

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
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

Paula Rosado Pereira
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: Julho, 2023

TOMO 1

M. Januário da Costa Gomes
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

Filipe A. Henriques Rocha
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes

Filipe de Arede Nunes
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes

TOMO 2

Flávio Tartuce
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão

Francisco A. C. P. Andrade
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?

Francisco Mendes Correia
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition

Francisco Paes Marques
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy

Gonçalo Aleixo Nunes
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor

Henrique Marques Candeias
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention

Hugo Ramos Alves
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine

Isabel Alexandre
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- **Luourenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

- **Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
- **Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
- **Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
- **Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
- **Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
- **Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
- **Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
- **Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
- **Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- **Teresa Quintela de Brito**
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- **Thomas Hoeren**
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- **Tiago Henrique Sousa**
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- **Tong Io Cheng**
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- **Vítor Palmela Fidalgo**
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- **Maria João Estorninho**
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- **Paulo de Sousa Mendes**
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- **Pedro Pais de Vasconcelos**
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

Legitimidade na revolução de 1820

The legitimacy of the 1820 Revolution

António Pedro Barbas Homem*

Resumo: Legitimidade é um conceito antigo do direito civil, que se torna central para a filosofia política e para o direito público português desde a revolução de 1820 e, também, para a prática e luta políticas. Opõe-se a legitimidade do antigo regime e a do novo regime; a legitimidade monárquica e a legitimidade constitucional; as cortes antigas e os parlamentos modernos; as leis fundamentais e as constituições; as liberdades antiga e as modernas; os antigos privilégios e os novos direitos; os conselhos e tribunais antigos e a separação de poderes. O novo direito público do liberalismo vem trazer uma ruptura intencional com a monarquia do antigo regime, assente simultaneamente numa legitimidade paternalista e administrativa. Contudo, após décadas de lutas políticas, é apenas com a regeneração que a monarquia constitucional finalmente consegue a harmonia entre as legitimidades que resultam da constituição, do sufrágio popular e da hereditariedade do título dinástico.

Palavras chave: Legitimidade; Constituição; Liberalismo; Paternalismo.

Abstract: Legitimacy is a concept of the ancient civil law, which becomes central for political philosophy and law Portuguese public since the revolution of 1820. It opposes the legitimacy of the old regime and that of the new regime; the monarchy and constitutional legitimacy; ancient courts and modern parliaments; fundamental laws and constitutions; ancient and modern freedoms; the old privileges and the new rights; ancient courts and the separation of powers. The new public law of liberalism brings an intentional rupture with the monarchy of the old regime, based simultaneously in a legitimacy both paternalistic and administrative. However, after decades of political struggles and a civil war, it is only with the *regeneration* that the constitutional monarchy finally achieves harmony between the legitimacies that result from the constitution, popular suffrage and the heredity of the dynastic title.

Keywords: Legitimacy; Constitution; liberalism; paternalism.

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e investigador do Iuris. Artigo a publicar em *Dicionário Crítico da Revolução Liberal* (Coordenadores: Rui Ramos; Nuno Gonçalo Monteiro; José Luís Cardoso; Isabel Corrêa da Silva).

Sumário: Introdução. O conceito de legitimidade. Legítimo e legitimidade. Legitimidade no direito público moderno. Paternalismo e liberalismo. A revolução e o novo direito público. Legitimidade e revolução. As bases da constituição. Legitimidade e contrarrevolução. Legitimidade e história.

Introdução

O conceito de legitimidade emerge nos debates do vintismo como uma ponte entre três mundos: o do antigo regime, que se está a desmoronar; o da revolução, ainda à procura de um discurso próprio; e o do futuro da revolução, que desponta como condição de legitimação do movimento de 1820, mas cujas contradições e falta de sentido unitário farão fracassar.

Os protagonistas políticos do tempo oscilarão entre estas três visões, procurando cauções intelectuais para as suas teses e atitudes na filosofia política do seu tempo e na experiência constitucional comparada de outros povos. O debate oitocentista acerca da legitimidade convoca uma nova semântica e uma nova filosofia políticas.

Discute-se se a legitimidade é monárquica, constitucional, parlamentar, constitucional, nacional ou popular. Contudo, importa não esquecer que, no contexto de um processo já violento de transição entre o antigo regime e a revolução, a guerra civil implicou compromissos pessoais, nomeadamente a participação nas forças militares.

É a formação nas primeiras décadas no século XIX desta herança intelectual que se expõe neste artigo, referindo-se sumariamente os diversos períodos históricos: o processo revolucionário de 1820-1821, o debate constituinte de 1822 e da carta constitucional de 1826, a restauração do absolutismo, a guerra civil e, finalmente, a vitória liberal.

O conceito de legitimidade

Os debates contemporâneos acerca dos problemas de legitimidade dos Estados e dos regimes políticos no sistema de capitalismo avançado, com Weber, Arendt, Habermas, Pettit, Bobbio, entre muitos outros, vieram traçar um enquadramento teórico simultaneamente complexo e preciso acerca de um vocábulo com muita história: o de legitimidade.

Se esquecermos a palavra e nos concentrarmos no seu significado, podemos distinguir dois tipos de abordagens, que designarei como formalistas e substantivistas.

Para as teorias formalistas, a legitimidade decorre de um título que permite o exercício do poder por uma autoridade e justifica, de outro lado, o dever de obediência por parte da comunidade. Para as teorias substantivistas, acrescenta-se que a legitimidade implica conteúdos materiais das decisões e a satisfação de fins (justiça, garantia das liberdades, etc.) e que apenas são legítimas as decisões orientadas a estes fins.

De um lado, as questões da qualidade do poder: quem exerce o poder, como, através de que processos e procedimentos, com que meios sancionatórios. Neste sentido, legitimidade confunde-se com legalidade e com o monopólio dos meios coercivos pelo Estado. De outro, os fins, especialmente a justiça e o bem comum, fins que justificam a obediência às autoridades e eventualmente autorizam o direito de resistência a ordens, leis ou sentenças ilegítimas. Aqui, legitimidade é um conceito de relação entre fins e meios. No desenvolvimento histórico destas ideias realçamos as teorias do direito natural que, desde a Idade Média, teorizam as figuras do tirano pelo título e pelo exercício e discutem a legitimidade da desobediência às ordens injustas. Fala-se, hoje, a respeito destas ideias, em tradição jusnaturalista.

