CLÁUDIA PRISCILA ALVES PRATAS

# AS INFLUÊNCIAS MOSAICAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976: UM ESTUDO COMPARATIVO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tese com vista à obtenção do grau de Doutora em Direito na especialidade de Direito Público

Orientador:
Doutor PEDRO REBELO BOTELHO ALFARO VELEZ, Professor Auxiliar da Universidade Europeia
Coorientador:
Doutor LUÍS HELENO TERRINHA, Professor Auxiliar da NOVA School of Law

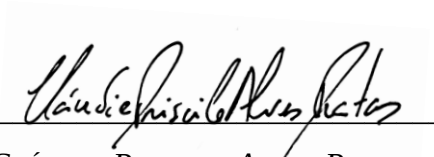
**JANEIRO DE 2023**

**DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTIPLÁGIO**

Nos termos do artigo 8.º do Regulamento do 3.º Ciclo de Doutoramento da NOVA Faculty of Law e demais efeitos legais, declaro, sob compromisso de honra, que a tese de Doutoramento seguidamente apresentada é da minha exclusiva autoria, fazendo notar que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada nos locais adequados.

Lisboa, 4 de janeiro de 2023.

A autora,



*CLÁUDIA PRISCILA ALVES PRATAS*

*A Yeshua…*

## AGRADECIMENTOS

A Deus por me ter sustentado e capacitado até aqui. A Sua graça imerecida é a razão dos meus sonhos e das minhas conquistas. *Soli Deo Gloria*.

Ao Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia, pela orientação inicial da presente tese, apoio e sábios conselhos ao longo desta aventura académica, de onde extraí abundantes forças para prosseguir. Sou grata por me ter auxiliado neste processo e por ter sonhado comigo este trabalho desde o primeiro momento.

Ao Professor Doutor Pedro Velez, pela orientação da tese, pelo interesse no tema e conselhos dados ao longo da investigação e da fase final deste processo.

Ao Professor Doutor Luís Terrinha, pela coorientação da tese e confiança depositada.

À NOVA School of Law, comunidade que me acolheu desde a Licenciatura e me viu crescer. É um orgulho enorme ser filha desta casa que tanto prima pelo sentimento de pertença académica enquanto *campus* de ensino, de investigação, de reflexão e de liberdade de pensamento.

Aos Professores da NOVA School of Law, os imortais que tanto me ensinaram e continuarão a ensinar no futuro.

À Fundação para a Ciência e Tecnologia, pela concessão da Bolsa de Investigação em 2015.

Aos colegas do curso de Doutoramento, pelo encorajamento e partilha de saberes.

À minha avó Feliz, por tudo. Por me incentivar a caminhar o caminho que se quer estreito, sem nunca olhar para trás. Por me alegrar com as alegrias vindouras. Pela sua sabedoria e fé inabaláveis que tanto me acalentaram ao longo destes anos.

À minha mãe, por tudo. Palavras não poderão traduzir jamais a gratidão que por ela terei face a tudo o que fez por mim desde sempre.

Ao Bruno e Helena, por me estimularem a ir sempre mais além, a ser e a fazer melhor.

À Maria Inês, minha sobrinha. A sua vida dá-me, a cada dia, energia para lutar por um mundo melhor.

Aos amigos de longe e de perto, por compreenderem a minha ausência. Por me encorajarem e nunca duvidarem do percurso que tenho ainda a trilhar. Um agradecimento especial aos amigos da AD SANTARÉM, cujas orações e momentos de amizade me fizeram chegar até aqui.

A todos, aqui fica a minha singela homenagem.

## MODO DE CITAR

Cientifica-se o leitor quanto ao fato de que, nesta obra, as citações são feitas com a referência a um ou dois apelidos do(s) autor(es); nos casos de autores com o mesmo apelido, menciona-se o nome próprio de cada autor. O nome precede o título da obra que, na generalidade dos casos, é abreviado. Quando justificável, os volumes ou tomos são identificados antes da menção da(s) página(s).

A referência completa pode ser devidamente consultada nas últimas páginas deste estudo, na seção "Índice Bibliográfico". Regra geral, nesta mesma seção, dá-se a conhecer a obra através da menção do nome completo do autor, do título completo da obra, da edição, da cidade, da editora e do ano de publicação.

As citações de versículos bíblicos correspondem, na maioria, à tradução ARA, salvo casos devidamente identificados.

As citações de jurisprudência nacionais e estrangeiras são apresentadas em concordância com os usos de cada país, facilitando o leitor no seu processo de pesquisa.

A sequência das referências bibliográficas inseridas na mesma nota de rodapé cumpre um critério aleatório, não se instituindo qualquer diferenciação entre a bibliografia nacional e estrangeira.

Os artigos invocados ao longo do texto sem menção ao corpo legal correspondem ao elenco normativo da CRP de 1976.

A presente tese segue as regras de ortografia que se encontravam em vigor em Portugal em janeiro de 2023, à exceção das transcrições apresentadas, seguindo, no possível, a vontade do(s) seu(s) autor(es). As transcrições são apresentadas em língua portuguesa, sendo a tradução da responsabilidade da minha autoria. Admitem-se, pela sua importância, algumas transcrições na língua original. A utilização do modo itálico em determinadas palavras ou frases destaca as mesmas em língua estrangeira, latinismos ou outras expressões. A utilização do modo itálico nos versículos bíblicos destaca a sua relevância na explanação dos conteúdos e diferenciação das demais citações.

As referências aos diplomas legislativos dizem respeito às respetivas versões em vigor em janeiro de 2023.

## ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

De forma a não sobrecarregar este trabalho, opto pela utilização de diversas abreviaturas, siglas e acrónimos, cuja significação esclareço:

### i) Convenções, Códigos, Entidades, Instituições e Leis

**ARA** – Versão Bíblia Almeida Revista e Atualizada
**ARC** – Versão Bíblia Almeida Revista e Corrigida
**CA** – Códigos Assírios
**CB** – Constituição de Bona
**CC** – Código Civil
**CCan** – Código de Direito Canónico
**CDFUE** – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
**CEDH** – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
**CH** – Código de Hammurabi
**CHT** – Código Hitita
**CL** - Código de Lipit-Ishtar
**CLR –** Comissão da Liberdade Religiosa
**CNU** – Carta das Nações Unidas
**CP** – Código Penal
**CPC** – Código de Processo Civil
**CPP** – Código de Processo Penal
**CRC** – Código de Registo Civil
**CRP** – Constituição da República Portuguesa
**CSER** – Carta Social Europeia Revista
**CT** – Código do Trabalho
**CUN** – Código de Ur-Nammu
**D** – *Digesto*
**DDHC** – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão
**DDHI** – Declaração dos Direitos Humanos no Islão
**DH** – Direito Hebraico
**DL** – Decreto-Lei
**DUDH** – Declaração Universal dos Direitos Humanos
**IC** – Igreja Católica
**KJV –** Versão King James
**LE** – Leis de Eshunna
**LLR** – Lei n.º 16/2001, de 22 de junho (Lei da Liberdade Religiosa)
**LM** – Lei Mosaica
**LT** – Lei de Talião
**MFA** – Movimento das Forças Armadas
**OIT** – Organização Internacional do Trabalho
**ONU** – Organização das Nações Unidas
**PE** – Parlamento Europeu
**PIDCP** – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
**PIDESC** - Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais
**RGPD** – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
**STJ** – Supremo Tribunal de Justiça

**TC** – Tribunal Constitucional
**TCE** – Tratado da Comunidade Europeia
**TJUE** – Tribunal de Justiça da União Europeia
**TRE** – Tribunal da Relação de Évora
**TRL** – Tribunal da Relação de Lisboa
**TRP** – Tribunal da Relação do Porto
**UE** – União Europeia
**VBJ** – Versão Bíblia de Jerusalém

**ii) Abreviaturas**

**AAVV –** *Autori Vari*
**a.C.** – antes de Cristo
**al.** – alínea (s)
**art**. – artigo (s)
**c.** – cerca de
**cân.** – cânone
**cap**. – capítulo (s)
**Cf.** – Confrontar
**coord.** – coordenação, coordenado por
**d.C.** – depois de Cristo
**Ed.** – edição, editado por
***e.g***. – *exempli gratia*
**et al.** – *et alia*
**ex.** – exemplo (s)
***ibid*** – *ibidem (*indica a segunda citação sucessiva da mesma fonte bibliográfica)
**mil.** – milénio (s)
**n.º -** número (s)
**org.** – organização, organizado por
**p./pp.** – página/páginas
**proc. -** processo
**séc.**– século (s)
**ss** – seguintes
**v./vv.** – versículo/versículos
**Vol.** – Volume
***vs.*** – *versus*

## ABREVIATURAS DAS REFERÊNCIAS BÍBLICAS

### 1 – Antigo Testamento

- *Torah*

Gn - *Génesis*
Êx - *Êxodo*
Lv - *Levítico*
Nm - *Números*
Dt - *Deuteronómio*

- Livros Históricos

Js - *Josué*
Jz - *Juízes*
Rt - *Rute*
I Sm - *I Samuel*
II Sm - *II Samuel*
I Cr - *I Crónicas*
II Cr - *II Crónicas*
Ed - *Esdras*
Ne - *Neemias*
To - *Tobias*[*]
Ju - *Judite*[*]
Et - *Ester*
I Mc - *I Macabeus*[*]
II Mc - *II Macabeus*[*]

- Livros Poéticos

Jó - *Jó*
Sl - *Salmos*
Pv - *Provérbios*
Ec - *Eclesiastes*
Ct - *Cantares de Salomão*
Sb - *Sabedoria*[*]
El - *Eclesiástico*[*]

- Livros Proféticos

Is - *Isaías*
Jr - *Jeremias*
Lm - *Lamentações de Jeremias*
Ba - *Baruc*[*]
Ez - *Ezequiel*
Dn - *Daniel*[**]
Os - *Oseias*
Jl - *Joel*
Am - *Amós*
Ob - *Obadias*
Jn - *Jonas*
Mq - *Miqueias*
Na - *Naum*
Hc - *Habacuque*
So - *Sofonias*
Ag - *Ageu*
Zc - *Zacarias*
Ml - *Malaquias*

### 2 – Novo Testamento

- Evangelhos

Mt - *Mateus*
Mc - *Marcos*
Lc - *Lucas*
Jo - *João*

- Livro Histórico

At - *Atos*

- Epístolas Paulinas

Rm - *Romanos*
I Ct - *I Coríntios*
II Ct - *II Coríntios*
Gl - *Gálatas*
Ef - *Efésios*
Fp - *Filipenses*
Cl - *Colossenses*
I Ts - *I Tessalonicenses*
II Ts - *II Tessalonicenses*
I Tm - *I Timóteo*
II Tm - *II Timóteo*

Tt - *Tito*
Fl - *Filemom*
Hb - *Hebreus*[***]

- Epístolas Gerais

Tg - *Tiago*
I Pe - *I Pedro*
II Pe - *II Pedro*
I Jo - *I João*
II Jo - *II João*
III Jo - *III João*

- Livro Profético

Ap - *Apocalipse*

[*] Não consta do cânone hebraico e protestante.
[**] Contém adendas no cânone católico.
[***] Autor desconhecido.

## RESUMO

A presente tese aproxima o Direito e a Religião em busca da resposta a uma pergunta fundamental: quais as influências da LM na CRP? Esta questão desdobra-se em tantas outras que levam o leitor a refletir sobre as origens da *Torat Moshe* e da Lei Fundamental portuguesa, na conjuntura social, política e económica em que foram elaboradas, nos seus legisladores, nas semelhanças e destrinças que ambas apresentam ao nível formal e material.

Este estudo versa sobre o estudo das raízes jurídicas, morais e religiosas da LM e o grau de influência que exercem no mundo constitucional ocidental, em especial na CRP. O objetivo primordial traçado foi o de compreender o modo como a CRP consagra valores e princípios (*mandamentos*) bíblicos no seu elenco normativo. Para tal, na Parte I, a tese parte de uma investigação sobre a constituição da Bíblia, onde se encontra a LM pertinente para este estudo. Produzem-se relevantes dados cronológicos, históricos, culturais, geográficos, jurídicos e teológicos sobre o DH, comparando-se este com outras Codificações anteriores e posteriores. De seguida, olha-se ao Decálogo como um código ético, e pensa-se sobre a sua relação com o *Ius Divinum* e o *Ius Naturale*. Na fase seguinte, numa vertente teorético-constitucional, problematiza-se sobre a CRP, nomeadamente sobre a sua autoridade e positivação de princípios, direitos e deveres fundamentais nela consagrados.

Na Parte II apresenta-se um estudo de Direito Comparado entre a LM e a CRP, com a seguinte grelha comparativa: *a)* Elementos históricos e sociológicos; *b)* A originalidade da Lei em análise; *c)* Os Preâmbulos e *d)* Os mandamentos e os direitos deveres fundamentais. No seu desenvolvimento são expostos, analisados e comparados os *Dez Mandamentos* e os artigos correspondentes na CRP.

Na Parte III procede-se a uma avaliação crítica sobre a proximidade do Direito e da Religião no atual cenário constitucional português. Olhando-se ao modo como os preceitos mosaicos penetraram o Ocidente, facto possível devido à expansão do Cristianismo, que, em certos pontos, traz consigo uma reinterpretação axiológica e religiosa de valores e princípios, analisa-se o nexo existente entre a cosmovisão judaico-cristã e o discurso jurídico-constitucional no Estado de Direito laico.



**Palavras-Chave: Religião; Lei Mosaica; Decálogo; Direitos Fundamentais.**

## ABSTRACT

This thesis brings Law and Religion together in search of an answer to a fundamental question: what are the influences of LM on CRP? This question unfolds in many others that lead the reader to reflect on the origins of *Torat Moshe* and the Portuguese Basic Law, in the social, political and economic conjuncture in which they were elaborated, in their legislators, in the similarities and differences that both present to the formal and material level.

This study deals with the study of the legal, moral and religious roots of the LM and reveals the degree of influence they exert in the western constitutional world, especially in the CRP. The primary objective outlined was to understand how the CRP enshrines biblical values and principles (*commandments*) in its normative cast. To this end, in Part I, the thesis starts from an investigation into the constitution of the Bible, where the Mosaic Legislation relevant to this study is found. Relevant chronological, historical, cultural, geographic, legal and theological data are produced on Hebrew Law, comparing it with other previous and subsequent Codifications. Next, we look at the Decalogue as an ethical code, and we think about its relationship with the *Ius Divinum* and the *Ius Naturale*. In the next phase, in a theoretical-constitutional aspect, the CRP is problematized, namely its authority and positivization of fundamental principles, rights and duties enshrined in it.

In Part II, a study of Comparative Law between the Mosaic Law (Decalogue) and the CRP is presented, with the following comparative grid: *a)* Historical and sociological elements; *b)* The originality of the Law under analysis; *c)* Personal rights, freedoms and guarantees and *d)* Economic rights and duties. In its development, the Ten Commandments and the corresponding articles in the CRP are exposed, analysed and compared.

In Part III is made a critical assessment on the proximity of Law and Religion in the current Portuguese constitutional scenario. Looking at the way in which the Mosaic precepts penetrated the West, a fact possible due to the expansion of Christianity, which, at certain points, brings with it an axiological and religious reinterpretation of values and principles, it is analysed the nexus between the Jewish-Christian cosmovision and the juridical-constitutional discourse in the secular State of Law.

**Keywords: Religion; Law of Moses; Ten Commandments; Fundamental Rights.**

*"Tudo tem o seu tempo determinado,*

*e há tempo para todo o propósito debaixo do céu.*

*Há tempo de nascer, e tempo de morrer;*

*tempo de plantar, e tempo de arrancar o que se plantou;*

*Tempo de matar, e tempo de curar;*

*tempo de derrubar, e tempo de edificar;*

*Tempo de chorar, e tempo de rir;*

*tempo de prantear, e tempo de dançar;*

*Tempo de espalhar pedras, e tempo de ajuntar pedras;*

*tempo de abraçar, e tempo de afastar-se de abraçar;*

*Tempo de buscar, e tempo de perder;*

*tempo de guardar, e tempo de lançar fora;*

*Tempo de rasgar, e tempo de coser;*

*tempo de estar calado, e tempo de falar;*

*Tempo de amar, e tempo de odiar;*

*tempo de guerra, e tempo de paz."*

Ec 3:1-8

# INTRODUÇÃO

## I. RAZÃO DE ESCOLHA DO TEMA

O objetivo desta tese é analisar a relação entre o Estado Constitucional português hodierno e a religião judaico-cristã (ou o Cristianismo de raízes judaicas), colocando em comparação duas Leis Fundamentais: a LM e a CRP. Através de uma delimitação teórico-conceitual e reflexão analítica sobre os pontos de divergência e semelhança, pretendo observar, mediante factos históricos e empíricos, as raízes dos valores, princípios e mandamentos judaico-cristãos e o grau de influência sobre o corpo normativo constitucional português, considerando as duas características colossais do Decálogo: a universalidade e a perpetuidade[1]. Para tal, viajo entre os universos jurídicos da LM e da CRP, buscando entender o contributo da primeira na formação do Direito Constitucional.

Acolher valores imutáveis numa ordem em contínuo progresso não é tarefa simples, e o Direito Ocidental, assente num universalismo de direitos fundamentais e de Estado de Direito que garante o postulado do *ethos* humano num ambiente democrático[2], vai revelando as dificuldades próprias de uma ordem que avança conforme o contexto civilizacional que lhe pertence, em especial quando se discutem valores universais e perpétuos associados ao fenómeno religioso judaico-cristão.

Na era pós-moderna a Religião tem ganho um novo destaque nas sociedades ocidentais. Se, por um lado, a religião católica parece perder fiéis, por outro, as confissões procedentes da Reforma e as religiões orientais conquistam novos crentes[3]. Mas não só. O avanço do Islão no mundo ocidental, em especial através dos movimentos migratórios e da crise dos refugiados na Europa[4], denuncia igualmente a necessidade que o Homem tem de experienciar uma *nova transcendência*[5].

---

[1] Recordando LÉVY-VALENSI, *Les niveaux*, p. 603, "a revelação feita a Israel diz respeito à humanidade inteira". Cf. ainda BITTAR; ALMEIDA, *Curso*, p. 193; TRAIL, *The Decalogue*, p. 1.
[2] HORTA, *História do Estado*, p. 23.
[3] Segundo dados apresentados pelo Observatório das Migrações num estudo comparativo dos Censos entre 1991 e 2021, promovidos pelo Instituto Nacional de Estatística.
[4] A religião que mais progride atualmente (PAWSON, *The Challenge*, p. 11).
[5] O avanço do Islão traz igualmente consigo a necessidade de reflexão em torno desta religião, em especial pelas consequências jurídico-políticas e sociais inerentes aos dogmas islâmicos, condensados na DDHI, que, em certos casos, por se encontrarem integralmente sujeitos à *Sharia*, colidem com os direitos humanos reconhecidos pela DUDH. Pense-se, por ex., nos debates na França e Turquia à volta do uso de véu e da secularização do espaço público, o referendo sobre a edificação de minaretes islâmicos na Suíça ou a polémica sobre a liberdade de expressão e as caricaturas de Maomé.

O Cristianismo, a par das suas raízes judaicas, nunca foi figura ausente da sociedade europeia, nela se destacando o paradigma português, como a História Constitucional testifica. A influência social e política da IC suportou, em certos períodos constitucionais, altos e baixos, mas nunca se desvaneceu na totalidade[6]. Se o século XX trouxe novos ventos de laicismo, a verdade é que hoje se vive um tempo de "regresso da Religião" ou de "nova visibilidade da Religião"[7], o que vem reiterar o legado cristão que *teima* em permanecer por terras lusas. O ateísmo e o agnosticismo têm ganho novos seguidores, as confissões cristãs não católicas e outras multiplicam-se, as religiões não monoteístas alcançam o seu lugar junto dos portugueses e, ainda assim, o Cristianismo, bem como os valores a ele inerentes, permanecem, ainda que timidamente, por vezes, em vários campos da vida social moderna, como a Filosofia, a Educação, a Arte ou a Cultura. Mas não só. No Direito subsistem, de igual modo, determinados valores e princípios hasteados originariamente pelo Judaísmo, a base doutrinária do DH (*Mischpat Ivri*)[8] e, mais tarde, adotados pelo Cristianismo, a *nova religião* adotada pelo Império Romano, "sempre dependente do apelo ao transcendente"[9].

As semelhanças e convergências entre os valores e princípios da Bíblia e da CRP são profusas[10]. As Sagradas Escrituras funcionam, para os cristãos, como uma *Constituição metafísica* – é o texto sagrado que dita, através das doutrinas nele consignadas, a sua identidade perante DEUS[11], regulando a sua vida em sociedade: por vezes distancia-se da visão secular (Mt 5:43-8), por vezes aproxima-se (Rm 13:1-4).

É o estudo do Decálogo enquanto génese do DH[12] e a *profundidade* das mais relevantes raízes judaico-cristãs espelhadas no Direito Constitucional português que me

[6] A IC não constitui exclusivamente o universo do Cristianismo, outras igrejas e denominações havendo que compõem o mesmo. Assim, sempre que mencionar o Cristianismo, quero designar a Religião, e não as diferentes confissões cristãs.

[7] VELEZ, "Constituição", p. 108.

[8] Opto pela nomenclatura "DH" de forma a guardar a herança do povo hebreu e a destrinçar o mesmo do "Direito Talmúdico", que tem no *Talmud* a sua fonte, e do "Direito Semita", distinguindo os hebreus dos outros povos semitas.

[9] MACHADO, *Estado*, p. 18. Tal dependência era visível na não separação de funções sacerdotais e jurisdicionais, onde o sacerdote se confundia com o magistrado. Cf. MOMMSEN, *Disegnio*, pp. 119 ss; BRETONE, *Storia*, pp. 107 ss.

[10] CHAMBERS JR., *Biblical Interpretation*, p. 94.

[11] No respeito pela grafia utilizada pela maioria dos autores citados, não sigo a tradição judaica (D'us/*YHWH*). Opto por escrever sempre o nome completo da divindade (DEUS/*YAHWEH*), de modo a tornar a leitura menos complexa e inconstante

[12] Por DH entende-se o conjunto de regras e preceitos religiosos em vigência no Israel Antigo desde o êxodo hebraico até à destruição do Templo de Jerusalém pelos romanos, em 70 d.C.

movem ao longo deste trabalho[13]. Mas será prudente afirmar que a LM mantém, na atualidade, *influência* na CRP, como outrora influenciou diretamente grandes sistemas jurídicos como o Direito Canónico ou o Direito Islâmico[14]? Olhando ao carácter não religioso das normas constitucionais a resposta revela-se negativa. Não obstante, parto de uma convicção: a visão judaico-cristã constitui a raiz axiológica de diversos valores e princípios dos Estados Constitucionais. Ainda que seja uma raiz indireta fundamentalmente religiosa, não se pode ocultar a marca deixada pelo Cristianismo através das tradições, costumes, moral, ética e leis judaico-cristãs, "um património religioso inestimável de influências, informações e valores"[15].

