

A ASSUNÇÃO JURÍDICA DA *VULNERABILIDADE* – OS GRANDES DEBATES DO FINAL DO SÉCULO XIX À PRIMEIRA REPÚBLICA

Ana Elisabete Ferreira

Sumário: 0. Primeira aproximação: A assunção jurídica da *vulnerabilidade* – os grandes debates do final do século XIX à Primeira República. I. A protecção dos *vulneráveis* – uma revolução filosófica, sociológica e política. 1. Auxílio e protecção: da *Misericórdia* à *Filosofia social* moderna. 2. Misericórdias, hospitais especializados e outras instituições de assistência. 3. A *revolução jurídica* como projecção de uma alteração fundamental na noção de sujeito de direito – por um novo conceito de *pessoa*. II. Breve excuro: a situação de doença mental como exemplo concreto de especial vulnerabilidade. 1. Sociedade, Misericórdia e Medicina. 2. O doente mental para o Direito. III. Conclusões. Bibliografia consultada

0. PRIMEIRA APROXIMAÇÃO

*...El ser humano es una realidad vulnerable y frágil, es decir, expuesta al sufrimiento, al dolor y a la muerte. La enfermedad constituye una expresión visible de esta radical vulnerabilidad de la condición humana.*¹

¹ Francesco TORRALBA I ROSELLÓ: *Filosofía de la Medicina – en torno a la obra de E. D. Pellegrino*, Madrid: Editorial MAPFRE, 2001, p. 56.



Quando o Direito – não enquanto mero regulativo social, mas enquanto verdadeiro projeto ético para a realização da autonomia e da responsabilidade² – se centra na *pessoa* (um *conceito* evolutivo; permeável às concepções ideológicas e filosóficas de cada época, mas também às suas exigências pragmáticas mais elementares), a radical e inultrapassável *infirmidade* do ser humano não pode deixar de ser pressuposto e limite dos cânones fundamentais de organização social. E porque o próprio conceito de pessoa se vê como um dos arcobotantes jurídicos mais dramaticamente expostos à erosão dos tempos (e das *vontades...*), a assunção da fundamental vulnerabilidade da pessoa não é inata à sociedade nem imune à discussão filosófica.

A pessoa e a vulnerabilidade não são temas relativamente aos quais possa aspirar-se fazer mais do que uma *quase-alusão*. O final do século XIX e o início do século XX foram palco de profundas transformações filosóficas, sociais e políticas, que abrangem, de um modo ou de outro, todas as expectativas e interesses, públicos e particulares: vive-se um momento de crise generalizada, quer nas relações internacionais, por força da questão colonial³, quer na economia interna, cujo défice insuperável dita a bancarrota das Finanças, quer política («stricto sensu»), em razão do irrecuperável desgaste da monarquia⁴. Julgamos que é esta crise generalizada o que acentua

² Vide A. CASTANHEIRA NEVES: “O Direito como Alternativa Humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito” in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 287 e ss.

³ Em 15 de Novembro de 1884 iniciou-se a Conferência de Berlim, destinada ao estabelecimento da partilha de África entre os estados colonialistas. São sobejamente conhecidos os interesses que opuseram Portugal à Inglaterra, na sequência dos quais Portugal será constringido a ceder ao ultimato inglês de 1890.

⁴ Desgaste que, inclusivamente, leva à criação de dois novos partidos políticos – o *Partido Socialista Português*, pela mão de Antero de Quental e de José Fontana; e o *Partido Republicano Português*, liderado por Teófilo Braga.

a consciência de partilha da colectividade, levando ao estabelecimento de medidas que revolucionaram o tratamento e a assistência às pessoas consideradas vulneráveis. Inclusivamente, encontraremos, nos grandes debates desta época, contributos fundamentais para a compreensão das respostas jurídicas hodiernas nas diversas áreas, da saúde ao trabalho, passando pela educação e pela segurança social.

Neste período histórico, particularmente em Portugal, as mudanças ideológicas definiram os alicerces de um novo regime político e também de um novo sentido do direito, porque assentaram numa verdadeira revolução ética e existencial. Daí que se verifique tão claramente a contemporaneidade de medidas tão díspares como a criação de hospitais especializados para tratamento dos alienados (1848), a libertação dos escravos das colónias do Estado português (1854) ou a primeira abolição da pena de morte (1852), seguidas de profundas mudanças no direito do trabalho e no direito da família e da filiação, patrocinadas pela Primeira República portuguesa.

Não se pense, porém, que esta alteração ontológica do conceito de pessoa como ser vulnerável, incapaz de sobreviver enquanto mero *indivíduo*⁵ (ao contrário do que propugnava a crença racionalista do *Iluminismo* do século XVIII), se pode determinar a partir de um concreto momento histórico-cultural. Na verdade, todas estas mudanças são o produto natural de *sucessivas tentativas de humanização*⁶, com avanços e retrocessos esparsos e difíceis de caracterizar, de que encontramos laivos, ainda que ténues já no século XVI.

A abordagem situada no período que antecede e compreende a Primeira República portuguesa que envidaremos agora quererá, por isso, expor a convergência de ideias de uma época

⁵ Cfr. “La vulnérabilité”, dir. Roland JOUVENT, Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 7.

⁶ Vide H. BARAHONA FERNANDES: “O Nascimento da Psiquiatria em Portugal” in *História e Desenvolvimento da Ciência em Portugal*”, I volume, Lisboa: Publicações do II Centenário da Academia das Ciências de Lisboa, 1986, pp. 577 – 593.

singular e imensamente profícua do ponto de vista humanista.

A Primeira República portuguesa é um tema apaixonante sob muitas perspectivas, daí que o seu tratamento seja tão amplo, tão profundo e tão díspar⁷.



Caricatura da disputa entre D. Pedro e D. Miguel

Trata-se de um período – um período histórico, mas também filosófico, político, cultural, social – que tem sido objeto de abordagens diferentes e, por vezes, contraditórias. Não caberá neste apontamento, evidentemente, uma abordagem ampla da(s) ideologia(s) subjacentes à Primeira República, mas tão só o realce de como a vulnerabilidade

foi uma preocupação central, particularmente presente na esmagadora maioria das reformas jurídicas, que foram muitas, no período em que Portugal se liberta do regime monárquico e deixa afluir pujantemente o Humanismo anti-clericalista.

Feita esta referência, é claro que a mudança filosófica, ética e existencial que a Primeira República consubstancia não emerge espontaneamente com a aurora do século XX; a Primeira República é antes um produto da sedimentação social e cultural dessa mudança, que era já bem patente no início do século XIX aquando da Guerra Civil que opôs D. Pedro e D. Miguel e fez vigorar plenamente a Carta



⁷ Assim em Mário Júlio de ALMEIDA COSTA; Rui Manuel de FIGUEIREDO MARCOS: *A Primeira República no Direito Português*, Coimbra: Edições Almedina, 2010, p. 7.

Constitucional.

O *sentimento republicano* que se segue enraíza-se na vontade de superar a estagnação de que a ideologia da Carta Constitucional padecia, ao manter os interesses consolidados, reprovando toda a inovação. O republicanismo português é, sem dúvida, *liberal*, mas o seu liberalismo não quer confundir-se com aquele – *artista* – que nada pretende alterar. O Directório Republicano Democrático, fundado em 1870, é o embrião do Partido Republicano Português, impregnado dos alvites da *Geração de 70* e cuja complexa evolução se alastra e abrange outras instituições como a Carbonária Portuguesa, alegadamente co-responsável pelo regicídio. A História de que se parte tem, pois, muitas estórias, verdadeiramente impenetráveis em alguns dos seus intertextos.

De modo a delimitar a matéria, o nosso *ponto-de-fuga* será o jurídico, precisamente para que a narrativa surja arrimada em alterações factuais concretas, de onde possam depreender-se efetivas transformações no sentido da proteção dos mais vulneráveis. Esta compreensão das alterações jurídicas, naturalmente, não se fará despida dos necessários apontamentos filosóficos.

I. A PROTECÇÃO DOS *VULNERÁVEIS* – UMA REVOLUÇÃO FILOSÓFICA, SOCIOLÓGICA E POLÍTICA

Se é verdade que a primeira instituição *pública* («lato sensu») de assistência social – a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa – é instituída ainda no século XV (1498) por Frei Miguel Contreiras (e com o apoio da rainha D. Leonor, esposa de D. João II), é também verdade que a consagração jurídica da segurança social teve de esperar pela Constituição de 1976 (artigo 63.º), e revela ainda graves limitações no âmbito social português. É, pois, importante refletir sobre o que significa este lapso de tempo entre a admissão de um dever de proteção por

parte da comunidade relativamente aos mais vulneráveis e carenciados e a sua sagração jurídica efetiva. Importante será ainda ter em conta qual o papel do direito, nos últimos quinhentos anos, nas árduas tarefas de *alimentar os famintos, assistir aos enfermos, cobrir os nus ou sepultar os mortos*⁸.

A atenção dada à vulnerabilidade humana – já o dissemos – está intimamente ligada às convicções culturais e filosóficas de cada época e será, sem dúvida, inversamente proporcional à estratificação social e à diferença entre classes. Dito isto, poderia esperar-se que a preocupação com a vulnerabilidade fosse coisa própria do Estado intervencionista, não expectável numa sociedade de tipo feudal ou, pelo contrário, radicalmente capitalista. Esta tendência, porém, não é absoluta, porque a sociedade não funciona, também ela, segundo modelos puros, e está longe de ser um autómato independente dos valores dos seus governantes.

Estamos em crer que, no desenvolvimento dos próximos capítulos do presente apontamento, ficará patente como a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX formam uma ligadura epistemológica cujo tecido se poderia exprimir nessa expressão tão vaga de “ciência social”. Ao falar-se de «assunção da vulnerabilidade», o que está verdadeiramente em causa não é a efetivação do auxílio existencial – de que temos registo desde o início da Idade Média – mas uma ascensão progressiva de *um modo outro* de encarar a necessidade e a premência desse auxílio – *o modo sociológico*. O que envidamos explorar agora é, precisamente, esse “acréscimo de interesse pela equacionação do destino social do homem...”⁹

1. AUXÍLIO E PROTECÇÃO: DA MISERICÓRDIA À FILO-

⁸ Tarefas, entre outras, tradicionalmente cometidas à Santa Casa da Misericórdia. Vide Maria Antónia LOPES: *Protecção Social em Portugal na Idade Moderna*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 57.

⁹ Palavras de Amadeu Carvalho HOMEM: *A Ideia Republicana em Portugal. O contributo de Teófilo Braga*, Coimbra: Livraria Minerva, 1989, p. 133.

SOFIA SOCIAL MODERNA

A História, mostrando-nos as transformações e sedimentações culturais do nosso passado contextual, permite-nos perceber qual a noção de vulnerabilidade que cada época pôde privilegiar, deixando claro que a *humanização* é um processo de opções de assimilação e exclusão¹⁰.

A autêntica vulnerabilidade é, sem dúvida, uma condição ontológica universal do ser humano, frágil, incompleto, e instintivamente diminuído, mas foi e vai exprimindo, em cada contexto particular, muito mais do que isso¹¹. É uma característica essencial diferenciadora, que justifica o reconhecimento de um grau diferente de capacidade e que fundamenta uma discriminação na graduação da *capacidade* social, civil, jurídica. A verdadeira vulnerabilidade não se assumiu simplesmente como uma condição de todos os humanos, foi oscilando entre a especialidade ou a individualidade de diferentes grupos, sob cuja égide se foram justificando muitos tratamentos diferentes e muitos privilégios especiais, assentado, alternadamente, naquela que fosse, contextualmente, a diferenciação essencial no uso da propriedade ou aptidão – fé; razão; linguagem – que melhor caracterizasse a pessoa.

O reconhecimento de que os seres humanos não são iguais na sua capacidade de suportar a vida, e de que não são constantes em si mesmos nessa capacidade – o que justifica, naturalmente, políticas de discriminação positiva em favor dos mais fracos – pode ser tema hodierno na filosofia e na bioética¹², mas não é uma conclusão nada original, do ponto de vista

¹⁰ No radical, Peter SLOTERDIJK: *Regras para o Parque Humano*, trad. Manuel de Resende, Coimbra: Angelus Novus, 2007.

