

DA PROTECÇÃO JURÍDICA DAS PESSOAS NO PROJECTO DE NOVO CODIGO DE DIREITO PUBLICO DE PASCHOAL DE MELLO FREIRE

PAULO FERREIRA DA CUNHA
Professor da Universidade Lusíada - Portugal

I. INTRODUÇÃO

1. DA PROTECÇÃO

O nosso Congresso debruça-se sobre a protecção jurídica da pessoa na Idade Moderna. Perguntemos tudo desde o princípio: de quem precisa a pessoa protecção?

Em termos filosóficos ou psicológicos (em não sei se de certo modo teológicos por causa do problema do mal e do demónio), a primeira pessoa de quem alguém se deve proteger, é de si próprio. Não é preciso, para tal, ser lombrosiano, nem acreditar num criminoso nato (que decerto se não suicidaria): o simples livre arbítrio nos dá a dimensão da luta que cada um tem de travar consigo mesmo.

Em segundo lugar, deve cada um precatar-se do seu vizinho, e só depois de todo o mundo. Todos se recordam da teoria do “pisca pisca” e da efectividade dos direitos reais como variável dependente da proximidade e da densidade populacional.¹ O meu direito depende efectivamente da sua protecção *erga omnes*, mas sobretudo da protecção face aos que estão mais perto.

Há, todavia, uma protecção muito mais importante – e é dessa que curaremos. A protecção em que a omnipresente estrutura do Estado intervém.

A típica questão protectiva, na Idade Moderna, e sobretudo no Iluminismo, é assumida de duas formas diferentes:

Do lado do poder, perguntar-se-á pela forma como poderá o Estado passar a proteger o indefeso cidadão, outrora à mercê da ignorância, do arbítrio dos senhores, da confusão e irracionalidade das leis, etc., etc.

Do lado do particular, que sente na prática o peso dessa liberdade e felicidade que os soberanos absolutistas, despóticos e iluminados lhe pretendem impôr, a pergunta é outra: como proteger-se a si, à sua pessoa, aos seus bens, etc., de um Estado cada vez mais opressivo?

O poder pensa, com alguma ingenuidade, aliás: *obligo, ergo protego*; mas alega no seu discurso legitimador: *protego, ergo obligo*.

O particular pensa: o Estado obriga-me, portanto, devo proteger-me. E, virando-se para o Estado, reclama: “Protege, portanto, obriga-te. Obriga-te para comigo. Garante-me direitos.”

Há assim duas maneiras de abordar o problema da protecção das pessoas na Idade Moderna:

¹ Os pretendentes à minha maçã não são, decerto, o longuíquo tailandês, que no seu país permanece, enquanto eu não exparto o precioso pomo. São antes os meus próximos, e ela será, em princípio, tanto mais cobiçada (e assim o meu direito mais fraco) quantos mais à minha volta se

encontrarem. Cif. BETTI, Emilio – *Teoria generale delle obbligazioni*, II vol, Milano, 1953-1955, p. 12 et sq.; ASCENSÃO, Oliveira – *As relações jurídicas reais*, Lxa., Moraes, 1962, p. 35 et sq., CARVALHO, Orlando de – *Direito das Coisas*, Coimbra, Centelha em curso de publicação, p. 121 et sq.

Ou pensando na protecção à sua vida, propriedade e liberdade exercida pelo Estado de acordo com os seus fins próprios e no processo de construção da cidade nova iluminista; ou reportando-nos aos direitos das pessoas face a esse Estado que foram reivindicados pelos súbditos (e alguns até concedidos).

Enquanto nos casos de auto-protecção e de protecção *inter cives* a simples força de cada um chegaria, em abstracto, para repelir as ameaças ou punir as ofensas (diz a Bíblia que a tentação vem na medida das forças do tentado, e Marx, em relação às sociedades, afirma que elas só se põem os problemas que podem resolver),² nos casos de protecção exercida pelo poder e face ao poder a questão é muito mais complexa. É que as fórmulas de enquadrar os processos de protecção do cidadão por parte do Estado são, afinal, praticamente todo o Direito. A começar pelo Penal que, monopolizando no Estado o *ius puniendi*, priva o particular ofendido de se fazer justiça (salvo os casos simbólicos de autotutela),³ obrigando-se concomitantemente a protegê-lo. Mas já com a defesa do cidadão frente ao Estado, além das garantias penais e processuais penais e outras, está fundamentalmente em jogo o problema dos Direitos do cidadão e a relação da pessoa com o poder.

2. DO PODER E DO CONSTITUCIONAL

O Poder é um fenómeno estranho e sagrado. Talvez demoníaco. Demoníaco, decerto. E o direito mais directamente relacionado com o coração do poder, o Direito Constitucional,⁴ comunga com o seu objecto dessa estranheza e dessa sacralidade. Cada coisa engendra o seu semelhante.

Não basta que o Direito Constitucional seja ensino impossível e ciência enciclopédica,⁵ que são já características que farão desanimar qualquer um. A Constituição é para alguns um templo alegórico habitado por sombras e, quando não seja uma simples folha de papel, como asseverava Lassalle (ou até precisamente porque o seja), pode tornar-se até tigre de papel.⁶ Mas eis que outros fazem sair das sombras do templo uma Constituição fantasma⁷ e outros ainda uma hidra de mil cabeças (Garcia de Enterría).

² Além de que o perigo que Locke – *Second Treatise of Government*, parece ver no estado de natureza com autotutela dos direitos será antes e apenas o excesso de legítima defesa.

³ Muitíssimo reprimidos na Idade Moderna, a começar na célebre proibição do duelo.

⁴ O Direito Penal comunga dessa essencialidades mágica e ritualística. Cf. *u.g.* PUY, Francisco – “La pena y el derecho penal”, in *Tópica Jurídica*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1986, p. 251 *et sq.*; CASTELLI, Enrico, (org.) *Le Mythe de la Feine*, Paris, Aubiert, 1967; CORDERO, Franco – *Riti e sapienza del diritto*, Roma, Laterza, 1985; GIRARD, René – *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1972; RICOEUR, Paul – *Lectures in Ideology and Utopia*, New York, Columbia Univ. Press, 1986, máx. pp. 364 *et sq.*, e os nossos *Mito e Constitucionalismo, Perspectiva Conceitual e Histórica*, Coimbra, Separata ao Suplemento do “Boletim da Faculdade de Direito” da Universidade de Coimbra, 1990, pp. 49 *et sq.*, 57 *et sq.*, e *Do crime, das penas e das teorias penais, na tardo- e na post-modernidade*, conferência no âmbito do ciclo *Postmodernidade e Direito*, na Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 17 de Maio de 1991. Recentemente, WINN, Peter A. – *Legal*

Ritual, in “Law and Critique”, Liverpool, Deborah Charles, II, Nº 2, 1991, pp. 207-232.

⁵ Como nos dizem Burdeau e Xifra e nos recorda CANOTILHO, Gomes – *Direito Constitucional*, 4ª ed. (5ª no prelo) Coimbra, Almedina, 1986, p. 5, cuja síntese de abordagens heterodoxas do Direito Constitucional nos inspirou. Tomamos, porém, a liberdade de transpôr a imagem da “hidra de mil cabeças” de símbolo da confusão babilónica do Direito Constitucional para imagen do Leviathã estadual absolutista, tal como o defendia Mello Freire.

⁶ Assim era a Constituição portuguesa de 76, sobretudo na primeira fase de vigência (até à revisão de 82) alibi de gregos e troianos, sendo, contudo, tão fáceis de superar as suas barreiras. Cf. o nosso “A Constituição como Mito (No dealbar da Constituição de 1976)” o in *Pensar Direito I. Do realismo clássico à análise mítica*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 329 *et sq.*

⁷ De Constituição fantasma fala ELLUL, Jacques – *Histoire des Institutions*, vol. V, 6ª, ed. Paris, PUF, 1969, p. 88 *et sq.*, a propósito da constituição convencional francesa. Retomámos a imagem, adaptando-a aos tempos actuais, no nosso *Mito e Constitucionalismo*, cit., p. 241.

Direito Constitucional e Constituição, fenómenos jurídicos de arrumação e domesticação do político, têm, na verdade, definições bizarras para o olhar esquadrihador de *címini sectores* tecnicistas do comum dos juristas.

Não vamos curar directamente do templo do direito constitucional, mas das entidades –mais ou menos fictivas– que ele produz.

Hoje estamos habituados a ver sair do Direito Constitucional un estendal imenso de direitos, a que se designa vagamente como “humanos”, e que praticamente nos garantiriam o paraíso na terra caso fossem efectivados. O Templo alegórico ter-se-ia transformado, pois, em fábrica de sonhos.⁸

Todavía, não vamos rebuscar a casa que engendra tais e tantas criaturas. Pelos frutos se chegará à árvore.