Reconhecendo a suprema matriz romano-germânica do ordenamento jurídico português, procuro, ainda assim, observar a herança da cosmovisão judaico-cristã como uma terceira matriz de influxo no ordenamento jurídico-constitucional português, herança essa patente em diversos princípios e direitos constitucionais assentes na conceção *imago Dei*. A compreensão de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade de religião, de consciência e de culto e a consequente *luta* pela defesa dos direitos humanos tornam-se ininteligíveis se desfasados do pensamento judaico-cristão[16]. Todavia, não separo a análise destes princípios de um quadro constitucional de neutralidade religiosa ou laicidade[17], caraterística do Estado

[13] Não descuro, todavia, as restantes fontes do DH: *Tanakh, Talmud* e Codificações medievais e modernas de MAIMONIDES (1187) e YOSEF KARO (1563), respetivamente.
[14] Resumidamente, a LM teve forte influência no Direito Canónico, nomeadamente quanto à imutabilidade da Lei, à dízima e à sagração, e no Direito Islâmico, no tocante à organização da família e casamento (GILISSEN, *Introdução*, p. 67).
[15] BITTAR, *Teorias*, pp. 75 ss.
[16] MACHADO, "A (in)definição do casamento". *In* AAVV, *Família*, p. 11.
[17] A palavra «laicidade» etimologicamente deriva do grego *laós (*que exprime povo); de *laós* descende *laikós* (do grego) que originou o latim *laicus*. O termo laico representa assim tudo o que é anticlerical, tudo o que é contrário ao religioso. Trata-se de um fenómeno político, e não religioso, pois que deriva do Estado e do modo como este acolhe a Religião no seu seio. Fala-se de laicidade quando o poder político não se legitima pelo sagrado e quando não há qualquer soberania da Religião quer sobre o Estado, quer sobre a sociedade. Assim, refiro-me a laicidade quando falo de uma exclusão ou ausência da religião da vida pública. Contudo, tal ausência não significa uma proibição de fenómenos religiosos por parte do Estado, antes uma não identificação (ou neutralidade) do próprio Estado em relação a tais fenómenos, o que implica uma total imparcialidade do Estado, que se assume não confessional, em relação às religiões, sejam elas maioritárias ou minoritárias, e um respeito igualitário no trato das mesmas. Para o *homo religiosus*, a laicidade assegura a liberdade de crer e de não crer, a liberdade e igualdade das Igrejas e comunidades religiosas perante o Estado; para o não crente, garante a liberdade do indivíduo perante uma situação de coação religiosa ou de proselitismo por parte de uma Igreja ou comunidade religiosa que pretende forçar condutas, credos ou pensamentos religiosos. Deste modo, o conceito de laicidade não se mescla com os conceitos de liberdade e tolerância religiosas, ou de pluralismo religioso. Estas são consequências práticas da laicidade, que não invalida o fenómeno religioso, mas valora a compreensão dos limites da liberdade religiosa face à liberdade de quem pensa de modo diferente, no respeito pela dignidade humana, fornecendo mecanismos que promovem a paz social, sem que se crie um clima de hegemonia ou de monopólio sobre

Constitucional, associada ao princípio da separação do Estado das confissões religiosas, nos termos do art. 41.º, n.º 4.

A análise aprofundada da LM, fonte primária da visão judaico-cristã, não nega, contudo, a relevância de outras conceções de teor jurídico, filosófico ou religioso como contributo na formação de tradições jurídico-constitucionais ocidentais, tais como a Filosofia Grega[18], o Direito Romano ou o ateísmo[19], e não ocidentais, como o Hinduísmo e Taoísmo na Índia ou com o Confucionismo na China. Contudo, o cerne epistemológico foi traçado: cingir-me-ei à análise da Lei Moral do DH (*Dez Mandamentos*) e à conexão entre o universo judaico-cristão e o *cosmos* jurídico-constitucional português atual, seja pela via juscomparativa, seja pela via analítica-crítica.

Elenco quatro razões que justificam a minha opção pelo DH:

*i) Razão histórica.* É produto de uma Nação específica – Israel. Não deixa de ser marcante que a LM tenha continuado a ser instruída ao povo hebreu/judaico mesmo após sucessivas invasões de outros povos (assírios, babilónios, persas, gregos). Só em 70 d.C., após a destruição de Jerusalém por decreto romano, o DH deixa de ser observado. Ainda assim, a cultura e pensamento judaicos subsistem até à atualidade, em grande parte devido à contínua lembrança e proclamação das suas tradições milenares nos mais diversos lugares do mundo e ao carácter de universalidade e perpetuidade que o Decálogo apresenta. Este extravasa *as portas de Israel*, uma vez que se aplica, desde a sua promulgação, a reger as ligações societárias de um aglomerado de pessoas com raças, etnias, culturas e línguas díspares – uma *mistura de multidões* (Êx 12:38) – e a eternizar a LM como lei viva (*Shemá Israel*).

A Religião nunca é apenas individual e interna; ela é também histórica e social[20]. Os aspetos históricos da Religião manifestam a sua força e a sua importância para a vida em sociedade: a ação social é uma consequência da

outras Igrejas ou comunidades religiosas, sobre outras esferas da sociedade e sobre o próximo, no respeito pelo Estado de Direito Democrático e seus princípios consagrados na CRP.

[18] "Quando chamo ao nosso mundo social "de melhor", tenho em mente os padrões e valores que chegaram até nós através do Cristianismo da Grécia e da Terra Santa; de Sócrates e do Velho e Novo Testamento" (POPPER, *Conjectures*, p. 369).

[19] Não se pode olvidar que o ateísmo está na génese do direito à liberdade de consciência, que consagra como corolário o direito individual e potestativo de não acreditar em DEUS (ou deuses), um dos pilares do Estado Constitucional democrático e laico.

[20] BERGER; LUCKMANN, *A construção*, pp. 69 ss.

natureza da Religião ou comunidade religiosa. A religiosidade interna manifesta-se forçosamente nas ações externas da Religião e do *homo religiosus*: todas as religiões tendem a propagar-se na sociedade como um sinal da universalidade da mensagem professada (porquanto assenta numa origem divina). O Judaísmo é prova disso – as primeiras expressões de religiosidade começam na família, passando a grupos sociais mais extensos (como as tribos), a religião nacional e, por fim, a religião universal, como produto de uma "evolução inconsciente produzida pela ação de leis externas e fatais"[21]. O Judaísmo nunca aspirou à universalidade. Mas DEUS sim. Os hebreus não possuíam um plano de conquista universal através da Lei. A conceção de universalidade só se tornou realidade através de ALEXANDRE MAGNO e da filosofia helenista, que propõe a expansão política do Império através do dominação social e cultural das nações conquistadas. Já o Cristianismo surge num contexto helénico, no seio de um povo fechado em si mesmo e intolerante às outras culturas (hebreus), abrindo-se aos gentios. Aqui, pela voz de JESUS, expõe-se como uma religião universal que ultrapassa barreiras espaciais e temporais.

A vida de uma sociedade é a sua Religião. E esta exerce influência na política, no Direito, nas artes, no destino do Homem. A história de um povo é a história da sua *religiosidade*. E por isso é tão relevante abordar a religião judaico-cristã, numa ótica jurídico-constitucional, como pilar histórico da Nação portuguesa.

*ii) Razão cultural.* A tradição judaico-cristã teve (e tem, em certos casos) um alto impacto na formação e consolidação do pensamento ocidental[22]. Se é verdade que a LM teve uma influência direta na constituição e composição de alguns sistemas jurídicos, como é o caso do Canónico e do Islâmico (pelo seu teor monoteísta), e, com menor veemência, nos Direitos de Roma, da Idade Média e dos países da Reforma Protestante, é igualmente verdade que diversos sistemas jurídicos ocidentais não ignoraram os preceitos mosaicos, positivando nas suas Constituições valores e princípios que floresciam da mais profunda raiz judaico-cristã. Neste trabalho procuro referir-me ao Decálogo e aos valores e princípios

[21] ROCHA, *Uma introdução*, p. 34.
[22] O grau de impacto é, todavia, árduo de mensurar na sua plenitude e este trabalho não o omite. Muito há ainda por investigar e pensar sobre os fundamentos religiosos, filosóficos e jurídicos do DH e o grau de influência no pensamento ocidental (PALMA, *Direito*, p. 41).

que o sustentam e que ganharam uma nova dimensão com o Cristianismo (a dignidade humana e a separação entre o Estado e a Igreja). Todavia, muitos outros existem na LM que deram o seu contributo na civilização ocidental e no seu modo de pensar o Direito[23]: em Gn conhecem-se conceitos de autoridade corrupta (6:4), renúncia à sucessão (12:1), reforma agrária (13:8), direito à retificação do nome (17:5), justiça (18:23-32), direito de escolha da esposa (24:57-8); em Êx conhecem-se os direitos à resistência contra a escravatura e opressão (2:23 ss), à liberdade (2:23 e Dt 23:16-7), a indemnização por escravatura (11:2), lesão (21:18 ss), responsabilidade por fogo (22:5), comodato e locação (22:13-4), mútuo e garantias reais (22:24-6), os fundamentos judiciais (18:15-26) e da justiça (23:1-3; 23:6-9); em Lv dispõem-se a proibição de embriaguez em cargos públicos (10:8-11), direito de proteção física da mulher após o parto (12:1-2) e durante a menstruação (15:19 ss), direito à saúde pública (13:1-59; 14:1-57), leis sexuais (18:1), direito a remuneração salarial (19:13), proibição de exploração da fé (19:26), o estatuto do estrangeiro (19:33-4), os fundamentos da indignidade (20:9-12) e da solidariedade (25:35); em Dt reconhecem-se o direito ao voto e outras decisões por parte do povo (1:13), o fundo de combate e erradicação da pobreza (14:28 ss), Governo e direitos políticos (17:14 ss) e direito universal à educação (31:12).

*iii) Razão jurídica*. O DH não pertence apenas às matérias do Direito da Antiguidade com o seu término em 70 d.C. Continua a ter relevância jurídica em Israel, visto que alguns institutos de Direito Privado, como o casamento e o divórcio, são da competência das instâncias religiosas, que fazem aplicar não apenas as regras do DH, mas também as do Direito Talmúdico. Possuem relevância religiosa entre judeus e cristãos de todo o mundo e relevância moral universal e perpétua entre todos os homens, já que os *Dez Mandamentos* enunciam um conjunto de comandos que contribui para uma sociedade mais justa. Mas não só. O DH assume uma posição doutrinária de relevo nas várias áreas do saber jurídico, destacando aquelas que têm maior impacto neste estudo: História do Pensamento Jurídico, Filosofia do Direito e Direito Comparado. É impossível

[23] Lista não exaustiva.

pensar o Direito Ocidental sem pensar nas influências diretas e indiretas que o DH teve na formação dos sistemas normativos e dos direitos humanos.

*iv) Razão teológica*. O Judaísmo (*Yahadút)* é a primeira religião monoteísta da história da humanidade e inspirou a constituição do Cristianismo e Islamismo. Veio à existência (que conta já com mais de três mil anos) com o Pacto Abraâmico e é uma religião revelada, e não natural ou filosófica, estabelecida sobre o pilar do monoteísmo: não há DEUS fora de *YAHWEH*. Ele é o DEUS *único* que se revela a Si mesmo. *Omnipresente*, *Omnipotente* e *Omnisciente*. Toda a história de Israel estava, então, ligada à vontade de DEUS e à Sua progressiva revelação ao povo, através dos Profetas. Tudo dependia da obediência a DEUS e ela ditava a as vitórias e as derrotas da Nação: no período da monarquia, os reis eram recordados pelo grau de obediência a DEUS (retidão). O Direito era uno – o jurídico e o religioso estavam intimamente mesclados – mas a fonte era 100% divina. O seu fundamento não é a moral ou a religião: é o próprio DEUS. E por isso é inexequível pensar o DH e ignorar espiritualidade que o sustenta e caracteriza. A LM não é um código legislativo (no sentido moderno do termo), um manual histórico ou fruto da vontade do povo: é o resultado de uma Aliança entre DEUS e os homens eleitos e, por isso, imutável[24]. A *Torah*, cujo cânone se encontra definido desde o séc. IV a.C., é a autoridade central do Judaísmo, tendo sido complementada, mais tarde, pelas interpretações da Lei (*Talmud* e *Midrash*).

## II. O FIO INVESTIGATÓRIO DA TESE

Um estudo documental histórico-crítico e comparativo de direitos fundamentais de duas Leis implica uma rigorosa delimitação negativa do seu objeto. Retirei do âmbito do problema fundamental desta investigação as questões relativas à vida religiosa privada do Homem no seu relacionamento com Deus, com exceção das que se revelam pertinentes para a contextualização, aclaração e exemplificação prática dos *Dez Mandamentos* ou outros vv. Como se observará em cap. oportuno, a LM reparte-se em três frações diferenciadas, sendo que a porção concernente à vida espiritual do *homo religiosus* (Lei

[24] Na conceção hebraica, o Direito é imutável e só *YAHWEH* tem poder para proceder a alterações ou revogações (uma ideia mais tarde adotada pelos Direitos Canónico e Islâmico). Aos intérpretes, apenas é legítimo interpretar o Direito e adaptá-lo de acordo com o avanço da sociedade.

Cerimonial) não merecerá grande destaque, por extrapolar o objeto de estudo de uma tese de composição científico-jurídica.

Apresentar uma tese que almeja comparar a LM e a CRP e compreender a relação da Religião com o Direito não assenta num preconceito religioso, mas numa convicção. Assumo a existência da LM como Constituição histórica e material[25] e dela parto para o estudo do que se considero ser a raiz axiológica de determinados valores e princípios consagrados no corpo normativo da CRP, sob uma visão teísta do mundo. Não é, pois, meu desígnio provar a existência de DEUS ou defender apologeticamente doutrinas bíblicas, mas apresentar uma investigação positiva dos factos religiosos, através de um estudo científico-analítico das perspetivas histórica, sociológica, jurídica e teológica, que culminará numa reflexão normativa sobre os referidos factos, isto é, a *Religião Positiva*[26], bem como dos valores, princípios, direitos e deveres constitucionais, mediante uma fundamentação jurídico-dogmática. Não me aterei, por isso, a discussões teológicas, antes navegando por dentro do quadro teórico da relação atual entre o Estado e a Igreja, numa perspectiva teorético-política e jurídico-constitucional, no exercício da *razão pública*[27].

Recordando CABRAL DE MONCADA, poderia "aqui parafrasear HUGO GRÓCIO e dizer que, mesmo que DEUS não existisse como ser suprassensível e *ens realissimum*, a Religião, isto é, os factos religiosos, existiriam sempre"[28]. A apreciação da relação Religião/Direito não carece, pois, da prova da existência de DEUS, mas sim dos factos executados pelo Homem, com base nas normas religiosas, que se fazem apresentar ao

[25] Ainda que não possua o carácter sistemático e racional que a ideia de Constituição adquiriu na Modernidade, a LM mostra-se como uma Constituição histórica e material, sendo considerada como um código de regras consuetudinárias, numa primeira fase (*Torah* oral), com estruturas institucionais que fundamentam a ordem jurídico-política. De acordo com LOEWENSTEIN, a Constituição de uma sociedade estatal nem sempre consta de um documento redigido (*Constituição formal*), bastando-lhe estar arraigada na história e convicções de um povo, sem formalização expressa (*Constituição material*). "A distinção entre constituição formal e material que levou à codificação em um documento escrito das normas fundamentais da sociedade estatal, adquiriu sua forma definitivo no ambiente racionalista do Iluminismo. No entanto, a existência de uma Constituição escrita não se identifica com o Constitucionalismo. Organizações políticas no passado viveram sob um governo constitucional sem sentirem a necessidade de articular os limites estabelecidos para o exercício do poder político; essas limitações eram tão profundamente enraizadas em convicções comunitárias e costumes nacionais, que eram respeitados pelos governantes e pelos governados" (LOEWENSTEIN, *Teoría*, p. 154).

[26] CABRAL DE MONCADA, *Filosofia*, p. 140.

[27] Razão pública que emana de um procedimento comunicativo acessível a todos. "Se eu consigo explicar as minhas razões para chegar a uma determinada conclusão, e se elas forem aceites como válidas, então encontrei os critérios da acessibilidade pública" (GREENAWALT, *Religious Convictions*, p. 56).

[28] CABRAL DE MONCADA, *Filosofia*, p. 141. Cf. também VOEGELIN, *As religiões*, pp. 26 ss.

*homo religiosus*[29] através da Teologia e da Lei Positiva Divina, da Igreja[30] e das ordenações políticas eclesiásticas, do culto e outros ritos litúrgicos[31]. De fora desta análise fica a Religião Natural, o outro lado da moeda que, conjuntamente com a Religião Positiva, formam a Religião. A Religião Natural não aborda os factos religiosos, mas os *deveres do Homem para com DEUS*[32], que importam mais a estudos de cariz religioso ou metafísico. Quanto à presente tese, observarei o (in)cumprimento de tais deveres numa ótica jurídica, focando primordialmente no discurso jurídico-constitucional sobre a liberdade e igualdade religiosas.

Invocando RÉMI BRAGUE, "por que razão se procura meter o religioso em tudo, mesmo onde ele não é bem-vindo? Talvez por se considerar que é necessário"[33]. É mesmo. CABRAL DE MONCADA propõe que Direito e Religião estão, efetivamente, interligados por duas vias. "A primeira é a via moral. "No sistema das ideias morais dum povo, sobretudo dos povos da Europa polidos pelo Cristianismo, é deveras difícil querer separar rigorosamente a parte ética da parte religiosa"[34]. Nas sociedades modernas ocidentais assistiu-se a um crescimento galopante do secularismo – desde que NIETZSCHE descobriu *a morte* de DEUS o mundo religioso não voltou a ser o mesmo. Tal descoberta trouxe consigo o fim das *verdades absolutas*, cujo *espírito secular* já pairava no ar desde a Reforma Protestante, através de um olhar que observa para lá do Transcendente e que permite o aparecimento e consequente crescimento das ciências empíricas e racionais, culminando no atual processo de secularização, fenómeno inerente ao Ocidente cristão, segundo GIANNI VATTIMO[35]. Todavia, a verdade é que a herança judaico-cristã tem conseguido sobreviver a esta secularização, liderando "o nosso sistema de ideias morais e, através dele, o do nosso sistema jurídico"[36]. Nas palavras de VATTIMO,

> "a secularização do espírito europeu da idade moderna não é apenas a descoberta e a desmitificação dos erros da religião, mas também a

[29] "Do ponto de vista antropológico, está hoje cientificamente comprovado que o *homo sapiens* coincidiu com o aparecimento do *homo religiosus*, pelo que se percebe que a humanidade anda de mãos dadas com a religiosidade (…) A religiosidade é parte integrante da humanidade e, simetricamente, sem humanidade não há religiosidade" (BACELAR GOUVEIA, *Direito*, p. 19).

[30] Igreja enquanto corpo universal de cristãos (*ekklesia*). Abrange todos os fiéis que professem o Cristianismo, não se discernindo entre as várias confissões que dele nasceram (BRUNNER, *The Christian*, pp. 3 ss).

[31] CABRAL DE MONCADA, *Filosofia*, p. 141.

[32] *Ibid*, p. 140.

[33] BRAGUE, *Sobre a religião*, p. 23.

[34] CABRAL DE MONCADA, *Filosofia*, p. 142.

[35] VATTIMO, *Depois da Cristandade*, p. 90.

[36] CABRAL DE MONCADA, *Filosofia*, p. 142.

> sobrevivência, em formas diversas e, num certo sentido, degradadas, daqueles "erros". Uma cultura secularizada não é uma cultura que tenha simplesmente atirado para trás das costas os conteúdos religiosos da tradição, mas que continua a vivê-los como vestígios, modelos ocultos e deturpados, mas profundamente presentes"[37].

A secularização, ainda que germinada de um enfraquecimento da Religião, não revela um esquecimento da religião cristã[38]. Aponta para um declínio da posição axial, não para uma perda total de autoridade. O Cristianismo tem sofrido um *abrandamento* no que concerne à sua influência na sociedade moderna, mas mostra-se evidente que a perceção do conhecimento jurídico atual, quer ao nível da Ciência do Direito, quer ao nível da aplicação do mesmo, continua a espelhar factos procedentes do Cristianismo, bem como o legado judaico que teve por herança.

Não reduzo, todavia, a conceção de moral a algo unicamente representativo das sociedades que herdaram tal legado. A moral é parte inata a cada ser humano, que através dela reconhece ou valora ações e posições. O agir etica ou moralmente correto não constitui, por isso, exclusividade dos crentes, antes constituindo uma demarcação para a convivência em sociedade, inclusive nas sociedades influenciadas pelo ateísmo ou agnosticismo. Lembrando IMMANUEL KANT, a lei moral constitui *per se* uma condição formal e racional da liberdade do Homem; ela independe da crença no divino, pelo que os não crentes não são isentos da obediência à lei moral. Assim, todos os homens, porque racionais, encontram-se limitados pela moralidade[39], o que não anula a necessidade da crença em DEUS como algo de útil. Para o filósofo, a conceção judaico-cristã de uma divindade recompensadora do mal e galardoadora do bem no pós-morte pode funcionar como uma força motora na observância do dever moral: a vida terrena, plena de dor ou sofrimento, pode ser melhorada através da esperança numa imortalidade (da alma) concedida pela observância de normas morais decretadas por DEUS [40].

Outros autores modernos[41], sem qualquer ligação à Religião ou desejo prosélito, reconhecem a influência da LM nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Entre eles consta

---

[37] VATTIMO, *A sociedade*, p. 47. *Vide* ainda VATTIMO, *Acreditar em acreditar*, p. 32.
[38] MAX WEBER, ao contrário de VATTIMO, não concebia a ideia de secularização como enfraquecimento, mas sim como dessacralização. WEBER optou pelo termo "desencantamento" para se referir ao que VATTIMO chamava de secularização.
[39] KANT, *Critique of the Power*, pp. 315 ss.
[40] KANT, *Critique of Pure Reason*, pp. 680 ss.
[41] Cf. MARX, *Sobre*, pp. 56 ss; NIETZSCHE, *Genealogia*, p. 26.

JEAN-JACQUES ROUSSEAU, que engrandece a Nação de Israel e as suas leis que, contra todas as expectativas, perduraram no tempo. Para o filósofo, é algo verdadeiramente único

> "ver um povo expatriado, sem ter lugar ou terra por quase dois mil anos; um povo deteriorado (…) disperso, espalhado pela terra, escravizado, perseguido, desprezado por todas as Nações, mas que conserva ainda os seus rituais, as suas leis, os seus costumes, o seu amor patriótico e a sua união social (…). As leis de Sólon, de Numa, de Licurgo estão mortas. As de Moisés, ainda mais antigas, permanecem vivas. Atenas, Esparta e Roma pereceram e não deixaram descendência sobre a terra. Sião, embora destruída, não perdeu os seus. Eles conservam-se, multiplicam-se, estendem-se pelo mundo. Misturam-se com os povos, mas não se confundem. Não têm Chefes, mas são um povo; não têm Pátria, mas permanecem como cidadãos. Qual não é a força de uma legislação capaz de produzir tais prodígios; capaz de enfrentar conquistas, dispersões, revoluções durante séculos; capaz de sobreviver aos costumes, leis (…) De todos os sistemas de leis por nós conhecidos, alguns são entes de razão, cuja possibilidade é contestada; outros duraram apenas alguns séculos; outros nunca geraram um Estado bem constituído. Nenhum, exceto este dos judeus, passou por todas as provações e resistiu sempre. O judeu e o cristão concordam em conhecer nisto o dedo de Deus (…) Mas todos os homens, quem quer que sejam, devem nisso reconhecer uma maravilha única, cujas causas divinas ou humanas certamente merecem o estudo e a admiração dos sábios"[42].

A segunda via, a mais patente ao longo da História, é a da relação entre o Direito e a Religião[43], ou seja, entre os factos religiosos e o Estado. Mais do que uma influência moral, a díspar conexão entre o Estado e a Igreja (entre o político e o religioso) tem sido a maior prova da relação entre aquelas duas ordens normativas, ligação histórica que tem passado, com o avançar dos tempos, por períodos de maior ou menor proximidade, de pacífica cooperação a conflito aberto, até ao advento da secularização.

A secularização constitui um conceito que pode ser interpretado de várias óticas. Historicamente, relaciona-se com o Direito Canónico, através da passagem de um Estado regular a um Estado secular, a *saecularizatio*. Refere-se, também, à dispensa dos votos

---

[42] ROUSSEAU, *The Political Writings*, p. 356.

[43] Aqui, parto da ideia de que esta relação não teve origem no período de cristianização europeu, sendo anterior à formação de Israel enquanto Nação teocrática, com a ascensão de Saul ao trono hebreu, aproximadamente em 1048 a.C. Até ao reinado de SAUL, Israel não reconhecia a figura do monarca, antes contando com o sucessivo surgimento de patriarcas, profetas, sacerdotes e juízes que, sob legitimidade divina, governavam a Nação através de um modelo político estritamente confessional. Com o início da monarquia, ainda que os poderes político e religioso permanecessem intimamente ligados, sob o cunho da LM, procedeu-se a uma separação de poderes: aos sacerdotes e profetas estava incumbido o cumprimento da Lei Cerimonial e o aconselhamento da Corte, respetivamente, e aos reis, o governo da Nação. A par da realidade hebraica, não se olvidam outros ex. de íntima relação entre o poder político e o religioso, como a Grécia Antiga, de HOMERO, ou a *civitas* de Roma (MACHADO, *Liberdade*, pp. 15 ss).

religiosos a um clérigo regular e a sua incardinação numa diocese. Com a Revolução Francesa, o vocábulo "secularização" passa a aludir à expropriação das propriedades da IC pelo Governo revolucionário"[44].