Neste texto, parto da abordagem histórica do conceito, do seu significado e das suas relações com o projeto político da revolução liberal. Um projeto que não foi sempre o mesmo e que foi ganhando novos contornos e tonalidades ao longo do tempo. De algum modo, realçando o equívoco da ideia de «revolução liberal». Na verdade, existiram vários projectos revolucionários, contraditórios entre si, invocando legitimidades distintas – e nem mesmo a guerra civil conseguirá o consenso geracional da restauração em França e de fenómenos similares, noutros países.

Legítimo e legitimidade

Legítimo, utilizando os dicionários históricos da língua portuguesa é um vocábulo utilizado desde a Idade Média, por via culta, nomeadamente para referir os filhos legítimos e as cartas de legitimação dos filhos ilegítimos¹. Legitimar é «haver por legítimo, e feito, e caracterizado com todos os requisitos da Lei, aquilo a que eles ou algum deles faltava», define o primeiro dicionário jurídico português².

¹ Viterbo, Joaquim de Santa Rosa de, *Elucidário das palavras, termos e frases que em Portugal antigamente se usaram e que hoje regularmente se ignoram*. Lisboa: A. J. Fernandes Lopes [1865, 2.ª edição]; Silva, António José de Moraes e, *Dicionário da Língua Portuguesa*. Lisboa: Tipografia de Joaquim Germano de Sousa Neves [1878, 7.ª edição].

² Sousa, Pereira e, *Esboço de um Dicionário Jurídico, Teorético e Prático*. Lisboa: Tip. Rolandiana, 1825; Verdelho, Telmo, *As Palavras e as Ideias na Revolução Liberal de 1820*. Lisboa: INIC, 1981.

No período imediatamente anterior a 1820 identificamos três tipos de utilização do conceito de legitimidade. Em primeiro lugar, a legitimidade como conceito processual, nomeadamente para referir a qualidade das pessoas que tinham capacidade para agir em juízo ou em face da administração. Por exemplo, acerca dos donatários e dos critérios para confirmar a legitimidade de doações régias (como refere o Alvará de 14 de outubro de 1766 estabelecendo as formas como os donatários deverão requerer cartas de confirmação das doações dos bens da coroa).

Em segundo lugar, identificamos o uso de legítimo e legítima como conceitos do direito substantivo, para referir a quota indisponível da herança. Finalmente e mais importante, encontramos a legitimidade como categoria política, nomeadamente na referência ao rei legítimo e ao rei ilegítimo. As regras de sucessão na Coroa, como em termos paralelos as regras de sucessão nas heranças, definem quem pode suceder e quem não pode: os filhos ilegítimos ou bastardos estão excluídos da sucessão.

A palavra, portanto, já existia, tal como a realidade que viria a descrever. Mas, para a compreender, é relevante associá-la ao contexto jurídico – não meramente político ou filosófico – em que é criada.

A fenomenologia conceptual utilizada na metodologia da história das ideias sublinha a relação entre exemplos históricos concretos e as experiências que proporcionaram. A linguagem é assim um meio para manifestar experiências – mas não necessariamente através de um uso racional das palavras. No contexto de uma revolução, a invenção de um novo vocabulário ou a apropriação das palavras preexistentes para lhes atribuir um novo significado constitui um subterfúgio frequente na história das ideias e doutrinas políticas. Já se designou este fenómeno como *furto semântico*³.

Legitimidade no direito público moderno

O direito público da Idade Moderna havia identificado o conceito de leis fundamentais.

É importante sublinhar que não se tratava de meras palavras. Em toda a Europa, desde o século XVI e na sequência de crises e revoluções dinásticas e dos problemas das guerras de religião, os princípios gerais de sucessão na coroa e de independência e integridade territorial dos reinos estavam expressos em documentos que a doutrina qualifica como leis fundamentais⁴. A sua qualidade é tal que os

³ Moreira, Adriano, *Crise Cultural e Revolução Cultural, Nação e Defesa*, 1988, p. 63.

⁴ Seelander, Airton, *Lei Fundamental*. In: Vicente de Paula Barreto, Alfredo Culleton (orgs.), *Dicionário de Filosofia Política*. Unisinos: São Leopoldo, 2010, pp. 299 ss.; Homem, António Pedro

governantes lhe estão vinculados, ao lado das leis divina e natural, porque sobre elas estava apoiada a majestade soberana, segundo as expressões primeiramente usadas por Jean Bodin⁵.

O percurso português é similar ao europeu. Desde 1640 que os reis juram as leis fundamentais do reino, expressão de um pacto entre os reis e os povos. As actas das Cortes de Lamego, aceites como verdadeiras, e outras leis fundamentais aprovadas posteriormente durante o reinado de D. Afonso V e D. Pedro II estabeleciam os princípios básicos de legitimidade política. Os grandes juristas do século XVII, como João Pinto Ribeiro e Domingos Antunes Portugal, exprimem nas suas obras a natureza jurídica da monarquia, fundada no direito e não apenas no poder da força. Acresce a natureza consensual e democrática do poder, estabelecida nas atas das Cortes de 1641 e sistematizada na obra de Velasco de Gouveia⁶.

Estes princípios jurídicos das leis fundamentais são fundamentalmente cinco: a independência nacional; a natureza do regime, monárquico e hereditário; o estabelecimento da dinastia de Bragança; a definição das regras de sucessão na Coroa, de acordo com os princípios da primogenitura e masculinidade; a proibição de suceder na coroa um príncipe estrangeiro. A eles acresce um outro, implícito e que na verdade não precisa de ser declarado em Portugal, mas que o era noutros países: o da catolicidade da monarquia.

As crises constitucionais do século XVII, nomeadamente a declaração de incapacidade de um rei (D. Afonso VI) e da designação de um regente (D. Pedro II), que tiveram solução à luz daqueles princípios serão reavaliados pela doutrina absolutista do pombalismo (José de Seabra da Silva, António Pereira de Figueiredo, Ribeiro dos Santos).

Será também à sua luz que serão resolvidas as crises constitucionais do final do século XVIII e início do século XIX. Refiro aqui a sucessão de D. José e o episódio da incapacidade da rainha D. Maria I. E será ainda à luz destes princípios que se irão buscar as respostas para a crise sucessória aberta com a morte de D. João VI. Bem mais tarde, será ainda a esta luz que se definirá a sucessão na casa de Bragança, após a morte de D. Manuel II.

