acabado é o dos escravos que na Grécia e em Roma procuram fazer sentir as suas reivindicações, face à existência precária a que se encontram submetidos.

A revolução das ideias é sempre indissociável das revoluções sociais e se a Europa patenteia o berço da modernidade, do mesmo modo patrocina os seus antagonismos. O mercado de trabalho livre, a livre circulação de capitais e a propriedade privada sustentam entre si o antagonismo capital/trabalho, patrocinadores da riqueza e do crescimento económico. Na prática, a greve constitui o mecanismo lógico e sociologicamente capacitado para os trabalhadores obterem, em plano coletivo, força laboral e política que os compense da desigualdade que os marca quando singularmente considerados.

A partir do século XIX o ludismo, enquanto movimento contrário à mecanização do trabalho proporcionada pelo advento da Revolução Industrial inglesa, está subjacente aos ideais da greve e concomitante movimento operário por força das duras condições de trabalho existentes. Possivelmente e, pelo menos, desde esse evento, os *trade-unions* na sua fase inicial certamente terão dado um “maior peso” aos direitos sociais e coletivos, que ao longo do século XX confronta quem defende a greve e quem a considera uma aberração.

Em Maio de 1824, mais de uma centena de trabalhadoras em Pawtucket, Rhode Island, Estados Unidos, abandonam os teares devido à intenção de um corte de salários e aumento da jornada em uma hora diária por parte dos proprietários das fábricas. As trabalhadoras votam, então, pela recusa em voltar ao trabalho enquanto os antigos salários não fossem repostos. Manifestando uma notável capacidade organizativa, uniram-se com outros trabalhadores fabris, numa época em que uma parte considerável da mão-de-obra é composta por crianças, assim como a agricultores da zona e manufactureiros. Todos se aliam pela mesma causa, originando uma quase total adesão à greve por parte dos trabalhadores das fábricas e seus aliados e fomentando pela primeira vez na história uma greve de zelo, em que os operários ocupam os

seus postos de trabalho com portas das unidades fabris encerradas. Trata-se da primeira greve fabril nos Estados Unidos e a primeira greve de qualquer espécie envolvendo mulheres.

Outras manifestações da greve podem ser apontadas nas reivindicações pelo direito ao voto em 1832 ou pela jornada laboral de oito horas, patrocinada por Robert Owen em Inglaterra, mais tarde extensível a França e aos Estados Unidos. Depois de 1850 o movimento grevista intensifica-se culminando na Comuna de Paris, com duração entre 18 de Março e 28 de Maio de 1871. A data emblemática dos trabalhadores a nível mundial, o 1.º de Maio, é originada pela luta pela jornada de oito horas que em 1886 coloca frente a frente patrões e empregados em Chicago, nos Estados Unidos, por força de uma greve geral, vindo a originar um dos mais marcantes acontecimentos políticos do século XIX. Outras datas relevantes são a greve de 12 de Fevereiro de 1934, em França, contra o avanço do fascismo e a greve geral que consegue o direito a férias pagas em 1936. Finalmente diga-se que a greve é vista como um delito até 1825 em Inglaterra e até 1864 em França. Na Itália só em 1947 a greve deixa de ser considerada um delito. Em matéria de legislação sobre o direito à greve deve destacar-se uma lei de 27 de Abril de 1908, designada por *Ley de Huelgas*.

Durante o Antigo Regime em Portugal a greve é encarada como reivindicação pacífica relacionada com as condições de trabalho que, ainda que deficientes, não a legitimam e, como tal, absolutamente proibida. Antes da revolução de 1820 a cessação temporária de trabalho não se identifica com os motins na medida em que os assalariados se limitam a fazer exigências no estrito plano laboral e não estando armados e não recorrendo à violência. Segundo Joaquim Veríssimo Serrão o “primeiro conflito laboral que conhecemos acompanhado de abandono de trabalho e com considerável envergadura, no nosso país, é o das fiandeiras do Porto, em 1628, que assume aspetos de grave amotinção. Em 1668 sabemos ter havido uma pequena greve de operários têxteis da Covilhã. Chega-nos depois o conhecimento de uma paralisação dos operários que trabalhavam nas obras de construção do palácio de Mafra, em 1732, reivindicando o pagamento dos salários em atraso”. Outros exemplos de conflitos laborais podem ser considerados na segunda metade do século XVIII, tais como as reivindicações salariais dos jornaleiros do Alentejo e Ribatejo em 1756, que se

constituem como “greves” pelas dimensões assumidas, na interpretação de José Tengarrinha, mas que não fogem à regra geral enunciada.

Uma ideia semelhante passa para o liberalismo e até finais do século XIX não demonstra alterações de monta no tecido legislativo. Apesar das proibições legais constantes do Código Penal de 1852, cujo artigo 277.º é reiterado em posterior Código Penal de 1886, muitos operários portugueses procuram levar por diante greves com as consequências previsíveis. Só com o decreto de 6 de Dezembro de 1910 se regulamenta o direito à greve. Em Portugal a primeira manifestação grevista documentada é a greve dos operários das fábricas de fundição e serralharia do bairro da Boavista, em 1849, ocorrida em Lisboa, cujos contornos permanecem algo obscuros e o conhecimento se deve a investigação relativamente recente de José Tengarrinha. Nos anos seguintes, até à I República registam-se paralisações dos trabalhadores dos tabacos, salinas e arrozais, mineiros, caminho-de-ferro, chapeleiros, operários da construção civil e outros. Concomitantemente surgem ideias políticas ligadas ao mundo operário, como o mutualismo e o republicanismo, associadas ao socialismo, anarquismo e comunismo, com importantes repercussões no mundo do trabalho.

Entre 28 de Maio de 1926 e 24 de Abril de 1974 a greve está absolutamente proibida em Portugal. Os assomos de reuniões de carácter profissional são politicamente controlados pelo poder institucionalizado – corporativismo – pelo que o grau de representatividade que tinham é limitado. De facto durante a Ditadura Militar e o Estado Novo as greves estão proibidas em diplomas legais de 1927, de 1934 e de 1958, marcos históricos em que a premência da repressão se torna mais evidente face uma contestação social mais aguda. Ainda assim, importa assinalar a luta operária da Marinha Grande, em 1934, que faz tremer a ditadura de Salazar, além de diversas greves nos anos quarenta sob influência do Partido Comunista Português, em contexto de crise e de fome agravadas pela Segunda Guerra Mundial. Em 1970 é fundada a Intersindical que dura até 24 de Abril de 1974 vindo então a ser substituída pela Central Geral de Trabalhadores (CGTP).

A democracia implica divergência nas ideias e debate acerca das mesmas. As greves cumprem algumas funções como a melhoria das condições de trabalho ou o estímulo das reformas sociais. Porém e apesar do

seu impacto nem sempre conseguem atingir os seus objetivos e não raro se mostram incapazes de modificar a situação que as origina em pouco tempo. Em certos casos nem sequer a conseguem modificar a médio ou longo prazo. E o seu impacto mede-se não apenas pelos números da adesão (sempre polémicos) mas pela capacidade de compreendermos as suas causas sociológicas mais profundas e os seus efeitos sociais e políticos no médio prazo.

Em Portugal como nas demais democracias acontece isto mesmo. O direito à greve está previsto e é protegido de acordo com o artigo 57.º da Constituição da República, mas por força da Constituição o direito à greve pode ser restrito em determinadas circunstâncias, previstas no artigo 18.º e depois explicitadas em função do agente, como acontece na disposição do artigo 270.º relativo às forças de segurança. A legislação ordinária regulamenta este direito no Código do Trabalho que procede à sua regulamentação nos artigos 530.º a 543.º, assumindo particular importância os artigos 537.º – Obrigação de prestação de serviços durante a greve, e 538.º – Definição de serviços a assegurar durante a greve, na medida em que se procura com eles evitar uma paralisação total das atividades laborais em cada caso concreto.

GUERRA JUSTA

Pedro Caridade de Freitas

DATAS RELEVANTES:

1265-1274	Elaboração da <i>Suma Teológica</i> , por S. Tomás de Aquino
1344	Publicação da obra <i>Speculum Regum</i> , de Álvaro Pais
1625	Publicação da obra <i>De Iure Belli ac Pacis</i> , de Hugo Grócio

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARON, Raymond, *Paix et Guerre entre les Nations*, Paris, Calmann-Lévy, 2004.

HOMEM, António Pedro Barbas, *História das Relações Internacionais. O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna*, Coimbra, Almedina, 2003.

REGOUT, Robert, *La Doctrine de la Guerre Juste, de Saint Augustin à nos Jours, d'après les Théologiens et les Canonistes Catholiques*, Paris, 1935.

Desde a Idade Média que os teólogos, juristas e filósofos discutem os contornos em que a guerra pode ser feita. O conceito de guerra justa é teorizado pela Igreja com vista a conciliar o espírito pacifista do cristianismo com as suas responsabilidades políticas.

Com a teorização da guerra justa pretende-se estabelecer os limites morais da guerra, delimitar os actos de guerra legítimos daqueles que não o são, enunciar as causas que justificam a guerra e criar uma disciplina de combate, que delimite o tipo de armas a utilizar, o tipo de guerra a fazer e o comportamento a ter no campo de batalha.

A delimitação do conceito de guerra justa é feita pelos Doutores da Igreja que teorizam os princípios que devem ser prosseguidos na guerra e estabelecem os requisitos da mesma. Santo Agostinho (354-430) refere que a guerra apenas se justifica se for o único meio de corrigir uma agressão não reparada e Santo Isidoro de Sevilha, na obra *Etimologias* classifica como justas as guerras que se destinam a repelir um invasor.

A Patrística (doutrina dos Padres da Igreja dos primeiros séculos da era cristã) desenvolve dois conceitos no âmbito da guerra: o *jus ad bellum*, ou direito à guerra, e o *jus in bello*, o direito durante a guerra. A guerra é legítima entre os cristãos, de acordo com o *Decreto de Graciano*, se tiver como finalidade estabelecer a paz, se for defensiva e se não constituir uma vingança. A guerra contra os infiéis, muçulmanos ou heréticos, é sempre justa, como defendido pelo Cardeal Hostiense, Henrique de Susa (1210-1271).

S. Tomás de Aquino (1227-1274), que influenciou o pensamento peninsular, enumera, na *Suma Teológica* (II, II, qu.40), os requisitos da guerra justa: i) a guerra deve ser autorizada pelo príncipe; ii) deve haver uma justa causa; e iii) uma intenção honesta dos que fazem a guerra. A guerra é justa quando ocorre em caso de legítima defesa contra uma guerra ofensiva feita por um determinado Reino, sendo considerado pecado que um príncipe encete uma guerra com objectivos particulares e não comuns.

A teoria da guerra justa tem uma especial adesão na Península Ibérica por legitimar a guerra feita contra os muçulmanos. Para os Reis Peninsulares a concepção da “guerra justa” constitui a justificação ética para uma dinâmica de guerra continuada que, no século XV, transpõe as fronteiras peninsulares e justifica a tomada dos territórios africanos aos mouros, como decorre das obras de Álvaro Pais (1280-1349), bispo de Silves, “*Planatu Ecclesiae*” e “*Speculum Regum*” e do “*Leal Conselheiro*”, do rei D. Duarte.

O direito da guerra e, em especial, a guerra justa, é trabalhado pela Escola Peninsular de Direito Natural, do século XVI-XVII. De entre os vários juristas-teólogos destacam-se Francisco Vitoria (1492-1546) e Francisco Suárez (1548-1617) que teorizaram se a guerra feita contra os índios americanos era justa, e em que circunstâncias o seria. O português Padre António Vieira (1608-1697) segue, nos seus sermões, o pensamento peninsular sobre guerra justa, legitimando-a quando feita contra infiéis da fé cristã.

A questão sobre a autorização da guerra é uma questão intemporal, que permite também classificar a guerra como justa, se autorizada por quem tem poderes para o fazer. O jurista português Domingos Antunes Portugal, que escreveu no século XVII, aquando da restauração da independência e do aparecimento do Estado moderno, defende que o direito de fazer guerra e de estabelecer a paz reside no príncipe, enquanto soberano, pelo que a existência de uma guerra justa depende de quem a autoriza.

O pensamento de Hugo Grócio (1583-1645) introduz uma ruptura no tratamento medieval da guerra. Grócio assume um importante papel na laicização do Direito da Guerra, ao defender que a guerra tem de ser feita de acordo com a lei. A guerra perde o seu fundamento teológico e moral, e passa a ser considerada à luz do Direito.

Os fundamentos da guerra justa durante a época moderna sofrem alterações, fruto da laicização do Direito em geral, e do Direito da guerra em especial.

A utilidade do conceito de guerra justa mantém-se na actualidade. A guerra deve ser autorizada por alguém, o detentor em cada país do poder constitucional ou a Organização das Nações Unidas, em especial o Conselho de Segurança; o fim da guerra deve ser justo, legítimo, promover a paz e beneficiar o todo, entendido no âmbito da segurança nacional, regional ou mundial; e, por fim, os meios utilizados devem ser adequados e proporcionais ao fim a atingir, evitando-se, sempre que possível, o ataque a civis ou as destruições desnecessárias.

As guerras podem ser justas quando pretendem garantir a segurança e a liberdade das pessoas e a independência dos Estados e ser injustas quando põem em causa a existência de um Estado ou de uma comunidade nacional, promovendo a sua destruição através, por exemplo, do ataque indiscriminado a uma determinada população.

HABEAS CORPUS

Isabel Banond de Almeida

DATAS RELEVANTES:

1214	Magna Carta
1911	Constituição Republicana Portuguesa
1976	Constituição da República Portuguesa

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DOMINGUES, José, “As Origens do Princípio de ‘*Habeas Corpus*’ no Pré-Constitucionalismo Português”, in *Historia Constitucional*, 14, 2013, págs. 329–352.

ALMEIDA, Isabel Banond de, *A ideia de Liberdade em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2012.

Portugal. Supremo Tribunal de Justiça: Sumários dos Acórdãos. Disponível em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/sumarios>

Habeas Corpus é uma expressão latina formada pelas palavras: *habeas*, segunda pessoa do presente do modo conjuntivo do verbo *habere*, que significa “ter” ou “haver”, e *corpus*, forma do acusativo do substantivo *corpus*, que significa “o corpo em oposição à alma”. Traduzindo: “Que tenhas o (teu) corpo (em liberdade)”. E, em traços muito genéricos, o *habeas corpus* é um processo célere e privilegiado, cuja função primordial é permitir uma reação contra o abuso de poder por parte das autoridades policiais que resulte num atentado ao direito à liberdade física, direito fundamental com consagração constitucional.

Não é pacífica a origem do *Habeas Corpus* havendo várias opções doutrinárias que reivindicam a sua procedência. Entre as mais relevantes anota-se a origem no Direito Romano — *interdictum de libero homine exhibendo* (interdito para exibir homem livre) —; na Magna Carta inglesa de 15 de Junho 1215 — *writ of habeas corpus ad subjiciendum* —; uma terceira que pondera a sua origem na *Petition of Rights* de 7 de Junho de 1628, do reinado de Carlos I de Inglaterra e, finalmente, também em Inglaterra, o *Habeas Corpus Act* de 1679, destinado a disciplinar, processualmente, através de atos legais, a proteção ao direito de liberdade e primeira tentativa para impedir as detenções ilegais.

Posteriormente a Declaração Americana da Independência surge a 4 de Julho de 1776, baseada na Declaração de Virgínia proclamada a 12 de Junho de 1776, onde estava expressa a noção de direitos individuais. Assim, nesta importam limitações ao poder do Estado e afirmações dos “direitos naturais” pertencentes a cada indivíduo. Aí se menciona que “(...) todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança (...)”. Como consequência “Que em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si própria; e que

ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares”. Da Declaração de Independência de 1776 e do primeiro aditamento à Constituição Federal de 1787 constam os direitos naturais inerentes aos homens que o poder político tem de respeitar. Em 1789 passou para a Declaração de Direitos proclamada pela Assembleia Legislativa Francesa, tendo sido então acolhida pela maior parte das Constituições posteriores.

Em Portugal, na Idade Média, existe um mecanismo peculiar de defesa no direito português que se caracteriza pela reação contra a arbitrariedade e ilegalidade da prisão preventiva na pendência do processo judicial. São as chamadas cartas de seguro — uma espécie de *Habeas Corpus* nacional — que estiveram em vigor no território português desde a segunda metade do século XIII até cerca de 1830. Justifica-se uma alusão ao direito medieval português, onde existe normatização aprovada em Cortes de Santarém de 1331, segundo a qual se impõe a apresentação dos prisioneiros perante o juiz. Em caso de tal não suceder verifica-se de imediato cominação de pena ao alcaide que faça livração do preso sem consentimento prévio, conforme *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V*, Livro V, Título 62.

Já em período do liberalismo monárquico o tema é alvo de debate quer nas Cortes Constituintes de 1822, quer nas Cortes Ordinárias de 1823, quer na vigência da Carta Constitucional de 1826 e da Constituição de 1838, bem como em todos os textos materialmente constitucionais portugueses, por via de regra relacionando-se sempre com situações de restrição à liberdade física dos indivíduos mas nunca constitucionalizado. Como nota fica a indicação que sempre se previa essa suspensão em função dos salutaros interesses da nação.

Como figura constitucionalizada surge o *Habeas Corpus* pela primeira vez na Constituição Republicana de 1911, artigo 31.º, n.º 1, Título II, “Dos direitos e garantias individuais”, por influência direta da sua congénere brasileira, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891, no seu artigo 72º, § 22, “Declaração de Direitos”. Em sequência mantém-se na Constituição de 1933 (embora esta remetesse para lei especial a determinação das condições em que este instituto podia operar). Em 1945, pelo Decreto-lei n.º 35 043 de 20 de Outubro, o *Habeas Corpus* é regulamentado e, muito embora apresentasse uma latitude muito parca ao nível do

campo de atuação, as suas linhas de orientação continuam a ser usadas pela interpretação jurisprudencial, mau grado a limitação sofreu em 1974, pelo Decreto-lei n.º 44 de 27 de Dezembro.

O *Habeas Corpus* encontra-se regulado tanto no artigo 31.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 e nos artigos 220.º e 224.º do Código de Processo Penal. No que respeita à prisão ilegal merece, pois, reconhecimento duplo quer pela via da Constituição que no plano da legislação ordinária, pretendendo-se a reação musculada contra atentados contra a liberdade e, mais, contra o direito de liberdade civil cuja tutela se assinala. E sendo a liberdade um direito fundamental constitucionalmente reconhecido desde pelo menos 1822, em Portugal, pretende-se obstar à situação da prisão indevida.

