

VOLUME XLI — N.º 1

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2 0 0 0



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
fundada em 1917
Periodicidade semestral
XLI — N.º 1 - 2000

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- MESTRE LUÍS MÁXIMO DOS SANTOS
- MESTRE EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Secretário)
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 217 977 053/54 — Telecópia 217 950 303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telefs. 239 82 3372 / 239 82 5459 — Fax 239 83 7531

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Dezembro de 2000

I Doutrina

<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Os impulsos federais na Construção Europeia	7
<i>Jorge Miranda</i> — Sobre a <i>Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia</i> . Parecer Breve.....	17
<i>Eduardo Paz Ferreira</i> — Desenvolvimento e Direitos Humanos.....	23
<i>António Pedro Barbas Homem</i> — A organização institucional das relações internacionais, dos descobrimentos ao liberalismo.....	35
<i>Ana Ferenanda Neves</i> — Os “desassossegos” de regime da função pública...	49
<i>Bernardo Diniz de Ayala</i> — Monismo(s) ou Dualismo(s) em Direito Administrativo (?). Gestão Pública, Gestão Privada e Controlo Jurisdicional da Actividade Administrativa	71
<i>Luís Pedro Pereira Coutinho</i> — As Duas Subtracções. Esboço de uma Reconstrução da Separação entre as funções de Legislar e de Administrar	99
<i>Jorge Bacelar Gouveia</i> — Autonomia Regional, Procedimento Legislativo e Confirmação Parlamentar	135
<i>Leonel Severo Rocha</i> — Teoria do Direito e Transnacionalização.....	183
<i>Edson Xavier Lucena de Araújo</i> — Serviços Públicos e Tutela do Consumidor	189
<i>Cláudio Brandão</i> — Inconsciência de Antijuridicidade — Sua visão na dogmática penal e nos tribunais brasileiros.....	251

II Jurisprudência

<i>Frederico Lacerda da Costa Pinto</i> — Tendências da Jurisprudência sobre contra-ordenações no âmbito dos Mercados de Valores Mobiliários ..	299
---	-----

III Legislação

<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Parecer sobre a “Proposta de Alteração ao Código da Propriedade Industrial”	317
--	-----

IV Vida Universitária

<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Parecer sobre o relatório apresentado pela Doutora Fernanda Palma no Concurso para professor associado da Faculdade de Direito de Lisboa.....	339
<i>Ruy de Albuquerque</i> — Evocação de Raúl Ventura	345

<i>Ruy de Albuquerque</i> — Apreciação crítica do Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino apresentado pelo Prof. Doutor António dos Santos Justo no Concurso para Professor Agregado.....	365
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Elogio do Doutorando, Sua Eminência o Cardeal Dom Alexandre do Nascimento	373
Discurso de Sua Eminência o Cardeal Dom Alexandre do Nascimento...	381
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Elogio ao Professor Sir Alan Peacock.....	387
<i>Alan Peacock</i> — Economics and law: An irresistible combination	391
<i>Jorge Miranda</i> — A Constituição Laboral ou do Trabalho — Súmula da lição proferida no 1.º Curso de Pós-Graduação de Direito do Trabalho — 5 de Janeiro de 2000.....	395
<i>Jorge Miranda</i> — Curso de pós-graduação de Ciências Jurídico-Ambientais. Ano Lectivo 1999/2000. Direito Constitucional do Ambiente. Programa.....	399
<i>Jorge Miranda</i> — Universidade dos Açores e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Curso de Direito Regional — Módulo de Justiça Constitucional — 31 de Março de 2000	403
<i>Maria Luísa Duarte</i> — Direito Administrativo Europeu — Programa e Bibliografia.....	409
<i>Paulo Otero</i> — Sumários de um Curso de Direitos Fundamentais.....	417
<i>José de Melo Alexandrino</i> — Das insuficiências do direito disciplinar aplicável aos estudantes universitários.....	433
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — A formação de quadros administrativo-parlamentares sobre direitos humanos, democracia e sociedade plural em Cabo Verde — Relatório	443
<i>Florbela Pires</i> — Faculdade de Direito de Lisboa — Faculdade de Direito de Bissau. Direito Internacional Privado 1997/1998 — Março de 2000.....	485
<i>Airi Rovio-Johansson</i> — Institutional Audit of the University of Lisbon...	491
Memorando sobre a insuficiência do número de docentes na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	509
Memorando (relativo a um novo edifício para os Institutos de Investigação)...	515
Protocolo com vista à reconstrução de Timor	517
Convénio entre o Conselho Nacional de Resistência Timorense e a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	519
Timor e o Direito	521

v Trabalhos de Alunos

<i>Gabriel António Órfão Gonçalves</i> — Da Personalidade Jurídica do Nascituro	525
---	-----

A ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS, DOS DESCOBRIMENTOS AO LIBERALISMO (*)

ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM

SUMÁRIO

	Págs.
§ 1.º CONSIDERAÇÕES GERAIS E DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	35
§ 2.º PRIMEIRA FASE: DO INÍCIO DOS DESCOBRIMENTOS A 1640.....	36
§ 3.º SEGUNDA FASE: DA RESTAURAÇÃO A 1820.....	41
§ 4.º O ESTATUTO JURÍDICO DOS EMBAIXADORES E DAS EMBAIXADAS	45

§ 1.º CONSIDERAÇÕES GERAIS E DELIMITAÇÃO DO TEMA

I. As minhas primeiras palavras terão a forma de uma justificação por uma apresentação esquemática que é necessariamente apenas uma primeira indicação para o estudo de um tema decisivo para a compreensão dos mecanismos e instrumentos utilizados no estabelecimento das relações internacionais no momento da expansão portuguesa no mundo.

