

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2018/2



LVIX

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIX – 2018/2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontificia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETOR

Luís Menezes Leitão

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Dário Moura Vicente

Fernando Loureiro Bastos

Pedro Caridade de Freitas

Nuno Cunha Rodrigues

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Dezembro, 2018

- **Marcelo Rebelo de Sousa**
5-11 Lição de Jubilação
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
13-21 Os efeitos da insolvência em Portugal e no Brasil
The effects of insolvency in Portugal and Brazil
- **Fernando Loureiro Bastos**
23-42 Some notes about International Law in the Constitutions of the Lusophone African States
Algumas notas acerca do Direito Internacional nas Constituições dos Estados Africanos Lusófonos
- **Pedro Caridade de Freitas**
43-57 A Concepção do Estado na Época Pombalina
The conception of the State in the period of Pombal
- **Nuno Cunha Rodrigues**
59-82 A regulação da economia colaborativa pela União Europeia
The regulation of collaborative economy by the European Union
- **Paula de Castro Silveira e Luís Graça Rodrigues**
83-103 Regime das contrapartidas nos contratos públicos em Angola: o que há de novo?
Countertrade offsets in angolan public procurement – what’s new?
- **Rui Marques e Sara Ferreira Pinto**
105-136 A União Europeia e os novos desafios na integração fiscal: a troca de informações financeiras
European Union and the new challenges in tax integration: the exchange of financial information
- **Tiago Henrique Sousa**
137-168 Da Responsabilidade Civil dos Gerentes e Administradores das Sociedades Comerciais, Perante os Credores Sociais, por Violação de Normas de Protecção, no Direito Português
The civil liability of directors of commercial companies before company creditors by breach of protection standards in the portuguese law
- **Roberta Fernandes de Faria**
169-192 O Direito à Propriedade Privada e o Direito de Construir: o falso embate entre a Constituição e as Políticas de Ordenamento do Território
The right to private property and the right to build: the false clash between the Constitution and the territorial planning policies
- **Carolina de Freitas e Silva e António Luís Silva Baptista**
193-234 O tratamento das omissões inconstitucionais no âmbito dos direitos fundamentais sociais em Portugal e no Brasil
Dealing with unconstitutional omissions regarding fundamental social rights in Portugal and Brazil
- **Francisco Cuena Boy**
235-251 Recensão a Dário MOURA VICENTE, *Direito comparado*, vol. II: *Obrigações*. Almedina, Coimbra, 2017, 704 páginas; ISBN 978-972-40-7120-6.

A Concepção do Estado na Época Pombalina^{*/**}

The conception of the State in the period of pombal

Pedro Caridade de Freitas^{***}

Sumário: Para se perceber o Governo do Marquês de Pombal e as medidas por ele adoptadas é necessário proceder à sua caracterização política. O período pombalino é caracterizado politicamente como de monarquia pura em que todos os poderes residem soberanamente no Rei, pelo que não há qualquer participação no poder de outros corpos do Reino, nomeadamente das Cortes. O Rei detém todos os poderes, competindo-lhe a criação e a aplicação da lei, assim como a sua desoneração.

Palavras Chave: Monarquia pura, lei fundamental, teorias contratualistas, direitos majestáticos, lei.

Abstract: To understand the Government of the *Marquês de Pombal* and the measures adopted by him it is necessary to proceed to the characterization of its policy. The period of *Pombal* is characterized as a pure monarchy in which all powers reside in the sovereignty of the King, so there is no participation in the power of the other political bodies of the Kingdom, including the Courts. The King holds all powers and he is responsible for the creation and enforcement of the law, as well as for its exoneration.

Key Words: Pure monarchy, fundamental law, contractualist theories, majestic law, law.

* Comunicação proferida no Colóquio Luso-Brasileiro “O Direito Pombalino no Brasil”, realizado no dia 23 de fevereiro de 2016, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, organizado pelo Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

** Parte deste texto foi publicado em francês, com o título *Souveraineté et Loi au Portugal pendant l’Absolutisme Juridique*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 263-282.

*** Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação Teoria e História do Direito – THD-ULisboa – pedrocfreitas@fd.ulisboa.pt

Índice: 1. Monarquia Pura. 2. As teses contratualistas e a teoria do poder divino dos reis. 3. As leis fundamentais. 4. A ausência de poder deliberativo das Cortes. 5. Os Direitos majestáticos. 6. A desoneração do cumprimento da lei pelos particulares. 7. A sujeição do Rei à lei. 8. A aplicação da lei.

1. Não é possível perceber as transformações políticas, sociais e económicas levadas a cabo pelo Marquês de Pombal sem conhecer, previamente, o enquadramento jurídico-político da época. Este o objetivo do presente estudo.

No período pombalino a forma de Governo existente em Portugal é a Monarquia Pura e independente, porque todos os direitos de soberania estão na mão do Rei.¹

A tese de Monarquia Pura² é desenvolvida na *Dedução Chronologica y Analítica*, obra oficial do regime político do Marquês de Pombal em Portugal³, que defende que a monarquia portuguesa é constituída por territórios conquistados em guerra justa, fundada por doação, transmitida por sucessão e em que todos os poderes residem pura e soberanamente no Rei. Assim, não há qualquer participação no poder de outros corpos do Reino, nomeadamente das Cortes.⁴

¹ Cfr. RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, *Prelecções de Direito Publico Interno de Portugal*, in *O Instituto – Jornal Científico e Litterario*, vol. VI, Coimbra, 1858, p. 248. Para FRANCISCO COELHO DE SOUSA E S. PAIO, *Prelecções de Direito Patrio, Publico e Particular*, I e II Parte, Coimbra, Na Real Imprensa da Universidade, 1793, §§ XXV-XXVI, p. 41; a *Dedução chronologica, e analytica*, Lisboa, Oficina de Miguel Manescal da Costa, 1768, § 604, p. 393. Vide ainda §§ 605-616, onde se demonstra a origem da Monarquia no Antigo Testamento e a confirmação por Jesus Cristo no Novo Testamento.