A esta legitimidade política que resulta do título jurídico das leis fundamentais e da aclamação de D. João IV em Cortes acrescia outra legitimidade, a do exercício

Barbas, *Judex Perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 93 ss.

⁵ Homem, António Pedro Barbas, *Judex Perfectus...*, pp. 93 ss.

⁶ Gouveia, Francisco Velasco de, *Justa Aclamação do Serenissimo Rey de Portugal Dom João o IV*. Lisboa: Of. de Lourenço de Anveres, 1644.

do poder. As figuras teorizadas desde a Idade Média do tirano pelo título e do tirano pelo exercício entroncam numa antiga tradição do direito natural, robustecida pelos grandes teóricos jesuítas do final do século XVI e XVII (Suarez, Molina, Batista Fragoso).

Não se tratava de mera retórica política: a justificação do direito de resistência, nomeadamente autorizando o afastamento dos governantes injustos, e a condenação da guerra injusta, são dois dos mais importantes contributos das obras destes autores para a refutação do absolutismo e para a defesa dos regimes mistos.

Seguindo Martim de Albuquerque, a refutação de Maquiavel de *O Príncipe* e da má razão de Estado constituem traços dominantes da ética tradicional portuguesa. A legitimidade do poder não é mera legalidade⁷.

O século XVIII vai trazer mudanças profundas. Na história do absolutismo em Portugal devemos distinguir entre o absolutismo de facto de D. João V, que deixa de convocar Cortes, e o absolutismo de direito, com D. José.

Tenho sublinhado como a teorização do absolutismo preparou o caminho para a revolução liberal. Na verdade, os textos mais relevantes deste absolutismo teórico, a *Dedução Cronológica e Analítica*, o *Compêndio Histórico do Estado da Universidade* e os *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772, são marcados pelo afastamento da tradição jusnaturalista anterior e pela recepção da obra de autores protestantes defensores do absolutismo, como Pufendorf e Heinécio. Se a legitimidade do poder é apenas formal e jurídica, então ela confunde-se com legalidade; a ética material da obediência das doutrinas jusnaturalistas católicas é negada.

A condenação da autoria do livro *Justa Aclamação* de Velasco de Gouveia (1644) na época do Marquês de Pombal assinala sobretudo a condenação da sua doutrina: a de que o poder dos reis está, em primeiro lugar, nos povos, e que o povo pode revoltar-se contra o governante e mesmo licitamente matar o tirano.

Para além deste tipo de legitimidade política, uma outra mudança teórica e prática terá especial impacto, quer no fim do antigo regime em Portugal quer na independência brasileira.

Ao mesmo tempo que o direito público teoriza o absolutismo, também exprime uma nova teoria designada como ciência do governo, ciência do Estado ou ciência cameral ou dos gabinetes, ou ainda *polícia*. Se bem que estas expressões não sejam coincidentes, para utilizar categorias weberianas elas coincidem na defesa da

⁷ Albuquerque, Martim, *A Sombra de Maquiavel e a Ética Tradicional Portuguesa*. Lisboa: FLUL, 1974.

legitimidade técnica do governo – nomeadamente dos órgãos que definem as políticas de planeamento do território, dos impostos, da educação, da saúde e do comércio e indústria, órgãos que são também responsáveis pela administração destas matérias e pelo julgamento especializado de eventuais litígios. O velho conceito de bem público do jusnaturalismo tinha dado lugar ao de felicidade, entendido como finalidade geral do poder político. Grande parte dos pensadores que idealizam este modelo e organizam as reformas do Estado no final do século XVIII e princípio do XIX, estarão ao serviço da Coroa no Brasil – e aí colocarão em marcha, primeiro com D. João VI e depois com D. Pedro I a construção racional de um novo Estado nos trópicos.

Assim, nas vésperas do fim do absolutismo, não é apenas de legitimidade monárquica de que se deve falar. Os livros da ciência do Estado, polícia ou ciência cameral identificaram uma outra categoria, a da legitimidade técnica dos grandes conselhos e tribunais da monarquia que substituíam a legitimidade democrática das Cortes que tinham deixado de se reunir⁸. É nestes conselhos e tribunais que se preparam as leis, que se administra e que se julga. A racionalidade burocrática do antigo regime criou uma legitimidade técnica muito particular – um império de papel selado, dependente destas estruturas simultaneamente administrativas e judiciais situadas em Lisboa, primeiro, e, desde 1808, também no Rio de Janeiro.

Os grandes artífices intelectuais da revolução foram criados neste meio intelectual, basicamente jurídico – Manuel Fernandes Tomás, Ferreira Borges, Silva Carvalho, Borges Carneiro.

Na visão jurídica, a associação entre legitimidade e legalidade é fundamental: o Estado é fundado por um documento jurídico, a constituição; e a constituição é, por sua vez, a matriz da legalidade positiva. No sentido referido no início deste texto, a legitimidade é uma categoria meramente formal.

Paternalismo e liberalismo

Mas uma outra característica fundamental da política do antigo regime tinha sido posta em causa com a ida da família real para o Brasil: o paternalismo. Na verdade, a legalidade do antigo regime não pode, sem mais, ser descrita de forma paralela às formas jurídicas do presente. Para o direito público do antigo regime, o rei está solto e livre da lei e acima dela.

⁸ Homem, António Pedro Barbas, *O Espírito das Instituições. Um estudo de história do Estado*. Coimbra: Almedina, 2006.

Entre as muitas manifestações deste poder dos reis contava-se a possibilidade de dispensar leis e a de atribuir privilégios. Aprovar indultos e amnistias; dispensas de pagamento de impostos; isenção de prestações; legitimar filhos ilegítimos, entre muitos outros actos, contavam-se entre as faculdades atribuídas ao rei, acima da legalidade positiva. A legitimidade monárquica assentava assim em crenças e percepções não reconduzíveis a fórmulas jurídicas.

A literatura política sublinha esta mensagem do rei como pai, que não se resume na palavra de ordem liberal e anti absolutista de «o altar e o trono». A autoridade dos reis portugueses não está – no sentido de Weber – legitimada nem apenas pelo carisma do governante, nem pela sua legalidade formal (legal – racional), nem pela tradição. Está também alicerçada na tradição de uma metáfora, a do rei – pai.