Do ponto de vista filosófico-social, a secularização progrediu ao ritmo do avanço da Modernidade. As Ciências Científicas e Sociais passaram a alicerçar os seus pilares unicamente em valores seculares, largando um discurso teológico-confessional único até então dominante[45]. A Modernidade veio expor um pensamento cada vez mais desprovido de *religiosidade*, em oposição aos pensamentos tradicionais e conservadores defendidos até ali. O aperfeiçoamento da Ciência, a par da amplificação do Racionalismo, contribuiu para a descredibilização da Religião, das revelações sagradas do mundo e do Homem, ainda que não total ou permanentemente. De um modo descritivo, é possível aferir que o processo de secularização cooperou em larga escala para um decréscimo da relevância da IC na sociedade moderna, perdendo poder e autoridade sobre a vida privada e quotidiana dos cidadãos. Perdeu, assim, o monopólio religioso, o que contribuiu para o nascimento do pluralismo religioso e consequente liberdade e tolerância religiosas[46]. De facto, foi este pluralismo que deu vida ao processo de secularização, elementar para o benévolo funcionamento de uma comunidade político-constitucional[47].

Na ótica das confissões religiosas, a secularização é tida como a impulsionadora do declínio moral da sociedade, da indiferença e privatização do sagrado. Todavia, seguindo a tese de JÓNATAS MACHADO, "do ponto de vista do discurso jurídico-constitucional da liberdade religiosa, essas críticas não são inteiramente justificadas"[48]. Num discurso jurídico-constitucional, não se afigura correta a ideia de que a secularização se reduz a um decadência da religiosidade ou que o declínio do fenómeno religioso é fruto da secularização. Pelo contrário, a secularização é o caminho para a total independência do Estado relativamente à Religião e total autonomia da Religião face ao poder estatal. É a separação jurídico-constitucional do mundo natural do mundo transcendente, a linha inultrapassável entre duas ordens normativas. E isto não proclama uma diminuição do

[44] "Os neologismos *séculariser* e *sécularization* estiveram relacionados ao lento e tormentoso processo de afirmação de uma jurisdição secular - isto é laica, estatal - sobre amplos setores da vida social até então sob o controlo da Igreja" (MARRAMAO, *Céu e terra*, p. 19).
[45] SWOMLY, *Religious Liberty*, pp. 21 ss.
[46] Refiro-me à Reforma Protestante que potenciou o aparecimento e crescimento de pequenos grupos cristãos.
[47] PERRY, *Morality*, pp. 24 ss, 77 ss, 121 ss.
[48] MACHADO, *Liberdade*, p. 97.

sagrado, mas um *agitar de águas* que se consubstancia num aumento do pluralismo religioso[49].

A par disto, a secularização não deve ser vista como motor propulsor do declínio moral, mas como o processo político que visa valorar, em igualdade para todos os cidadãos, a liberdade e a responsabilidade individuais. Sem estes, a ideia de moralidade perde o seu sentido, mesmo para o *homo religiosus* guiado por uma ética religiosa: "fora da liberdade não há propriamente uma conduta valiosa ou desvaliosa, fora da liberdade carecem de sentido o paraíso cristão e a redenção, a ideia de pecado perde a racionalidade"[50]. Indubitavelmente este é um ganho da Modernidade, um marcante avanço moral da sociedade que rompe com séc. de coação sobre a consciência individual, de poder arbitrário, de uma sociedade estratificada e discriminadora no foro económico-social, étnico e religioso. A separação entre o Estado e a Religião tornou-se, assim, num dos pilares mais relevantes do Estado de Direito, formado no respeito pela dignidade humana e liberdade do cidadão, valores indispensáveis que permitem ao Homem, em igualdade, a tomada de posições públicas de acordo com as suas convicções religiosas e morais.

Por fim, deve ser rejeitada a ideia de indiferença e privatização do fenómeno religioso, que vê no secularismo uma tentativa de isolar o culto religioso nas igrejas ou casas privadas ou de retirar símbolos religiosos de espaços públicos. A privatização da Religião não se consubstancia num absoluto desinteresse estatal nem, tão pouco, numa perseguição com vista à proibição de manifestações de cariz espiritual ou de elementos de homenagem ao sagrado no espaço público[51]. Visa, tão somente, interditar uma apropriação coerciva (ou abusiva) do espaço público por parte de uma determinada igreja ou comunidade religiosa em detrimento de outras[52], preservando a Religião e o património cultural a ela associado. O ex. português é prova desta homenagem ao fenómeno religioso, através da inserção de elementos característicos do Cristianismo na esfera pública, carregados de simbolismo religioso, mas também histórico-cultural. Veja-se, por isso, o reconhecimento, por parte do legislador, do património cultural pertencente

[49] Em Portugal, segundos os mais recentes dados estatísticos apresentados pela CLR, durante a vigência da LLR, verifica-se um aumento significativo de confissões religiosas radicadas. Das mais de 800 confissões registadas, aproximadamente 90% pertencem ao universo evangélico.
[50] CAMPOAMOR, "Estado laico", *apud* MACHADO, *Liberdade*, pp. 98-9.
[51] MACHADO, *Liberdade*, pp. 100-1.
[52] HOLMES, *The Anatomy*, p. 207.

às confissões religiosas, dando-se destaque à IC (art. 4.º, n.º 4, Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro), através de um quadro de cooperação entre entidades públicas e privadas na proteção do património cultural religioso[53].

Em suma, a secularização não deve ser entendida como uma perseguição ao sagrado, uma discriminação contra o fenómeno religioso nas suas vertentes individuais e institucionais, mas como um processo baseado na liberdade e igualdade dos cidadãos, de modo o que estes possam viver de acordo com as suas convicções, no respeito pela lei. Cumpre, assim, ao Estado, providenciar todas as condições jurídico-sociais para que a liberdade religiosa seja uma realidade de facto. Contudo, apesar da *pressão* do secularismo sobre os Estados Constitucionais, que obriga a uma reavaliação dos pressupostos e axiomas valorativos que o constituem[54], nem sempre se torna exequível a neutralidade ética perante questões que afetam os direitos fundamentais. Pense-se, por ex., no casamento entre pessoas do mesmo sexo e a repercussão que este direito teve nas confissões religiosas que defendem, quer nas suas doutrinas, quer na suas práticas sacramentais ou litúrgicas, o casamento heterossexual.

Seja por via moral ou relacional, incontestável é que o Direito absorve factos religiosos e, direta ou indiretamente, fundamenta diversos direitos e instituições do Direito na religião cristã, não como uma obrigação confessional, mas como um reconhecimento da Religião como autotranscendente. O Direito olha para além dos ritos litúrgicos ou de fé coerentes com as várias confissões cristãs: observa os mandamentos de um Ser transcendente, que promovem a Justiça e a paz, e deles parte para construir uma Lei Fundamental que promove, de igual modo, a Justiça e a paz na sociedade[55].

Parece igualmente irrefutável que a Religião seja vista como um constituinte cultural com profundas raízes em todas as sociedades, inclusive nas que se apresentam *mais secularizadas*. Com a promulgação de Leis Fundamentais ditas *abertas*, fruto de uma mutação constitucional[56] e intrínseca adaptação a uma civilização crescentemente

---

[53] PEREIRA DA SILVA, "O património cultural, pp. 197 ss.

[54] ROMPUY, *Christemtum*, pp. 24 ss.

[55] O Direito é "o conjunto de normas de conduta social, estabelecidas em vista da Justiça, da Paz e do Bem Comum, dotadas de generalidade, e impostas pela força quando necessário e possível" (GALVÃO TELLES, *Introdução*, p. 27)

[56] LOEWENSTEIN, *Teoría*, p. 165. O autor entende a mutação constitucional produz uma metamorfose da própria conceção do poder político e da organização social, o que não altera o texto constitucional *per se*, não se confundindo, por isso, com a figura revisão constitucional. CASTRO, *A Constituição*, p. 29, defende, de igual modo, que a abertura da Constituição está intrinsecamente ligada à mutação constitucional que se reflete numa mudança da mentalidade sociopolítica, com efeitos na ordem jurídica.

plural, ignorar a existência das religiões, sejam elas quais forem, equivale, em bom rigor, a negar o legado que a Religião nos tem deixado (particularmente o Judaísmo e Cristianismo, no caso português) e a violar a ideia de Estado de Direito democrático, criando-se, assim, uma ideia mal concebida de Estado laico. Este, quando devidamente compreendido,

> "não professa, pois, uma ideologia "laicista", se com isto entendemos uma ideologia irreligiosa ou antirreligiosa. A relação entre temporal e espiritual, entre norma e fé, não é relação da contraposição, e sim de autonomia recíproca entre dois momentos distintos do pensamento e da atividade humana. Igualmente, a separação entre Estado e Igreja não implica, necessariamente, um confronto entre os dois poderes"[57].

Neste sentido, procuro demonstrar que a existência desta dualidade (Direito e Religião) é uma realidade que não se anula entre si, podendo o Direito, através da CRP, *relembrar o discurso mosaico* que se fez chegar até nós através das Sagradas Escrituras, legitimando-o. Contudo, não almejo, com isto, acolher a tese de que a Religião deve ser inteiramente assimilada pelo Direito, pois tal culminaria numa intromissão imprópria desta no mundo jurídico-político, mas sim demonstrar que a Religião (em concreto, a LM) apresentou primeiramente um conjunto de mandamentos alicerçados em valores universais e perpétuos ditados e explanados por Deus, que hodiernamente encontram reconhecimento no ordenamento jurídico-constitucional português. A confirmação disto consta da relação de coincidência que, por vezes, existe entre o Direito e a Religião, ou seja, entre as normas jurídicas e as normas religiosas, quer num contexto de unitarismo religioso, quer num contexto de pluralismo religioso[58]. O ex. típico desta relação é o do mandamento bíblico "*não matarás*", que se faz presente no nosso ordenamento jurídico.

## III. FIXAÇÃO TERMINOLÓGICA

Neste ponto do trabalho impõe-se encarar um quesito prévio, sob pena da dúvida conceptual cobrir todo o corpo da tese. Importa, desde já, apresentar um sentido claro e profícuo para um leque de conceitos que irão acompanhar-me desde as primeiras linhas desta investigação, que possibilite interpretar a sua aplicação na doutrina nacional e estrangeira, permitindo, assim, que tal interpretação analítica e crítica culmine num

[57] BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, *Dicionário*. I, p. 670.
[58] BACELAR GOUVEIA, *Direito*, pp. 21-22.

resultado científico rigoroso. É basilar fixar previamente uma constelação de conceitos fundamentais extrajurídicos simplificadora do bom entendimento das questões que pretendo tratar. Refiro-me aos conceitos de Religião, LM e Decálogo.

Principio pelo esclarecimento da conceção de Religião. O Direito, enquanto ordem normativa, regula a vida do Homem em sociedade, mas não é a única. A Religião constitui, de igual modo, uma ordem normativa, ainda que apresente diferentes contornos, não se confundindo com a ordem jurídica. A Religião disciplina a relação entre o Homem e o Divino, apresentando uma *transcendência* que não se verifica no Direito. Ainda que a Religião, através das suas leis, preceitue ao Homem uma conduta exteriormente observável, destina-se principalmente a legislar sobre o lado interno ou transcendente do ser humano. Nesta análise, irei observar que o Decálogo apresenta ao Homem mandamentos de observância externa e interna, quer na sua conexão com DEUS, quer na relação com o seu semelhante, deixando à vista uma breve conclusão: as ações do *homo religiosus* são a consequência imediata da sua convicção religiosa. Tal como as normas jurídicas, também as normas (ou mandamentos) formam a Religião, as quais "pertencem ao mundo espiritual, que se dirigem ao homem como ser inteligente (…), são essencialmente violáveis"[59]. Apresentam características de imperatividade, reguladoras da vontade do Homem, indicando os fins e como proceder ou não proceder de forma a alcançar os mesmos, ou seja, declaram *o que deve ser*[60].

Abordar o conceito de Religião não é tarefa fácil para um jurista. Defini-lo debaixo de um cunho constitucional é uma missão exigente. Como alude JOHN NOONAN, "sociólogos, e historiadores, burocratas e juízes procuram definir a Religião. Mas a religião é uma relação com Deus; Deus não é uma definição. E a definição não reflete a comunicação viva entre o crente e Deus, que é o cerne da questão"[61].

O autor expõe um conceito monoteísta de Religião, deixando de fora os pensamentos politeísta ou não teísta. Não é um conceito rigoroso quanto à relação do Homem com o divino, pois religiões há que apresentam a existência de vários deuses e outras, como o Budismo, Confucionismo ou Xintoísmo, que se mostram não teístas[62]. A existência de várias religiões, tão distintas entre si, complica a definição de um conceito

[59] EIRÓ, *Noções elementares*, p. 29
[60] *Ibid*.
[61] NOONAN, *The Lustre*, p. 2.
[62] Neste sentido segue também RAIMUNDO, "Direito Administrativo", pp. 236-7.

universal e neutro de Religião. Assemelha-se intrincado, assim, observar a universalidade e neutralidade a partir de uma ótica individual – cada Religião é única, podendo ser tratada como "uma categoria alarmantemente ampla e difusa, sem qualquer característica realmente distinta"[63].

ÉMILE DURKHEIM entende que o que distingue a Religião é o contraste entre o sagrado e o profano, apresentando-a como "um sistema unificado de crenças e práticas relativas a coisas sagradas, isto é, a coisas colocadas à parte e proibidas – crenças e práticas que [se] unem numa comunidade moral única (…) todos os que as adotam"[64]. Trata-se de uma definição ampla, de difícil absorção para o Direito, tendo consideração o *mysterium tremendum et fascinans* que é o sagrado por oposição ao profano, tudo o que fica do lado exterior do templo[65]. DURKHEIM defende uma ideia de Religião que não se baseia apenas numa crença num Ser divino e transcendente, mas num sistema de crenças e práticas coletivas dotadas de carácter sagrado[66]. No fundo, apresenta uma Teoria de Religião como tudo o que não é profano ou mundano, deixando para o Direito a impossível tarefa de avaliar o que é, ou não é, profano. "Torna-se complexo definir Religião de um modo que contemple a visão de todas, e tal somente se deve às diferentes bases doutrinárias que estão na génese de cada uma"[67]. Tal façanha não faz parte das suas competências.

PAULO ADRAGÃO partilha igualmente desta intricada tarefa e aponta uma possível solução - apresentar um conceito tipológico e aberto, partindo de constituintes típicos das religiões, olhando às suas revelações humanas e sociais, ainda que lhes reconheça a sua inexecutável delimitação, a saber: "1. A crença numa realidade transcendente, divina. 2. O apelo a autoridades e conteúdos veritativos de origem e valor extrarracional. 3. Uma conceção global do mundo e da vida que implica uma determinada doutrina moral. 4. As necessárias manifestações externas, pessoais e comunitárias, de homenagem à divindade, denominadas tradicionalmente cultuais ou litúrgicas"[68].

---

[63] MCGRATH, *Paixão,* p. 175.
[64] CHINEY, *Sociedade*, p. 492.
[65] OTTO, *O sagrado*.
[66] BORGES, *Religião,* p. 30.
[67] ALVES PRATAS, *O Direito,* pp. 17-8. Cf. ainda FOLQUE, "Portugal a caminho", p. 272.
[68] ADRAGÃO, *A liberdade*, p. 16.

MACHADO, investigando sobre o conteúdo constitucional do conceito de Religião[69], reconhece igualmente a dificuldade de abordar um conceito constitucional de Religião, referindo que "num contexto de diversificação dos grupos que se declaram de uma natureza religiosa, o que sucede é que os sistemas de crença de que os mesmos são portadores parece nada possuírem em comum que permita distingui-los com precisão de todos os outros sistemas, designadamente os de natureza ideológica ou filosófica"[70].

Perante esta complexidade, a definição não deve ser restritiva ao ponto de colocar a própria democracia em risco, por se excluir determinadas confissões religiosas minoritárias, mas não deve ser, de igual modo, ampla, pois que a CRP confere determinados direitos às igrejas e comunidades religiosas que, se utilizados de modo excessivo, perderiam a sua razão de ser[71]. Não obstante, é exequível elencar características comuns às várias religiões, tais como o lado visível e público da fé, o que permite ao crente viver de acordo com o dogma ou verdade inquestionável em que acredita, a pautar a sua vida pela sua convicção religiosa, ou seja, "os imperativos religiosos são entendidos pelo sujeito [religioso] não como emanações endógenas da sua consciência, mas como imposições de natureza objetiva e exógena"[72]; o lado invisível e privado da fé, através da crença num sobrenatural responsável pela criação do Universo e do Homem e pela eternidade vindoura, que predestina o destino das almas[73]. É o desejo pelo sobrenatural Criador da eternidade passada e futura que chama a atenção do Homem e o faz ser obediente às leis religiosas, sejam elas normativas ou metafísicas.

Concordo com a ideia estruturante do conceito de Religião de MACHADO, a qual adoto. No passado, houve oportunidade de propor *um possível conceito* de Religião, com base em tais características, o qual se pauta por um "conjunto de práticas, levadas a cabo por uma comunidade com um sentido de fé idêntico, que ligam o Homem ao divino [ao transcendente], numa atitude de reverência"[74], práticas essas decretadas por um Ser superior (*YAHWEH*, na conceção judaico-cristã). É este legislador divino quem regula tais práticas, públicas e privadas, que determinam o comportamento do crente perante o seu *deus* e o próximo. Trata-se, portanto, de um conceito que aborda o lado visível e público

[69] MACHADO, *Liberdade*, pp. 208 ss.
[70] *Ibid*, p. 211.
[71] *Ibid*, p. 217.
[72] *Ibid*, p. 219.
[73] *Ibid*.
[74] ALVES PRATAS, *O Direito*, p. 21.

do crente ou da comunidade, através das suas práticas e ritos, e o lado mais íntimo, que liga ambos de modo sobrenatural e metafísico.

Possivelmente, tais abordagens ao conceito de Religião não apresentam um conceito fechado e linear. Para HANS-JÜRGEN GRESCHAT, "o facto de não possuirmos uma definição universal de Religião é um defeito, mas não uma catástrofe"[75], mas cogitar sobre o conceito permite entender com maior clareza a conexão entre esta ordem normativa e o Direito.

Como supramencionado, não releva, para este estudo, abordar o lado sobrenatural e metafísico desta relação. Ainda que o Direito e a Religião tenham alguma proximidade, há determinadas questões que dizem respeito apenas à ordem em que se incluem, não devendo conglomerar-se, sob pena de o Direito invadir uma esfera metafísica e privada[76] que não é a sua ou a Religião imiscuir-se em questões jurídico-políticas que podem ferir a essência de um Estado de Direito democrático[77]. Abordarei, assim, somente o lado público desta relação, no contexto da religião cristã, herdeira do Judaísmo, que naturalmente tem acompanhado o aparecimento e amadurecimento dos Estados ocidentais, "em cujo contexto nasceram e se desenvolveram muitas das nossas atuais instituições político-constitucionais"[78]. Assim, analiso minuciosamente a LM, no seu elenco perpétuo e universal (Decálogo), tal como se encontra em Êx 20:1-17, com o intuito de explanar o cumprimento normativo do Cristianismo, no contexto em que foi elaborada e na conjuntura atual. Com base nas conclusões que retirarei deste ponto, poderei, de imediato, comparar com o elenco normativo correspondente na CRP.

Com este ponto em mente, torna-se pertinente clarificar a noção de LM. A LM é o primeiro de vários códigos que constam da Bíblia Sagrada[79], sendo formado por seiscentos e treze preceitos: trezentas e sessenta e cinco injunções negativas, como o número de dias de um ano solar, e duzentas e quarenta e oito injunções positivas,

---

[75] GRESCHAT, *O que é a Ciência*, p. 21.
[76] Veja-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595, 602 (1979), na qual se institui a proibição dos tribunais decidirem sobre disputas entre igrejas quanto a questões doutrinárias e teológicas.
[77] A chamada *relação de indiferença*, nas palavras de BACELAR GOUVEIA, *Direito*, p. 22.
[78] *Ibid*, p. 23.
[79] São vários os códigos bíblicos, a saber: o Decálogo; o Pacto de *YAHWEH* com Israel, (Êx 34:10-26); o Livro da Aliança, (Êx 20:22-23:19); o Código de Dt, invocado especialmente no Reino do Norte (cap. 16 a 19); a Lei da Santidade (Lv 17 a 26 e Ez 40 a 48); a Legislação Sacerdotal, que se encontra ao longo de todo o Pentateuco; a Lei de Jesus, explanada ao longo do Evangelho de Mt; os Códigos Éticos, explicados nas Epístolas do NT.

correspondentes às partes do corpo humano. Trata-se de uma lei revelada por *YAHWEH* a Moisés, o intermediário entre o povo hebreu e o Divino[80], "educado em toda a ciência dos egípcios e poderoso em palavras e obras"[81]. A *Torat Moshe* revelava-se tão inovadora que ANDRÉ-MARIE AMPÈRE chegou a afirmar que "ou Moisés possuía uma cultura científica igual à que temos no séc. XIX, ou era inspirado"[82]. Não existem documentos que o atestem, mas, atendendo à proximidade com o faraó, deduz-se que MOISÉS tenha recebido uma educação de excelência. Sabe-se, através da descoberta dos *tablets* de Tell el-Amarna, que, nos dias de MOISÉS, existia uma relevante cultura literária no Oriente Próximo e Médio, pelo que se estipula que o líder hebreu tenha aprendido a escrever nos hieróglifos egípcios e na escritura cuneiforme acádia e alfabética, idêntica ao hebraico[83].

A LM tem como escopo primordial aclarar do comportamento da jovem Nação de Israel perante o seu DEUS e a sociedade, através de mandamentos. As várias normas inscritas, que constituem o universo do DH, encontram-se espalhadas ao longo de todo o Pentateuco, dividindo-se em três partes distintas: a Lei Moral ou Decálogo[84], a Lei Civil ou Judicial e a Lei Cerimonial ou Sacrificial.

A expressão "Lei de MOISÉS" aparece pela primeira vez em Js 8:32, quando JOSUÉ, sucessor de MOISÉS, renova a Aliança com DEUS, reescrevendo a Lei em pedra, no Monte Ebal. Todavia, a Lei antecede este momento. A sua origem remonta ao momento em que Deus entrega a MOISÉS, no Monte Sinai, duas pedras com a inscrição dos *Dez Mandamentos*, um conjunto de normas morais tão elevadas e avançadas para o seu tempo, de tal modo que, na sua maioria, ainda hoje têm aplicação universal (*Asseret Haddebarin*)[85]

A dispersão à escala global e a influência da LM, sobretudo nas sociedades ocidentais, deve-se à expansão do Cristianismo, que acolheu, na sua doutrina teológica, trechos do *Tanakh*[86]. Desde logo, o Cristianismo constituiu o veículo transmissor dos valores da LM por todo o mundo, bem como a sua consolidação primária nas sociedades ocidentais, em especial, no Direito Romano cristianizado e no Direito Canónico. Tal não

[80] Êx 20:19.
[81] At 7:22.
[82] ALTAVILA, *Origem*, p. 18.
[83] CHAMPLIN, *Enciclopédia*. IV, p. 334.
[84] Para CALVINO, *Institutes*, p. 226 ss, o Decálogo constitui a divina formulação da Lei Moral.
[85] PETERS, "*The Religion of Moses*", p. 101.
[86] A chamada Bíblia hebraica.

se inicia com o reconhecimento do Cristianismo como religião oficial do Império Romano, em 380, pelo Édito de Tessalónica (*De Fide Catolica*), decretado por TEODÓSIO I, mas com a fundação da Igreja Primitiva[87], em Jerusalém, na Festa do *Shavu'ot* ou Dia de Pentecostes (At 1:8; 2). A mesma ótica segue HAROLD BERMAN, que assevera que o Cristianismo, impregnado dos aspetos jurídicos, religiosos (com exceção dos elementos sacrificiais) e morais da LM, influenciou, assim, a génese das Instituições e do Direito: "os sistemas jurídicos de todos os países ocidentais e de todos os países não ocidentais que sofreram influência do Direito ocidental são um resíduo secular de atitudes e pressupostos religiosos que historicamente encontraram expressão primeiro na liturgia, nos rituais e na doutrina da Igreja, e depois nas Instituições, conceitos e valores do Direito"[88].