² Sobre as teses da monarquia pura vide PEDRO CARIDADE DE FREITAS, *Um Testemunho na Transição para o Século XIX: Ricardo Raimundo Nogueira*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 170-176.

³ Sobre as reformas pombalinas respeitantes ao Direito e à Ciência Jurídica vide RUY DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, vol. II, Lisboa, 1983; pp. 129-148; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 355-368; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, 2.^a edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, 360-369; MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 159-170; PAULO FERREIRA DA CUNHA, JOANA AGUIAR E SILVA e ANTÓNIO LEMOS SOARES, *História do Direito. Do Direito Romano à Constituição Europeia*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 538-570. Vide também o nosso texto *Os Contributos da Universidade na Definição das Linhas Gerais do Pensamento Político Português na Segunda Metade do século XVIII*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, vol. II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 579-618.

⁴ Cfr. JOSÉ MATTOSO, *História de Portugal*, vol. IV, Lisboa, Círculo de Leitores, 1993 p. 140.

A concepção de monarquia pura legitima os limites impostos às várias instituições do reino, nomeadamente a não convocação de Cortes e a incursão nos privilégios do clero e da nobreza como forma de não desvirtuar a indivisibilidade do poder real.

Correntes como o jansenismo, que em Espanha assumiu o sentido de oposição à doutrina teológico-moral dos jesuítas e como o regalismo político⁵ que assumiu a independência do príncipe no domínio temporal e a hegemonia sobre a Igreja tiveram eco no pensamento português desta altura.⁶

2. A necessidade que a espécie humana teve de se juntar em sociedade, abdicando o homem individual de alguns dos seus poderes e direitos e transferindo-os para a sociedade ou para um representante, constituiu a génese das sociedades.⁷

De entre as várias formas de explicar o aparecimento da sociedade política realçamos, para o século XVIII, as teses contratualistas que viam num acordo ou contrato a constituição da sociedade.

A ideia de contrato social foi desenvolvida, com premissas diferentes, desde Hobbes, passando por Locke e culminando em Rousseau. Para Hobbes o contrato social assumia a forma de *pactum subjectionis*, em que a única vontade com legitimidade na sociedade civil era a do monarca, a quem cabia salvaguardar os súbditos da arbitrariedade.

Locke e Rousseau defenderam que o direito estava na mão do povo que o modelava segundo a sua vontade livre. O povo apesar de abdicar de alguns direitos para criar a comunidade nacional, mantinha no seu poder alguns direitos naturais.⁸

A doutrina contratualista do século XVIII defendeu que na formação dos impérios havia dois momentos essenciais:

⁵ Cfr. CÂNDIDO DOS SANTOS, *Pombal e o Iluminismo*, Separata da revista *Humanística e Teologia*, Porto, tomo III – Setembro – Dezembro – fasc.3, 1982, pp. 3-4.

⁶ Cfr. ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus. Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal, 1640-1820*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 82-88..

⁷ Vide sobre esta matéria JOÃO MARIA TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no Direito Português*, Coimbra, França e Arménio, Editores, 1915, pp. 15-22.

⁸ Sobre este assunto vide a título exemplificativo ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Apontamentos de História do Direito Português – Complemento às lições de História do Direito Português do Doutor Guilherme Braga da Cruz*, Coimbra, 1970-71, pp. 174 e ss; JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Princípios de Ciência Política – O problema do Direito*, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 1998, pp. 301 e ss.

1º) o primeiro momento era o pacto da associação civil, através do qual os homens renunciavam à liberdade natural e consentiam em formar uma nova sociedade, debaixo da protecção de um poder e sujeitos a leis comuns;⁹

2º) o segundo momento era a designação da forma de governo, pela qual a sociedade, previamente ligada pelo vínculo civil, escolhia a constituição, designava a pessoa ou pessoas a quem o poder supremo devia pertencer e prescrevia as leis fundamentais que regulam essa república.¹⁰

Por este pacto estabelecia-se tanto o Direito Público, que balizava as relações entre o imperante e os vassallos, como o Direito civil, regulador das relações privadas entre os membros da comunidade.

Na constituição de uma sociedade os homens não abdicavam totalmente dos seus direitos, nem transferiam integralmente todo o poder e autoridade,¹¹ uma vez a sociedade manter o poder de escolher o seu Chefe no caso de vacatura de poder ou, como também se referia, no caso de interreino.^{12/13}

⁹ Cfr. RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, *Prelecções de Direito Publico*, vol. VII, ob. cit., p. 90.