No domínio infraconstitucional, a Lei n.º 43, de 26 de Setembro de 1986 (Lei de Autorização), na alínea 39 do n.º 2 do artigo 2º, também estabelece a garantia do *Habeas Corpus*, a ser requerida no Supremo Tribunal de Justiça em petição apresentada perante a autoridade à ordem da qual o interessado está preso, enviando-se esta de imediato, com a informação que em cada caso for conveniente, cabendo deliberação no prazo de oito dias.

Na prática e globalmente, entre 2000 a 2014, o Supremo Tribunal de Justiça recebeu 1.833 pedidos de libertação imediata de arguidos pela via do *Habeas Corpus* mas a taxa de sucesso é reduzida uma vez que apenas foram deferidos 100 pedidos. É pois um número muito baixo atendendo aos valores em causa, nomeadamente a privação da liberdade só justificável em função da malha apertada imposta para adesão ao pedido.

IGUALDADE JURÍDICA

Filipe Arede Nunes

DATAS RELEVANTES:

1787	Constituição dos Estados Unidos
1822	Primeira Constituição portuguesa
1976	Constituição da República Portuguesa

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBUQUERQUE, Martim de, *Da Igualdade: introdução à jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003.
- AMARAL, Maria Lúcia, "O princípio da igualdade na constituição portuguesa", in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Lisboa, 2004.

O conceito de Igualdade engloba uma complexidade que ultrapassa a mera dimensão polissémica.

Juridicamente, o que importa sobressaltar, é a igualdade na aplicação e criação do Direito. Efetivamente, a Igualdade jurídica (que remonta ao período liberal) pressupõe que todos os indivíduos são iguais — independentemente das suas características pessoais (sexo, raça, língua, religião, orientação sexual, convicções políticas ou ideológicas, situação económica, condição social, ascendência, território de origem) — perante o Direito. Neste sentido, o conceito de Igualdade pressupõe não apenas a aplicação igual do Direito mas também a obrigação do legislador criar regras iguais para todos os cidadãos.

Por outro lado, o conceito de Igualdade não se reduz a uma dimensão meramente formal. De facto, o conceito de Igualdade obriga à existência de um critério diferenciador (tratar de forma igual o que é igual e desigual o que é desigual) reconduzindo-se, dessa forma, a uma igualdade relacional.

A igualdade, como ideia (ainda que com significados bastante diferentes), é muito antiga. Quer os gregos clássicos (Sólon, Péricles, Platão ou Aristóteles) e os romanos (Cícero ou Ulpiano) quer os pensadores da escolástica medieval (S. Tomás de Aquino) ou da Idade Moderna (onde se incluem os autores da Segunda Escolástica mas também homens como Rousseau) discutiram e introduziram nas suas obras considerações sobre o conceito de igualdade.

No entanto, foi do movimento constitucionalista inaugurado com as constituições americana (1787) e francesa (1793) que permitiu o desenvolvimento do princípio da igualdade. Importa, no entanto, sublinhar que quer a Declaração da Virgínia de 1776, quer as Constituições do Estado da Carolina do Norte (1776) e do Estado de Massachusetts (1780) haviam já reconhecido — de forma até mais ampla do que aquele que viria a ser o texto da Constituição Americana — a ideia de que todos os indivíduos eram livres e iguais.

O conceito de Igualdade encontra-se vertido nos diferentes textos constitucionais portugueses desde 1822 tendo sido sucessivamente incluído nas diferentes constituições.

Importa, no entanto, salientar que, não obstante o facto de a inspiração para as mesmas se encontrar no movimento constitucional oriundo das Revoluções Americana e Francesa o conteúdo do princípio da igualdade nelas vertido era profundamente distinto

daquele que vamos encontrar no actual texto constitucional.

A Constituição de 1976 — à semelhança das anteriores — inclui um artigo (13.º — Princípio da Igualdade) que concretiza directamente a ideia de igualdade acima exposta. Além da enunciação directa do princípio da igualdade no artigo 13.º, a Constituição, em vários outros preceitos, concretiza a ideia de igualdade.

A existência de uma regra constitucional com este conteúdo garante a proibição de discriminações e de desvantagens ilegítimas. Paralelamente, vincula o próprio legislador, a administração e a ordem jurisdicional mas aplica-se também aos próprios particulares e às suas relações mútuas. Assim, a igualdade, tal como é entendida nos termos da Constituição de 1976, não é uma mera igualdade formal mas também uma igualdade material ou substancial.

JUIZ NATURAL OU JUIZ LEGAL

Isabel Graes

DATAS RELEVANTES:

1521	11 de Março de 1521: Ordenações Manuelinas
1790	Lei francesa de 16-24 de Agosto de 1790
1976	Constituição da República Portuguesa

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Sousa, José Ferreira Marnoco e, *Direito Político*, França Amado editor, 1910.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., pág. 207.

DIAS, Jorge de Figueiredo, "Sobre o sentido do princípio jurídico-constitucional do 'juiz natural'",
in *RLJ*, 111º, 83 e ss.

Com a introdução do constitucionalismo liberal são teorizados os direitos fundamentais que visam proteger os indivíduos na sua relação com o estado-poder, não obstante o tema dos *direitos e obrigações do cidadão* ser analisado anteriormente por autores como Mello Freire que assim classificou o título XLV do seu projecto de Código de Direito Público de Portugal. No entanto, a esta análise não corresponde o conceito de direitos fundamentais que lhe é atribuído por oitocentos e donde se destaca o princípio do juiz natural ou juiz legal, que se encontra vigente até ao presente e que tem por objectivo garantir a independência do poder judiciário.

Como referimos, o actual texto constitucional português consagra o princípio do juiz natural ou juiz legal ou do juiz predeterminado por lei, enquanto vector fundamental do processo penal, e em especial dos princípios inerentes à estrutura do processo, segundo o qual nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior (art.32º/9) e que antes era designada como “proibição de desaforamento das causas penais”. Tal medida, ressalvado o caso dos tribunais militares na vigência do estado de guerra (art.213º), proíbe a criação de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes (art. 209º/4), sob pena de violação do princípio do Estado de Direito, garantindo, por um lado, a exclusividade da jurisdição em matéria criminal dos tribunais judiciais (art. 211º) e, por outro, a imparcialidade dos juízes que decorre da sua independência (art. 203º) e do princípio da inamovibilidade (conforme dispõem os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 393/89 e 212/91, publicados respectivamente no *Diário da República*, II série, n.º 212, de 14 de Setembro de 1989 e n.º 211, de 13 de Setembro de 1991 e do acórdão do STJ, de 5 de Abril de 2000). Frise-se que o sentido da expressão juiz legal compreende não apenas o juiz de primeira instância, mas todos os magistrados que são chamados a participar na decisão, pelo que se aplica também a presente regra aos juízes de instrução e aos juízes colectivos. Assim, determina o legislador constitucional que o magistrado chamado a sentenciar, quer numa perspectiva orgânica quer funcional, deverá estar previamente individualizado através de leis gerais.

Mais se esclarece que o preceito ora em análise decorre do princípio da legalidade constituindo uma necessária garantia dos direitos das pessoas, ligada à

ordenação da administração da justiça penal, à exigência de julgamentos independentes e imparciais e à confiança da comunidade naquela administração, como ensina Figueiredo Dias.

Com este princípio pretende evitar-se a criação arbitrária, discricionária ou discriminatória de tribunais especiais ou a designação de juízes *ad hoc* ou de excepção ou ainda a atribuição de competência a um tribunal diferente do que era legalmente competente à data do crime. A origem histórica deste princípio remonta à lei francesa de 16-24 de agosto de 1790 que garantia a criação de tribunais imparciais, sendo adoptada pela legislação portuguesa e estrangeira desde o início do século XIX.

Esta foi a linha seguida pela Constituição de 1822 que dispõe que o poder judicial apenas pertence aos juízes (art. 176º), cujas competências são definidas nos arts. 181º-192º, não podendo nem as Cortes nem o rei exercitá-lo em caso algum ou avocar causas pendentes, mandar abrir as findas ou dispensar as formas do processo prescritas na lei, circunstância que vem, igualmente, consagrar a independência do poder judicial dado que tem presente um conjunto de actos e processos políticos e criminais totalmente arbitrários que foram realizados, em especial, no reinado de D. José I e que motivaram os processos de revisão do reinado de D. Maria I. Também o parágrafo 16 do art. 145º da Carta Constitucional ao estabelecer que não haverá comissões especiais nas causas cíveis ou crimes, configura para Marnoco e Sousa a garantia dos juízes naturais, que pode ser contraposta à regra constante no antigo regime que permitia ao monarca retirar as causas cíveis ou crimes aos tribunais competentes e fazê-las julgar através de comissões especiais por ele nomeadas. Para o mesmo publicista, estas comissões são a negação da justiça, visto que são nomeadas para condenar, em harmonia com a intenção de quem as institui. A mesma regra é retomada ainda no §10 do art. 145º do mesmo texto constitucional, assim como nos arts. 18º e 19º da Constituição de 1838; no art. 3º/21 da Constituição de 1911 e do art. 32º (actualmente n.º9) da Constituição de 1976. Ao longo do século XIX, as constituições da Áustria, da Bélgica (1831) e da Prússia (1850) adoptariam também esta garantia processual, apesar de não seguirem uma linha tão detalhada.

Já no século XX, são vários os textos constitucionais a consagrá-lo, como é o caso italiano de 1947 (art.25º) e alemão de 1949 (art.101º); ou ainda o art.

10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o art. 6º/1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o art. 14º/1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Por sua vez, o art. 8º/9 da Constituição de 1933 declara que constitui direito e garantia individual dos cidadãos portugueses não ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare puníveis o acto ou omissão, sendo a função judicial exercida por tribunais ordinários e especiais, segundo a redacção dada pela Lei n.º 1966, de 23 de Abril de 1938 ao art. 116º que remete para os tribunais militares especiais criados desde o ano de 1927, ao mesmo tempo que permite os futuros tribunais plenários. Com esta medida, o texto constitucional distanciava-se um pouco da linha adoptada em 1822, 1838 e 1911 ainda que não fosse a primeira vez que eram criados tribunais especiais em Portugal desde a fundação do constitucionalismo monárquico, dos quais a Câmara dos Pares e o Tribunal de Verificação de Poderes são dois casos, ao longo de oitocentos. Todavia a adopção do princípio do juiz legal visa sobretudo impedir a criação dos designados tribunais excepcionais de que existe exemplo na história judiciária portuguesa se recordarmos os tribunais revolucionários criados durante a ocupação francesa, assim como o *tribunal especial para conhecer dos delitos cometidos por deputados*, dos crimes contra a segurança do Estado e das infracções da Constituição cujo projecto foi apresentado em 1821.

Em suma, ao ser pensada, esta regra visa evitar a intervenção de terceiros não legitimados para mediante uma escolha individual, quer parta de uma designação do poder executivo justificada em nome da razão de estado, quer decorra de um acto do próprio poder judiciário, se pronunciarem sobre um certo caso, levando o cidadão a deixar de confiar na administração da justiça.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Margarida Seixas

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

MORAIS, Carlos Blanco de, Duarte, Maria Luísa e Castro, Raquel Alexandra Brízida (coord.), *Media, direito e democracia: I curso pós-graduado em direito da comunicação*, Coimbra, Almedina, 2014.

RODRIGUES, Graça Almeida, *Breve História da Censura Literária em Portugal*, Lisboa, Instituto de Cultura e Língua Portuguesa, 1980.

ALMEIDA, Isabel Banond, *A Lei da Liberdade*, Coimbra, Almedina, 2012.

MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

A liberdade de expressão liga-se intimamente à liberdade de consciência e à liberdade de pensamento, concretizando-se na livre comunicação de ideias, de opiniões, de convicções. Por outro lado, a liberdade de expressão inclui uma forma mais específica, a liberdade de imprensa, que, pela importância que os meios de comunicação assumem nos séculos XIX e XX, foi merecendo uma reflexão teórica e uma regulação normativa abundante.

A liberdade de expressão (num sentido lato e não com a sua actual dimensão de direito fundamental), a liberdade de falar ou de escrever, tem um longo percurso histórico, a par e passo com a limitação dessa liberdade.

A liberdade de expressão foi sendo sempre, na história portuguesa, cerceada pela censura (nomeadamente, desde a Idade Média, episcopal) mas essa mesma censura apenas assume crescente relevância com a invenção e utilização da imprensa, que torna possível uma divulgação maciça dos livros — forma privilegiada de expressão — sem precedentes. Em Portugal, a censura (quer preventiva ou prévia, quer repressiva ou posterior) assume natureza corrente e estruturada essencialmente com a Censura Inquisitorial, que actua nos séculos XVI, XVII e na primeira metade do século XVIII, em conjugação com a censura régia e episcopal. A primeira lista/índice de livros de produção portuguesa consta da Provisão de 28 de Outubro de 1547 do Inquisidor-Geral (então o Cardeal D. Henrique). A censura do Santo Ofício vem a ser substituída pela Real Mesa Censória em 1768, medida executada pelo Marquês de Pombal, e o Edital de 24 de Setembro de 1770 estabelece novo *index* com as obras proibidas em Portugal.

É o pensamento iluminista do século XVIII que configura a liberdade de expressão conforme à concepção que triunfará gradualmente na Idade Contemporânea. O apelo à tolerância e a crítica à censura pode encontrar-se, por exemplo, nos artigos da Enciclopédia de Diderot e D’Alembert (na sua maioria de Jaucourt), nas reflexões de Voltaire e, entre os portugueses, no *Verdadeiro Método de Estudar* de Luís António Verney (1713-1792), nas *Cartas sobre a Educação da Mocidade* de Ribeiro Sanches (1699-1783).

Nas vésperas da Revolução Francesa, à Real Mesa Censória sucede em Portugal a Real Mesa da Comissão Geral de exame e censura de livros, criada por D. Maria I em 1781, posteriormente extinta, com regresso, em 1794, do sistema tripartido: Mesa do Desembar-

go do Paço, Ordinário da Diocese e Santo Ofício, que permanece até à Revolução liberal de 1820.

Ainda anterior à primeira Constituição, a Carta de lei de 4 de Julho de 1821 consagra desde logo a liberdade de imprensa e põe fim à censura prévia e o mesmo confirma a Constituição de 1822, afirmando o art. 7º a “livre comunicação dos pensamentos” como “um dos mais preciosos direitos do homem”. Assim, como corolário, o mesmo artigo 7º permite a todos os portugueses manifestar as suas opiniões sem censura prévia, embora sendo responsabilizados pelo abuso da liberdade nos casos determinados pela lei. O julgamento dos delitos de liberdade de imprensa pertencia aos juízes de facto, nos termos do art. 177º.

Todavia, à revogação da Constituição de 1822, na sequência da Vila-Francada, sucede o regresso da censura no sistema tripartido, pelo Decreto de 6 de Março de 1823, e outra legislação impõe várias restrições à circulação de obras impressas.

O texto constitucional que por mais tempo vigora durante o século XIX, a Carta Constitucional de 1826, determina no seu artigo 145º, § 3.º: “Todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras, escritos, e publicados pela Imprensa sem dependência de Censura, contanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste direito, nos casos, e pela forma que a Lei determinar.”

E a Constituição de 1838 (em vigor entre 1838 e 1842) garante no art. 13º os mesmos direito e responsabilização pelos abusos, acrescentando que nos “processos de Liberdade de Imprensa, o conhecimento do facto e a qualificação do crime pertencerão exclusivamente aos Jurados”.

Ainda assim, durante o Liberalismo português, são várias as medidas que limitam a liberdade de expressão: as leis de Costa Cabral, de 19 de Outubro de 1840 e de 3 de Agosto de 1850 (a célebre “Lei das Rolhas”), com intenso cerco à imprensa periódica; o encerramento compulsivo das Conferências do Casino por Portaria de 26 de Junho de 1871; o decreto ditatorial de 29 de Março de 1890 e a lei de 13 de Fevereiro de 1896, fortemente repressivas da imprensa periódica e da liberdade de expressão (a segunda dirigida em especial ao pensamento e acção anarquistas); a lei de 11 de Abril de 1907 e, principalmente, o decreto de 20 de Junho de 1907, no governo de João Franco, proibindo a circulação ou exposição de “desenhos, escritos ou impressos “atentatórios da ordem ou segurança pública”.

Após a instauração da República é, logo a 10 de Outubro de 1910, revogada a Lei de Imprensa de João Franco e aprovado para a substituir, a 28 de Outubro, um Decreto com força de lei, bastante permissivo. A Constituição republicana de 1911, inovadora noutros aspectos, não altera de forma significativa a garantia da liberdade de pensamento e de expressão. Proclama o seu art. 13.º: “A expressão do pensamento, seja qual for a sua forma, é completamente livre, sem dependência de caução, censura ou autorização prévia, mas o abuso deste direito é punível nos casos e pela forma que a lei determinar.”.

Porém, a Primeira República também exerce a censura: por exemplo, a Lei de 9 de Julho de 1912, para apreensão de panfletos monárquicos; o Decreto n.º 2270, de 12 de Março de 1916, e a Lei n.º 495, de 28 de Março de 1916, para apreensão e censura prévia de obras prejudiciais às forças militares durante a I Guerra, embora temporária e condicionada ao estado de guerra.

A liberdade de expressão e, especialmente, a liberdade de imprensa são fortemente quebradas durante o período da Ditadura Militar e do Estado Novo. Após o golpe de 28 de Maio de 1926 foi implantada a censura prévia, a título provisório, mas o Decreto n.º 11 839, de 5 de Julho de 1926, aboliu-a. Todavia, de facto, a mesma permaneceu sem interrupção e legalmente foi restabelecida pelo Decreto n.º 22 469, de 11 de Abril de 1933.

A Constituição de 1933 estabelece no seu art. 8.º, entre os “direitos e garantias individuais” dos cidadãos portugueses, a “liberdade de expressão do pensamento sobre qualquer forma” (§ 4.º). O art. 20.º, § 2.º, todavia, já deixa aberta a porta à censura, inclusivamente prévia (sempre expressamente excluída nos textos constitucionais anteriores) pois determina não só que leis especiais regularão o exercício da liberdade de expressão mas também que as mesmas devem, repressiva ou preventivamente, impedir a “perversão da opinião pública na sua função de força social e salvaguardar a integridade moral dos cidadãos”. Aliás, no art. 22.º do título VI (exclusivamente dedicado à opinião pública) salienta-se a importância da mesma e incumbe-se o Estado de a defender de “todos os factores que a desorientem contra a verdade, a justiça, a boa administração e o bem comum”, e o 23.º obriga a imprensa à publicação de “notas oficiosas de dimensões comuns” enviadas pelo governo em “assuntos de interesse nacional”.

