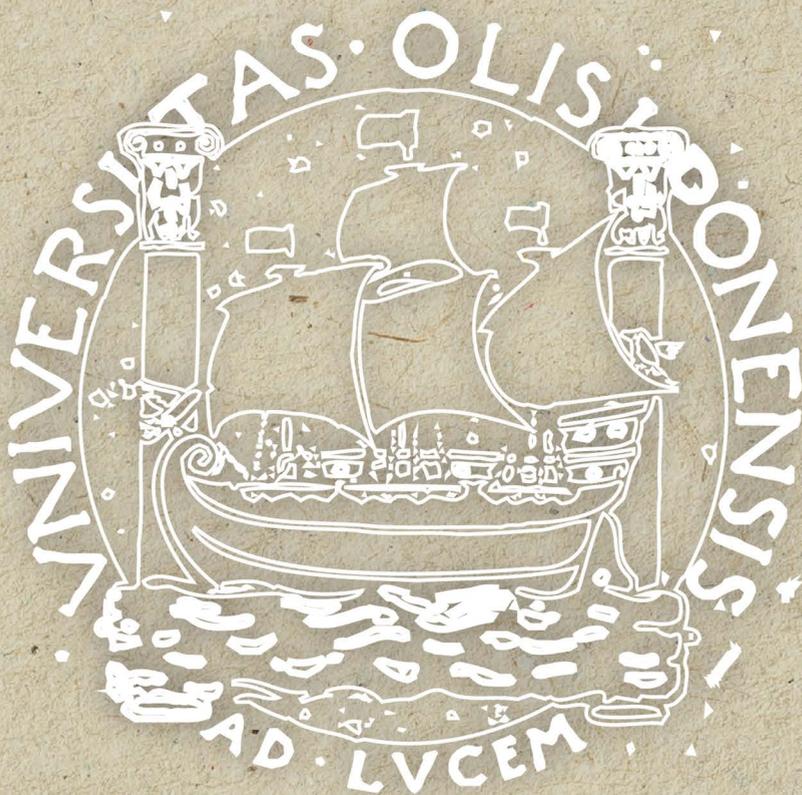


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

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: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

- **Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
- **Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- **José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

- **Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
- **Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- **Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões

Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

Míriam Afonso Brigas*

“Entre nature et spiritualité, les femmes voient leur espace circonscrit dans l’univers étroit de la domesticité, de la reproduction de l’espèce et du dévouement maternel. Les droits universels ne les concernent plus et elles n’entrent que par effraction dans l’espace public”.

Michèle Riot-Sarcey¹

“Doy el nombre de hospitales (hospitalia) a aquellas instituciones donde los enfermos (aegri) son mantenidos y curados, donde se sustenta un cierto número de necesitados (inopum), donde se educan los niños y las niñas, donde se crían los hijos de nadie (expositi), donde se encierran los locos (mente capti) y donde los ciegos (caeci) pasan la vida.”

De subventione pauperum, 1526²

Resumo: Visa-se, com o presente estudo, analisar como a matéria da vulnerabilidade tem especial expressão na área do Direito da Família, mais concretamente na História do Direito da Família. A análise incidiu no estudo do conceito de vulnerabilidade, atendendo ao seu aparecimento na história do direito português, mais centrado na perspectiva assis-

Abstract: The aim of this study is to analyze how the issue of vulnerability has a special expression in Family Law, more specifically in the History of Family Law. The analysis focused on the concept of vulnerability, given the emergence of this idea in the history of Portuguese law, more centered on the assistance perspective of certain institutions,

* Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Instituto de Investigação Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. miriambrigas@fd.ulisboa.pt.

¹ MICHÈLE RIOT-SARCEY, “Le féminin, un genre bien singulier (de la Révolution française à la IIIe République)”, págs. 55-61, in *Le féminin en miroir entre Orient et Occident*, Campagne Première/Recherche, Paris, 2005, pág. 57.

² Jean Luis Vives, *Tratado de Socorro dos Pobres, Pre-Textos*, tradução inédita do século XVI de Bernardo Pérez de Chinchón, pág. 221.

tencialista de certas instituições, como as Santas Casas da Misericórdia, instituições com relevo ao nível familiar, como se comprova em matéria de apoio aos órfãos e aos mais necessitados, como as crianças expostas. A situação das mulheres viúvas será, naturalmente, objecto de especial atenção, considerando a relevância que este sujeito jurídico assumia na regulamentação nacional, exemplificada na variada legislação produzida, designadamente no primeiro Código Civil português, de 1867.

Palavras-chave: vulnerabilidade; família; direito; órfãos; mulheres; viúvas.

as happened with the Santas Casas da Misericórdia, institutions with relevance at the family level, support for orphans and those most in need, as was the case for exposed children. The situation of widowed women will be object of special attention, considering the relevance that this subject assumed in the national legal regulations, as evidenced in the varied legislation produced, namely in the first Portuguese Civil Code.

Keywords: vulnerability; family; law; orphans; women; widows.

Sumário: I. Objecto de análise. A vulnerabilidade como tema de interesse jurídico-familiar; II. Breve incursão nas Ordenações do Reino e na legislação produzida nos séculos XVIII e XIX em matéria de vulnerabilidade. A situação dos órfãos e das mulheres em particular; III. Observações finais.

I. Objecto de análise. A vulnerabilidade como tema de interesse jurídico-familiar

1. Recebi, com muito agrado, o tema do presente número da Revista da nossa Escola: “Vulnerabilidade e Direito”. O contacto com o tema não me era estranho, já que, em momento anterior, através de uma outra iniciativa académica, ocorrida em Coimbra³, me tinha confrontado com esta temática. Muitas abordagens podem ser efectuadas quando nos dedicamos ao tratamento desta matéria. No meu caso, interessa-me analisar de que forma o elemento da vulnerabilidade possa estar presente, especialmente na área da História do Direito da Família. Não me quero comprometer, para já, com o grau de envolvimento que a vulnerabilidade possa assumir nesta área do Direito. Desde logo, porque me irei circunscrever à formação histórico-jurídica do que designamos como Direito da Família, ainda que acabemos por efectuar algumas incursões no Direito da Família vigente. Adiantando, no entanto, que a vulnerabilidade que nos vai ocupar, tanto pode resultar da natureza do sujeito jurídico,

³ Reporto-me ao Congresso Vulnerabilidade(s) e Direito(s), realizado a 6 e 7 de novembro de 2017, em Coimbra, pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

em concreto, como da situação em que o mesmo se encontra. Naturalmente que os períodos históricos escolhidos para analisar o tema da vulnerabilidade são importantes para definir a dimensão que este pode assumir. Não ignoramos este facto, mas interessa-nos recortar a vulnerabilidade como elemento presente na génese e evolução do Direito da Família, sem procedermos, ainda, a uma análise específica do tema. O desenvolvimento desta matéria está, no entanto, no universo dos estudos que pretendemos realizar. No futuro, ocupará, certamente, a nossa atenção.