¹⁰ Um dos grandes inspiradores da corrente das correntes contratualistas foi Pufendorf. Socorrendo-nos das palavras de Paulo Merêa podemos resumir o sistema de Pufendorf do seguinte modo: «Por um primeiro pacto, que poderemos chamar contrato social propriamente dito, os homens obrigam-se uns para com os outros a juntar-se num corpo único e perpétuo e a regular de comum acôrdo o que respeita à sua conservação e segurança. A êste contrato, que dá origem a um «rudimento de Estado» (*rudimenta et primordia civitatis*) acresce um segundo contrato (Pufendorf chama-lhe decreto) destinado a fixar a forma de govêrno. Finalmente, pelo «pacto de sujeição», os indivíduos ligados pelos anteriores compromissos conferem a autoridade a uma ou mais pessoas, as quais se obrigam a zelar o interêsse público em troca da promessa de obediência fiel. É então que se produz definitivamente aquela união de vontades para o mesmo fim e aquela sujeição a um poder comum que fazem que o Estado seja considerado uma pessoa.» Em suma, para Pufendorf a soberania só surge pelo *pactum subjectionis*, não havendo razão para falar em soberania do povo, senão após a adopção da fórmula democrática. Cfr. PAULO MERÊA, *O Problema da Origem do Poder Civil em Suárez e em Pufendorf*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XIX, Coimbra, 1943, pp. 298-299.

¹¹ Vide RUY DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, vol. II, Lisboa, 1983, p. 147.

¹² Cfr. RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, *Prelecções de Direito Publico*, vol. VII, ob. cit., pp. 90-91. Vide ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS, *Notas ao Plano do Novo Código de Direito Publico de Portugal, do Dr. Paschoal José de Mello feitas e apresentadas na Junta da Censura e Revisão pelo Dr. Antonio Ribeiro em 1789*, Coimbra, Na Imprensa da Universidade, 1844, p. 25. Vide, ainda, nesta colectânea a *Resposta, que deu o Desembargador Paschoal José de Mello Freire dos Reis às censuras que sobre o seu plano do Novo Codigo de Direito Publico de Portugal fez, e apresentou na Junta da Revisão o Dr. Antonio Ribeiro dos Santos*, pp. 75 e ss.

¹³ Sobre a teorização e consequências do interreino vide PEDRO CARIDADE DE FREITAS, *Um Testemunho na Transição para o Século XIX*, ob. cit., pp. 150-154.

Neste caso faltava o legítimo soberano, bem como todos os legítimos descendentes da família reinante, não excluídos à sucessão régia, e a sociedade não se encontrava no seu primeiro momento de evolução, em que os indivíduos voltavam ao estado natural, mas sim no segundo momento em que se mantinham o pacto civil, faltando apenas a designação da forma de governo. Assim sendo, ficavam em vigor as leis civis, os magistrados, a forma dos juízos, os tribunais e todos os ramos da administração política e económica, continuando o vínculo social.

Seguindo o Direito Público geralmente aceite em todos os Estados, faltando o monarca a soberania recaía no povo,¹⁴ o qual podia designar um novo rei, mudar a forma do governo e instituir outra de novo. Do mesmo modo, o povo podia estabelecer com o príncipe um novo pacto, através do qual fossem estabelecidas novas leis fundamentais acerca da constituição do Estado e da sucessão da coroa. Em alternativa, podia haver uma nomeação simples do príncipe, como reconhecimento tácito ou expressa das leis fundamentais em vigor.¹⁵

Estes são os princípios de Direito Público vigentes em quase todos os Estados. No entanto, será necessário averiguar, no caso de vacatura do trono, se o supremo império cabia a todo o povo de *per si*, como se de uma democracia pura se tratasse ou a uma corporação que governasse o Estado interinamente, enquanto não se estabelecesse uma forma fixa de governo.¹⁶ Para o publicista Ricardo Raimundo No-

¹⁴ Diferente a posição carreada por Pufendorf, “segundo êle, (...), quando o rei morre, a soberania não volta para o povo, mas sim regressa-se à primeira etapa da fase pré-estadual, isto é, volta-se àquela «forma imperfeita» em que os homens, reconhecendo a necessidade do Estado, entram num acordo para a sua criação. Mas, por um lado, como é necessário que no intervalo alguém desempenhe as funções que incumbiam ao monarca, fica existindo «uma espécie de democracia temporária». Por outro lado, nesta hipótese, o compromisso inerente ao contrato social recebe um especial reforço da circunstância de os pactuantes se acharem unidos pelos laços da Pátria e pelos interesses materiais e morais que os prendem àquele país.», cfr. PAULO MERÊA, *O Problema da Origem do Poder Civil* ob. cit., p. 301.

¹⁵ Cfr. RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, *Preleções de Direito Publico*, vol. VII, ob. cit., p. 90.

¹⁶ O primeiro comentador de Martini na Universidade de Coimbra, que publicou um compêndio de Direito Natural, José Fernandes Álvares Fortuna, entende que “constituída, porém, a forma do governo, e uma vez entregues ao imperante as chaves do império, não conserva o povo mais direitos de liberdade, nem de igualdade, nem autoridade alguma. Só na hipótese de cessação do governo por morte do soberano sem sucessão, cativo ou renúncia, pode o povo tomar novas disposições a este respeito e modificar ou emendar a constituição da república. [Fortuna continua] Assim como, designado o imperante e celebrado o pacto de sujeição, o poder ou império não lhe advém do povo, mas sim só de Deus. O povo elege e designa o imperante. Deus comunica o poder. Há assim uma colaboração entre Deus e o povo, sendo o acto deste apenas uma condição para o poder ser comunicado ao soberano”, cfr. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XLIII, 1967, p. 126.

gueira no caso de interreino, devia o império português ser administrado pelas Cortes gerais do Reino que representavam toda a nação, exercendo o poder supremo até à constituição de outro governo e à designação de um legítimo soberano.¹⁷

Lado a lado com a defesa das teses contratualistas, cumpre referir, pela importância tida em Portugal, a teoria do poder divino dos Reis.