¹¹ Sobre esta vulnerabilidade humana, essencial e universal, veja-se, introdutoriamente, Jacob Dahl RENDTORFF: *Basic Principles in Bioethics and Biolaw*, disponível em <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Bio/BioRend.htm>

Vide, também, Daniel SERRÃO: “Vulnerabilidade: uma proposta ética” disponível em <http://www.danielserrao.com/gca/index.php?id=124>

¹² Vide Daniel SERRÃO: “Vulnerabilidade”, cit.

político. Pelo contrário, é o cerne primordial das preocupações políticas, patente desde os primeiros registos históricos.

As políticas sociais levadas a cabo durante os reinados de D. João II, D. Manuel I e D. João III, nomeadamente, durante os séculos XV e XVI, são disto exemplo indesmentível¹³: em 1492, o início da construção do Hospital de Todos-os-Santos em Lisboa; em 1498, a criação da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (pela mão da Rainha D. Leonor); a criação da Casa da Índia e das suas políticas assistenciais (exigidas pela exploração mercantil ultramarina), no início de 1500; em 1539, Provisão Régia para a criação de enfermarias especializadas para doentes com sífilis e doentes mentais¹⁴.¹⁵ A alusão a estas iniciativas, relativamente esparsas, serve apenas para ilustrar que



a protecção dos vulneráveis não é uma invenção humanista, e muito menos iluminista, e que variadíssimos exemplos podem honrar que muitas decisões régias dos últimos quinhentos anos são dignas de nota memorável por representarem um verdadeiro avanço civilizacional¹⁶ face à tradição de repressão social, pura e simples, de todos os que se encontravam em situação de especial dependência, sem que a sua condição de vulnerabilidade fosse tomada a sério, ou a sua in-

<http://www.danielserrao.com/gca/index.php?id=124>

¹³ Vide Maria Antónia LOPES: *Protecção Social em Portugal na Idade Moderna*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 47.

¹⁴ Vide Stanley G. PAYNE: “A History of Spain and Portugal”, vol. 1 in *The Library of Iberian Resources Online, chapter 12 – Sixteenth-Century Portugal*, disponível em <http://libro.uca.edu/payne1/payne12.htm>

¹⁵ Os exemplos poderiam multiplicar-se, aumentando exponencialmente em períodos bem demarcados, como o reinado de D. José I, em que avultam as grandes reformas do Marquês de Pombal.

¹⁶ H. BARAHONA FERNANDES, cit., p. 582.

dividualidade respeitada.

A verdade, não obstante, é que nenhum avanço anterior foi tão visível, tão amplo e tão efetivo quanto este de que falaremos, que acompanha a segunda metade do século XIX e o início do século XX¹⁷. Desde logo, porque se trata de um período de revolução da filosofia social.

O universo esclarecido e intelectual do século XIX é influenciado por nomes tão díspares quanto Hegel, Comte, Darwin, ou Freud para nomear apenas alguns dos mais sonantes. Contudo, as doutrinas positivistas, utilitaristas ou marxistas, entre outras aqui espelhadas, não partilham apenas o momento cronológico em que memeticamente se implantaram, mas uma forte e muito manifesta energia sociológica. A sociologia era, no século XIX, uma disciplina *nova*, impregnada da força persuasiva que as ideias novas têm sempre, especialmente animada pelo facto de a *igualdade* e a *liberdade* se terem emancipado de utopia a estandarte político, e pelas radicais mudanças das estruturas sociais operadas pela industrialização e pela urbanização. A quebra da economia feudal agrícola e do «espírito de grupo» que animava as relações que a conformavam trazem consigo, naturalmente, uma maior preocupação com a noção de «assistência». A passagem da *comunidade* à *sociedade* foi dolorosa e traumatizante para o espírito humano, que progressivamente descobre no *individualismo* uma espécie de veneno capaz de colocar em causa a sobrevivência social da comunidade.

No âmbito jurídico, esta tendência *anti-individualista* é manifestada na proliferação e grande aceitação das doutrinas de Savigny e da Escola Histórica por ele fundada. A crítica ao individualismo é baseada, também, na História: “o histórico, como facto positivo, repousa numa ideia de colectividade, ideia

¹⁷ Aliás “entre as nossas ideias políticas nenhuma se encontra que, pelo menos, não seja devida ao século XIX...”. Jürgen von KEMPSKI: “Filosofia da política, filosofia do estado e filosofia social” in *A Filosofia no Século XX*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 497.

de que indivíduo e grupo são real e metodicamente inseparáveis, contrariamente ao que sustentaram os teóricos do racionalismo”¹⁸.

A Filosofia social e a Sociologia comungam desta enorme revolução na interpretação da constituição social de cada época, levada a cabo pela Escola Histórica e baseada na fulcralidade da tradição. Esta interpretação da função do direito assente na constituição social será, precisamente, a célula embrionária da justificação de uma tutela jurídica simultaneamente *geral* – em razão da condição ontologicamente vulnerável do ser humano, em todas as suas relações, quer de natureza económica, quer de natureza existencial – e também *específica* e especializada, em função de circunstâncias particulares, potenciadoras de vulnerabilidade¹⁹.

A preocupação sociológica consubstancia, pois, uma consequência da revolução ocorrida nas estruturas sociais para a sustentação da sociedade industrializada. A *consciência coletiva* nasce, propriamente, com Durkheim (1858 – 1917).

Evidentemente, a assunção da vulnerabilidade como um problema implica, necessariamente, a admissão de que as desigualdades pessoais e sociais são, em si mesmas, um problema. Esta admissão, como se disse, foi progressiva, mas muito acentuada com a industrialização e o progresso da ciência e da técnica, que trouxeram consigo as reformas sanitárias urbanas e a criação, sobretudo por parte de algumas ordens religiosas, de uma série de instituições especializadas²⁰, destinadas a melhorar as condições de vida das pessoas. Este tipo de iniciativas acumula-se, e sedimenta a noção de «assistência social», de

¹⁸ F. Javier de AYALA: “Filosofia da história e Filosofia do direito no século XIX” in *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra) XXIII, 1947, p. 113 e 114.

¹⁹ Vide Heloisa Helena BARBOZA: “Vulnerabilidade e Cuidado: aspectos jurídicos” in *Cuidado e Vulnerabilidade* (coord. Tânia Pereira; Guilherme de Oliveira), São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 111.

²⁰ Assim em F. A. GONÇALVES FERREIRA: *História da Saúde e dos Serviços de Saúde em Portugal*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990, p. 257.

modo abrangente e extensível a todos²¹.

A originalidade não está, obviamente, na prestação social em si, mas no modo como é encarada e no propósito com que atua. Nos finais do Antigo Regime português, diversos autores fizeram aflorar a sua preocupação com a *pobreza* («lato sensu») e com a necessidade de uma verdadeira reforma social. Não é de estranhar que o seu diagnóstico social não tenha, em regra, sido o mais correto, ao explicar as dificuldades de emprego, de saúde e de escassez de bens numa suposta preguiça e ociosidade inerentes às pessoas²², e o certo é que estes estudos são, histórica e sociologicamente, valiosos. Além do mais, nem todos estes estudos propõem as mesmas explicações para os fenómenos, e são de sublinhar as investigações acerca da injustiça económica e fiscal²³, avançadas por nomes como Domingos Vandelli²⁴.

A Filosofia e a Epistemologia do século XIX são plenas de idiossincrasias – *nós cegos*, que ancoram e fixam pensamentos com uma força extraordinária; porém, mal esclarecida. É essencial compreender como se articula um positivismo *racionalista* como o comtiano, como este que é adoptado por Teófilo Braga²⁵ operando uma fundamental receção do darwinismo, e aquele anti-individualismo que transborda da doutrina de Savigny, impregnando as grandes reformas sociais da essência da Escola Histórica.

A relação entre o Real, a Filosofia e a Ciência tem sido,

²¹ *Ibidem*.

²² Maria Antónia LOPES: *Protecção Social em Portugal na Idade Moderna*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 37.

²³ *Idem*, p. 38.

²⁴ Domingos VANDELLI: *Aritmética política, economia e finanças: 1770-1804*, Lisboa: Banco de Portugal, 1994.

²⁵ Amadeu Carvalho HOMEM: *A Ideia Republicana em Portugal – o contributo de Teófilo Braga*, Coimbra: Livraria Minerva, 1989, p. 92: “... Teófilo, uma vez superada a fase da metafísica universitária, filiou-se definitivamente nos arraiais do positivismo. Veremos (...) que esta filiação se operou com razoável latitude de derivação teórica...”

desde sempre, uma relação de contornos sinuosos, para cujos problemas todas as respostas parecem demasiado incipientes. Mas nunca, como no século XIX, o tema foi tão profunda e proficuamente debatido, e particularmente em Portugal²⁶. Esta foi, nomeadamente, a mais veemente preocupação filosófica de Antero de Quental, que dedicou a sua reflexão à procura daquela relação essencial entre a Ciência e a Filosofia, de uma perspectiva em que ambas subsistissem independentes e coadjuvantes²⁷.

O *evolucionismo* de Lamarck e de Darwin foi um trunfo anticlericalista, porque, pretensamente, anulou a *teoria criacionista* dominante; e alimentou o positivismo racionalista, porque, pretensamente, aboliu a metafísica do estudo do conhecimento. Mas, para o homem, se bem virmos, o evolucionismo representa, antes de tudo, um golpe profundo e irrecuperável na sua constituição ontológica particular; uma ferida narcísica insanável, que o expõe como uma realidade sempre incompleta, sempre infirme, sempre deveniente. Enquanto ser de evolução e para a evolução, particular e conjugada, o homem é um caminhante que nunca chega; um ser que ainda não é, e nunca será. É, ele mesmo, o defeito, a *infirmas*.

Esta leitura permite acercar como as disparidades intelectuais se conjugam na inevitável assunção da vulnerabilidade humana e do carácter profundamente questionável de uma sua independência e auto-subsistência racional. O saber científico é essencial; os seus métodos podem criar conhecimento e aperfeiçoar o conhecimento adquirido, mas “nenhuma ciência pode impedir o espírito de *espontaneamente* perguntar pelo funda-

²⁶ Veja-se essencialmente Ana Leonor PEREIRA: *Darwin em Portugal [1865 – 1914]. Filosofia, História, Engenharia Social*, Coimbra: Edições Almedina, 2001, pp. 89 – 98.

²⁷ *Idem*, p. 98: “Na óptica anterioriana, a ideia de evolução, sendo a ideia chave da epistémica moderna, exigia um trabalho filosófico que a objectivasse positivamente, incluindo, mas superando, a sua definição no plano estritamente científico...”

mento e pelo fim de todo o ser e de todo o saber...²⁸. O diálogo entre a Epistemologia e a Filosofia acaba, assim, por acarretar uma visão menos mecanicista do determinismo humano, em favor de uma maior consideração da existência própria em pro do outro, uma vez que é substância da pessoa o desejo de melhorar sempre a sua relação com o outro²⁹.

Na confusão de expectativas de cientistas e filósofos sociais, a História será o fiel das resoluções. Aos poucos vai ficando a descoberto que a potência de conhecimento da ciência no que concerne ao homem social é muito limitada. A teoria evolucionista da fisiologia só pode, muito genericamente, induzir qual será o estado de uma civilização próxima, mas não poderá, *por intrínseca impotência*, acrescentar o que quer que seja relativamente à *transmissão de experiências acumuladas na sucessão das gerações*³⁰. A filosofia social, bem como a sociologia, são dependentes da análise do fluxo histórico³¹ – é histórico o homem, como é histórica a comunidade, e o movimento social não pode deixar de consubstanciar, ele mesmo, esse fluxo, que não se compadece com a fixação mecânica das leis das ciências naturais.

2. MISERICÓRDIAS, HOSPITAIS ESPECIALIZADOS E

²⁸ Ana Leonor PEREIRA apresentando a doutrina de Antero, *Darwin...*, cit., p. 149.

²⁹ Assim em Ana Leonor PEREIRA, *Darwin...*, cit., p. 149: “A obra anterior eleva a ciência porque a faz partilhar da ideia de que a liberdade não é uma ilusão inconsequente, mas é a aspiração íntima de todo o ser. Eleva-a, porque, aceitando que cada existente luta para conservar o seu próprio ser, lhe revela que dentro desse determinismo reside um determinismo superior: a vontade que todo o ser tem de aumentar o seu ser, no sentido de se ultrapassar a si mesmo e, portanto, de elevar o nível da relação com o outro...”

³⁰ Amadeu Carvalho HOMEM: *A Ideia Republicana em Portugal – o contributo de Teófilo Braga*, Coimbra: Livraria Minerva, 1989, p. 135 e ss.