2. O tema da vulnerabilidade é especialmente relevante no domínio da História do Direito Português, tendo sido também objecto de estudos/reflexões parcelares de variada natureza, designadamente nas áreas da Teoria do Direito e da Sociologia do Direito⁴. Outras áreas, como o próprio Direito da Medicina, se têm dedicado ao tratamento destes temas, apresentando perspectivas interessantes sobre a matéria. As alterações ocorridas nos finais do século XIX, inícios do século XX, foram o fundamento para alguns autores justificarem o interesse pelo tema da vulnerabilidade como “a admissão de que as desigualdades pessoais e sociais são, em si mesmas, um problema”⁵. Acrescentamos, um problema que o direito tinha de abordar e identificar, mediante a protecção dos sujeitos ou através da criação de regime jurídico discriminatório, consoante a perspectiva que adoptemos. Importa ter em linha de conta que a vulnerabilidade nem sempre resultou de uma situação de desigualdade pessoal ou social, já que, no domínio da Família, algumas das situações que analisaremos como vulneráveis têm uma diferente origem, como sucede com a construção jurídica da mulher casada e mãe no contexto da família conjugal. A mulher viúva reflecte, também, esta particularidade. Depreende-se, portanto, que cada período histórico congrega uma determinada herança cultural, geradora de diferente conceito de vulnerabilidade, que importa perceber e enquadrar. As

⁴ Importa, no entanto, referir, que a temática da vulnerabilidade tem sido abordada nestas áreas do conhecimento sem a sua catalogação neste domínio. Isto é, a matéria é abordada, mas sem o recurso a esta terminologia, o que não nos impede de identificar uma linha de continuidade na análise que é efectuada. Uma das áreas em que a matéria tem ganho alguma relevância centra-se na questão dos adultos vulneráveis e na articulação com a velhice, como se constata pelos trabalhos desenvolvidos, essencialmente na área da Sociologia do Direito. Ver, também, H. Thomas, 2008, “Vulnérabilité, fragilité, précarité, résilience, etc. De l’usage et de la traduction de notions éponges en sciences de l’homme et de la vie”, Terra-Ed, coll. «Esquisses», fév. 2008: <http://terra.rezo.net/article697.html>. E. Grundy, 2006, “Ageing and vulnerable elderly people: European perspectives”, *Ageing & Society*, 26, págs. 105-134.

⁵ Cfr. ANA ELISABETE FERREIRA, “A assunção jurídica da vulnerabilidade – os grandes debates dos finais do século XIX à Primeira República”, in *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Ano 2, (2013), n.º 4, pág. 2856.

construções de poder existentes e o conceito de comunidade política também não são irrelevantes nesta matéria, a que se associa o papel do Estado na definição de uma política concreta de apoio aos mais vulneráveis. Nesta última situação, a preocupação com a temática tem assumido uma expressão mais evidente nos últimos anos, atendendo ao reconhecimento da velhice como uma consequência natural da maior longevidade da sociedade, com os problemas que daqui podem resultar. O regime criado sobre o maior acompanhado é, a nosso ver, uma expressão deste interesse e da procura por uma resolução jurídica para o problema, alterando o paradigma adoptado até então. A compreensão dos factores que nos permitem abordar a temática dos adultos vulneráveis, é, a este respeito, muito relevante. Este é um domínio que extrapola o âmbito das matérias jurídico-familiares, mas que convoca igualmente o nosso interesse, atendendo à sua relevância para a compreensão do tema. Saliente-se, aliás, que esta intervenção estadual assume importância, tanto ao nível jurídico-familiar, como em vários domínios da esfera pública, como sucede com a actuação de natureza administrativa.

Nesta primeira reflexão iremos dedicar-nos ao tratamento da vulnerabilidade considerando a posição assumida por certos sujeitos, já identificados, mas temos consciência de que no domínio jurídico-familiar esta análise implica uma articulação mais vasta, uma vez que certos regimes jurídicos já nos fornecem elementos valiosos sobre a identificação de situações como merecedoras de tratamento jurídico específico e, em certa medida, protector. Reporto-me, designadamente, ao regime existente para os menores, em matéria de casamento e exercício de determinados actos, revelando que a incapacidade jurídica destes sujeitos os coloca na mira do legislador. Assim sendo, a ponderação dos vários interesses em presença justifica que determinados actos devam estar dependentes da intervenção dos progenitores.

Outro elemento deve ser ponderado na análise que vamos efectuar: a relevância que o risco assume na temática da vulnerabilidade. Não é fácil a caracterização deste factor, ainda mais considerando que a sua densificação tem de ser efectuada à luz dos interesses em presença em cada período histórico. Naturalmente que não podemos nem devemos transportar os elementos que, na actualidade, caracterizam esta figura, mas há que ponderar a dimensão que o risco assume no direito produzido nas situações que acolhemos como vulneráveis. Ao longo da nossa análise não teremos possibilidade de desenvolver este aspecto, mas, seguramente, voltaremos a este elemento em futuros trabalhos.

Pelo exposto, conclui-se que a Família, pelas suas particularidades enquanto área do direito privado, reúne vários elementos que congregam especial reflexão, no âmbito da temática em análise.

Começo com algumas interrogações:

1. Qual a essência do Direito da Família?
2. Quando analisamos a construção do Direito da Família, a que conceitos nos estamos a reportar?
3. A criação de normas de Direito da Família está directamente relacionada com a protecção de sujeitos em situação de especial fragilidade?
4. Qual a natureza da fragilidade dos sujeitos que justifica protecção?
5. Pode/deve a fragilidade ser identificada com a vulnerabilidade? Em que termos?
6. É a vulnerabilidade uma categoria jurídica autónoma no domínio do direito privado e, mais concretamente, do Direito da Família?
7. A fragilidade/vulnerabilidade é uma característica inata ao Direito da Família, ou resulta de uma construção efectuada pelo Estado?
8. Até que ponto o Estado promoveu a defesa da vulnerabilidade na protecção de certos interesses de natureza familiar?
9. De entre as várias opções possíveis para abordar a temática da vulnerabilidade, o Estado adoptou as soluções mais adequadas?

3. Quando identificamos os fundamentos que justificam o aparecimento de normas com conteúdo próximo do que hoje integramos na área do Direito da Família, constatamos que existiram situações que justificaram a atenção do legislador. A especial preocupação com o património demonstra como este elemento estava presente, depreendendo-se que a fragilidade económica era geradora de uma maior limitação dos sujeitos. Será, aliás, esta preocupação que irá determinar vários regimes jurídicos previstos na legislação produzida nos séculos XIV, XV e XVI, como se comprova no conteúdo presente nas Ordenações do Reino e na variada legislação avulsa existente. Reporto-me, em concreto, às matérias relativas à celebração do casamento e aos regimes específicos vigentes ao nível das promessas de casamento, denunciando como a protecção dos *cabedais dos nubentes* era elemento determinante na celebração das uniões. A literatura de conselho presente em obras como *Espelho de Casados* e no *Casamento Perfeito* denunciam a importância que este elemento assumia na perfeição conjugal, alertando-se para o papel relevante da igualdade patrimonial para a longevidade do casamento. Este elemento é, aliás, objecto de interesse de vários autores no decurso dos séculos XVII e XVIII, sendo ainda mencionado por vários civilistas do século XIX, como Borges Carneiro ou Dias Ferreira, o que nos permite perceber que a patrimonialidade era um elemento presente no discurso jurídico oitocentista, ainda que a fundamentação não fosse sempre idêntica.