O cerne da análise acha-se no Decálogo, o centro moral da *Torah*, que contém, em forma de mandamentos, os pilares morais elementares da sociedade: o respeito pelo trabalho e descanso, pelo ambiente, pela vida humana, pelo casamento e família, pela propriedade e pelo bom nome[89], valores atualmente defendidos nos mais diversos institutos do Direito: proteção do ambiente, proteção do direito ao trabalho e descanso, proteção da vida humana, mediante a criminalização de atos contra a mesma, proteção jurídica do casamento, filiação e sucessão, proteção do idoso, proteção do direito de propriedade e do bom nome ou da honra.

Para efeitos do art. 41.º, n.º 4, regra constitucional norteada pelo princípio da separação entre o Estado e as igrejas (ou a Religião), não se acolhe a intromissão de dogmas ou doutrinas de cariz religioso na formação dos ordenamentos jurídicos; mas tal não determina a fundação de ordenamentos ou institutos jurídicos desprovidos de uma *ideia* de moral. Entende-se que a linha que destrinça o Direito da Moral (ainda que com fundamento religioso, como sucede na *traditio* judaico-cristã) é ténue, pois que todo o indivíduo titular de direitos e deveres perante o Estado é, primeiramente, um sujeito moral. Com efeito, a LM prima pelo reconhecimento do Homem como eterno ser moral, pelo que se tornaria improcedente olhar para a mesma apenas como um código de regras, desmerecendo os valores morais a ela inerentes. Tal culminaria no incumprimento das

[87] Sobre a Igreja Primitiva, entre outros, PELIKAN, *The Christian*, pp. 11 ss; WALTON, *A história*, pp. 11 ss; TILLICH, *História*, pp. 38 ss; NICHOLS, *História*, pp. 30 ss.
[88] BERMAN, *Direito*, p. 213.
[89] Êx 20:13-6.

normas, que carecem da moralidade dos sujeitos titulares de direitos e deveres para desejarem observá-las, em prol do bem comum e da comunidade:

> "se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa [de] encontrar uma forma de incutir nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum. Ela não pode ser indiferente às atitudes e disposições, aos "hábitos do coração" que os cidadãos levam para a vida pública, mas precisa [de] encontrar meios de se afastar das noções da boa vida puramente egoístas e cultivar a virtude cívica"[90].

Como referido, o Direito é, a par da Religião, uma ordem normativa. O grande desafio desta análise jaz no facto de o Judaísmo não distinguir entre os aspetos morais e religiosos da Lei, facto que o Cristianismo, herdeiro do legado judaico, perpetuou. Em Dt, onde se renova a Aliança com DEUS, dita-se novamente a Lei, para recordação das gentes antigas e conhecimento dos mais jovens. Ali, a narrativa bíblica deixa antever a moralidade da Lei de modo objetivo: a Lei é eterna e universal, regula as relações entre os seres humanos através de imperativos morais e revela o aspeto religioso "como garantia do fundamento absoluto dos valores morais, assim como da sua realização no mundo. Sem Religião, portanto, não há Moral"[91].

HANS KELSEN, ao dissertar sobre o conceito de Direito, parece entender a complementaridade entre o Direito, a Moral e a Religião, expondo que aquele constitui-se como

> "uma ordem da conduta humana. Uma "ordem é um sistema de regras. O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras (…) É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos [a] nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica, é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida"[92].

Perseguindo os mesmos fins da Moral e da Religião, ainda que por métodos díspares, define o Direito como

> "um meio social específico, e não um fim. O Direito, a moralidade e a religião, todos os três proíbem o assassinato. Só que o Direito faz isso estabelecendo que, se um homem cometer assassinato, então outro

[90] SANDEL, *Justiça*, p. 325.
[91] VÁSQUEZ, *Ética*, p. 86.
[92] KELSEN, *Teoria geral*, p. 5.

> homem, designado pela ordem jurídica, aplicará contra o assassino certa medida de coerção prescrita pela ordem jurídica. A moralidade limita-se a exigir: não matarás (…) As normas religiosas encontram-se mais próximas das normas jurídicas do que as normas morais. Pois as normas religiosas ameaçam o assassino com a punição por uma autoridade sobre-humana"[93].

Quer tal significar que, quer o Direito, quer a Religião, vão mais além nos fins que prosseguem. Enquanto a Moral se foca na exigência moral ou ética à comunidade ou ao indivíduo, sem punição póstuma, o Direito e a Religião apontam para o carácter coercitivo da proibição. Por ex., referindo-me aqui sumariamente ao conteúdo da LM, a parte moral da mesma diz: "*Não matarás*" (Êx 20:13), a parte jurídica ou civil acrescenta a sanção e o sujeito sancionado pelos poderes delegados por DEUS[94], decretando: "*Quem ferir alguém, que morra, também certamente morrerá*" (Êx 21:12), e a parte religiosa apresenta a sanção final, no que à alma do *reus* diz respeito (caso não se verifique uma confissão e perdão de pecados[95]): "*Mas, quanto (…) aos homicidas, (…), a sua parte será no lago que arde com fogo e enxofre, o que é a segunda morte*" (Ap 21:8). As normas religiosas têm, assim, uma letra metafísica, que, quando comparadas com as normas jurídicas, apresentam uma maior eficiência: o *sujeito* observa-as porquanto são oriundas de DEUS, o Criador, autoridade máxima na vida e na morte[96]. Todavia, a sua eficácia está sujeita à "crença na existência e no poder de uma autoridade sobre-humana"[97], algo que depende apenas da consciência e convicção do ser humano.

## IV. RAZÃO DE ORDEM E DE MÉTODO

A fim de dar resposta às questões fundamentais enunciadas, proponho uma estrutura deliberadamente simples, composta por três partes distintas. A Parte I divide-se em duas seções diferenciadas: a primeira, respeitante ao enquadramento teorético da LM, através de um discurso teológico-confessional, aprimorado na Parte II, e a segunda seção, inteiramente dedicada à análise da CRP, onde prevalece um discurso jurídico-constitucional. Primeiramente, debruço-me sobre a LM como fruto de uma época histórica, determinada por um povo, pela sua cultura e religião. Apresento um quadro

[93] *Ibid*, pp. 28-9.
[94] O líder, o juiz ou o rei, segundo o AT.
[95] I Jo 1:9.
[96] Lc 12:5.
[97] KELSEN, *Teoria geral*, p. 29.

geral das duas Leis, globalmente visualizadas, sem olvidar os elementos *suis generis* de natureza axiológica, sociológica e jurídica que as caracterizam. Ainda na Parte I, proponho uma evolução histórico-dogmática da LM (sem omitir os sistemas jurídicos que a antecederam e sucederam no tempo) e da CRP, essencial para a compreensão da Lei Moral enquanto parte de um sistema normativo universal (Cristianismo) e a sua influência no pensamento jurídico-constitucional contemporâneo, considerando a evolução do pensamento humano, através do tempo, com o escopo primordial de aperfeiçoar a vida do Homem em sociedade.

Na Parte II, explicadas as regras da hermenêutica e exegese bíblicas que permitem efetuar um estudo inequívoco e imparcial dos textos bíblicos utilizados, proponho uma análise comparativa da LM e da CRP segundo quatro parâmetros diferenciados: *i)* elementos históricos e sociológicos; *ii)* a originalidade das Leis, *iii)* os Preâmbulos; *iv)* os mandamentos e os direitos e deveres fundamentais.

Em razão de o ponto de partida da análise ser o Decálogo, cinjo-me aos mandamentos e princípios nele consagrados, opondo-os aos correspondentes direitos e deveres consagrados na CRP[98]. O principal escopo de tal façanha é o de obter a essência das regras e princípios mosaicos, a fim de apresentar uma reflexão jurídica útil à sociedade atual.

Na Parte III deste estudo, sem pretensão de exaustão do tema, que se revela pertinente mas complexo, procuro refletir sobre o Estado Constitucional e o princípio da neutralidade religiosa. Partindo da convicção de que a LM, através dos valores nela consignados, manifesta algum influxo material no pensamento ocidental, analiso a relação do Estado com a Religião na esfera pública, tendo por base o princípio da neutralidade religiosa ou da laicidade do Estado, associado ao princípio da separação do Estado das igrejas, para efeitos do art. 41.º, n.º 4. Sabendo que a religião judaico-cristã influenciou e estabeleceu determinados axiomas normativos que estão, na atualidade, na base dos valores, princípios e direitos fundamentais do Estado Constitucional, busco aferir da natureza da relação Estado/Religião face à consagração constitucional da laicidade do Estado.

Metodologicamente, para lá do estudo documental analítico-crítico das Partes I e III, a Parte II apresenta um estudo de Direito Comparado que pretende observar as Leis

[98] Cf. Anexo II.

supramencionadas enquanto institutos jurídicos de ordens normativas distintas, sem olvidar relevantes frações de macrocomparação, tais como elementos jurídicos, metajurídicos e históricos[99]. Não se trata, por isso, de um estudo microcomparativo *típico*, pois que seria contraproducente apresentar uma análise meramente microcomparativa deste teor e dimensão ignorando os contextos (ou factos históricos) em que os institutos a comparar se encaixam – tal feito culminaria num trabalho de precisão duvidosa. Desta forma, são analisados e comparados *elementos jurídicos*, ou internos, como o pensar do Direito, enquanto conjunto de normas que regulam comportamentos, e a estrutura das mesmas regras[100]; *elementos metajurídicos*, ou não jurídicos, que influenciam o instituto jurídico em comparação, tais como a Religião e a Moral judaico-cristãs, enquanto ordens normativas, a posição da pessoa na sociedade em que se insere, valores basilares que sustentam o ordenamento jurídico, elementos económico-sociais, culturais e linguísticos; e *elementos históricos*, que apresentam uma evolução histórica cronologicamente detalhada, pois que nenhum instituto jurídico se compreende sem tais dados. Neste sentido, os elementos em análise, obrigatoriamente comparáveis[101], serão devidamente isolados do seu sistema jurídico para que se leve o processo comparativo a bom porto.

A metodologia utilizada entende-se como interdisciplinar, porquanto se cruza o Direito com a História, Geografia, Arqueologia, Filosofia, Sociologia, Estudos Culturais e Teologia. Analisar detalhadamente o Decálogo, comparando-o com os direitos fundamentais correspondentes na CRP, só é praticável se se olhar ao contexto histórico-cultural de então, pelo que o recurso a estas áreas do saber mostra-se imperioso. Para se chegar à solução do problema fundamental torna-se imprescindível diligenciar o cordial debate entre as ordens do Direito e da Religião.

A presente tese não pretende ser, de todo, um conjunto de ideias apologéticas sobre a necessidade de um *domínio judaico-cristão* na esfera do Direito. O objetivo é o de proporcionar ao leitor um contributo (inicial, pois que muito fica por aprofundar) fundamentado numa panóplia de pensamentos jurídicos, filosóficos e religiosos que, no meu entendimento, espelham as marcas da influência judaico-cristã no Direito português, com o intuito de reacender, tanto quanto possível, um debate que parece, desde há muito tempo, ter ficado esquecido na mente dos juristas.

---

[99] *Ibid*, p. 21.
[100] *Ibid*, p.21.
[101] MENDES, *Direito Comparado*, p. 25.

# PARTE I

## EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOGMÁTICA:

## A LEI MOSAICA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976

# CAPÍTULO I – A *TORAH* COMO BERÇO DO JUDAÍSMO E CRISTIANISMO

*Noli foras ire, in teipsum redi;*
*in interiore homine habitat Veritas.*
Agostinho de Hipona

## § 1.º A BÍBLIA SAGRADA: DO DISCURSO TEOLÓGICO-CONFESSIONAL DO *TANAKH*

### 1.1. NOTA INTRODUTÓRIA

A Bíblia tem sido, ao longo dos séc., alvo de incomensuráveis apreciações mais ou menos positivas. Por um lado, pessoas há que assumem publicamente o seu desprezo por ela, como sucedeu com VOLTAIRE, no séc. XVIII, quando vaticinou o seu desvanecimento num prazo de cem anos. Por outro lado, há quem arrogue declaradamente a sua valorização, como KANT, que não silenciou ter sentido "mais conforto com uma simples linha da Bíblia do que com todos os outros livros" que já lera até então[102].

A era contemporânea não fez cessar os debates em torno da Bíblia – afinal, o seu conteúdo não é apelativo. Por vezes é insólito e aparentemente vingativo, utópico, nacionalista, hipócrita. Todavia, é o livro mais relevante nas civilizações ocidentais, e nele está consignada a LM, base fundacional do Judaísmo e do Cristianismo com uma influência histórica nas Constituições ocidentais[103].

A Bíblia apresenta uma narrativa dualista, em que as esferas do poder religioso e do poder político se manifestam concêntricas, tendo a primeira supremacia na generalidade das conjunturas históricas de Israel. Em Gn revela o postulado inaugural que fundamenta o discurso judaico-cristão: a criação divina dos céus e da terra, e de tudo quanto subsiste neles e a partir deles, desde a fauna à flora (Hb 11:3). DEUS criou e viu que tudo quanto criara *era bom*[104]. Mas quis mais, e dispôs-se a gerar o homem e a mulher

---

[102] DEVER, *A mensagem*, p. 21.

[103] BURNSIDE "The Spirit", p. 1. Na jurisprudência, *McCreay County v. American Civil Liberties Union of Ky* [2005] 545 US 844: "os Dez Mandamentos são a fundação da *rule of law*, e um símbolo do papel que a Religião teve e continua a ter no nosso sistema de governação".

[104] "Cada coisa é criada "segundo as suas espécies", e não como um caos de espécies, de objetos ou de propriedades. (…) Esta consistência das coisas criadas, cada uma com a sua natureza própria, determina a relação do Criador com as criaturas. DEUS espera – e nem podia ser de outra maneira – que as coisas que Ele próprio criou produzam efeitos que a natureza dessas mesmas coisas exprime" (BRAGUE, *Sobre a religião*, p. 76).

"*à sua imagem*"[105] (*imago Dei*). E reconheceu que, assim, o plano da criação ficara *muito bom*[106]. Concedeu-lhes terra para habitação e administração, à qual denominou *gan-ʿĔḏen* (Jardim do Éden), o espelho do Paraíso na Terra. Conquanto, mais lhes foi outorgado - uma interdição: "*De toda a árvore do jardim comerás livremente, mas da árvore do conhecimento do bem e do mal não comerás; porque, no dia em que dela comeres, certamente morrerás*" (Gn 2:16-7). Ainda assim, num ímpeto de insurreição, ADÃO e EVA ingeriram o fruto proibido[107]. A sua desobediência apartou-os do Criador. Mediante a queda do Homem, entendeu DEUS *reiniciar* a vida em sociedade, promulgando um conjunto de mandamentos com carácter moral, jurídico e religioso[108].

Segundo a conceção cristã, as narrativas bíblicas encaixam-se entre a revelação inicial e escatológica *deste* DEUS. De Gn a Ap, abundam os anais históricos de Israel, uma comunidade política assente numa conceção de matriz religiosa, com um passado misto de glória e de humilhação[109]. Não obstante a acuidade de tais crónicas, o que mais releva no Cristianismo é a capacidade de interpretação lógica e fidedigna ao enunciado primário, longe dos legalismos farisaicos, que dá à luz uma nova máxima: a de que todos os homens e mulheres, "só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor"[110].

### 1.2. A BÍBLIA

O vocábulo Bíblia tem origem no grego *bíblia*, que constitui o plural de *bíblion*, «livro», significando, portanto, «livros». Assume-se que a palavra tenha derivado da cidade de Biblos, na antiga Fenícia, (na Bíblia citada como Gebal)[111], um dos mais antigos e relevantes centros de produção de papiro.

Resultado material de um desenvolvimento histórico divinamente inspirado, de acordo com a matriz cristã, a Bíblia é composta pelo AT (*Tanakh*, na terminologia hebraica) e NT, e constitui "a principal fonte de ensinamentos religiosos e éticos da nossa

[105] Gn 1:27.
[106] Gn 1:31.
[107] VOEGELIN, "Order and History", pp. 55-6.
[108] SICKER, *The Judaic State*, pp. 7 ss.
[109] PFEFFER, *Church*, pp. 5 ss.
[110] MIRANDA, *Manual*. IV, p. 17.
[111] Js 13:5, I Rs 5:18, Ez 27:9 e Sl 83:7.

civilização"[112]. Formada por diversos textos literários[113], as nomenclaturas AT e NT[114] são utilizadas desde os últimos anos do séc. II d.C., de modo a destrinçar as Escrituras hebraicas das Escrituras cristãs[115].

Escrito o *Tanakh* inicialmente em hebraico[116], a fim de ser de acesso livre aos hebreus, é no decorrer dos séc. III a I a.C. que os cristãos gregos procedem à sua tradução para o grego[117], apelidando a Bíblia de *ta Bíblia*, isto é, «os livros». Por ocasião, em momento ulterior[118], da tradução da Bíblia para o latim (*Vulgata*), verte-se o seu título para o singular, declarando-se a Bíblia como «o Livro».

JEAN-LOUIS SKA refere-se ao AT como uma espécie de Biblioteca Nacional formada com os "escritos fundamentais do povo de Israel"[119], como as leis mosaicas, crónicas ou anais dos reis de Israel e Judá que constituem "autênticos arquivos de Estado"[120]. CHARLES LOBINGIER recorda o AT como um rico repositório da jurisprudência hebraica, em especial, nos trechos da *Lei e dos Profetas* (*Torah* e *Nevi'im*), a que acrescem os Escritos (*Ketuvim*)[121].

Os autores do NT consideraram sempre os livros do AT como uma unidade única[122]. Para estes apóstolos, o AT apontou sempre para JESUS, "o Homem que cumpriu toda a Lei; o Sacrifício e o Sumo Sacerdote das ordenanças rituais; o Profeta, Sacerdote e Rei anunciado de antemão pelos Profetas; e o Esposo descrito nos livros poéticos"[123] Observando o NT na sua totalidade, de Mt a Ap, a figura central permanece a mesma: JESUS. Se em Mt é enfatizado o nascimento carnal do *Homem-DEUS*, em Ap enfatiza-se o regresso de JESUS, o Rei.

---

[112] CHAMPLIN, *Enciclopédia*. I, p. 527.
[113] SKA, *O Antigo*, p. 21.
[114] A palavra "testamento", quer no AT, quer no NT, tem origem no grego *diathéke*, mais tarde traduzido para o latim *testamentum*, vocábulos que significam «concerto» (AAVV, *A origem*, p.15).
[115] CHAMPLIN, *Enciclopédia*. I, p. 527.
[116] A língua da redação do AT é o hebraico, à exceção dos trechos de Dn 2:4-7:28, Ed 4:8-6:18 e 7:12-26 e Jr 10:11, escritos em aramaico, um dialeto semita adotado pelos hebreus no período do exílio (VOS; REA, *Dicionário*, pp. 1164-5).
[117] KITCHEN, *On the Reliability*, p. 2.
[118] Entre os séc. IV e V, pela mão de S. JERÓNIMO DE ESTRIDÃO.
[119] SKA, *O Antigo*, p. 21.
[120] *Ibid*, p. 23. Destes arquivos destaca-se, por ex., uma Biblioteca fundada por NEEMIAS, no período pós-exílio (II Mc 2:13-5).
[121] LOBINGIER, "The Bible", p. 739.
[122] Inicialmente a Bíblia não foi dividida em capítulos, algo que aconteceu através do Cardeal HUGO DE SAINT-CHER em 1250, quando decidiu introduzir tais divisões na Bíblia em latim, as quais se mantêm até à atualidade (WILLMINGTON, *Dicionário*, p. 91).
[123] ARCHER JR., *Merece confiança*, pp. 11-2.

Ao longo de todo o NT é frequente encontrarmos outros vocábulos referentes ao AT, nomeadamente *Escrituras* (Mt 21:42, Mc 14:49 ou Rm 15:4), *Sagradas Escrituras* (Rm 1:2), a *Lei e os Profetas* (Mt 5:17; 7:12; 11:13; 22:40), *Lei* (Jo 10:34, Rm 2:14), ou os *Oráculos de DEUS* (Rm 3:2)[124]. Se fossem apagadas todas as invocações que o NT faz do AT, este iria "consistir de trechos pequenos e sem sentido"[125]. Os autores do NT não questionaram a natureza sagrada das Escrituras, mas também não contribuíram para uma nova teologia[126], tendo JESUS deixado a sua posição bem clara quanto à necessidade do cumprimento da Lei de DEUS: "*Não penseis que vim revogar a Lei ou os Profetas. Não vim revogá-los, mas dar-lhes pleno cumprimento, porque em verdade vos digo que, até que passem o céu e a terra, não será omitido nem um só i, uma só vírgula da Lei, sem que tudo seja realizado*" (Mt 5:17). Reconhecem os cristãos que Jesus, ao proferir estas palavras, fê-lo com a autoridade de DEUS, em "originalidade, novidade e liberdade ao lidar com as Escrituras"[127] do AT, ensinando que DEUS não *emudeceu* depois de escrito o livro de Ml (Hb 1:1).

A Igreja Primitiva assenta nas doutrinas judaicas do AT, embora não foque a sua atenção no mesmo. JESUS, o *Mashiach* (Jo 1:41), é o centro da fé da Igreja Primitiva, pelo que as matérias mais estudadas são as que concernem à palavra do Evangelho[128].

Na Idade Média, o AT continua a cair no esquecimento:

> "Os textos gregos e hebraicos não constituíam mais a base do estudo bíblico. A Idade Média enfatizava a autoridade da Igreja, não da Bíblia. Os estudiosos simplesmente sistematizavam o que os pais da igreja haviam dito, dando pouca atenção às Escrituras. (…) O menor desvio de qualquer ensino da Igreja naqueles dias traria sobre a cabeça do inovador a condenação da Igreja"[129].

Assim foi até ao período da Reforma Protestante[130], época em que MARTINHO LUTERO apresenta um novo olhar sobre as Escrituras, não tanto pelo seu significado literal, como havia sido feito previamente, mas pela autoridade das mesmas. Considera

---

[124] Do conjunto neotestamentário, apenas Fl não invoca escritos do AT.
[125] SHIRES, *Finding*, p.15.
[126] DODD, *According to the Scriptures*, pp. 61 ss.
[127] SMITH, *Teologia*, p. 23.
[128] Um ex. claro deste facto é o da controvérsia que envolveu S. PAULO na questão da observância das leis judaicas do AT. Decidiu-se no Concílio de Jerusalém que as leis mosaicas relativas à Aliança não deveriam ser aplicadas aos cristãos gentios (At 15.28-9).
[129] SMITH, *Teologia*, p. 25.
[130] Em Portugal, na primeira fase da Idade Média, denota-se algum *desprezo* pelo AT, tendo sido retirado por completo da liturgia eucarística no rito grego. Apenas com as Cruzadas regressa o interesse pelo AT. (THOMAZ, "A Bíblia", p. 229).

que a autoridade da Bíblia encontra-se acima da autoridade do Papa e da IC, não apresentando "distinção entre a autoridade dos dois Testamentos. Para ele, o AT [contém] a plena revelação de Cristo"[131]. GUSTAV OEHLER, citando o reformista, acrescenta, ainda sobre a autoridade do AT, que "Moisés é a fonte de toda a sabedoria e entendimento, da qual jorra tudo o que é conhecido e dito por todos os profetas. O NT também flui dele, e nele está fundado"[132]. Também JOÃO CALVINO, influenciado pela Reforma Protestante, trouxe à colação uma teoria que revolucionou a teologia do AT: a de que todas as passagens bíblicas devem ser interpretadas de acordo com o seu contexto histórico. Para ele, o que destrinça os Testamentos não são as doutrinas neles contemplados, mas a forma dos mesmos.