Um as jornadas sobre o direito internacional não podem esquecer o estudo do aspecto institucional. Aqui, devemos distinguir dois tipos diferentes de instituições: as que na metrópole se consagram à organização das relações internacionais e ao ultramar; de outro lado, encontramos os agentes das relações internacionais.

A delimitação cronológica que seguimos procura evidenciar dois aspectos distintos: de um lado, quanto ao termo inicial, que os descobrimentos implicaram uma nova era nas relações internacionais; quanto ao termo final, o liberalismo trouxe consigo uma codificação das regras relativas ao direito internacional, que, conjuntamente com o disposto na Acta final do Congresso de Viena de 1815 justificam o início de uma nova era na história das relações internacionais e da diplomacia.

O estudo desta matéria não pode esquecer a importância das fontes portuguesas, designadamente dos trabalhos doutrinários.

(*) Comunicação apresentada às 1.ªs Jornadas de Direito Internacional. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 15 de Janeiro de 1999.

II. A época medieval foi responsável por um legado jurídico que importa recordar.

Fiéis a um vocabulário estreitamente ligado a uma percepção fenomenológica dos assuntos políticos, os juristas medievais autonomizam os conceitos de *príncipe que não reconhece superior* e *príncipe que reconhece superior* para referir os governantes europeus (reis, imperadores, duques, condes, cidades) que não devem ou que devem obediência a uma autoridade superior.

Segundo a organização da república cristã medieval, a sociedade internacional apresenta-se como uma diarquia de poderes: o poder espiritual tem como figura cimeira o Papa; o poder temporal, o Imperador do Sacro Império Romano-Germânico.

Contudo os reis portugueses, se aceitam ou são forçados a aceitar a superioridade da Santa Sé, refutam a submissão ao imperador. A negação da superioridade do imperador encontra a fórmula «*princeps superiorem non recognoscens*», fundamento da isenção face ao poder imperial utilizado pelos monarcas peninsulares e pelo rei de França.

Encontramos este mesmo léxico ainda nos juristas renascentistas.

III. A Idade Média não autonomizou instituições internas especificamente voltadas para as relações internacionais.

De acordo com as finalidades atribuídas ao poder político, a organização medieval é sobretudo consagrada a três tipos diferentes de actividade: militar, judicial e fiscal.

A condução dos assuntos políticos pessoalmente pelos príncipes constitui um imperativo teórico e uma necessidade prática: a ausência de instituições específicas justifica esta conclusão.

Como já no século passado alertou o Visconde de Santarém, na correspondência privada dos reis surpreendemos muitas vezes verdadeiros tratados internacionais, misturados com notícias de carácter pessoal.

Este aspecto explica a dificuldade de afirmação de instituições diplomáticas nas monarquias medievais e renascentistas e justifica uma disciplina pioneira dos embaixadores e das embaixadas nas cidades de Veneza e de Génova.

§ 2.º PRIMEIRA FASE: DO INÍCIO DOS DESCOBRIMENTOS A 1640

I. O pensamento jurídico e político medieval introduziu o conceito de direitos reais para designar os poderes que cabem em exclusivo ao rei. Entre estes poderes enumeram-se o poder judicial, o poder legislativo, o poder punitivo e o poder de fazer a guerra e de declarar a paz. As Ordenações Afonsinas referem-se a estes direitos reais, numa enumeração depois reiterada nas Ordenações Manuelinas e nas Ordenações Filipinas (O. A. 2.24, O. M. 2.15, O. F. 2.26).

As leis nacionais reservam ao príncipe o poder de declarar a guerra (O. F. 5.107), de obrigar os nacionais a servirem nela (O. F. 2.26.5 e 7) e impor tributos a ela relativos (O. F. 2.26.6).

A titularidade destes poderes igualmente justifica que se tenha como privilégio do príncipe a condução dos assuntos internacionais. Os tratadistas medievais e renascentistas também aqui se socorrem do conceito de «príncipe que não reconhece superior» para extrair uma conclusão precisa: apenas este, e não os príncipes não soberanos, podem intervir na esfera internacional.

II. Os descobrimentos marítimos e a expansão territorial implicaram novos desafios. Designadamente, implicaram a necessidade de construção de novas instituições e quadros jurídicos que organizassem o funcionamento económica, militar, judicial e administrativo dos territórios, mares e lugares descobertos.

Perante a grandeza das tarefas e a escassez dos meios compreende-se a utilização de meios de direito privado para realizar estes fins. Em grande parte, a utilização destes meios resulta igualmente da inexistência de uma radical separação entre a metodologia do direito privado e a do direito público.

Assim se entende a utilização de conceitos e instrumentos tipicamente jus-privatísticos como modo de exploração económica. É frequente o arrendamento e a concessão de direitos privativos, como o da exploração da costa africana.

Deste modo se conjuga a garantia de um monopólio público com a iniciativa particular, sem que isso acarrete um maior custo financeiro para a Coroa ou para o reino, ou, como hoje se diria, um custo para os contribuintes.