Se procurarmos o conceito de *vulnerabilidade* ou de *fragilidade* nos dicionários da época, não podemos deixar de consultar Raphael Bluteau, no *Vocabulário Portuguez e Latino*⁶, elaborado de 1712 a 1721, composto por oito volumes, onde este autor se socorre do termo *frágil* como “cousa que se pode facilmente quebrar”⁷, “cousa que dura pouco”⁸. Aqui, o conceito é reportado a um objecto, mas a análise efectuada não se centra apenas nesta realidade, já que, de seguida, se debruça sobre o conceito de *fragilidade*, que qualifica da seguinte forma: “fraqueza, a fragilidade humana, *imbecillitas, fragilitas humanis generis*”⁹. Curiosamente, esta análise, ainda que reportada à natureza humana, acaba por não ser atribuída a nenhum género em concreto, apesar de sabermos que a expressão *imbecillitas sexus* era frequentemente utilizada nas fontes, reportada ao sexo feminino. Esta mesma análise é continuada na apreciação que este autor efectua à situação da *mulher*, qualificando-a como “creatura racional do sexo feminino”¹⁰, vindo posteriormente, citando os Evangelhos, a referir-se à mulher e “á própria fragilidade do sexo”¹¹, o que denuncia uma das concepções que encontramos presente em vasta literatura da época. Interessante é também o facto de o dicionário individualizar a situação da mulher casada, definindo-a de forma curiosa: “A mulher he a coroa de seo marido, não he razão que lhe ponha na testa outro diadema”¹².

António Moraes da Silva, em 1789, no *Diccionario da Lingua Portuguesa*¹³, qualifica como *frágil* “o quebradiço”¹⁴, “de pouca dura”¹⁵, o “sujeito a peccar

⁶ A designação completa da obra indicada é a seguinte: *Vocabulario Portuguez, e Latino, Aulico, Anatomico, Architectonico, Bellico, Botanico, Brasilico, Comico, Critico, Chimico, Dogmatico, Dialectico, Dendrologico, Ecclesiastico, Etymologico, Economico, Florifero, Forense, Fructifero, Geographico, Geometrico, Gnomonico, Hydrographico, Homonymico, Hierologico, Ichtuologico, Indico, Ifagogico, Laconico, Liturgico, Lithologico, Medico, Musico, Meteorologico, Nautico, Numerico, Neoterico, Ortographico, Optico, Ornithologico, Poetico, Philologico, Pharmaceutico, Quidditativo, Qualitativo, Quantitativo, Rethorico, Rustico, Romano; Symbolico, Synonimico, Syllabico, Theologico, Terapeutico, Technologico, Uranologico, Xenophonico, Zoologico, Autorizado com exemplos dos melhores escritores portuguezes, e latinos, e offerecido a ElRey de Portugual, D. Joaõ V, pelo Padre D. Raphael Bluteau.*

⁷ RAPHAEL BLUTEAU, *Vocabulario Portuguez e Latino...*, volume IV, pág. 344.

⁸ *Idem, ibidem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem*, volume V, pág. 543.

¹¹ *Idem, ibidem.*

¹² *Idem*, pág. 544.

¹³ Importa ter em consideração que a obra referida, produzida em 1789, resulta dos próprios trabalhos de Raphael Bluteau, reformulados, agora, por António Moraes da Silva. A edição a que nos reportamos tinha, aliás, a seguinte designação: *Diccionario da Lingua Portuguesa composto pelo Padre D. Rafael Bluteau, reformado, e acrescentado por Antonio de Moraes Silva.*

¹⁴ ANTÓNIO MORAES DA SILVA, *Diccionario da Lingua Portuguesa*, volume II, pág. 54.

¹⁵ *Idem.*

facilmente”¹⁶, definindo a *fragilidade* como “a qualidade de ser frágil”¹⁷, “pouca duração”¹⁸, “pouca firmeza”¹⁹. Como se constata, mantém-se a mesma limitação que vimos em Raphael Bluteau, sendo que, quando pesquisamos o conceito reportado a *mulher*, e não *molher*²⁰, já não encontramos referência à fragilidade deste sexo. Apenas se faz menção a “femea da espécie humana”²¹ e ao “oposto a marido”²². Como veremos, o conceito de mulher não incluía as mesmas competências atribuídas ao marido, mas este não é tema a que nos dedicaremos neste artigo, embora não pudéssemos deixar de o destacar, pela sua relevância.

4. Centremo-nos, agora, no casamento como instituição na qual a fragilidade/vulnerabilidade estava, aparentemente, presente.

Os pressupostos jurídicos que foram sendo definidos para a celebração do casamento partiam da vulnerabilidade que a diferente fragilidade económica dos sujeitos podia gerar na vida familiar. Em consequência, o legislador enuncia um conjunto de regras que visam colmatar esta situação que exige maior cautela jurídica. No caso do casamento dos menores, que enunciamos apenas como exemplo, facilmente se compreende que a idade é encarada como um factor de fragilidade, quer física, quer emocional, o que justifica o regime jurídico aplicável, exigindo a intervenção dos progenitores para a validade do casamento²³. Esta intervenção foi diferenciada ao longo dos vários períodos históricos, importando ter em consideração que os efeitos da celebração de certos actos sem a ingerência paterna nem sempre foram os mesmos, consequência dos entendimentos existentes. O tratamento efectuado pelos direitos canónico e régio é diferente, pelo menos se nos reportarmos aos regimes existentes nos séculos XV e XVI, reconhecendo, o primeiro, maior liberdade de actuação aos nubentes numa situação de consentimento sem a intervenção dos progenitores. Esta solução resultava da importância conferida pelo direito canónico ao elemento da liberdade na manifestação da vontade, factor determinante para a validade do acto celebrado. Diferentemente se estabelecia no direito régio, menos favorável à valorização da vontade dos menores, pelos efeitos decorrentes em matéria de património familiar.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Como sucedia com o *Vocabulario Portuguez e Latino* de Raphael Bluteau.

²¹ *Idem*, pág. 327.

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

5. É o momento de efectuar algumas precisões. Já mencionei os termos *vulnerabilidade* e *fragilidade* sem os concretizar ao nível familiar. Esta referência é intencional. Na realidade, não o irei efectuar, por ora, mas considero importante reconhecer que a forma como entendemos os conceitos molda a percepção da realidade. Acompanhamos, aqui, a posição de Michel Tropper²⁴, quando refere que não devemos analisar os conceitos como momentos de evolução, já que cada período histórico confere a tonalidade necessária para a caracterização da realidade. Nesse sentido, efectuamos a análise histórico-jurídica, admitindo que nos estamos a reportar a situações em que o direito considerou que certas características dos sujeitos justificavam preocupação, e, nesse sentido, definiu um regime jurídico protector para certos bens jurídicos. Ao longo da análise, individualizaremos, sempre que considerarmos necessário e esclarecedor, as motivações e efeitos desta criação.