Com a ida da família real para o Brasil ficou uma sensação de orfandade num momento em que o país precisava de liderança, como agora se diria. É preciso cuidado, como alerta Rui Ramos, em pensar que é este fundo, em que também cabem concepções messiânicas e sebastianistas, que estará na base do miguelismo. Na verdade, José Acúrcio das Neves, apenas para dar um exemplo concreto, situa-se bem mais na linha racionalista dos teóricos setecentistas e oitocentistas da ciência do Estado acima referidos do que de qualquer visão mística do governo⁹.

Ora, as muitas hesitações de D. João VI ao longo dos primeiros anos a seguir a 1820 ainda mais desvalorizam o princípio paternalista e o sentimento da aliança entre rei e povo – que era uma das linhas de força das ideias monárquicas acerca da identidade portuguesa e que está bem documentado em todos os projetos do liberalismo inicial. Neles não se encontra qualquer vestígio de republicanismo sério, qualquer aspiração a fundar um Estado sem rei. Pelo contrário, o que encontramos é um sentimento difuso de orfandade perante o carácter dos governantes que, mais tarde, Oliveira Martins captará de modo violento e sarcástico no confronto com a dinastia de Avis:

«...o último dos [reis] de Avis deixou no coração do povo um rasto de luminosa saudade, e o último dos Braganças deixou apenas aquele enjoo que provoca o vómito...»¹⁰.

Se ainda poderíamos pensar na legitimidade carismática dos primeiros reis da dinastia de Bragança, cujos sinais místicos são invocados pela literatura popular em torno de D. João IV, ao longo do século XIX rapidamente se perdeu qualquer

⁹ Ramos, Rui; Sousa, Bernardo Vasconcelos e; Monteiro, Nuno Gonçalo, *História de Portugal*, 4.^a edição. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2010, p. 475.

¹⁰ Martins, Joaquim Pedro Oliveira, *História de Portugal*. Edição crítica por Isabel de Faria e Albuquerque, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda [1988], Vol. II, p. 250.

vestígio dessa aceitação mística ou paternalista: nem mesmo o único rei carismático do período poderia alterar esta percepção, ou, talvez mais exatamente, a morte prematura e trágica de D. Pedro V ainda mais contribuiu para a visão decadentista e crítica da dinastia de Bragança nos autores de oitocentos.

A revolução e o novo direito público

Lei fundamental, Cortes, dinastia, paternalismo, ciência do Estado: alguns tópicos essenciais para compreender os textos da revolução.

O conceito de legitimidade é esgrimido num sentido intrinsecamente político nos textos justificativos da revolução de 1820. Refiro em especial três documentos.

No panfleto político *Portugal Regenerado em 1820*, Borges Carneiro, que primeiro tinha sido instado a criticar o movimento antes de se tornar um dos seus principais dirigentes, intitula um capítulo «legitimidade de uma regeneração». A linha argumentativa desenvolvida assenta em quatro tópicos fundamentais, que serão depois desenvolvidos em panfletos e na imprensa.

Em primeiro lugar, o argumento do desrespeito pelas leis fundamentais por parte do absolutismo. Depois e como parte dessas leis fundamentais, o consenso político da reunião periódica das Cortes, que os reis portugueses desprezaram. Em terceiro lugar, o argumento comparativo: a luta pela aprovação de uma Constituição constituía um desígnio comum à opinião pública de outros Estados europeus. Finalmente, a legitimidade popular para convocar Cortes incluía o poder para as realizar, não ao modo antigo, por braços – clero, nobreza e povo – mas de modo representativo do povo (incluindo o Brasil).

Legitimidade não é, portanto, agir de acordo com uma lei prévia:

«Sei haverem pessoas que neste e em outros muitos pontos exigem uma escrupulosa legalidade, e, supondo certos usos e fórmulas, insistem em que na presente regeneração se obram muitas cousas com pouca legitimidade.»¹¹.

Na utilização desta palavra legitimidade, a situação excepcional prevalece sobre a legalidade.

Na sequência do pronunciamento do Porto, *O Manifesto aos Portugueses de 24 de agosto de 1820* da Junta Provisional do Supremo Governo do Reino, redigido por Manuel Fernandes Tomás, escreve-se¹²:

¹¹ Carneiro, Manuel Borges, *Portugal Regenerado em 1820*. Lisboa: Lacerdina, 1820, p. 81.

¹² *Manifesto da Nação Portuguesa aos Soberanos e Povos da Europa* 1820. Lisboa: s.n. José de Arriaga

«Nossos avós foram felizes porque viveram nos séculos venturosos em que Portugal tinha um governo representativo nas cortes da Nação... Tenhamos pois essa Constituição e tornaremos a ser venturosos... Imitando nossos maiores, convoquemos as Cortes e esperemos da sua sabedoria e firmeza as medidas que só podem salvar-nos da perdição e assegurar nossa existência política. Eis o voto da Nação e o exército, que o anunciou por este modo, não fez senão facilitar os meios de seu cumprimento... As leis do reino, observadas religiosamente, segurarão a propriedade individual e a Nação sustentará a cada um no pacífico gozo dos seus direitos, porque ela não quer destruir, quer conservar.»¹³.

É evidente que estes documentos são textos compromissórios, pactos entre pessoas com ideias diferentes e que a referência constante a uma restauração das leis fundamentais e das Cortes também tem que ser lida à luz das circunstâncias da época.

No segundo grande documento coletivo da revolução liberal, o *Manifesto da Nação Portuguesa aos Soberanos e Povos da Europa*, cuja redação é atribuída a Frei Francisco de São Luís Saraiva, datado de 15 de dezembro de 1820, é feita a invocação da legitimidade da revolução, em passo que vale a pena transcrever:

«O nome de *rebelião*, a qualificação de *ilegitimidade* têm sido igualmente empregados para com eles se manchar a glória dos Portugueses, para se fazerem odiosos os seus patrióticos movimentos, para se atribuir a crime a sua nobre ousadia. Mas a *rebelião* é a resistência ao poder *legítimo*, e não é legítimo o poder, que não é regulado pela Lei, que se não emprega conforme a Lei, que não é dirigido ao bem dos governados, e para felicidade deles. – Não é *ilegítimo* senão o que é injusto, e não é injusto senão o que se pratica sem direito, ou contra direito»¹⁴.