A linha condutora da legislação pombalina vai no sentido da aceitação do princípio da origem imediatamente divina do poder político, como foi o caso da Lei de 18 de Agosto de 1769, apelidada por Correia Telles de Lei da Boa Razão.¹⁸

José António de Alvarenga, na Oração aos Bacharéis sobre a autoridade régia, defende, não perdendo de vista a *Deducción Chronologica y Analítica*, a origem Divina do poder real. Recorrendo a passagens bíblicas, enfatiza que o Rei é o ungido de Deus e a sua soberania é fortalecida com a autoridade da lei de Jesus Cristo.¹⁹ Partindo destas premissas Alvarenga considera o rei como o “Pai da Pátria”²⁰ – “bem como um Pai, que tudo, quanto pensa, quanto trabalha, e quanto consegue, é a fim de educar seus filhos, de os sustentar, e de lhes deixar uma herança; assim um Rei, vigilante sempre, e sempre cuidadoso da felicidade dos seus Vassallos, nada mais preza, e nada desempenha melhor a beneficio deles, do que o Título Augusto de Pai da Pátria.”²¹

Pascoal de Melo considera que o poder reside na pessoa do Rei, que o recebe de Deus. No tit. I – Dos Direitos Reais – do Código de Direito Público de Portugal, Pascoal de Melo escreve “ao soberano poder e majestade, que recebemos de Deus todo-poderoso, de reger e governar nossos reinos e Estados...”²²

A teoria do poder imediato tem em Pascoal de Melo um acérrimo defensor, uma vez lhe repugnar a ideia de Deus perfeito entregar o poder temporal a um grupo disforme de gente, por não se saber, efectivamente, quem é o detentor do poder num determinado momento histórico.

Tomás António Gonzaga perfilha a tese de que o Rei recebe o poder imediatamente de Deus e mediamente do povo. Para Gonzaga o poder do Rei tem origem divina,

¹⁷ Cfr. RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, *Preleções de Direito Publico*, vol. VII, ob. cit., p. 91.

¹⁸ Cfr. JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES, *Commentario critico á Lei da Boa Razão, em data de 18 de Agosto de 1769*, Lisboa, Typ. de António José da Rocha, 1836.

¹⁹ Cfr. JOSÉ ANTÓNIO DE ALVARENGA, *Sobre a authoridade regia. Oração aos Bachareis*, Lisboa, Na Regia Oficina Tipográfica, 1770, pp. 28-30 e 36.

²⁰ Idem, pp. 53-54.

²¹ Idem, pp. 55-56.

²² Cfr. PASCOAL DE MELLO FREIRE, *O Novo Código do Direito Publico de Portugal*, 1ª edição, Coimbra, Na Imprensa da Universidade, 1844, p. 1.

pelo que Deus o concede directamente ao Soberano. O povo tem apenas o direito de escolher o Governo, não de transmitir o poder político, que é recebido pelo «eleito» directamente de Deus. Gonzaga esclarece esta premissa “Deus não há de estar dando o poder a uns que não o podem exercitar, para que estes o dêem depois ao que pode, podendo-o logo dar imediatamente a este, pois parece que agúe imperfeição em Deus estar obrando por uns meios inúteis e totalmente desnecessários.”²³

Outro Professor da Universidade de Coimbra, Francisco Coelho de Sousa e Sampaio defende, nas *Prelecções*, a teoria do poder imediato. Entende que os Reis, ou na sua denominação imperantes, recebem o poder imediatamente de Deus por intermédio do Povo. A intermediação popular é justificada como meio de assegurar a defesa e protecção dos súbditos, que de outra forma podem ser escravos dos mais poderosos e inclusive vítimas do despotismo. É assim para segurança dos Direitos do Homem que Deus constitui os Direitos Majestáticos ou Poder Supremo.²⁴

Ribeiro dos Santos defende no *De Sacerdotio et Imperio* que o poder do Príncipe vem de Deus, no entanto para este lente da Universidade de Coimbra mais importante que a fundamentação teórica da origem do poder é a sua concretização constitucional e funcional, ou seja, a teorização da electividade dos corpos tradicionais da nação – clero, nobreza e povo – e a sua integração na estrutura política da época.²⁵

A tese perfilhada por Ribeiro dos Santos baseia-se na defesa da instituição das Cortes e na aceitação de um poder régio fundado teologicamente e limitado pelas leis, nomeadamente pelas leis fundamentais da monarquia portuguesa – como as emanadas das cortes de Lamego – que garantem os direitos invioláveis – os foros e privilégios do corpo da nação e dos diferentes estados do reino.

António Ribeiro dos Santos defende assim a aliança entre a erudição histórica e o reformismo político, assente nas tradições históricas nacionais, o mesmo é dizer uma “síntese entre a autoridade real e os privilégios históricos que a Nação pode fazer valer perante o seu rei.”²⁶

²³ Cfr. TOMÁS ANTÓNIO GONZAGA, *Tratado de Direito Natural*, edição crítica de M. Rodrigues Lapa, Rio de Janeiro, 1957, p. 101.

²⁴ Cfr. FRANCISCO COELHO DE SOUZA E SAMPAIO, *Prelecções de Direito Pátrio Público, e Particular*, ob.cit., pp. VI-VIII.

²⁵ *Idem*, p. 318.

²⁶ Cfr. ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *A Ciência da Legislação: conceptualização de um modelo jurídico no final do Ancien Régime*, Separata de legislação, Lisboa, INA, n.º 16, Abril/Junho, 1996, p. 43.