Outro elemento deve ser trazido para a discussão. A existência de situações de fragilidade pode surgir como uma consequência específica de certos sujeitos, pelo facto de não possuírem determinado pressuposto que justifica a aplicação de um regime jurídico *pleno*. Reporto-me, neste caso, à situação das mulheres, que, pelo facto de o serem, estão condicionadas na sua actuação. Naturalmente, como veremos, o próprio estatuto jurídico que lhes é atribuído varia consoante a posição que ocupam na família. O tratamento não é o mesmo perante as mulheres casadas, as mulheres viúvas ou as mulheres solteiras. Aqui, o estatuto civil justifica diferente comportamento e a atribuição do regime jurídico respectivo. Outro tipo de fragilidade pode ser aquele que qualificamos de relacional, isto é, a vulnerabilidade resultante de uma limitação do sujeito pela inexistência de outro sujeito, com o qual deverá existir uma relação directa. Reporto-me à situação dos órfãos, que, como veremos, assumem na ordem jurídica um estatuto de menoridade, pela ausência da figura paterna e, em consequência, da protecção que o progenitor confere aos seus descendentes. Certos sujeitos podem assumir um estatuto especialmente vulnerável, acumulando os dois elementos anteriormente referidos. Reporto-me à situação dos expostos e dos enjeitados que, sendo habitualmente crianças órfãs inseridas em locais de recolhimento, assumiam uma fragilidade económica que os colocava em situação de maior vulnerabilidade. Ao longo da nossa análise veremos como estas classificações se podem fundir, consoante os elementos que identificamos para apreciação. Este é, também, um dos desafios desta análise. Compreender a multiplicidade de vestes que a vulnerabilidade pode assumir e averiguar os factores que a podem condicionar.

²⁴ MICHEL TROPPEL, “L’Histoire du Droit et la Théorie Générale du Droit”, in *Storia e Diritto, Esperienze a Confronto, Atti dell’incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei quaderni fiorentini*, Firenze, 18-19 Ottobre, 2012, págs. 387-397.

II. Breve incursão nas Ordenações do Reino e na legislação produzida nos séculos XVIII e XIX em matéria de vulnerabilidade. A situação dos órfãos e das mulheres em particular

1. Perscrutando o estatuído nas Ordenações do Reino, mais concretamente nas Ordenações Filipinas²⁵, verificamos que as matérias relativas à situação dos menores, designadamente em situação de orfandade, e às mulheres viúvas, são objecto de especial atenção. De referir, aliás, que este interesse não é exclusivo destas Ordenações, existindo vários exemplos desta protecção nas Ordenações anteriores²⁶ e na variada legislação extravagante produzida²⁷. Na realidade, parece poder afirmar-se que certas circunstâncias da vida podem influenciar o estatuto jurídico atribuído a certos sujeitos, como ocorria numa situação de orfandade ou de viuvez. Esclareça-se que a viuvez que preocupava o legislador setecentista era a feminina, já que teremos de esperar até ao século XIX para vislumbrarmos idêntica preocupação com a viuvez masculina²⁸, motivada por razões de diferente natureza.

²⁵ Trata-se de uma opção que tomámos acerca do termo inicial do nosso trabalho. Considerando os destinatários da presente publicação, entendemos que os períodos mais recuados de formação das normas familiares não seriam do interesse dos leitores, ainda mais considerando a dificuldade de acesso às fontes e a falta de proximidade com as normas actuais do Direito da Família. Reconhecemos, no entanto, que esta análise é também relevante, não devendo ser ignorada, como já destacámos em anteriores trabalhos.

²⁶ Como se comprova nas *Ordenações Afonsinas*, Edição fac-similada da edição da Real Imprensa da Universidade de Coimbra no ano de 1797. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, Livro IV, Título LXXXIII, *Do Tutor ou Curador testamentário que he dado ao menor em algum testamento*, pág. 306.

²⁷ A relevância da legislação extravagante nas matérias em análise é mais evidente no século XVIII, como se constata com a legislação que passamos a identificar: Decreto de 24 de Abril de 1752, que se dedica à questão da legitimidade/ilegitimidade em matéria de filiação, definindo as regras a observar neste âmbito; Leis de 19 de Junho de 1775 e de 29 de Novembro de 1775 e os Assentos da Casa da Suplicação de 9 de Abril de 1772 e de 1786, que se debruçam sobre os termos do exercício do poder paternal, designadamente ao nível do direito a alimentos e do poder de correcção dos menores. Igualmente relevante a legislação produzida a propósito das mulheres viúvas, como se comprova pelo Alvará de 17 de Agosto de 1761, que incide sobre os abusos de dispensas nos casamentos de pessoas de primeira grandeza, e luto das viúvas. Igualmente importante é a Lei de 6 de Outubro de 1784, que regula a matéria dos esponsais, e providencia acerca das querelas de estupro. Os diplomas mencionados podem ser consultados em *Ordenações Filipinas*, Edição fac-similada da edição de Cândido Mendes de Almeida (*Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*, Rio de Janeiro, 1870). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, (Aditamentos). Em futuros trabalhos analisaremos a legislação indicada, atendendo às várias categorias jurídicas relacionadas com a temática da vulnerabilidade.

²⁸ Veja-se, a este respeito, o disposto no artigo 1235.º do Código Civil Português de 1867. Cfr. *Código Civil Português, aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867*, Lisboa, Imprensa Nacional,

As Ordenações Afonsinas estabeleciam a possibilidade de o pai ou avô poderem designar tutor ou curador em testamento, relativamente ao filho ou neto que estivesse em seu poder e que não fosse maior de vinte e cinco anos. A intenção era a proteção do património do menor, considerando a respectiva “descriçam e bondade”²⁹ do progenitor e avô, atendendo à boa capacidade de administração dos bens, quer sejam móveis, quer de raiz. Saliente-se, aliás, que o legislador afonsino tem o cuidado de enunciar as causas que podem justificar o afastamento dos poderes dos tutores: a) na situação em que administram mal os bens do órfão e b) se utilizarem os referidos bens para uso próprio. A preocupação patrimonial é, assim, o mote de actuação dos tutores e curadores. O Título LXXXIII do Livro IV reforça os princípios enunciados, uma vez que regula a situação dos filhos menores cujos pais não efectuaram testamento. Neste caso, o legislador acautela que seja escolhido o parente “mais idóneo”³⁰, reforçando a ideia de protecção e segurança na administração do património do menor. As Ordenações Manuelinas enfatizam a figura do Juiz dos Órfãos no Título LXVII do Livro I³¹, estabelecendo requisitos para o exercício desta função e a sua obrigatoriedade nas vilas e lugares que tenham mais de quatrocentos vizinhos. Novamente, a preocupação com a fragilidade dos órfãos é destacada, considerando a posição dos órfãos casados ou emancipados, salientando que, frequentemente, os bens que lhes devem ser entregues são danificados, “em que os órfãos recebem nisso grande perda”³². Significa, portanto, que a vulnerabilidade de certas situações jurídicas, da qual a orfandade é apenas um exemplo, nos demonstra a atenção conferida pelo legislador aos interesses que importava proteger e aos riscos que poderiam advir para a administração do património dos menores.

Aqui reside outro elemento que entendemos relevante: as situações que podem justificar o regime de orfandade reconhecido pelo legislador. À partida, podemos identificar três situações: a) ocorrendo o falecimento do pai, b) ocorrendo o falecimento da mãe e c) na situação de falecimento de ambos. Refira-se, no entanto, que em assento de 23 de Fevereiro de 1635, se mencionava o seguinte: “órfão menor não se entende o que tem pai, posto que não tenha mãe”³³. Era, portanto, a ausência

1868, pág. 219.