Como tinha acontecido em outros momentos revolucionários, as palavras de ordem dirigiam-se à regeneração, primeiro, das instituições antigas (as Cortes), mas segundo as circunstâncias do presente (os parlamentos eleitos e representativos); segunda, à restituição dos direitos inalienáveis, violados pelo absolutismo.

Na Constituição de 1822 alude-se expressamente a legitimidade das procações (art. 77.º) e à legitimidade dinástica de D. João VI e dos seus descendentes (art.

(1886) atribui a Ferreira Borges, sem fundamentar: *História da Revolução Portuguesa de 1820*. Porto: Livraria Portuense, 1886, pp. 689 ss.

¹³ *Aos Portugueses. Manifesto da Junta Provisional do Governo Supremo do Reino*, 1820. Porto: na Tipografia de Viúva Álvares Ribeiro e Filhos.

¹⁴ *Manifesto da Nação...*, 1820, pp. 6-7.

141.º). Como se a dinastia e a legitimidade dinástica não fosse anterior à constituição, mas criada por ela.

Mas os movimentos revolucionários têm a sua dinâmica e tempos próprios. Dessa dinâmica fará parte a promessa extremista de aprovar uma *constituição não menos liberal do que a de Cádiz*.

As Bases da Constituição, aprovadas em 9 de março de 1821, já estabelecem em novos moldes aquilo que em 1820 aparecia como um compromisso com o antigo. Dividida em duas partes, a secção primeira das Bases inclui uma «Declaração de direitos» inspirada na *Bill of Rights* americana (as primeiras dez emendas à Constituição dos Estados Unidos de 1787) e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 26 de agosto de 1789.

Já a segunda secção estabelece as bases políticas e constitucionais da organização do Estado. Esta sistematização é uma boa expressão da visão liberal da primazia dos direitos individuais: os direitos declaram-se, o poder constitui-se.

O dogma da soberania nacional deixa bem claro quem é o legítimo detentor do poder:

«Somente à Nação pertence fazer a sua Constituição ou lei fundamental, por meio de seus representantes legitimamente eleitos» e

«A soberania reside essencialmente em a Nação. Esta é livre e independente, e não pode ser património de ninguém.» (bases 21 e 22)

Soberania da constituição, soberania do rei e soberania do povo: três conceitos antagónicos, três modelos inconciliáveis do liberalismo português. Todos expressos no mesmo texto. Contudo, nenhum deles poderia ser entendido num sentido puro ou radical.

Soberania nacional ou popular não significava qualquer adesão a ideias republicanas e democráticas. O sufrágio que será instituído é censitário, o núcleo de eleitores nas primeiras décadas da monarquia sempre foi escasso e a intenção dos revolucionários de 1820 nunca foi a de abrir o regime à plebe, mas apenas de o restringir à burguesia dos negócios, da magistratura, e do funcionalismo e do exército.

A soberania constitucional é sobretudo política, não ocorrendo nos autores do século XIX a ideia de constituição como norma e de controlo de constitucionalidade das leis.

E a soberania real estava esvaziada de conteúdo, porque se tinham posto em causa todos os fundamentos tradicionais em que assentava. Na Constituição de 1822, nem mesmo era admitido o veto real sobre as leis.

Legitimidade e revolução

Expressivo da controvérsia política em torno destes conceitos e do seu significado é o debate travado em 1821 acerca da legitimidade do poder revolucionário. Para ele já tinha chamado a atenção Isabel Banond de Almeida e vale a pena recordá-lo¹⁵.

Os revolucionários de 1820 interrogam-se acerca da sua própria legitimidade política e constitucional, tendo sido proposto um decreto a declarar legítimos os acontecimentos. E, por uma resolução de 20 de março de 1821 concluíram:

«o assunto não carecia de discussão; e que desde já declarando-se legítimos e necessários os atos públicos, naqueles dois memoráveis dias (24 de agosto e 15 de setembro) praticados para salvação da pátria»¹⁶.

O tema passará para a discussão do preâmbulo da Constituição, com propostas no sentido de constar expressamente a legitimidade da revolução de 1820¹⁷: os feitos teriam sido necessários e legítimos como único remédio para salvação e regeneração de Portugal.

Contudo, o preâmbulo apenas invocará o esquecimento das leis fundamentais da monarquia e o desprezo dos direitos do cidadão.

Parecia resolvido o problema da legitimidade da revolução.

Não estava.

As bases da constituição

No início, os dois grupos revolucionários de Lisboa e Porto que puseram em marcha a revolução de 1820 não tinham um programa claro e as reivindicações que pareciam mais evidentes e mais urgentes eram impraticáveis – restituir o Brasil à condição de colónia, trazer de volta a família real e despedir os ocupantes ingleses.

Em 1821, com a aprovação das Bases da Constituição, esse programa já é mais claro, mas o custo político, social e económico também. Os ingleses foram-se embora, e com eles a garantia de ordem. O rei voltou, mas o Brasil viria a tornar-se independente. A prosperidade prometida não se cumpriu, pelo menos

¹⁵ Almeida, Isabel Banond de, *A Ideia de Liberdade em Portugal. Do Contratualismo Absolutista às Sequelas do Triénio Liberal*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 1124-1126.

¹⁶ *Diário das Cortes Gerais...*, n.º 38, sessão de 20.3.1821, p. 301.

¹⁷ *Diário das Cortes Gerais...*, n.º 41, sessão de 23.3.1821, p. 348.

para o povo, e apenas os que se apropriaram dos bens nacionalizados e dos bens dos confiscados vieram a enriquecer.

Portugal estava em 1820 transformado numa «colónia de uma colónia».

As promessas incumpridas tornam-se um passivo do novo regime e uma ameaça à sua legitimidade. As Bases da Constituição de 1821 deram um programa ao movimento anterior de 1820. Contudo, a Constituição de 1822 nunca permitiu ao regime ganhar uma legitimidade política própria perante os seus inimigos, nem fundar uma nova. A Constituição, brilhante do ponto de vista literário, não foi aceite – ou nunca teve a oportunidade para ser aceite.