3. A Monarquia para subsistir, independentemente de ser ou não pura, necessita de leis fundamentais que regulem a sua preservação, nomeadamente no tocante ao direito de sucessão dos Monarcas. Dependendo das leis fundamentais, a Monarquia é considerada pura ou mista.

O poder régio pertence ao Rei que não abdica dele em favor das Cortes, por serem consultivas e dependentes da sua vontade.

A monarquia pura funda-se em leis fundamentais que constituem os pactos e condições que dão forma ao reino, e com os quais os vassallos se sujeitam ao Rei, que os deve governar. Eram aquelas, nas palavras de Paulo Merêa²⁷, que têm origem no consenso do rei e do povo, e que por isso mesmo se impõem ao próprio monarca, não podendo ser alteradas nem revogadas senão em Cortes.

Como se lê na *Deducção Chronológica e Analytica* a lei fundamental é a que constitui e determina a forma do Governo, nomeadamente a nomeação do Monarca, seja por eleição ou por sucessão, e a forma em que deve ser governado o Reino ou regida a Republica.²⁸

Como exemplo de leis fundamentais podem ser referidos em Roma a Lei Real, em França a Lei Sállica, na Alemanha a Bulla de Ouro, em Portugal as Leis de Lamego, em Inglaterra a Carta Magna, na Polónia as *Pacta Conventa*, na Curlândia as *Pacta Subjectionis*, na Dinamarca a Lei Regia e na Holanda a União de Utrceh.

O poder do soberano, mesmo absoluto, está limitado pelas leis fundamentais, que juntamente com os povos, e antes destes abdicarem dos seus direitos e liberdades, criaram para constituição e governo da monarquia.²⁹ Se o Rei se encontra limitado pelas leis fundamentais do Reino, o povo não «devia censurar os Reis ou condená-los; depô-los do Reino, penalizando-os ou de qualquer modo coagi-los; fazer sedições contra eles; ser rebelde; favorecer os inimigos; pegar em armas; resistir pelas forças», como atestava António Ribeiro dos Santos no *De Sacerdotio*.³⁰

Em Portugal o objecto central das leis fundamentais é a fixação da ordem de sucessão da Coroa, de modo a estabelecer o exercício do poder real, sem qualquer possibilidade de ruptura. Assim, “configurava-se a legitimidade do Rei, cujo título

²⁷ Cfr. PAULO MERÊA, *O Poder Real e as Cortes*, Coimbra, Coimbra Editora, 1923, p. 54

²⁸ *Deducção Chronologica, e Analytica*, ob. cit., § 600, p. 391.

²⁹ Idem, § 602, p. 392.

³⁰ Vide a citação em ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *O Iluminismo e Direito em Portugal – o Reinado de D. José I*, Lisboa, 1987, p. 82. Vide ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS, *De Sacerdotio, et Imperio selectae dissertationes queis praemittitur dissertatio de Deo, de Religione naturali, ac revelata, tanquam earum basis, et fundamentum*, Lisboa, Ex Typographia Regia, 1770, p. 63-77.

de poder decorria directamente da lei, não necessitando de ser levantado ou de prestar o juramento e muito menos de ser aclamado em Cortes.”³¹

No discurso absolutista as leis fundamentais servem como meio de justificação dos poderes do príncipe e de limitação dos direitos dos povos³² e do próprio Príncipe. Na *Deducção Cronológica* defende-se que o poder dos Reis só não é superior à Lei Fundamental, que está presente desde o início da comunidade e legitima o poder real.³³

A invocação das Leis Fundamentais portuguesas corresponde, para os juristas setecentistas, à ideia de uma constituição tradicional da monarquia portuguesa, uma vez a lei fundamental exprimir a ideia de Estado como criação jurídica.

Apesar de na Monarquia Pura o poder do Soberano se encontrar acima das leis que elabora, as leis fundamentais impõem-se ao Rei que as deve cumprir, sob pena de pôr em risco a integridade do império.

A formulação da ideia purista de monarquia deve passar pela negação da tirania e do despotismo, vinculando-se o governante ao Direito, através das Leis Fundamentais.

4. Os Reis portugueses podem, caso as circunstâncias o exijam, assim como nas decisões políticas mais importantes, consultar a nação reunida em Cortes. Nas Cortes portuguesas encontram-se representados os três grupos sociais – clero, nobreza e povo.

As Cortes³⁴ enquanto “ajuntamento geral das ordens do reino, [convocadas] pelo soberano para [as] ouvir nas matérias concernentes ao bem comum e interesses do Estado”³⁵

³¹ Vide ANTÓNIO PEDRO BARBAS-HOMEM, *Iluminismo e Direito em Portugal*, ob. cit., p. 89.

³² Vide *Deducção Chronologica*, ob. cit., §§ 558 e 663.

³³ Idem, §600-602.

³⁴ Para uma visão geral sobre a importância das Cortes na Monarquia Portuguesa, vide RUY DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Historia do Direito Português*, I vol. ob. cit., pp. 533-554; MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (1140-1495)*, 2.^a ed., Lisboa, Verbo, 1985, pp. 312-320; PAULO MERÊA, *O Poder Real e as Côrtes*, ob. cit.; e ISABEL GRAES, *Contributo para um Estudo Histórico-Jurídico das Cortes Portuguesas entre 1481-1641*, Coimbra, Almedina, 2005; PEDRO CARIDADE DE FREITAS, *Um Testemunho na Transição para o Século XIX*, ob. cit., pp. 162-169.