Pelas razões expostas, a metodologia jurídica atinente aos tratados internacionais e às relações diplomáticas decorre do direito privado, sem que os juristas medievais tenham a percepção de uma distinta natureza entre os contratos e obrigações privadas a que os príncipes se vinculavam voluntariamente e a esfera dos pactos internacionais. Tanto a elaboração doutrinária como a interpretação das disposições respectivas é feita com a ossatura do direito privado: a lenta emancipação do direito público e de uma metodologia específica jus-publicística encontra-se ligada ao desenvolvimento da ideia de Estado e da razão de Estado, já bem avançados na Idade Moderna.

III. Os principais colaboradores dos reis são órgãos unipessoais. Alguns deles existem desde o início da primeira dinastia: o chanceler-mor, como notário público, o mordomo-mor, superintendente da administração da casa real e, nos assuntos militares, o alferes-mor, a que se deve acrescentar o condestável e o almirante.

Para as questões económicas, designadamente para aquelas que decorrem das necessidades dos descobrimentos, uma instituição específica vai ser criada, os vedores da fazenda. Constituía uma magistratura colegial que se reunia para o desembargo ou decisão de certas questões graciosas ou contenciosas, formando então a Mesa da Fazenda. As suas reuniões tinham lugar numa sala do Paço designada por Casa da Fazenda (Regimento de 17 de Outubro de 1516). Deles dependia a Casa da Índia.

Competia aos vedores da fazenda despachar todos os negócios do comércio da Índia e Mina, superintender na actividade das feitorias, a remessa das armadas e seu provimento.

Uma primeira mutação surge com a figura do secretário dos reis, ou ainda privado. Não se pode perder de vista que os secretários encetam com os enviados a correspondência diplomática, sendo encarregados da redacção dos despachos dos reis para estes ou da correspondência com as casas reais.

IV. Compreende-se a importância que o conceito de Estado exerceu na organização das monarquias europeias. Antevê esta mutação Maquiavel, no *Príncipe*. No último capítulo do seu célebre tratado político, o secretário florentino indica a aprovação de novas leis e a criação de instituições como o alicerce dos principados modernos.

A literatura quinhentista enuncia esta mutação no funcionamento das instituições e na psicologia das pessoas que colaboram com os governantes.

O novo modo de pensar reflecte-se, não apenas na organização das instituições, mas igualmente nas motivações dos agentes do poder.

Aqui encontramos uma alteração que nos leva do secretário ao *cortesão* e ao *homem de corte*.

Ao cortesão se refere uma obra célebre de Baldassare Castiglione.

Ao homem de corte uma obra de Lorenzo de Gracian. A tradução francesa deste texto, publicada no século de Richelieu, introduz os elementos desta nova valoração dos políticos de gabinete: o homem de corte é considerado o *homem de Estado*.

O enunciado do comportamento aconselhado aos políticos empenhados em obter a protecção dos poderosos e a eliminar os inimigos pode ser encontrado no *Breviário dos Políticos* do Cardeal Mazarino:

«1. Simula. 2. Dissimula. 3. Não confies em ninguém. 4. Diz bem de todos. 5. Prevê antes de agires.»

A gestação de um novo tipo de política e de políticos desprovidos de preocupações morais parece em plena formação.

Na literatura peninsular o tema é muitas vezes abordado sob a forma de um debate sobre as vantagens e desvantagens da instituição dos validos e da forma de governo correspondente.

Tanto antes como depois da Restauração, o conselho e advertência aos reis repetidos pelos nossos tratadistas políticos é o de se não delegarem demasiados poderes numa só pessoa. Logo após 1640, ao excesso de intervenção dos secretários do governo filipino segue-se uma conclusão de D. Francisco Manuel de Melo:

«[os reis] demitiram de tal sorte o real exercício, que bem podemos afirmar não tinham de reis, mais da vazia dignidade; e só por aquela vez o poder, que foi bastante para entregarem a seus validos o regimento da república.»

No século XVII, a condenação do sistema de validos saiu reforçada com a destituição do conde de Castelo Melhor, escrivão da puridade, e o afastamento do trono de D. Afonso VI. No século seguinte, uma das acusações capitais levantadas contra o marquês de Pombal por D. Maria I foi, aliás, uma hipotética pretensão de se intitular escrivão da puridade e primeiro ministro.

Estas referências ajudam a explicar porque razão o poder de designação dos embaixadores e outros diplomatas sempre foi reservado para decisão régia, não tendo sido objecto de delegação nos Secretários de Estado.

Em regra, a prática institucional adoptada em Portugal para a escolha de altos titulares de cargos públicos consistia na indicação ao rei por parte da instituição responsável ou dos membros do Conselho de Estado do nome de três candidatos ao lugar. A instituição da consulta ao rei é considerada pelos nossos tratadistas como uma das vantagens da organização institucional portuguesa perante a de outros países, em especial daqueles em que estas matérias se encontram delegadas.

Contudo, a escolha das pessoas responsáveis pelos contactos diplomáticos — embaixadores, ordinários e extraordinários, residentes, legados — sempre foi reservado para decisão régia.

V. Para além dos textos políticos, a vulgarização do vocábulo Estado pode ser acompanhada pelas respectivas instituições. A institucionalização do Estado expressa-se no Conselho de Estado e no Secretário de Estado. Por outro lado, a protecção do Estado como bem jurídico — como hoje se diria — conduz à disciplina do segredo de Estado.

Como salienta acertadamente Strayer, o princípio da colegialidade nas decisões dos conselheiros foi o princípio aprovado nas monarquias europeias para os príncipes se rodearem de conselheiros experimentados, mas sem delegarem demasiado poder em cada um deles.