Vemos sair do templo do Direito Constitucional, neste simbolismo que não é nosso, mas que nos permitimos recuperar, fundamentalmente duas entidades: um fantasma e uma hidra de mil cabeças.

É a análise desses fantásticos prodígios que faremos de seguida.

Centrar-nos-emos, como ilustração, no chamado “Novo Código de Direito Público” e na polémica que o envolveu. A questão começa em 1778, um ano após a queda do Marquês de Pombal, e terminará formalmente por meados de 1789, data célebre que é, além do mais, o *terminus ad quem* do nosso estudo da época moderna.

II. O FANTASMA

1. DESVENTURAS DE UM PROJECTO DE CÓDIGO DE DIREITO PÚBLICO

O direito constitucional português tem razões para temer. Assombra-o o fantasma do morto-vivo Código chamado “Novo”.

A história, relembremo-la em breves palavras, é a seguinte.

Em 31 de Março de 1778, D. Maria I nomeia uma comissão para proceder à revisão das Ordenações Filipinas, em vigor e, mantendo-lhe a estrutura, as pôr em melhor ordem, tendo em atenção o inútil, o desusado, e o que suscitou diversa jurisprudência.

Para além do trabalho do injustamente esquecido desembargador Holbeche, que escreveu um projecto para o Livro IV, a comissão encalhou.

Em 23 de Maio de 1782 é proposto o nome de Paschoal José de Mello Freire dos Reis, professor de Leis de Coimbra, para integrar a comissão, sendo-lhe confiada a redacção dos projectos do Livro II, do Direito Público, e do Livro V, do Direito Criminal.

Na opinião do seu crítico, o canonista António Ribeiro dos Santos, também de Coimbra, Mello Freire trabalhou apressadamente e para “ganhar o prémio”. Na verdade, laborando simultaneamente nos dois projectos, Freire dá o livro II por

⁸ A crítica mais fecunda do uso e abuso dos direitos humanos é, como se sabe, a de VILLEY, Michel – *Le Droit et les Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1983. Contudo, a doutrina hispano-americana tem sabido compatibilizar os direitos humanos e a jurisdição. Cf., além da obra de um Javier Hervada, por exemplo, o extenso rol de direitos apresentados inteligentemente por Francisco Puy – *Derechos Humanos*, 3 vols., Santiago de Com-

postela, Imprenta Paredes, 1985. Para uma avaliação geral do problema GARCIA-HUIDOBRO, Joaquín – *Defensa y Rescate de los Derechos Humanos*, Valparaíso, EDEVAL, Universidad de Valparaíso, 1987. Cf. ainda o nosso “Michel Villey e o Jusnaturalismo Hispano-americano no contexto do Realismo Clássico (Para uma comparação doutrinal)”, in *Pensar o Direito II. Da Modernidade à Postmodernidade*, Coimbra, Almeduna, 1991, pp. 365 et sq.

acabado menos de um ano após a encomenda. O decreto que ordena a revisão do seu texto data de 3 de Fevereiro de 1789.

É então que Ribeiro dos Santos empreenderá uma crítica tão profunda quanto sistemática a este projecto que, apesar da réplica de Freire (a que ele treplicará) os fundamentos do Estado Moderno em Portugal ficarão teoricamente tão revolvidos – e por isso abalados – que se enterrará a questão. O censor oporá ao absolutismo do projectista uma monarquia tradicionalista baseada na sociedade de Ordens e numa valorização das Cortes, em moldes que foram comparados a um pré- ou protoliberalismo.⁹

A Revolução Francesa foi uma coveira indirecta. Apesar de tudo, as leis antigas não eram tão más como pareciam... Pelo menos, relativamente aos ventos revolucionários que passaram a soprer.

Contudo, o fantasma desde nado-morto vai reaparecer, assombrando o nosso direito público.

Numa primeira fase, quis-se esquecer o fracasso com o recurso à importação constitucional. Durante as invasões francesas, reclama-se de Napoleão uma Constituição semelhante à de Varsóvia.

Mas logo em 1809, o Conde de Linhares pretende ressuscitar a ideia de um Novo Código nacional, sugerindo a tarefa a João Pinto Ribeiro. Debalde. Será apenas na sequência da revolução liberal de 1820 que as Cortes extraordinárias (na verdade, já uma verdadeira assembleia constituinte) elaborarão primeiro as bases e depois a constituição de 1822. Os liberais sempre tinham dito que o projecto generoso de Mello Freire só poderia ser levado a cabo após uma revolução.¹⁰ A simpatia dos liberais para com Mello Freire, e de alguns deles para com o Marques de Pombal, cuja obra Freire na verdade continua, embora com moderação, é desses paradoxais casos históricos de atracção de contrários... Ou recuperação nobilitante.

Mas o fantasma de Freire perseguiu mesmo estes seus apoiantes póstumos. Todas as constituições portuguesas terão vida breve: a de 22, a de 38, a de 11 (ainda se não sabe da de 76, de resto já descaracterizada pelas revisões de 82 a 89). As únicas que o fantasma não perseguiu não saíram (pelo menos inicialmente) do poder constituinte popular, mas foram obra de um príncipe: assim a Carta constitucional de 1826, dada pelo Imperador do Brasil, D. Pedro I, que com vários interregnos durou 70 anos, e a constituição de 1933, que vigoraria até 1976, sujeita a plebiscito mas elaborada ou pelo menos inspirada pelo Presidente do Conselho de Ministros António de Oliveira Salazar.

Há mesmo quem afirme que Mello Freire poderia rever-se no texto do Estado Corporativo, de 33.¹¹ O fantasma encontrava finalmente um corpo onde encarnar?

⁹ Apesar de inegável interesse quer da polémica em si, quer das posições a este propósito de António Ribeiro dos Santos, razões de sistematização e de economia de tempo e espaço obrigam-nos a curar apenas do projecto de Mello Freire, fazendo apenas raras e incidentais alusões quer às críticas de Ribeiro dos Santos, quer à resposta que Freire lhes deu. Sobre a questão a bibliografia é escassa. Quase se resume a síntesis breves nas Histórias do Direito ou das Instituições de Nuno Espinosa Gomes da Silva (a mais documentada), Mário Júlio de Almeida Costa (e o seu artigo sobre *Melo Freire* no "Dicionário de História de Portugal", dirigido por Joel Serrão), Joaquim da Silva Cunha, etc., Além das obras citadas nas demais notas, v. PEREIRA, José Esteves – *O Pensamento Político em Portugal no século XVIII*, António Ribeiro dos Santos, Lx^a, Imprensa Nacional, 1983, pp. 243 *et seq.*; uma alusão

muito consultada é (pasmem-se!) uma simples mas documentada nota de CRUZ Guilherme Braga da – "O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal", in *Obras Esparsas*, vl. II *Estudos de História do Direito, direito Moderno* 2^a parte, Coimbra, Acta Universitatis Conimbrigenensis, 1981, p. 85-89, N^o 2 da p. 85; apologética é a referência do sibrinho de Mello Freire, também citada por vezes: MELLO, Francisco Freire de, – *Discurso sobre delictos e penas*, Lisboa, 1922, pp. 95 *et seq.*

¹⁰ Ta é, por exemplo, a opinião do "cidadão Borges Cameiro", como lhe chamava Garrett.

¹¹ FAVEIRO, Vítor António Duarte – *Melo Freire e a Formação do Direito Público Nacional*, in "Ciência e Técnica Fiscal", Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lx^a, N^o 109, Janeiro de 1968, p. 73, *et seq.*, p. 109.

Apesar dessa identificação, Mello Freire continua incompreendido e celebrado: como um desses fantasmas de hoje, que já só vivem nos castelos da Escócia. Muito falado, mas desconhecido, e, na verdade, raramente visto.

2. OS DIREITOS-FANTASMA-TESE

Mas nem apenas nos desaires da História surge o fantasma constitucional.

O que é um fantasma?

É uma forma sem conteúdo, é uma promessa vã, etérea, volátil, de uma pessoa. Talvez uma imagem, uma projecção de uma pessoa. Não o seu sangue e carne.

E o que são os direitos na modernidade?

São direitos fantasmáticos. Têm forma, têm mesmo luz no escuro, apresentam-se como esperança, mas quedam-se em silêncio, escuridão e nada mais. São intangíveis.