³⁵ Vide RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, *Prelecções de Direito Publico Interno de Portugal*, ob. cit., p. 101. A um outro passo, Ricardo Raimundo Nogueira define Cortes como “hum ajuntamento geral dos que tem voto consultivo nas materias concernentes ao bem, e interesse do estado a quem o soberano convoca quando julga conveniente ouvir seus requerimentos ou representaçoens”, cfr. *Noçoens Preliminares de Direito Publico Portuguez, mandadas ensinar no 5.º anno de Leis pelos Estatutos da Universidade L. 2, tit. 6.º, cap. 1 § 4 e de facto ensinado. Pelo Snr Ricardo Raimundo*

não têm direitos de soberania que pudessem colidir com os direitos majestáticos do Príncipe.

Na opinião dos juristas portugueses do absolutismo as Cortes não têm poder deliberativo, não lhes competindo a produção legislativa. A atribuição de tais poderes desvirtua a essência da Monarquia, democratizando-a e subalternizando o poder do Príncipe à vontade das ordens do Reino, inviabilizando, deste modo, a «pureza» da Monarquia lusitana.

Estamos perante uma posição que acompanha os interesses políticos do despotismo iluminado que, para salvaguardar o poder absoluto do Rei e os direitos majestáticos, vê as Cortes como consultivas.

Paulo Merêa sintetiza esta ideia de uma forma muito clara: “A ideia fundamental da monarquia absoluta é a identificação do Príncipe com o Estado (*L’Etat c’est moi*). Com esta forma de governo todo o «dualismo» que até então se poderia reconhecer na organização política desaparece: a *res publica* confunde-se com o próprio monarca e encarna-se na sua pessoa. Este poder é ilimitado e em face dele não há lugar para direitos da nação nem para direitos do indivíduo. A vontade do príncipe é lei. Nenhuma autoridade pode existir dentro do reino que não dependa da sua, nenhuma faculdade se pode invocar que não seja em direito uma mera tolerância do príncipe.”³⁶

Os juristas de setecentos, que seguem a cartilha constituída pela *Dedução chronologica*, têm como objectivo demonstrar e justificar que a monarquia portuguesa é, desde o início, uma monarquia pura, com o poder político, legislativo e judicial centrado no Rei, que não o partilha com as Cortes.

Aos representantes da nobreza, clero e povo reunidos em Cortes cabe propor ao Rei a adopção de medidas de âmbito legislativo, tributário ou de utilidade pública que, sendo aprovadas, se fundamentariam na autoridade do Rei e não num poder de soberania das Cortes, uma vez que não se concebia uma submissão do Rei à vontade dos Povos do Reino.³⁷

Nogueira, Lente de Direito Pátrio – Anno 1795-1796, s/p. Neste passo é patente a função consultiva das Cortes perfilhada por Ricardo Raimundo Nogueira, e a dependência destas, nomeadamente no tocante à sua convocação, da vontade soberana do Monarca. Vide *Dedução chronologica, e analytica*, ob. cit., §§ 669-674, p. 449-453. Vide o artigo de JORGE BORGES DE MACEDO sobre *Dedução cronológica e analítica*, in *Dicionário de História de Portugal*, direcção de Joel Serrão, Porto, Livraria Figueirinhas, vol. II, pp. 277-278.

³⁶ Cf. PAULO MERÊA, *O Poder Real e as Cortes*, ob. cit., p. 52. As últimas Cortes do denominado Antigo Regime datam de 1698. Vide *História de Portugal*, vol. IV, ob. cit., p. 150. A matéria das Cortes vem referida a pp. 145 e ss.

³⁷ Vide *Dedução chronologica, e analytica*, § 672, p. 452.

A prerrogativa de apresentação de agravos, como se designavam as queixas do povo, constituía uma das principais funções das Cortes portuguesas que, e segundo a *Dedução cronológica e analítica*, passa, a partir de 1668, a ser desempenhado pelos Tribunais que substituem as Cortes nesta matéria.³⁸

5. Os Direitos Majestáticos³⁹ que gozam os Reis absolutos, como os Portugueses, encontram-se consagrados no título 26 das Ordenações Filipinas.

De entre estes Direitos cumpre destacar:

- o direito de jurisdição, inspecção e intendência sobre todas as pessoas, bens e corporações do Estado;
- o supremo senhorio, majestade, império e domínio eminente;
- o direito da força, da correição e da espada;
- o poder de fazer leis, e de as revogar, ou dispensar;
- de conceder graças e privilégios;
- de criar juizes e oficiais de justiça;
- de proteger, auxiliar e defender a Igreja e seus santos Mandamentos;
- de lançar tributos, ou pedidos às pessoas, bens, fazendas, officios ou artificios;
- de dirigir e regular a polícia e economia da cidade, agricultura, e o comércio por mar e terra;
- o direito de fazer soldados e officiais militares;
- o direito de declarar guerra, paz, tréguas;
- o direito de celebrar tratados, concordatas e transacções públicas;
- o direito de mandar embaixadores ou outros ministros;
- o direito de ordenar tudo quanto pedir a causa pública e a segurança, assim interna como externa da sociedade.⁴⁰

De entre os direitos majestáticos vamos analisar a função de legislar. Para Ricardo Raimundo Nogueira, lei, num sentido amplo, é *«todo e qualquer preceito comum do sumo imperante, que dirige as acções dos cidadãos ao fim da sociedade*

³⁸ As cortes deixam de ser convocadas porque “(...) tinham dividido a Jurisdição voluntaria pelos Tribunaes Regios, para cada hun delles conhecer, e consultar os negocios de toda a Monarquia na sua competente repartição: que tinham delegado a Jurisdição contenciosa nas Relações, onde se julgão em ultima instancia as causas civis, e criminaes: que tinham estabelecido Magistrados privativos, territoriaes, e locaes, para por elles administrarem a justiça aos povos dentro das suas Casas...”, Idem, § 674, p. 453.