No reinado de D. Sebastião é aprovado o primeiro Regimento do Conselho de Estado, em de 8 de Setembro de 1569.

As atribuições respectivas não estão inteiramente definidas. Para além das questões que o rei entendesse colocar ao Conselho ou que os conselheiros entendessem levar, cabia ao Conselho de Estado decidir os mais importantes pontos relativos à Fazenda Real. Assim, tratar-se-iam no Conselho das «coisas da maior qualidade e importância que tocarem à minha fazenda, que serão declaradas no Regimento que mandarei dar à pessoa que houver de servir de vedor dela na repartição do Reino».

Participavam no Conselho de Estado os secretários do rei, mas não o próprio monarca, ao lado de outros conselheiros. A presidência era assegurada semanal e rotativamente por cada um dos secretários. Competia-lhes ainda levar o assento das resoluções do Conselho ao rei e providenciar pela respectiva execução, redigindo provisões, quando o assunto competisse à secretaria, ou portarias, quando coubesse na competência de outra instituição. Cada secretário deveria ter um livro próprio para lançar as decisões régias.

As deliberações tomadas no Conselho eram apenas assinadas pelos conselheiros que votaram em conformidade, não se prevendo votos de vencido ou declarações de voto.

O Conselho de Estado, como todas as outras altas instituições da monarquia, reuniam em sala própria no Paço da Ribeira (como se lê no regimento joanino, «casa e lugar em que se costumam fazer os Conselhos de Estado»).

A intervenção nos assuntos internacionais pode ser aferida por um dito de Bartolomeu Filipe. No seu importante *tratado do conselho e dos conselheiros*, de 1584, o jurista português expõe que o Conselho de Estado tem como principal atribuição procurar que a república viva em paz: por esta razão, dever-se-ia designar, escreve, conselho da paz e as suas decisões serem executadas como se fosse o príncipe a determinar.

Um segundo regimento terá sido aprovado em 1624, como se infere do regimento aprovado em 31 de março de 1645.

VI. A instituição do Secretário do rei com assente no Conselho de Estado contribui para afirmar a denominação e o conteúdo do cargo. Porém, a ele não se referem as Ordenações Filipinas, de onde se excluíram todos os cargos e instituições essencialmente políticos: as Cortes e os Secretários de Estado não se encontram codificados.

A racionalização do funcionamento do Estado utiliza vias teóricas distintas: de um lado, o pensamento aristotélico — desenvolvido pelos tratados medievais de Salisbúria, S. Tomás, e de Frei Gil de Roma sob a forma de regimentos de príncipes — assente em interrogações acerca da dimensão adequada da cidade e da conformação do governo aos fins superiores da justiça e do bem comum.

De outro, a razão de Estado católica é desenvolvida como critério de condução da política nos países católicos, de modo a permitir aliar os interesses de cada Estado com as finalidades superiores do poder.

VII. A ideia de Estado e o princípio da decisão colegial vão estar presentes em três instituições criadas inovatoriamente no século XVI.

A) A Mesa da Consciência.

O arquétipo definido no período medieval com as *Etimologias* de Santo Isidoro de Sevilha e com a *Suma Teológica* de S. Tomás de Aquino, assegura a superioridade da teologia nas exposições enciclopédicas do saber. A época é ainda a dos teólogos juristas, isto é, de teólogos que se ocupam de temas jurídicos, debaixo da justificação de que o direito positivo se encontra vinculado ao direito natural e que esta ordem jurídica assenta na lei eterna instituída perpetuamente por Deus sobre todas as coisas, segundo a síntese tomista. Com este ponto de vista, os tratados “*de iustitia et de iure*” e os tratados “*de legibus*” apresentam uma teorização global sobre temas centrais de organização política e do direito, as formas de governo, os poderes dos reis, as regalias e a soberania. Em particular, o tema das relações internacionais encontra um tratamento doutrinário desenvolvido, quer na sua apreciação jus-teológica, como igualmente ética e política.

A supremacia teórica da teologia no conjunto dos saberes assume uma vertente institucional.

Os príncipes europeus consultam juntas de teólogos sobre os grandes temas do direito internacional, em especial, quanto à conquista e à guerra nas terras descobertas. O imperador do Sacro-Império e rei de Espanha faz reunir juntas de teólogos, a quem consulta sobre aspectos decisivos da colonização na América.

Em Portugal, é característica desta orientação a criação, no reinado de D. João III, em 1532, de uma instituição designada Mesa da Consciência, mais tarde Mesa da Consciência e Ordens, quando, por bula apostólica de 4 de Janeiro de 1551 foi determinada a união *in perpetuum* dos Mestrados das Ordens Militares de Cristo, Santiago e Aviz à Coroa portuguesa.

As funções desta instituição são peculiares no contexto europeu: constituída essencialmente por teólogos, a Mesa da Consciência constitui uma jurisdição superior especializada nas matérias de consciência do príncipe.

Tinha jurisdição sobre os mestrados, os cativos, sobre a Universidade de Coimbra, detendo ainda autoridade para consultar o rei nos assuntos que tocassem à consciência do rei. Teve Regimentos em 24 de Novembro de 1558, 3 de Janeiro de 1561, 20 de Junho de 1567, 12 de Agosto de 1608, 23 de Agosto de 1640, 12 de Agosto de 1643.