O Decreto-lei n.º 26 589, de 14 de Maio de 1936, fixa um limite máximo de páginas semanais e mensais para os jornais diários, estabelece requisitos para a fundação de publicações sujeitas à censura prévia e proíbe as publicações estrangeiras contendo matéria cuja divulgação não seja permitida nas publicações portuguesas.

São posteriormente publicados vários outros diplomas relativos à Imprensa, sendo os delitos cometidos julgados pelo Tribunal Militar Especial e, a partir de 1945, pelos tribunais plenários (os mesmos que julgavam os delitos políticos).

Mesmo sem processo judicial, são aplicadas multas, suspensão ou mesmo supressão das publicações periódicas e as autoridades podem apreender as publicações indesejáveis.

Em 1940, é criado o Gabinete de Coordenação dos Serviços de Propaganda e Informação, onde se integram os serviços de censura, transferidos em 1944 para o Secretariado Nacional de Informação e Cultura Popular, na dependência do presidente do Conselho de Ministros.

Estes serviços funcionam de acordo com instruções específicas, executadas frequentemente de forma imprecisa e por vezes até ineficaz, mas aplicando-se às publicações periódicas e não periódicas, peças de teatro, filmes, concertos, emissões radiofónicas e também, mais tarde, televisivas. São visadas pelo célebre “lápiz azul” (cor escolhida pelos censores para assinalar os trechos a eliminar), referências a qualquer acção política contrária ao regime, julgamentos políticos, contestação de qualquer tipo, alusões à própria censura, referências não oficiais à Guerra Colonial, mas ainda informações detalhadas sobre crimes passionais, suicídios e infanticídios, fome e miséria, anúncio de videntes e astrólogos, referências ofensivas à religião (ou mesmo referências aos “católicos progressistas”), entre muitas outras notícias.

A Lei 5/71 de 5 de Novembro (Lei de Imprensa) e o Decreto-lei n.º 150/72 de 5 de Maio correspondem ao período marcelista e mantêm a censura (designada exame prévio), regredindo face a um menor rigor censório, verificado em especial nos anos 1968 e 1969.

A liberdade de expressão e o direito de informação são de novo instituídos após a Revolução de 25 de Abril de 1974 e expressamente consagrados, juntamente com a proibição da censura, na Constituição

da República Portuguesa de 1976, constando actualmente do artigo 37º, embora também interessem os artigos seguintes, relativos à liberdade de imprensa e regulação da comunicação social e direito de antena e reposta (artigos 38º, 39º e 40º), à liberdade de consciência e religião (artigo 41º), à liberdade de criação cultural (artigo 42º) e à liberdade de aprender e ensinar (artigo 43º), todas elas desenvolvimento da liberdade de expressão.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (em ambos os casos, nos artigos 19º e, reflexamente, 18º) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 10º e, indirectamente, artigo 9º) consagram amplamente a liberdade de expressão.

LIBERDADE DE PENSAMENTO

Isabel Banond de Almeida

DATAS RELEVANTES:

1859	Publicação de <i>On Liberty</i>
1948	<i>Declaração Universal dos Direitos do Homem</i> , adotada e proclamada pela Assembleia Geral por Resolução 217A (III) de 10 de Dezembro de 1948
1976	<i>Constituição da República Portuguesa</i> , Lisboa, 1976

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- MILL, John Stuart, *On Liberty, Sobre a Liberdade* (Tradução portuguesa), Lisboa, Edições 70, 2014.
- ALMEIDA, Isabel Banond de, *A ideia de Liberdade em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2012.
- FOULQUIÉ, Paul, *A Vontade*, Lisboa, Europa-América, 1964.
- BURY, John Bagnell, *A History of Freedom of Thought*. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/10684/10684-h/10684-h.htm>

Segundo Paul Foulquié, a “palavra ‘liberdade’ designa o carácter dum querer que não sofre qualquer coação ou necessidade, não só de ordem física, mas também de ordem psicológica ou moral”. Aplicada ao homem, refere, distingue-se uma liberdade física e uma liberdade moral. A primeira consiste na ausência de sujeição física: é a ela que se reconduzem as diversas liberdades civis conhecidas no homem; quanto à liberdade de pensamento conforma-se à humana racionalidade. Esta liberdade de pensamento não se confunde com a liberdade de consciência; ambas são liberdades individuais mas a primeira é mais vasta que a segunda e abrange-a pelo que existem situações em que, precisamente por isso, há liberdade de pensamento ilimitada mas não há liberdade de consciência.

O pensamento está ligado à intimidade de cada pessoa e apenas respeita à pessoa que está pensando. O pensamento espraia-se de forma ilimitada e impedindo a liberdade e insusceptibilidade da sua punição precisamente pelo seu carácter interno e privativo de cada pessoa. A liberdade de pensar é, portanto, totalmente livre, cabendo a cada pessoa controlar aquilo que pretende exteriorizar; no momento em que o pensamento deixa de ser um sentimento interno e passa a ser expresso na forma escrita ou falada o Direito poderá, então, impor limites. Por isso a manifestação do pensamento é passível de exame pela justiça, algo que não se verifica em fase anterior.

A liberdade de pensamento é a liberdade que os indivíduos têm de manter e defender as suas ideias independentemente das opções alheias e encontra-se prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 18.º, segundo o qual “todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, consciência e religião”. Em termos mais gerais, a liberdade da dignidade e respeito que merece um pensamento autónomo, insuscetível de constrangimento por forças censórias.

Historicamente, se nos países da Contra-Reforma durante a transição do renascimento para a modernidade — em versão de absolutismo clássico —, há uma acentuada desconfiança perante as novidades patrocinadas pela liberdade de pensamento que todos temem a breve trecho venha a promover a heresia protestante, já no caso dos Estados Reformados, se admite e aceita uma tal liberdade, enquanto promotora da racionalidade humana, ainda que se entenda que a linearidade é perniciosa neste quadro, pelo diverso entendimento que a própria ideia de tolerância

comporta. A ação repressiva inquisitorial justifica uma estrutura burocrática-repressiva e teocrática que incrementa a consolidação do absolutismo, por si só antecipando alguns dos meios repressivos do Estado contemporâneo, ainda que tal não tenha obstado a que autores críticos de tais ideias as olvidassem, ao mesmo tempo, como suscetíveis de evolução e de serem superadas.

Em Portugal a censura tem importância determinante na temática da liberdade pensamento. Entre os séculos XV e XVIII apresenta especiais contornos de inflexibilidade manietando e obliterando quaisquer tendências contrárias à ortodoxia católica-apostólica-romana ou que questionem o poder político institucionalizados. Destaque merece o estabelecimento da inquisição em 1536 por bula *Cum ad nihil magis* de Paulo II e, em 1540, inicia-se a censura prévia bem como a possibilidade de investigar os livros vendidos no país. Em 1547 aparece o primeiro índice de livros proibidos em Portugal na sequência do Concílio de Latrão de 1515 a que se seguem vários outros. Em 1564 publica-se em Portugal o *Índice tridentino*, em sintonia com um *Rol dos livros que neste Reino se proibem*. A partir de 1576 fixa-se a obrigatoriedade da censura do Desembargo do Paço. As Ordenações Filipinas de 1603 reafirmam a obrigatoriedade da censura prévia civil, imposta por D. Sebastião.

Com a carta de lei de 21 de Junho de 1787, D. Maria I substitui a Real Mesa Censória pela Mesa da Comissão Geral sobre o Exame e Censura dos Livros, precedida dois anos antes pela elaboração de um novo Índice Expurgatório. A substituição da Real Mesa Censória por este novo organismo em nada altera, segundo o texto legal, a feição regalista que se pretende inculcar à atividade censória em Portugal, com pedido da monarca ao Papa Pio VI de atribuição à citada da jurisdição necessária para a censura de obras em todos os territórios sob dominação portuguesa.

Em simultâneo, no século XVIII pensadores ingleses e americanos como Stuart Mill e James Madison, entre outros, dedicaram-se à abordagem teórica da questão deixando escritas obras emblemáticas a este respeito, e o mesmo aconteceu com os *philosophes* franceses, com particular destaque para Voltaire. No decurso deste processo o despotismo esclarecido em Portugal como noutros países europeus, apresenta-se como uma época áurea da liberdade de pensamento, cumprindo-lhe interrogar a legitimidade de absorção

régia das consciências individuais no plano religioso e indagar acerca da liberdade de consciência como marco indelével da liberdade individual.

A efervescência das ideias é húmus para o não-conformismo. Agora, já não pode o soberano aqui assumir controlo efetivo, como na fase anterior e cabe ao homem, no exercício da sua plena racionalidade, determinar-se por si mesmo e a soberania política deixa de abarcar a soberania da consciência. Os planos de análises revertem-se: se há um incremento da primeira existe, em contrapartida, um decair acentuado da segunda mas o respeito pela autoridade mantém-se e não dá azo a deslizos e por isso a existência da censura prévia quer para matérias religiosas quer no domínio político reflete atualidade.

Em governos absolutos a plena liberdade de pensamento confunde-se sempre com a heresia sob o ponto de vista oficial. Por isso mesmo o luso engenho, iluminado por uma liberdade de pensamento eclética, timidamente principia a gatinhar na promoção de algumas das audazes ideias dos demolidores da França moderna. Assim se posicionou idealmente para a costumada repressão oficial.

No Portugal de 1820 e anos subsequentes, a liberdade de pensamento assume-se como princípio do liberalismo e objetiva-se sob a forma da liberdade de imprensa ou de liberdade regulamentada de cultos, não acatando solução diversa da imposição pragmática duma religião de Estado. Por isso enquanto noutros países a visão abrangente da liberdade de pensamento é plena e inculca a liberdade religiosa, a liberdade de ensino e a liberdade de imprensa, em Portugal apenas as duas últimas tiveram plena verificação, em termos efetivos e formalizados.

Não é a liberdade de pensamento em si mesma, que algum liberal contesta, nem, tão pouco, a própria liberdade de consciência, como explicitação daquela; o grande problema, como resulta dos acalorados debates parlamentares, liga-se à sua relação íntima com a liberdade de imprensa em matérias de fé e de dogma, para a qual muitos defendem uma censura prévia, vista a delicadeza das matérias em questão. Do ponto e sem questionar a sua ortodoxia, discordarão todos os radicais, que farão vingar a sua tese nas bases da Constituição e no próprio texto final de 1822, no seu artigo 7.º como um dos direitos do homem. A liberdade de pensamento, especialmente clara no domínio da liberdade de imprensa, e o incremento que o vintismo oitocentista lhe dá, é a sequência

lógica dos eventos ocorridos com periódicos redigidos sobretudo fora de Portugal, no período que preparou a alteração política nacional. A carta de lei de 4 de Julho de 1821, primeira lei de liberdade de imprensa portuguesa com contornos liberais e única lei constitucional inserta na Constituição de 1822, institui a liberdade de imprensa e o fim da censura prévia, o que é confirmado pela Constituição de 23 de Setembro de 1822 com a institucionalização de júri para as matérias de cunho criminal.

De facto a lei de liberdade de imprensa é a primeira no constitucionalismo português que patenteia uma graduação das penas e dos delitos e criando o júri (juízes de facto), afirmando-se à época, que não há liberdade de imprensa sem a existência de jurados: “O estabelecimento de jurados, e a liberdade da imprensa, são as duas pedras angulares, em que se firma o Templo Sacrossanto da liberdade, são as melhores aquisições que tem feito o género humano para viver livre do despotismo”, algo que vem a concretizar-se com o estabelecimento do tribunal, mote cujo alcance apenas seria viável mediante a instituição de jurados.

No artigo 177.º da Constituição admite-se a existência de juízes de facto, assim nas causas-crime como nas cíveis, mas ressalva-se que tal sistema só será implantado com a publicação da legislação ordinária, salvo quanto aos referidos delitos de liberdade de imprensa, que pertenciam “desde já” ao conhecimento desses juízes. Ainda em matéria de júri, a Constituição acaba por introduzir uma nova restrição à competência dos juízes de facto, ao estabelecer que a matéria jurídica nos feitos julgados por aqueles juízes populares seria conhecida por *juízes letrados* da carreira judiciária. Ou seja, para já, os jurados limitam-se-iam a conhecer os casos de liberdade de imprensa; posteriormente (em data não definida) teriam uma competência genérica quanto ao objeto, mas só restrita à matéria de facto.

Nas sucessivas “contrarrevoluções” que se seguiram, o Setembrismo, o Cabralismo e a “lei da rolha”, a Regeneração, a ditadura de João Franco e o seu “gabinete negro”, a liberdade de imprensa é constantemente revogada em favor de uma censura ao serviço do poder. Em termos constitucionais a Carta Constitucional de 1826 menciona-a no § 3.º do artigo 145.º e a Constituição de 1838 no artigo 13.º. Simultaneamente a partir do século XIX em Portugal é possível assistir a uma curiosa manifestação do relacionamento

entre liberdade de pensamento e fé religiosa, que assim possam justificar não ser em absoluto irredutíveis desde que os dogmas da dogmática tradicionalista na sua prática teológica e pastoral se trasmudem na aceitação da tolerância, da liberdade de consciência e de pensamento, do progresso e da razão. Os exemplos mais acabados serão os de Amorim Viana, Cunha Seixas, Antero de Quental, Teófilo Braga, Guerra Junqueiro, Sampaio Bruno, Basílio Teles e António Sérgio.

Já em pleno século XX as transformações introduzidas pelo republicanismo no plano político acentuam a liberdade de pensamento em termos ideológicos mas, como contraponto, colocam entraves ao exercício das práticas religiosas. A Constituição de 21 de Agosto de 1911, no seu artigo 13.º, consagra: “a expressão do pensamento, seja qual for a sua forma, é completamente livre”, ainda que salvaguardando que “o abuso do direito é punível nos casos e na forma que a lei determinar”. Noutra e oposto plano a ditadura militar instaurada em 28 de Maio de 1926 e depois o Estado Novo incrementam a repressão de manifestações externas da liberdade de pensamento contrárias ao regime institucionalizado e acentuam a reverência religiosa. Em 1926 recupera-se a censura em todos os planos mesmo que de forma não assumida (se bem que os Decretos-Lei 12271/26 e 13841/27 introduzam censura e autorização prévia para as colónias).

O Decreto-Lei 22756/33 cria a direção geral dos serviços de censura com poderes discricionários e, com a Constituição de 1933, a censura ganha fôlego e perdura até 1974 até ao fim do Estado Novo. O artigo 4.º reconhece a “liberdade de expressão do pensamento sob qualquer forma” mas no § 2.º indica que “a liberdade de expressão é regulada por leis especiais para impedir preventiva ou repressivamente a perversão da opinião pública enquanto força social, salvaguardando a integridade moral dos cidadãos”. Esta lei está prevista no Decreto-Lei 24469/33 da mesma data e assume a censura que “terá somente por fim impedir a perversão da opinião pública na sua função de força social e deverá ser exercida por forma a defendê-la de todos os fatores que a desorientem contra a verdade, a justiça, a moral, a boa administração e o bem comum, e a evitar que sejam atacados os princípios fundamentais da organização da sociedade”.

A partir de 25 de Abril de 1974 essa situação volta a modificar-se e a liberdade de pensamento subjetivamente pensada passa a coincidir com as suas exteriorizações objetiváveis no plano das multifacetadas fórmulas da liberdade de expressão. A liberdade de pensamento está prevista no artigo 13.º da Constituição de 1911 no artigo 37.º da Constituição de 1976, associada às suas manifestações objetivas: liberdade de expressão e de informação.

LIBERDADE RELIGIOSA

Margarida Seixas

DATAS RELEVANTES:

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALMEIDA, Isabel Banond de, *A Lei da Liberdade*, Coimbra, Almedina, 2012.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, “A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judiciarização dos conflitos religiosos”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. 2, Coimbra, 2007pp. 779-788.
- MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- MIRANDA, Jorge, “Estado, liberdade religiosa e laicidade”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 52, nºs 1 e 2 (2011), pp. 45-64.
- GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, “Liberdade de consciência e liberdade religiosa”, *Direito e justiça*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol.11, 1997, t.2, pp. 73-81
- ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A liberdade religiosa e o Estado*, Coimbra: Almedina, 2002

A liberdade religiosa liga-se intimamente à liberdade de consciência e à liberdade de pensamento e de expressão e traduz-se na liberdade de aderir ou não a uma religião, de livremente escolher ou mudar de religião, de divulgar ou não a opção religiosa, de não ser prejudicado ou beneficiado por qualquer posição religiosa ou anti-religiosa. Liga-se ainda à liberdade de culto, ou seja, a liberdade para, de forma colectiva ou individual, praticar os ritos próprios da religião adoptada.

A liberdade religiosa é um conceito da Época Moderna — na verdade, do final desta Época — pois não pode encontrar-se na Antiguidade greco-romana, nem nos primeiros tempos do Cristianismo (nem mesmo no seio deste, com as suas diferentes vias), nem no grande Cisma do Oriente ou nas crescentes disputas entre a ortodoxia de Roma e os movimentos cunhados de heréticos, ao longo da Idade Média. Porém, nem na Idade Moderna essa liberdade foi protegida: se Erasmo de Roterdão e Thomas More foram convictos defensores da tolerância religiosa no século XVI, continuam as perseguições aos judeus e cristãos-novos e iniciam-se os violentos conflitos entre protestantes e católicos ou entre as diferentes facções protestantes. As limitações à liberdade de expressão e a Censura têm frequentemente como fito escritos de natureza religiosa e o Tribunal do Santo Ofício persegue quer os cristãos-novos judaizantes, quer outros heréticos ou qualquer pessoa que fuja à ortodoxia católica.

Nas relações entre Estados, a questão resolve-se através do princípio *Cuius regio, eius religio*, estabelecido sobretudo a partir da Paz de Vestefália em 1648, após a Guerra dos Trinta Anos: a religião do Estado é fixada pelo governante que estipula a religião da população — os que não a professam têm o direito de emigrar (salvo se o príncipe permitir a sua permanência no território).