²⁹ Cfr. *Ordenações Afonsinas*, ob. cit., *Do Tutor ou Curador...*, Livro IV, Título LXXXIII, pág. 307.

³⁰ *Idem*, pág. 308.

³¹ Cfr. *Ordenações Manuelinas*, Edição fac-similada da de Coimbra no ano de 1797. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, *Do Juiz dos Órfãos e cousas que a seu Officio pertencem*, Livro I, Título LXVII, pág. 475.

³² *Idem*.

³³ MARIA ANTÓNIA LOPES, *Protecção Social em Portugal na Idade Moderna*, Guia de Estudo e Investigação, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pág. 83.

da tutela paterna que colocava, em princípio, o órfão objecto de especial protecção legislativa. Neste sentido se compreende a intervenção do Estado que, na ausência da figura paterna, assumia essa protecção através dos Juizes dos Órfãos disseminados por todo o reino. Refira-se que a tutela destes juizes incidia, quer sobre os menores institucionalizados em instituições como orfanatos, quer sobre aqueles que não o eram. Nos termos do disposto nas Ordenações Filipinas, Livro I, Título LXXXVIII, as localidades com mais de 400 fogos tinham obrigatoriamente juiz e escrivão dos órfãos, sendo que até à existência desta norma a apreciação das matérias dos órfãos não tinha jurisdição privativa, competindo aos juizes ordinários. Vejamos o fundamento invocado pelo legislador para a instituição destes juizes, o que nos permitirá entender as causas desta institucionalização:

“Antigamente o prover sobre as pessoas e fazendas dos órfãos pertencia aos Juizes ordinários e Tabelliães, e por suas occupações serem muitas, e não poderem cumprir com esta obrigação, como deviam, foram ordenados os Officios de Juiz e Escrivão dos Orfãos, para specialmente proverem nas Pessoas e Fazendas delles, no que devem ter grande cuidado, pola muita confiança que nelles he posta. (...) E o Juiz dos Orfãos deve com grande diligência e cuidado saber quantos Orfãos há na cidade, villa ou lugar em que he juiz, e fazel-os todos screver em hum livro ao Scrivão desse officio, declarando o nome de cada Orfão, e cujo filho he, e de que idade e onde vive, e com quem, e quem he seu Tutor, e Curador. E deve saber quantos bens tem moveis e de raiz, e quem os traz e se andam bem aproveitados, danificados ou perdidos, e por cuja culpa e negligencia, para os poder fazer aproveitar e arrecadar. E assim deve fazer pagar aos orfãos toda a perda e dano, que em seus bens receberam, por aquelles que nisso achar negligentes ou culpados”³⁴.

Verifica-se, portanto, que o legislador considera que a situação de orfandade justifica um tratamento diferenciado em matéria judicial, criando a figura do Juiz dos Órfãos, função para a qual estabelece um conjunto de pressupostos justificativos das exigências inerentes à função. A preocupação, no que se refere ao escopo da função, é o provimento das pessoas e bens dos órfãos, evitando os prejuízos que possam resultar de uma má administração do património. Depreende-se, portanto, que a gestão dos bens exige rectidão por parte dos administradores, responsáveis “por toda a perda e damno que por isso receberam”³⁵.

³⁴ *Ordenações Filipinas*, ob. cit., *Dos Juizes dos Orfãos*, Livro I, Título LXXXVIII, págs. 206 e 207.

³⁵ *Idem*.

2. O legislador filipino demonstra especial cuidado na situação do menor cujo pai faleceu, como se comprova no Título CII, do Livro IV das Ordenações Filipinas, onde se salienta que “O Juiz dos Orfãos terá cuidado de dar Tutores e Curadores a todos os Órfãos e menores que os não tiverem dentro de hum mez, do dia que ficarem órfãos”³⁶. A atribuição do respectivo tutor ou curador é, no entanto, aplicada a título residual, caso tenha ocorrido designação pelo progenitor masculino, como nos referem as Ordenações: “E para saber como há de dar os ditos Tutores e Curadores, primeiramente se informará se o pai ou avô deixou em seu testamento Tutor, ou Curador a seus filhos ou netos”³⁷. Isto é, caso o pai tenha feito testamento, onde designa o respectivo Tutor ou Curador, será este que deverá desempenhar essa função. Como se conclui dos requisitos estabelecidos para o exercício das funções de tutor e de curador, o legislador considera que o desempenho destas funções exige um especial perfil de rectidão e imparcialidade, proibindo que as mães viúvas ou avós possam desempenhar essa função caso voltem a casar. Nesse sentido se exige que vivam honestamente e não voltem a casar³⁸. A honorabilidade da função requer o cumprimento das exigências mencionadas, tendo em vista “administrarem os bens e pessoas de seus filhos ou netos”³⁹. Esta é, portanto, a principal função a desempenhar. Na realidade, embora se mencione a administração do património e da pessoa do menor, a função do tutor é centrada na vertente patrimonial, como se compreende pelo facto de, havendo casamento da mãe ou da avó, o legislador enfatizar a obrigação de entrega “de todos os bens, que aos ditos orfãos pertencerem”⁴⁰. Importa referir ainda que a situação de orfandade podia resultar de uma união legítima entre os progenitores, caso em que os órfãos assumem a figura de filhos legítimos dos mesmos, como em situação de ilegitimidade, sendo filhos de homens casados ou solteiros. Embora o legislador não discrimine as situações, verifica-se que, olhando para a realidade dos séculos XVII e XVIII, a orfandade proveniente da ilegitimidade era muito frequente, como se pode concluir das fontes existentes na época, designadamente dos registos existentes nas Santas Casas da Misericórdia, onde eram recolhidos vários expostos.

3. O casamento dos órfãos foi objecto de especial atenção do legislador filipino, que definiu, no ponto 19 do Título LXXXVIII do Livro I, a intervenção obrigatória

³⁶ *Idem*, *Dos Tutores e Curadores que se dão aos Orfãos*, Livro IV, Título CII, págs. 995 e 996.

³⁷ *Idem*, pág. 995.

³⁸ *Idem*, págs. 997 e 998.

³⁹ *Idem*, pág. 999.

⁴⁰ *Idem*.

dos tutores ou curadores e do próprio Juiz dos Órfãos neste acto. Curiosamente, esta análise é efetuada, em simultâneo, para os menores de vinte e cinco anos de idade, denunciando a identidade de situação jurídica em que estes sujeitos aparentemente se encontravam. O legislador tem o cuidado de enunciar regime jurídico protector do património do órfão, estabelecendo que, caso a união ocorrida seja “menos daquilo que o Orfão ou menor poderá achar, segundo a qualidade da sua pessoa e da sua fazenda”⁴¹ não lhe sejam entregues os respectivos bens, “até chegar à idade de vinte anos”⁴². Novamente, a preocupação com os bens do órfão está presente na administração do seu património, acautelando-se solução protectora pela via do regime jurídico definido. Isto é, apesar da vulnerabilidade decorrente do seu estado de orfandade, o legislador privilegia a situação económica destes sujeitos. No ponto 22 do mesmo título, a preocupação com os bens do órfão é assumida de forma expressa, estabelecendo-se que “terá o cuidado do Juiz dos Orfãos de saber como os bens deles são aproveitados. E se o não forem, faça-os aproveitar logo; e os que danificados forem, saiba por cuja culpa”⁴³. O regime estabelecido resultava, aliás, dos princípios norteadores da actuação do Juiz dos Órfãos, como se compreende do Título em referência.