São-no em grande parte os direitos dos grandes catálogos, nacionais e internacionais, pela sua inefectividade, por um lado, e pelo seu carácter não jurídico, por outro – o que até agora tem tido como consequência a não sindicabilidade em tribunal de direitos sociais, económicos, culturais, direitos prestativos, etc.¹²

Mas são-no até os direitos fundamentais, aqueles mais primários, que substanciam a protecção do cidadão contra intromissões abusivas do Estado na sua esfera de liberdade natural e imprescritível.

O texto de Mello Freire, pretendendo afirmar-se como protector de direitos, afirmando logo no seu Título I os direitos dos vassallos, acaba por proteger os vassallos confiscando-lhes muitos dos direitos que tinham, reduzindo-os a uma menoridade de súbditos felizes de um reino utópico.

Daí que o seu texto consagre tão poucas linhas aos direitos próprios dos súbditos, e tantas e tão minuciosas páginas à ordem protectiva, nomeadamente à polícia e ao poder económico do rei.

Os direitos são fantasmas. Mas o poder, esse, é uma hidra de mil cabeças. Quando uma é abatida, logo nascem duas para a substituir.¹³ A hidra alimenta-se do seu próprio sangue derramado.

3. OS DIREITOS FANTASMA - DESENVOLVIMENTO

Relembremos a aguda divisão dos Direitos da pessoa segundo Carl Schmitt. O ilustre juspublicista alemão considerava existirem três grandes tipos de direitos:¹⁴ os liberais, os democráticos e os sociais (ou até socialistas). Os direitos liberais, são garantias liberal-individualísticas, quer da pessoa isolada (liberdade de consciên-

¹² Cf. v.g. a síntese certeira de ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Direitos Fundamentais*, in Verbo. Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, vol. XXI, Verbo, Lx^a, 1986, cols. 454 *et sq.*, máx. col. 459. Diz também CARVALHO, Orlando de. *Op. cit.*, p. 121 que “Só há direito na medida em que há uma *protectio*”, recordando-nos que uma coisa, num direito subjectivo, é o *licere*, um conjunto de faculdades, e outra é a *protectio* – um aparelho sancionatório. Donde retiraremos que não há protecção sem sanção e aparelho que a imponha.

¹³ Quando se abate uma cabeça do Estado, isto significa que, de algum modo, se está em guerra (interna ou externa) com ele. Ora a guerra é um factor fundamental do engrandecimento do Estado e do poder. Cf., v.s. JOUVENEL, Bertrand de – *Du Pouvoir, Histoire naturelle de sa croissance*, nova ed., Paris, Hachette, 1972.

¹⁴ Seguimos SCHMITT, Carl – *Vertesunglehre* trad. cast. de Francisco Ayala, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 164, *et sq.*, máx. p. 175.

cia, liberdade pessoal, propriedade privada, inviolabilidade do domicílio e da correspondência), quer da pessoa em relação (liberdade de expressão e imprensa, de culto, de reunião, de associação, podendo aqui detectar-se formas de passagem para os direitos políticos de participação). Os direitos democráticos, correspondem à faceta da pessoa enquanto cidadão, são direitos de participação na vida política do Estado, englobando a igualdade perante a lei, o direito de petição, a igualdade do sufrágio, o igual acesso a cargos públicos. Finalmente, os direitos sociais são direitos prestativos, que têm o Estado como sujeito passivo. Neles se incluem o direito ao trabalho, à assistência e socorro, a educação a formação e a instrução.

Munidos desta subdivisão, que tem a grande vantagem de ser clara e evidente (ao contrário de tantas outras, mais recentes, mas complexíssimas), vamos fazer o que talvez se não deva fazer historicamente, mas se há que tentar uma vez na vida como cientista político ou filósofo do direito: experimentar com o tempo. Olhar o passado com etnocentrismo histórico.

Pois bem. Permitir-nos-emos averiguar da presença destas formas de protecção da pessoa (que, como bem sabemos todos, são formas anacrónicas relativamente ao tempo que estamos a considerar).

Começemos, para sublinhar o anacronismo, pelo fim. Pelas “últimas conquistas” em matéria de direitos.

É forçoso dizer-se que, embora sem a formulação presente de “direitos”, a preocupação social, assim como a “democrática” estão paradoxalmente muito presentes no projecto freireano.

Mello Freire pretende na sua cidade ideal que estejam assegurados o trabalho, a assistência, a educação e os demais direitos sociais assinalados por Schmitt. Claro que não institui nenhum mecanismo de tutela, até porque os não tem como o *suum* dos cidadãos, mas um objectivo do Estado.

Poderá ser esclarecedor verificar que de todos os elementos democráticos referidos pelo nosso autor alemão, apenas um, o sufrágio, não é aceite por Mello Freire, é evidente que hoje em dia se fez do sufrágio o cerne de toda a democracia, e daí a sobrevalorização da aritmética dos votos na construção do conceito. Mas não olvidemos que, a pesar de Freire pensar que os povos nada têm que decidir do governo das repúblicas, dá aos súbditos igualdade ante a lei, direito de petição (humilde e reverente), e concede-lhes a igualdade de acesso a cargos públicos.

Conclusão: da democracia e do social apenas não aceita Freire o voto. Ou seja, não aceita a decisão política dos cidadãos.

Passemos agora aos direitos liberais sociais e individuais.

Aquí é que começa a haver problemas.

É certo que em nenhum Estado se conseguiu a total compatibilização de direitos, e que sempre qualquer deles parece ter de comportar restrições, em situações de conflito, ao menos. Mas em Mello Freire se pode afirmar com pequena margem de erro que nenhum dos direitos em causa é verdadeiramente respeitado, excepto a propriedade privada. A liberdade pessoal é declarada direito conjuntamente com esta no § 8 do Título XLV. Mas de que liberdade pode tratar-se se se vive num Estado de Polícia?

Entretanto, uma interrogação lateja: Será que o Estado social (de Direito?) é um estado neo-iluminista?

E todavia há muitos “direitos” atinentes à pessoa no projecto do Novo Código, o que mostra o carácter ilusório, e até hipnótico dos catálogos de direitos.

III. A HIDRA DE MIL CABEÇAS

1. A HIDRA ENGOLIU O FANTASMA

Afinal, os direitos fantasmas já são parte da hidra de mil cabeças. Por cada direito adquirido é uma cabeça que se abate. Mas a maldição demoníaca da política (mesmo quando o direito a quer domesticar) faz nascer logo duas cabeças. E essas novas cabeças, cheias de sangue novo, fazem com que o direito nascido tenha aquele ar anémico e fugaz de fantasma. As hidras sugam o sangue do direito, e ele torna-se fantasma do que fora, fantasma de si próprio, uma das tais sombras do templo alegórico.

Se o direito é um fantasma, quem é a hidra?

Pode ter muitos nomes. Realismo, realidade, pragmatismo, *raison d'Etat*, factos, força normativa dos factos – é hidra, têm mil cabeças. No fundo, é a política prática, e a própria prática do direito, tantas vezes infelizmente feita simples questão de facto, ou de política.

Os direitos fantasmas são afinal mitos-ilusão, estrategicamente colocados para ocultar ou dulcificar a dura realidade da hidra.

Mello Freire diz que os vassallos têm direitos. Mas quais? Ribeiro dos Santos ao criticá-lo, afirma:

“[...] pois que todos os direitos enunciados no dito Título [I] parece que se reduzem ao unico artigo de poderem pedir os vasallos ao Principe em recompensa de seus merecimentos as mercês e premios, que constão de doações dos bens e direitos da Corôa, e concessão de graças novas, e confirmação das antigas, que é o de que se tracta desde o Título 48 até o Título 57”.¹⁵

Assim, se os direitos afinal se ligam já ao tentacular monstro do Estado e à sua política, desçamos um pouco ao pormenor, e vejamos sucessivamente no projecto de Mello Freire: 1) a protecção do cidadão a través dos seus direitos (fantasmas); 2) a protecção do cidadão por parte do Estado-Leviathã (a hidra de mil cabeças).

2. O ASPECTO FANTASMÁTICO DA HIDRA

Há muitas normas de importante atinência protectiva pessoal ao longo deste projecto. Referimo-nos, evidentemente, às que estabelecem ou interferem em estatutos pessoais, e às que especificamente determinam os direitos e obrigações do cidadão.

Enquanto que as segundas se encontram sistematizadas pelo autor do projecto, e agrupadas no Título XLV, que se designa mesmo “Dos Direitos e Obrigações do Cidadão, já as primeiras se encontram dispersas, e hão de buscar-se especialmente:

– No Título I, para a generalíssima norma de reconhecimento de direitos (§ 1), que é o pilar de todas as demais nesta matéria.¹⁶

¹⁵ SANTOS, António Ribeiro dos – *Notas ao Plano do Novo Codigo de Direito Publico de Portugal, do Dor Paschoal José de Mello, feitas e apresentadas na Junta da Censura e Revisão pelo D.or António Ribeiro em 1780*, Coimbra, Na Imprensa da Universidade, 1884, p. 21.