A liberdade de consciência e da crença íntima (mas não necessariamente da sua exteriorização) — defendida no século XVI, por exemplo, por Lutero no âmbito da Reforma ou por Francisco de Vitória no da colonização espanhola do Novo Mundo — que não permitia impor a religião através da força, também é afirmada no século XVII pelos jusracionais (Hugo Grócio, Samuel Pufendorf e outros) e por um dos mais importantes pais do pensamento liberal, John Locke. Mas será no seio do Iluminismo do século XVIII que se acentuará ainda mais a defesa da liberdade religiosa,

a par com a liberdade de expressão: Montesquieu, Voltaire, Rousseau ou, entre os portugueses, Ribeiro Sanches (1699-1783).

O despotismo esclarecido assume um ideário iluminista que integrava o anti-clericalismo, dirigido em especial às instituições regulares e ao seu poder e influência, que em Portugal teve expressão pombalina na extinção da Companhia de Jesus e expulsão dos jesuítas.

No Direito português, a liberdade religiosa é expressamente consagrada na Constituição de 1822, embora de forma limitada. A Constituição afirma no art. 25º: “A Religião da Nação Portuguesa é a Católica Apostólica Romana”, mas é “permitido aos estrangeiros o exercício particular dos seus cultos”. No art. 8º — na sequência do art. 7º em que se consagra a “livre comunicação dos pensamentos” — está prevista a nomeação de um Tribunal Especial, para proteger a liberdade da imprensa e julgar o seu abuso. Todavia acrescenta-se: “Quanto porém ao abuso, que se pode fazer desta liberdade em matérias religiosas, fica salva aos Bispos a censura dos escritos publicados sobre dogma e moral, e o Governo auxiliará os mesmos Bispos, para serem punidos os culpados”. O texto constitucional também prevê, no art. 19º, entre os deveres dos portugueses o de “venerar a Religião”.

Não é muito diversa a formulação da Carta Constitucional de 1826, que apresenta ainda assim uma consagração um pouco mais pormenorizada da liberdade religiosa dos estrangeiros no art. 6º (“A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Reino. Todas as outras Religiões serão permitidas aos Estrangeiros com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo”) e afasta a perseguição de qualquer pessoa por motivos de religião no art. 145º (§ 4º: “Ninguém pode ser perseguido por motivos de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a Moral Pública”).

Também a Constituição de 1838 adopta a religião católica como a de Estado (art. 3º) e repete que ninguém pode ser perseguido por motivos de Religião, desde que a respeite (art. 11º).

Após a Revolução Liberal, a extinção das ordens religiosas (de forma definitiva, para as masculinas, pelo Decreto de 28 de Maio de 1834) e a expropriação do seu património foi gradualmente revertida com restabelecimento das relações com a Santa Sé (1841), a Concordata (1848) e o regresso de algumas ordens

religiosas na segunda metade do século XIX, incluindo a Companhia de Jesus, sempre de forma discreta pois a legislação de 1834 não fora revogada e permanecia a pressão anti-congregacionista. Apenas pelo Decreto de 18 de Abril de 1901 (de Hintze Ribeiro) se regulava de forma geral o modo de regularização de associações religiosas e os seus estabelecimentos, por autorização governamental e com apertados requisitos.

A instauração do regime republicano em 1910 inicia um período de intensos conflitos religiosos, conduzido pelo anticlericalismo e um certo jacobinismo do Partido Republicano, reagindo ao sistema anterior e optando por uma legislação laicista, que pretende quebrar o estatuto da Igreja Católica em Portugal. Logo a 8 de Outubro, são de novo extintas as ordens religiosas pelo Governo Provisório. Agudizam-se os conflitos entre este e os bispos portugueses, que conduzem à destituição do Bispo do Porto, em Março de 1911 e do Bispo de Beja, em Abril.

A polémica Lei da Separação do Estado das Igrejas, de 20 de Abril de 1911 (contestada pelos bispos e Santa Sé), reconhece completa liberdade de consciência dos portugueses e estrangeiros em Portugal. São admitidas todas as religiões, desde que não contrariem a moral pública e os princípios do Direito político. A religião católica deixa de ser a religião oficial do Estado.

O culto em igrejas e catedrais é permitido, mas os templos são propriedade do Estado (que os expropria) e os católicos podem juntar-se em associações para angariação de fundos embora as mesmas fiquem sujeitas a uma fiscalização administrativa.

A Constituição de 1911, aprovada em Agosto, também consagra a liberdade religiosa e de forma mais extensa face aos textos constitucionais anteriores, pois afirma: a liberdade de consciência e de crença como inviolável (art. 4º); a igualdade política e civil de todos os cultos, garantindo o Estado o seu exercício nos limites da ordem pública, as leis e os bons costumes, desde que esses cultos não ofendessem os princípios do direito público português (art. 5º); a proibição de perseguição por motivo de religião ou de indagação pelas autoridades da religião professada por qualquer pessoa (art. 6º); a não privação de um direito ou isenção de qualquer dever cívico, por motivo do opinião religiosa (art. 7º), a liberdade de culto público de qualquer religião nas casas para isso destinadas, que podem tomar forma exterior do templo, porém com as condições do seu exercício a fixar por

lei especial (art. 8º); a natureza secular dos cemitérios públicos, sendo livre a prática de qualquer rito pelos cultos religiosos, desde que não ofenda a moral pública, os princípios do direito público português e a lei (art. 9º).

Por outro lado, a Constituição também estabelece que o ensino ministrado nos estabelecimentos particulares públicos e particulares fiscalizados pelo Estado será neutro em matéria religiosa (art. 10º) e que se mantêm em vigor a legislação que extinguiu a Companhia do Jesus, bem como todas as congregações religiosas e ordens monásticas (art. 12º).

O golpe de 1926 determina, logo a 26 de Julho desse ano, que o Decreto nº 11 887 (dito lei da personalidade jurídica das igrejas) intente obter o apoio dos católicos e uma certa reconciliação (regulando personalidade, bens afectos ao culto, ensino nas escolas particulares) e o mesmo sucede com o Estatuto orgânico das missões católicas portuguesas de África e Timor (Decreto nº 12 485, de 13 de Outubro de 1926).

A Constituição de 1933 consagra no art. 8º, 3º, a “liberdade e inviolabilidade de crenças e práticas religiosas” e estipula que ninguém pode ser perseguido, privado de um direito ou isento de um dever por motivo da sua crença ou prática ou obrigado a responder sobre a religião professada, salvo em inquérito estatístico legal. O art. 45º estabelece a liberdade de culto público e particular, bem como de livre organização de todas as religiões, constituindo-se como associações ou organizações com personalidade jurídica reconhecida pelo Estado. São excepcionados os actos de culto incompatíveis com a vida, a integridade física e os bons costumes. Fica também vedado ao Estado destinar a outro fim os edifícios ou objectos do culto afectos a uma religião (art. 47º). É mantida a natureza secular dos cemitérios públicos, em que os ministros de qualquer religião podiam praticar os seus ritos (art. 48º).

Pela primeira vez, fica estipulada na Constituição o princípio da separação das Igrejas do Estado, com ressalva do estabelecido nas concordatas “na esfera do Padroado” (art. 46º).

Mais tarde, com a Concordata de 1940, fica também estabelecida a permissão para a fundação e direcção de escolas pela Igreja e a existência de ensino de religião e moral católicas para os alunos cujos pais não requeiram isenção.

A revisão constitucional de 1951 consagra a religião católica como “religião da Nação Portuguesa” e

estabelece maior diferenciação entre a Igreja Católica e as restantes confissões religiosas (art. 46°). Vinte anos mais tarde, em 1971, a nova revisão da Constituição declara a liberdade de culto e de organização de todas as confissões religiosas “cujas doutrinas não contrariem os princípios fundamentais da ordem constitucional” (art. 45°). A religião católica é qualificada como “religião tradicional da Nação Portuguesa” (art. 46°). Por outro lado, a matéria da liberdade religiosa (ou da liberdade religiosa individual) é incluída na reserva de competência legislativa da Assembleia Nacional (arts. 8°, § 2°, e 93°, alínea d). A lei de liberdade religiosa (Lei 4/71, de 21 de Agosto) garante igual tratamento às confissões religiosas, “ressalvadas as diferenças impostas pela sua diversa representatividade” (base 11, n° 2) e estabelece a forma de reconhecimento das confissões não católicas, ainda que de modo limitado (bases IX e ss.).

A Constituição de 1976 consagra, no seu art. 41°, a liberdade de consciência, de religião e de culto como invioláveis. Nesta sede, são especialmente relevantes as duas últimas. Com as alterações introduzidas pela Revisão de 1982, apresenta uma redacção que acumula e aperfeiçoa o adquirido histórico: consagra nos n°s 2 e 3 que ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações nem questionado sobre as suas convicções e práticas religiosas. Reafirma a separação das igrejas e sua livre organização e culto, bem como a liberdade de ensino e a utilização dos meios de comunicação social.

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem* e o *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos* (em ambos os casos, nos arts. 18° e no Pacto com bastante desenvolvimento) e a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (art. 9°) consagram com amplitude a liberdade religiosa.

A liberdade religiosa recoloca-se na Europa multi-étnica e multi-religiosa, cujo perigo de uma resposta de intolerância generalizada como reacção a fenómenos de extremismo de cariz alegadamente religioso deve ser travado por uma autêntica liberdade religiosa e um diálogo que permita quebrar inimizades entre confissões religiosas e seus fiéis, entre crentes e não crentes.

LIBERDADE DOS MARES

Pedro Caridade de Freitas

DATAS RELEVANTES:

1608	Publicação do livro <i>Mare Liberum</i> de Hugo Grócio
1625	Publicação do livro <i>Do Justo Império Asiático dos Portugueses</i> de Frei Serafim de Freitas
1635	Publicação do livro <i>Mare Clausum</i> de John Selden

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

FREITAS, Frei Serafim de, *Do Justo Império Asiático dos Portugueses*, Professor Doutor Marcello Caetano (Introdução), Miguel Pinto de Meneses (Tradução portuguesa), Lisboa, Instituto Nacional de Investigação Científica, 1983.

HOMEM, António Pedro Barbas, *História das Relações Internacionais. O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna*, Coimbra, Almedina, 2003.

MERÊA, Paulo, "Os Jurisconsultos Portugueses e a Doutrina do *Mare Clausum*", in *Novos Estudos de História do Direito*, Barcelos, 1937.

A teorização do princípio da liberdade dos mares constitui um dos maiores desafios e avanços da moderna doutrina do Direito Internacional e permite a delimitação de direitos de jurisdição sobre o mar.

Os descobrimentos portugueses e espanhóis potenciam a descoberta e utilização de novas rotas comerciais que permitem a chegada à Europa de produtos e riquezas. A utilização exclusiva dessas rotas, bem como os direitos de jurisdição de cada Estado sobre o mar está na base das divergências jurídicas ocorridas nos séculos XVI e XVII.

Na génese da doutrina da liberdade dos mares encontra-se uma disputa económica e jurídica entre os partidários do *mare clausum* (mar cerrado) e os do *mare liberum* (mar livre) na defesa, feita pelos partidários da primeira tese — portugueses, espanhóis e ingleses, no tocante aos mares que banham a Grã-Bretanha —, de uma utilização exclusiva das rotas marítimas descobertas e de um monopólio do comércio feito através dessas rotas.

As teses sobre o *mare clausum* ou contrárias à liberdade de navegação são defendidas pelos portugueses Bento Gil e Frei Serafim de Freitas (1570-1633) e pelo inglês Selden (1584-1654).

Desde a época romana que o mar é entendido como uma coisa comum à humanidade, que deve ser utilizada por todos os homens e não constitui propriedade de ninguém. As Escolas medievais aceitam o princípio romano de que o mar é uma *res communis omnium* (coisa comum a todos) e, como tal, insusceptível de domínio, no entanto, e por necessidades de uso geral, pode ser feita a divisão do domínio dos mares, desde que não prejudique o uso do todo. O direito do *mare clausum*, ou seja, a limitação que uma nação pode impor à navegação e comércio de outras nações numa região oceânica é defendido pelos juristas fieis às escolas medievais.

Os juristas portugueses, pela pena de Serafim de Freitas, na obra *Do Justo Império Asiático*, fundam-se na lei *sane si maris* (D, 47,10,14), para legitimar o monopólio de navegação e de comércio. Para além deste argumento recorrem ainda à prioridade da descoberta, à ocupação seguida de posse, à prescrição ou costume e às bulas pontifícias.

Domingos Antunes Portugal, jurista português do século XVII, defende na obra *Tractatus de Donationibus Jurium et Bonorum Regiae Coroae*, 2 tomos, com primeira edição em Lisboa, por João da Costa, em 1673 e 1675, os direitos históricos portugueses às

regiões da Índia e aos mares circundantes, adquiridos por prioridade da descoberta e por cedências papais aos reis de Portugal. Por estes direitos, os portugueses podem proibir a navegação e utilizar a força para protegerem os territórios, os mares e o comércio.

A doutrina da liberdade dos mares é defendida por Grócio (1583-1645) e pelo espanhol Fernando Vazquez Menchaca (1512-1568), autor das *Controversiae illustre*, de 1563, que consideram contrário ao Direito Natural e aos preceitos imutáveis do Direito Internacional a apropriação de parcelas do mar.

A obra de Grócio, *Mare liberum*, é publicada sob anonimato em 1608. Nesse livro, Grócio defende que a liberdade dos mares é um princípio de Direito Natural, que não pode ser coarctado por ninguém, e, como tal, os holandeses, destinatários da obra, têm toda a liberdade de navegar nos mares do Mundo, nomeadamente os da Índia. Para Grócio, e nos termos do Direito Internacional, a navegação é livre em todos os mares e para quaisquer povos.

Para Grócio não há um direito de domínio sobre os mares nem para portugueses nem para espanhóis, não podendo, por isso, ser aceites os argumentos defendidos pelos juristas que defendem os direitos portugueses, em especial os direitos decorrentes das autorizações papais para navegar nas novas rotas. Também não pode ser invocada para legitimar o domínio a primazia da descoberta, uma vez as terras e o mar da Índia já serem há muito conhecidos, assim como não podem ser invocados os direitos de guerra, uma vez que, para Grócio, Portugal não os tem nos locais para onde os holandeses navegam.

Para os defensores da liberdade dos mares, o mar é inapropriável seja a que título for: ocupação, doação pontifícia, prescrição ou costume.

Com os trabalhos de Grócio, o princípio da liberdade dos mares sedimentou-se como um princípio imperativo de Direito Internacional, tendo sido reiterado em todos os momentos importantes da história da humanidade, como no tratado de Versalhes de 1919, que põe fim à I Guerra Mundial, e na Carta das Nações Unidas que, em 1945, cria a Organização das Nações Unidas.

ORDENAÇÕES

Jorge Testos

DATAS RELEVANTES:

- | | |
|------|---|
| 1446 | É concluída, a 28 de Julho de 1446, pelo Doutor Rui Fernandes, a primeira compilação oficial de direito português, depois designada por <i>Ordenações Afonsinas</i> |
| 1512 | Valentim Fernandes inicia a impressão, ordenada por D. Manuel I, dos cinco livros das <i>Ordenações do Reino</i> |
| 1603 | Entram em vigor as <i>Ordenações Filipinas</i> , o monumento legislativo de maior vigência em Portugal |

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- COSTA, Mário Júlio de Almeida, “Ordenações” in *Dicionário de História de Portugal*, Joel Serrão (dir.), vol. 3, Porto, Figueirinhas, 1981.
- DOMINGUES, José, *As Ordenações Afonsinas, Três Séculos de Direito Medieval [1211-1512]*, Sintra, Zéfiro, 2008.
- DIAS, João José Alves, *Ordenações Manuelinas 500 anos depois: os dois primeiros sistemas (1512-1519)*, Lisboa, Biblioteca Nacional de Portugal e Centro de Estudos Históricos — Universidade Nova de Lisboa, 2012.

As *Ordenações do Reino* representam o corpo do direito português vigente até ao século XIX, abrangendo três compilações oficiais que se sucedem ininterruptamente. Hoje, consolidando a designação que prevaleceu desde Oitocentos, tais compilações são conhecidas por referência aos monarcas em cujos reinados foram promulgadas: *Ordenações Afonsinas* (D. Afonso V), *Ordenações Manuelinas* (D. Manuel I) e *Ordenações Filipinas* (Filipe I de Portugal). Ainda que constituam monumentos jurídicos distintos, as três obras, integradas em ambiciosos projectos de reforma da justiça protagonizados nesses reinados, apresentam evidentes e intencionais soluções de continuidade que nos permitem percorrer o direito pátrio desde as iniciativas legislativas dos nossos primeiros monarcas até às modernas codificações oitocentistas.

As *Ordenações Afonsinas* constituem o fruto do esforço compilatório iniciado pelo fundador da dinastia de Avis e que culmina no início do reinado de D. Afonso V, no período da regência do infante D. Pedro, atravessando, por isso, três reinados. O vocábulo “ordenação” equivale, então, a lei e em Cortes os povos reclamam a reforma das ordenações. Iniciara-se no século XIII o longo caminho do fortalecimento do poder régio, ladeado pelo desenvolvimento da actividade legislativa. Ao fim de quase dois séculos de abundante criação de direito pelo rei, a quantidade de leis e a sua dispersão provocam insegurança jurídica e prejudicam a administração da justiça.

Urge, por isso, consolidar o direito que se considerava em vigor e a solução encontrada — na qual se reconhece antecedência relativamente a obras semelhantes noutros reinos europeus — consiste na elaboração da primeira compilação jurídica de carácter oficial em Portugal. Reconhece-se neste esforço a influência evidente das compilações de direito romano e de direito canónico e a intenção de constituir um código na acepção medieval, isto é, um repositório oficial actualizado do direito vigente. Ainda que não exista intento de elaborar um código inovador, a compilação afonsina revela, contudo, a tendência independentista do direito do reino perante o direito comum, ordenando, por autoridade régia, as disposições normativas que compunham o direito próprio vigente, que inclui leis anteriores e resoluções régias, respostas a capítulos apresentados em Cortes, concórdias e concordatas, costumes gerais e locais e dos tribunais superiores, preceitos de direito canónico

e romano ou disposições retiradas das *Partidas* de Afonso X, *o Sábio*. Igualmente se afirma a supremacia do direito régio quando conflitue com outros ordenamentos jurídicos e se define a hierarquia destes na falta de disposição nacional.