De outro lado, a intervenção dos militares na vida política vai tornar-se um facto constante e duradouro da vida política portuguesa, não apenas ao longo do século XIX, mas também do século XX. A revolução colocou em marcha uma outra fonte de legitimidade, inédita em 1820: a da intervenção militar para fazer cessar regimes e iniciar outros. Invoca-se o exército como mediador da legitimidade do povo. O caudilhismo, tanto ibérico como latino-americano alimentou-se desta invocação: o exército representa o povo invisível.

Por estes motivos, se o tema da estabilidade do regime constituía um importante legado da literatura da razão de Estado, na verdade, fracassou o que poderia ter sido o momento maquiavélico e fundador do novo regime constitucional e liberal. Confrontado com a sua própria instabilidade permanente e as contradições internas, os factos desmentiram as ideias.

De outro lado, como noutros países, o programa constitucional estava alicerçado numa oratória assente em fontes clássicas de tipo republicano – o republicanismo clássico, greco-latino, como Skinner mostrou para outros países, foi uma importante fonte de inspiração para a retórica política¹⁸. No entanto, se o discurso político tinha que encontrar uma estética própria, essa estética tinha apenas que ver com o estilo, não com a materialidade da política. Também aqui, a retórica liberal ignorava os factos.

Legitimidade e contrarrevolução

Foi sobretudo no contexto da reação antirrevolucionária do final do século XVIII e do início do século XIX que a ideia de legitimidade dinástica é esgrimida intencionalmente como princípio fundamental das relações internacionais nos

¹⁸ Skinner, Quentin (editor, com Martin van Gelderen), *Republicanism. A Shared European Heritage*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

textos do Congresso de Viena e, em especial, da Santa Aliança que é constituída de seguida. A preocupação com o equilíbrio do poder ou balança da Europa caracteriza os políticos conservadores, para quem a procura de constituições formais era uma quimera e as revoluções desastres físicos¹⁹.

Legitimidade é assim identificada como legitimismo, princípio fundamental para explicar a restauração em França e o exame dos regimes da Europa. Compreende-se que, se a introdução de um novo regime foi difícil em 1820, mais ficará neste contexto político europeu, dominado por ideias contrarrevolucionárias. Como Almeida Garrett dirá no seu panfleto *Portugal na Balança da Europa*, a «legitimidade fez-se para os povos e não para os reis»²⁰.

Mas, após a morte de D. João VI a discussão muda de tom e de objecto, à medida que avançava a guerra civil: é infundável a bibliografia da época da guerra civil em torno do problema da legitimidade de D. Pedro e de D. Miguel.

Já não se tratava de optar entre a legitimidade popular e a legitimidade monárquica, mas, nesta, de escolher entre um de dois títulos régios – um dilema que acabará, como sabemos, tragicamente para o país numa guerra civil.

A origem do conflito radica na criação do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves pela Lei de 6 de dezembro de 1815, que eleva o Brasil a reino e estabelece uma união real de Estados, criando as condições institucionais para a independência do Brasil.

A Constituição de 1822, em continuidade com esta lei, constitui uma federação de Estados, mas logo foi suspensa com o movimento da Vilafrancada e a carta constitucional que a deveria substituir nunca viria a ser aprovada. Em 1824, pelo contrário, D. João VI determina a vigência das antigas leis fundamentais e convoca os Três Estados para uma reunião das Cortes, de acordo com a tradição (Carta de Lei de 4 de junho de 1824). Mas essa reunião também nunca aconteceu.

Em 1825, D. João VI tenta converter a união real dos Estados em uma união pessoal. Assim, ao reconhecer a independência do Brasil, reserva para si o título de imperador do Brasil e rei de Portugal e dos Algarves, nos termos de uma Carta Patente de 13 de maio de 1825, e declara D. Pedro sucessor nas duas Coroas.

O Tratado de amizade e aliança concluído a 29 de agosto de 1825 e ratificado pelo rei português apenas três meses mais tarde, pela Carta de Lei de 18 de novembro de 1825, é acompanhado de outra Carta de Lei, da mesma data, pela qual se reserva

¹⁹ Kissinger, Henry, *A Restauração de um Mundo*. Lisboa: O Século, 1975, sobre Metternich, p. 238.

²⁰ Garrett, João Baptista da Silva Leitão de Almeida, *Portugal na Balança da Europa: do que tem sido e do que ora lhe convém ser na nova ordem de coisas do mundo civilizado*. Londres: S. W. Sustenance, 1830, p. 108.

para D. João o título honorífico de imperador do Brasil, mas, num ponto relevante para as questões jurídicas futuras, reconhece D. Pedro como príncipe real de Portugal e Algarves e «herdeiro e sucessor destes reinos». Declaração que não constava do Tratado, como não deixará de observar a literatura miguelista.

Vivia-se um ambiente de violência política e sectária, que acompanhava a presença da família real em Portugal e a que não tinha escapado D. João VI, que chegou a estar sequestrado pelo exército afecto a D. Miguel e viu serem assassinados, perseguidos ou obrigados ao exílio alguns dos seus ministros.

Já doente, pelo Decreto de 6 de março de 1826, D. João VI nomeia a infanta D. Isabel Maria regente do reino, nomeação que se manteria se, entretanto, sobreviesse a sua morte e enquanto o legítimo sucessor não determinasse em contrário – mas sem indicar quem era o legítimo sucessor. A inesperada morte de D. João VI logo a 10 de março trouxe problemas sucessórios dramáticos para os quais não existia solução constitucional consensual²¹.

A regência decidiu, logo após a morte do rei, aclamar o imperador D. Pedro, de acordo com a solução da união real. E é neste espírito e no compromisso com as políticas brasileira e portuguesa, que D. Pedro concede a Carta Constitucional (29 de abril de 1826) e abdica na sua filha Maria da Glória, na condição de esta casar com seu tio D. Miguel.

Primeiro invocando a dificuldade de proceder a eleições de acordo com a Carta Constitucional, depois afirmando a superioridade do direito político antigo, D. Miguel faz reunir as Cortes segundo os procedimentos anteriores, mas num ambiente de quase guerra civil e sem garantia de liberdade na escolha dos procuradores. Repetindo o modelo de 1640, suspende a aplicação da Carta Constitucional, passa a governar segundo as leis fundamentais da monarquia e convoca uma reunião representativa dos Três Estados.

Os Três Estados do reino foram assim convocados para se pronunciarem sobre *graves pontos do direito português* a 3 de maio de 1828 e declaram D. Miguel rei de Portugal, com efeitos desde 10 de março de 1826, data da morte de D. João VI²².