³¹ *Ibidem*: “Daí que tenha sido sobre as inferências concernentes ao desenvolvimento do processo histórico que Augusto Comte elaborou a sua lei dos três estados...” Teófilo Braga, assumindo as doutrinas de Spencer, intenta a difícil conjugação deste postulado com aquela ambição positivista de explicar o movimento histórico a partir das teorias físicas da propagação do movimento.

OUTRAS INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA:

É praticamente consensual a afirmação de que, até ao Estado moderno, em regra, a assistência social começava e terminava na acção da Igreja Católica. Esta convicção, veementemente denunciada no momento hodierno, deve-se ao facto de as instituições de caridade e auxílio quase sempre materialmente regidas por clérigos e concretamente empenhadas por voluntários católicos. Embora as *Misericórdias* não pudessem dizer-se, verdadeiramente, instituições eclesiásticas³², sendo antes confrarias leigas, de iniciativa régia e sob sua tutela (e totalmente isentas de jurisdição eclesiástica a partir do Concílio de Trento), salvo raras excepções, a presença de clérigos e fiéis e a mão-de-obra (*em nome da Igreja*) católica estava longe de ser meramente residual³³.

A obra social levada a cabo pelas Misericórdias foi muito ampla e heterogénea, baseada no cumprimento das catorze *obras de misericórdia* fundamentais da Igreja católica, de entre as quais



se contam sete obras espirituais – *ensinar os simples, dar bom conselho a quem o pede, castigar com caridade os que erram, consolar os tristes desconsolados, perdoar os que ofendem, sofrer injúrias com paciência e rezar a Deus pelos vivos e pelos mortos* – e sete obras corporais – *remir os cativos e visitar os presos, curar os enfermos, cobrir os nus, dar de comer a quem tem fome, dar de beber a quem tem sede, dar pousada aos peregrinos e enterrar os mortos*.³⁴ Embora as *obras espiri-*

³² Maria Antónia LOPES: Protecção Social..., cit., p. 56.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Idem*, p. 57.

tuais tenham vindo a ser, gradualmente, assumidas por instituições diversas, as *obras corporais* foram sempre apanágio das Santas Casas, que assim assumiam funções de abrigo, de orfanato, de esmola, de sanidade, de apoio espiritual e até mesmo de educação. Tais funções mantiveram-se e incrementaram-se com a voga de urbanização: as Misericórdias eram a base fundamental da assistência aos mais necessitados e, quer o Liberalismo (1834-1910) quer a Primeira República (1910-1926) mantiveram o seu empenho nas políticas de manutenção das Santas Casas³⁵. Esta nota não é meramente indicativa, mas sobretudo ilustrativa da importância das Misericórdias: a Primeira República, nomeadamente, foi impiedosamente secularista, a ponto de defender a deportação e o internamento dos jesuítas³⁶, mas soube não confundir os planos no âmbito das políticas sociais, o que é muito evidente se atentarmos detidamente no processo de «separação» do Estado da Igreja³⁷.

A história dos hospitais portugueses é um pouco diferente, desde logo, porque a Medicina propriamente dita era muito incipiente e limitada até ao século XX. Dir-se-ia, aliás, que os hospitais funcionariam sobretudo como asilo de pobres e marginalizados, instituições de caridade destinadas exclusivamente àqueles que não podiam ser tratados no conforto da sua casa. Além disto, a função assistencial primariamente cometida aos hospitais, que acompanhou toda a Idade Média e lhe vai sobreviver, embora disseminada, é essencialmente distinta da prestação de tratamento como a entendemos desde a modernidade, sendo dedicada muito mais aos «cuidados da alma» (assegurar a *confissão*, a *comunhão* e o sacramento da *extrema unção*) do

³⁵ Vide Isabel dos Guimarães SÁ; Maria Antónia LOPES: *História Breve das Misericórdias Portuguesas*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2008.

³⁶ Maiores desenvolvimentos em *História de Portugal – A Segunda Fundação (1890-1926)*, sexto volume, dir. José Mattoso, coord. Rui Ramos, Lisboa: Editorial Estampa, 1994, pp. 404 a 406.

³⁷ *Idem*, pp. 407 a 409.

que aos cuidados do corpo³⁸, sendo que, a maioria dos hospitais até ao século XIII não parece, tão-pouco, ter tido médicos³⁹.

Até ao Renascimento, muitas instituições de assistência têm um carácter indiferenciado, funcionando mais como albergarias do que como verdadeiros hospitais. É digno de nota, contudo, que havia já em Portugal, desde o século XIII, «hospitais especializados», estes um pouco mais próximos do seu hodierno conceito, que seriam essencialmente de três tipos: hospitais para estudantes de colégios universitários, hospitais para órfãos e hospitais para leprosos⁴⁰.

As breves notas que vimos de apresentar servem apenas para sublinhar a importância primária destas instituições na protecção dos mais vulneráveis. Importância primária, repetimos, por ser o modo pioneiro, e o mais resistente, de assistência social em Portugal.

Só no reinado de D. João II se empreende a primeira tentativa séria de agrupar as diferentes instituições de assistência social, com a construção, entre 1492 e 1504, do Hospital Real de Todos-os-Santos, cuja denominação revela, aliás, a aglutinação de estabelecimentos de nomenclatura díspar⁴¹. Este hospital é, efetivamente, um hospital *novo*, na mais profícua polissemia do termo: trata-se já de uma instituição *médica*, para tratamento de *doenças*, que vai admitir, por Provisão régia de 8 de fevereiro de 1539, a criação das primeiras *enfermarias especializadas* dignas dessa designação, nomeadamente para doentes de sífilis e doentes mentais.

O edifício do Hospital Real de Todos-os-Santos viria a sucumbir ao terramoto de 1755, tendo feito subsistir alguns dos

³⁸ Vide Isabel dos Guimarães Sá: *Os Hospitais portugueses entre a assistência medieval e a intensificação dos cuidados médicos no período moderno*, excerto disponível em:

<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/4313/1/hospitais.pdf>

³⁹ *Idem*, p. 88.

⁴⁰ *Idem*, p. 89.

⁴¹ *Idem*, p. 93.

seus cuidados no Hospital de S. José⁴².

O processo que culminaria nessa agregação de instituições que foi o Hospital Real de Todos-os-Santos pode ilustrar bem como, e porque razão, o direito *comum* (leia-se, *romano*) era, à época, um estranho e incompetente auxiliar dos mais vulneráveis. Toda a logística e administração de tal processo se encontrou na dependência do direito canónico, o único normativo acostumado a regulamentar e tratar questões de assistência social⁴³.

Outras reuniões de instituições de assistência seriam envidadas depois, noutras grandes cidades do país, nos reinados de D. Manuel e de D. João III. A partir de D. Manuel, efetivamente, algumas dessas reuniões consistiram na sua integração em Misericórdias ou na sua entrega à Congregação de S. João Evangelista (os Lóios)⁴⁴.

Mais raramente, algumas unidades hospitalares terão ficado na dependência de câmaras, de comarcas ou de ordens religiosas⁴⁵.

A manutenção dos hospitais e de outras instituições de solidariedade social foi também uma preocupação central da Primeira República Portuguesa, que inscreveu na Lei nº 1:274 um fundo de verba adicional à previsão orçamental para a manutenção das misericórdias e outras casas de assistência, além de ter criado os seguros sociais obrigatórios.

Quanto a estes últimos, importa salientar a sua génese. Na segunda metade do século XIX proliferaram em Portugal as associações de socorros mútuos, formando um sistema de apoio social mutualista aos mais necessitados, provendo, inclu-

⁴² Luís GRAÇA: “Hospital Real de Todos os Santos: da ostentação da caridade ao génio organizativo” in *Dirigir – Revista para Chefias*, n.º 32 (1994), pp. 26 – 31.

⁴³ Isabel dos Guimarães SÁ: *Os Hospitais portugueses entre a assistência medieval e a intensificação dos cuidados médicos no período moderno*, cit. p. 94.

⁴⁴ Maria Antónia LOPES: *Protecção Social em Portugal na Idade Moderna*, cit., p. 71.

⁴⁵ Na Índia, por exemplo, o Hospital Real de Goa esteve entregue à administração dos Jesuítas até à sua expulsão.

sivamente, algumas pensões de sobrevivência⁴⁶. Em 1889 existiriam 392 destas associações em Portugal, com cerca de 138 870 associados, o que é muito significativo. Todavia, este «sistema mutualista» estaria longe de fazer face à generalidade das situações de necessidade, especialmente no meio rural, além de, evidentemente, não ser sustentável.

Era a hora, portanto, da intervenção estadual. A legislação de 10 de Maio de 1919 vem estabelecer um regime de seguro social obrigatório da maior amplitude, a abranger a doença, os acidentes de trabalho, a invalidez, a velhice e a sobrevivência, exaltando as virtudes do método mutualista.

A criação dos abandonados («enjeitados») foi entregue às autoridades municipais pelas Ordenações Manuelinas. Sempre que não existissem albergarias próprias no concelho, deveria ser o município a assegurar o socorro, usando para tal a receita pública. Tal proposição foi mantida pelas Ordenações Filipinas e reforçada pela Reforma Pombalina, que mandou instituir em todas as vilas casas de acolhimento munidas da chamada «roda dos expostos»⁴⁷. Os órfãos, por sua vez, deveriam contar com acolhimento em colégios, pelo menos desde o século XV, embora só no século XVIII estas instituições pudessem dizer-se verdadeiramente, «casas de educação»⁴⁸.

Até ao século XX, outras pessoas em dificuldade cujo problema não fosse especialmente o abandono ou a pobreza, restavam ainda os chamados «recolhimentos religiosos» de leigos, e as heterogêneas «irmandades» religiosas⁴⁹, cujo papel é amplo e pouco definido. Estes estabelecimentos, todavia, não viriam a ter o mesmo progresso e aperfeiçoamento dos hospi-

⁴⁶ José Luís CARDOSO, Maria Manuela ROCHA: “O Seguro Social obrigatório em Portugal (1919-1928): acção e limites de um Estado providente” in *Análise Social*, nº 192, Lisboa, 2009, p. 442, pp. 439 a 470.

⁴⁷ Vide, a este propósito, Maria Antónia LOPES: *Protecção Social em Portugal na Idade Moderna*, cit., p. 76 e ss.

⁴⁸ *Idem*, p. 86.

⁴⁹ *Idem*, pp. 89 – 117.

tais e das Misericórdias, a partir do século XIX.

Lembre-se que, apesar de neste período se incrementarem progressivamente soluções de auxílio para órfãos e doentes, a situação das viúvas, dos desempregados e dos sem abrigo permanecia cancerosa. No que ao desemprego concerne, particularmente, importa salientar que é também com o advento do século XIX, e com o processo de industrialização e urbanização, que avulta o problema da escassez do emprego. Por outras palavras pode dizer-se, sinteticamente, que só neste momento histórico se vai desenvolver uma preocupação com o (des)emprego, como hoje o entendemos, como “categoria descritiva do social”⁵⁰. Na verdade, embora se saiba bem que, pelo menos desde a Grécia Antiga, sempre tenha havido pobreza, mendicidade e escassez de trabalho, o momento histórico que privilegiámos neste apontamento apresenta grandes especificidades. O desemprego pós século XIX opera uma importante distinção na consideração da vulnerabilidade, discernindo entre categorias de pessoas mais e menos dignas de caridade. Assim, enfatizava-se a necessidade de auxílio e filantropia para com os inválidos, as crianças pequenas e os idosos, em detrimento do auxílio àquele que era considerado o “mau pobre”, o que era fisicamente capaz e válido, mas que não trabalhava, sendo, por isso, indigno de assistência social⁵¹.

A preocupação da Primeira República com o problema do desemprego em Portugal fica evidente na criação da Bolsa Social de Trabalho em Lisboa, estabelecida pela Lei nº 111, de 17 de Fevereiro de 1914, que deveria organizar, tão rapidamente quanto possível, os dados estatísticos referentes ao operaria-

⁵⁰ Isabel Marçano: Estado e cidadão: papel social do desempregado em Portugal in *Sociologia Online – Revista da Associação Portuguesa de Sociologia*, nº 2, Abril 2011, p. 552. pp. 551 a 565.