As *Ordenações Afonsinas*, então identificadas como os *livros da reforma das ordenações*, vão servir de modelo às compilações ulteriores, que conservam o mesmo plano sistemático e o seu conteúdo (actualizado em função da legislação entretanto aprovada). Com efeito, a compilação segue um critério sistemático, encontrando-se as disposições agrupadas em razão da matéria e distribuídas por cinco livros: cargos públicos (régios e municipais) no primeiro livro; matéria sobre as relações entre a coroa e restantes poderes (igreja, nobreza, grupos privilegiados) no segundo livro; processo civil no terceiro livro; disposições de direito privado no quarto livro; direito e processo penal no quinto e último livro. A técnica de refundição dos textos utilizada nas *Ordenações Afonsinas* é dúplice, fazendo coexistir o estilo compilatório, caracterizado pela transcrição integral da fonte, seguida de um comentário quanto à sua vigência, com o estilo decretório ou legislativo, assente na enunciação directa da norma, como se de uma nova lei se tratasse. O estilo compilatório predomina na compilação afonsina (com excepção do livro primeiro), dando lugar, nas compilações posteriores, ao domínio do estilo decretório. Todo o trabalho de compilação dos textos pressupõe uma formação jurídica sólida. Na trilogia das *Ordenações* trabalharam os principais juristas e burocratas do reino, com vasta experiência em matérias de justiça, sobretudo provenientes dos tribunais superiores da corte.

Se a obra afonsina deu resposta (ainda que provisória) ao problema urgente da confusão das leis, a sua efectiva difusão e conhecimento por todo o reino só alcança resultado seguro e satisfatório com a redução das *Ordenações do Reino* à letra de imprensa. Tal sucesso será alcançado no reinado de D. Manuel I, que incluirá a reforma das *Ordenações* (iniciada em 1505 e materializada com a impressão de uma nova compilação actualizada) no conjunto mais vasto de medidas políticas, administrativas e jurídicas conducentes à construção do Estado moderno. A edição definitiva das *Ordenações Manuelinas*, impressa por Jacob Cromberger em 1521 e com reimpressões ao longo do século XVI, foi antecedida pelas

impressões de Valentim Fernandes de 1512-1513, de João Pedro Buonhomini de 1514 e do mesmo Cromberger, de datação incerta mas posterior a 1516.

Constituindo igualmente uma actualização do direito vigente sem intenção de originalidade, as *Ordenações Manuelinas* não deixam de introduzir alterações com importante significado. Entre elas, destacam-se a revogação expressa de todo o direito anterior não compilado e a proibição de serem aditados novos preceitos (constantes do prólogo da edição de 1514 e recolhidas na edição definitiva de 1521), passo em frente no predomínio da lei sobre as demais fontes do direito.

A cadência veloz de crescimento do direito legislado transforma rapidamente as compilações em obras antiquadas e incompletas, avolumando os preceitos extravagantes, isto é, que vigoram fora das compilações, afectando novamente o conhecimento e divulgação das leis. O reinado de Filipe I, que se inicia sob o signo da justiça e da sua reforma, retoma o problema da confusão de leis, solucionando-o através do mesmo remédio já anteriormente utilizado. A reforma das *Ordenações* inicia-se entre 1583 e 1585 e termina com uma nova compilação aprovada em 1595 (mas somente impressa e vigente em 1603, já no reinado de Filipe II), que assume como principal preocupação o escrupuloso respeito pela individualidade do direito português. Limita-se, por isso, à actualização do ordenamento jurídico vigente, incorporando as disposições promulgadas pelos monarcas anteriores desde as *Ordenações Manuelinas* (incluindo nessa incorporação a colecção oficial de leis extravagantes elaborada por Duarte Nunes de Leão e aprovada em 1569).

O período de vigência das *Ordenações Filipinas* conheceu várias tentativas falhadas de reforma, motivadas não somente pela sua inevitável desactualização mas, sobretudo pela obscuridade de várias disposições que tornou a compilação alvo de violentas críticas (ainda que essa falta de clareza resultasse, primordialmente, do intencional comportamento dos compiladores filipinos de alterar o mínimo possível o texto manuelino). Embora tenha sido pedida em Cortes a elaboração de nova compilação, a obra filipina foi confirmada e revalidada em 1643 por D. João IV, conhecendo-se novas tentativas de reforma no reinado de D. João V e, alcançando um estágio de desenvolvimento mais avançado, no reinado de D. Maria I.

As *Ordenações Filipinas* constituem o monumento legislativo que alcançou o mais longo período de vigência em Portugal (afirmação que ganha maior significado se recordarmos a linha de continuidade que as une às compilações anteriores). Ao longo do século XIX foram sendo revogadas disposições e livros pelas codificações liberais mas a sua revogação definitiva em Portugal só se efectuará com a entrada em vigor do primeiro Código Civil de 1867 (tendo mantido ainda a sua vigência no Brasil, também no respeitante ao quarto livro, até à entrada em vigor do Código Civil Brasileiro de 1916).

PENA DE PRISÃO (SÉC. XIX)

Miguel Romão

DATAS RELEVANTES:

1852	Generalização da pena de prisão, com a aprovação do primeiro Código Penal português
1867	Reforma prisional e das prisões, estabelecendo o modelo penitenciário, de isolamento celular contínuo, em silêncio e com trabalho, para o cumprimento da pena de prisão
1884	Abolição da pena de prisão perpétua, pela Nova Reforma Penal
1885	Abertura da Penitenciária de Lisboa, aplicando o isolamento celular dos condenados
1913	Abolição do modelo de isolamento celular na Penitenciária de Lisboa, substituído pela presença na cela individual apenas durante a noite
1936	Reforma prisional, estabelecendo de forma sistematizada diferentes tipologias de prisões e um regime progressivo para o cumprimento de pena

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Direito Prisional Português e Europeu*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- MARQUES, Tiago Pires, *Crime e castigo no Liberalismo em Portugal*, Lisboa, Livros Horizonte, 2005.
- ROMÃO, Miguel, *Prisão e ciência penitenciária em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2015.
- SANTOS, José Beza dos, *Nova organização prisional portuguesa (Alguns princípios e realizações)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1947.

O penalista português do século XIX Silva Ferrão, olhando a prisão e a sua multiplicidade de formas e de conteúdos, não duvida em afirmar que “nenhum Código a tem dispensado, a póde dispensar; mas por ella podem todas [as penas] ser dispensadas”, já que esta pena “é um bem, como *remedio*, para a sociedade ameaçada de contágio, ou ferida e offendida; e também o é para o criminoso, como membro moralmente enfermo”. Este é o entendimento ilustrado sobre a pena de prisão em meados do século XIX, uma realização deste século. Até ao liberalismo, a pena de prisão cumpria um papel francamente reduzido no quadro das penas disponíveis, em Portugal e na Europa. Prendia-se para julgar, para evitar a fuga do acusado, para o proteger da vingança da vítima ou dos seus familiares, para coagir ao pagamento de uma dívida, mas raramente como castigo em si. Essa era a realidade também entre nós.

Apesar da primeira presença da prisão como consequência penal se encontrar ainda numa lei medieval recolhida no Livro de Leis de Posturas, e desta presença se ter repetido ao longo da vigência das Ordenações do Reino, entre o século XV e a primeira metade do século XIX, a prisão esteve sempre associada neste longo período a crimes de pouca gravidade e quase de uma forma incidental. Em geral, a prisão não era vista como pena: faltava-lhe uma dimensão de castigo sensível e de espectacularidade, que a pena de morte, os açoites ou outras penas corporais ou até o próprio degredo, interno ou ultramarino, ou uma pena pecuniária asseguravam, acentuando-se quer a dimensão retributiva quer a ideia de prevenção geral, utilitária, que naquelas penas se encontrava.

É da confluência do humanitarismo penal da segunda metade do século XVIII com o desenvolvimento dos princípios liberais da Revolução Francesa, bem como com a longa experiência europeia das “casas de trabalho”, estabelecimentos de reclusão de indigentes e pequenos criminosos surgidos na Europa Central e na Grã-Bretanha desde o século XVI, e as inovações norte-americanas de prisão com isolamento celular do final do século XVIII, que a prisão enquanto pena vai construir-se, para o ideário liberal, como a pena típica das “sociedades civilizadas”. A pena que ataca o bem mais precioso da época, a liberdade individual. A par dela, aliás, também a multa, incidindo sobre o outro grande valor da época, a propriedade. Os Códigos Penais surgidos após 1789 alargam extraordinariamente o recurso à prisão e a experiência portuguesa,

mesmo se combinada com a longa tradição do uso do degredo ultramarino, seguirá o mesmo caminho.

No Código Penal de 1852 a prisão é já a pena geralmente aplicada à quase totalidade dos crimes aí presentes. Mas que prisão? Para muitos dos autores da época, a execução da pena de prisão exigia um estabelecimento prisional indicativo de um programa moral e social específico: a regeneração do condenado. Tal seria atingido através da prisão penitenciária, uma combinação de clausura, silêncio e trabalho, na cela ou em oficinas, onde é impossível não encontrar também a inspiração nas prisões eclesiásticas e da experiência punitiva monástica. Entre os seus mais fervorosos proponentes entre nós, encontramos os nomes de Levy Maria Jordão, Aires de Gouveia ou Silva Ferrão.

Em Portugal, apesar de prevista na lei desde a reforma penal de 1867, esta forma de cumprimento da pena de prisão apenas encontraria um espaço que a acolhesse com a abertura, em Janeiro de 1885, da Penitenciária de Lisboa (seguir-se-iam as de Santarém e de Coimbra), a maior obra pública do Portugal oitocentista. A par da Penitenciária, no entanto, continuam também em funcionamento as cadeias tradicionais, com os presos em comum, onde os exemplos mais marcantes, usualmente pela negativa, se descobriam nas grandes cadeias de Lisboa e Porto, o Limoeiro e a Relação, espaços onde se era preso, mas mais raramente se cumpriria pena de prisão... Aí se aguardava embarque para degredo, pena muito relevante até à década de 1920, ou se detinham aqueles que cumpriam uma prisão preventiva. Nas demais cadeias portuguesas, de pequena dimensão, em muitos casos o ambiente era basicamente medieval, a realidade que o Prof. Beleza dos Santos e os demais membros da Comissão de Construções Prisionais (o Arq. Cottinelli Telmo, em 1936 substituído pelo Arq. Rodrigues Lima, e o Eng. Mascarenhas Inglês) encontram ainda quando, a partir de 1934, são encarregues de estudar e propor profundas alterações nas prisões portuguesas, associadas à aplicação da Reforma Prisional que seria publicada pelo Decreto n.º 26643, de 28 de Maio de 1936, ao tempo em que findava também a pena de degredo ultramarino (mas mantendo-se a possibilidade de pena de prisão a cumprir nas colónias ultramarinas).

Afastado o mito da regeneração pela arquitectura que de alguma forma a prisão de tipo celular pretendia, nos finais do século XIX e primeiros anos do

século XX, e não se deixando o legislador português convencer pelo pós-lombrosianismo que via no crime uma predisposição irreparável por qualquer pena e que exigia simplesmente o controlo da perigosidade do agente, é definida uma nova tipologia específica de estabelecimentos prisionais, de acordo com uma ideia de “individualização da pena” de prisão, esta a ser ajustada em função das características do condenado, num regime progressivo. Muitas das novas prisões construídas ou radicalmente alteradas em resultado dessa intervenção estão ainda hoje em funcionamento.

PERSONALIDADE JURÍDICA

Susana Antas Videira

DATAS RELEVANTES:

Entre 289 e 286 a.c.:	lex aquilia de damno
1483-1546:	Francisco de Vitoria
1538-1645:	Grócio

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomos I e III, Coimbra, Almedina, 2000 e 2004.
- Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- FERRARA, Francisco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Coimbra, 2003.

O conceito de personalidade, visto numa perspectiva estritamente jurídica, não é unívoco, podendo ser entendido como a susceptibilidade de ser titular de direitos ou obrigações ou, de forma não coincidente, como a personalidade física ou moral juridicamente tutelada.

A ideia de pessoa tem raízes históricas profundas, impulsionada pelo cristianismo, que elevou o homem, dotando-o em si mesmo de valor e sedimentada pelo liberalismo, que o concebeu como ser dotado de liberdade, susceptível, por isso, de ser titular de direitos e obrigações e destinatário de normas jurídicas. Com efeito, o liberalismo parte de uma determinada concepção de homem centrada no indivíduo, dotado de direitos e dignidade intrínsecos. Concebe o Estado de forma subordinada, tendo por fim primordial a protecção dos indivíduos, dotados de direitos mas também dos correlativos deveres.

Também a ideia de tutela da personalidade tem origem remota, não podendo deixar de ser vista como o resultado histórico de uma lenta evolução, com raízes no Direito Romano. Efectivamente, a tutela da pessoa tem, então, um precedente de assinalável relevância — a *actio iniuriarum*.

A *lex aquilia de damno* (entre 289 e 286 a.C.), superando o conceito estrito de *iniuria* já presente na Lei das XII tábuas, que o restringia a ofensas corporais ligeiras, adopta uma acepção mais ampla, aproximando a *iniuria* da ideia de ilicitude, de injustiça, de culpa.

A *iniura*, que as *Instituições* de Justiniano explicitam como a afronta injuriosa a uma pessoa dava lugar à *actio iniuriarum*, uma *actio ex delicto*, enquadrada, portanto, na estruturação processual do Direito Romano.

Mas, o que importa, nesta sede, relevar, quando se buscam as origens mais remotas da ideia de personalidade e da sua tutela jurídica, é que a mesma já se encontra presente, sem prejuízo das especificidades históricas, na configuração jurídica romana.

Será, não obstante, na Idade Moderna que esta temática será transposta do domínio das *actiones* para o terreno dos direitos, mormente dos direitos subjectivos.

Particularmente, a Escolástica peninsular é incontornável para explicar o aparecimento da ideia de direito como faculdade, situação jurídica compreensiva, que se designará mais tarde pela expressão “direito subjectivo”.

A ideia de direito enquanto faculdade ou reconhecimento da liberdade jurídica da pessoa, traduzida num poder da vontade sobre os objectos, desconhecida nos anais do *ius commune*, surge nítida em Francisco

de Vitoria, o fundador da Escola de Salamanca, por influência dos escolásticos tardios do século XV, como Iohannes de Gerson e Conradus Summenhart, convertendo-se em património comum dos autores da escola peninsular do direito natural. O conceito é retomado por Hugo Grócio e, graças à autoridade conquistada pelo autor do *De iure belli ac pacis*, fica garantida a sua difusão pelos teóricos da moderna Escola do Direito Natural e, ulteriormente, pela Pandectística ou dogmática técnica do direito, que receberá, em definitivo, o *Recht*. Ao lado do conceito tradicional de *ius*, como o justo objectivo, retomado de São Tomás de Aquino, alinha-se, assim, a noção de direito como faculdade ou poder da vontade, que, sob a influência de Luís de Molina, é elevado a ponto de partida do sistema de justiça comutativa e, por decorrência, do próprio direito privado.

A tradição histórico-cultural do Ocidente revela, pois, que, do ponto de vista conceptual, a personalidade e os direitos que a tutelam servem a pessoa singular, pelo mero facto de ser pessoa.

Por outras palavras, e numa perspectiva igualitária, historicamente conquistada e que, hoje, integra o nosso património cultural, todo e cada homem é o sujeito activo das situações jurídicas cujo objecto imediato é o bem jurídico da própria personalidade humana.

Assim, a tutela da personalidade jurídica não pode ser separada da categoria dos direitos de personalidade, que, seguindo a lição de Otto von Gierke, são os direitos que concedem ao sujeito um domínio sobre uma parte da sua própria esfera de personalidade. Caracterizam-se como direitos sobre a própria pessoa, distinguindo-se, pela especialidade do seu objecto, de todos os demais direitos. Como direitos privados especiais, divergem, pois, do direito geral da personalidade, que consiste na pretensão geral, conferida pela ordem jurídica, de valer como pessoa. O direito de personalidade é um direito subjectivo e deve ser observado por todos.

De entre os direitos de personalidade avultam o direito à vida e à integridade física, o direito à honra, à integridade moral, ao bom nome e à reputação, o direito à imagem e o direito à intimidade e à reserva da vida privada e familiar.

Mas se a tutela da personalidade e os próprios direitos de personalidade foram histórica e dogmaticamente pensados para servir o ser humano, a evolução posterior potenciou o seu alargamento às pessoas colectivas, abstraindo a conexão humanista até então decisiva para a configuração do conceito.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E *IN DUBIO PRO REO*

Sílvia Alves

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- PENNINGTON, Kenneth. "Innocent until proven guilty: the origins of a legal maxim". In: *The Jurist*, 63, 2003, pp.106-124.
- VALIENTE, Francisco Tomás y. "'In dubio pro reo', libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia". in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7, 20, 1987, pp.9-34.

A presunção de inocência é consagrada como direito fundamental na Constituição da República Portuguesa. Aí se estabelece que todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa (Art. 32, n.º2). Encontrando-se este princípio entre os preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias (pessoais), considera-se diretamente aplicável, vinculando entidades públicas e privadas (Art. 18º, n.º1). Tem também acolhimento na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (Art. 11º, n.º1); no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1976 (Art. 14, n.º2); na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950 (Art. 6, n.º2); e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (Art. 48).

A presunção de inocência – ou, na expressão da *common law*, o princípio *innocent until proven guilty* – é uma presunção *iuris tantum*, de acordo com a qual ninguém tem que construir a sua inocência; apenas uma sentença judicial pode declarar a culpabilidade e por isso ninguém pode ser tratado como culpado antes dessa declaração. Assim deve ocorrer durante todo o processo e se, no momento de decidir, existirem dúvidas sobre a culpabilidade do réu, o julgador deverá decidir absolvendo-o. O princípio *in dubio pro reo* é deste modo um dos corolários da presunção de inocência. Este princípio processual penal relativo à prova significa que a dúvida sobre os pressupostos de facto da decisão deve ser valorada a favor da pessoa visada no processo. Mesmo em caso de flagrante delito, os cidadãos mantêm intactos os seus direitos de defesa. Pensemos que, por exemplo, pode verificar-se uma causa de justificação.

A presunção de inocência encontra o seu fundamento na segurança que protege a liberdade e a reputação como bens inestimáveis. Na fórmula paradigmática que William Blackstone (1723–1780) consagra nos *Commentaries on the laws of England*, é preferível que dez culpados escapem à justiça a que um só inocente sofra (Livro IV, Cap. 27). Não constitui um favor ou privilégio do réu mas um interesse geral e uma limitação à atuação sancionatória do Estado, como se se tratasse de uma emanção da aura de inocência de que beneficiam todos os cidadãos quando sobre eles não impende uma investigação ou acusação.