²¹ Com relevância factual, v. as biografias de D. Maria II, D. Pedro IV e de D. Miguel: Maria Alexandre Lousada e Fátima de Sá e Melo Ferreira, *D. Miguel*. Lisboa: Temas e Debates, 2009; Maria de Fátima Bonifácio, *D. Maria II*. Lisboa: Temas e Debates, 2005; Eugénio dos Santos, *D. Pedro IV*. Lisboa: Temas e Debates, 2006.

²² Ver o Assento dos Três Estados de 11 de julho de 1828 em <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V1/113/56/p6>. Praça, José Joaquim Lopes, *Collecção de Leis e Subsídios para o estudo do Direito Constitucional Portuguez*, I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1893, I, pp. 214 ss.; Santos, Clemente José dos, *Documentos para a História das Cortes Gerais da Nação Portuguesa*, Lisboa: Imprensa Nacional, vol. IV, pp. 789-799.

Na legislação da época de D. Miguel, invocam-se as leis fundamentais e o direito público antigo como fonte da sua legitimidade política e jurídica.

A 30 de junho do mesmo ano, D. Miguel declara solenemente conformar-se com a resolução das Cortes e a 7 de julho tem lugar a cerimónia de juramento, de acordo com o formulário do Alvará de 9 de setembro de 1647.

Segundo a argumentação miguelista, a legitimidade dinástica deve ser decidida de acordo com as leis fundamentais, especialmente as actas das Cortes de Lamego e o assento das Cortes de 1641 de eleição de D. João IV.

A ilegitimidade de D. Pedro à sucessão na Coroa, num sentido jurídico, decorreria assim da conjugação destes elementos, desenvolvidos na literatura «miguelista» e resumidos na grande síntese devida ao 2.º visconde de Santarém, o *Manifesto de Sua Majestade Fidelíssima o Senhor D. Miguel I*²³, glosada em dezenas de escritos, muitos de propaganda interna e internacional.

Os argumentos centrais são quatro: D. Pedro era um rei estrangeiro, não residia em Portugal e tinha praticado a guerra e actos de hostilidade contra a coroa portuguesa, para além de, face à Constituição brasileira de 1824, ter-se naturalizado a si e a seus filhos como cidadãos e príncipes do Brasil. A sua abdicação em D. Maria seria, portanto, nula e a sua exclusão da ordem de sucessão implicava consequentemente que os seus descendentes estavam também excluídos desde o momento em que declarou a independência do Brasil e se tornou rei de um outro país. Finalmente, cabia aos Três Estados, juntos em Cortes, eleger ou declarar o rei.

Na sua essência, eram os argumentos das leis fundamentais, tal como constavam dos documentos de 1641 e eram utilizados na doutrina portuguesa, de Domingos Antunes Portugal a Pascoal de Melo Freire. A novidade jurídica estava na invocação da Constituição brasileira, por ironia devida ao próprio D. Pedro, e que também excluía da sucessão na coroa brasileira os nascidos no estrangeiro e os príncipes de nação estrangeira²⁴. Contudo, estes argumentos não convenceram a maioria das nações estrangeiras. Na realidade, as únicas potências estrangeiras a reconhecer D. Miguel foram o Vaticano, a Espanha e os Estados Unidos (cuja política era a de reconhecer os governos de facto)²⁵.

Já a fundamentação da legitimidade de D. Pedro assenta no que podemos designar como princípio da continuidade do Estado. Em primeiro lugar, as regras

²³ *Manifesto de Sua Majestade Fidelíssima o Senhor D. Miguel I* (Londres, s.d).

²⁴ Lima, Oliveira, *D. Pedro e D. Miguel. A Querela da Sucessão*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2005.

²⁵ Manique, António Pedro, *Portugal e as Potências Europeias (1807-1847)*. Lisboa: Livros Horizonte, 1988.

de sucessão na Coroa portuguesa, de acordo com os princípios da primogenitura e masculinidade, que tornavam D. Pedro o único legítimo sucessor; depois, a legislação de 1824 e 1825 e os compromissos pelos quais D. João VI sempre declarara D. Pedro como sucessor na Coroa Portuguesa; em terceiro lugar, o argumento da escolha dos Três Estados, uma vez que a delegação portuguesa que se deslocou ao Brasil após a morte de D. João VI para prestar o juramento de obediência os representava; finalmente, o reconhecimento das potências estrangeiras, como vimos uma regra relevante do direito das gentes posterior ao Congresso de Viena. O juramento de obediência e aceitação da Lei de 29 de abril de 1826 por parte de D. Miguel e o compromisso de casamento com a sua sobrinha eram igualmente esgrimidos para sublinhar o reconhecimento de direito e de facto que este havia feito da soberania do irmão, daqui se inferindo, portanto, a ilegalidade da sua conduta posterior.

A argumentação de D. Pedro encontrava-se também sustentada em inúmeras publicações, muitas directamente em resposta aos textos miguelistas. Talvez o mais famoso deles seja o opúsculo *Quem é o legítimo rei de Portugal. Questão Portuguesa submetida ao juízo dos homens imparciais*²⁶ atribuído a Almeida Garrett, mas da autoria de Paulo Midosi – e a que José Agostinho de Macedo responderá em violento escrito^{27/28}. Nestes textos não se faz referência aos problemas específicos do constitucionalismo brasileiro e à instável situação política na primeira década após a independência, designadamente os problemas criados com a Constituição brasileira de 1824, a sucessão da coroa imperial e a abdicação de Pedro I da Coroa imperial em 1831.

A impopularidade de D. Pedro, mesmo no núcleo liberal, contrastava com o carisma e popularidade de D. Miguel, como é reconhecido pelos historiadores oitocentistas, designadamente Luz Soriano e Pinheiro Chagas.

A derrota de D. Miguel na guerra civil e a aprovação da lei do banimento não liquidaram as pretensões à coroa, assumidas pelos seus partidários, conhecidos como legitimistas e, mais tarde, sustentadas também por um partido legitimista.

A transição entre a velha ordem do antigo regime e a construção do novo edifício constitucional e legal do liberalismo político, social e económico ficou marcada por este conflito dinástico.

²⁶ *Quem é o legítimo rei de Portugal. Questão Portuguesa submetida ao juízo dos homens imparciais* (Londres, 1828).