No entanto, nem sempre era esta a situação habitual da orfandade. Recordemos que a situação dos órfãos estava directamente relacionada com o tema da pobreza, por ser uma das suas fontes, ao lado da vadiagem e da prostituição, entre outras. A fragilidade económica de certos sujeitos ou categorias sociais, se assim quisermos designar, era objecto de especial preocupação da Igreja, como nos adverte Maria Antónia Lopes⁴⁴, ao salientar o importante papel dos reformistas sociais do final do Antigo Regime. Neste sentido, a motivação essencial estava centrada na inexistência de mão-de-obra barata para a agricultura, para a indústria e para o exército⁴⁵. A Igreja desempenhou aqui um importante papel, considerando a sua vocação assistencialista, preocupando-se com as desigualdades sociais existentes. Em consequência, foram definidos graus de privação inerentes à conceptualização do pobre face ao rico, justificando a intervenção da Igreja, nomeadamente com a construção de teorias de salvação da alma que advogavam a pobreza de espírito como condição de libertação⁴⁶.

⁴¹ *Idem*, *Dos Juizes dos Orfãos*, Livro I, Título LXXXVIII, pág. 213.

⁴² *Idem*.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Cfr. MARIA ANTÓNIA LOPES, *Protecção Social em Portugal...*, ob. cit., pág. 36.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Importa ter em conta que, na tradição da Igreja, a temática dos estados perfeitos era uma das matérias habitualmente discutida, associada à questão da salvação da alma e dos comportamentos exigíveis aos crentes. A literatura existente sobre este tema é muito extensa, devendo ser considerada na abordagem

4. A fundação de misericórdias⁴⁷ por todo o reino foi uma manifestação desta preocupação eclesiástica, que acolhia, entre outros, os enjeitados, os presos pobres e também os órfãos que comungavam desta situação de fragilidade com os demais sujeitos. Como nos refere Isabel dos Guimarães Sá, a temática em análise não pode deixar de ser conectada com a da pobreza e da forma como a detenção de bens materiais influenciava a construção de uma teoria específica acerca da propriedade de bens⁴⁸. Não nos alongaremos nesta matéria, pelas variadas implicações que a mesma comporta. No entanto, sempre diremos que a tónica da salvação das almas, através do comportamento dos fiéis, partia do reconhecimento de que a caridade e as boas acções eram fonte de salvação e deviam ser incentivadas. A formação de misericórdias pelo reino acabou por procurar disciplinar o exercício da caridade, atribuindo a estas instituições a prerrogativa de gestão deste interesse em particular⁴⁹. No que se refere às crianças pobres, as misericórdias acabaram por desempenhar um importante papel, especialmente no que diz respeito às crianças desamparadas, conceito que precisaremos mais à frente, já que as crianças expostas ficavam entregues ao Hospital de Todos-os-Santos.

5. Particular interesse reveste a situação das mulheres órfãs, ainda mais considerando a fragilidade inerente ao sexo, que as colocava como figuras especialmente desprotegidas, numa sociedade que valorizava o elemento masculino na sua função de garante patrimonial, quer nos reportemos à vida familiar, quer fora dela. Em consequência, a mulher solteira órfã era alvo de especial preocupação, conjugando-se, aqui, dois factores de vulnerabilidade: o género e a situação familiar, geradora de condicionantes na esfera pública e privada. Assim se compreendem as medidas adoptadas para salvaguardar as situações mencionadas, como se evidencia no dote de casamento, factor de difícil acesso às mulheres órfãs. Maria Antónia Lopes salienta, a este respeito, que “a importância social do dote radicava na dificuldade real sentida pelas mulheres pobres em casar, casamento tanto mais necessário para elas quanto era problemática a sobrevivência de uma mulher só,

da pobreza na sua construção religiosa. Por extravasar a matéria objecto de análise do presente artigo não nos alongaremos no seu tratamento, mas a sua referência é, para nós, obrigatória.

⁴⁷ Sobre a fundação das misericórdias e sua relevância, ter em consideração ISABEL DOS GUIMARÃES SÁ, *As Misericórdias Portuguesas de D. Manuel I a Pombal*, Lisboa, Livros Horizonte, 2001 e FERNANDO DA SILVA CORREIA, *Origens e Formação das Misericórdias Portuguesas*, Livros Horizonte, 1999.

⁴⁸ ISABEL DOS GUIMARÃES SÁ, *As Misericórdias...*, ob. cit., pág. 32.

⁴⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, ver a obra referida na nota anterior, pág. 22 e ss.

ou pior ainda, com filhos”⁵⁰. O perigo da desorientação destas mulheres, desprotegidas pela ausência de um pai ou de um marido, podia colocá-las sob a alçada de uma vida pecaminosa, perigo a evitar a todo o custo⁵¹. As Santas Casas da Misericórdia procuraram, na sua vertente assistencialista, institucionalizar a figura dos dotes, evitando, por este meio, o que entendiam ser a indignidade moral das órfãs. No entanto, várias causas podiam ser invocadas para justificar a institucionalização do dote⁵². Esta institucionalização assumiu relevo significativo na Misericórdia de Coimbra e na de Ponte de Lima, como vários textos nos comprovam, evidenciando os pressupostos exigentes para a atribuição dos dotes, designadamente a existência de uma situação de pobreza por parte das mulheres e o comportamento irrepreensível das mesmas.

6. A legislação civil produzida no século XIX não foi imune a esta matéria, como se comprova no primeiro Código Civil Português, que estabeleceu no artigo 157.º a protecção dos órfãos, mencionando no n.º 1 deste normativo que “se ao tempo da morte do marido, a mulher ficar grávida, fará constar dentro de vinte dias, ou logo que conheça a gravidez, o seu estado ao juiz dos órfãos competente, para que este nomeie curador ao ventre, que tome provisoriamente conta dos bens que houverem de pertencer ao nascituro”⁵³. É ainda mencionado que o regime descrito é aplicável durante o período da gestação. O curador designado diligenciará pelo inventário, procurando aplicar o regime que for mais adequado aos menores “sob pena de perdas e danos”⁵⁴. A protecção do património está, por isso, bem patente no regime jurídico criado pelo legislador, sancionando todos aqueles que se afastarem de uma boa administração dos bens dos menores. Veja-se, aliás, que no artigo 161.º do código se refere que, ocorrendo prejuízo da situação dos filhos, por parte da mãe, como consequência de se ter afastado do parecer do curador nomeado para a administração dos bens dos menores, “poderá ser inibida, por deliberação do conselho de família, a requerimento do dito conselheiro, do curador, ou de qualquer parente dos filhos, de reger as pessoas e bens destes”⁵⁵. Estamos, portanto, perante uma diminuição da capacidade da progenitora para a gestão do património dos filhos menores, considerando-se que a intervenção

⁵⁰ Cfr. MARIA ANTÓNIA LOPES, *Protecção Social em Portugal...*, ob. cit., pág. 89.