Por fim, uma última nota quanto à constituição do NT, que se subdivide em dois grandes grupos:

> 1. Os Evangelhos de JESUS (Mt, Mc, Lc e Jo). Trata-se do complexo de livros repletos de narrativas históricas que expõem o nascimento, a infância, o ministério e a morte de JESUS. Deles constam histórias que surgem por repetição, enquanto outras surgem apenas uma única vez. Apresentam a mensagem da cruz e da salvação, disponível a todos os homens (Jo 3:16-7). Surgem em forma de narrativa real (Lc 10:38-42) e de parábola (Mt 13:24-5); descrevem milagres (Lc 8:47-8) e maravilhas (Mc 9:2-3); contam histórias passadas (Jo 1:1-3) e acontecimentos futuros (Lc 21:27); mostram consolo (Mt 6:34) e exortação (Mt 26:41); apresentam a dualidade da vida (Jo 17:3) e da morte (Mt 6:24), do céu e do inferno (Mt 25:46); regulam a doutrina (Jo 14:6) e ética cristãs (Mc 10:42-5);
>
> 2. O livro de At, as Epístolas e o Ap. Trata-se de um total de vinte e três livros direcionados à Igreja, com mensagens para o presente (Rm 1:13) e para o futuro (Ap 2:7). Relatam a fundação da Igreja (At 2:1-4) e o contínuo conselho dos Apóstolos à Igreja (Ef 5:1-2) e crentes (I Tm 6:11) quanto ao fundamento da fé em Cristo.

[131] *Ibid*.
[132] OEHLER, *Theology*, p. 24.

### 1.3. A CANONICIDADE DOS TEXTOS SAGRADOS

A palavra cânone constitui uma transliteração do grego *kanwvn*, ostentando um significado de «regra», «régua» ou «vara reta». Relativamente às Sagradas Escrituras, o vocábulo vem designar os livros que se enquadram nos parâmetros da autoridade e inspiração divinas, termo primeiramente invocado por ATANÁSIO DE ALEXANDRIA, no séc. IV.

O cânone das Escrituras constitui-se por uma relação de livros de cariz religioso aprovados por uma determinada comunidade religiosa, que os aceita como obra da autoridade de DEUS e da Sua inspiração aos autores materiais e formais. São vários os cânones existentes mas, para este estudo, importa somente observar as compilações admitidas pelo Judaísmo e Cristianismo, sendo que este último exibe variações quanto às denominações cristãs. Ainda que parte da mesma Religião, Catolicismo e Protestantismo apresentam cânones distintos, o que tem suscitado extensa controvérsia ao longo dos séculos. É conhecida a discórdia existente em torno do processo de canonização do AT e NT, processo esse que ocorreu durante séc., dividindo apoiantes liberais e conservadores. Compreendendo que, findo o processo, permanece hodiernamente tal dissensão, não vou ater-me aqui em disputas teológico-denominacionais. Deixo apenas uma súmula genérica das várias posições sobre a natureza deste procedimento:

> *i) os liberais*: defendem que a canonização constitui uma mera atividade humana, sendo o produto derradeiro uma compilação selecionada de livros de cariz religioso;
>
> *ii) os conservadores extremos*: arguem que a canonização é obra exclusiva do ESPÍRITO SANTO, a quem coube a escolha dos livros que foram efetivamente inspirados por DEUS, não se admitindo qualquer falibilidade da ação;
>
> *iii) os conservadores*: entendem que o processo de canonização foi guiado pelo ESPÍRITO SANTO, embora o Homem tenha tido um papel relevante na questão.

O cânone hebraico massorético (*Tanakh*)[133], finalizado definitivamente pelos massoretas, judeus que se tributavam à preservação da tradição oral da vocalização e da acentuação precisa do texto religioso assemelha-se idêntico ao cânone protestante[134], diferindo apenas na divisão e ordem dos livros:

[133] O nome *Tanakh* deriva das letras iniciais dos três grupos que o compõem: *Torah*, *Nevi'im* e *Kêtuvim*.
[134] Para consulta nas páginas iniciais deste trabalho.

- *Torah* (Instrução), composta por Gn, Êx, Lv, Nm e Dt;

- *Nevi'im*[135] (Profetas), que se distingue entre:

  - Profetas Anteriores - Js, Jz, I e II Sm, I e II Rs;

  - Profetas Posteriores - Is, Jr, Ez e Profetas Menores (Os, Jl, Am, Ob, Jn, Mq, Na, Hb, So, Ag, Zc e Ml);

- *Kêtuvim*[136] (Escritos):

  - Livros da Verdade (Poéticos): Sl, Pv e Jó;

  - Cinco Rolos (leitura no ano litúrgico): Ct (Páscoa), Rt (Pentecostes), Lm, Ec (Festa dos Tabernáculos) e Et (Festa de Purim);

  - Profético: Dn;

  - Históricos: Ed-Ne e I e II Cr.

No NT não se encontra qualquer crítica ao cânone hebraico, mais tarde adotado pelo Protestantismo: JESUS e os Apóstolos reconhecem a autoridade do AT, citando-o aproximadamente seiscentas vezes, não se recuperando, todavia, qualquer referência aos livros apócrifos, reconhecidos pela IC. O cânone católico do AT apresenta maiores diferenças, sendo composto pelos trinte e nove livros do cânone protestante e pelos apócrifos, ou seja, as adendas aos livros de Et e Dn e novos livros como Tb, Ju, I e II Mc, Sb, El e Ba, que surgem na tradução em latim (*Vulgata*).

No que concerne ao cânone católico do AT, composto pelos trinte e nove livros do cânone protestante e pelos apócrifos, ou seja, pelas adendas aos livros de Ester e Daniel e novos livros como To, Ju, I e II Mc, Sb, El e Ba, surge na tradução em latim (*Vulgata*). Nesta tradução, datada do séc. IV d.C., S. JERÓNIMO optou por incluir alguns livros apócrifos, tendo em vista a sua utilidade para os cristãos de então. Ainda assim, não os tinha por canónicos, por não ostentarem igual autoridade quando comparados com o cânone hebraico. Com o avançar da Idade Média, a *Vulgata* passa a ser a versão mais utilizada, o que fez aumentar o ceticismo que jazia em torno da canonicidade daqueles textos, uma vez que esta versão incluía diversos livros que não respaldavam inspiração divina. Só em 1546, no Concílio de Trento, a IC reconhece a canonicidade dos apócrifos supramencionados e a autoridade da tradição oral[137].

---

[135] É a secção do *Tanakh* que ensina o dever-ser ao povo. Apresenta lições morais e espirituais assentes em narrativas históricas e textos proféticos (escatológicos) sobre um futuro de paz na Terra, no reinado do *Mashiach*.

[136] Composto de livros históricos e poéticos. O destaque vai para o livro de Sl, citado com regularidade nas Sinagogas.

[137] BETTENSON, *Documentos*, pp. 297-8.

Na *Septuaginta*, tradução dos livros hebraicos para a língua grega *koiné*, elaborada durante os séculos III a I a.C., de modo enriquecer o espólio da Biblioteca de Alexandria, inseriram-se livros que fugiam ao cânone judaico.

Embora o Protestantismo não reconheça a canonicidade de tais apócrifos[138], valoriza a utilidade histórica dos mesmos, legitimando a sua importância enquanto fontes de informação, especialmente por serem datados de um período em que *a voz de DEUS parecia estar em silêncio* – o chamado período intertestamentário.

Quanto à canonicidade do NT, já não se discrimina entre cânone católico e cânone protestante, pois que todas as denominações cristãs se guiam pelo mesmo fio de prumo. O Judaísmo seguiu em sentido oposto, não reconhecendo um único livro do NT, tendo em conta a não aceitação de JESUS como *o Mashiach* prometido a Israel (Jo 1:11). Uma vez que todo o NT assenta em JESUS e na mensagem da cruz e da salvação, o cânone judaico nega a inspiração divina do mesmo.

A canonização do NT foi um processo demorado, não tendo a inspiração dos vinte sete livros nele constantes sido reconhecida simultaneamente. Neste sentido, como se legitima a canonicidade e o reconhecimento da inspiração divina? A resposta vem da religião cristã, que apresenta vários parâmetros que pesam na decisão[139], tais como:

> *i) A ação do ESPÍRITO SANTO na ekklesia*. É a chave mestra de todo o processo que desempata qualquer indecisão. Ainda que se admita que a ação humana possa falhar na identificação dos livros divinamente inspirados, cumpre à Igreja, em sentido universal, e não local, tal verificação, pois que é ela que dá testemunho como corpo de JESUS na Terra. Isto não equivale a dizer que cumpre à Igreja determinar o cânone; este é o papel do ESPÍRITO SANTO. À Igreja cabe, através da direção do mesmo, o discernimento e reconhecimento. Foi o que sucedeu no decorrer do séc. II d.C., quando já se reconhecia a autoridade de grande parte dos vinte e sete livros, amplamente citados entre os escritos cristãos de então. Olhe-se, *e.g.*, para a Epístola de S. CLEMENTE à Igreja de Corinto[140], para as sete

[138] "Os livros geralmente chamados Apócrifos, não sendo de inspiração divina, não fazem parte do Cânone da Escritura; não são, portanto, de autoridade na Igreja de Deus, nem de modo algum podem ser aprovados ou empregados senão como escritos humanos." (CONFISSÃO DE FÉ DE WESTMINSTER, 1:2 e 3). LUTERO já se havia pronunciado sobre o assunto, considerando que estes livros não se apresentam em igualdade com as Escrituras, mas eram úteis, e de fácil leitura. (LUTERO, *Obras*. 8, pp. 112 e ss. Sobre a história do processo de canonização, HARRIS, *Inspiração*, pp. 217 ss; PFEIFFER; VOS; REA, *Dicionário*, pp. 357 ss.

[139] ANGLADA, *Sola Scriptura*, pp. 33 e ss.

[140] Esta Epístola, escrita pelo Papa CLEMENTE I, possivelmente em 95 d.C., constitui o mais antigo documento cristão não inserido no cânone do NT. Surge como resposta a um conflito na "Igreja de Deus que reside em Corinto", fazendo várias referências ao AT (METZGER, *Canon*, pp. 42-3).

Cartas de S. INÁCIO DE ANTIOQUIA[141], ou para a Epístola de POLICARPO aos Filipenses. A partir da segunda metade do sec. II, contexto em que abundavam escritos cristãos por oposição ao gnosticismo, que se desenvolvia dentro da Igreja, e outras seitas[142], reconhecia-se já a autoridade de todos os livros do NT, embora ORÍGENES DE ALEXANDRIA e EUSÉBIO de CESAREIA colocassem em causa a canonicidade de uns poucos, como Hb, II Pe, II e III Jo, Tg e Jd. Em 367, Santo ATANÁSIO DE ALEXANDRIA expõe uma lista dos livros canónicos do NT, apenas reconhecida e aprovada pela Igreja em 393, no Concílio de Hipona, e ratificada em 397, no Concílio Cartago III. O processo de canonização foi, portanto, circular: usou-se a mensagem do Evangelho de JESUS, manuscrita pelos Apóstolos como vara, determinando-se, assim, quais os textos canonizados[143]. Ainda assim, após a Reforma Protestante, o debate parece não ter cessado. A título de exemplo, a inclusão da Epístola de Tg no NT foi duramente criticada pelos Reformadores que viam nela um propósito único: condenar a conceção da justificação pela fé apresentada por S. PAULO. LUTERO chega a afirmar que tal livro "é uma verdadeira epístola de palha", e que o Apóstolo não faz "outra coisa senão promover a lei e as suas obras, misturando as coisas indevidamente"[144]. Não obstante, reconhece na Epístola alguns ditos de qualidade, pelo que, no seu prefácio ao NT, de 1522, não a descarta por completo, legitimando a sua veracidade ao argumentar que propugna a lei de DEUS[145] (apesar de observar que é escassa quanto ao ensino de JESUS). Apesar das críticas de LUTERO e da sua influência na interpretação das Escrituras, a Igreja Luterana reitera a Epístola como parte integrante do cânone do NT, citando a sua autoridade no Livro de Concórdia;

*ii) A génese apostólica*. Em contraste com a perspetiva sobrenatural do ponto anterior, a IC apresenta agora um critério natural para o reconhecimento da canonização do NT. À semelhança do que aconteceu no AT, onde os Profetas são a *voz de DEUS* entre Israel, no NT DEUS revela-se através dos Apóstolos, testemunhas de Cristo e primeiros missionários da Igreja. Para os Pais da Igreja,

[141] Epístolas que constam do *Codex Hierosolymitanus*.
[142] Como a de MARCIÃO, que rejeita o AT e manipula os textos do NT, e de MONTANO, assente numa atividade causadora de perturbações por toda a Ásia (BAUMGARTNER, *A Igreja*, p. 69).
[143] LINDBERG, *História*, p. 24 ss.
[144] LUTERO, *Obras*. 8, pp. 127, 154.
[145] *Ibid*, p. 153.

a prova de que um determinado livro foi redigido por um Apóstolo é, por vezes, o critério final para a canonicidade do mesmo;

*iii) A doutrina dos livros*. No processo de canonização não são tidos em consideração os livros que não se apresenta, de acordo com a doutrina e padrões morais e éticos ensinados por JESUS;

*iv) Evidências internas*. A IC acredita que o próprio NT revela factos que apontam para a inspiração e autoridade divinas dos textos, confessadas pelos próprios autores. S. PAULO dá testemunho disso, ao declarar que o Evangelho por ele anunciado não é segundo o Homem, mas por revelação de JESUS (Gl 1:11-2). Citando caso análogo, também S. PEDRO testifica da revelação divina/sobrenatural, quando confessa JESUS como o CRISTO, *o Filho do DEUS vivo* (Mt 16:16).

### 1.4. Dados cronológicos

A história bíblica não tem início com um "era uma vez", como sucede com as estórias ou contos. Apesar de a Bíblia, regra de fé dos cristãos, consistir num livro (ou conjunto de livros) a ser lido com os "olhos de fé"[146], a verdade é que a religião cristã nele exibido é histórica, pois que o Deus sobrenatural que se revela ao Homem faz-se situar num contexto de tempo e de espaço.

As Sagradas Escrituras constituem a fonte histórica primária do surgimento da Nação de Israel e da Igreja[147], em especial o AT, que apresenta significativa historicidade pertinente à compreensão da temática que proponho examinar. Ex. disto são as inúmeras ilustrações de MOISÉS, ao longo da *Torah*, as quais, passando de tradição oral a prova escrita, constituíam já o alicerce jurídico, religioso e moral para as gerações vindouras.

Inexistem, para além das Escrituras, dados históricos que comprovem a veracidade de todas as narrativas bíblicas, apenas indícios ou elementos arqueológicos que sustentam as teorias ou doutrinas religiosas. Tais dados foram compilados na forma escrita tendo por base as tradições orais que se perpetuaram no tempo, com o escopo de

[146] O autor da Carta aos Hb 11:1 caracteriza esta fé, afirmando que é "a certeza de coisas que se esperam, a convicção de factos que não se veem".
[147] Aqui deve entender-se Igreja como *ekklesia*, no seu sentido universal, e não denominacional (ALVES PRATAS, *O Direito*, pp. 52-3).

marcar no tempo a fundação de Israel, a Lei e os valores universais que a sustentam. Era, portanto, um objetivo essencialmente teológico, literário e histórico.

A Bíblia destacou-se no tempo pelo seu carácter literário. À parte do seu teor teológico, a Bíblia apresenta, sob a capa de diversos géneros literários, preciosos elementos históricos, arqueológicos, geográficos, culturais e sociológicos do povo de Israel e da Igreja de DEUS. A sua relevância enquanto literatura manifesta-se, de igual modo, através da influência nos idiomas para os quais foi traduzida. Ex. disto é a tradução de LUTERO para a língua alemã, que uniformizou os dialetos germânicos e ocasionou o alemão moderno[148]. O reformador teve um papel essencial na conservação da língua alemã, ao concretizar a herculana missão de tradução das Escrituras dos originais (hebraico e grego) para o alemão, com vista a possibilitar a leitura direta da Bíblia a todos os que não compreendiam o latim. Para LUTERO, a Bíblia deveria ser de acesso livre a todos homens, pois que

> "quase todas as leis, arte, bom conselho, admoestação, ameaça, terror, conforto, fortalecimento, instrução, prudência, sabedoria, discrição e todas as virtudes jorram para fora das histórias e narrativas como de uma fonte viva. Tudo contribui para isso: as histórias nada mais são do que demonstração, lembrança e sinal da ação e juízo divino, como Ele [Deus] defende, governa, obstrui, prospera, pune e honra o mundo e, especialmente, os homens, cada um como merece, mal ou bem". Embora existam muitos que não reconhecem ou estimem Deus, todavia eles são confrontados com os exemplos e histórias e temem que lhes aconteça o mesmo que aconteceu àqueles indivíduos ali retratados. Isso toca-lhes de modo muito mais profundo do que se alguém tentasse reprimi-los ou dominá-los com palavras de lei ou instrução. Por isso, nós vemos (…) como são citados testemunhos e apontados exemplos, palavras e ações dos antepassados quando se quer tratar de um ponto ou se pretende ensinar, admoestar, advertir ou deter"[149].

Os registos bíblicos contribuem, assim, para um cálculo aproximado de vários acontecimentos concernentes à vida de Israel, de personagens destacadas ao longo da Bíblia e da própria Igreja, o que permite criar uma cronologia bíblica.

Os teólogos têm apresentado, ao longo dos séc., divergências doutrinárias, quer sobre os factos passados, quer sobre os factos escatológicos, que têm culminado em interpretações bíblicas díspares. O estudo da *chronos* bíblica não difere, existindo

[148] CHAMPLIN, *Enciclopédia*. I, 2002, p. 529.
[149] PELIKAN; HELMUT, *Luther's Works*, pp. 275-6.

diversos autores que apresentam, relativamente ao mesmo acontecimento, datas distintas. Todavia, como a variação entre os distintos modelos de datação é de poucos anos, torna-se exequível instituir uma cronologia bíblica plausível. Importa realçar que, ainda assim, tal variação, por vezes, pode chegar aos cinquenta anos, como ocorre, por ex., nas dinastias mais antigas do Egito. De igual modo, também no período que ocorre após a narrativa de ABRAÃO, período fundamental para este estudo, apresenta, entre os teólogos, avultada discórdia, pois que as datas do êxodo do Egito e posterior conquista da Terra Prometida[150] são, ainda hoje, alvo de incerteza. À medida que a história de Israel avança, com ela diminui a dificuldade na determinação das datas.

Para um melhor enquadramento das narrativas na cronologia histórica de Israel e da Igreja cristã importa situar as mesmas numa data possível, pelo que utilizo a cronologia indicada nos estudos de ANDREW STEINMANN sobre datas e acontecimentos bíblicos, em razão da consistência que apresenta na relação dos registos bíblicos com os registos de outras civilizações, desde a criação (Gn) até ao NT (Ap)[151].

### 1.5. A AUTORIDADE E INSPIRAÇÃO DA BÍBLIA

O Cristianismo assevera que a Bíblia, livro divinamente inspirado, é infalível, nela só se descobrindo "a verdade"[152]. Tal defesa cristã tem sido amplamente refutada com uma teoria da falibilidade bíblica, que argui que as Sagradas Escrituras são fruto da tradição oral e que escasseiam os documentos ou fontes externas que atestem a sua infalibilidade.

Na conceção de ARCHER JR., se a Bíblia, que hoje possuímos, contém erros, dificilmente cumprirá o seu propósito primordial (revelação do plano de Deus para a salvação do Homem), e será um livro como os demais[153]. O autor admite que a tradição oral possa ser algo instável, pois que vive apenas na memória do seu guardião, mas, conclui, todavia, que o facto de ser transmitida de *boca em boca* durante milhares de anos não a torna falível, pois que

[150] A Terra que Deus prometeu a Abraão e descendência na Aliança que com ele fez, segundo Gn 13:14-8, território este que abrange a zona de El Arish (Egito) até ao Rio Eufrates (ANDRADE, *Dicionário*, p. 275).
[151] Cf. ARA, pp. xlii ss.
[152] Sobre a inspiração divina da Bíblia, entre outros, BERKHOF, *Princípios*, pp. 33; DOCKERY, *Manual bíblico*, pp. 25 e ss.
[153] ARCHER JR., *Merece confiança*, p. 17.

> "o legado da fé foi transmitido oralmente durante os milénios de desde Adão até Moisés, na sua maior parte, mas a forma final escrita, lavrada por Moisés, deve ter sido especialmente supervisionada pelo Espírito Santo, para assegurar a sua divina veracidade. As próprias Escrituras dão considerável ênfase ao seu estado escrito, e raramente imputam divina veracidade à mera tradição oral"[154].

Sendo a Bíblia a base de fé e de doutrina do Cristianismo, importa ver o que refere sobre a sua inspiração, autoridade e infalibilidade. Começo por S. PAULO que, em II Tm 3:16, defende que "*toda a Escritura é inspirada por Deus e útil para instruir, para refutar, para corrigir, para educar na justiça*". Ao dissertar sobre a inspiração da Escritura, o Apóstolo parece ter em mente a Escritura hebraica. Aludindo à Bíblia inspirada ou *soprada por DEUS*, deixou presente neste texto que DEUS era a própria fonte da palavra escrita e revelada – um DEUS que soprou o ESPÍRITO para o interior de homens do AT e do NT, de forma a impedir que fossem escritas outras palavras que não viessem diretamente da Sua boca[155]. Note-se que a expressão "divinamente inspirada" aqui não deve ser entendida no gerúndio, como se de uma ação contínua se tratasse (Deus inspirando), mas de algo efetuado no passado – uma ação iniciada e terminada[156]. Assim, "*toda a escritura*" deve a sua origem e conteúdo (excetuando-se fontes externas devidamente identificadas) ao ESPÍRITO de DEUS; os autores formais dos livros sagrados, a *voz escrita de DEUS*, são apenas instrumentos guiados pelo mesmo Espírito, o que confere à Bíblia total isenção de erro e a legitima como infalível regra de fé do Cristianismo[157].

Ainda assim, entendem os cristãos que, neste processo, o Espírito não anulou a personalidade de cada Homem eleito para exercer tal tarefa, mas, de modo providencial, DEUS usou cada um de acordo com o seu nível de intelecto e ciência[158]. A prova de tal afirmação encontra-se ao longo de toda a Bíblia, que mostra grande diversidade de estilo e linguagem, própria de cada ser humano, de acordo com o seu conhecimento natural e personalidade.

Por conseguinte, visto que "*toda a escritura*" é inspirada por DEUS, ela é útil para:

---

[154] *Ibid*.
[155] ANGLADA, *Introdução*, pp. 136 ss.
[156] WARFIELD, *The Inspiration*, pp. 245 ss.
[157] HENDRIKSEN, *Comentário*, p. 371-2.
[158] Jo 14:26.

*i) ensinar*, ou seja, para comunicar conhecimento ao *homo religiosus* sobre a Lei de DEUS;

*ii) repreender*, isto é, para relembrar e advertir o crente da Lei divina, algo que, na época seria imperioso, pois que os erros doutrinários e de conduta entre os fiéis achavam-se em franco crescimento;

*iii) corrigir*, não num sentido negativo associado à repreensão, mas num sentido positivo de correção do *homo religiosus* para o caminho a seguir, segundo a vontade de DEUS;

*iv) educar* na justiça, com o intuito de treinar o crente na justiça, como forma de renúncia ao seu *ego* por amor a JESUS (Tt 2:11-15).

S. PEDRO, na sua II Epístola , reitera as palavras do Apóstolo PAULO, ao afirmar que "*a profecia jamais veio por vontade humana, mas os homens impelidos pelo Espírito Santo falaram da parte de Deus*" (1:21VBJ). Afirma, pois, que as Escrituras não foram redigidas por homens no uso das suas exclusivas apreciações ou doutrinas, mas sim por homens de DEUS *movidos* pelo ESPÍRITO SANTO, isto é, conduzidos de forma divina pelo Espírito, a fim de darem corpo ao pensamento de DEUS. Assim, a autoridade das Escrituras vem de DEUS; nenhum texto do AT ou do NT poderia ter sido escrito sem a autoridade divina e suprema que o legitima[159].