²⁷ Mónica, Maria Teresa, *Errâncias Miguelistas*. Lisboa. Edições Cosmos, 1987.

²⁸ Ver um catálogo destes escritos em Jorge César de Figanière, *Bibliografia Histórica Portuguesa*. Lisboa: Tipografia do Panorama e Inocêncio Francisco da Silva, *Dicionário Bibliográfico Português*, Lisboa: Imprensa Nacional, vol. VI, pp. 365 ss.

A questão dinástica dificulta o entendimento acerca dos diferentes projectos políticos do século XIX, aliás em termos paralelos ao que se passou em outros Estados europeus.

Se, no léxico oitocentista, legitimista se associa à pretensão ao trono de D. Miguel e dos seus descendentes, questão diferente é a da sua correspondência com as ideias políticas do século XIX. Miguelismo não é sinónimo de partidário do absolutismo. Numa interpretação sistemática das ideias antiliberais, podemos identificar três grandes correntes, reacionários, contra-revolucionários e tradicionalistas, que se distinguem por visões diferentes acerca do sistema político, do modelo social e do papel da religião e da Igreja.

Do lado liberal, podemos também distinguir grandes correntes ou sensibilidades: conservadores, sobretudo influenciados pelo modelo inglês; radicais ou democratas, continuadores do vintismo jacobino e influenciados pela experiência francesa; e, no sentido que lhe deu Herculano, o liberalismo «liberdadeiro», orientado a uma síntese entre a história nacional e as liberdades económicas e cívicas do liberalismo²⁹.

Em todas estas correntes, o problema da legitimidade dinástica portuguesa teve que ser conjugado com o tomar partido em relação a outras formas de legitimidade – constitucional, popular ou monárquica.

Legitimidade e história

A revolução de 1820 tem vindo a ser entendida como uma chave interpretativa da história de Portugal, a ponte entre o antigo e o novo regime.

Havia, é certo, um conflito de legitimidades entre o antigo regime e o novo; a legitimidade monárquica e a legitimidade constitucional; as cortes antigas e os parlamentos modernos; as leis fundamentais e as constituições; as liberdades antiga e as novas; os antigos direitos e os novos; os conselhos e tribunais antigos e a separação de poderes.

Vários mundos desaparecem: o paternalismo monárquico; o modelo absolutista da ciência do Estado e da legitimidade técnica do governo, definitivamente destruído com as reformas de Mouzinho da Silveira e a afirmação da separação de poderes; o imaginário das três ordens sociais.

Do lado dos partidários da revolução, a legitimidade é sobretudo uma categoria formal, um projeto constitucional fundador. Será este o sentido prevacente de legitimidade ao longo do século XIX, como mera legalidade. Para a teoria liberal

²⁹ Almeida, Isabel Banond de, *História das Ideias Políticas*: Cascais: Principia, 2014, pp. 277 ss.

do direito, a forma e o processo eram a garantia da liberdade e dos direitos naturais. O triunfo do positivismo assinalará mais tarde este momento e o definitivo ocaso da tradição do direito natural e da sua visão substantiva de legitimidade.

Contudo, não era ainda claro, para a primeira geração vintista, a oposição entre a soberania da constituição, ao estilo americano, a soberania do parlamento, ao estilo inglês, e a soberania da nação, ao estilo francês. Parecia a muitos que estas legitimidades eram cumuláveis. A outros, que a elas só se opunha a legitimidade do rei, seja a de um rei absoluto que governa por leis fundamentais, seja a de um rei liberal que aceita limitar o seu poder através da outorga de uma carta constitucional.

Também é claro que, para além do consenso acerca da necessidade de uma constituição, na verdade, a legitimidade da revolução de 1820 não é ainda liberal³⁰. Como lembra José Adelino Maltez, liberais designa um conjunto muito heterogêneo de correntes e pessoas, frequentemente incompatíveis uns com os outros; e, dentro dos absolutistas, encontramos correntes tradicionalistas, frequentemente aristocratas, que não estarão mais tarde com D. Miguel³¹.

A semântica política é conduzida, logo após a revolução, a uma redução das doutrinas em discussão a um jogo de oposições conceituais simples e eficazes, que obrigam as pessoas a fazer escolhas, mas que são frequentemente enganadoras da complexidade das propostas políticas: legítimos ou ilegítimos; históricos ou progressistas; liberais ou absolutistas; livre-cambistas ou partidários do antigo regime; nacionais ou estrangeirados... A chave interpretativa da política formulada por Carl Schmitt³², assente no código binário amigo ou inimigo, encontra aqui plena expressão.

Com o tempo, vão-se progressivamente afirmando as raízes de programas doutrinários distintos: individualistas e liberais; jacobinos; tradicionalistas; conservadores. Mais tarde, na verdade apenas na segunda metade do século XIX, estes serão a base dos novos partidos políticos e a caução intelectual para um programa liberal que ainda não existia em 1820.

À imagem das grandes sínteses dos historiadores franceses da revolução francesa, na sua aspiração romântica a uma grande causa nacional unificadora do país e de um desígnio nacional, políticos e escritores do século XIX e XX encontram na revolução de 1820 um momento inicial e um projeto comum para o país.

³⁰ Maltez, José Adelino, *Tradição e Revolução. Uma biografia do Portugal político do século XIX ao XXI*. Lisboa: Tribuna da História, 2004.

³¹ Maltez, *idem*, I, p. 172.

³² Schmitt, Carl, *O Conceito do Político*, tradução portuguesa. Coimbra: Almedina, 2018.

As interpretações dos grandes historiadores do século XIX, Alexandre Herculano e Oliveira Martins, são distintas: num caso, era o conhecimento das personagens e dos factos que não permitia essa visão romântica da revolução; no outro, a estética da decadência nacional parecia literariamente mais sedutora do que as propostas intelectuais de compreensão de um movimento que não teve por si heróis da estirpe dos da ínclita geração.

A questão da legitimidade da revolução de 1820, na verdade, tinha-se tornado um tema para os profetas do passado, um assunto para a filosofia da história de Portugal.

Será necessário esperar por uma outra geração e um outro tempo, o da regeneração, para assistirmos a uma nova fundação do regime, a qual trará então e finalmente paz, estabilidade e uma relegitimação da revolução de 1820.