¹⁶ Ribeiro dos Santos critica o pouco desenvolvimento desde ponto, sobretudo se comparado com a especificação dos diversos direitos reais, que

seriam correlativos dos dos vassallos, BRAVO LIRA, Bernardino, *Melo Freire y la Ilustración Católica y Nacional en el Mundo de Habla Castellana y Portuguesa*, separata da “Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso”, Valparaíso, Publicaciones de la Escuela de Derecho, 1984, vol. VIII, pp. 93 *et sq.* sublinha também o carácter fundamental destes direitos dos vassallos.

– No Título II, no estabelecimento da igualdade jurídica de todos perante a lei (§ 8), sem embargo de dispensas, graças e privilégios concedidos pelo rei (§ 10).

– No Título III, na definição de áreas da jurisdição secular e da eclesiástica (§ 8 *et. sq.*), e no carácter pessoal e não hereditário ou venal dos cargos da magistratura judicial (§ 16 *et. sq.*).

– No Título V, na consideração da “imunidade das pessoas e bens eclesiásticos”, a qual, porém, é considerada apenas de forma muito limitada, e subordinada ao princípio geral da igualdade perante a lei.

– No Título XXXIX, na igualdade tributária (§ 6).

– No Título XL na não hereditariedade dos ofícios públicos em geral (§ 6) e alguns direitos dos funcionários.¹⁷

– No Título XLI, no direito de precedência (uma manifestação da função jurídica de distribuição de “honras”).

– No Título XLVII, na regulamentação dos serviços e mercês (outra manifestação do “direito honorífico”).

Além destas, e da confirmação e especificação destas no articulado interno de outras normas (como quando se reitera a igualdade perante a lei criminal em particular, no § 2 do Título XLIV, Do direito militar), retém-se a lição do legislador filipino que, ao invés da tradição nacional, anterior, que não especificava a questão da nacionalidade, resolveu consagrar um título a “Dos Naturaes e estrangeiros”, o XLVI.

Mantém-se ainda a velha ficção dos vícios da obrepção e da subrepção,¹⁸ mas agora permitindo aos súbditos apenas impugnar as cartas e decisões dos tribunais passadas em nome do rei, e não as do próprio rei.¹⁹

De todo o articulado, quer do disperso, quer do sistematizado, ressalta a empresa de igualitarização, de nivelamento dos “vasallos”, e de estabelecimento do fortíssimo poder real, legítimado por lei igual, racional, etc.

Falemos agora do título que expressamente cura de direitos e obrigações dos súbditos.

Dividamos as prescrições do Título XLV numa coluna de Direitos, e noutra de obrigações do cidadão. Que obteremos?

Começemos pelas obrigações, que vêm primeiro na redacção deste título:

– Desde logo, a ela se refere o corpo de Título, especificando as modalidades das obrigações do cidadão quanto aos seus destinatários (ou sujeitos correlativos): pode-se estar obrigado com respeito ao imperante, à sociedade ou aos seus semelhantes e iguais (o que parece ter-se por um subconjunto das obrigações relativas à sociedade, que englobará superiores e/ou (?) inferiores).²⁰ A sanção para qualquer destas obrigações é em geral cominada pelo § 5 que ameaça os eventuais infractores com as penas do Código Criminal. Os §§ 1 a 4 estabelecem sucessivamente essas obrigações para com o soberano, a sociedade e “os outros”. Torna-se preferível citar:

¹⁷ Contudo, há normas que relevam manifestamente de um pensamento utopista, regulador até dos mais ínfimos pormenores do foro pessoal, para maior glória ou operacionalidade... da república. É o caso do requisito do casamento para certos funcionários. O que o solteirão Ribeiro dos Santos não deixará de criticar...

¹⁸ Como se sabe, mas o texto anotado das Ordenações Filipinas não deixam de lembrar, “*Subrepticia*”, i.e., quando se occulta a verdade, que sendo conhecida obstará a mercê. § *Obrepticia*, he quando se allega falsa causa, que move a concessão da

graça, Alv[ará] ou Provisão.” (*Ordenações Filipinas*, Lx^a, Fundação Calouste Gulbenkian, Livros II e III, p. 466).

¹⁹ O Título XLIII das Ordenações estabelecia uma mais lata protecção, porquanto fala de “[...] alguma Carta nossa [...]” e não apenas de seus tribunais. Cf., sobre o assunto, BRAVO LIRA, Bernardino, *Melo Freire y la Ilustración...*, cit., pp. 95-96.

²⁰ A sociedade é, no fundo, vista como uma entidade abstracta, mitificada. E os “semelhantes ou iguais” são os demais particulares.

– “§ 1. Ao imperante deve principalmente obediencia, reverencia e fidelidade, e esta sua obrigação é perfeita, e não só externa, mas interna”.

– “§ 2. A’ sociedade deve do mesmo modo assistir com os seus bens, serviços e pessoa, ainda com perigo da propria vida, quando assim for necessario para sua conservação e defesa, ou por nós lhe for mandado”.

Neste caso se inclui a obrigação de pedir licença para se ausentar do território, nacional ou mesmo apenas do solo metropolitano (§ 3).

– “§ 4. E com os outros deve viver do modo que pede a natureza e fim da sociedade, e abster-se de todos aquelles factos, que podem perturbar a sua paz, socego e segurança”.

É este § 4 um outro *neminem laedere* ou *alterum non laedere*.

Do lado dos direitos, estão os §§ 6 a 9.

– Primeiro, o direito de aceder a cargos públicos e de recorrer à justiça real (§ 6). O que é uma manifestação da igualdade jurídica e do supremo poder do monarca sobre todos.

– Depois, o direito de se candidatar a recompensas e remunerações pelos bons serviços. Pedido feito ao rei, nos termos do Título 48. Outra manifestação do supremo arbítrio (agora de benesses e prémios) do imperante.

– E finalmente, os míticos –expressamente se diz mesmo que “são entre todos os mais sagrados”–direitos da propriedade e liberdade do cidadão. Os quais são reconhecidos e protegidos pelo Rei (§ 8). Acrescentando-se ainda (§ 9), como desenvolvimento:

“Por tanto todo o proprietario poderá livremente usar e dispôr dos seus bens e direitos, e obrar na sua casa e na sociedade o que quizer, salvas sempre as leis públicas do estado”.

Este final é deveras esclarecedor – no fundo, as leis tudo podem, mesmo contra os direitos sagrados. Trata-se de uma lição que haveria de ser muito aprendida.

Falemos agora das normas dispersas com atinências à protecção pessoal.

A definição a cidadania portuguesa (Tít. XLVI), aliás em termos bastante latos, isto é, de extensão da cidadania, não se limita a definir os membros da tribo, identificados pelo *ius sanguinis*. Acrescenta-se-lhe um considerável elemento de *ius soli*. O território e a ascendência tão míticos, vão definir o cidadão português, essa entidade a quem todo o direito se vai aplicar, sem qualquer diferença (Tít. II, § 8). E a quem desde logo se reconhecem direitos (Tít. I, § 1).²¹ O carácter de cidadão português é pressuposto da protecção jurídica; contudo, por exemplo no caso da liberdade religiosa, é ao cidadão estrangeiro que essa liberdade (cerceada embora) é concedida (Tít. IV, máx. §§ 7 e 8).

Definidas as normas da cidadania, a igualdade dos cidadãos perante a lei, e a universalidade dos direitos para os cidadãos, ressaltam normas de atinência pessoal que explicitam e especializam o já determinado, ou nos “princípios gerais”, ou nos “direitos e obrigações”, do Título XLV.

– No capítulo dos magistrados judiciais e dos funcionários (oficiais) públicos, em geral, a regra é da igualdade de todos no acesso, da nomeação e demissão pelo soberano, numa especificação dos princípios da igualdade perante a lei e do supremo poder do imperante sobre todos os seus vassallos (Tít. III, § 16 *et. sq.*; Tít. XL).

– No domínio do estado e jurisdição eclesiástica, o princípio é a separação muito rigorosamente delimitada das esferas de competência (com o banimento do direito canónico do quadro das fontes jurídicas civis, ou seculares), e a recusa,

²¹ O reconhecimento de direitos aos vassallos é uma componente iluminista, enquanto o monopólio pelo imperante dos poderes do estado é

uma componente do absolutismo. Cf. BRAVO LIRA, Bernardino – *Melo Freire y la Ilustración...*, cit., p. 94.

tanto quanto possível, de privilégios de qualquer ordem em função do estatuto pessoal de eclesiástico (na verdade, o Título V – Da Imunidade das Pessoas e bens eclesiásticos procura dar a ilusão da imunidade no título, enquanto essencialmente prescreve a igualdade perante a lei, no conteúdo – esta imunidade é um mito, como se vê dos §§ 1 e 2:

“§ 1. Os eclesiásticos [...] devem contribuir igualmente como os outros vassallos a todo o genero de tributos e de impostos”.