Um dos aspectos importantes para compreender o funcionamento das instituições nesta época apresenta-se na competência jurisdicional da Mesa: competia-lhe conhecer em recurso das causas em que era competente.

B) O Conselho da Fazenda.

Uma criação filipina, o Conselho da Fazenda encontrava-se dividida em quatro repartições: negócios do Reino; Índia, Mina, Guiné, Brasil, S. Tomé e Cabo Verde; mestres das Ordens militares e ilhas dos Açores e Madeira; restantes lugares de África (Regimento de 1591; Alvará de 29 de Setembro de 1644; Lei de 22 de Dezembro de 1761). A Casa da Índia, a Casa dos Contos e todos os funcionários fiscais do ultramar dependiam da instituição.

O Conselho de Fazenda dispunha de competência própria. Porém, quando o assunto ultrapassava a sua competência, elaborava uma consulta ou parecer que apresentava ao rei, para decisão. Muitas vezes, estas consultas constituíam o embrião de medidas legislativas, cuja redacção era usualmente confiada pelo rei às instituições superiores, segundo a sua especialização funcional.

C) O Conselho da Índia.

O Conselho da Índia foi criado em 6 de Julho de 1604, com competência para administrar os assuntos da Guiné e da Índia, depois também os do Brasil (Regimento de 3 de Agosto de 1604). Viria a cessar o seu funcionamento em 1614.

No final do período filipino estas eram as instituições superiores da monarquia: Conselho de Portugal, em Madrid; Conselho de Estado; Conselho da Fazenda; Mesa da Consciência e Ordens.

Ao lado destas instituições colegiais não podemos perder de vista as instituições judiciais e outras magistraturas singulares.

Em primeiro lugar o chanceler-mor do reino. Autonomizado da figura de chanceler da Casa da Suplicação no reinado de D. João III, um costume enraizado levava a que como chanceler-mor fosse designado o mais antigo desembargador do Paço.

De outro lado, encontramos as instituições judiciais. As mais importantes são as seguintes: Mesa do Desembargo do Paço, Casa da Suplicação e Casa do Cível. Desde o século XVI as instituições jurisdicionais sofrem um processo de transformação com a criação de tribunais de relação: Goa (inicialmente criada em 1568, mais tarde extinta e depois restaurada em 1778); Porto (1582); Baía (1609 a 1626 e de 1652 em diante); Rio de Janeiro (1751); Maranhão (1812); Pernambuco (1821).

§ 3.º SEGUNDA FASE: DA RESTAURAÇÃO A 1820

I. Importa fazer uma breve referência à organização institucional portuguesa depois de 1640. A tendência geral vai no sentido de construir uma polisíndia, isto é, um sistema institucional assente na autonomia das competências de cada instituição.

Pode recordar-se a síntese do Bispo Sebastião César de Meneses, quando aponta na sua *Suma Política* que os conselheiros são de quatro tipos: os que assistem ao Conse-

lho de Estado; os que assistem ao governo da guerra; os que assistem à administração da justiça; os que assistem na administração da fazenda.

Vejamos aquelas que são relevantes no domínio internacional.

A) O Conselho de Estado.

O Conselho de Estado vai conhecer na época joanina um novo regimento (datado de 31 de Março de 1645).

Não sabemos muito acerca do funcionamento desta instituição. Esta falta de referências pode bem ser o resultado do segredo de Estado e da sua projecção institucional. Outras referências em livros de memórias devem ser vistas com a cautela pela qual sempre devem ser apreciadas as obras da literatura áulica e de justificação, tantas vezes elaboradas pelos protagonistas para rescrever a história: o debate em torno das memórias do Cardeal Richelieu, de Sully, de Alberori, ou dos nossos D. Luís da Cunha e Marquês de Pombal explicam esta advertência.

Contudo, podemos encontrar nos documentos internacionais dos séculos XVII e XVIII a referência à consulta do Conselho de Estado por parte do rei nas negociações diplomáticas e em textos normativos relativos às relações internacionais.

Competia aos secretários levar o assento das resoluções do Conselho ao rei, colocando o monarca a sua resolução de concordância ou de não aprovação à margem do assento do Conselho de Estado.

Com o regimento joanino admite-se a existência de declarações de voto (advertências), o que resulta do elogio da liberdade do conselheiro. De facto, uma das imputações feitas pela literatura da restauração à prática institucional filipina era a manipulação das consultas por parte dos conselheiros e secretários.

O Conselho reunia todas as semanas, às segundas-feiras pelas três horas da tarde.

Um novo período na vida desta instituição é consequência da aprovação de um novo regimento, em 1760. A partir desta data a instituição é presidida pelo próprio rei, facto que merece chamada de atenção. Integram-na ainda os quatro Secretários de Estado e cinco conselheiros. Contudo, em 1792 estava reduzida aos Secretários de Estado, tendo havido nova nomeação de conselheiros em 1796 e funcionado com intervalos até às invasões francesas. A fuga da família real para o Brasil terá sido preparada no Conselho de Estado.

B) O Conselho Ultramarino.

Uma das mais importantes reformas de D. João IV vai ser a criação do Conselho Ultramarino, em 1642.

Segundo o Regimento de 14 de Julho de 1642 competia-lhe decidir «todas as matérias e negócios de qualquer qualidade que forem tocantes aos ditos Estados da Índia, Brasil e Guiné, Ilhas de S. Tomé e Cabo Verde, e de todas as demais partes do ultramar, tirando as ilhas dos Açores e Madeira, e lugares de África; e por ela há-de correr a administração da fazenda dos ditos Estados».