⁵¹ Terá sido o Estado espanhol o pioneiro na criação de um fundo de assistência que distinguia o verdadeiro desempregado, que queria trabalhar, do «preguiçoso», em 1892. Vide Isabel Marçano: Estado e cidadão..., cit., pp. 552 e ss.

do de Lisboa, ordenando-os por profissões⁵². Trata-se, evidentemente, de um recurso radical para a compreensão dos efeitos da crise social generalizada no país.

Ao nível da legislação laboral, as mudanças foram, também, amplas e profundas⁵³, e procuraram revolucionar verdadeiramente as condições da empregabilidade e dos trabalhadores.

A situação de especial debilidade das viúvas é uma preocupação desde os tempos mais remotos, e a sua vulnerabilidade acentua-se, naturalmente, em momentos de revolução e de guerra, como foram o final do século XIX e o início do século XX.

A Igreja Católica representou, também aqui, um importante expediente de proteção, dogmática e factual, da viuvez: por imperativo bíblico (*1ª Carta a Timóteo*, 5: 4 e ss.) a *viúva que ficou sozinha no mundo* deve ver a sua dignidade especialmente respeitada, contando com o apoio da sua família e da Igreja. Pela 1ª Carta a Timóteo, temos conhecimento de que, pelo menos desde o século I, existiam “Listas de viúvas”, ordens religiosas oficiais que garantiam a integração social das viúvas e lhes garantiam o sustento como contrapartida do trabalho eclesialístico.

Pouco se sabe acerca do desenvolvimento da assistência social às viúvas, além das referências genéricas de que aproveitariam o auxílio das casas de caridade indiferenciadas, e das associações mutualistas, existentes em cada época. Deve salientar-se, não obstante, que o regime de seguros obrigatórios instaurado pela Primeira República as incluía também, estabelecendo pensões de sobrevivência que envidavam prover ao seu

⁵² Outras informações disponíveis em http://www.primeirarepublica.org/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=434:bstl-bolsa-social-de-trabalho-de-lisboa&Itemid=13

⁵³ Todas as alterações disponíveis em http://www.primeirarepublica.org/portal/index.php?option=com_customproperties&view=show&task=show&Itemid=26&cp_palavras_chave=63

sustento aquando da morte dos maridos.

A preocupação da Primeira República com a vulnerabilidade dos doentes, dos inválidos, dos idosos e das viúvas não pode deixar de associar-se à ideologia maçónica dos seus protagonistas. Por toda a Europa Continental, a Maçonaria operativa construiu e patrocinou, desde o século XVIII, grémios e associações profissionais com deveres claros de solidariedade social. Mesmo as lojas maçónicas mantiveram desde sempre um fundo monetário de reserva, destinado exclusivamente a fazer face a situações de especial necessidade de maçons, viúvas e filhos menores de maçons falecidos⁵⁴, a que costumou chamar-se “Tronco da Viúva”⁵⁵.

A par da acção pública, deve sublinhar-se particularmente a iniciativa privada específica surgida no início do século XX, forçada pela participação de Portugal na I Guerra Mundial. Referimo-nos à *Liga dos Combatentes*, fundada em 1919 por Faria Afonso para ajudar os inválidos de guerra, as suas viúvas e órfãos. A acção da Liga dos Combatentes só se efetivará a partir de 1924, com um novo impulso e grande persistência de novos associados, sendo atualmente uma associação altamente condecorada pela sua prestação social a ex-combatentes.

A preocupação com a assistência social do final do século XIX até ao final da Primeira República é distinta da anterior, e também da que se lhe seguirá, no Estado Novo. Se bem que o Partido Republicano não fosse um partido, propriamente, socialista, não tendo qualquer ligação aos sindicatos ou às doutri-



⁵⁴ <http://www.rlmad.net/arquivoblog/62-simbolismo/357-t-viuvia.html>

⁵⁵ Por razões simbólicas/mitológicas.

nas socialistas europeias, muitos dos seus membros, nomeadamente, Afonso Costa e Sebastião de Magalhães Lima, consideravam-se socialistas⁵⁶, e “todas as causas [socialistas] (...) eram, em 1910, causas dos republicanos: a melhoria das condições de vida dos operários, a libertação das mulheres, a cremação dos cadáveres, o fim das guerras”⁵⁷. O republicanismo português foi, portanto, revolucionário «próprio sensu» nos seus ideais, querendo implicar-se em todas as reformas e todas as campanhas que propugnassem alterações radicais e fatais nos costumes e no modo de viver. O «progresso social»⁵⁸ – chão do amparo aos vulneráveis – foi a verdadeira bandeira dos republicanos: o objetivo fundamental dos republicanos era melhorar as condições de vida das pessoas, o que, por si só, já seria exigência ou pretexto para mudar tudo.

3. A REVOLUÇÃO JURÍDICA COMO PROJEÇÃO DE UMA ALTERAÇÃO FUNDAMENTAL NA NOÇÃO DE SUJEITO DE DIREITO – POR UM NOVO CONCEITO DE PESSOA

a) *A pessoa*. Começámos por referir que as mais profundas reformas sociais são, necessariamente, expressão de uma concreta noção de *pessoa*, histórico-culturalmente situada. É assim que se compreende que, até ao século XX, a assistência social ocupe tão-só o espaço da caridade, em pleno vazio jurídico. Antes das grandes revoluções sociais, o direito não seguiu, propriamente, a condição humana; o direito seguiu, primeiro, a lei natural e, a partir do Iluminismo, a sua própria lei. Não pode, pois, afirmar-se que o direito se ocupa da condição humana, quer quando a sua existência se ancora na autoridade

⁵⁶ Vide José MATTOSO; Rui RAMOS (dir.; coord.): *História de Portugal – A Segunda Fundação (1890 – 1926)*, sexto volume, Lisboa: Editorial Estampa, pp. 401 e 402.

⁵⁷ *Idem*, p. 402.

⁵⁸ Assim em José MATTOSO; Rui RAMOS (dir.; coord.): *História de Portugal...*, cit., p. 402.

de Deus – que é *a condição e o resultado da sociedade*⁵⁹ – quer quando se afigura auto-subsistente na sua autoridade e na sua racionalidade.

No primeiro e no segundo caso, meramente ilustrativos, o sujeito de direito é-o de modo diferente. Sob a égide do direito natural, o homem aparece como inatamente sujeito a uma ordem espontânea, em que o «mundo das coisas» deve ser, impreterivelmente, um reflexo fiel do «mundo das ideias» – aqui, o homem sujeito de direito é o homem *harmonioso*, aquele que é coerente com a ordem das coisas em que se insere. Não lhe compete pôr ordem no *estado-de-coisas* em que se vê, porque esse *estado-de-coisas* é, em si mesmo, a ordem; compete-lhe respeitá-lo. O homem só é criador do seu direito na estrita medida em que interpreta e concretiza a *lei natural*.

O homem posterior, que se diz criador do seu direito, é, na verdade, muito menos um «sujeito de direito» do que um «sujeito ao direito»: o homem iluminista autoriza a sua lei, e porque é ele quem lhe confere autoridade e vigência, julga-se o seu criador e conformador; contudo, este homem torna-se um escravo do direito, um ser que obedece à lei, ainda que a lei seja absurda, pela razão evidente de que a lei é lei, e, portanto, um ser que, em última instância, deve ao direito a sua existência pessoal e social.

Só com as grandes revoluções sociais dos séculos XIX e XX o direito se torna, substancialmente, *intervencionista*. Estamos em crer que a intervenção social que o direito irá operar só se torna possível, porque o homem sujeito de direito pôde adquirir aos poucos uma nova imagem de si próprio relativamente à ordem jurídica, compreendendo que o seu *espírito* é independente do reconhecimento jurídico da sua personalidade, e que a personalidade jurídica é, em si mesma, uma *ficção*⁶⁰.

⁵⁹ Bernard EDELMAN: *La personne en danger*, Paris: Presses Universitaires de France, 1999, especialmente, pp. 52 – 55.

⁶⁰ Assim em Bernard EDELMAN: *La personne en danger*, cit., p. 55 e ss.

O caminho até aqui foi longo e sinuoso, um caminho árduo para a superação dos ardis do *contrato social*. Sob o manto do contrato social, o direito retoma a reflexão sobre a relação entre a lei e a força, para concluir que a sociedade é um autómato, regido pelas leis que vota, em nome da utilidade social⁶¹. O homem sujeito de direito será refém desta concepção por muito tempo, particularmente em algumas esferas do direito, como no direito penal, em que a influência plenamente iluminista de Cesare Beccaria se alastra e incrementa muitíssimo. Esta concepção de sujeito de direito do século XVIII, que divide e cataloga o indivíduo em função dos seus atributos, que são comerciáveis em nome da sua autonomia pessoal, pode dizer-se, com propriedade, uma concepção *mercantilista* do sujeito⁶².

Já não é esta a concepção de sujeito de direito que subjaz às políticas sociais do final do século XIX e do início do século XX. A nova concepção passa, necessariamente, por uma reformulação do sentido da normatividade, que se arrogará, cada vez mais, num *dever ser* (e já não num «ter-de-ser»⁶³). Numa normatividade como esta, eticamente fundada, abrir-se-á um espaço em que um mínimo axiológico intrínseco à pessoa se considerará indisponível, condição essencial para que o sujeito de direito não mais se confunda com um mero objeto da ordem natural, ou com um mero destinatário, extrínseco e submisso, relativamente ao domínio da lei.

O primeiro passo para a triunfo jurídico e existencial que aqui vai expresso terá principiado, sem dúvida, com o reconhecimento da liberdade como valor jurídico: depois de *saltar* de mera utopia a insígnia política, *a liberdade* assumir-se-á como princípio ético, condição ôntica essencial do próprio direito,

⁶¹ *Idem*, p. 103.

⁶² Nas palavras de Bernard EDELMAN, cit., p. 111.

⁶³ A. CASTANHEIRA NEVES: “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito” in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, volume 3.º, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 31 e ss.

pressuposto basilar da acção autónoma – afinal, “que sentido tem o “dever”, a exigência normativa, sem o “poder”?”⁶⁴ Aqui, a liberdade é liberdade de agir mas, mais que isso, liberdade de *ser* – de *poder ser*. A pessoa, como ensina Castanheira Neves⁶⁵, ultrapassa largamente o âmbito da identidade e da subjetividade – ultrapassa a sua condição antropológica primordial para se projetar numa aspiração axiológica que deve determinar a coexistência. O que significa isto? Que o sujeito de direito (como hoje entendemos o Direito; como *projeto* «eticamente emancipado») consubstancia um valor em si mesmo, e esse valor é inatentável e irrenunciável. Este valor é absoluto e tem de ser reciprocamente assumido em comunidade⁶⁶. Uma vez mais, a História é função do reconhecimento do conceito: a pessoa só é reconhecida como *pessoa* num horizonte histórico-cultural em que o direito a admita enquanto tal, precisamente, porque as pessoas se reconhecem mutuamente como pessoas, nessa sua fundamental dignidade. O momento da pessoa não podia ser outro. Embora possamos assumir que o ser humano sempre deveria ter sido reconhecido como titular autónomo de uma inatentável e inalienável dignidade ética, é fácil compreender que não se verificavam, até ao século XIX, condições culturais que permitissem despertar para este reconhecimento da pessoa. Além disto, importa salientar que esta identificação não pode ter-se como definitiva⁶⁷.

b) *O direito*. Quando a responsabilidade jurídica assume como pressuposto essencial esta concepção de pessoa, as consequências normativas não podem deixar de ser amplas e profundas. O mútuo reconhecimento dos seres humanos como pessoas vem implicar a responsabilidade pelo outro, em termos

⁶⁴ *Idem*, p. 32.

⁶⁵ *Idem*, p. 34.

⁶⁶ *Idem*, p. 35.

⁶⁷ *Vide* A. CASTANHEIRA NEVES: “Pessoa, Direito e Responsabilidade” in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, volume 3.º, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 135 e ss. (pp. 129 – 158)

comunitários, de inter-responsabilidade, propriamente. A dignidade ética da pessoa não se confunde, ou não se dissolve, com aquela dignidade que imediatamente se identifica com os «direitos do homem», porque estes últimos não esgotam o conteúdo da dignidade⁶⁸: a dignidade ética da pessoa implica o reconhecimento do ser humano como um valor, e não apenas como um *digno destinatário* da norma que apõe valor jurídico à dignidade. Portanto, não é o direito, ou um conjunto de direitos, que fazem do ser humano uma pessoa; a pessoa é valor, e o direito submete-se ao valor que a pessoa é. Mesmo que este valor da pessoa não passasse de uma *utopia moderna*, ou pior, de uma *ficção substitutiva* da âncora metafísica do ser humano – órfão da transcendência, divina ou racional, de que depôs – a ideia axiológica proliferou e incrementou-se, tornando-se numa «segunda pele» que não se ousa despir. Desde o século XIX até aos nossos dias, não se arriscou submeter a dignidade humana a qualquer exame sério que pudesse funcionar como uma espécie de *falsificabilidade* filosófica, porque ela se tornou num *essencial* sem o qual todo o aparelho social, desde o uso mais simples de convivência comunitária até ao Direito, passando pelos resquícios indispensáveis do Estado-providência, simplesmente se desmorona.