“§ 2. A imunidade destas leis e direitos é um privilegio, que deve constar das nossas mesmas leis; e em quanto não consta, e prova, não ha isempção alguma, e tem lugar a regra de que estão obrigados igualmente.

Depois, dão-se eclesiásticos algumas benesses honoríficas (§ 4), vagas (§ 5), penas mais severas para os que os maltratarem (§ 6), podendo realizar negócios jurídicos (§§ 7 e 8), sem o temor da prisão por dívidas (§ 9), etc. Mas, apesar de tantos artigos, as verdadeiras prerrogativas de antanho esboroavam-se.

No mesmo sentido vão as disposições do § 6 do Título XXXIX, quanto à igualdade entre todos os vassallos como sujeitos passivos de imposto, as normas de jurisdição, etc.

– Esta igualdade tributária passiva dos súbditos, sob o poder absoluto do monarca taxador é ainda (e sobretudo) motivo para se notar a ausência de qualquer direito a interferência dos cidadãos na determinação ou no consentimento do imposto. Quando muito, podem os sujeitos passivos “modestamente” queixar-se dos excessos dos recebedores e outros, sobre a “ordem, método e suavidade da cobrança”, e a sua “causa, justiça e necessidade”, pagando boamente entretanto (§ 1). Porque, em matéria de impostos o direito cabe ao rei, e a ninguém mais:

“A nós somente pertence o direito de impôr todo o genero de tributos novos, e de conservar, diminuir, ou augmentar os antigos, segundo a exigencia da causa pública, entendida pelo nosso real arbitrio, sem necessidade de concurso, ou dependencia dos nossos vassallos, assim eclesiasticos, como seculares, e das camaras das cidades e villas de nossos reinos”.²²

– Todas estas formas de nivelar os súbditos aos pés do soberano encontram um tudo nada de moderação em modalidades de diferenciação dos vassallos expressamente admitidas, designadamente através da atribuição de incentivos à abnegação, as mercês (as quais se procura regular –Tít. XLVII–, restringindo-as a prémio pelo serviço público), e do reconhecimento honorífico de direito de precedência, segundo uma hierarquia social que o Título XLI vem esclarecer (“para tirar as dívidas, que muitas vezes costuma haver sobre a sua precedencia”).

Com influência decisiva nos direitos das pessoas está a concepção de concentração dos poderes nas mãos do imperante, e a própria concepção do funcionamento das diversas instâncias do Estado, desde a administração (Título XL) à jurisdição (Título III). No fundo, muitos direitos, mas exangues e pálidos, enquanto a hidra vende saúde.

3. A HIDRA EM ACCÃO

O Título XLII é uma verdadeira descrição de uma utopia. O próprio tom em que é escrito tem um travo a literatura: é o retrato de um país de maravilhas, subdividido em parágrafos. Tem todos os condimentos necessários à construção de uma

²² FREIRE, Mello – *O Novo Código do Direito Público de Portugal, com as Provas compilado pelo Desembargador Paschoal José de Mello Frêre dos Reis, em que*

se contém a matéria do Livro II das actuaes Ordenações, 1^a ed., Coimbra, na Imprensa da Universidade, 1844, Tít. XXXIX, pr., p. 127.

cidade ideal pelo engenho de um sonhador intelectual e pela força de um príncipe que lhe dê ouvidos. E se há matérias que compreendemos na política de força do absolutismo, outras mais parecem saídas da ficção que da realidade, por mais dura que esta seja.

Não admira. A polícia é o governo da *pólis*, afinal. Quando Mello Freire, nas provas deste título, afirma, como vimos, que a polícia é “a economia, direcção e governo interno do reino”,²³ não fala senão do “Estado-polícia”.²⁴ E a “economia”, neste seu discurso, parece ser mais a “arrumação da casa (oixoo + vouos) pública que a específica política “económica”,²⁵ embora, evidentemente, a englobe.²⁶

Aliás, tudo se enquadra na polícia. Ou melhor: a polícia a tudo enquadra. O corpo do Título XLII esclarece o objecto da polícia, o qual dificilmente poderia abarcar mais domínios:

“Sendos os principaes objectos da polícia a religião, os costumes, e a subsistência, commodidades e segurança dos nossos vassallos e devendo a todos igualmente, como a proprios filhos, desejar e procurar todos os bens:” (sublinhados nossos).

Esta vocação totalitária vai evidenciar-se ainda mais nas prescrições dos sessenta e sete parágrafos subsequentes, em que o paternalismo (ou, no caso, maternalismo) aqui declarado, dará lugar não raro a um dirigismo de mítico legislador draconiano.

A polícia é onnipotente e tudo invade: quer o espiritual, quer o temporal. Como nas utopias literárias, trata-se de conformar a alma e o intelecto dos cidadãos, antes de os dotar de leis que os obriguem a fazer o que não queiram já intimamente, e muito antes de os ameaçar com sanções para a sua eventual desconformidade com as normas.

Dentro desta orientação, é compreensível que o projecto comece logo por pretender – numa conhecida e ao longo de História repetida tática – servir-se dos sacerdotes da igreja oficial (a que chama, como o seu regalismo típico “Igreja Portuguesa” como agentes da política (e polícia – agora no sentido actual e corrente) estadual.

Assim, no § 1 está em causa a própria religião [assimilada com a justiça com a simples expressão “ministros da igreja e da justiça] (com um particular relevo para os seus “ritos” – todos os ritos são disciplinadores, incutem respeito e obediência) enquanto instrumento de aculturação política e legitimadora do poder (não nos esqueçamos que o soberano o é por exclusiva graça de Deus, e não perde oportunidade para reiterar a sua fidelidade religiosa).²⁷

A esta conformação geral, acresce logo no § 2 a agregação dos ministros sagrados [e da justiça] à disciplina e vigilância dos costumes, designadamente “não consentindo ajuntamentos e communicações illicitas e suspeitosas”. Negação clara da liberdade de reunião, manifestação, etc.

Esta preocupação com a moral – a grande barreira à infracção, o polícia interior de giro à consciência de cada um – estende-se depois à escola, outra determinante instância na criação do Homem Novo, obediente, bom cidadão. Assim, o

²³ FREIRE, Mello – *O novo Código*, cit., p. 152 (Provas ao Tít. XLII).

²⁴ Tão diferente do tipicamente constitucionalista Estado guarda nocturno que surgirá depois, na fase demo-liberal.

²⁵ Sobre a dificuldade da delimitação epistemológica da Economia, cf. o nosso *Direito e Economia; da sincrise ao reencontro*, conferência no âmbito do Seminário de abertura do Curso de Direitos dos Negócios promovido pela Associação Industrial Portuense, subordinado à temática: “As Re-

lações entre o Direito e a Economia na Sociedade Moderna”, Abril de 1991 (aguarda publicação).

²⁶ O Autor conhecia certamente a origem etimológica da palavra “economia”. Há, por exemplo, um passo da sua obra em que nos a apresenta a *oúiconomia* como organização, economia, utilizando a expressão em grego. FREIRE, Mello – *História do Direito Civil Português*, trad. do latim do Dr. Miguel Pinto de Meneses, in “Boletín do Ministério da Justiça”, N.º 173, Lx.º, Fev. 1968, p. 77.

²⁷ Designadamente no Título IV.

§ 3 impõe aos professores de gramática, latina ou portuguesa²⁸ mudarem, por obra e graça da lei, o objecto principal do seu labor docente (a “sua primeira e principal obrigação”) para a vigilância dos costumes, impondo-se-lhes que observem “à risca as instruções que, a este respeito lhe forem dadas pela nossa Real Mesa Censoria”.

Esta Real Mesa Censoria distribuirá um manual de moral, espécie de catecismo cívico, breve e preciso, e obrigatório nas escolas e para todos os pais de família,²⁹ contendo:

“[...] as principaes obrigações do hommem, do cidadão, e do christão, e dos pais e filhos-familias entre sí, e o que a estes respeitos dispõem as nossas leis criminaes”.³⁰

No mesmo afã de conformar desde tenra idade os futuros cidadãos da cidade nova, o Novo Código não se contenta com o constrangimento religioso, jurídico, escolar e paternal. Vai à própria constituição da família, e fá-la depender da conformidade com o novo credo cívico. Assim, é instituída a utópica licença (gratuita)³¹ para casamento, garantia última de que a prole terá pais diligentes na educação cívica:

“§ 6. Os que houverem de casar, não só serão examinados da doutrina christã pelo seu parochio; mas tambem por algum dos ditos professores, ou por outra pessoa intelligente, de ordem da polícia, serão examinados sobre a educação civil, e ensino, que devem dar a seus filhos; de que se lhes passará uma certidão em fôrma, sem a qual o parochio os não poderá receber”.