De igual modo, também o autor de Hb testifica da infalibilidade das Escrituras, referindo que "*havendo Deus, outrora, falado, muitas vezes e de muitas maneiras, aos pais, pelos profetas, nestes últimos dias, nos falou pelo Filho, a quem constituiu herdeiro de todas as coisas*" (Hb 1:2), comparando a infalibilidade do AT com a infalibilidade da mensagem difundida por JESUS.

## § 2.º A FUNDAMENTAÇÃO TEOLÓGICO-CONFESSIONAL DA *TORAH*

### 2.1. A HIPÓTESE DOCUMENTÁRIA

De acordo com a antiga tradição do Judaísmo, os primeiros cinco livros da Bíblia são atribuídos a MOISÉS. O rabino contemporâneo BLUMENFELD defende a autoria

[159] WIERSBE, *Comentário*, p. 574; ANGLADA, *Introdução*, pp. 140 ss.

mosaica da *Torah*, "até mesmo as passagens em que se refere a si mesmo [MOISÉS], ele escreveu na terceira pessoa, pois cada palavra lhe foi ditada pelo Senhor"[160]. O Cristianismo continuou a defender a mesma tese, em especial pelo entendimento de JESUS, citado nos Evangelhos: "*Porque, se, de facto, crêsseis em Moisés, também creríeis em mim; porquanto ele escreveu a meu respeito. Se, porém, não credes nos seus escritos, como crereis nas minhas palavras?*" (Jo 5:46-7)[161].

Por quase dois mil., a autoria mosaica da *Torah* não sofreu questionamentos. Apesar do aparecimento de questões mínimas que iam colocando em causa tal lavra, só no séc. XVIII é que o assunto foi a debate. Até então, judeus e cristãos aceitavam sem reservas a autoria mosaica da *Torah*, procurando explicar a antiguidade dos escritos e a autoridade dos mesmos, e não tanto provar a sua autoria.

São vários os autores que questionam o papel de MOISÉS na religião de Israel, alegando que não organizou formalmente a generalidade dos escritos da *Torah* tal como se conhecem hodiernamente. Não obstante, afirmar que os relatos de MOISÉS patentes na *Torah* carecem de veracidade ou da sua autoria seria, para eles, inconcebível. Os teólogos que investigaram esta matéria não colocaram em causa a veracidade das narrativas históricas, morais e teológicas presentes ao longo deste conjunto de livros; simplesmente equacionaram e concluíram, através de teorias ou hipóteses documentárias, que MOISÉS não escreveu, *pela sua mão*, todos os versículos do Pentateuco nem, tão pouco, organizou formalmente a generalidade dos escritos.

São vários os elementos factuais que podem atestar a não autoria do Pentateuco a MOISÉS, mas são poucos os que não deixam pairar qualquer dúvida. Atente-se, por exemplo, para a questão do nome *YAHWEH*, em português «DEUS». Sabe-se que este nome foi revelado a MOISÉS, no seu regresso ao Egito, pelo próprio Deus, conforme consta de Êx 6:2-3: "*Deus falou a Moisés e lhe disse: Eu sou Yahweh. Apareci a Abraão, a Isaac e a Jacob como El Shaddai; mas o meu nome, Yahweh, não lhes fiz conhece*r" (VBJ). É a primeira vez que o DEUS de Israel se revela como *YAHWEH*, o SENHOR; no entanto, antes desta declaração, o nome surge cento e quarenta vezes, ocorrendo a primeira centenas de anos antes, com Set: "*Também a Set nasceu um filho, e ele lhe deu o nome de Enós, que*

[160] BLUMENFELD, *Judaísmo*, p. 69. O rabino segue, assim, a interpretação do rabino medieval MAIMONIDES que coloca a autoria mosaica da *Torah* como o oitavo dos trezes princípios da fé judaica: "Creio com plena fé que toda a *Torah* que se encontra em nosso poder foi dada ao nosso Mestre Moisés".
[161] Cf. Mt 19:8; Mc 7:10; 12:26; Jo 7:19.

*foi o primeiro a invocar o nome de Yahweh*" (Gn 4:26, VBJ). Como pode o nome de *YAHWEH* aparecer tantas vezes em Gn sabendo-se que apenas foi revelado em Êx?

Um outro exemplo que provoca divisão entre os teólogos tem que ver com a narrativa do falecimento de MOISÉS, encontrada em Dt 34. Assemelha-se inabitual (pelo menos assim o é num plano natural) atribuir a MOISÉS a descrição pormenorizada daquela que seria a sua morte física: aos 120 anos de idade, nas terras de Moabe, observando a Terra Prometida (Dt 34:4-7). Pela leitura do trecho depressa se depreende que o mesmo terá sido escrito após o falecimento do líder hebreu, embora se desconheça quem é o autor. Contudo, o NT expõe novos dados atinentes à morte de MOISÉS, que não haviam sido revelados ao autor (da parte final) de Dt. Considera-se, pelo último capítulo deste livro, que o local exato da sepultura de MOISÉS é desconhecido por vontade divina: sabendo DEUS o quão amado MOISÉS é pelo seu povo, não quer ver a sua sepultura transformada num ponto de peregrinação idólatra, algo que era, e assim permanece, contra a lei divina[162]. É S. JUDAS, por volta do ano 68 d. C., que reporta um detalhe oculto em Dt: cumpre ao Arcanjo MIGUEL, a quem estava incumbida a vigilância de Israel (Dn 10:21), o sepultamento do corpo de MOISÉS, após disputa com SATANÁS (Jd 9). Apesar deste elemento estar presente nos livros da Assunção de MOISÉS e de ENOQUE, que não constam do cânone cristão, é S. JUDAS, por inspiração divina, quem divulga, este detalhe sobre a morte de MOISÉS, séc. depois desta ocorrer.

As diversas dúvidas sobre a autoria mosaica, colecionadas desde o séc. XV, obrigaram os teólogos e filósofos a efetuar uma leitura crítica do Pentateuco, o que originou a chamada Hipótese Documentária do Pentateuco.

No séc. XVII surgem os primeiros resultados, destacando-se à cabeça THOMAS HOBBES, com a obra *Leviathan*, de 1651. No capítulo XXXIII, começa por chamar a atenção do leitor que

> "quanto a quem foram os autores originais dos vários livros das Sagradas Escrituras, é coisa que não foi tornada evidente por qualquer suficiente testemunho ou outra história (que é a única prova em matéria de facto), nem pode sê-lo por quaisquer argumentos da razão natural, pois que a razão não serve para convencer da verdade dos factos, mas apenas da verdade das consequências. Portanto, a luz que deve guiar-nos nesta questão deve ser a que provém dos próprios livros, e embora esta luz não nos mostre o autor de cada livro, ela não deixa de ter utilidade para nos dar a conhecer a época em que foram escritos".

[162] Êx 20:3-4; Lv 19:4; Sl 115:4-8; Is 42:8; Ez 14:1-9.

Apresenta, sem demoras, que qualquer resposta para questões que possam surgir durante a leitura bíblica, serão apenas encontrada na própria Bíblia, mesmo que esta não aborde a questão de acordo com a razão, tal como sucede com a autoria do Pentateuco, onde não encontra argumentos suficientes para afirmar que foi escrito por MOISÉS, mesmo que se intitule o Pentateuco como "os livros de MOISÉS". De seguida, identifica uma coleção de versículos que comprovam, através das próprias Escrituras, que MOISÉS não redigiu toda a *Torah*, como:

- Gn 12:6, que dá a entender que o autor vivia à data naquele território, algo que seria impossível para MOISÉS visto que ainda não tinha nascido;

- Dt 34:6, pois que "ninguém conhecia o seu sepulcro até este dia", ou seja, o dia em que estas palavras foram redigidas. Entende-se que tais palavras tornaram-se letra após o seu sepultamento;

- Nm 21:14, que refere o Livros das Guerra de *YAHWEH*, anterior aos factos enumerados por MOISÉS.

Não obstante, remata HOBBES ainda no mesmo capítulo, embora MOISÉS não tenha compendiado a *Torah* na totalidade, na forma que hoje se conhece, escreveu tudo o que aí se diz que escreveu, isto é, tudo o que fora ordenado por DEUS.

Em 1753, JEAN ASTRUC publica, de forma anónima, a obra *Conjectures,* através da qual refuta as teorias de HOBBES. Para tal, à semelhança do que já havia sido efetuado com textos clássicos, aplica a Gn instrumentos de análise literária, de modo a conseguir discernir da autoria do texto. Assim, identifica dois vocábulos que demonstram variações, o uso de dois nomes distintos para designar DEUS (*ELOHIM* e *YAHWEH*), e a inserção duplicada dos mesmos relatos – o relato da criação, que surge nos capítulos 1 e 2 de Gn, e o relato do dilúvio, sendo que há narrativas que apontam para uma duração de quarenta dias e quarenta noites (Gn 7:17-24) e outras para cento e cinquenta dias (Gn 7:24; 8:3)[163]. Constrói quatro colunas, às quais atribui os dois nomes e os dois relatos, e percebe que as colunas expõem duas narrativas curtas e duas longas, concluindo que MOISÉS tinha escrito os relatos em separado. Sugere, então, que existiu um redator final que juntou todas as narrativas numa só.

[163] Na verdade, não existe incoerência nestes dois relatos uma vez que, através da leitura paralela dos mesmos, compreende-se que o autor de Gn explica que choveu durante quarenta dias e quarenta noites, o que criou, então, o conhecido dilúvio, cujas águas levaram cerca de cento e cinquenta dias até o seu nível descer.

Nos finais do séc. XVIII, JOHANN EICHHORN divulga uma tese que rejeita a autoria mosaica do Pentateuco, argumentando que duas fontes catalogadas de *J*, que apontam para JEOVÁ (fonte jeovista), e *E*, para *ELOHIM* (fonte eloísta), apenas tiveram uso após os dias de MOISÉS. Já no séc. XIX, discute-se quais seriam, então, as fontes de Gn, "usando como indícios a ocorrência de diversos nomes divinos, as diferenças de vocabulário e a suposta divergência de pontos de vista teológicos"[164], o que veio aumentar a polémica já existente.

JULIUS WELLHAUSEN, ainda no séc. XIX, defende nova tese que apresenta não duas fontes, mas sim três fontes: *J*, fonte jeovista do séc. IX a.C., *E*, fonte eloísta do séc. VIII a.C., e *P*[165], fonte sacerdotal do séc. V a.C. Tal teoria intitulada *Prolegomena zur Geschichte Israels* é bem recebida pelos críticos protestantes e judeus, tendo IC repudiado a mesma. A Escola de Wellhausen sustenta que o Pentateuco é obra dos Profetas do séc. VIII, e não de MOISÉS, reduzindo, desta forma, a relevância deste como legislador e líder do povo[166].

HERMANN GUNKEL, apoiado nesta tese, procura analisar "as formas literárias da antiga maneira de contar histórias conforme ilustrada em Gn"[167], concluindo que antes de 1000 a.C. existiu um extenso intervalo de tempo em que predominou a transmissão oral de grande porção do livro vertente, período esse anterior à tripla divisão das fontes *J*, *E* e *P*[168].

OTTO EISSFELDT, já na segunda metade do séc. XX, rejeitando, à semelhança dos seus antecessores, a autoria mosaica, apresenta-se mais favorável à teoria do mesmo extenso intervalo de tempo de predominância da transmissão oral em torno dos centros tribal e cultual, e não das fontes escritas[169]. WILLIAM F. ALBRIGHT, por seu turno, conclui que o livro de Gn apresenta um carácter fundamentalmente mosaico, embora enquadre a sua finalização no período do exílio babilónico[170]. Segundo esta linha de pensamento, o longo processo de edição de Gn termina durante o séc. VI a.C., época em que algumas apreensões suscitadas no intervalo exílico estão presentes ao longo do livro como, *por ex.*, "a ênfase constante na intenção divina de que cada nação continue a existir através da descendência e posse da terra; a insistência de que Israel, em seus ancestrais, receberá

[164] AAVV, *Comentário Bíblico*, pp. 25-6.
[165] P de *Priestercodex*.
[166] Para um melhor entendimento desta teoria, releva a leitura completa de WELLHAUSEN, *Prolegomena*.
[167] AAVV, *Comentário Bíblico*, p. 26.
[168] A tese citada encontra-se em GUNKEL, *The Legends*.
[169] Tese consultada em EISSFELDT, *The Old Testament*.
[170] ALBRIGHT, *The Archaeology*, pp. 224 ss.

a descendência e a terra diferentemente das nações; e a enfase sobre o pacto eterno de Deus com Abraão, que é semelhante ao pacto eterno com Davi"[171].

Atualmente, em pleno séc. XXI, muitos são os teólogos e investigadores que têm abandonado as teorias supramencionadas a favor de métodos que compreendem largas porções bíblicas e, em certos casos, livros inteiros como composições literárias completas e unificadas, regressando ao fundamento das conceções judaico-cristãs tradicionais: arqueologia e estudo das Sagradas Escrituras. Com efeito, "assiste-se mesmo à rejeição pura e simples de todo o trabalho da crítica"[172], que se tem por desajustado para uma favorável compreensão dos textos bíblicos.

Tal mudança de paradigma vem esclarecer que a unidade da Bíblia não se impõe sobre esta, mas encontra-se nela. Ou seja, é a própria Escritura, enquanto Palavra divina, que determina as suas fontes, assim como a sua composição. Mediante leitura cuidada das mesmas conclui-se que são várias as fontes utilizadas por MOISÉS na elaboração do Pentateuco, umas na forma oral, outras na forma escrita[173]. Além da fonte mais relevante (a saber, o próprio DEUS), que se destaca pela qualidade (essência divina) e quantidade (pois que foi Ele quem prescreveu grande porção do Pentateuco), MOISÉS citou, de igual modo, outras fontes: o Livro da Genealogia de ADÃO (Gn 5:1), o ditado sobre NEMROD (Gn 10:9); o ditado sobre o Monte do SENHOR (Gn 22:14), a tradição do nervo do quadril (Gn 32:31-33), o Estatuto de JOSÉ (Gn 47:26), o cântico de MOISÉS (Êx 15:1-18), a antífona de MIRIAM (Êx 15:20-21), o Memorial para JOSUÉ (Êx 17:14), o Livro da Aliança (Êx 24:7); as tábuas do Testemunho (Êx 24:12), as Profecias dos Anciãos (Nm 11:26), o Livro das Guerras do Senhor (Nm 21:14-15), a canção do poço (Nm 21:17-18), a canção de Hesbom (Nm 21:27-30) e o Livro da Lei (Dt 30:10; 31:26).

Acredita-se ainda que MOISÉS, ao registar os nomes de lugares, baseou-se, de igual modo, em fontes orais e escritas, conforme os exemplos patentes em Gn 11:9; 16:14; 26:33 e 33:17. LUTERO considera comum que o povo de Israel transmitisse ensinamentos orais de geração em geração, tomando por exemplo o caso dos irmãos ABEL, CAIM e SEM, que mostravam cultuar a DEUS, através da adoração e ritos sem que existissem, à data, instruções escritas para o povo[174].

---

[171] BROWN; FITZMYER; MURPHY, *Novo comentário*, p. 61.
[172] VBJ, p. 23.
[173] Importa lembrar que uma parte da *Torah* foi transmitida oralmente por DEUS a MOISÉS, que transmitiu oralmente ao povo de Israel (tradição oral), o que originou a chamada *Torah* oral (*Torah shebealpe*). Ao ensinamento da *Torah* via oral, de geração em geração, dá-se o nome de *Mishnah* (estudo por repetição).
[174] PELIKAN; HELMUT, *Luther's Works*, p. 197.

MOISÉS não apresenta uma explicação suficientemente inequívoca relativamente às fontes utilizadas, mas deixa patente que utilizou fontes externas, para além da inspiração divina, o que não significa que a autoria material do Pentateuco não possa ser atribuída a MOISÉS. Na verdade, no Evangelho de S. LUCAS 1.1-4, o autor revela, sem segredo, a utilização de outras fontes, assim como S. PAULO, que faz invocação de hinos antigos (At 13:32-5) e de pensadores gregos nas suas Cartas[175]. Para os cristãos, o ESPÍRITO que inspirou e guiou os Apóstolos na redação das seus Evangelhos e Epístolas, revelando a mente de DEUS e recordando escritos passados, é o mesmo que esteve com MOISÉS na elaboração da *Torah*.

Face ao exposto, e porque não é objetivo deste trabalho contribuir para a análise destas teses, considero apenas *o que a Bíblia revela ao Homem*, apoiando-me sempre na tradição judaico-cristã. Mais do que olhar à autoria da *Torah*, releva olhar para a autoridade da mesma. E quanto a esta não há lugar a dúvida: pertence a Moisés, que surge na narrativa histórica (e divina) com um papel de legislador e mediador entre DEUS e os homens. Toda a legislação civil e cerimonial que advém da Lei Moral é, sem reservas, imputada a MOISÉS, pois que é resultado da expressão da vontade de DEUS ao povo de Israel, com quem formou uma Aliança[176].

A ideia de um homem mediador entre o divino e os outros homens não surge com MOISÉS, pois que entre povos mais antigos já subsistia o ritual de comparecimento perante os deuses, os quais revelavam as suas vontades, que seriam, então, preservadas em imagens ou símbolos[177]. Não obstante, em Dt, a relação entre DEUS e MOISÉS apresenta novidade: observa-se que o Decálogo foi grafado pelo dedo do próprio DEUS Criador. É este detalhe que destrinça o Judaísmo, com MOISÉS, e, mais tarde, o Cristianismo, com JESUS, de todas as outras religiões. Enquanto estas revelam uma Religião natural, em que o seu fundador transmite a sua mensagem, na religião judaico-cristã a lavra surge através da mão invisível, apresentando-se, por isso, como uma Religião revelada[178]. *Face a face* com o Transcendente, MOISÉS recebe o Decálogo em duas tábuas de pedra, três meses após a saída dos hebreus do Egito.

---

[175] S. PAULO revela conhecer com profundidade a Filosofia grega, o que o levou, não raras vezes, a compará-la com as ideias de JESUS. Exemplificando, concordou com ARISTÓTELES quando o grego proferiu que "*Contra tal não há lei, pois eles mesmos são lei*", ao referir, que "*contra estas coisas não há lei*" (Gl 5:23), pois que "*para si mesmos são lei*" (Rm 2:14).

[176] CHILDS, *Old Testament*, pp. 56-7.

[177] WITTGENSTEIN, *Tractatus*, pp. 38 ss.

[178] Distinção explanada em BRAGUE, *Sobre a religião*, p. 18. O autor estende também o conceito de Religião revelada ao Islamismo.

## 2.2. MOISÉS: DO EGITO AO MONTE SINAI

MOISÉS constitui-se como a figura mais preeminente da consciência religiosa de Israel, o líder dos hebreus que guia o povo do Egito até às fronteiras da Terra Prometida, em observância incipiente das promessas feitas aos patriarcas[179].

Nascido em Iunet Mehet, Egito, c. 1526 a.C., descende de ANRÃO e JOQUEBEDE, da tribo de Levi. Desconhece-se o nome do rei em funções à data do nascimento de MOISÉS. Todavia, olhando à sua presumível data de nascimento, é possível enquadrar esta narrativa no período do Império Novo, ou Império Egípcio, durante os séc. XVI e XI a.C. Segundo a cronologia aplicada, admite-se a possibilidade de se tratar de AMÓSIS I[180], o fundador da Dinastia XVIII, a primeira do Império Novo[181].

Nascido num período de escravatura do povo hebreu no Egito (Êx 1:8-22), MOISÉS é levado para o Palácio, um acontecimento que os judeus e cristãos têm por milagre divino: a salvação *sobrenatural* de um recém-nascido de um assassinato perpetrado pelo faraó (Êx 2:1-10).

Do seu crescimento na corte egípcia pouco se conhece, mas tem-se por certo que, antes de completar quarenta anos de idade, MOISÉS recusa "*ser chamado filho da filha de Faraó*", renunciando à sua vida no Palácio, numa evidente declaração de pertença do povo hebreu e de fé num DEUS distinto dos deuses conhecidos e adorados pelos egípcios (Hb 11:24). arquétipo

Prosseguem as narrativas bíblicas, relatando-se um evento determinante da vida de MOISÉS. Após a prática de um homicídio, na forma consumada, reconhecendo a ilicitude do seu ato, renuncia à vida e legado egípcios (Hb 11:24-9) e retira-se para Midiã (At 7:23-9), terra localizada no noroeste da Península Arábica, onde contrai matrimónio, vê nascer os seus filhos, GÉRSON e ELIÉZER, e se torna num pastor de ovelhas.

Os anos que se seguiram constituem uma lacuna bíblica, pois que nada se divulga sobre a vida do hebreu[182]. Todavia, já no cap. 3 de Êx, a narrativa regressa ao Egito, onde

[179] MOISÉS é celebrado nas três religiões monoteístas. No Judaísmo é a figura central, no Cristianismo é um *tipo de Cristo* (arquétipo messiânico) e no Islamismo é um profeta eleito por ALÁ para desafiar o faraó.
[180] Desconhece-se a data do seu nascimento, mas sabe-se que governou o Egito entre 1550 e 1525 a.C. Para muitos teólogos e investigadores é o "*faraó que não conhecia José*" (Êx 1:8).
[181] De acordo com a cronologia apresentada em RACHEWILTZ, *A vida*, p. 7.
[182] Aproximadamente quarenta anos.

permanece um povo escravizado[183] pela mão do (presumível) faraó TUTAMÉS III (c. 1481-1425 a.C.). Em jeito quase poético, o autor de Êx refere que "*os filhos de Israel gemiam sob servidão e por causa dela clamaram, e o seu clamor subiu a Deus. Ouvindo Deus o seu gemido, lembrou-se da sua aliança com Abraão, com Isaac e Jacó. E viu Deus os filhos de Israel e atentou para a sua condição*" (Êx 2:23-5).

Perante o sofrimento físico a que o povo estava sujeito, num cenário de manifesta injustiça social, DEUS lembra o Pacto feito com ABRÃO[184] e decide pôr termo à situação dos hebreus, inaugurando um plano divino de libertação[185]. Para tal, apresenta-se a MOISÉS, no Monte Horeb, na forma de uma sarça ardente, revelando-se como "*o Deus de teu pai, o Deus de Abraão, o Deus de Isaac e o Deus de Jacó*"(Êx 3:6) , numa clara alusão à Aliança feita no final do II mil. a.C.. O DEUS *oculto* dos Patriarcas revela-se no enigmático clarão da sarça ardente (*theophaneia*) com um motivo singular: comandar MOISÉS a retornar ao Egito em resgate dos hebreus. Pela primeira vez, *YAHWEH* revela-se como um DEUS angustiado pela escravidão a que o Seu povo esteve sujeito durante séc., e inicia um plano de resistência à opressão egípcia com vista à criação de uma Nação mais justa.

Após um debate sobre a incapacidade de MOISÉS, este regressa ao Egito, onde inicia as negociações para a emancipação dos hebreus. A partir daqui, inaugura-se um período de braço de ferro com o faraó, que culmina no aparecimento de dez pragas na região e posterior libertação do povo[186].

Saindo do Egito, aproximadamente em 1446 a.C., onde o povo permaneceu por quatrocentos e trinta anos, MOISÉS lidera o povo até à fronteira da Terra Prometida, guiado por DEUS (Êx 13:17-22). O caminho não se fez fácil: a perseguição dos egípcios, a travessia do Mar Vermelho, a constante murmuração do povo, a idolatria existente entre o povo, o murmúrio de MIRIAM, a rebeldia de ARÃO, da qual resultou a sua morte, o conselho de BALAÃO e a desobediência de MOISÉS, que o impediu de entrar na Terra Prometida, foram alguns dos momentos negativos da jornada que perdurou por quarenta anos[187]. Não obstante, durante estes quarenta anos que MOISÉS contribuiu para a fundação

[183] OHLER; MENZEL, *O Atlas*, p.16.
[184] A esta data o nome do Patriarca ainda não havia sofrido alteração.
[185] LARA, *A Bíblia*, p. 38.
[186] VOEGELIN, "Order and History", pp. 436 ss.
[187] Êx 13:17-22; 14:1-14; 14:15-3; 16:2-3; 17:2-4; 32; Nm 20:2-13; 22-9; 22-25; 27:12-7; Dt 34.

de Israel, numa liderança que se destacou pela legislação de matérias morais, jurídicas e religiosas[188].