⁵¹ *Idem*, pág. 90.

⁵² *Idem*, pág. 91.

⁵³ Cfr. *Código Civil Português de 1867...*, ob. cit., Lisboa, 1867, pág. 43.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Idem, ibidem*.

de um curador poderá resolver este problema. Aqui não é irrelevante o facto de estarmos perante a mãe viúva, com todas as limitações de género e de estado que devem ser consideradas.

No artigo 190.º do código estabelece-se, novamente, o regime a aplicar pelo curador dos órfãos, mencionando-se que este solicitará ao juiz que “proveja provisoriamente no que for de urgência quanto às pessoas e bens dos menores, se não for possível convocar prontamente, para esse fim, o conselho de família, e bem assim, solicitará que se comece o inventario dentro de um mez, ao mais tardar, contado desde a participação mencionada no artigo antecedente, que irá sempre junta ao seu requerimento”⁵⁶. A questão patrimonial está novamente presente, em articulação com o conselho de família, acautelando a boa administração dos bens do menor. Veja-se que, na situação em que a actuação do curador e do juiz não for a devida, o legislador atribui a responsabilidade a estes sujeitos, quer os actos tenham sido praticados com negligência ou com culpa⁵⁷.

Igualmente relevante para a compreensão da situação dos menores é a questão dos menores abandonados, que podem ou não ser órfãos. O legislador do Código Civil de 1867 estabelece que “os expostos e os menores abandonados, cujos pais não forem conhecidos, enquanto não chegarem à idade de sete anos, estarão debaixo da tutela e administração das respectivas câmaras municipais, ou das pessoas que se houverem encarregado voluntária ou gratuitamente da sua criação”⁵⁸. O artigo 287.º estabelece que as pessoas que tiverem a cargo expostos ou abandonados assumem a função de tutores, mencionando-se no artigo 290.º que o exposto ou abandonado assume a propriedade e o usufruto de tudo o que adquirir durante a menoridade⁵⁹. Sem prejuízo do desenvolvimento que esta figura justificaria, pensamos que a situação de fragilidade em que estes menores se encontravam justifica o regime consagrado.

7. Uma vez descrito o regime jurídico aplicável aos órfãos, nos seus traços essenciais, podemos afirmar que o tratamento da orfandade era justificado pela vulnerabilidade deste sujeito?

O legislador pressupõe que os filhos são educados pelos progenitores, como enuncia no Título XCIX do Livro IV das Ordenações Filipinas. Aí refere que, enquanto existir casamento, ambos os progenitores “o devem criar às suas próprias

⁵⁶ *Idem*, pág. 49.

⁵⁷ Nos termos da terminologia utilizada pelo legislador no artigo 192.º do Código Civil, que se socorre dos termos negligência e culpa como sinónimos.

⁵⁸ *Idem*, pág. 69.

⁵⁹ *Idem*, pág. 70.

despesas e dar-lhes as cousas que lhe forem necessárias segundo o seu stado e condição”⁶⁰. Ora, ocorrendo uma situação de orfandade, o menor deixa de ter o suporte inerente às funções atribuídas a cada progenitor, ficando susceptível de ser prejudicado na sua esfera pessoal e, eventualmente, patrimonial. A fragilidade da sua situação pode assumir efeitos de natureza pessoal e patrimonial. Esta fragilidade pode ser classificada como uma situação de vulnerabilidade, considerando a maior desprotecção deste sujeito jurídico, fundamento que justifica a criação da figura do tutor e/ou do curador, tendo em vista a diminuição desta fragilidade, cujos efeitos jurídicos são evidentes. A intervenção do Juiz dos Órfãos justifica-se, igualmente, para melhor protecção destes sujeitos, como tivemos oportunidade de mencionar. Veja-se, no entanto, que esta fragilidade é assumida quando nos reportamos à ausência da figura paterna, uma vez que a ausência da mãe não merece a mesma preocupação da parte do legislador. Provavelmente, presume-se que a existência do progenitor masculino acautela a situação do órfão, quer pessoal quer patrimonialmente.

8. Outra situação merece igualmente a nossa atenção, quando analisamos o universo familiar. Reporto-me à mulher viúva e aos regimes jurídicos que foram sendo definidos para sua protecção. Quando nos referimos à viuvez feminina, importa ter em consideração que a identificação de uma situação de fragilidade que pode configurar vulnerabilidade é ainda mais evidente, já que nos encontramos perante um sujeito cujo reconhecimento jurídico é questionável. Já antes nos referimos às mulheres órfãs e à sua vulnerabilidade. Na realidade, o legislador aborda timidamente o sujeito feminino, já que a sua actividade apenas é reconhecida quando assume as vestes de mulher e de mãe, sendo que a sua relevância resulta da *bipolaridade* de funções que pode assumir. Por um lado, a esposa, com os direitos e deveres daqui decorrentes, por outro lado, a progenitora que assume as funções inerentes às responsabilidades parentais. Esta menoridade da figura da mulher é continuada no primeiro Código Civil Português, onde se perpetua a figura da mulher *obediente* na sua realidade conjugal e maternal. Como facilmente se pode constatar, as referências à mulher solteira são praticamente inexistentes, sendo apenas consideradas pela celebração de eventual casamento e, em consequência, a assunção de uma nova vida familiar, essa sim, com relevância jurídica.

⁶⁰ *Ordenações Filipinas*, ob. cit., *Em que casos a mãe repetirá a despesa que fez com o filho*, Livro IV, Título XCIX, pág. 986.

As viúvas eram especialmente *castigadas* no tratamento jurídico que lhes era conferido, uma vez o seu estado civil resultar da morte do marido, sujeito com função primordial na vida familiar. As Ordenações Afonsinas referem-se às mulheres que desbaratam bens, “ficando pobres e mingradas”⁶¹ depois da morte dos maridos, sendo os seus sucessores prejudicados com esta actuação. De salientar que o legislador afonsino se preocupa especialmente com as mulheres que, de forma maliciosa, alienam os bens, o que significa que igual procedimento não seria adoptado nas situações em que as mulheres não agem movidas por esta intenção. A negligência, aparentemente, não geraria este resultado. Verificando-se, então, a situação de dano dos sucessores das referidas mulheres, o legislador estabelece a obrigatoriedade de actuação por parte das justiças ordinárias: “e devem-no saber a Nós, pera mandarmos proveer a estes bens, em guisa que aquelles, que os houverem de herdar, non recebão damno”⁶². Igual procedimento é aplicável às viúvas de Cavaleiro ou Fidalgo de Solar “em tal caso por honra do marido que assy houve e de sua linhagem”⁶³. Novamente a questão patrimonial está presente, através da protecção do património que fosse alienado pelas mulheres viúvas, atendendo a que a fonte desse património seria o marido defunto.