Assim, cabia a esta instituição o provimento dos lugares de fazenda e justiça no ultramar, bem como as instruções para Vice-Reis, Governadores e Capitães que forem providos, entre outras importantes competências.

A repartição funcional de poderes assegura que a administração dos bens que venham do ultramar para Portugal corra pelo Conselho da Fazenda. Do mesmo modo, a provisão dos bispados e dos assuntos eclesiásticos no ultramar compete à Mesa da Consciência e Ordens.

As autoridades administrativas do ultramar correspondem-se com o rei por intermédio do Conselho Ultramarino.

Era composto por um presidente, escolhido em regra de entre a principal nobreza, dois conselheiros de capa e espada e um conselheiro letrado.

C) A Mesa da Consciência e Ordens.

Depois da Restauração, permanece em funções a Mesa da Consciência e Ordens, apenas extinta com o triunfo do liberalismo. Algumas das suas competências internas foram-lhe retiradas, nomeadamente quanto ao ensino, na sequência das reformas pombalinas.

II. A importância do cargo de Secretário de Estado foi-se alicerçando desde o século XVII, facto que foi da maior importância em termos institucionais. Assim, explica a emergência de um novo paradigma na direcção do Estado. O ocaso de prestigiados e antigos cargos, como o de mordomo mor — sempre seleccionado de entre a principal nobreza do Reino —, significam uma nova forma de governar.

Ao lado de instituições como o Conselho de Estado ou de institutos como o segredo de Estado, os Secretários de Estado exprimem o modo de funcionamento da monarquia pura.

Foi durante o período filipino que a designação Secretário de Estado se afirmou, embora de modo impreciso, quer para designar os Secretários do Conselho de Portugal em Madrid quer para designar os Secretários do Governo residentes em Lisboa. As Ordenações Filipinas não se referem a este cargo. Em 1601 existiam quatro secretários de despacho, correspondentes às áreas dos negócios de Estado e da Justiça, Consciência e Ordens, Fazenda, e Petições e Mercês.

Nos primeiros anos do Reinado de D. João IV existiu apenas um Secretário de Estado, conquanto o monarca se fizesse auxiliar por vários conselheiros, como ministros assistentes ao despacho. Em 1643 as atribuições que ao cargo cabiam foram divididas entre o Secretário de Estado e o Secretário das Mercês e Expediente. O Secretário de Estado era responsável "pelas matérias que tocarem a Estado", que eram relativas aos negócios estrangeiros, aos assuntos ultramarinos, aos assuntos militares e ao provimento dos ofícios superiores, como os de Vice-Rei, generais e presidentes e juizes dos tribunais superiores. E, numa fórmula que condensa toda uma filosofia acerca da política, dizia-se que as matérias do Estado eram as do governo e direcção das coisas públicas e provimento dos referidos lugares superiores.

No reinado de D. Afonso VI foi efemeramente restaurado o ofício de escrivão da puridade, por cujas mãos e direcção corriam os maiores negócios do reino, como se contém na carta de escrivão da puridade passada por aquele monarca em favor do Conde de Castelo-Melhor.

No final do século XVII surge uma outra secretaria, acrescentada à Secretaria de Estado e à Secretaria das Mercês e Expediente, intitulada "da Assinatura".

Em 1713, D. João V disciplina o elenco de questões que deveriam subir à assinatura régia através dos Secretários e aquelas que deveriam ser resolvidas pelos próprios tribunais e repartições superiores, sem necessidade de despacho régio (Alvará de 24 de Julho de 1713).

Uma posterior reforma joanina leva à criação de três Secretarias de Estado, com atribuições e competências bem definidas (Alvará de 28 de Julho de 1736).

Ao Secretário de Estado dos Negócios do Reino cabia o despacho das mercês e homenagens, o provimento dos lugares nos tribunais e conselhos superiores, tratar dos assuntos das ordens militares e da universidade. Por ele subiam ao despacho as petições dos particulares em matérias de fazenda, justiça e polícia. À Secretaria de Estado da Marinha e do Ultramar pertencia o despacho das frotas e armadas, o provimento dos lugares na marinha e os ofícios nos domínios ultramarinos, bem como a resolução dos assuntos de justiça, fazenda e comércio do ultramar. À Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros e da Guerra cabia preparar a nomeação, a instrução e a correspondência com os ministros de Portugal nomeados nas potências estrangeiras e as relações com essas nações. Em tempo de paz pertencia ainda a este cargo a competência para prover os ofícios militares e administrar as dependências das forças armadas.

A repartição de cada uma das secretarias de Estado ocupava um número reduzido de funcionários e colaboradores. As Secretarias de Estado não dispunham de pessoal político ao seu serviço.

Em 1788 foi criada a Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda.

III. A selecção dos Secretários de Estado constituía poder discricionário dos monarcas, podendo dizer-se que o único factor condicionante da nomeação dos Secretários de Estado era a confiança régia. O factor experiência era igualmente valorizado, já que no cargo de Secretário de Estado do Estrangeiro e Guerras eram normalmente providos diplomatas, como no cargo de Secretário de Estado da Marinha e Ultramar eram normalmente providas pessoas com experiência administrativa nestes assuntos. Pelo seu lado, o Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda é por inerência presidente do Erário Régio.