### 2.3. A *TORAH*

A *Torah* é um rolo manuscrito (*Sêfer*), o conjunto de cinco livros, designados por *Chumash*, interligados e interdependentes, o que torna o rolo indivisível. A função do rolo está indicada no próprio nome: *Torah*, que significa literalmente «instrução».

Para o Cristianismo, este conjunto de livros conhece-se por "Pentateuco", palavra com origem no grego *pente*, que significa «cinco», e *teúchos*, que indica «rolo» ou «livro», refere-se aos cinco primeiros livros do AT que constituem uma unidade básica – os cinco livros de MOISÉS [189]. Esta terminologia deriva, assim, do grego *pentateuchos*, «cinco recipientes», indicando os rolos escritos em pergaminho ou papiro[190]. Tal vocábulo surge no séc. II, tendo sido, mais tarde, utilizado por ORÍGENES, que a torna na designação mais comum.

Autores existem que defendem a tradução correta como «lei», dada a conexão da LM com os demais códigos jurídicos do Antigo Oriente Próximo. Mas tal conceptualização não se mostra adequada. A palavra *Torah* advém da raiz hebraica *yarah*, que significa «atirar». Indica uma direção a seguir, segundo a voz de comando de *YAHWEH*, que entrega a Lei como prova de fidelidade à Aliança efetuada com o povo que saiu do Egito. Por isso, a *Torah* vai além de um código legislativo e a variedade de matérias nela consignada prova-o.

O Gn constitui-se, em larga escala, de genealogias e narrativas históricas; Êx apresenta um conteúdo narrativo até ao cap. 19, dedicando-se o restante a questões legais; Lv constitui um manual de instrução de adoração a DEUS, um conjunto de leis de cariz cerimonial ou ritual; Nm, não obstante apresentar um género distinto dos anteriores, compõe-se essencialmente de narrativas históricas; e Dt, um livro que relembra o Decálogo e outros aspetos jurídicos de forma resumida, constitui-se, também, por um livro repleto de narrativas e sermões de MOISÉS [191]. Nas palavras de AAGE BENTZEN, "o

[188] KAISER JR., *Teologia*, pp. 46-7.
[189] CHAMPLIN, *Enciclopédia*. V, p. 195.
[190] BROWN; FITZMYER; MURPHY, *Novo comentário*, p . 49.
[191] ZUCK, *Teologia*, pp. 20-1.

Pentateuco tem de ser definido como um documento que empresta a Israel a sua compreensão e a sua etiologia de vida. Ali, através de narrativas, poemas, profecia e lei, é revelada a vontade de DEUS acerca do propósito de Israel no mundo"[192].

A Bíblia Sagrada inicia-se com a *Torah*[193], o ponto central do cânone do AT e fundamento das revelações judaico-cristãs posteriores, que dá a conhecer os princípios e mandamentos que servem de ensino, instrução ou orientação ao Homem.

A *Torah* distingue-se pelo seu conteúdo e forma, apresentando dados históricos descritos por ordem cronológica, sem prejuízo de Dt constituir, em determinados momentos, uma recapitulação de narrativas. Nela encerram-se materiais diversos, realçando-se o carácter histórico de Gn, a componente legislativa de Êx, os procedimentos ritualísticos e cerimoniais de Lv, o modelo de governação de Nm e a retórica de Dt[194]. Cada livro da Lei constitui, assim, uma unidade literária, já que foram escritos como livros separados, "e pelo facto de cada um ter quase o comprimento máximo possível de ser acondicionado [num] antigo rolo de papel"[195]. Para JAYME DE ALTAVILA, a *Torah* é um dos códigos fundamentais da humanidade, dando destaque ao livro de Dt que, ao contrário dos restantes livros de MOISÉS, não se foca na formação da Nação de Israel ou nos diversos rituais religiosos, mas nos preceitos jurídicos[196].

O Pentateuco constitui-se como a divisão mais antiga de todas as Escrituras. Não obstante, autores existiram que trabalharam com partes maiores ou menores do Pentateuco, apresentando outras terminologias que merecem aqui menção. É o caso do Tetrateuco, segundo MARTIN NOTH, composto pelos livros de Gn a Nm, e do Hexateuco, de acordo com GERHARD VON RAD, que compreende os livros do Pentateuco juntamente com o livro de Js[197].

---

[192] BENTZEN, *Introduction*, p. 77.

[193] De forma frequente, acham-se ao longo do AT descrições da *Torah* como "o livro da Lei" (Dt 29:21; 30:10; 31:26; Js 8:34), "o livro desta Lei" (Dt 28:61 e Js 1:8), "livro da Lei de Moisés" (Js 8:31; 23:6; II Rs 14:6), o "Livro da Lei do SENHOR" (II Cr 17:9), o "Livro de Moisés" (II Cr 35:4; 35:12; Ed 6:18), a "Lei de Moisés" (I Rs 2:3 e Dn 9:13), o "livro do concerto" (II Rs 23:2,21; II Cr 34:30), ou o "Livro da Lei do SENHOR, dada pelas mãos de Moisés" (II Cr 34:14). Também o NT cita "o livro de Moisés" (Mc 12:26) e a "lei de Moisés" (I Ct 9:9), outorgando mandamentos e ordenanças determinados por MOISÉS (Mt 19:7; 22:24); Mc 7:10; 10:3; At 3:22; Rm 9:15; 10:19).

[194] *Ibid*, p.19.

[195] Ibid.

[196] ALTAVILA, *Origem*, pp. 15 ss.

[197] GERHARD VON RAD defende que se trata de um Hexateuco, e não de um Pentateuco, através da inserção do livro de Js, pois que neste livro encontra-se também a fonte *S*, presente nos demais. Para o autor, o código sacerdotal estendeu-se até ao término de Js. Para um melhor entendimento desta questão, SANDERS, *Torah*.

Os livros da *Torah* distinguem-se pelo seu conteúdo e forma, apresentando relevantes dados históricos, descritos por ordem cronológica, que vão desde a criação do mundo e da humanidade à peregrinação de Israel até à fronteira da Terra Prometida, onde MOISÉS proferiu os seus últimos discursos. Os cinco livros encerram materiais diversos, realçando-se o carácter histórico de Gn, a componente legislativa de Êx, os procedimentos ritualísticos e cerimoniais de Lv, o exemplo de governação de Nm e a retórica de Dt[198]. De acordo com o seu conteúdo material, o Pentateuco pode ser dividido em sete partes:

- Parte I (Gn 1-11): narrativa inicial;
- Parte II (Gn 12-36): período patriarcal;
- Parte III (Gn 37-50): biografia de JOSÉ;
- Parte IV (Êx 1-18): libertação do Egito e peregrinação ao Sinai;
- Parte V (Êx 19 – Nm 10): entrega das Leis no Sinai;
- Parte VI (Nm 10-36): viagem do Sinai a Moabe;
- Parte VII (Dt 1-34): discursos de MOISÉS nas Planícies de Moabe.

No que concerne à forma literária da *Torah*, é impossível reconduzi-la a uma só, dada a riqueza literária que oferece. De um modo genérico e não exaustivo, encontram-se os seguintes géneros literários:

*i) Leis*. Compreendem uma larga porção dos livros da *Torah*;

*ii) Etiologia*. Consiste numa história verídica que autoexplica um determinado nome ou localização[199];

*iii) Ritual*. Descrição do modo como Israel deve efetuar os rituais cerimoniais (ofertas, sacrifícios e adoração);

*iv) Genealogias*. Listas de descendência ancestral e/ ou de parentesco. Uma parte delas oferece dados que podem ir além do elemento de sangue (familiar), como as ligações entre grupos sociais por comércio ou geografia. Nem sempre se apresentam completas já que, não raras vezes, facultam somente os nomes das personagens em destaque nas narrativas.

[198] AAVV, *Comentário Bíblico*, p. 19.
[199] Por ex., a narrativa de Êx 15:23 que retrata o momento em que o povo, em peregrinação pelo deserto há três dias, chega a um certo local para beber água. Todavia, não puderam fazê-lo, visto que a água ali existente era amarga (no hebraico, *mara*). Por este facto, tal localização foi chamada de Mara.

*v). Hieros logos*. Isto é, "palavras sagradas" que dizem respeito à origem de um lugar santo[200];

*vi) Bênção (berahká).* Trata-se de um vocábulo usual ao longo de toda a Escritura que confere um poder positivo a quem é direcionado[201].

*vii) Narrativa histórica*. Relata eventos históricos genuínos de acordo com uma determinada cronologia, ilustrados pela arqueologia[202];

*viii) Planos de construção.* DEUS apresenta planos completos e perfeitamente detalhados sobre a construção do Tabernáculo e dos elementos que o constituem (Êx 35-37)

*ix) Censos*. Elaboração de censos nos cap. 1 e 26 de Nm.

*x) Sermões*. Sermões de MOISÉS em Dt.

*xi) Canções e poemas*. Cânticos efetuados por MOISÉS e MIRIAM (Êx 15:1-21) e a forma poética como Gn 3 destrinça entre o bem e o mal, a vida e a morte.

Observados os aspetos literários, importa, neste ponto, enunciar três tipos de abordagem do Pentateuco enquanto unidade. Primeiramente, o Pentateuco pode ser observado de acordo com a História da Tradição (*Überlieferungsgeschichte*), que se desenvolve através de um método histórico-crítico que analisa a pré-história de determinado texto. De acordo com LIVINGSTON *et al*, "é o termo técnico dado pelos eruditos para a investigação dos estágios pelos quais passa uma certa unidade de conteúdos, através de regras estabelecidas"[203], que será, *a posteriori*, materializada numa narrativa subsecutiva. Une o texto em unidades e tradições orais, formando um corpo mais resistente a alterações póstumas.

Em segundo lugar, admite-se uma análise literária, com aplicação não só no Pentateuco, mas em toda a Bíblia. Trata-se de uma abordagem que encara a "Bíblia como

[200] Um ex. adequado é o de Betel, lugar onde JACÓ repousou sobre uma pedra e sonhou com uma escada que a liga a terra ao céu, na qual viu DEUS, que prometeu guardá-lo e abençoá-lo. De manhã, JACÓ ungiu a mesma pedra e chamou àquele lugar *Betel* que, em português, significa «Casa de DEUS» (Gn 28:10-22).
[201] *A contrario sensu*, encontram-se também diversos momentos em que palavras de maldição são proferidas contra outros povos.
[202] A narrativa histórica presente na *Torah* não se apresenta na sua totalidade, mas dá enfase a determinados eventos fundamentais para a compreensão da história de Israel e da fé judaico-cristã.
[203] BROWN; FITZMYER; MURPHY, *Novo comentário*, p. 54.

literatura", expressão que tem vindo a ganhar popularidade desde finais do séc. XX[204], em especial com ROBERT ALTER, que pretende debruçar-se sobre a Bíblia através de uma abordagem estritamente literária[205], longe do peso das instituições religiosas. Para ele, tal abordagem refere-se

> "às numerosas modalidades de exame do uso engenhoso da linguagem, das variações no jogo de ideias, das convenções, dicções e sonoridades, do repertório de imagens, da sintaxe, dos pontos de vista narrativos, das unidades de composição e de muito mais; (…) o exercício daquela mesma atenção disciplinada que, por diversas abordagens críticas, tem iluminado, por ex., a poesia de Dante, as peças de Shakespeare, os romances de Tólstoi[206].

Contrariamente à primeira abordagem, esta não procura questionar a história através do tempo; antes almeja apreciar o texto como um todo, observando as suas particularidades, que levarão ao bom entendimento do significado do texto em análise.

Uma terceira análise a ter em conta na forma de leitura do Pentateuco é a abordagem canónica, amplamente defendida por BREVARD CHILDS. Argumenta o autor que toda a interpretação bíblica, independentemente do livro a ser estudado, deve ser elaborada a partir da sua forma canónica, isto é, observando-se a forma final que apresenta o texto inserido nas Sagradas Escrituras, de acordo com o cânone cristão[207].

Ao longo de todo o trabalho, em especial na interpretação de normativos religiosos, éticos e históricos patentes nas Sagradas Escrituras, procuro seguir uma metodologia histórico-crítica e de análise literária, não centrando o pensamento em fundamentos doutrinários ou apologéticos, mas nas questões históricas, jurídicas, morais e sociológicas que os normativos levantam.

Apresentada a *Torah c*omo unidade, importa agora lançar um breve olhar sobre os livros que a compõem.

---

[204] Apesar da sua recente popularidade, a expressão é antiga. Trata-se de uma expressão usada pela primeira vez por MATTHEW ARNOLD (NORTON, *The History*, p. 368).
[205] ALTER, *A arte*, p. 10.
[206] *Ibid*, pp 28-9.
[207] Nesta lógica, BROWN; FITZMYER; MURPHY, *Novo comentário*, p. 56.

### 2.3.1. GÉNESIS

No AT, a *prima* palavra da narrativa, *bereshit*, que quer dizer na língua portuguesa «no princípio», concede o título ao livro de Gn. No antigo Oriente Próximo, a prática de utilizar o primeiro vocábulo ou frase de determinada obra era usual. A *Septuaginta* trocou o termo referido por *Génesis*, que significa «origem» ou «fonte», que permanece nas ulteriores versões da Bíblia, em razão de explicar, numa só palavra, o conteúdo basilar deste livro. É descrito como "o livro dos começos", pois que descreve "o começo do universo, do Homem, do pecado, da salvação, da Nação hebraica, da Aliança [de Deus] com os homens"[208].

O título "O primeiro livro de MOISÉS", que se pode encontrar em várias versões bíblicas, não foi escolhido por este líder hebreu ou por escribas do séc. VIII a.C., possíveis autores de GN, mas por LUTERO, que entende ser apropriado, "visto que o livro de Gn é o primeiro dos cinco livros do Pentateuco e Moisés fora tradicionalmente considerado o autor de todos os cinco livros"[209].

A tradição judaico-cristã admite que o primeiro livro das Escrituras foi redigido por MOISÉS entre 1446 e 1406 a.C., apesar de os factos nele retratados precederem esse período. Gn inicia-se com uma introdução, que consta dos cap. 1:1 a 2:3, e divide-se em dez frações[210], que se iniciam sempre com a palavra hebraica *toledot,* «gerações» ou «origens», que aponta para o carácter de narrativa histórica pelo qual Gn é reconhecido.

Geograficamente as narrativas são ricas, pois que apresentam diversos locais de relevância histórica e arqueológica. Da criação até à chamada de ABRAÃO[211] a história decorre no Vale Mesopotâmico, deslocando-se, conforme as descrições patentes nos cap. 12 e seguintes, para Canaã, com pequenos relatos de menções históricas localizadas no

[208] AAVV, Comentário Bíblico, p. 25.
[209] *Ibid*.
[210] Tais frações ocorrem em 2:4; 5:1; 6:9; 10:1; 11:10; 11:27; 25:12; 25:19; 36:1 e 37:2.
[211] Os primeiros onze cap. de Gn ocorrem no Vale da Mesopotâmia. Nele, Abraão (à data, Abrão) é chamado por Deus para sair da sua terra e deslocar-se até outro lugar, numa atitude de fé e obediência a Deus: "*Ora, disse o SENHOR a Abrão: Sai da tua terra [Ur dos Caldeus], da tua parentela e da casa de teu pai e vai* para a terra que te mostrarei; de ti farei uma grande Nação, e te abençoarei, e te engrandecerei o nome. Sê tu uma bênção! Abençoarei os que te abençoarem e amaldiçoarei os que te amaldiçoarem; em ti serão benditas todas as famílias da terra. Partiu, pois, Abrão, como lho ordenara o SENHOR, e Ló foi com ele. Tinha Abrão setenta e cinco anos quando saiu de Harã" (Gn 12:1-4). A expressão "Ur dos Caldeus" refere-se a Ur, na região da antiga Babilónia, entre as civilizações da Acádia e Suméria, que se encontravam em declínio.

Egito e Harã, onde JACÓ habitou por vinte anos. Com JOSÉ, a narrativa desloca-se de vez para o Egito, de onde parte o livro de Êx.

### 2.3.2. ÊXODO

Êxodo, o segundo livro da Bíblia e segunda secção da *Torah*, surge do hebraico *We'ele*, ou *Shemoth*, títulos derivados das palavras «estes são os nomes…», tendo em vista que esta fração do Pentateuco se inaugura com os nomes dos patriarcas que desceram do Egito. Recebe o seu nome pela *Septuaginta*, a tradução grega do AT usada na época histórica de JESUS, apresentado pela junção dos vocábulos *ex*, «fora» e *hodos*, «caminho»[212]. Até então, o título hebraico era constituído pelas primeiras palavras do texto: "*São estes os nomes dos filhos de Israel…*" (1:1)

O título do livro compõe o seu tema ao longo da primeira metade do mesmo, narrando a história de um grande aglomerado de pessoas saindo do Egipto – Israel, o povo escolhido por Deus. A segunda parte do livro narra a promulgação das leis e o estabelecimento das instituições e adoração em Israel[213]. É de fácil entendimento a razão pela qual Êx constitui uma parte integrante do Pentateuco, pois que os grandes momentos nele mencionados - a libertação do povo oprimido no Egito, a promulgação da Lei e o estabelecimento do Tabernáculo -, são parte fulcral de uma narrativa que se origina com a criação do mundo, em Gn, e termina com o discurso do líder MOISÉS sobre a tomada de Canaã, em Dt[214].

No que concerne à data da partida do Egito, considera-se que tenha ocorrido em 1446 a.C. Êx dá seguimento aos relatos de Gn. A palavra "pois", que se encontra em 1:1, une os dois livros, colando a história de JOSÉ, o jovem vendido pelos seus irmãos (Gn 37:1-36) que ascende a Governador do Egito, onde vem a falecer (Gn 50:22-6). Após a ida para o Egito (Gn 39:1-6), onde serve no Palácio como escravo, é sujeito a uma pena de prisão (Gn 39:11-23) e, segundo o que os judeus e cristãos acreditam ser a providência de DEUS em ação, auxilia o faraó num momento delicado da vida económica da Nação (Gn 41:1-37), que o recompensa através da nomeação para o cargo de Governador (Gn 41:38-46). Anos mais tarde, encontra-se com JACÓ, seu pai, e irmãos, reaproximando-se

[212] CHAMPLIN, *Enciclopédia*. II, p. 626.
[213] AAVV, Comentário Bíblico, p. 137.
[214] BROWN; FITZMYER; MURPHY, *Novo comentário*, p. 129.

destes. Após o falecimento de JACÓ, os irmãos de JOSÉ "*entraram*" com ele para o Egito. É este o regresso mencionado em Êx 1:1.

Se, para a Teologia, o tema central do livro em análise é a salvação divina de Israel, para os juristas constitui um livro histórico que relata o começo da fundação de Israel. Em Êx compreendem-se todos os elementos atinentes à formação de uma Nação, nomeadamente no que concerne ao território, povo e soberania, assentes numa Lei Fundamental que une (ou sobrepõe) o poder religioso ao poder político.

### 2.3.3. LEVÍTICO

Originariamente intitulado no hebraico pela sua palavra inicial, *Wayyiqrã*, «E ele chamou», o título deste livro chega-nos através da *Septuaginta* e da *Vulgata*. Em português o nome "Levítico" tem origem no latim *Leviticus*, cuja origem se acha no grego *Leveitikon*, sendo o título mais apropriado quando comparado com a versão hebraica, tendo em conta o propósito do livro: um manual de liturgia do sacerdócio levítico e de santidade do povo.

Quanto à data dos acontecimentos ocorridos em Lv, enquadra-se entre a construção do Tabernáculo, no primeiro dia do primeiro mês do segundo ano depois da partida de Israel do Egipto, conforme Êx 40:17[215], e o primeiro dia do segundo mês do mesmo ano[216], de acordo com Nm 1:1, ou seja, em 1445 a.C., aproximadamente.

Lv funciona como um manual religioso ou espiritual para os Sacerdotes e povo de Israel. Nele encontram-se princípios religiosos e mandamentos não negociáveis relativos à adoração a *YAHWEH*. Em vinte e sete cap. promulga leis e outras instruções litúrgicas ou cerimoniais, encerrando em si um conjunto de princípios que estão na base da religião do AT até à morte de JESUS, que cumpriu todos os aspetos sacrificiais da Lei.

### 2.3.4. NÚMEROS

O quarto livro do Pentateuco chega-nos através do título escolhido na tradução em latim da *Vulgata*: *Numeri*. Sabe-se que os hebreus tinham por costume destacar a palavra

[215] Quase um ano havia passado desde a *Pessach*, estabelecida no décimo dia do primeiro mês do ano. Segundo o calendário judaico, *Nisã* (Abril) é o primeiro mês do ano.
[216] *Zive*, o segundo mês do ano, correspondente a Maio.

inicial do livro como título, pelo que, por vezes, o livro de Nm é intitulado de «E Ele falou» (em hebraico, *Vaidabber*). A generalidade das versões de Bíblias judaicas optaram por utilizar o título *Bemidbar*, «no deserto», que chama a atenção para o panorama geográfico da narrativa do livro.

O seu nome latinizado de imediato aponta para os dois censos realizados em Israel, registados em dois momentos da exposição[217]. O primeiro, patente nos cap. 1 a 4, efetuado após a saída do Egito e o segundo, constante do cap. 26, antecedendo a ordem de marcha para a jornada até à Terra Prometida.

Nm distingue-se pela singularidade da sua estrutura e materiais, dissemelhantes dos métodos utilizados nos livros precedentes. É composto por leis, instruções, rituais religiosos, narrativas e literatura épica, o que, para alguns teólogos, deixa transparecer a ideia de que o material tem várias fontes de autoria, espaçadas no tempo.

Cronologicamente é um livro complexo, pois que não retrata os factos pela sua ordem de acontecimento, oferecendo-se maior peso a determinados eventos em detrimento de outros[218]. Não obstante, pelas palavras iniciais "*falou o SENHOR a Moisés*", acredita-se que remetam para uma continuidade do disposto no final de Lv, como se Moisés desse prosseguimento ao relatório iniciado neste. Lv termina exatamente no local onde Nm tem início: no Monte Sinai (27:34).

### 2.3.5. DEUTERONÓMIO

Considera-se que o título do livro tenha origem na expressão grega *Deuteronomion touto*, tradução escolhida pela *Septuaginta* da expressão «um translado desta lei», que se encontra em 17:18. Efetivamente, o texto revela que o rei deveria escrever para si mesmo não uma segunda lei, mas uma *cópia da Lei*.

Na sua generalidade, Dt compõe-se de discursos efetuados por MOISÉS, numa linguagem simples e concisa, dirigidos a todo o povo. Ao contrário dos seus precedentes, Dt apresenta um tom exortativo, de modo a relembrar a Lei às gerações mais antigas da Aliança e a apresentá-la aos mais jovens hebreus, que pareciam desconhecer o Concerto

[217] Não foram estes os primeiros censos de Israel. À data o povo já se encontrava devidamente organizado pelo censo do imposto do santuário, de acordo com Êx 30:11-12; 38:26.
[218] Por ex., o autor dá extrema importância ao período de preparação da saída do Monte Sinai e encobre detalhes do momento da viagem até Canaã.

e as leis divinas. A repetição dos *Dez Mandamentos* em Dt é, por muitos, conhecida como o *Código Deuteronómico*.

Da sua composição destacam-se dois grandes mandamentos que haviam caído no esquecimento dos mais velhos: a fidelidade absoluta a DEUS (6:4-7) e a rejeição de outros deuses (7:5-6). Numa perspetiva religiosa, este livro prima pela dupla revelação de um DEUS *ciumento* que não admite a adoração a outros deuses (5:7-10), mas, por outro lado, como um Deus cheio de amor para com os seus filhos em obediência, os quais promete guardar e abençoar no futuro (7:11-13)[219]. Já numa perspetiva jurídica, releva por aquele que é o elemento central da narrativa: a interdição à liberdade de religião e de culto em Israel.

O quinto livro do Pentateuco compõe-se maioritariamente de discursos e elementos históricos outorgados por MOISÉS. Regra geral, quando o AT ou NT invocam a LM, aludem a Dt.