A dignidade patente nos direitos do homem do século XVIII (ainda) não é esta de que se não quer abdicar⁶⁹. Os direitos do homem são direitos do indivíduo relativamente ao poder do Estado, à autoridade. Esta dignidade ética que se vai assumindo a partir do final do século XIX, pelo que se depreende da heterogeneidade de filosofias sociais, é uma protecção da pessoa em si, da pessoa relativamente ao outro e, muito importante, da pessoa relativamente à inércia do Estado. Trata-se,

⁶⁸ Bernard EDELMAN: *La personne en danger*, cit., p. 506.

⁶⁹ Vide José Manuel AROSO LINHARES: “Jus Cosmopoliticum e Civilização de Direito: as alternativas da tolerância procedimental e da hospitalidade ética” in *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)* 82 (2006), pp. 142 e 143. (pp. 135 – 180)

pois, de uma dignidade mais ampla, mais profunda e mais astuta, que parece arrogar um regresso à *comunidade*⁷⁰.

A afirmação dos ideais liberais e, depois, dos princípios republicanos vai fazer-se, muito particularmente, por via legislativa e jurídico-procedimental. Algumas das alterações consolidadas na Primeira República são conclusões maturadas dos ideais liberais, particularmente no âmbito constitucional. É também notório que muitas das alterações que enunciaremos, refletindo limpidamente a bandeira dos fundadores da Primeira República, terão sido preparadas «en avance», para entrarem em vigor logo nos últimos meses do ano de 1910. No que concerne às alterações levadas a cabo já na Primeira República, veremos que duas notas essenciais qualificam grande parte das medidas legislativas adotadas: uma que se prende com o anticlericalismo republicano fundamental, outra que evidencia o distintivo de *livre-pensador* que caracteriza o fundador da Primeira República, intelectual e *maçon*. Ao mesmo passo, poderemos observar como a protecção dos mais vulneráveis será patente em todas as áreas do direito, inundando todos os princípios e sendo mote principal de todas as reformas.

Como é natural, as mudanças são sempre especialmente visíveis nos domínios mais sensíveis. A especial sensibilidade de alguns domínios do direito oscila, evidentemente, com as alterações das expectativas das pessoas relativamente ao próprio direito, ou seja, tem que ver, sobretudo, com aquilo que mais especial e intensamente as pessoas desejam e reivindicam para si. Por isso as mudanças mais manifestas ocorrem, tradicionalmente, no campo do direito civil e no campo do direito penal: as reivindicações têm, quase sempre, um carácter pessoal e subjetivo; referem-se, as mais das vezes, à autonomia, à capacidade e à responsabilidade pessoais.

No âmbito do direito penal são de salientar, particularmente, várias reformas fundamentais que acompanham toda a

⁷⁰ *Idem*, p. 147.

última metade do século XIX e o início do século XX. O ponto primeiramente assinalável destas reformas não poderá deixar de ser a primeira abolição da pena de morte, no caso dos crimes políticos (1852). Em 1867 será abolida também para os crimes civis (excepto traição durante a guerra) e em 1911 teremos a abolição absoluta da pena de morte. Esta resolução republicana, porém, não durará muito, e logo em 1916 a pena de morte para traição em tempo de guerra será reposta, e vigorará sem interrupções até 1976⁷¹.

Outra grande alteração trazida pelo Código Penal de 1852 foi a derradeira supressão da escravatura em Portugal. A escravatura havia sido abolida logo em 1761, dentro do Reino e também na Índia, mas só no século XIX será definitivamente afastada de todo império. Em 1854 é decretada a libertação de escravos do Estado de todas as colónias portuguesas.

O Código Penal de 1852 tem ainda o mérito do estabelecimento do que chamaríamos hoje a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, afirmando, no seu artigo 14.º/1 que: “Nenhum ato é criminoso se o seu autor estava, no momento, inteiramente privado de inteligência do mal que cometia”. O artigo 22.º reforçaria este predicado com a afirmação de que “só podem ser considerados criminosos os indivíduos que têm a necessária inteligência e liberdade” que o artigo 23.º esclarecerá, declarando inimputáveis “os loucos de qualquer espécie, excepto nos intervalos lúcidos”.

A doença mental era um assunto da época, visto ser nova a disciplina médica que se lhe dedicava, e uma vez que se inauguravam, em meados do século XIX, os primeiros hospitais especializados em acolher e tratar os denominados «alienados». Dedicaremos algumas palavras mais a este assunto, numa segunda parte deste apontamento.

⁷¹ A última condenação à morte, catalogada, em Portugal, foi a de Luísa de Jesus, em 1 de Julho de 1772. A mulher confessou ter matado 33 bebés abandonados em *rodas dos expostos*, com o único intuito de se apoderar do enxoval do bebé e receber a quantia devida. Foi garroteada e queimada em execução pública.

A Primeira República não nos apresentará um novo Código Penal, mas não deixará de levar a cabo algumas reformas importantes, particularmente no que concerne à execução de penas. A grande inovação republicana, como bem se sabe, foi a implementação da execução da pena de prisão em regime de ocupação. O trabalho foi declarado obrigatório em 1915, em todos os estabelecimentos prisionais, o que definia que os presos pudessem, consoante a sua regeneração, passar de uma situação de reclusão com trabalho forçado, particularmente num emprego de utilidade pública, para uma situação de trabalho em liberdade vigiada, por exemplo, em campos agrícolas.

No âmbito do direito civil, as transformações mais profundas ter-se-ão dado, sem surpresas, no campo do direito da família. A grande novidade no ordenamento jurídico português será a admissibilidade da dissolução do casamento por divórcio, por Decreto de 3 de Novembro de 1910. Além disto, o registo civil do casamento passa a ser obrigatório para a validade jurídica do casamento, o que consubstancia uma alteração radical face ao prescrito no Código de Seabra (1867)⁷². A novidade quanto ao estado civil das pessoas, contudo, não se ficaria por aqui durante a Primeira República: mais tarde, em Maio de 1918, entrará em vigor a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, como uma espécie de alternativa ao divórcio, ainda mal aceite socialmente⁷³.

A especial vulnerabilidade dos filhos no seio do direito da família mereceu também toda a atenção por parte da Primeira República, alargando o espetro da possibilidade de perfilhação dos filhos ditos ilegítimos, nascidos fora do casamento, por Decreto de 25 de Dezembro de 1910⁷⁴. A esta especial protecção dos filhos seguiu-se ainda uma medida mais geral de pro-

⁷² Mário Júlio de ALMEIDA COSTA; Rui Manuel de FIGUEIREDO MARCOS: *A Primeira República no Direito Português*, Coimbra: Edições Almedina, 2010, p. 52.

⁷³ Vide Mário Júlio de ALMEIDA COSTA; Rui Manuel de FIGUEIREDO MARCOS: *A Primeira República no Direito Português*, cit., p. 54.

⁷⁴ Idem, p. 53.

tecção dos menores, plasmada no Decreto de 27 de Maio de 1911 – a Lei de Protecção da Infância. O preâmbulo do decreto é claríssimo quanto aos seus intentos, fazendo, inclusivamente, um diagnóstico sociológico exaustivo da situação de desamparo, existencial e moral, de muitos menores.

A criança abandonada ou desprotegida nunca despertou a atenção das leis que nos tem regido. E em poucos países, como em Portugal, a indústria da exploração infantil se exerce em tam larga escala e tam impunemente. Os *comprachicos*, entidade abominável a que Vítor Hugo consagrou um capítulo genial de fulminação e de revolta, abundam por aí, quasi como na Espanha do século XVII. É frequente chegar-nos aos ouvidos a história dolorida de um pequenino infeliz, comprado aos pais, deformado, aleijado, martirizado para ser fonte de receita nas mãos cruéis que o torturam e o exploram. Todas as noites, à saída dos teatros, e em especial nas noites de frio e chuva, encontramos às esquinas, abatidas no chão, mulheres esfarrapadas com cinco ou seis criancinhas em volta de si, que choram e pedem esmola — são, na maioria dos casos, crianças alugadas, cuja exibição rende, em cada noite, o sustento de duas famílias.

Lei de Protecção da Infância, 27/5/1911

As transformações republicanas fizeram-se sentir também no direito dos contratos, nomeadamente, no âmbito do arrendamento e da enfiteuse, onde foram tomadas medidas claras no sentido da protecção da parte contratual mais fraca, ou seja, do arrendatário e do enfiteuta. A nossa Lei do Inquilinato, porém, não esteve isenta de duras críticas⁷⁵.

O direito sucessório também sofreu alterações importantes, conformando-se a noção de legítima e o destino a dar-lhe, logo em Decreto de 31 de Outubro de 1910.

A emancipação do direito do trabalho face ao direito civil vai ser proposta por Marnoco e Sousa logo no início da Primeira República.

O Código de Seabra não tinha preocupações laborais, e o

⁷⁵ *Idem*, pp. 54 e 55.

direito do trabalho será umas das expressões mais vivas dos republicanos. Neste âmbito é também particularmente evidente a preocupação com os mais vulneráveis, havendo lugar a uma disciplina especial do serviço doméstico, do trabalho das mulheres e do trabalho das crianças. Aos operários foram votados novos direitos, afirmando-se o descanso semanal e a limitação da jornada de trabalho. Todas estas alterações vieram pensadas do século XIX.

As medidas enunciadas foram sendo expostas em diferentes diplomas avulsos, não chegando a concretizar, autenticamente, um Código do Trabalho da Primeira República⁷⁶.

II. BREVE EXCURSO: A SITUAÇÃO DE DOENÇA MENTAL COMO EXEMPLO CONCRETO DE ESPECIAL VULNERABILIDADE

1. SOCIEDADE, MISERICÓRDIA E MEDICINA

É comum afirmar-se que a Psiquiatria, tal como hoje a conhecemos, nasceu em Portugal em 1848, com a criação do Hospital de Rilhafoles⁷⁷. O ensino da Psiquiatria enquanto matéria autónoma, por sua vez, só terá sido implementando em 1911. No espaço intermédio, há que assinalar o diploma legal que estabelecerá o exame médico-legal obrigatório para a declaração de inimputabilidade penal por força de alienação mental⁷⁸, que virá suscitar debates extraordinariamente acesos entre juristas e psiquiatras, colocando seriamente em causa a autonomia, quer do Direito, quer da Medicina, nas decisões a tomar

⁷⁶ *Idem*, p. 58.

⁷⁷ H. BARAHONA FERNANDES: “O Nascimento da Psiquiatria em Portugal” in *História e Desenvolvimento da Ciência em Portugal*, I volume, Lisboa: Publicações do II Centenário da Academia das Ciências de Lisboa, 1986, pp. 577 – 593.

⁷⁸ *Vide* Maria João ANTUNES: “O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputáveis em razão de anomalia psíquica” in *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n.º 3 (2003), pp. 347 – 363.

concretamente.

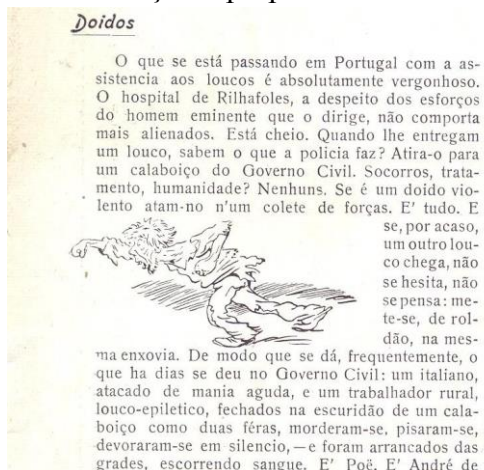
Duas figuras se destacaram de modo excepcional, concomitantemente nos domínios da primeira Psiquiatria e da vida política dos últimos anos do século XIX – falamos, evidentemente, de Miguel Bombarda e de António Maria de Sena, respetivamente diretores dos primeiros hospitais especializados no tratamento da alienação mental: Rilhafoles, iniciado em 1848 e Conde de Ferreira, em 1883. Trata-se de dois alienistas que reformaram absolutamente a ideia, as condições de vida e o tratamento dos portadores de doença mental em Portugal.