Em matéria de celebração de novo casamento, o legislador afonsino é mais permissivo, já que aceita o casamento das mulheres viúvas que casam antes “do anno e dia”⁶⁴, proibindo que “sejão affamadas taaes molheres, nem aquelles que com ellas casarem”⁶⁵. Analisando os regimes estabelecidos nas Ordenações, conclui-se que foi afastada a herança consuetudinária de punição, excluindo a infâmia aplicável às mulheres que casavam antes de ano e dia⁶⁶, estabelecendo-se, no Livro IV, Título CV⁶⁷ das Ordenações Filipinas, as regras a observar:

“Quando alguma mulher casar, sendo de cincoenta anos, ou dahi para cima, tendo filhos, ou outros descendentes, que por Direito lhe possam succeder, não poderá

⁶¹ *Ordenações Afonsinas*, ob. cit., *Das veuvas que enalheam, e desbaratam seus bees, como nom devem*, Livro IV, Título XV, pág. 84.

⁶² *Idem*, pág. 85.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Idem*, pág. 87.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ *Idem*, Livro IV, Título XVII, págs. 86 e 87; Cfr. *Ordenações Manuelinas*, ob. cit., *Das viuvas que se casam antes do anno e dia*, Livro IV, Título XI, pág. 33.

⁶⁷ *Ordenações Filipinas*, ob. cit., *Das mulheres viuvas que casam de cincoenta anos tendo filhos*, Livro IV, Título CV, págs. 105 e 106.

alhear, por titulo algum que seja, em sua vida, ou ao tempo de sua morte, as duas partes dos bens, que tinha ao tempo que concertou de se casar, nem as duas partes dos bens, que depois de ser casada, houve, por qualquer titulo, de seus ascendentes e somente poderá dispor da terça dos ditos bens á sua vontade”⁶⁸.

A legislação da segunda metade do século XVIII veio regular, novamente, a situação das mulheres bínubas com mais de cinquenta anos, tendo em conta os filhos dos primeiros casamentos, acautelando, também, a situação dos viúvos⁶⁹. Veja-se, a respeito da última situação mencionada, o Alvará de 23 de Novembro de 1770, que estabelece a aplicação do § 27 da Lei de 9 de Setembro de 1769, “nos quaes concorrerem as mesmas razões com que fui servido precaver os matrimónios lesivos das viúvas”⁷⁰. A equiparação de regimes denuncia, assim, a preocupação com a situação dos descendentes, que poderiam ser prejudicados pelas uniões matrimoniais.

O Código Civil de 1867 procura conciliar a situação de viuvez da mulher e a protecção do património existente com o favorecimento de novas uniões, como se conclui do disposto no artigo 1233.º e seguintes. As principais preocupações assumidas pelo legislador oitocentista centram-se na eventual gravidez da mulher e na protecção do património existente. Curiosamente, o legislador estabelece que, caso não seja cumprido o estabelecido no normativo mencionado, a verificação da gravidez antes da celebração de segunda união, a mulher viúva “perderá todos os lucros nupciais que por lei ou convenção tenha recebido ou haja de receber por parte do marido anterior, os quais passarão aos legítimos herdeiros dele”⁷¹. Existe, assim, uma punição da mulher, pela desobediência face ao estabelecido no artigo 1233.º que designa um prazo antenupcial de trezentos dias depois da morte do marido para a realização de segunda união. Relativamente à paternidade que possa ser questionada, uma vez não ter sido observado o disposto no artigo 1233.º, o legislador estabelece que o segundo marido não poderá contestar a sua paternidade “relativamente ao filho que nascer passados cento e oitenta dias depois do seu casamento, salvo, contudo, o direito do filho para reclamar, se assim lhe convier, a paternidade do marido anterior, podendo prova-la”⁷². Fora da situação de gravidez, o legislador teve a atenção de regular, de

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Neste mesmo sentido, ver JÚLIO DE VILHENA, *As segundas núpcias no direito civil moderno – commentario aos artigos 1233.º a 1239.º do código civil portuguez*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1872, pág. 27.

⁷⁰ Cfr. *Ordenações Filipinas*, ob. cit., Aditamentos, pág. 1062.

⁷¹ Cfr. *Código Civil Português de 1867...*, ob. cit., pág. 273.

⁷² *Idem*, pág. 273.

forma igual, a situação do varão ou da mulher que celebra segundo casamento, tendo filhos da primeira união. Aqui se estabelece que “não poderá comunicar com o outro cônjuge, nem por nenhum título doar-lhe, mais do que a terça parte dos bens que tiver ao tempo do casamento ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes”⁷³.

No caso das mulheres viúvas que têm mais de cinquenta anos, o legislador oitocentista, na linha do estabelecido nas Ordenações Filipinas, estabelece a proibição da mulher “alhear, por título algum, desde o dia em que haja contraído o segundo matrimónio, a propriedade das duas terças partes dos bens mencionados no artigo 1235.º, enquanto tiver filhos e descendentes que os possam haver”⁷⁴. Refira-se que este regime era apenas aplicável às mulheres viúvas, não se encontrando norma de conteúdo idêntico para os homens viúvos. Diferentemente estabelecia o artigo 1238.º do Código Civil, que aplicava aos viúvos de qualquer sexo o regime do casamento segundo o costume do reino, havendo filhos de anterior casamento, se viessem a casar com pessoa que os não tinha⁷⁵.

Como já referimos anteriormente, “parece subentender-se dos regimes jurídicos criados, que a mulher viúva padece de uma incapacidade agravada, o que a torna mais vulnerável à vontade masculina, nomeadamente à alienação de património adquirido na constância do casamento pelo primeiro marido. Os filhos, destinatários da actuação materna, adquirem o direito legítimo de garantir os seus pertences sempre que o comportamento da mãe se desviar do adequado. É certo que o legislador acautelou que, independentemente da acção materna, o facto de se verificar segundo casamento, justifica cláusulas legais protectoras da situação dos filhos oriundos do primeiro casamento. Nesta medida, só uma nova situação de viuvez pode justificar regime jurídico liberal para a mulher.”⁷⁶

III. Observações finais

Como referimos ao longo do texto, não trazemos respostas finais às questões que suscitámos no início da nossa abordagem. Não era essa a nossa intenção, como mencionámos, desde logo. Com este primeiro texto pretendemos, apenas, levantar a questão da análise da temática da vulnerabilidade na área do direito privado,

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Idem*, pág. 274.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ MÍRIAM AFONSO BRIGAS, *As relações de poder na construção do direito da família português (1750-1910)*, Lisbon Law Editions, 2016, págs. 824 e 825.

mais concretamente do Direito da Família Português. Percorrendo alguns textos de época (essencialmente séculos XV, XVI, XVII e XVIII) juntamente com a legislação produzida, verificamos que a fragilidade está presente na construção de vários regimes jurídicos, como sucede com o tratamento conferido à mulher viúva e aos órfãos. A fragilidade que identificamos nos textos pode ser subsumida na vulnerabilidade enquanto categoria jurídica de direito privado? Numa primeira análise, pensamos que sim. Importa, no entanto, averiguar os factores que justificam as opções do legislador e se, de facto, podemos afirmar a existência de uma categoria jurídica autónoma. Importa, também, perceber se a vulnerabilidade que estamos a analisar resulta apenas de características específicas dos sujeitos, ou se certas instituições familiares podem justificar a criação de novas categorias de vulnerabilidade. É exactamente esta análise que pretendemos desenvolver, acompanhada do estudo da forma como este conceito de vulnerabilidade foi sendo aplicado/construído ao nível da actividade dos tribunais, nomeadamente nos séculos XVIII e XIX.