Um traço a salientar na instituição dos Secretários de Estado durante o século XVIII, consiste na longa permanência dos titulares destes cargos. Em setecentos desempenharam as funções de Secretário de Estado dos Negócios Estrangeiros e da Guerra, Marco António de Azevedo Coutinho (1736-1750), Sebastião José de Carvalho e Melo (1750-1756), D. Luís da Cunha Manuel (1756-1775), Aires de Sá e Melo (1775-1786), D. Tomás Xavier de Lima, Visconde de Vila Nova de Cerveira e Marquês de Ponte de Lima (1786-1788), Luís Pinto de Sousa Coutinho, 1.º Visconde de Balsemão (1788).

Temos de observar que os Secretários de Estado dos Negócios Estrangeiros haviam sido diplomatas ou oriundos de famílias de diplomatas.

Marco António de Azevedo Coutinho tinha sido enviado extraordinário a Paris, entre 1721 e 1728, e a Londres, entre 1737 a 1739. Sebastião José foi enviado em Inglaterra (1739-1745) e em Viena (1745-1749). D. Luís da Cunha Manuel, sobrinho do diplomata D. Luís da Cunha, foi enviado e ministro plenipotenciário em Londres, de 1752

a 1756. Aires de Sá e Melo foi ministro em Nápoles, de 1760 a 1764 e embaixador em Madrid (1764-1755). O Visconde de Vila Nova de Cerveira, embaixador em Madrid, de 1737 a 1753. O Visconde de Balsemão foi ministro plenipotenciário em Londres, de 1774 a 1788.

§ 4.º O ESTATUTO JURÍDICO DOS EMBAIXADORES E DAS EMBAIXADAS

I. Uma apreciação da organização das relações internacionais não estaria completa sem uma referência aos agentes diplomáticos.

Não podemos perder de vista os antecedentes medievais das instituições diplomáticas, embora o seu desenvolvimento decorra com o advento da Idade Moderna e a construção do Estado e da soberania. De facto, ao lado das instituições judiciais e dos modernos exércitos, as instituições diplomáticas são de grande importância para a afirmação da ideia de soberania, tanto do ponto de vista externo como interno.

II. A ausência de codificação de regras normativas acerca do estatuto dos agentes diplomáticos não impediu o florescimento da instituição.

Ao longo do século XV assistimos à vulgarização dos vocábulos de origem francesa *embaixador* e *embaixada*, até se tornarem no modo típico de condução da diplomacia, deixando de lado a disciplina dos antigos legados — assente num instituto de direito privado, o mandato.

Em Portugal, o aperfeiçoamento da disciplina da diplomacia encontra-se intrinsecamente ligado ao sucesso da Restauração de 1640. Privados de representação diplomática externa durante o período da união pessoal filipina, o sucesso da independência portuguesa dependeu, não apenas do triunfo militar, como igualmente de uma extraordinária geração de diplomatas enviados às principais Cortes europeias por D. João IV. Compreende-se, deste modo, que a literatura jurídica e política portuguesa se tenha debruçado acerca da instituição dos embaixadores, em obras hoje em dia infelizmente pouco estudadas se não mesmo ignoradas.

Para a economia da exposição destacaremos apenas dois autores, um logo posterior à Restauração, outro, pouco anterior às invasões napoleónicas.

António da Silva e Sousa (1601-1676), desembargador da Relação do Porto e da Casa da Suplicação, foi enviado às cortes inglesa e sueca e na cidade de Hamburgo, local em que publicou, na língua materna e em 1670, a *instrução política de legados*, obra concebida como um «compêndio para ministros» ou funcionários diplomáticos. Constitui a primeira obra em língua portuguesa destinada à formação dos legados, mas a sua concepção lembra os tratados medievais de prudência: trata-se, fundamentalmente, de uma aplicação de reflexões típicas acerca das virtudes dos homens, em geral, e dos homens de Estado, em especial, ao específico domínio das relações internacionais. A esta visão prudencial acrescenta o juízo da experiência e da sua vivência pessoal sobre as principais dificuldades que podem surgir na actividade diplomática, designadamente na negociação diplomática e na assinatura de acordos internacionais.

A *instrução política de legados* constitui, portanto, obra ilustrativa de uma orientação típica dos tratados políticos católicos: o elenco das virtudes que fazem os *perfei-*

tos diplomatas, matizada pelo juízo das situações empíricas com que se podem defrontar os diplomatas.

Se podemos encontrar num filósofo enciclopédico como Luís António Verney uma apreciação crítica sobre a formação dos agentes diplomáticos portugueses, vai ser em 1792 que António Manuel Melo Baena publica umas *máximas políticas* em quatro tomos, sendo o último inteiramente dedicado ao tema dos embaixadores. Aqui se encontra uma indicação sobre os principais aspectos da instituição dos embaixadores, que, se não é original no contexto europeu, tem o mérito de apresentar um panorama doutrinário em língua portuguesa acerca de questões como a noção e tipos de embaixadores, qualidades que devem ter, modos de selecção, direitos e deveres.

Aqui encontramos uma alteração do método das relações diplomáticas: a autonomia de um direito público externo, cuja dogmática permite agora compreender que o funcionamento das instituições diplomáticas e os instrumentos das relações diplomáticas têm uma natureza e uma metodologia distinta do direito privado. O conceito utilizado para designar as bases desta disciplina — direito público externo — alicerça duas outras ideias essenciais do espírito jurídico e político setecentista: de um lado, o papel do Estado como criador do direito; de outro lado, a prioridade do direito interno sobre o direito internacional, que é o reflexo desta mesma concepção estadualista das ordens jurídicas interna e externa.