Rilhafoles foi adaptado o Conde de Ferreira construído de raiz. Antes deles, os loucos não eram, em regra acolhidos, podendo, eventualmente frequentar ou permanecer nalgumas enfermarias especializadas, como no Hospital de Todos-os-Santos em Lisboa, que possuía espaços indicados para o tratamento de “loucos” e de doentes com sífilis desde o século XVI, por Provisão régia de 8 de Fevereiro de 1539, ou no Hospital de S. José, indicado para a recepção de alienados desde 1818.

Rilhafoles foi uma vitória civilizacional notável, mas a sua glória não durou. Com a sua construção, o Estado considerou-se desonerado da preocupação social com os alienados e, em poucos anos, a degradação do Hospital de Rilhafoles era, a todos os níveis, o exemplo mais deplorável. Francisco Mendes Pulido foi o primeiro diretor de Rilhafoles, um homem empenhadíssimo na sua reconstrução especializada, como o enorme mérito jurídico de se ter oposto, abertamente, às admissões ou retenções arbitrárias de louco, propugnando a liberdade das pessoas⁷⁹, e encetando assim a preocupação com o internamento compulsivo. Terminada a direção de Pulido, o hospital encetar-se-á um declínio vertiginoso, com falta de assistência médica, de capacidade logística e de condições de higiene.

⁷⁹ Vide António Maria de SENA: *Os alienados em Portugal. I – História e Estatística; II – Hospital do Conde de Ferreira*, Lisboa: Ulmeiro, 2003, p. 114.

Quando António Maria de Sena visita Rilhafoles, com o objetivo de preparar o melhor possível o Hospital do Conde de Ferreira, toma contacto com uma realidade ultrajante, que descreve na sua obra: “A mobília do quarto forte reduz-se a uma pouca palha, ora reunida em monte, onde o doente se envolve, ora espalhada pelo pavimento (...). O desgraçado que aí tem de viver entra completamente nu. (...) Envolvido na palha, a breve trecho imunda pela mistura com as dejeções, assim passa a vida o desgraçado louco, que no dizer dos sábios pensadores, perscrutadores da origem das coisas, é um ente feito à imagem e semelhança do próprio Deus!”



A condição em que os alienados viviam e viveram no século XIX e depois, bem como a total despreocupação do direito, do Estado e da Medicina em conseguir condições condignas para os alienados tem uma base filosófica fácil de descortinar.

Não obstante o tratamento especializado de doentes mentais representar um grande avanço na concepção de “louco” – pois significa a admissão final de que o louco é um doente – existem muitas doutrinas a uma rápida evolução na consideração da sua dignidade. Os primeiros alienistas eram fisiologistas; a doença mental era, indubitavelmente, uma doença orgânica, do sistema nervoso. Com base nesta premissa maior, Morel ensaiará a grande teoria da degenerescência, de nítida influência darwinista, mas como uma espécie de excepção à evolução. Segundo esta teoria, a saúde mental dos seres humanos variaria dentro

de um hierarquia normal-patológico-anormal. O louco é um animal humano que, em vez de evoluir, involuiu. Pode involuir até ao ponto de parecer, por exemplo, um indivíduo da Idade Média, julgando-se um D. Quixote, um clérigo ou uma feiticeira, mas pode involuir muito mais, até ao pré-humano, até à besta. Para a Psiquiatria da época, o louco podia ser um doente, mas também podia ser uma anormal, pelo anormal nada haveria a fazer, por se encontrar num estágio evolucionar pré-humano. É aliás esta besta humana que inspirará a construção de Júlio de Matos oferece à Psiquiatria forense, referindo o criminoso-nato como um selvagem pré-histórico.

É possível estabelecer diferentes períodos da primeira evolução dos cuidados com doentes mentais⁸⁰. De 1848, com a criação do Hospital de Rilhafoles, até 1945, desenrola-se o período de hospitalização psiquiátrica. 1945 é o ano da promulgação da Lei 2006 sobre a assistência psiquiátrica na qual se prevê a criação dos primeiros serviços abertos à comunidade para seguimento de doentes em regime ambulatorio e domiciliário. Só na segunda metade do século XX teremos uma Lei de Bases da Saúde mental (Lei n.º 2118 de 1963) e só em 1971 os cuidados psiquiátricos serão integrados na rede de saúde pública. A evolução, que parece lenta, não deixa de ser impressionante, uma vez que tudo se desenrola num só século, da segunda metade do século XIX à segunda metade do século XX.

De todo o modo, a teoria da degenerescência de Morel imperava absolutamente, negando o livre-arbítrio do ser humano, na esteira do determinismo darwinista. Segundo Morel, o ser humano seria tendencialmente perfeito, criado à imagem e semelhança de Deus, mas poderia involuir por forças dos vícios morais determinados pelo «pecado original». O factor determinante da perturbação mental é a hereditariedade, e há uma hie-

⁸⁰ Seguiremos de perto SAMPAIO-FARIA: “Principais estádios de Evolução do Sistema de Cuidados de Saúde Mental em Portugal in F. A. Gonçalves Ferreira: *História da Saúde e dos Serviços de Saúde em Portugal*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990, pp. 415 e ss.

rarquia moral, que retrocede do normal à patologia, e da patologia à anormalidade. Tal significa que a Lina pode ser ténue entre a normalidade e a doença, mas entre a doença e a anormalidade não há dúvidas, porque o doente pode curar-se e o anormal, não. A Psiquiatria do século XIX até ao início do século XX é refém do darwinismo, acreditando que um ser humano pode degenerar até ao estado de besta, o que justificará simultaneamente, que não se lhe reconheça um mínimo de autonomia que fundamente a sua responsabilização jurídica, e que possa ser mantido nu, sem mantimentos, numa cela fechada, fria e imunda, em cima de palha e coberto pelos próprios dejetos, como em Rilhafoles.

O passado mais remoto do inimputável pressupunha uma associação natural entre a anomalia psíquica e o crime, que afirmava pacificamente que o anormal psíquico é por natureza perigoso e é por natureza inimputável. Tudo isto vai alterar-se drasticamente com o desenvolvimento da medicina e da psicologia e, particularmente, da farmacologia, a partir de meados do século XX⁸¹. No século XXI, finalmente, a visão da criminologia é diametralmente oposta, uma vez que a maioria dos estudos propugna a existência de uma taxa igual, ou mesmo mais baixa, de criminalidade violenta por parte dos portadores de anomalia psíquica do que entre os indivíduos saudáveis, havendo mesmo estudos psiquiátricos que defendem que, na propensão para o crime e o distúrbio social, a doença mental não é um fator mais relevante do que do que o sexo, a idade ou o abuso de estupefacientes.

2. O DOENTE MENTAL PARA O DIREITO

O que une e divide a Psiquiatria e o Direito é a pretensão de definir o «quantum» de perturbação mental que se afigura

⁸¹ Vide Maria João ANTUNES, “O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputáveis em razão de anomalia psíquica”, cit., pp. 359 e 360.

relevante para determinar a capacidade de agir e, em consequência, a responsabilidade jurídica pessoal.

A saúde mental, tal como a moralidade e a inteção das ideias de «regra» e de «norma» e a noção de domesticação do homem⁸² são fulcrais na compreensão da situação da pessoa na sociedade, e na comunidade em que se insere em particular.

A voluntariedade dos actos e as condições do discernimento da pessoa são as pedras-de-toque por excelência do estudo da incapacidade e da inimputabilidade jurídica que se lhe associa.

À medida que a Psiquiatria se vai emancipando relativamente aos ditames da fisiologia e da biologia, compreendendo que a mente não se confunde com o cérebro e restantes elementos do sistema nervoso, vai levantando sucessivamente mais problemas ao Direito na definição dos pressupostos da inimputabilidade, promovendo também a autonomia do Direito e incentivando os juristas a manter rígidas as limitações à capacidade jurídica e à liberdade pessoal por força de considerações médicas voláteis. A relação entre a Psiquiatria e o Direito não foi fácil neste seu início e manter-se-á complexa.

É evidente para os juristas, em nome do reconhecimento da elementar autonomia jurídica pessoal da pessoa, que o conceito jurídico de doença mental deve ser muito mais restrito do que o correlativo conceito clínico⁸³. Esta diferença de extensão dos conceitos foi, desde os primórdios da psiquiatria forense, um princípio fundamental, uma vez que, no âmbito jurídico, as características mentais de uma pessoa só podem interessar na estrita medida em que hajam determinado um comportamento lesivo, juridicamente relevante.

A evolução da avaliação mental como doença e da inim-

⁸² Pedro POLÓNIO: *Psiquiatria Forense*, Lisboa, 1975, (imp.: Coimbra Editora), p. 33.

⁸³ Vide José PINTO DA COSTA: “O Direito e a Dimensão Mental de Pessoa Humana no Tempo e no Espaço” in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, III (2006), p. 485. pp. 485 – 503.

putabilidade jurídica foi tardia em Portugal, se a compararmos com outros países da Europa. A Espanha, por exemplo, possuía hospitais para delinquentes portadores de doença mental desde 15 de Maio de 1410, por ordem do rei de Valência, Martinho, o Humano; e a Alemanha possuía, desde o século XVI, no Código de Bamberg, disposições para a redação dos exames em caso de «insânia dos culpados» e de delitos cometidos sob o presumível efeito de tóxicos ou em estado puerperal⁸⁴.

No início do século XX, Inglaterra, França, Itália e Alemanha, e muitos outros países da Europa e da América tinham hospitais regulares para o tratamento e asilo de doentes mentais, quando em Portugal estes eram, na melhor das hipóteses, recebidos em hospitais generalistas sem as menores condições de tratamento, quando a maioria vagueava sozinho e ao acaso pelas ruas e estradas ou eram detidos nas prisões⁸⁵.

Concorda-se que seja francês o pai da Medicina legal, Ambroise Paré, que publicou em 1575 uma obra em que trata, entre outras, questões psiquiátricas de relevo jurídico, relacionadas com a idade, com a doença mental, com os traumatismos cranianos, com a histeria e mesmo com o senso comum⁸⁶.

O estado da questão no âmbito europeu do século XIX é influenciado, essencialmente, por dois nomes: Pinel, responsável por drásticas alterações nas condições de vida dos alienados no hospital de Bicêtre, e Esquirol, ao qual se deve uma forte determinação da legislação francesa de 1838, sugerindo que termos vários como “imbecilidade” ou “furore” fossem substituídos pela designação única de «alienação mental»⁸⁷. Mas no meio médico-legal francês muitas outras figuras se destacam, protagonistas de episódios que terão repercussão doutrinária ao nível europeu. Lembre-se, por exemplo, François Lauret, que reagiu por escrito a um acórdão da Cassação francesa de 1830,

⁸⁴ *Idem*, p. 488.

⁸⁵ António Maria de SENA, cit., p. 94.

⁸⁶ *Idem*, p. 489.

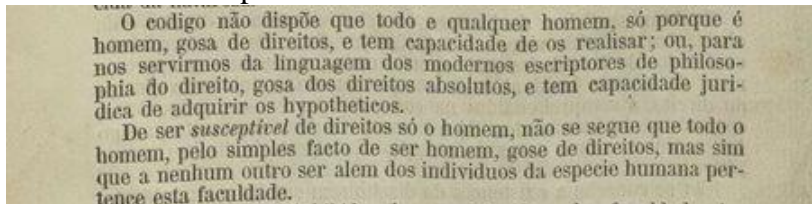
⁸⁷ *Idem*, pp. 492 e 493.

que considerava que os exames médicos de determinação da sanidade mental não deveriam, em regra, ser levados demasia- do em conta pelos magistrados. Lauret teve o apoio de Esqui- rol, e juntos encetaram uma campanha sem precedentes em defesa do exame psiquiátrico, alegando que os juristas queriam destruir a Medicina legal⁸⁸.

Um fator importante no sentido da assunção, por parte do direito, da necessidade de proteger especialmente os doentes mentais advém da evolução médica e filosófica do próprio conceito de doença, sobretudo a partir do final do século XIX.