A presunção de inocência tem uma história longa mas não sem vicissitudes. No *Digesto*, Ulpiano

(c. 170–c. 228) afirma já que não se deve condenar com base em suspeitas e vale mais deixar um crime impunido do que condenar um inocente (D.48.19.5 pr.). O percurso da presunção de inocência desenha-se de forma mais nítida a partir da jurisprudência do *ius commune*, no final do século XIII. Os prudentes medievais radicam a ordem processual (*ordo iudiciarius*) na Bíblia e, por essa via, no direito suprapositivo, ao observar que também Deus não condenou Adão sem antes o ouvir. As regras da defesa não podiam portanto ser iludidas pelo príncipe ou pelos juízes. O canonista francês Jean Lemoine ou Johannes Monachus (1250–1313), num comentário mais tarde integrado nas *Extravagantes communes*, terá sido o primeiro jurista europeu a formular o princípio subjacente a este episódio bíblico: também Deus não deixou de chamar e ouvir Adão porque presumiu que era inocente até prova em contrário. Na *Praxis et theorica criminalis* de Prospero Farinacci (1544–1618), a presunção de inocência é referida em diversos contextos. Contudo, o direito do “antigo regime” é em muitos aspetos desfavorável a uma real aplicação da presunção de inocência. As garantias de defesa cediam perante os crimes atrozes. A existência de indícios bastava para se ordenar a tortura. E, embora o sistema de provas legais ou tarifadas exigisse uma prova mais clara que a luz do sol, os doutores e a prática judicial permitiam, ainda assim, a aplicação de uma punição arbitrária inferior à pena legal. O jurista francês Tiraqueau ou Tiraquellus, por exemplo, explica na sua obra *De poenis temperandis* que a insuficiência da prova não obstava a uma pena mais moderada (Causa 27).

A presunção de inocência afirma-se verdadeiramente a partir do reformismo setecentista. Em *Do espírito das leis*, Montesquieu (1689–1755) considera a liberdade política indissociável da segurança, afirmando que é da bondade das leis criminais que depende principalmente a liberdade do cidadão. Por isso, os conhecimentos que permitiam tornar os julgamentos mais seguros interessavam mais ao género humano que qualquer outra coisa (Livro XII, Cap. II). Beccaria é mais claro, em dois capítulos da obra *Dei delitti e delle pene*. Quando escreve sobre a tortura, declara: “é inocente, segundo as leis, o homem cujos delitos não estão provados” e “a sociedade não pode retirar-lhe a proteção pública senão quando se tenha decidido que ele violou os pactos com os quais essa proteção lhe foi concedida” (Cap. XVI).

E, a propósito da regra *testis unus, testis nullus*, comenta: “é necessário mais do que uma testemunha porque, enquanto uma afirma e a outra nega nada é certo e prevalece o direito que cada um tem de ser considerado inocente” (Cap. XIII). Pastoret (1755-1840), em *Des lois pénales*, regista vários axiomas: a condenação dos inocentes é um mal maior que a absolvição dos culpados; até ao momento da condenação, o acusado é tido como inocente; a prova não existe enquanto não é completa (T. I, I Parte, Cap. II). O português Mello Freire (1738-1798), nas *Instuições de direito criminal português*, ensina que o réu “não deve ser havido como culpado, antes de ser dele convencido” (T.XVII, § IV, 7). E, no seu *Ensaio do código criminal*, estabelece-se: a condenação exige prova perfeita e legal, “de que resulta uma certeza moral do delito e do delinquente, e a impossibilidade moral da sua inocência” (T.XLV, § 1). As *Primeiras linhas do processo criminal* de Pereira e Sousa (1756-1819) são igualmente esclarecedoras: quando “resta alguma dúvida a respeito do delito, não deve proceder-se à condenação” (Cap. XXI). A legislação nacional não é alheia à preocupação subjacente ao princípio quando declara, no Alvará de 2 de Dezembro de 1750: “que em nenhum caso padeçam os inocentes debaixo do pretexto de se acusarem os culpados” (Cap. VI, § 2). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelece definitivamente a presunção de inocência ao determinar que todo o homem se presume inocente até ser declarado culpado e, sendo indispensável prendê-lo, todo o rigor que não seja necessário deve ser severamente reprimido pela lei (art. 9º).

A presunção de inocência pode, não obstante, sofrer sempre sobressaltos. Essa é sem dúvida uma das lições da história. Por exemplo, o italiano Enrico Ferri (1856-1929), representante da escola positiva, manifesta na sua *Sociologia Criminale* a opinião segundo a qual a presunção de inocência, se tida como absoluta e de forma indiferenciada, é perigosa, ilógica e até escandalosa. Aceitando embora as conquistas da escola clássica, critica os exageros de sentido individualista do princípio *in dubio pro reo*, propondo um equilíbrio entre os direitos individuais e sociais, agora a favor da “suprema necessidade da defesa social”. Admite a prevalência das garantias individualísticas no tratamento da delinquência evolutiva mas defende a prevalência da defesa social no tratamento da delinquência atávica e mais perigosa. Se configura a

presunção de inocência como obrigatória na fase de instrução, considera que não tem igual força lógica e jurídica nos casos de flagrante delito, de confissão, de reincidência, depois de uma condenação em primeira instância e, em geral, nos crimes que revelam o delinquente nato ou louco (delinquência atávica). A presunção de inocência permanecerá como uma conquista da história do direito que pode perigar sempre que a sociedade não conseguir encontrar o equilíbrio necessário entre as garantias de defesa dos cidadãos e o combate ao crime.

PROIBIÇÃO DO DEGREGDO ULTRAMARINO

Miguel Romão

DATAS RELEVANTES:

1822	Fim do degredo para o Brasil, concentrando-se nas colónias africanas e para a Índia
1852	Código Penal, fixando a pena de degredo como pena generalizada, à semelhança do previsto nas Ordenações
1876	Abertura do Depósito de Degredados de Luanda
1883	Início do estabelecimento de colónias penais agrícolas em Angola
1884	Nova Reforma Penal, com penas compostas de prisão celular seguida de degredo em África
1932	Abolição da pena de degredo da metrópole para África, convertido em pena de prisão
1936	Criação da pena de prisão no Ultramar para criminosos de “difícil correcção” (Decreto-Lei n.º 26643, de 28 de Maio de 1936); criação da colónia penal do Tarrafal, Cabo Verde, para a criminalidade política (Decreto-Lei n.º 26539, de 23 de Abril de 1936)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Direito Prisional Português e Europeu*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- COATES, Timothy J., *Degredados e órfãs: colonização dirigida pela coroa no império português (1550-1755)*, Lisboa, Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimientos Portugueses, 1998.
- CUNHA, Anabela Francisco do Nascimento, *O Degredo para Angola na segunda metade do século XIX — Os degredados e a colonização penal*, dissertação de Mestrado em História de África, Lisboa, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 2004 (policopiado).
- SANTOS, Beleza dos, “O degrêdo e a sua execução em Angola”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XII, Coimbra, Coimbra Editora, 1932.

O uso do degredo ultramarino como pena encontra-se atestado praticamente desde o início da expansão portuguesa. O envio de condenados para as ilhas atlânticas e para as praças norte-africanas tomadas é uma realidade desde as primeiras décadas do século XV. As Ordenações do Reino generalizarão o degredo ultramarino (prevendo também o “degredo interno” ou desterro, dentro do próprio território português europeu continental), simultaneamente uma pena apta a tranquilizar a comunidade, pelo afastamento do criminoso, e interessante para a Coroa, já que significava um fornecimento de mão-de-obra e a existência de presença europeia em terras muitas vezes inóspitas e cuja atractividade seria francamente reduzida. Na época moderna, Portugal será pioneiro no uso do degredo colonial, na sequência também no seu primado na expansão extra-europeia.

Esta é a visão que ainda no século XIX se encontra em relação à pena de degredo, pontuada agora também pela defesa, em alguns autores, da sua vantagem, mais teórica do que efectiva, quanto às possibilidades majoradas de regeneração de um condenado quando habitando uma nova terra. Outros autores, do final do século, vêem simplesmente no degredo extra-europeu uma medida benéfica de contenção da perigosidade que o criminoso representa e, portanto, de “defesa social” da comunidade metropolitana. Outros ainda, começam a notar a provável ilegitimidade desta pena na relação entre a metrópole e as colónias, vista como meros depósitos penais.

É certo que, apesar de se prever uma burocracia específica para a execução da pena de degredo, esta dissolvia-se frequentemente uma vez chegado o condenado a África, ao Brasil ou à Índia, os destinos mais usados até ao século XIX. Aí qualquer controlo era difuso quando não inexistente. O seu destino provável seria o de incorporar forças militares — servindo o Estado que o condenara — ou de iniciar uma vida livre, deixado à sua sorte, muitas vezes acompanhado da sua família, que legalmente se lhe poderia juntar.

Findando naturalmente o degredo para o Brasil em 1822, com a sua independência, e sendo cada vez mais restrito o envio para a Índia, é a costa africana (e em particular Angola, Cabo Verde e S. Tomé) que no século XIX se assumem como os principais destinos penais. A partir da década de 1870, a realidade será aliás a de se circunscrever o envio de degredados para Angola, o que se manterá até à abolição desta pena. Em 1876 inicia-se uma reforma

na execução da pena de degredo angolana, com a criação dos designados Depósitos de Degredados, em Luanda e em Benguela, espaços de acolhimento dos condenados, com uma dimensão detentiva mas também de favorecimento da sua inserção na vida da colónia, desde logo oferecendo ocupação e oportunidades de trabalho. Na década seguinte, são estabelecidas colónias penais agrícolas no interior do território, devendo ser ocupadas por condenados a degredo, mas a dureza do clima e a insalubridade do território ditam o seu rápido encerramento. As reformas penais de 1867 e de 1884 favoreceram ainda o uso do degredo: não só poderia ser aplicado como pena autónoma, como era a sequência legal de uma pena de prisão em isolamento celular a ser cumprida na Penitenciária de Lisboa, o designado “degredo penitenciário”.

Pinheiro Chagas, ministro das Colónias na década de 1880, escreveria simplesmente que ir “para as costas de África significava ou crime ou miséria extrema”, ilustrando bem o modo como o poder na metrópole e a sua população viam as colónias africanas à época.

A pressão inglesa em relação a estes territórios no final do século, incentivando à presença de mais população livre europeia em África, e a progressiva crítica sobre a admissibilidade desta remoção para territórios coloniais (condenada pelos congressos penitenciários internacionais e abandonada pela Inglaterra e por França), acabam por coincidir com as reivindicações angolanas contra o envio de degredados — mas também de vadios metropolitanos, por exemplo —, cada vez mais audíveis. Como se escrevia num texto na imprensa em 1899, “(...) Passeiam diariamente em Loanda 500 degredados, em completa liberdade e convivio com os cidadãos pacíficos e livres, o que achamos ser, além de perigoso para a vida e haveres (...), um incentivo á pratica do crime (...). Muitos permanecem ali inactivos, na ociosidade, e, não poucos, na devassidão, devido ao regimen em vigor, a mulctas e outras cousas mais (...)” [*Portugal em Africa*, VI, n.º 68 (Agosto de 1899)].

Os custos para o Estado do transporte de um número muito relevante de condenados para Angola também se tornam incomportáveis, levando a que por diversas vezes a espera e a acumulação de condenados a degredo na prisão do Limoeiro em Lisboa, onde deveriam aguardar embarque, fosse uma realidade de vários anos.

Assim, encontram-se combinados diversos elementos que vão ditar a abolição da pena de degredo, datando este fim de 1932, esgotado o modelo, sendo convertido o tempo de degredo ultramarino em tempo de prisão. Como se diz no preâmbulo do Decreto n.º 20877, de 13 de Fevereiro de 1932: “O velho sistema de colonização ultramarina, realizado em décadas sucessivas ao acaso, sem um plano definido e firme, fracassou completamente. (...) O trabalho penal, por deficiências de aproveitamento e outras razões, rende no ultramar pouco ou nada. A sustentação dos condenados em Angola custa anualmente ao Tesouro dois ou três milhares de contos e o seu transporte para lá anda por algumas centenas”.

Está abolido o degredo, mas a reforma prisional de 1936 (Decreto n.º 26643, de 28 de Maio de 1936) viria contudo a criar uma figura próxima: a da prisão em estabelecimento ultramarino, para criminosos de “difícil correcção”, ou seja, “(...) reincidentes de crimes graves, cadastrados, vadios e rufiões, que voltarão à sua vida criminosa depois de permanecerem algum tempo nas prisões”. Para estes, “a única acção defensiva do Estado é a eliminação pelo sequestro em qualquer ponto distante do País”, se possível “uma prisão construída em uma ilha pouco povoada, porque se torna assim difícil o contacto dos presos com os elementos bons a quem possam perverter e com os elementos maus com quem possa [sic] colaborar”. Para mais, “é útil organizá-los em grupos para o saneamento de certas colónias perigosas, onde a colonização honesta é incipiente”, mesmo se “às vezes o saneamento exige sacrifício de vidas, e parece razoável que se comece pelas dos criminosos, embora com todas as condições de defesa que a higiene e a humanidade impõem” (preâmbulo do Decreto n.º 26643, de 28 de Maio de 1936).

De forma pragmática, o universo prisional revestia a remoção ultramarina, assegurava a tranquilidade da colónia e da metrópole e mantinha um afastamento conveniente para o Estado. A par disso, continuava em funcionamento a deportação política, de que o campo do Tarrafal, em Cabo Verde, aberto precisamente em 1936, foi o mais claro exemplo.

PUBLICIDADE DO DIREITO

Miguel Romão

DATAS RELEVANTES:

1521	Fixação de um modelo de publicitação das leis régias e de prazos de <i>vacatio legis</i> (Ordenações Manuelinas)
1821	Regimento das cortes constituintes, prevendo a publicação dos seus trabalhos (27 de Janeiro)
1833	Extinção da Chancelaria-Mor do Reino; publicação obrigatória das leis num periódico oficial (Decreto de 19 de Agosto)
1841	Fixação de prazos de <i>vacatio legis</i> (Lei de 9 de Outubro)
1913	Novos prazos de <i>vacatio legis</i> (Lei de 30 de Junho)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBUQUERQUE, Ruy de e Albuquerque, Martim de, *História do Direito Português*, vol. I, t. I, 10.^a ed., Lisboa, 1999.
- ATENA, Antonio d', *La pubblicazione delle fonti normative*, Pádua, CEDAM, 1974.
- HABERMAS, J., *L'espace publique*, Paris, Payot, 1978.
- HOMEM, António Pedro Barbas, *A lei da liberdade*, Cascais, Principia, 2001.
- ROMÃO, Miguel Lopes, *"A bem do Estado" — Publicidade e segredo na formação e na divulgação das leis (1820–1910)*, Coimbra, Almedina, 2005.

A consciência de que não basta o direito ser criado pelo poder, mas que a este se exige que promova o conhecimento das regras aprovadas, pelo menos potencial e presumido, perante os seus destinatários, é uma realidade antiga. Coexiste aliás com a mesma convicção de que apenas excepcionalmente pode o desconhecimento do direito legitimar o seu incumprimento, traduzido no brocardo jurídico “a ignorância da lei não aproveita a ninguém”), sob pena de regras supostamente gerais deixarem de o ser.

S. Tomás de Aquino, influência decisiva também no pensamento jurídico medieval e pós-medieval, lembrava na *Suma Teológica* que, designando a “promulgação das leis” o conhecimento que delas se permite aos homens, as leis apenas são instituídas quando “promulgadas” e a promulgação é necessária “para a lei vir a ter força” — assim, uma “lei secreta ou mantida apenas no coração do legislador não chegaria a ser uma lei”. Textos ibéricos medievais como as *Sete Partidas* ou o *Fuero Real* corroboram esta mesma ideia.

As leis régias da época eram registadas na Chancelaria, copiadas e enviadas para oficiais régios e concelhos, lidas nas terras, com “pregão”, aproveitando-se momentos de maior ajuntamento de pessoas (missas, feiras...). O surgimento da imprensa, em Portugal no início do século XVI, naturalmente facilita a tarefa da disseminação das leis. As Ordenações dispõem expressamente sobre o tema, fixando o modo de registo e circulação das leis e prazos de *vacatio legis* — prazo geral de 3 meses nas comarcas e de 8 dias na Corte, após o seu registo na Chancelaria (OM, I, t. 2, par. 9; OF, I, t. 2, par. 10) e um primeiro formulário dos diplomas é estabelecido em 1668 (Decreto de 8 de Junho).

O tempo forte da exigência de publicidade ao direito é, contudo, o da afirmação do liberalismo pós-1789. A lei, aqui, adquire uma legitimidade distinta perante a representação política que encerra e à publicidade do direito legislado associa-se igualmente a exigência da publicidade do procedimento que leve à sua aprovação e do exercício do poder em geral. Os parlamentos constitucionais dedicarão assim uma atenção especial à publicidade das sessões, ao registo dos debates, à compilação dos seus trabalhos.

Ao contrário da realidade do Antigo Regime, em que os segredos do poder e as razões de Estado eram matéria reservada a apenas alguns, agora a palavra de ordem é a de publicidade associada aos negócios

públicos e em especial à feitura da lei, emanação da vontade popular e não de um monarca iluminado, perante uma opinião pública progressivamente mais dinâmica. Kant concluía que “São injustas todas as acções que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas não se harmonizem com a publicidade”. O “direito público” é, acima de tudo, o direito “não secreto”. E sintetizava também Jeremy Bentham: “Sem publicidade, não há bem permanente; sob os auspícios da publicidade, não há mal durável”.

A codificação do direito, paradigma metodológico do direito liberal, é sustentada também pela vantagem que ao nível da sua publicidade e acessibilidade se atingem. Bentham, um dos mais influentes autores europeus na defesa da codificação do direito, rejeita a existência de sessões secretas parlamentares, propõe a leitura dos códigos nas eucaristias dominicais e escreve um manual de legística de modo a favorecer a qualidade e o acesso aos textos legais.

Em Portugal, um regime estrito de publicação das leis reinventa-se no período constitucional, associando a sua publicação à sua vigência e à vinculação dos seus destinatários. Nas Cortes criam-se diários parlamentares, desde 1821, reproduzindo os seus debates e documentos, os seus regimentos contêm diversas provisões a favor da publicidade dos seus trabalhos. A Imprensa Régia tem o exclusivo da edição das leis. Em 1833 (Decreto de 19 de Agosto), fixa-se a publicação das leis e demais actos normativos num período oficial, cuja designação se altera ao longo do tempo, sendo a mais durável a de Diário do Governo, antecedendo o actual Diário da República. O prazo de vacatura da vigência da lei conta-se agora da sua publicação no jornal oficial (em 1841, pela Lei de 9 de Outubro, fixam-se 3 dias para Lisboa e seu termo, demais terras continentais 15 dias e um prazo de 8 dias nas ilhas adjacentes após a chegada da primeira embarcação que “conduzir a participação oficial da Lei”).