III. No estudo do tema dos embaixadores devemos distinguir duas questões: a) o estatuto dos embaixadores como oficiais públicos; b) a função dos embaixadores.

a) O estatuto dos embaixadores.

Desde o século XVI, sobretudo desde a publicação dos *seis livros da república* por Jean Bodin, controverte-se a natureza do estatuto dos agentes do poder. Assim, de um lado refere-se a situação dos oficiais, do outro a dos comissários. A diferença principal é esta: os oficiais gozam de um direito ao lugar, em regra concebido como um direito de propriedade, pelo que, de acordo com a natureza deste direito, são agentes inamovíveis; pelo contrário, os comissários são nomeados para o exercício de uma função em concreto, segundo um mandato preciso, e a sua comissão pode cessar a qualquer instante por vontade do mandante. O mandato cessa necessariamente por morte do príncipe mandante.

Bodin demonstrou a sua ideia com clareza: os embaixadores são comissários, não são oficiais — proposição que deve conjugar-se com o problema da venalidade dos officios. Não gozam de um direito de propriedade sobre o cargo que ocupam, devendo antes cumprir de modo estrito as instruções conferidas pelo monarca. Em função do exemplo estudado, compreende-se a conclusão: o Estado necessita mais de comissários do que de oficiais. Esta conclusão não impediu a formação de gerações de diplomatas, assente numa ideia imprecisa mas não juridicamente vinculativa de transmissibilidade dos cargos.

O tema dos embaixadores é estudado pelos nossos tratadistas pelo ângulo da virtude da prudência. Mas também se adverte acerca da necessidade de meios finan-

ceiros, de os embaixadores serem ricos ou, pelo menos, não serem pobres (mediano estado).

b) Um dos grandes tratadistas políticos da Restauração, António Carvalho de Parada, aponta na sua *arte de reinar* que os embaixadores podem exercer três tipos de funções: honrar a pessoa a quem foram enviadas; espantarem ou meterem temor; tratarem de matérias graves que não era possível tratar por carta. Mais do que a ingenuidade das afirmações devemos destacar o que delas resulta: que a função diplomática não constitui ainda uma obrigação típica do estabelecimento de relações diplomáticas entre os Estados.

Na própria diplomacia pontifícia, foi apenas a partir do pontificado de Alexandre VI e sobretudo dos Papas florentinos Leão X e Clemente VII que se inicia a diplomacia renovada da Igreja com o recurso a núncios permanentes (De Witte).

O aperfeiçoamento da disciplina levou à distinção entre três tipos de oficiais: os embaixadores extraordinários, os embaixadores ordinários e os residentes. A distinção não é apenas protocolar, mas antes revela uma percepção dos diferentes interesses que podem estar envolvidos nas negociações diplomáticas.

Os embaixadores são enviados pelo soberano a uma Corte estrangeira para representar a pessoa do soberano, em virtude de uma carta credencial ou de outro documento. Os embaixadores extraordinários são designados por uma comissão para o desempenho de uma função ou negociação em concreto, designadamente as embaixadas solenes. Pelo contrário, os embaixadores ordinários exercem um outro tipo de função. Os tratadistas europeus aconselham que os embaixadores extraordinários sejam recrutados de entre a principal nobreza do reino, não apenas para mais facilmente serem recebidos nas cortes estrangeiras, mas também para poderem fazer face às despesas da embaixada. Para embaixador ordinário eram muitas vezes nomeados juristas. A queixa da magreza dos salários é comum entre os nossos diplomatas, mas é necessário dizê-lo, também é comum em relação a outros países.

Os residentes não gozam dos privilégios protocolares dos embaixadores, despachando apenas com os Secretários de Estado ou outros oficiais do Estado.

De outro modo, temos de sublinhar que, seguindo uma orientação pioneira da diplomacia Veneziana, ao longo do século XVII reitera-se como uma das obrigações dos embaixadores o envio de relatórios (relatos, despachos) sobre a sua actividade pública no local em que se encontram acreditados, bem como sobre o respectivo Estado.

Não existe uma obrigação de reciprocidade.

Existem Estados com representantes diplomáticos em outros Estados que não asseguram identidade de conduta. Portugal mantém apenas representações diplomáticas junto dos principais Estados. No final do século XVIII mantêm permanentemente representantes em Lisboa, o Imperador e os reis de Inglaterra, França e Espanha, ao lado do núncio apostólico. Por sua vez, com diferente estatuto jurídico, Portugal mantém legações diplomáticas em Madrid, Paris, Londres, Copenhaga, Estocolmo, Viena, Haia, Nápoles, Roma, Berlim e Moscovo.

Impõe-se uma última referência a outros instrumentos de condução dos assuntos de Estado.

Ao lado da diplomacia oficial existiu igualmente uma diplomacia secreta. Muitas vezes as situações parecem confundir-se e é frequente apontarem-se os ministros residentes como simples espões de um Estado. Ao longo do século XVII vemos desenvolver-se típicos institutos da razão de Estado, como a cifra. A tutela do segredo de Estado deu origem a uma rigorosa disciplina contida nas Ordenações. A rede de espões e agentes secretos era dirigida pessoalmente pelos reis, segundo a velha máxima da razão de Estado de que existem matérias que não é conveniente serem delegadas nos oficiais do príncipe.