Paulatinamente, assistir-se-á a reações profundas ao darwinismo, e a doença vai sendo caracterizada, não como um problema meramente físico ou biológico, mas como uma verdadeira crise antropológica, que afeta todas as dimensões da pessoa – física, psicológica, espiritual e social. A doença não é o defeito no funcionamento de um órgão, como se o corpo hu- mano fosse uma máquina com peças autónomas, mas um esta- do que implica a recomposição a vários níveis da existência. Só esta consciência de enfermidade como autentica «infirmatas» antropológica pode permitir o pleno afloramento da ideia de pessoa referida ao doente mental.

A preocupação do Direito com a saúde mental foi-se am- plificando com o desenvolvimento dos estudos da sociologia, da psicologia e da psiquiatria a respeito – o que equivale a di- zer que ela era simplesmente inexistente antes do desenvolvi- mento destas disciplinas «modernas».



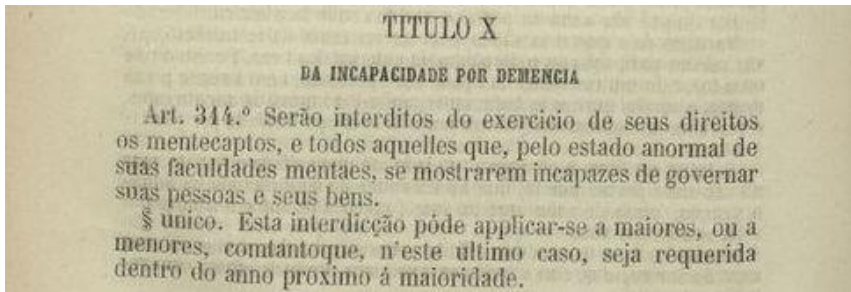
O código não dispõe que todo e qualquer homem, só porque é homem, goza de direitos, e tem capacidade de os realizar; ou, para nos servirmos da linguagem dos modernos escriptores de philoso- phia do direito, goza dos direitos absolutos, e tem capacidade juri- dica de adquirir os hypotheticos.

De ser susceptível de direitos só o homem, não se segue que todo o homem, pelo simples facto de ser homem, goze de direitos, mas sim que a nenhum outro ser alem dos individuos da especie humana per- tence esta faculdade.

Anot. José Dias Ferreira ao artigo 1.º do CCiv. de 1867

⁸⁸ Sobre esta polémica, *vide* ainda José PINTO DA COSTA, cit., p. 493.

Nas Ordenações Afonsinas, a única referência jurídica ao problema pode encontrar-se no título concernente às proibições de testemunhar, onde pode ler-se que “o *desassisado* não pode ser testemunha...”⁸⁹. Esta possibilidade manteve-se nas Ordenações Manuelinas e nas Ordenações Filipinas⁹⁰, sendo sempre a única referência aos «desassisados». Só nos códigos do século XIX será patente a consideração do louco enquanto «doente», de uma vulnerabilidade juridicamente relevante. Assim, é no Código Civil de Seabra (1867) que vem estabelecer-se definitivamente o regime da interdição por demência, ficando clara, finalmente, a preocupação com a incapacidade para reger a pessoa e o património próprio que pode derivar da doença mental.

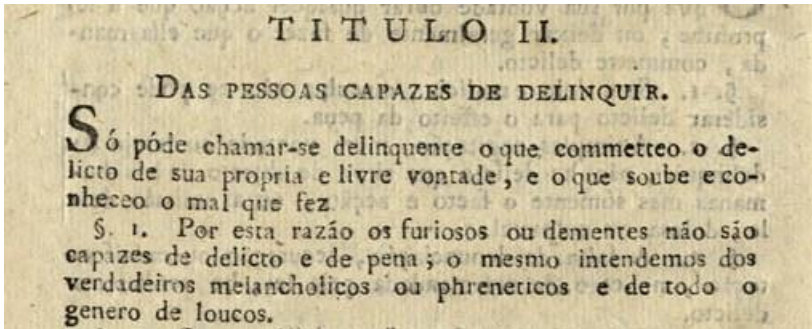


Art. 314.º do Código de Seabra

É ainda no século XIX, com a entrada em vigor do primeiro Código Penal, em 1852, que sobrevém a questão da inimputabilidade criminal dos doentes mentais. É de notar, contudo, que o Código Criminal intentado por D. Maria I (1798, por Pascoal de Melo Freire) já patenteava a mesma preocupação, manifestando, aliás, o cuidado de discernir diferentes espécies de loucura, e distinguir os «infantes» dos «loucos», dos «furiosos», dos «lunáticos» e daqueles que se encontravam em demência por «bebedice».

⁸⁹ Ordenações Afonsinas, Livro III, Título LXI, 14.

⁹⁰ Ordenações Manuelinas, Livro III, Título XXXXII, 15; Ordenações Filipinas, Livro III, Título LVI, 5.



Título II do Código Criminal D. Maria I

Três são os artigos essenciais que o legislador de 1852 veio reservar a esta temática: o artigo 14.º/1 do código, segundo o qual “nenhum ato é criminoso quando o seu autor, no momento de o cometer, estava inteiramente privado de inteligência do mal que cometia”; o artigo 22.º, que dispunha que “somente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessária inteligência e liberdade”; e o artigo 23.º, que corrobora inteiramente os anteriores, afirmando que “não podem ser criminosos os loucos de qualquer espécie, excepto nos intervalos lúcidos”.

Com as necessárias adaptações, como bem sabemos, o estabelecimento da inimputabilidade criminal dos doentes mentais manteve-se até aos dias de hoje.

A propósito da assunção jurídica da vulnerabilidade dos doentes mentais, é também muito interessante explorar a relação, intrínseca e multilateral, patente entre a Psiquiatria e o ideal republicano. De facto, não apenas encontramos vários psiquiatras entre os vultos da Primeira República (Miguel Bombarda, Júlio de Matos, Sobral Cid, ou mesmo, proxima-mente, Egas Moniz), como a própria psiquiatria foi tomada como «método» para a profunda transformação humana e social a que os republicanos aspiravam⁹¹. O ensino da Psiquiatria, enquanto tal, só se inicia em 1911 nas Universidades de Lisboa

⁹¹ Vide *História de Portugal – a Segunda Fundação...*, cit., pp. 414 e ss.

e do Porto, mas o «movimento psiquiátrico» estava sedimentado já no final do século XIX. O modo como se encara a Psiquiatria e o estabelecimento de cânones de definição da doença mental é, no mínimo, paradoxal: se, por um lado, é evidente um enorme esforço na melhoria das condições de vida dos alienados – que, progressivamente, se aceitam como verdadeiros doentes, inconfundíveis com vagabundos ou mendicantes – em instituições de caridade e de saúde, por outro lado, o doente mental é um indivíduo de uma espécie degenerada que urge erradicar, e com ele são confundidos todos aqueles cujas convicções não se adequam ao regime⁹².

O espírito mecanicista que animava a pretensão determinista da sociologia era o mesmo que empolgava a psiquiatria, no desejo de «educar» uma nova humanidade para uma nova sociedade, desperta e esclarecida.

A Primeira República tem vultos incontornáveis na promoção da saúde mental, que não podem deixar de referir-se: Magalhães Lemos, assistente de Charcot e Magnan em França, conhecido pelo seu voluntarismo e generosidade no tratamento de doentes; Barahona Fernandes, fundador da primeira licenciatura em Psicologia; ou Elísio de Moura, responsável pela manutenção do ensino da Medicina em Coimbra e primeiro bastonário da Ordem dos Médicos. Mas, se o esforço de muitos médicos na construção da dignidade dos doentes mentais e do seu reconhecimento jurídico foi elevado ao extremo, a perniciosidade de alguns psiquiatras do início do século XX português não o foi menos. Para o ilustrar basta lembrar a polémica que se desenrolou entre 1918 e 1929 em volta da esposa de Alfredo da Cunha, então diretor do “Diário de Notícias”. Quando Maria Adelaide da Cunha, pelos seus 48 anos, sai de casa para fazer vida com outro homem, Alfredo da Cunha, ao invés de aceitar um divórcio que, legalmente, lhe custaria metade da fortuna,

⁹² Neste sentido, Rui RAMOS in *História de Portugal – a Segunda Fundação...*, cit., p. 415.

enceta uma perseguição demoníaca contra a esposa, que culminará na sua interdição e internamento num hospício. A fundamentação da interdição civil e do internamento compulsivo de D. Maria Adelaide foi levada a cabo pelos melhores especialistas da época. Pronunciaram-se sobre o seu estado clínico Júlio de Matos e Sobral Cid, afirmando ser impróprio da sua vida deixar-se dominar pelo sentimento de amor; pronunciou-se também Egas Moniz, dizendo que a doença se manifestava no afastamento da sociedade e no facto de ter abandonado as suas *toilettes*; e ainda o próprio Magalhães Lemos, que afirmava estar evidente a debilidade mental da senhora no facto de vestir «de forma muito modesta». Se parecem ridículos os argumentos de profissionais especializados com a melhor formação internacional na área, ridícula não terá sido a contrapartida destes depoimentos acerca de uma mulher que, comprovadamente, estes especialistas nunca sequer terão visto⁹³.

Muito mais poderia dizer-se acerca dos sinuosos caminhos para a proteção da especial vulnerabilidade dos doentes mentais, e do papel do direito nessa evolução. O essencial, não obstante, fica evidente: os trilhos foram traçados com avanços e recuos, e as debilidades patentes nos sistemas de resposta que acompanham o final do século XIX e o início do século XX terão ainda grandes repercussões nas opções políticas dos tempos da II Guerra Mundial, e deixarão um rasto bem perceptível até aos dias de hoje.

É próprio de toda a comunidade do reino animal que a proteção dos mais vulneráveis e débeis tenha coexistido sempre, adversamente, com a sua segregação (sob várias formas). No caso dos seres humanos, desde a primeira horda, a preocupação com a vulnerabilidade evidencia, não um mero instinto básico de preservação do máximo de exemplares da espécie em

⁹³ José CUNHA-OLIVEIRA; Aliete Pedroso CUNHA-OLIVEIRA: “A relação alienista-alienado nos inícios do século XX” in Miguel Bombarda [1851-1910] e as singularidades de uma época, colab. CEIS20, FCT, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2006, pp. 96 e ss. pp. 89 – 100.

favor da sua manutenção, mas um princípio de solidariedade existencial, coesão e compaixão, corolário de um sentido empático extraordinariamente desenvolvido por força da sofisticação da linguagem.

O princípio «*venia debilium*»⁹⁴ – *princípio da protecção dos débeis*, documentado já na Antiguidade bíblica e muito desenvolvido com o direito romano, é espelho disso mesmo.

Tal não significa, contudo, que semelhante solidariedade existencial tenha alguma vez sido capaz de eliminar a discriminação. Por força do seu raciocínio analógico, e dos vícios per-



manentes desse raciocínio, o juízo é co-natural ao homem, e o juízo discrimina sempre. A triagem espartana, a seleção da Inquisição ou a dita «*eutanásia*» nazi de doentes mentais⁹⁵, são apenas três exemplos de como a discriminação, sempre natural e culturalmente enraizada, passou os mais apertados crivos da consciência comunitária, em todas as épocas.

Naturalmente, o Direito vem refletir as expectativas de protecção desta particular vulnerabilidade na estrita medida em que ela é uma preocupação, a cada momento, determinando, hodiernamente, limitações à capacidade de exercício e à responsabilidade dos doentes mentais, em seu próprio benefício. O «*benefício próprio*» e a «*protecção*», porém, foram em todas as épocas o engodo que

⁹⁴ António MENEZES CORDEIRO: *Tratado de Direito Civil*, IV, Parte Geral – Pessoas, Coimbra, Edições Almedina, 2011, pp. 486 e 487.

⁹⁵ A este propósito, indispensavelmente, Alice Ricciardi von PLATEN: *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Firenze: Casa Editrice Le Lettere, 1996.

permitiu a barbaridade contra os doentes mentais⁹⁶.

Um dos modos de o Direito proteger o incapaz por doença mental face à indiferença e aos tradicionais abusos por parte da *sociedade dos normais* é afirmar normativamente que não permite que ele seja responsabilizado perante as outras pessoas pelos actos ilícitos danosos que haja cometido, por falta de discernimento para compreender a sua conduta.

Devemos lembrar ainda que, muitas vezes, sem que haja qualquer antecedente de doença mental nem qualquer indício nesse sentido, o acto ilícito é, na verdade, o primeiro sintoma de uma perturbação ou distúrbio⁹⁷.