A família está sob vigilância apertada,³² aliás: como um condenado em liberdade condicional, todo o pai de família tem de apresentar-se, todos os anos, no mês de Janeiro, na polícia, prestando relatório do “nome, habitação, estados, familias” (§ 14).

Mas agora já se está no domínio dos constrangimentos externos, da vigilância à luz do olhar omnipresente do *Big Brother*. Por isso, também, a cidade de Mello Freire é, como a Lisboa pompalina, rectilínea, limpa³³ e aseada, e sobretudo – iluminada. Porque só à luz se pode ver o que os súbditos fazem, e os eventuais sediciosos tramam: e é assim que o § 15 deste título manda que todas as noites se acendam lampiões na capital e em todas as cidades populosas.

O reino da razão é o reino das luzes, e o seu sentido nobre é a visão. Ver para crer é a máxima racionalista de S. Tomé. O domínio do mito é a noite, a sua subtilidade, a adivinhação, a intuição – tudo dotes femininos como os da rainha da noite. E o seu sentido nobre é o ouvido (se é que não é o olfacto...). Acender lampiões na cidade não é só iluminar a via pública, é proclamar as Luzes, e a presença omnipresente do olho permanente do soberano.

No domínio dos constrangimentos e das actividades técnicas externas (porque aqui também vale a ambivalência de Jano de que falava Duverger(, deve, antes de mais, sublinhar-se a omnipresença da “polícia”, patente na forma como colide com todos os “ofícios”, arrogando-se interferências administrativas nas corporações e profissões, inspeccionando-as e tributando-as, e até arrogando-se competências de desenvolvimento técnico:

²⁸ Aos professores de gramática, precisamente, outra grande disciplinadora dos intellectos – mas, para disciplina de rigor também poderia ter sido outra, por exemplo a matemática...

²⁹ Tit. XLII, § 5.

³⁰ Tit. XLII, § 4.

³¹ Tit. XLII, § 7.

³² Cf. *infra*, as determinações atinentes ao poder económico, que é o poder do rei como uma espécie de super-pai da família geral do Estado.

³³ A limpeza (aliás como sinal exterior de pureza e perfeição essenciais) é obcessão utópica, aqui patenteada nos §§ 9, 23, 24, etc. Neste quadro parece incluir-se também a proibição da vadiagem e da mendicidade (§§ 11, 20, 21, etc.). O procedimento utópico quanto à pobreza opera não pela via protectiva (aliás sempre um tanto quinérica quando estadual), mas antes pelo processo da avestruz jurídica: a realidade incómoda desaparece com a sua abolição legal.

“§ 41. Geralmente todos os officios necessarios para a subsistencia e commodidades do homem estão sujeitos a polícia; e a ella pertence reformar os mesmos officios, procurar e promover o seu adiantamento, evitar os abusos dos officios, taxando-lhes e o preço e aluguer das suas obras e jornaes, e das suas bestas, carros e carruagens, ordenando a todos estes respeitos aquelles regulamentos, que forem convenientes”.

Religião, educação, familia e trabalho estão, *grosso modo*, dominados. O demais refere-se a variantes e concretizações, aos tempos livres, ás comodidades públicas, enfim, a tudo o que possa importar á felicidade dos vassallos de tão solícita e prestimosa majestade, através da sua “polícia”.

O § 9 estabelece como que uma cláusula geral utópica da actividade da polícia, contendo enumeração exemplificativa, que, de resto, se vai acrescentar nos parágrafos seguintes. Aí virtualmente já tudo se contém:

“Vigiarão ao mesmo tempo sobre a bondade, qualidade e abundância dos mantimentos a mais cousas necessarias para a vida e commodidades do homem; sobre a construcção dos edificios e suas ruinas, incendios e outros semelhantes accidentes, e modo de os remediar; sobre os rendeiros, taberneiros, trabalhadores, artistas e officiaes; sobre a limpeza e aceio das casas, ruas, praças, vallas, caminhos, estradas, pontes e fontes; e geralmente sobre todas aquellas cousas, que se julgarem precisas e indispensaveis para as necessidades e tracto da vida humana, na fórma desde Título, e dos seus regimentos.”

Este parágrafo sucede áquele que consideraríamos propriamente “policial”, e quejá englobava toda a protecção de pessoas de crimes como o homicídio, o furto e a injúria. E ainda aqui aflora o projecto ideal de um cidadão pacífico e respeitador da autoridade: “[...] procurando por todos os modos, que os nossos vassallos vivão quietos, contentes e seguros uns dos outros”.³⁴

Ainda policial, neste sentido, é o conteúdo do § 32, sobre contendas privadas, o § 17, sobre a prisão de criminosos, e a regulamentação da justiça e corpo da polícia (§§ 42 *et. sq.*).

Vêm depois belas intenções (e consequents prescrições) sobre a configuração concreta da cidade.

Os cidadãos andam desarmados (§ 10), e a venda de venenos é restringida essencialmente aos profissionais médicos e afins (§ 22), e o armazenamento particular de combustíveis restringido (§ 27). O pacifismo ganha aqui pontos. Trata-se de uma medida prática como o fim utópico de evitar o agonismo interno da cidade ideal, e que, subsidiariamente, contribui para consolidar o monopólio da justiça por parte do Estado (proscrição do duelo, justiça privada, etc.), e anula o antigo sinal de distinção social que era o trazer espada, contribuindo para a igualitarização dos súbditos.

Na entrada dos povoações, piquetes policiais, sem dúvida, inquirirão da identidade, profissão e motivo da visita dos viajantes, que, sendo desconhecidos ou não trazendo “passaporte”, seram logo presos (§ 12). Esta protecção dos residentes a muito obriga os viandantes.

A vigilância nas estalagens e tabernas é apertada. Os seus responsáveis comunicarão os seus hóspedes à polícia no prazo de 24 horas. (§ 13). E todos os meses essas casa, e ainda as particulares que se tornarem suspeitas, receberão a visita da polícia, para se averiguar da “vida e costumes das pessoas, que nellas se acharem” (§ 19).

Além de o censo estar sempre actualizado com a declaração dos pais de familia (§ 15), da proscrição dos vagabundos e mendigos, orfaos e expostos, que

³⁴ Título XLII, 8, p. 135.

serão recolhidos a instituições totais convenientes (§§ 11, 20 e 21), e da iluminação pública (§ 15), as ruas serão percorridas por ronda militar, e jamais civil (§ 16 e 18). É novamente o monopólio estadual da justiça e da força a estar em causa.

Limpeza de ruas (§ 23; tanto limpas de bandidos como “bellas e magníficas”,³⁵ conforme recomenda, na medida do “possível”, o § 34), pureza de águas (§ 24), cuidados na edificação para evitar inundações (§ 25; também prevenidas pelo § 35) e incêndios (§ 26), os quais estão também prevenidos pela proibição do armazenamento particular de combustíveis em quantidade (§ 27), reparação de edifícios em ruína (§ 28), proibição (“nas povoações”) de animais ferozes ou ...“inmundos” [idem]— são alguns exemplos da estruturação da cidade. Na medida em que moldam o espaço e criam no cidadão hábitos de uma administração omnipresente, activa, prestadora, e substitutiva da sociedade civil (que desaparece, ou quase), não são menos políticas que outras, que visam evitar sedições, como a do § 33, o qual desce da utopia harmónica à realidade sempre presente da dissensão entre os homens.

Dir-se-ia que a utopia freireana já integra (e resolve, com a polícia) o problema da dissidência e do descontentamento político:

“§ 33. E principalmente os tumultos populares, e dos mal contentes, que necessariamente ha de haver em toda a sociedade, procurando conhecê-los, antes que aconteção, pela commoção dos espiritos do povo, e outros signaes, para em tempo se acautelarem”.

No fundo, todas as normas concorrem para a totalidade do ideal, e cada uma à sua maneira prepara a felicidade dos súbditos.

No plano cultural e do lazer, contam-se disposições sobre teatro e sua censura (§ 31), a proibição dos jogos de azar, e sua substituição por exercícios físicos, “dirigidos pela polícia” (§ 29).³⁶ Nos quais se podem entreter as famílias, alternativamente com o passeio público, vigiado permanentemente pela “ronda militar, ou da justiça”, mas em que se dá o benefício da adjacência de casas de bebidas... presume-se que não alcólicas (§ 30).