³⁹ Sobre os direitos majestáticos vide PEDRO CARIDADE DE FREITAS, *Um Testemunho na Transição para o Século XIX*, ob. cit., pp. 154-162.

⁴⁰ Cfr. PASCOAL DE MELLO, *O Novo Código do Direito Publico de Portugal*, ob. cit., tit. I, §§ 2º e 3º, pp. 1-2.

civil.».⁴¹ Ou, por outras palavras, é a norma prescrita pelo soberano a seus súbditos para por ela regularem as suas acções.

Assim, recebe a lei “toda a sua força da vontade do sumo imperante, que a estabeleceu: donde, todas as vezes que constar que ele determinou alguma coisa, estão os súbditos obrigados a obedecer-lhe.”⁴²

O poder legislativo compete, assim, como vimos, e de forma exclusiva, ao Rei.

O Rei é investido num papel de regulador e orientador dos seus súbditos, cabendo-lhe, segundo o despotismo iluminado, o conhecimento dos meios que conduzem à felicidade e conservação do Estado. É com base nestas premissas que se desenvolve a legislação pombalina com referência quer para Portugal quer para o Brasil.

Com esta finalidade, é essencial que o Soberano estabeleça leis, segundo lhe pareça mais conveniente ao estado e interesse do seu império. Na senda de Montesquieu e de Filangieri⁴³ defende-se que as leis devem acompanhar os factores naturais do país e os factores sociais do povo.

No entanto, e apesar da mera vontade do Príncipe em fazer leis, estas só adquirem força e autoridade se revestidas de certa formalidade e solenidade.

As leis que o Príncipe elabora abrangem matérias díspares, que extravasam as tradicionais funções legislativas. O Príncipe absoluto preocupa-se em regulamentar a forma de evitar o ócio, de castigar os vadios e preguiçosos e de favorecer com prémios e privilégios os que se ocupam do exercício de artes úteis.

Ao Príncipe cabe fomentar a indústria e promover as artes e profissões, de modo a aumentar as riquezas e a felicidade dos indivíduos.⁴⁴

⁴¹ Cfr. RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, *Prelecções de Direito Publico Interno*, ob. cit., Vol. VII, p. 122. As leis “... são publicas, ou particulares, as publicas são, as que se referem ao estado publico de qualquer Nação. Estado publico he a forma do Imperio, a sua administração, ou quem governa, e modo por que se governa. As particulares são as que se referem a cada hum dos cidadãos e que se devem observar a respeito dos contractos, e mais negocios que celebrão entre si.”, cfr. *Noçoens Preliminares de Direito Publico Portuguez*, ob. cit., s/p.

⁴² Cfr. RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, *Prelecções de Direito Publico Interno*, ob. cit., Vol. VII, p. 123.

⁴³ Vide GAETANO FILANGIERI, *La Science de la Législation*, em 7 vols., obra traduzida do italiano, após a ed. de Nápoles de 1784, Paris, Chez Cuchet, 1786 e *Oeuvres de Filangieri*, em 5 vols., Novas Edições, Paris, Chez P. Dufart, Libraire, 1822.

⁴⁴ Cfr. RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, *Prelecções de Direito Publico Interno*, ob. cit., Vol. VII, pp. 157-158.

6. Se compete ao Rei fazer leis, também lhe cabe fazê-las cessar, através da revogação, dispensa ou outro privilégio [Ordenações Filipinas (O.F.), Liv. 3, tit. 66].

O Rei revoga as leis quando as faz cessar com eficácia *erga omnes* e dispensa, isenta ou concede um privilégio quando pretende beneficiar uma pessoa, uma situação ou um pequeno grupo de pessoas.

A dispensa, isenção ou privilégio apenas podem ter lugar caso exista uma justa causa.

A justa causa traduz-se num juízo de racionalidade e de realização do bem comum. Como refere Jorge de Cabedo, jurista português do século XVI, o príncipe incorre em pecado se dispensar *contra legem*, mesmo nas situações de direito positivo, salvo se o fizer com justa causa.⁴⁵

Os particulares que se sintam lesados pela dispensa de lei têm a faculdade de impugnar os actos através da invocação da mentira ou da falsidade dos argumentos (obrepção) ou através da dissimulação dos fundamentos apresentados para a dispensa (subrepção).

Outra prerrogativa do Rei é a aprovação de amnistias e indultos, que constituem um poder de clemência do Rei. Como refere António Pedro Barbas Homem a amnistia constitui um modo de exercer o poder legislativo e punitivo de forma negativa.⁴⁶ O facto de o Rei poder perdoar penas aplicadas nos termos da lei por juízes, leva a atribuir maior validade e eficácia ao perdão do que à lei.

Como acentua Barbas Homem a concessão de amnistias constitui um instrumento do chamado paternalismo monárquico, que em Portugal foi muito utilizado, nomeadamente aquando da subida ao trono de um Rei, do nascimento de um Príncipe, etc.⁴⁷

Ao Rei cabe também fazer a interpretação autêntica das leis, directamente ou por intermédio da Casa da Suplicação (O.F., tit. 4, § 1 tit. 5, § 5).

7. Questão pertinente prende-se com a obediência do Rei às suas próprias leis. Entende-se que o príncipe está vinculado em consciência aos actos que pratica. Esta concepção permite defender que poder absoluto não é sinónimo de tirania ou

⁴⁵ Cfr. RUY DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, II vol., ob. cit., p. 30.