Todas estas considerações são difíceis de digerir e concatenar. Há, na verdade, vários «ângulos mortos» no vislumbre desta questão, a que oneram cada época histórica, sem resposta jurídica acabada. O mais evidente sempre ficará expresso na dúvida de saber se a razão pela qual se não punem os doentes mentais exprime um desejo de protecção face a sua especial vulnerabilidade, ou antes a assunção da sua anormalidade, do facto de não ser digno de responsabilização jurídica por não ser «uma pessoa como as outras».

III. CONCLUSÕES:

Portugal foi talvez um dos países da Europa em que mais facilmente se puderam traduzir em fórmulas legais e costumes constituídos as ideias libertadoras da consciência humana, pregadas pelo movimento revolucionário (...).

[Porém] se indagarmos a situação do pobre, do louco, do preso, do operário, da prostituta, do enfermo, etc. (...) mostra uma diferença de fase em relação aos países com que pode historicamente comparar-se...

⁹⁶ Vide Alice Ricciardi von PLATEN: *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, cit., pp. 20 e ss.

⁹⁷ Pedro POLÓNIO, *Psiquiatria Forense*, cit., p. 176.

Procurámos com o presente trabalho explorar o desenvolvimento exponencial na assunção jurídica da vulnerabilidade num período histórico determinado, por sinal, aquele que na matéria merece mais amplas referências.

A última metade do século XIX e o início do século XX protagonizaram grandes alterações no modo como a sociedade, em geral, foi assumindo a vulnerabilidade, muito por força da industrialização e da urbanização, fenómenos que operaram grandes quebras na cultura comunitarista de inter-ajuda mútua.

Pelo que fica exposto, a assunção da vulnerabilidade parece poder dizer-se uma reação a um individualismo reinante e perigoso. A crise generalizada que se fazia sentir no momento visado vem acentuar a consciência de partilha da comunidade.

O modo, a amplitude e o progresso da proteção dos mais vulneráveis está intimamente ligada às convicções de cada época, sendo as próprias noções de «pessoa» e «sujeito de direito» as noções jurídicas

mais dramaticamente expostas à erosão dos tempos, das opções políticas e das pressões e exigências sociais mais pragmáticas. Pudemos perceber que, de facto, o final do século XIX e o início do século XX exprimem bem a as-



censão da consciência social, expressa no impulso filantrópico e social, e no fulgor sociológico que os domina.

Se é indesmentível que a vulnerabilidade humana é uma condição ontológica universal e inultrapassável, é também verdadeiro que ela é uma característica essencial diferenciadora que vai justificando, em cada época de modo diferente, o reconhecimento de um grau distinto de capacidade a certos indivíduos ou grupos, fundamentando uma discriminação na gradua-

ção da *capacidade* social, civil e jurídica.

A preocupação social com os mais vulneráveis e desamparados não começa, evidentemente, no século XIX, e pudemos perceber variadas e relevantíssimas medidas sociais muito anteriores. Não obstante, o fulgor desta época na construção de um certo modelo de comunidade parece incomparável: a ação cada vez mais ampla das Misericórdias, o desenvolvimento dos hospitais existentes e a sua especialização, a criação de novos hospitais e instituições de saúde, a criação de casas de educação, orfanatos e abrigo de abandonados, a abolição da pena de morte, o estabelecimento definitivo da inimizabilidade penal dos «alienados», o incremento do auxílio mutualista ou a criação de seguros sociais obrigatórios são exemplos de como a comunidade, o Estado e o direito se envolveram progressivamente na construção de uma sociedade menos desigualitária e, sobretudo, numa vivência menos penosa para os mais desamparados.

Uma construção que, é certo, não deixa de apresentar os seus paradoxos e os seus retrocessos, particularmente por força de experiências políticas particulares e alguns fanatismos subjetivos demasiados narcisistas para o verdadeiro altruísmo. É importante nunca perder de vista que se tratou de uma época de permanentes convulsões, algumas extremas, em que todo o aparelho económico, político e social sofria para se manter de pé e assente.

Focando-nos na especial vulnerabilidade dos doentes mentais, podemos concretizar mais adequadamente estas conclusões.

Trata-se, talvez, do âmbito em que o progresso é mais visível e as disparidades ideológicas são mais evidentes. A criação de hospitais especializados para o tratamento de doentes mentais representa a assunção derradeira de que o problema que assiste a estas pessoas é a doença e não outro, operando uma diferenciação basilar que há muito se fazia esperar. O es-

forço na manutenção destes hospitais foi vigoroso, ainda que o resultado prático seja catastrófico, como fica evidente nas carências, a todos os níveis, destes hospitais, onde poderia dizer-se que o único governador é o caos ou a desumanidade. Além do mais, a boa vontade de alguns no reconhecimento e resposta à especial vulnerabilidade dos doentes mentais está muito longe de significar que as doutrinas e métodos médico-psiquiátricos fossem os mais adequados, sendo óbvio como a própria dogmática psiquiátrica promovia a discriminação e era politicamente manipulada para atingir determinados fins, que nada tinham que ver com a saúde pública.

As deficiências das doutrinas e métodos sociológicos e, em particular, psiquiátricos, da Primeira República não puderam ser supridas no imediato. A experiência da II Guerra Mundial foi delas testemunho vivo. A situação atual, de ofensa profunda e de consequências irreversíveis ao Estado social de direito é a evidência de que o caminho para a efetiva proteção dos mais vulneráveis se tornou, novamente, mais longo e tortuoso. Pela dificuldade natural que temos de ajuizar sobre o momento presente torna-se ainda mais importante, em situações de especial crise e dificuldades, olhar para o passado, perceber os seus abismos e a bondade das suas respostas. Estas medidas de que falámos, de um passado tão recente, são tão desonrosas ao humano que se torna tentador ignorá-las no presente. Mas é por sua causa que se impõe averiguar, a todo o momento, se as medidas que hodiernamente promovemos não serão, porventura, expedientes de que, em breve, nos envergonharemos, e lamentaremos profundamente.



BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de; FIGUEIREDO MARCOS, Rui Manuel de: *A Primeira República no Direito Português*, Coimbra: Edições Almedina, 2010.
- ANTUNES, Maria João: “O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputáveis em razão de anomalia psíquica” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n.º 3 (2003), pp. 347 – 363.
- AROSO LINHARES, José Manuel: “Jus Cosmopoliticum e Civilização de Direito: as alternativas da tolerância procedimental e da hospitalidade ética” in *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)* 82 (2006), pp. 135 – 180.
- AYALA, F. Javier de: “Filosofia da história e Filosofia do direito no século XIX” in *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)* XXIII, 1947, pp. 106 – 274.
- BARAHONA FERNANDES, H.: “O Nascimento da Psiquiatria em Portugal” in *História e Desenvolvimento da Ciência em Portugal*, I volume, Lisboa: Publicações do II Centenário da Academia das Ciências de Lisboa, 1986, pp. 577 – 593.
- BARBOZA, Heloisa Helena: “Vulnerabilidade e Cuidado: aspectos jurídicos” in *Cuidado e Vulnerabilidade* (coord. Tânia Pereira; Guilherme de Oliveira), São Paulo: Editora Atlas, 2009, pp. 106 – 118.
- CARDOSO, José Luís; ROCHA, Maria Manuela: “O Seguro Social obrigatório em Portugal (1919-1928): ação e limites de um Estado previdente” in *Análise Social*, nº 192, Lisboa, 2009, pp. 439 – 470.
- CASTANHEIRA NEVES, A.: “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito” in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, volume 3.º, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 9 – 41.

- CASTANHEIRA NEVES, A.: “O Direito como Alternativa Humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito” in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- CASTANHEIRA NEVES, A.: “Pessoa, Direito e Responsabilidade” in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, volume 3.º, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 129 – 158.
- CUNHA-OLIVEIRA, José & Aliete Pedroso: “A relação alienista-alienado nos inícios do século XX” in Miguel Bombarda [1851-1910] e as singularidades de uma época, colab. CEIS20, FCT, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2006, pp. 89 – 100.
- EDELMAN, Bernanard: *La personne en danger*, Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- GONÇALVES FERREIRA, F. A.: *História da Saúde e dos Serviços de Saúde em Portugal*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.
- GRAÇA, Luís: “Hospital Real de Todos os Santos: da ostentação da caridade ao génio organizativo” in *Dirigir – Revista para Chefias*, n.º 32 (1994), pp. 26 – 31.
- HOMEM, Amadeu Carvalho: *A Ideia Republicana em Portugal. O contributo de Teófilo Braga*, Coimbra: Livraria Minerva, 1989
- <http://libro.uca.edu/payne1/payne12.htm>
- <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/4313/1/hospitais.pdf>
- JOUVENT, Roland: “La vulnérabilité”, Paris: Presses Universitaires de France, 2001
- KEMPSKI, Jürgen von: “Filosofia da política, filosofia do estado e filosofia social” in *A Filosofia no Século XX*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, pp. 495 – 522.

- LOPES, Maria Antónia: *Protecção Social em Portugal na Idade Moderna*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- LOPES, Maria Antónia: *Protecção Social em Portugal na Idade Moderna*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- Marçano, Isabel: Estado e cidadão: papel social do desempregado em Portugal in *Sociologia Online – Revista da Associação Portuguesa de Sociologia*, nº 2, Abril 2011, pp. 551 a 565.
- MENEZES CORDEIRO, António: *Tratado de Direito Civil*, IV, Parte Geral – Pessoas, Coimbra, Edições Almedina, 2011.
- PAYNE, Stanley G.: “A History of Spain and Portugal”, vol. 1 in *The Library of Iberian Resources Online*, chapter 12 – *Sixteenth-Century Portugal*, disponível em
- PEREIRA, Ana Leonor: *Darwin em Portugal [1865 – 1914]. Filosofia, História, Engenharia Social*, Coimbra: Edições Almedina, 2001.
- PINTO DA COSTA, José: “O Direito e a Dimensão Mental de Pessoa Humana no Tempo e no Espaço” in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, III (2006), pp. 485 – 503.
- PLATEN, Alice Ricciardi von: *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Firenze: Casa Editrice Le Lettere, 1996.
- POLÓNIO, Pedro: *Psiquiatria Forense*, Lisboa, 1975, (imp.: Coimbra Editora).
- RAMOS, Rui: *História de Portugal – A Segunda Fundação (1890-1926)*, sexto volume, dir. José Mattoso, Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- RENDTORFF Jacob Dahl: *Basic Principles in Bioethics and Biolaw*, disponível em <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Bioe/BioeRend.htm>
- SÁ, Isabel dos Guimarães: *Os Hospitais portugueses entre a assistência medieval e a intensificação dos cuidados mé-*

- dicos no período moderno*, excerto disponível em:
- SÁ, Isabel dos Guimarães; LOPES, Maria Antónia: *História Breve das Misericórdias Portuguesas*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2008.
- SAMPAIO-FARIA: “Principais estádios de Evolução do Sistema de Cuidados de Saúde Mental em Portugal in F. A. Gonçalves Ferreira: *História da Saúde e dos Serviços de Saúde em Portugal*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990, pp. 415 e ss.
- SENA, António Maria de: *Os alienados em Portugal. I – História e Estatística; II – Hospital do Conde de Ferreira*, Lisboa: Ulmeiro, 2003.
- SERRÃO, Daniel: “Vulnerabilidade: uma proposta ética” disponível em <http://www.danielserrao.com/gca/index.php?id=124>
- SLOTTERDIJK, Peter: *Regras para o Parque Humano*, trad. Manuel de Resende, Coimbra: Angelus Novus, 2007.
- TORRALBA I ROSELLÓ, Francesco: *Filosofia de la Medicina – en torno a la obra de E. D. Pellegrino*, Madrid: Editorial MAPFRE, 2001, p. 56.
- VANDELLI, Domingos: *Aritmética política, economia e finanças: 1770-1804*, Lisboa: Banco de Portugal, 1994.

Ilustrações:

- p. 2850: *Geração de 70*
- p. 2854: D. João II (A. desconhecido)
- p. 2860: Hospital Real de Todos-os-Santos, séc. XV
- p. 2867: Panfleto da *Liga dos Combatentes*, 1926
- p. 2879: Recorte de *Ilustração Portuguesa*, nº 480, 3 Maio 1915
- p. 2889: Cartaz de propaganda nazi, 1940
- p. 2891: P. Richer: *Contortions*