A economia subordina-se à polícia. Quer no provimento das necessidades em víveres, e concomitantes importações (§ 36), quer mesmo, excepcionalmente embora (mas contra a sagrada propriedade – mito do poder da polícia e do interesse público contra o mito da propriedade privada) taxando e impondo preços de venda de géneros (§ 37).³⁷ Há um *fumus* de defesa do consumidor no § 38, graças à vigilância sobre produtos alimentares, e de saúde pública no § 39, estipulando que os açougues e matadouros se localizarão em sítios menos prejudiciais à saúde dos habitantes das povoações, isto é, fora delas.

A assistência social está garantida por hospitais, casas pias, etc., de que tratam especialmente os §§ 55 *et. sq.* Ainda não estava criado o mito do *welfare state* e o mito da juventude eterna e da plena saúde como possíveis, pelo que Mello Freire é comedido nestas questões, e muito continua a requerer da “caridade” dos particulares, não impondo excessivas solidariedades estaduais sem rosto.

Claro que para prover a tudo isto, quer no plano da execução pura, quer no da punição, parece importante a criação de um corpo de funcionários a tal devotados. A partir do § 42 se lançam as bases legais de “um tribunal e corporação de homens separado” destinado a tal serviço. São os olhos e ouvidos do rei...

³⁵ Este gosto pela magnificência enquanto expressão do poder absoluto é uma das várias coincidências de Mello Freire com Bossuet – *Politique tirée de l'Écriture sainte*, Livre X, 1.ere proposition.

³⁶ Aliás, exercícios idênticos são também impostos (embora de acordo com o “que forem ca-

pazes”) aos reclusos nas cadeias “oficiais” (já que a sociedade é uma cadeia não assumida como tal) – § 58.

³⁷ Mas estipulando a venda e preço livres, § 38, *in fine*.

Realista e moderado é que, no fundo, a alçada do tribunal da polícia acabe por ser de 12.000 reis e dois meses de cadeia (§ 50). Isto limita, de facto, o poder teoricamente todo-poderoso desta jurisdição algo extraordinária.

Deu-se conta Mello Freire de que o seu texto não podia passar por nenhuma actualização das Ordenações,³⁸ antes constituía a base legal de uma fundação de cidade nova. Por isso, começa por se desculpar, nas provas, alegando a sua inexperiência nestas matérias.³⁹ Mas muito mais interessante e significativa que esta *humilitas* inicial, é a revelação dos trabalhos preparatórios pessoais do autor, e da confissão utópica de um anteprojecto, que Mello Freire diz ter rasgado, por inadequado á realidade portuguesa de então, ao *hic et nunc*.

“Mas estas e outras idéas, com que fiquei, em logar de me habilitarem para este trabalho, me confundirão e me inhabilitarão mais; porque por ellas fiz um plano de polícia, que parecendo-me ao principio decente, ao depois reflectindo vi que de nada servia, por ser um discurso especulativo academico, e impracticavel em Portugal, e que só poderia ter uso e applicação em alguma republica platonica, ideal e imaginaria”.⁴⁰

Tendo, pois, rasgado o plano inicial, Mello Freire renunciou à cientificidade e sistematização que considerava animarem-no, e ainda a tratar todos os objectos da polícia, limitando-se aos principais.⁴¹ O catálogo destes é já muito considerável, e ficamos cada vez com mais dúvidas se o projecto alegadamente rasgado não é o ora apresentado, ou, então, pomon-os a adivinhar que prodígios se conteriam no texto rejeitado pelo seu autor.

Esteja Mello Freire a falar ou não verdade sobre as fases do seu trabalho, o facto é que este título, mesmo tal como o conhecemos, constitui um riquissimo repositório de traços utópicos de uma cidade ideal, tal como a utopia iluminista a entendeu.

Uma das partes mais obscuras para o leitor moderno, mesmo para o que tenha feito a sua cadeira universitária de Economia Política, é o Título XLIII do projecto de Mello Freire, que ostenta a epígrafe “Do Poder Económico”. Com efeito, nada do que aí se trata parece ter alguma coisa a ver com a procução e o consumo, a riqueza e a sua distribuição, o custo de oportunidade e a raridade de recursos, em suma, nada releva de Quirino, e tudo de Júpiter enquanto deus de soberania geral.

Mello Freire trata neste Título de ofensas e remédios para elas (castigos), e procedimentos e competências para tal. Dir-se-ia estar-se perante direito criminal, ou, no mínimo, direito de “mera ordenação social”, dada a afectação de suavidade aqui patenteada.

Nas provas, Mello Freire alonga-se bastante, e é aqui um dos passos em que nos oferece dois nacos de doutrina sua dos mais substanciais. Previne logo da confusão entre economia, polícia em particular, e polícia em geral, e alude à dificuldade da distinção, para a qual seria necessário um enciclopédico conhecimento, cujos vagos e especulativos items enumera.⁴² Depois de apreciações doutrinárias e do enunciado das suas fontes, passa a dar a sua doutrina sobre a diferença entre as várias áreas da “filosofia prática”. É a sua construção epistemológica, que

³⁸ A relativamente longa relação que faz do direito anterior só contribui para solidificarmos a ideia de que Mello Freire está a inovar. Cf. FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., pp. 352-354.

³⁹ FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., p. 352.

⁴⁰ FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., p. 355.

⁴¹ Principais objectos da polícia são, para o autor, os costumes, vida, saúde, subsistência e como-

didades do cidadão. Outros objectos, alguns dos quais tratados noutros títulos ou no código criminal, seriam – agricultura, florestas e coutadas, finanças fábricas, forais e luxo, armas, jogos, precedência e ordem de tratamento entre os cidadãos. Cf. FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., p. 356.

⁴² FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., p. 361-362.

vai servir de máximo fundamento a essa nova arma do poder na mão do príncipe, que é o “poder económico”. Assim, tudo se esclarece se virmos que a política visa a felicidade e a segurança pública, agindo tanto interna como externamente. A polícia, confina-se já à felicidade pública apenas interna, e especificamente usando de meios como a agricultura “e outros estabelecimentos”. E a economia aponta ainda para o grande mito setecentista da felicidade, mas num âmbito ainda mais restrito, o da.

“[...] felicidade domestica das familias e sociedades menores, com muito pouca ou nenhuma contemplação ao Estado e sociedade civil [...]”.⁴³

Recapitula e alarga o autor este seu ponto, afirmando:

“Contém, como disse, a filosofia práctica muitas partes, e todas tem diferentes objectos. Porque a ethica procura a felicidade do homem; a theologia, do christão; a polícia, do cidadão; a politica, de toda a sociedade; e a economia, de que tractamos, a domestica e familiar”.⁴⁴

É a perfeição teórica do jardim francês, embora com doutrina de Wolf e Justi.

A isto, que, embora vocacionalmente totalitário, e formalmente fruto de um racionalismo conceptualista, pode compatibilizar-se com a velha *divisio* aristotélica, acrescenta Mello Freire, prometendo passar das palavras às coisas:

“Eu tenho por poder economico político aquelle, que compete ao Príncipe na qualidade de pai de familias, na qualidade de chefe e cabeça principal de todos os corpos políticos do Estado, e na de primeiro e principal cidadão”.⁴⁵

Passando depois a expor a teoria segundo a qual vê imperante: é o soberano que legisla, o juiz que decide dos pleitos, e o pai que governa a sua casa. E de novo nos surge, sempre, a capa do Leviathã, de Hobbes: Mello Freire vê o soberano como “chefe e *cabeça* de todas as sociedades e corpos políticos do Estado”. (Sublinhados nossos), mas também cabeça do corpo político da Igreja.

Em conclusão: na medida em que se não separa a sociedade do Estado, e em que se sobrepõem a concepção paternalista e a absolutista do poder e da realeza, o soberano iluminado e racional, de boas leis e oficiais diligentes, é também o pai comum de meios preventivos e correctivos informais e expeditos: os dois açóites na hora exacta, para evitar piores males.

Em teoria, continua a apartar-se política de economia (e até política de polícia). Mas a distinção vai servir, paradoxalmente, não para confirmar os pais de família com reis em sua casa, deixando para governo do príncipe só a coisa pública, mas antes para dotar o imperante, na qualidade de pai comum, de mais meios (posto que ajustados ao diverso fim e objecto *—et pour cause*, já que de outros não tem necessidade), interferindo na sociedade até nas sociedades domésticas.