⁴⁶ Cfr. ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *A Lei da Liberdade. Introdução histórica ao pensamento jurídico. Épocas medieval e moderna*. Vol. I, Lisboa, Principia, 2001, p. 262.

⁴⁷ Idem, pp. 262-263.

poder ilimitado, uma vez o Rei exercer o seu magistério tendo em atenção o interesse da sociedade. Ricardo Raimundo Nogueira acentua “ainda que o Soberano (...) seja superior às Leis de que é autor, com tudo o bem do Estado pede que ele mesmo as observe, e que o Vassalo viva na certeza de que há-de ser julgado na conformidade das ditas Leis que considera como norma constante de suas acções. [e conclui] Que terríveis consequências não poderiam resultar do contrario.”⁴⁸

Para José António de Alvarenga é o Rei que dá força coactiva às leis que elabora e, como tal, todos, com excepção dele, estão obrigados a essas leis. Ao Rei apenas se exige o cumprimento das leis de Deus, não as que ele próprio elabora.⁴⁹

Posição contrária assume António Ribeiro dos Santos que considera que os Reis se subordinam às suas próprias leis, mas não de forma coactiva.⁵⁰ De qualquer modo, a legislação régia preconiza a superioridade do príncipe sobre a lei positiva,⁵¹ como se pode atentar nas O.F. 2.35.21, 3.66. pr. e 3.75.1.

Esta foi também a posição assumida por Tomás António Gonzaga que reconhece que a razão demonstra que o Rei não se encontra obrigado pelas próprias leis, uma vez ser “a natureza da lei o obrigar, ninguém pode estar sujeito à sua própria lei, pois que ninguém se pode obrigar a si próprio”, no entanto, adverte que a razão natural pede que o soberano observe as suas próprias leis, “pois é sumamente útil e justo que a parte convenha com o todo.”⁵²

Se o Rei se encontra, pelo menos em consciência, submetido às leis de que é Autor, o mesmo não acontece em relação às leis fundamentais. Neste caso, o rei encontra-se efectivamente sujeito ao seu cumprimento, não só por resultar do consenso nacional, mas por o seu não cumprimento poder colocar em perigo a sobrevivência nacional.

8. Para aplicar as leis que a vontade soberana do Príncipe dá origem, e pela incapacidade natural em poder executar, controlar e aplicar as leis, o Príncipe nomeia magistrados para em seu nome cumprirem e efectivarem as suas providências, en-

⁴⁸ Cfr RICARDO RAIMUNDO NOGUEIRA, *Censura ao título III dos Juízos e das Penas do Código de Direito Público de Portugal composto pelo Dr. Pascoal José de Mello, feito pelo Dr. Ricardo Raymundo Nogueira*, Biblioteca Nacional de Lisboa, Cod. 1716, p. 14v.

⁴⁹ Cfr. JOSÉ ANTÓNIO DE ALVARENGA, *Sobre a autoridade régia*, ob. cit., p. 61.

⁵⁰ Cfr. ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS, *De Sacerdotio et Imperio*, ob. cit., pp. 149 ss.

⁵¹ Cfr. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *O Poder Político no Renascimento Português*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas Ultramarinas, 1968, pp. 235 ss.

⁵² Cfr. TOMÁS ANTÓNIO GONZAGA, *Tratado de Direito Natural*, ob. cit., pp. 143-144.

carregando, nas palavras de Ricardo Raimundo Nogueira, cada um de certa porção do governo político da república.⁵³

Tal não significa que o Príncipe abdique dos direitos governativos que tem, em função do cargo que desempenha. O Rei limita-se a conferir a certos indivíduos que actuam em seu nome, uma ínfima parcela do seu governo.⁵⁴

Situação discutível é a possível transmissão de poderes soberanos do Príncipe para o magistrado. Ao Magistrado é concedida autoridade no governo da coisa pública e não soberania, uma vez esta ser pertença do Príncipe. Não há, assim, qualquer transmissão de poderes soberanos do Príncipe para o Magistrado.

Por os magistrados serem investidos numa parcela de governo da coisa pública, os súbditos do Rei têm de lhes obedecer, como se do Príncipe se tratasse.

⁵³ Idem, p. 136. Vide ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS, *Notas ao plano do Novo Código*, ob. cit., pp. 26-28, que entende os magistrados como «os ministros publicos, ou mandatarios do poder supremo, de qualquer ordem e natureza que sejam, que por seus cargos e officios exercitão em nome do Príncipe alguma porção do seu poder e auctoridade nas diversas repartições do governo da nação.».

⁵⁴ O Marquês de Penalva considerava os Magistrados como delegados do Soberano, uma vez a “Autoridade Real em tudo semelhante à autoridade Paterna, não pode exercitar-se por uma só pessoa”, assim, os “...Príncipes, legítimos Pais dos Povos, que Deus lhes confiou; sendo impossível que executassem por si mesmos tudo o que o seu alto emprego lhes fez ditar em obséquio da Religião, e da felicidade pública, era indispensável que delegassem na melhor porção dos seus Vassallos uma boa parte dos seus paternais cuidados. (...) Eis aqui a origem do respeitável corpo da Magistratura.” Para o Marquês de Penalva o Príncipe delegava nos magistrados uma parte do governo da sociedade, sem se aumentarem os soberanos. Cfr. MARQUÊS DE PENALVA, *Dissertação sobre as obrigações do vassallo*, Lisboa, Prodomo, 1945, pp. 75-79.