A publicidade exigida às leis vai aliás contaminar progressivamente o funcionamento do executivo e os actos administrativos, com reflexos na prática das instituições públicas e dos seus agentes. A exigência de publicação de actos regulamentares e de actos administrativos e uma vigência dependente da sua publicação encontra-se definitivamente verificada ao longo da década de 1860.

REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Isabel Banond de Almeida

DATAS RELEVANTES:

1688	Institucionalização do parlamentarismo inglês
1789	Revolução Francesa e institucionalização da representação política moderna na Europa continental (salvo Península Ibérica e leste europeu)
1820	Revolução do Vintismo e institucionalização da representação política em assembleias parlamentares

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- PITKIN, Hanna Fenichel, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967.
- Sousa, Armindo de Sousa, "O Parlamento Medieval Português. Perspetivas Novas", *Conferência promovida na cerimónia da abertura do ano letivo de 90-91*, na FLUP, em 22 de Outubro de 1990.
- AURÉLIO, Diogo Pires, *Representação Política*, Lisboa, Livros Horizonte, reimp. 2009.

A representação política pode ser definida como a relação entre o conjunto dos cidadãos de uma certa comunidade política nacional e os seus representantes, na qual os primeiros autorizam os últimos a decidir em matérias de relevância comum e universal para todos. Para o efeito os representados prestam um consentimento prévio, expresso em sufrágio, onde aceitam plenamente todas as consequências normativas derivadas das decisões do corpo de representantes como se as tivessem efetiva e pessoalmente adotado. Quanto aos representantes obrigam-se a efetivar legislativamente os valores fundamentais e comuns da ordem política e as concepções particulares acerca do interesse e do bem públicos dos seus representados que neles confiaram para a consecução de seu mandato. Significa isto que a representação política tem sentidos subjetivos e objetivos. Representantes e representados no primeiro caso, individual e/ou coletivamente pensados; como se exerce a representação e o contexto da mesma no segundo.

Contudo, se esta ideia parece pacífica, a verdade é que a representação política é fértil em definições. Por exemplo Hanna Pitkin (1967) entende que representar é apenas “tornar de novo presente”, e representação política a atividade que torna palpáveis opiniões e perspectivas em processos de políticas públicas dos cidadãos. Mas, na verdade e por força da sua simplicidade esta ideia acaba por se tornar bastante falível porque a representação política, em si mesma, não é aqui considerada.

A ideia de representação não nasce originalmente para designar realidades políticas, tendo, numa primeira fase sido ponderados fatores diversos, onde o religioso ou o jurídico ganham relevo face ao político, tendo do mesmo modo propiciado um conjunto de ambiguidades doutrinárias que se refletem no plano político-ideológico. Como quer que seja, a representação como instituição política acaba por se institucionalizar na estreita medida em que apresenta um foco de democraticidade, sucessora óbvia da legitimação da autoridade monárquica face aos seus súbditos.

Séculos volvidos e especialmente a partir do século XVII, primeiro em Inglaterra e depois na parte continental da Europa com exceção das zonas do leste, a representação começa a ser equacionada como capacidade de legitimar as decisões régias por parte dos súbditos. Em contraposição com a representação política medieval que enquadra o monarca como

figura irradiante do poder, relativamente ao qual os representantes da nação organizados em estratos se encontram dependentes, a representação moderna escuda-se na conceção oposta, em que o poder é partilhado entre monarca e súbditos através dos seus representantes, situação de que o parlamento inglês é ilustrativo em fase inicial.

Posteriormente alarga-se ao resto da Europa com exceção dos países de leste e questionamento pelas coroas ibéricas até aos anos vinte do século XIX. Sem dúvida que, sendo duas interpretações opostas do exercício do poder, ganham dimensão superior no domínio do poder constituinte. Num caso o poder reside originariamente no rei; no outro reside da mesma forma no povo. A determinante final pela segunda opção demora séculos a ser institucionalizada e, do mesmo modo, faz-se à custa de intermináveis conflitos. Se o rei utiliza o princípio democrático nos primórdios para garantir o acatamento das suas ordens em todo o território, em fase posterior os súbditos pretendem ter intervenção na vida pública e, acima de tudo, não admitem lesão dos seus direitos inatos por parte de quaisquer decisões régias. A forma de o evitar é, conseqüentemente, uma participação política por parte dos seus representantes legítimos, legalmente eleitos para assembleias representativas.

De acordo com as precedentes considerações, o princípio da representação política está associado a uma modalidade de controlo regular do poder governamental por parte daqueles que não podem exercê-lo pessoalmente, transferindo para outros essa tarefa. Tanto pode efetivar-se segundo três modelos interpretativos sobre a representação política: delegação ou mandato imperativo; representação como relação de confiança; representação como espelho ou sociológica.

A primeira das situações outorga ao representante a função de executor das determinações daqueles que o elegem. Esta possibilidade radica nas instituições políticas medievais tendo mesmo influenciado as instituições do governo representativo moderno. A segunda atribui ao representante um mandato autónomo segundo o qual representa o povo e tem a prerrogativa de agir livremente para os interesses do povo. Finalmente a terceira é a mais recente e atenta na chamada «crise de representação» como relação de confiança assente na vontade popular onde os interesses dos membros da sociedade são divergentes entre si provocando conflitos de interesses sociais e

os representantes são o espelho dessa conflitualidade e implicam que a diversidade de pontos de vista deva ser proporcionalmente representada nas assembleias parlamentares.

Em Portugal a representação política evolui ao longo dos séculos. De uma situação de representação por estados — clero, nobreza e povo — em Cortes, onde apenas o monarca tem a palavra final podendo ou não seguir os conselhos dos estados da nação, situação esta verificada durante todo o período medieval e parte do período moderno, passa-se para uma representação política que atende a eleições gerais promovidas segundo leis eleitorais para o efeito elaboradas e que sedimentam a ideia de liberdade da nação como contraponto às liberdades medievais dos povos.

Segundo parecer de Armindo de Sousa as Cortes portuguesas celebradas até ao final do século XV “devem ser encaradas como uma subestrutura da estrutura política global, dotada não de poder nem de poderes mas de autoridade — uma autoridade pública e universalmente reconhecida — para aconselhar os monarcas e regentes, vigiar o comportamento dos agentes políticos e administrativos, propor leis, apontar reformas e conceder impostos extraordinários”. Posteriormente as Cortes sofrem uma erosão acentuada no período moderno e o seu relevo vai decaindo progressivamente só voltando a institucionalizar-se no século XIX, mas com uma feição completamente distinta, quer nos poderes, quer nas competências, quer no substrato populacional que as compunha.

No período do constitucionalismo monárquico português as assembleias representativas são eleitas por cidadãos, nos termos das várias leis eleitorais que se apresentam ao longo da centúria, mas em todos os casos a ideia da preservação da Constituição como marca da liberdade política de um país sempre se mantém. O direito de ser eleito é próprio e não depende de concessão régia; antes e apenas da detentora do poder constituinte — a nação — que o outorga aos seus representantes — os parlamentares constituintes — no caso de elaboração da Constituição. No caso das cortes ordinárias onde há ausência de poder constituinte, os parlamentares devem pela via destas levar à prática tudo o que se revele necessário ao estrito cumprimento do mandato legislativo que para esse efeito lhes foi outorgado. É este o circunstancialismo das Cortes Gerais e Extraordinárias

da nação Portuguesa de 1821 e das Cortes Constituintes de 1837, que originaram as Constituições de 23 de Setembro de 1822 e de 4 de Abril de 1838. No caso da Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826 outorgada pelo monarca os parlamentares devem, na vigência da legislatura, pôr em prática os comandos normativos inerentes.

Durante a Primeira República e face à Constituição de 21 de Agosto de 1911 não se verificam alterações de monta relativamente aos aspetos formais relacionados com a representação política assim como no que toca às eleições necessárias para eleger assembleias representativas de toda a nação. Esta situação por motivos de cunho ideológico alterou-se no que toca a uma representação política que efetivamente seja o espelho da nação no período do Estado Novo tendo em conta a ausência de representatividade por alguns setores da nação, proibidos de estar presentes na Assembleia Nacional.

Depois de 25 de Abril de 1974 a situação que se estabelece é a que ainda hoje vigora ou seja uma plena representatividade política para a assembleia da República, sedimentada num processo de sufrágio universal, direto e secreto onde a soberania nacional deve ser o mote da representação política exercida pelos deputados eleitos.

PROIBIÇÃO DA TORTURA

David Teles Pereira

DATAS RELEVANTES:

- | | |
|------|--|
| 1764 | Publicação de <i>Dos Delitos e das Penas</i> , de Cesare Beccaria; |
| 1984 | Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; |
| 1985 | Organização Mundial Contra a Tortura |

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- REJALI, Darius, *Torture and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- LUBAN, David, *Torture, Power, and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- KAHN, Paul W., *Sacred Violence: Torture, Terror, and Sovereignty*, University of Michigan Press, 2011.

Demóstenes, no seu discurso contra Onetor, tece uma apologia da tortura demonstrando preferência pelos depoimentos dos escravos face aos dados pelos homens livres, já que “os depoimentos de testemunhas algumas vezes têm sido considerados falsos, nunca o mesmo tendo acontecido a um testemunho feito sob tortura”. Apesar da cautela presente na primeira parte da afirmação, para os gregos contemporâneos de Demóstenes a honra do cidadão era fundamento suficiente para sustentar a veracidade das suas declarações, ao passo que para os escravos, desprovidos de honra, a tortura era o único caminho em direcção à verdade.

Contudo, volvidos mais de dois milénios sobre esta afirmação, não terá algo de hipocrisia falar de proibição da tortura como dado adquirido e estabelecido na época contemporânea? O n.º 2 do artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa, tal como a generalidade das Constituições coevas, estabelece, parafraseando o essencial do artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que “[n]inguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”. O Código Penal português, tal como a maioria dos ordenamentos jurídico-criminais contemporâneos, define, nos artigos 243º e 244º, a tortura como crime. Significa isto que seja consensual, que constitua um verdadeiro arquétipo civilizacional, a proibição da tortura?

Quando falamos de proibição da tortura pressupomos uma tipologia muito específica. Não se trata, por exemplo, do emprego sádico e patológico da tortura infligida num plano individualizado, descontextualizada de um *aparelho de poder*. Trata-se de uma “outra tortura” — e é aquela em torno da qual se estrutura, na sua essência, a descrição penal —, que poderá envolver ou não a satisfação do torturador, que poderá ser física, psicológica ou combinar ambas as formas, que poderá utilizar todo o tipo de instrumentos, drogas e técnicas, mas que tem uma característica transversal: algum tipo de referência finalística a um aparelho de poder, instrumentalmente ligada a “fins do Estado”, mesmo quando usada desviadamente por quem a pratica. Vale, pois, como *tortura*, nesta acepção, a pressão física ou psicológica, atentatória da dignidade humana, praticada no quadro institucional/organizacional de um aparelho de poder minimamente organizado, *maxime* (embora não exclusivamente) pelo Estado através dos seus órgãos monopolizadores do uso da força.

Perspectivando historicamente a tortura, diremos que esta, especialmente na época pré-moderna, desempenhou duas grandes funções: o castigo em si mesmo (com um importante factor de intimidação/prevenção geral acoplado) e a obtenção de prova judiciária pela confissão. A dimensão do castigo surge associada ao suplício, à ostentação do espectáculo da punição, apresentando-se a tortura bem mais como parte integrante do universo probatório. De facto, a confissão era, incontestavelmente, o objectivo precípua da tortura, a qual era desenhada e executada instrumentalmente, visando obter, concorrentemente, informação útil e admissão da prática de um pecado, fosse este contra Deus ou contra o soberano. Esta era uma tortura inserida num contexto legal, processual, parte fundamental do Direito probatório pré-moderno em que a confissão era, quase sempre, a única possibilidade de obtenção de prova suficiente para a condenação. Por isso mesmo, a proibição da tortura encontra o seu eixo na confissão, ou melhor, na quebra da ideia de confissão gerada nesse quadro. Com efeito, o consenso geral em torno da utilidade desta (da confissão gerada pela tortura) começou a esbater-se, questionando-se a fiabilidade desta “confissão” e, conseqüentemente, a sua utilidade. Aliás, a este esbatemento de valor não foi estranha a evolução da ideia de obediência ao soberano, enquanto fundamentação, ter passado a assentar, crescentemente, na ideia de consentimento (expressão do contrato social) e menos no exercício da força.

Contudo, quando falamos da proibição de tortura, importará contextualizar (matizar) a expressão, já que estamos apenas a referir-nos ao declínio da tortura “legalizada”, isto é, legitimada de alguma forma pelo Direito, e ao movimento oitocentista encabeçado pelo Marquês de Beccaria que, com o seu *Dos Delitos e das Penas*, representou a mais veemente e influente condenação da tortura. Daí em diante, paulatinamente, o imperativo quase teológico da “verdade” — mesmo obtida pela causação de sofrimento — vai cedendo lugar a um discurso centrado na ideia de protecção da inocência, como valor ético, expressão da origem teológica do padrão probatório da “dúvida razoável” (a condenação criminal pressuporia a ultrapassagem da *dúvida razoável*), e o processo de deslegalização da tortura expande-se, assentando, mais tarde e já como deslegitimação da tortura, nas democracias constitucionais. Tratou-se de um processo, algo paralelo à crescente substituição da pena

de morte pela pena de prisão (vista como uma espécie de *ortopedia social*, sucedendo — e continuamos a usar construções de Foucault — a *disciplina sobre o corpo* à *disciplina do corpo*). Inserida neste movimento, o nosso primeiro texto constitucional, a Constituição de 1822, aboliu, no seu artigo 11.º, “a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o baraço e pregão, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis ou infamantes”.

Apesar deste processo evolutivo, nas chamadas zonas cinzentas do Direito, na excepcionalidade e no extraordinário, a prática institucionalizada da tortura não só foi mantendo uma constante presença testemunhal (do passado e, por vezes, de um retorno ao passado), sendo que entre o século XX e o século XXI, experimentou mesmo fases de crescimento, particularmente quando associada à prevalência de imperativos de segurança, com expressão mais exuberante na chamada “guerra ao terrorismo” no pós-11 de Setembro. Aliás, de tal forma o fenómeno contemporâneo da tortura surge associado à guerra ao terrorismo que para alguns autores a tortura é a resposta e a contraparte do terror ou, numa perspectiva mais radical, a tortura constituiria a arma secreta dos Estados contemporâneos contra o terror. Como refere Paul W. Kahn o espaço de acção do Estado moderno dado a conhecer ao público seria o do Estado de Direito, um espaço de legalidade auto-limitativa, sendo que a tortura, quando a sua utilização é tornada pública, é sempre considerada ilegal. Desta forma, o grande desafio colocado pela prática de tortura na época contemporânea é a sua mudança de foco na fundamentação que, desde que a crítica oitocentista a foi afastando do espaço da legalidade — e, também, do espaço da moralidade —, se transferiu para o fenómeno político puro, à margem da lei e justificada na sempre tentadora aptidão da violência para criar e manter a ordem pública, mesmo quando esta argumentação é produzida, qual discurso de justificação, na procura de um enquadramento legal. Valem a este respeito os chamados “memorandos da tortura”, confeccionados por juristas da administração norte-americana durante a presidência de George W. Bush, no contexto da *guerra ao terrorismo*.

SEPARAÇÃO DE PODERES

Isabel Graes

DATAS RELEVANTES:

27 de Maio–17 de Setembro de 1787 (Constituição americana)

14 de Julho de 1789 (Rev. Francesa)

23 de Setembro de 1822 (Constituição Portuguesa)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

FERREIRA, Silvestre Pinheiro, *Questões de Direito Público e Administrativo*, parte II, Lisboa, Typographia Lusitana, 1844.

LARANJO, José Frederico, *Direito Constitucional Portuguez*, Coimbra, França Amado editor, 1898.

REIS, José Alberto dos, *Sciencia politica e Direito Constitucional*, Coimbra, Imprensa Académica, 1907.

CANOTILHO, Gomes J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2002.

O conceito de separação de poderes tem ocupado a atenção de inúmeros teóricos e governantes, ao longo da história, sobretudo dos últimos três séculos, sendo entendido, em especial, como o aspecto fundamental da constituição liberal que permite o respeito pela garantia orgânica contra o arbitrio e o abuso do poder do Estado.

Ainda que seja possível vislumbrar alguns laivos do princípio da divisão de poderes nos textos de Aristóteles e Platão ou mesmo nas magistraturas romanas e no estado estamental, a estes dois últimos falta a ideia de especialização orgânico-funcional assim como a ligação à ideia de direitos fundamentais pelo que só figurará mais tarde como bastião das ideias publicistas. Expresso em Inglaterra no século XVII de que é exemplo o *Instrument of Government*, de 16 de Dezembro de 1653, estreitamente associado à ideia de *rule of law* e baseado em reivindicações e critérios jurídicos de cariz essencialmente anti-absolutista, este princípio está consagrado na Constituição americana de 1787 (arts. 1º a 3º da secção I) e no art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo transferido para o título 3º das Constituições francesas de 1791 e de 1795 que influenciariam o texto português de 1822, fixando assim a existência dos três poderes (legislativo, executivo e judicial), com origem na nação soberana e na sua independência.

É inquestionável que a teoria da divisão de poderes ganha contornos distintos com Stuart Mill, Locke e Montesquieu tendo adquirido, no final, o estatuto do equilíbrio entre os poderes internos e externos. Assim, enquanto Locke frisa que para garantir a liberdade é necessária a separação entre o poder legislativo e o executivo, concedendo primazia ao primeiro e privando o judicial da autonomia política; Montesquieu aceita que só pode haver liberdade se os poderes políticos forem independentes, inclusive o judicial. Recorde-se que, para o filósofo francês deve atender-se ao conceito bodiniano de soberania na perspectiva da superioridade do centro de poder constituído pela entidade soberana sobre os outros centros do poder político. Mais tarde Duguit, Maurice Hauriou e Barthélémy defendem que a verdadeira doutrina de Montesquieu se baseia não na separação total ou absoluta dos poderes, mas na colaboração destes, como o reflectirá a obra kantiana que espelhará a forma mais aperfeiçoada desta doutrina de direito público, enunciando a linha tripartida dos poderes, subordinando-os de modo que um, ao completar o

outro, não pode usurpar a sua função, actuando antes segundo o seu próprio princípio. Na verdade, ao invés da teoria da separação rígida do poder político, residirá a ideia metafórica de balança de poderes de contornos mecanicistas ou organicistas, constituída por dois ou três poderes (caso se entenda ou adopte o modelo lockiano ou *montesquino*, até porque este último *prefere a adopção da distribuição de poder a separação de poderes de modo que o problema consiste não em manter separados os poderes políticos, mas em permitir e conseguir que estes se conjuguem*) impedindo deste modo que um se evidencie mais que o(s) outro(s), determinando que todos estejam uniformemente nivelados. Por sua vez, Rousseau afastará a ideia de separação de poderes ainda que admita a distinção de funções (legislativa e executiva). Não obstante o presente raciocínio, o autor do Contrato Social considera que apenas a primeira (a legislativa) é soberana pois só esta corresponde à vontade geral do povo.