Mello Freire, em novo paradoxo misturador de objectos de regulação, estende esta intromissão “económica” a “todas as pessoas, que vivem em qualquer sociedade, ou seja natural e pacticia, como a conjugal [...]”;⁴⁶ ou política, como as outras sociedades, corporações, universidades, collegios e conventos militares, jurídicos, negociatorios; ou a santa e religiosa, como a sociedade e corpo politico da Igreja [...] e as comunidades ecclesiasticas [...], e em quanto ao seu governo, decóro, direcção e externa economia”.⁴⁷

Finalmente, também engloba neste domínio, que era todo do recatado e particular, a própria sociedade maior, a civil.

⁴³ FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., p. 364.

⁴⁴ FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., p. 364.

⁴⁵ FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., p. 364.

⁴⁶ E até aqui seria coerente. Não o sendo na

intromissão subsequentemente citada, que se nos afigura relevar de ordem não “doméstica”.

⁴⁷ FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., p. 365-366.

Para esta incongruência há uma explicação, que Mello Freire não dá agora, porque incongruência não vê, ou não a confessa. É que para olhar macroscópico do imperante, todos os corpos menores ou intermédios, são minúsculos, micróbicos, e assim se confunde a sociedade e as instâncias intermédias com a família, ou as famílias. Uma outra explicação, partindo de outro argumento, decorrente da mesma cosmovisão. O imperante é pai de todos, Pai de pequenos e de grandes. De forma que a todos trata por igual. Em suma. A sociedade e cada instituição, por pouco familiar que seja, é, para o imperante, seu assunto doméstico.

São mais alguns anéis nos círculos do inferno.

Honra seja feita a Mello Freire. Parece, depois de ter justificado este poder, fazer sucessivas marchas atrás, arrependido pelos poderes que conjurou, como o aprendiz de feiticeiro que, tal como o monstro de Hobbes, nos não sai de diante dos olhos ao lê-lo.

Reconhece que a família pode ser molestada, e, em apreço disso, conteve a sua minuciosa pena de regulamentador utópico (tanto mais utópico quanto mais regulamentador e específico), explicando que deixou propositadamente por isso este poder geral. Porém, o simples enunciado da regra é já expressão de uma visão das coisas fatal para a liberdade e autonomia dos lares, e para os direitos e garantias de pessoas e instituições. Porque, na verdade, se está perante uma espécie peculiar de “jurisdição” (que não chega a sê-lo) em que, como o próprio Freire afirma, quer a pena quer a prova são arbitrárias, e não legais (como ele defende no direito criminal).⁴⁸

Do mesmo modo, repetidas vezes explicita Freire que este poder tem de ser exercido de modo diferente dos outros, e mais *more judiciali* que *more castrorum*,⁴⁹ em tentativa de prevenir abusos. E limita os titulares concretos do perigoso poder, vedando-o designadamente a eclesiásticos, e só o admitindo, parece que com reservas, em poucos oficiais e magistrados.⁵⁰

Valham as palavras de Mello Freire em sua defesa:

“Por muitos modos se pôde inquietar e perturbar a paz e socego das famílias, o seu decoro e honestidade, e as suas fortunas (o mesmo se entende das outras sociedades); e pareceo-me, que se não devião especificar, e que bastava dar a regra”.⁵¹

Além de o mito da felicidade se encontrar abundantemente presente neste poder económico e na sua justificação doutrinal, de par com o mito do imperante todopoderoso, como vimos, deve sublinhar-se uma característica utópica do maior relevo: a tendência para a anulação da distinção entre público e privado, entre família e sociedade, entre sociedade e Estado. Curiosamente, aqui elaborada de forma subtil –e quiçá não totalmente racionalizada (ou consciente)– através da pretensa “domesticização” ou “familiarização” do sumo (realmente único) poder público– o imperante, de facto, se o titular do poder público passa a pai, e entra na sociedade doméstica e nas sociedades menores como tal, tudo está confundido, e tudo passa afinal público, como na célebre frase de Lenine.

Ribeiro dos Santos crítica este título sem sequer o ter lido (o texto ainda lhe não fora dado, só o plano): adivinhava-lhe já o conteúdo. E reagiu assim, vendo em tal poder uma total desprotecção das pessoas:

“Seria muito para rezear, que pelo uso de semelhante poder, maiormente autorizado no mesmo corpo de legislação, viessem a destruir-se um dia as fórmulas publicas da lei e do juizo; a dar-se um grande golpe nos direitos, na fortuna e na

⁴⁸ FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., p. 366.

⁴⁹ FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., p. 365; cf. também 366, 367, 369, etc.

⁵⁰ FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., p. 370.

⁵¹ FREIRE, Mello – *O Novo Código*, cit., p. 366.

liberdade dos cidadãos; e abrir-se caminho franco a todos os abusos do poder arbitrário, e aos crueis excessos do despotismo”.⁵²

Perante estas e outras réplicas de Ribeiro dos Santos, Mello Freire acusa-o de republicano o monarcómaco,⁵³ e, negando que jamais em Portugal os povos tenham tido parte no governo⁵⁴ (protegendo-se a si próprios), afirma:

“Se eu não me engano, o censor ou quer fundar em Portugal uma monarquia nova, e uma nova fôrma de governo, ou quer temperar e accomodar a actual aos seus desejos e filosofia”.⁵⁵

Por via da polícia e do poder económico, e pela denegação de participação popular na governação a qualquer nível, as pessoas no Novo Código não estão verdadeiramente protegidas, mas sob custódia. E o problema é que os guardas são os cem olhos de Argos da Hidra de mil cabeças (parece que há cabeça cegas). Mas a pergunta continua sempre a ser, qualquer que seja o regime político: *quis custodiet custodes ipsus?* Quem guarda os guardas? E o facto é que os protectores estão protegidos. *Hoc opus hic labor est.*

A desventura do código de Mello Freire, sempre adiado, fantasma vagueando pelos séculos, é uma mentira. Nofundo e afinal, ele não faz mais que consubstanciar o Código, o único Código do estado Moderno.

Por isso, as constituições mais liberais (*latissimo sensu*) passaram, e perduraram as menos liberais (*latissimo sensu*): porque só estas últimas visavam o fim político da consolidação e engrandecimento do Estado.⁵⁶

E por isso é que Ribeiro dos Santos é simultaneamente apelidado de liberal⁵⁷ e tradicionalista⁵⁸ (logo, pré-moderno), e longe de ser um Quijote enfrentando um fantasma, tem pela frente o Estado Moderno, verdadeiramente essa hidra de mil cabeças.

⁵² SANTOS, Ribeiro dos – *Notas ao Plano...*, cit., p. 55.

⁵³ Ribeiro dos Santos sairá ilibado dessa acusação o, a questão subirá ao Conselho Camerário.

⁵⁴ FREIRE, Mello – “Resposta que deu o desembargador Paschoal José de Mello Freire dos reia ás censuras que sobre o seu plano do Novo Código de Direito Publico de Portugal fez, e a presente uma Junta da revisão o D. or António Ribeiro dos Santos”, in SANTOS, Ribeiro dos – *Notas ao Plano...*, cit., p. 84.

⁵⁵ *Ibidem*. Era verdade também, e o utopista acusava o utopista. Mas da utopia ribeireana e da protecção da pessoa no seu pensamento falaremos noutro lugar. Em princípio, no nosso *Mythe et Constitutionnalisme au Portugal. Originalité ou influence française?*, em preparação.

⁵⁶ Enquanto que o liberalismo não é senão uma espécie de anti-política, de anti-Estado, ou mais suavemente: um conjunto de fórmulas protectivas dos cidadão no princípio da desconfiança pela

bondade estadual. Cf. SCHMITT, Carl – *Der buergerliche Rechtsstaat*, in “Abenland” 3, 1928, pp. 201-203.

⁵⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Apontamentos de História do Direito*, Coimbra, 1980 (policóp.), p. 385, diz expressamente que Ribeiro dos Santos “militava no campo dos princípios liberais”; Silva Cunha (“Segundo as lições ao 1º ano jurídico do Prof. Doutor...”, revista com a colaboração do Assistente da Cadeira, dr. Carlos Marques de Almeida”) – *História das Instituições*, II vol. 2ª ed., Porto, Universidade Portucalense, 1987, p. 993, afirma que Ribeiro dos Santos “se inclinava para as ideias liberais nascentes”; SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da – *História do Direito Português, I. Fontes de Direito*, Lxª, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 286 alude ao “aliás moderado liberalismo de Ribeiro dos Santos”.

⁵⁸ PEREIRA, Esteves – *Op. cit.* p. 296, fala de “tradicionalismo ‘su generis’ (sic) de Ribeiro dos Santos”.