Atendendo ao caso português, devem também ser consideradas as teses de Bentham e Constant, distinguindo a primeira o poder legislativo, o poder executivo, *um terceiro que consiste em aumentar os impostos* e o poder judiciário; ao passo que a tese de Benjamin Constant ao basear-se na classificação de Clermont Tonnerre separa o poder real do executivo dividindo os poderes constitucionais em real, executivo e representativo; ou, ainda, em representativo de duração, representativo de opinião e judicial, representando a simbiose e a adequação das teorias tradicionais de um ténue absolutismo liberal com as ideias revolucionárias que haviam caracterizado os pensadores e políticos da ruptura ideológica e conduzindo a uma teoria que defendia a distribuição harmoniosa e equilibrada de poderes por vários órgãos.

Em Portugal, a discussão em torno desta temática, toma apenas lugar a partir da revolução de 24 de Agosto de 1820, donde se destaca a influência do pensamento de Bentham. De vigência efémera, o texto de 1822 que instaura a separação *rígida* da tripartição de poderes, tal como a congénere francesa de 1793 é substituído pela Carta Constitucional de 1826 que procede à conjugação *equilibrada* destes poderes tal como propunha o modelo de Constant sendo, por isso, adoptado o modelo político quadripartido: legislativo, executivo, judicial e moderador (art.11º). Esta seria a realidade constitucional que se manteria vigente por quase todo o século XIX, com excepção de

um breve período de tempo entre 1838–1842 em que a classificação tripartida seria retomada sendo revogado o poder moderador (art. 34^o da Constituição de 1838). Por sua vez, dos textos constitucionais novecentistas, um (1911) mantém o princípio da separação de poderes (art. 6^o); enquanto o segundo (1933) o afasta e o terceiro (1976), na linha das experiências constitucionais alemã de 1919 e francesa de 1959, consagra a separação e interdependência dos órgãos de soberania (arts. 113^o e 114^o).

A ideia de separação de poderes prende-se, desta forma, com a consagração de um texto constitucional, mais ou menos rígido, pelo que adoptá-lo num momento ou noutra, implica perceber se aquele foi ou não aplicado escrupulosamente. No entanto, se recordarmos, no contexto do século XIX, a concessão do direito de veto aos monarcas, o direito de nomeação e demissão dos magistrados e dos funcionários dos poderes executivo e judicial pelo governante, a ilação a extrair é uma só: a de que a sua aplicação integral ou total não se verificou no ordenamento jurídico português. Nem Montesquieu a quem se deve a teoria que se destacará em todo o século XIX quer pela via da adopção, quer pela da crítica; nem nenhuma constituição dos séculos XVIII e XIX pretendeu construir um sistema de órgãos especializados e totalmente independentes, susceptíveis de constituírem um *contrapeso*.

TABELIONADO E NOTARIADO

Jorge Testos

DATAS RELEVANTES:

- | | |
|------|--|
| 1214 | A carta de venda redigida em Maio de 1214 em Santarém por Mendo Eanes constitui o primeiro instrumento tabeliônico conhecido em Portugal |
| 1305 | São conhecidos dois regimentos de D. Dinis, datados de 12 e 15 de Janeiro, relativos ao ofício de tabelião |
| 1899 | A reforma promovida pelo Decreto de 23 de Dezembro de 1899 põe fim à designação de “tabelião”, adoptando a de “notário” |

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BARROS, Henrique da Gama, *História da Administração Pública nos séculos XII a XV*, tomo VIII, Lisboa, Livraria Sá da Costa Editora, 1950, pp. 363–484.
- NOGUEIRA, Bernardo de Sá, *Tabelionato e Instrumento Público em Portugal. Génese e Implantação (1212–1279)*, Lisboa, Estudos Gerais — Série Universitária, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 2008.

A instituição tabeliônica ou notarial em Portugal corporiza, desde a sua génese, a participação da esfera jurídica no quotidiano, configurando, simultaneamente, a intervenção do poder régio a nível local. O tabelião, enquanto agente da escrita, afirma-se como um oficial público que confere autenticidade aos documentos por si produzidos. Ao arrepio da tradição dos demais países europeus, Portugal adoptou exclusivamente o vocábulo “tabelião” para designar este ofício público, preferindo-o ao “escrivão público” (utilizado em Leão e Castela) ou ao “notário” (nos restantes reinos peninsulares, em Itália ou em França). Nas Cortes de Lisboa de 1439 os tabeliães recorrem ao rei a originalidade da designação do seu ofício em Portugal, pedindo a sua alteração para notário, “nome formoso e apropriado a seus ofícios que são de notas”. O monarca nega o pedido, limitando-se a confirmar a carta régia de D. João I que determina a utilização do vocábulo “notário” apenas na elaboração de cartas para fora do reino. A intitulação de notário fica reservada para os notários apostólicos, responsáveis pela escrituração de actos em matéria benéfica e espiritual. Do tabelião se distingue também o escrivão, oficial que redige o expediente da autoridade que secretaria. A alteração da intitulação de tabelião para notário só será alcançada nos finais de Oitocentos com a reforma introduzida pelo Decreto de 23 de Dezembro de 1899.

Até ao advento do tabelionado, o mundo da escrita e da preservação da memória encontra-se tendencialmente reservado ao universo eclesiástico, que conserva, em parte, as instituições romanas de escrituração documental. A transição do mero escriba privado, profissional ou ocasional, para o oficial público faz-se em Portugal na passagem do século XII para o século XIII: data de 1212 o primeiro documento original que faz referência a um tabelião; o mais antigo documento redigido por um tabelião em Portugal que hoje se conhece remonta a 1214.

Tem sido reconhecida a influência do direito romano justiniano na criação do tabelionado em Portugal. Os glosadores recuperam disposições do Baixo Império para estabelecerem a regulamentação do notário enquanto pessoa pública, transformação operada em Itália e acolhida na França meridional do século XII, via por onde poderá ter penetrado em Portugal. Com efeito, a instituição notarial antecipou-se em Portugal à maioria dos demais reinos peninsulares, remetendo para uma origem transpirenaica.

Até ao fim do reinado de D. Afonso II (1223) reconhecemos os primeiros sinais da implantação do tabelionado português, com representação territorial ainda limitada. Após um período de relativa obscuridade correspondente ao reinado de D. Sancho II (com excepção de Braga, os redactores das demais localidades onde a instituição existia abandonam a intitulação tabeliônica), o reinado de D. Afonso III assiste à consolidação do tabelionado português, com a rápida propagação, entre 1254 e 1263, de uma rede de tabeliães nas cidades e vilas da coroa disseminada por todo o território.

Os tabeliães são investidos na qualidade de pessoa pública pelo rei, autoridade que lhes permite intervir na redacção de documentos de actos jurídicos privados, revestindo-os de fé pública e tornando-os irrecusáveis em juízo. O tabelião surge, então, como delegado directo do poder político e enquadrado no movimento de centralização do poder régio.

A dependência da coroa materializa-se também, com D. Dinis, na realização de um exame na corte, perante o chanceler-mor do reino, para o exercício do ofício. Mesmo quando a coroa cede o direito de criar tabeliães a privilegiados, mantém a obrigatoriedade do exame na corte. Na tomada de posse o tabelião profere o juramento na chancelaria, tomando conhecimento da tabela que regula os proveitos do seu ofício e à qual se promete sujeitar. Na chancelaria depositam também o seu sinal público, próprio e único, distintivo de cada um destes oficiais. Desde D. Dinis que os tabeliães estão vinculados ao pagamento de uma pensão anual à coroa.

A sua ligação ao poder régio manifesta-se igualmente em funções administrativas, sendo possível reconhecer a participação de alguns destes primeiros tabeliães no levantamento do património régio levado a cabo pelas inquirições gerais de 1220. O tabelião participa também na divulgação das leis régias, que desde D. Dinis contém no seu texto o modo de publicação, geralmente assente na leitura da lei perante a comunidade e no seu registo nos livros próprios do tabelião. A fiscalização do ofício era feita, desde D. Afonso IV, pelos corregedores das comarcas, verificando se os tabeliães serviam o seu ofício público como era esperado.

Os tabeliães desempenham funções de escrituração judicial (por mandato do juiz) e extrajudicial (a pedido das partes), acentuando-se com o passar do tempo a distinção entre o tabelião das audiências e o

tabelião das notas (ainda que pudessem reunir as duas qualidades). O primeiro, também designado por tabelião do judicial, ocupa a função de escrivão do juízo, redigindo os actos praticados perante os juízes locais (como querelas, inquirições de testemunhas, procurações, traslados de documentos, sentenças, recursos ou execuções). Por seu turno, o tabelião das notas ou do paço — porque nas localidades com mais de um tabelião estava obrigado a apresentar-se em casa apartada ou no paço dos tabeliães para ser facilmente encontrado por quem necessitasse dos seus serviços — lavra os instrumentos extrajudiciais que carecem de fé pública (entre cartas de venda, arrendamentos, prazos, doações, testamentos, inventários, procurações ou composições), afirmando-se como magistrado de jurisdição graciosa. As funções são, em princípio, desempenhadas dentro de determinada delimitação geográfica (identificada na carta de nomeação), existindo, por isso, uma vinculação jurisdicional a uma localidade. A instituição conheceu, porém, os tabeliães gerais, autorizados pelo rei a exercer o seu ofício em todo o reino ou em determinada comarca ou, ainda, em terras submetidas à mesma jurisdição senhorial.

Apesar do seu desenvolvimento no reinado do Bólonhês, a primeira regulamentação própria dos tabeliães data apenas de 1305, ano em que se conhecem dois regimentos deste ofício que o regulam com grande detalhe. Mais tarde a regulamentação do ofício será acolhida no livro primeiro das Ordenações do Reino. A legislação nacional preocupa-se em delimitar a função do tabelião enquanto agente da administração, impedindo-o de acumular funções na jurisdição contenciosa como as de juiz ou de advogado. O ofício encontra-se também, desde o seu início, vedado a clérigos (proibição que resulta também do direito canónico), reforçando o papel do tabelião na máquina do poder central régio. Persistindo alguns clérigos em exercer o ofício, a legislação nacional determina que o tabelião deve ser casado e trazer vestes próprias enquanto sinais profissionais distintivos.

Sem formação jurídica superior obrigatória até final de Oitocentos, a instituição conheceu ao longo dos séculos níveis culturais e de formação profissional muito diversos, o que não impediu que coubesse ao tabelião um papel essencial no pulsar económico, social e jurídico das comunidades locais, enquanto principal interveniente na redução a escrito do direito em acção.

UNIVERSIDADE

Gonçalo Sampaio e Mello

DATAS RELEVANTES:

1290	Fundação dos Estudos Gerais em Lisboa
1772	Reforma da Universidade de Coimbra
1836	Criação da Faculdade de Direito
1911	Criação da Universidade de Lisboa
1976	Constituição consagra o princípio da autonomia universitária

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Chartularium Universitatis Portugalensis, Artur Moreira de Sá, Francisco da Gama Caeiro, António Domingues de Sousa Costa (coord.), 16 vols., Lisboa, Instituto de Alta Cultura, Instituto Nacional de Investigação Científica, Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 1966–2004.

A Universidade de Coimbra. Marcos da sua História, Manuel Augusto Rodrigues (coord.), Coimbra, Arquivo da Universidade de Coimbra, 1991.

A Universidade Medieval em Lisboa (Séculos XIII–XVI), Hermenegildo Fernandes (coord.), Lisboa, Universidade de Lisboa e Edições Tinta-da-China, 2013.

A Universidade de Lisboa nos Séculos XIX e XX, Sérgio Campos Matos, Jorge Ramos do Ó (coord.), 2 vols., Lisboa, Universidade de Lisboa e Edições Tinta-da-China, 2013 (coord.).

Fruto da criação do espírito medieval, a Universidade nasce na Itália do século XI, mais precisamente em Bolonha, onde espontaneamente se reúnem mestres e alunos para cultivar o saber desinteressado. Não dispõe de estrutura interna, recursos materiais, livros escolares e mesmo de casas próprias, havendo notícia de se terem ministrado aulas em praça pública à mercê dos elementos da natureza. O exemplo frutifica, contudo, e propaga-se a outras localidades da Europa, nomeadamente Paris, Oxford, Montpellier e, por desdobramento, Pádua, Cambridge, Angers. Uma vez consolidado o prestígio do movimento universitário e reconhecida a sua importância como veículo de transmissão da cultura, adquire a Universidade a categoria de *instituição*, ente moral dotado de personalidade jurídica, órgãos de governo, património próprio, foro privilegiado. São já desta índole as escolas superiores criadas na Península Ibérica — Palência, Salamanca, Coimbra —, porque fruto da iniciativa de um príncipe que o pontífice romano depois avalia. No caso português sabemos que a Universidade, ou «Estudo Geral», é fundada pelo rei D. Dinis entre 1288 e 1290 e confirmada pelo papa Nicolau IV através da bula *De Statu Regni Portugalliae*. Nela se ensinam as Artes, o Direito Canónico, o Direito Civil ou Romano e a Medicina, saberes a que mais tarde se juntam a Teologia, a Filosofia, a Matemática. Tendo a sua primeira sede em Lisboa, a Universidade transfere-se em 1308 para Coimbra, regressa a Lisboa em 1338, volta a Coimbra em 1354, retorna a Lisboa em 1377 e em 1537 fixa-se definitivamente em Coimbra, onde permanece até aos primórdios do século XX, caso único na história da cultura europeia. Por entre deambulações e permanências sofre metamorfoses de diversa índole — nos estatutos que a regem, nos cursos que professa, nas disciplinas que ministra, nos seus métodos de ensino e aprendizagem, na respectiva orientação doutrinal —, consequência das vicissitudes políticas, ideológicas e culturais que se vê obrigada a enfrentar. Veículo da Contra-Reforma católica e do Despotismo Esclarecido, procura opor-se sem sucesso à Revolução Francesa, adapta-se ao Triunfo Liberal, reinventa-se após a proclamação da República, acompanha a adesão do país à Comunidade Europeia. Não cabe nos limites deste apontamento identificar umas e outras mas não se afigura lícito ignorar as alterações estruturais ocorridas no seio da Escola em 1537, 1772, 1911 e 1976. A primeira delas, obra da vontade política do rei D. João III, procura colocar a Universidade portuguesa

ao nível das melhores da Europa do tempo, não hesitando em contratar para o efeito mestres estrangeiros como Martín de Azpilcueta, Fabio Arcas, Ascanio Escoto. A segunda ocorre por iniciativa do Marquês de Pombal, ministro onipotente do rei D. José, que revolve a Escola a partir dos alicerces procurando adaptá-la à Filosofia das Luzes. 1911 representa a criação *ex novo* das Universidades de Lisboa e do Porto, que passam a ombrear com Coimbra retirando-lhe o monopólio do ensino superior, tanto em Portugal como em todo o Império ultramarino, que então se derrama por três continentes: África (Angola, Moçambique, Guiné-Bissau, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe), Ásia (Goa e Macau) e Oceania (Timor-Leste). 1976 configura o advento de uma nova Constituição Política e com ela a consagração da autonomia e da igualdade no acesso ao ensino superior. Tudo doravante se torna diferente pois as Universidades passam a dispor de liberdade científica, pedagógica, administrativa e financeira e, ao lado das escolas públicas já existentes outras emergem, bem como estabelecimentos de ensino privado e cooperativo, que o diploma de 1976 também tutela. São fins fundamentais da Universidade a formação humanística dos seus diplomados, a preparação técnica dos mesmos para a vida profissional e o desenvolvimento da ciência e da investigação de nível superior. Do modo como conseguir preenchê-los harmónica e concomitantemente dependerá o êxito ou o fracasso da missão que lhe compete socialmente desempenhar.

Nota: *O presente texto não contempla a Universidade de Évora, onde entre 1559 e 1759 a Companhia de Jesus fez florescer os estudos teológicos e filosófico-jurídicos relacionados com a Segunda Escolástica bem como o ensino da Matemática, da Física, da Astronomia e da Arquitectura Militar.*

AUTORES

David Teles Pereira

Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Filipe Arede Nunes

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Gonçalo Sampaio e Melo

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Isabel Banond de Almeida

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Isabel Graes

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Jorge Testos

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Margarida Seixas

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Miguel Romão

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Miriam Brigas

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Caridade de Freitas

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sílvia Alves

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Susana Antas Videira

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Organização:

António Pedro Barbas Homem

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Coordenador do Centro de Investigação em Teoria e História do Direito

ÍNDICE

Apresentação	3
Abolição da escravidão	5
Abolição da pena de morte e das penas corporais	9
Abolição da prisão por dívidas (séc. XVIII)	13
Autodeterminação dos Povos	15
Casamento	19
Código Penal	23
Constituição	27
Declaração Universal dos Direitos do Homem	29
Declarações de direitos do Homem e do Cidadão	31
Democracia	35
(O princípio da) Dignidade da pessoa humana	39
Direito à tutela jurisdicional	43
Direito de emigração	47
Direito de resistência	51
Direitos humanos	55
Direitos sociais	59
Divórcio e anulação do Casamento	63
Estado	67
Estado de Direito	71
Estado soberano	73
Estudos jurídicos	75
Filiação	77

Fundamentação das sentenças	81
Greve	85
Guerra justa	89
Habeas corpus	91
Igualdade jurídica	95
Juiz natural ou juiz legal	97
Liberdade de expressão	101
Liberdade de pensamento	105
Liberdade religiosa	109
Liberdade dos mares	113
Ordenações	115
Pena de prisão (séc. XIX)	119
Personalidade jurídica	123
Proibição da tortura	125
Proibição do degredo ultramarino	129
Publicidade do direito	133
Representação política	135
Proibição da tortura	139
Separação de poderes	143
Tabelionato e notariado	147
Universidade	151