Apesar de ser reconhecido como o quinto livro de Moisés, escrito entre 1407 e 1406 a.C., nas planícies de Moabe, a autoria mosaica deste livro não está isenta de refutações, à semelhança da abordagem feita por determinados autores relativamente aos restantes livros do Pentateuco. WELLHAUSEN, entre outros, sustenta que "Dt é uma composição que contém algum material antigo, parte do qual derivado de Moisés, mas produzido por um profeta ou escola de profetas pouco antes de 621 a.C."[220]. A prova disso está, assegura, no facto de Dt apresentar-se idêntico ao livro de Jr e aos dois livros de Rs. Não obstante, tais evidências não se mostram suficientemente fortes para outros teólogos. E. ROBERTSON atribui a elaboração de Dt ao Profeta SAMUEL, enquanto HÖLESCHER a imputa ao período pós-exílio.

Já MEREDITH KLINE, na sua abordagem teológica ao livro de DT, destaca diversos elementos referentes à sua estrutura e conteúdo, os quais observa como "tratados redigidos entre uma suserania e o seu vassalo"[221]. A redação destes Tratados era iniciada com um preâmbulo, que contemplava o reconhecimento do Estado suserano, seguida de

[219] É em Dt 4:35-9 que surge pela primeira vez a *ideia* de Monoteísmo. Até então a ideia do *DEUS único* não havia surgido em momento algum da história religiosa judaica. Ainda assim, admite-se que apenas tenha sido corretamente aplicado no Israel pós-exílio (DOBSON, *Ensinamentos da Torá*, pp. 236-7; ASSMAN, *Of God*, pp. 53 ss). O conceito de Monoteísmo, de teor filosófico e não tanto religioso, surge apenas em 1660, através do teólogo HENRY MORE.
[220] AAVV, *Comentário Bíblico*, p. 411.
[221] *Ibid*.

um prólogo histórico. No seu seguimento, era possível encontrar "as estipulações do tratado", às quais se sucediam listas de maldição, em caso de inobservância do disposto, e de bênçãos, em caso de cumprimento do ordenado pelo Tratado. Na conclusão do Tratado era possível encontrar-se uma listagem das testemunhas, instruções sobre a segurança do mesmo, proclamações e recomendações sobre a sucessão dinástica. O autor defende, assim, que Dt apresenta uma clara correspondência com os Tratados do segundo mil. a. C. Observando a estrutura do vertente livro, as semelhanças são efetivamente notórias:

- Parte I (1:1 - 8), que constitui o Preâmbulo do livro;

- Parte II (1:9 - 4:43), a apresentação do prólogo histórico;

- Parte III (4:4-4 - 26:19), o decreto das condições da Aliança[222], no qual se recorda a Lei Moral, a Lei Cerimonial e a Lei Civil;

- Parte IV (27 - 30), a ratificação da Aliança;

- Parte V (31 - 34), a sucessão da liderança.

[222] Detalhadamente, BRUEGGEMAN, *Deuteronomy*, pp. 62 ss.

## CAPÍTULO II – O DIREITO HEBRAICO: AS ORIGENS DA LEI MOSAICA

*Foi a minha fé na Bíblia que me*
*serviu de guia na minha vida moral e literária.*
*Quanto mais a civilização avança,*
*mais empregue será a Bíblia*.
Immanuel Kant

### § 3.º O DIREITO NO PERÍODO DO ANTIGO TESTAMENTO

Ao longo da História, a vida do Homem em comunidade tem reclamado a necessidade da instituição de normas reguladoras de convivência societária. De acordo com cada cultura, sem olvidar o seu progresso histórico, instituíram-se duas ordens normativas complementares, constituídas por um conjunto de valores axiológicos e normas de natureza religiosa e moral: a Religião e o Direito. Se a Religião regulava a relação transcendente entre o Homem e a Divindade, o Direito surgia como instrumento de resolução de conflitos, de promotor da paz social, de justiça[223] (*ubi societas, ibi jus*). Desde o Mundo Antigo, o Direito foi fortemente influído pela Religião, através das suas doutrinas ou revelações transcendentais, que regulavam não só a conexão do Homem com o Divino, mas também a organização e funcionamento da sociedade e suas instituições públicas ou privadas. Com efeito, a distinção entre o poder político e o poder religioso não era clara, sendo certo que muitas destas instituições estavam alicerçadas na vontade divina que, por vezes, era revelada ao rei e, noutras, advinha da própria divindade[224].

Desde cedo se compreendeu que o Homem, ser gregário por natureza, na sua convivência com o próximo, deve respeitar regras que protejam esse convívio, cabendo à sociedade onde se insere a criação de um corpo de regras. O Direito não se dirige somente a um indivíduo, mas a toda a sociedade na qual este se encontra integrado[225]. E esta é a sua tarefa: "submeter a conduta humana ao governo das regras"[226].

Esta máxima é tão antiga quanto a existência humana, pois que tribos e clãs já possuíam um conjunto de normas orais, de essência consuetudinária, que regulavam o

[223] De acordo com BOBBIO, *Teoria Geral*, p. 3, "a nossa vida desenvolve-se num mundo de normas".
[224] DALLARI, *Elementos de Teoria*, pp. 70 ss.
[225] OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, p. 23.
[226] FULLER, *The Morality*, p. 106.

comportamento das pessoas[227], o que faz concluir que o Direito é anterior à codificação *per se*. Os locais e datas em que determinadas normas ou codificações foram escritas podem ser conhecidos, mas, tratando-se de normas consuetudinárias, ou não escritas, não se pode asseverar o mesmo[228].

A noção de lei não era inequívoca nas sociedades da Antiguidade, pelo menos não na sua atual conceção. Estas civilizações conheceram vários textos jurisprudenciais, proferidos pelos próprios soberanos ou pelos Tribunais, os quais apresentavam força de lei. Ainda assim, era uma ideia de lei adequada ao particular, não à generalidade abstrata dos casos. O conceito de lei só ganhou sentido após a sua redação escrita, o que lhe conferiu "um estatuto objetivo e público"[229], passível de memorização exata, de interpretação e de comparação pelos juristas.

O mesmo sucede com o conceito de Código. Nas próximas páginas, ao abordar os vários sistemas jurídicos da Antiguidade, invoco codificações que, no real e atual sentido da palavra, não o são. Um Código é uma lei formal que contém a matéria fundamental de determinado ramo do Direito, constituída por um plano sistemático e unitário. Trata-se, pois, de uma lei que coloca em "evidência os princípios comuns, as grandes orientações legislativas, os grandes nexos construtivos e funcionais, assim como a articulação precisa entre os diversos institutos e figuras jurídicas"[230]. As codificações aqui mencionadas não apresentam este carácter sistemático ou uniformizador.

Para a compreensão do DH enquanto sistema jurídico, importa, neste ponto, observar os primeiros sistemas jurídicos, com génese nas regiões do Egito e Mesopotâmia, a que corresponde, na conceção de GEORG JELLINEK, o período do Estado Oriental[231], marcado pela existência de um vasto território que espelhava a grandiosidade dos impérios, de regimes teocráticos que uniam o poder político ao religioso, sendo que este tinha predomínio sobre o primeiro, de sistemas monárquicos, nos quais o monarca governava como divindade ou sobre a sua delegação, e de sociedades altamente estratificadas[232].

---

[227] PALMA, *História*, p. 31.
[228] Sobre as características destas normas, GILISSEN, *Introdução*, pp. 35 ss.
[229] BRAGUE, *A Lei*, p. 25.
[230] BATISTA MACHADO, *Introdução*, p. 99.
[231] Para uma completa caracterização do Estado Oriental, JELLINEK, *Teoría General*, pp. 283 ss.
[232] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, pp. 169-170.

De igual modo, examino os sistemas jurídicos que o sucederam. Esta análise é elementar para se entender o contexto histórico e social em que o DH surgiu e a forma como influenciou outros sistemas jurídicos, pois que o direito de cada país não se criou num dia, antes sendo fruto de uma evolução secular, possível através da relação existente entre Nações[233]. Assim, neste cap., apresento uma visão genérica do Direito egípcio e dos Direitos cuneiformes, havendo, ainda, espaço para uma breve incursão sobre outros direitos que sucederam a LM, amplamente citados em trechos do AT, como os Direitos Hitita, Persa, Assírio, Grego e Romano, bem como outros sistemas que, ainda que pertençam a um período posterior, sentiram a influência direta do DH: o Direito Canónico e o Direito Islâmico.

### 3.1. O PERÍODO PRÉ-MOSAICO

Os documentos de cunho jurídico com a datação histórica mais antiga surgiram na região do Egito, c. 3000 a.C. Apesar de o Egito não se distinguir pela sua codificação jurídica, destacou-se como a primeira civilização a desenvolver um sistema jurídico individualista que ab-rogou os chamados direitos arcaicos e feudais. No final do terceiro mil. e decorrer do segundo, as regiões circunvizinhas da Mesopotâmia, como o Elam, o país dos Hititas, a Fenícia, Israel, Creta, a Grécia, despertaram para o Direito, redigindo alguns documentos jurídicos "que se podem chamar «códigos», os quais chegaram a formular regras de direito mais ou menos abstratas"[234]. No primeiro mil., Grécia e Roma foram os Impérios que ousaram progredir no Direito. A Grécia, sem grande destaque pela sua codificação jurídica, fundou a Ciência Política, através de grandes pensadores como Platão ou Aristóteles, ficando, assim, conhecida como a base do Direito Público moderno. O Direito Romano (primeiro da República e depois do Império Romano), com alguma inspiração no Direito grego e nas *pólis* gregas, notabilizou-se como o grande sistema jurídico da Antiguidade, quer no domínio do Direito Privado, quer no do Direito Público. Nos primeiros séc. do primeiro mil. d.C., articularam as suas próprias normas jurídicas e coordenaram consideráveis livros jurídicos, que hodiernamente dão corpo a uma relevante porção histórica do sistema jurídico português.

[233] Segundo GILISSEN, *Introdução*, p. 13.
[234] *Ibid,* p. 52.

### 3.1.1. O DIREITO EGÍPCIO

A civilização egípcia apresenta uma história com quarenta séc., aproximadamente. Num período tão longo, o seu desenvolvimento jurídico conheceu vários estágios, com algumas épocas prósperas e outras menos progressivas, que variavam consoante o faraó entronizado[235]. Segundo MÁRIO CURTIS GIORDIANI,

> "não é fácil sintetizar a História do Direito no Egito Antigo por duas razões: a longa duração da história do país, que assistiu a inúmeras transformações das instituições políticas e sociais, e a carência de coleções legislativas"[236].

RODRIGO FREITAS PALMA reitera que tal insuficiência legislativa egípcia se deve ao facto de o Egito constituir uma Monarquia Absoluta, na qual o faraó é chamado a pronunciar-se sobre o *Mâat*, um misto de Direito não escrito e de revelação divina[237]. É da sua competência proferir, de modo equilibrado, a *Verdade* e a *Justiça*[238], almejando o agrado das duas partes.

O povo egípcio não deixou um grande legado jurídico (de leis ou costumes) na sua forma escrita, reduzindo-se apenas a transcrições de princípios estabelecidos pelo faraó que, "em período de confusão, foram lançadas à rua, «espezinhadas» e laceradas»," ficando em mau estado de conservação[239]. Encontrou-se, de resto, "uma coletânea de leis incompletas, apenas existindo algumas «Instruções» e «Sabedorias», que contêm os elementos da teoria jurídica tendentes a assegurar o respeito das pessoas e dos bens"[240]. Não obstante, JOHN GILISSEN encerra que as leis do Antigo Egito foram efetivamente escritas, tendo em conta os documentos encontrados, tais como "contratos, testamentos, decisões judiciárias, atos administrativos" [241], entre outros.

Apesar do Direito, ou *Mâat*, ser proferido pelo faraó, perante a existência de um litígio, sabe-se, todavia, que, não raras vezes, as suas competências são delegadas ao Vizir, que julga conforme a lei e os regulamentos[242], ou ao Chefe de Justiça, a quem está

---

[235] *Ibid*, p. 52.
[236] GIORDIANI, *História*, p. 95.
[237] PALMA, *História*, p. 53.
[238] BRAGUE, *A Lei*, pp. 27 ss.
[239] GILISSEN, *Introdução*, pp. 53, 56-7.
[240] *Ibid*, p. 53.
[241] *Ibid*.
[242] *E.g.*, a Instrução enviada ao Vizir Rekmara, durante a XIX Dinastia.

incumbida a chefia dos "monarcas e juízes designados para ter assento nos "nomes", dirigindo o serviço e fazendo leis"[243].

No que concerne ao Direito Penal egípcio, as opiniões dividem-se. Se GILISSEN o considera pouco severo, quando comparado com outros períodos da Antiguidade[244], já PALMA e GIORDIANI reconhecem a barbaridade do sistema penal egípcio[245], que assenta na aplicação da flagelação (bastonadas e tortura com varas como forma de obtenção de confissões), mutilação[246] e condenação a trabalhos forçados. Quanto à aplicação da pena de morte[247], esta pode incluir "o abandono do condenado à voracidade dos crocodilos, estrangulamento, decapitação, fogueira, embalsamento em vida, empalação, etc."[248], permitindo-se uma exceção: os condenados das classes altas podem optar pelo suicídio, de modo a não terem de passar pela humilhação pública.

Relativamente ao Direito Civil, as informações escasseiam, embora seja possível apresentar, de forma genérica, os principais institutos. Segundo ANDREU, na antiga língua dos faraós não existia uma palavra concreta para designar o casamento, nem se sabe se estava instituída uma cerimónia, civil ou religiosa, que consagrasse a união entre homem e mulher, o que levou o autor a concluir que o casamento era um ato privado[249]. Assim, entende o autor, o divórcio não é proibido, pois que se não existe juridicidade para o instituto do casamento, não faz sentido existir para o divórcio. Apesar de texto algum regular o divórcio, admite-se a separação do casal em caso de adultério, infidelidade conjugal e esterilidade da mulher[250].

A família é composta pelo pai e mãe, em união monogâmica[251], e filhos menores[252], sendo que estes estão em posição de igualdade, não existindo direito de primogenitura ou privilégio de masculinidade. Também entre o marido e mulher existe igualdade perante a lei, não se tolerando a autoridade marital ou tutela da mulher. As

[243] COON, *A História*, p. 244.
[244] De acordo com GILISSEN, *Introdução*, p. 54, a pena de morte tem fraca representação entre as leis egípcias.
[245] GIORDIANI, *História*, pp. 96-7; PALMA, *História*, p. 66-7.
[246] Pena para crime de traição de funcionário contra as autoridades superiores.
[247] Pena para crimes como adultério, homicídio ou perjúrio.
[248] GIORDIANI, *História*, p. 96.
[249] PALMA, *História*, p. 68.
[250] *Ibid*, pp. 68-9.
[251] Apesar da poligamia não ser proibida por via legal, o casamento tem-se por monogâmico. A exceção pertence ao faraó (PALMA, *História*, p. 68).
[252] Aos filhos maiores é permitida a propriedade de património.

mulheres, inclusive as desposadas, podem dispor do seu património, quer por doação, quer por testamento[253].

Quanto ao Direito dos Contratos, apresenta-se bastante desenvolvido, conservando-se até hoje documentos de contratos de compra e venda, arrendamento, doação e fundação.

### 3.1.2. OS DIREITOS CUNEIFORMES

O conceito de «Direitos Cuneiformes» focaliza-se num conjunto de sistemas jurídicos, de direitos de determinados povos do Oriente Próximo, em períodos diferentes da Antiguidade, que usam de "um processo de escrita, parcialmente ideográfico, em forma de cunha ou de prego"[254], formando, assim, pela primeira vez, regras jurídicas escritas, intimamente ligadas à noção de sagrado, agrupadas em coleções ou tipos de códigos. Não obstante a diversidade étnica e regional dos vários povos, geograficamente inscritos na bacia da Mesopotâmia, entre os rios Tigre e Eufrates, que abrange as regiões da Suméria, Acádia, Babilónia, Assíria, Mitanni, Urartu, Alalakh, e Ugarit, e na região indo europeia, onde se destacam a Pérsia e o reino dos Hititas, estes desenvolveram civilizações com algumas semelhanças entre si, apenas possível pelo uso da mesma língua: a língua acádia. Note-se que o DH, pela sua escrita, não pode ser enquadrado neste sistema de direitos, apesar de exprimir relativas semelhanças com este modelo de codificação.

A historiografia destes povos, que se inicia no IV mil. e termina no I mil. a.C., é complexa, já que a forma como evoluiu é, ainda, pouco conhecida, sendo possível, apenas, reconstituir os seus estágios políticos fundamentais[255]:

- período sumério, entre finais do IV mil. a 2350 a.C.;

- período acádio-sumério, nos séc. XXIV a XX a.C.;

---

[253] Conforme extrato de testamento de Padre, no século XI a.C.: "Um padre, pai de família, institui legatária a sua mulher, exprimindo-se como se segue: "…Assim, eu vim perante o Vizir e os Magistrados membros do Conselho (de Médinet Habou), neste dia, a fim de conhecer a sua parte a cada um dos meus filhos e esta disposição que eu vou tomar a favor da «cidadã» Anoksounedjem, esta mulher que está na minha casa atualmente, pois que o Faraó disse: que cada um faça o que deseja dos seus bens", disponível para consulta em GILISSEN, *Introdução*, p. 58.

[254] *Ibid*. Cf. igualmente OHLER; MENZEL, *O Atlas*, p. 32.

[255] De acordo com os dados recolhidos em GILISSEN, *Introdução*, p. 60.

- Dinastia de Akkad, 2334-2154 a.C.;

- III Dinastia de Ur, 2112-2004 a.C.;

- período paleobabilónico, 1900-1530 a.C.;

- Dinastias de Esnunna, Isin e Larsa;

- Reino de Mari, primeira metade do séc. XVIII a.C.;

- Império Hitita, 1500-1200 a.C.;

- Dinastia babilónica;

- Período Kassite, séc. XVI a XII a.C.;

- Império Assírio, séc. XI a VII a.C.;

- Dinastia Neobabilónica, entre 626 e 539 a.C.;

- Império Persa, entre 550 e 330 a.C.

Mediante descobertas arqueológicas na região da Suméria (região que corresponde atualmente ao sul do Iraque), acredita-se que antes do dilúvio, retratado na Bíblia[256], cronologicamente situado entre os séc. XXVI e XXV a.C., existiam já sociedades politicamente organizadas, tais como as cidades-templo de Eridu, Ur, Larsa e Lagas. Após o dilúvio, c. 2400 a.C., textos datados do reinado de Urukagina, de Lagas, revelavam normas que atestavam a igualdade entre cidadãos[257].

No decorrer destes estágios políticos, foram vários os códigos elaborados nas várias regiões, dos quais destaco, por ordem cronológica:

1. O CUN, c. 2040 a.C.;

2. As LE, c. 1930 a.C.;

3. O CL, c. 1880 a.C.;

4. O CH, c. 1694 a.C.;

5. Os CA, redigidos em três épocas distintas: o primeiro data c. 1950-1870 a.C., o segundo data c. 1450-1250 a.C. e o terceiro entre 750-700 a.C.;

[256] Gn 6:11-9:28.
[257] GILISSEN, *Introdução*, p. 60.

6. O CHT, escrito provavelmente no séc. XIV a.C.

Embora reconheça nestes códigos as primeiras diligências da humanidade na elaboração de regras de direito, GILISSEN considera incorreto apelidar "código" a esta documentação, pois que não contêm um grande número de disposições agrupadas de maneira lógica. Apesar de, na sua maioria, apresentarem um esquema básico, composto de um prólogo, corpo de leis e epílogo[258], são essencialmente um conjunto de regras relativas a questões *suis generis*, não apresentando uma sistematização completa do Direito, ou de uma área do saber jurídico ou doutrina jurídica. De acordo com o referido autor,

> "estes textos não parece mesmo terem sido leis, mas antes, como lhes chama o Código de Hammurabi, *dinât misharim*, ou seja, julgamentos de direito, ensinamentos indicando o caminho aos juízes. Cada frase, geralmente breve, diz respeito a um caso concreto e dá a solução jurídica; a maior parte começa por uma expressão equivalente à expressão latina *si quis* (se alguém…), situando a formulação a meio caminho entre o concreto e o abstrato"[259].

Conclui-se, portanto, que os Direitos Cuneiformes não são direitos na conceção moderna do termo, em razão de se apresentarem num estágio inaugural do seu desenvolvimento, sem qualquer tipo de sistematização, o que não impede, todavia, a sua análise.

O Direito Penal foi talvez a área jurídica com maior destaque entre todos os povos da Antiguidade, uma vez que as normas penais funcionavam como instrumentos essenciais à concatenação das sociedades, o que justificava a crueldade das penas previstas e aplicadas. De entre essas penas sublinho, *e.g.*, a mutilação, decapitação, empalação, crucificação, flagelação, morte pela fogueira ou forca, impressão de marcas de fogo na pele dos criminosos, apedrejamento, banimento e a aplicação de ordálios ou juízos divinos e práticas de adivinhação para se aferir da inocência ou culpabilidade do réu[260].

No que concerne ao Direito Civil, a arqueologia trouxe a público diversos contratos efetuados entre os antigos, dos quais se destacam os contratos de locação, de

[258] É o caso do CUN, CL e CH, sendo a exceção as LE, o CH e o CHT. Cf. BOUZON, *Ensaios babilónicos*, p.101; BOUZON, *Uma coleção*, pp. 28-9.
[259] GILISSEN, *Introdução*, p. 61.
[260] PALMA, *História*, pp. 42-3.

empréstimo, de doação, de compra e venda, de arrendamento e de penhor. Exemplificando, são vários os contratos de compra e venda datados do período decorrido entre o declínio de Ur e o Império de HAMMURABI[261]. No reino de Eshnunna era usual a celebração de um contrato de nome *riksatum*, com cariz obrigatório para que a mulher fosse formalmente reconhecida como esposa[262].

Quanto ao Direito Processual, a norma processual era parcamente desenvolvida, imperando a absoluta improvisação forense.

#### 3.1.2.1. O DIREITO SUMÉRIO

Na esteira das várias descobertas arqueológicas efetuadas nas regiões dos rios Tigre e Eufrates, o povo sumério inicialmente povoou as suas margens, em Sinear, sul da Babilónia, desde 4000 a.C.

Precursores não semitas da Babilónia do sul, desenvolveram uma civilização francamente adiantada, na qual se destacava o desenvolvimento da escrita cuneiforme, com caracteres em forma de cunha, sendo, *a posteriori*, aperfeiçoada com o aparecimento da pictografia[263].

##### 3.1.2.1.1 O CÓDIGO DE UR-NAMMU

Atribui-se aos sumérios o primeiro registo escrito das normas consuetudinárias e, possivelmente, a primeira coleção de regras jurídicas: o CUN, redigido em 2040 a.C., aproximadamente, atribuído ao rei UR-NAMMU, fundador da III Dinastia de Ur[264]. Revelado pelo deus NANNA, o deus da Lua suméria, e descoberto em 1953 por SAMUEL KRAMER, o CUN é, para a maioria dos historiadores, o código mais antigo até hoje encontrado.

---

[261] *Ibid*, p. 43.
[262] BOUZON, *Uma coleção*, p. 45.
[263] UNGER, *Arqueologia*, pp.10-1.
[264] Estima-se que o tempo do reinado de UR-NAMMU tenha ocorrido entre 2111-2094 a.C. Sobre esta Dinastia, cf. EDZARD, "Die Altorientalischen Reiche", pp. 129 ss.

Composto por um prólogo, trinta e duas prescrições e um epílogo[265], o CUN foi inicialmente registado numa estela, tendo depois sido reproduzido em tábuas de madeira.

Ur-Nammu apresenta uma sociedade desigual, dividida entre homens livres e escravos, fazendo-se menção, nas atualizações ao código, a um tipo diferente de escravidão: aquela em que o homem livre envolvido numa situação de endividamento, deveria vender as suas esposas, filhos, ou até a si próprio, para trabalho escravo vitalício, como forma de quitamento da dívida[266].

Quanto ao Direito Penal, o CUN exibe uma autoridade menos barbárica quando comparada com a realidade egípcia. *Grosso modo*, todo o sistema penal assenta no princípio da reparação, o que hoje conhecemos como "danos morais", sendo vários os preceitos que preveem a indemnização como pena aplicável[267]. Olhe-se, por ex., para os quatro preceitos (§§19-22) reguladores da tutela indemnizatória em caso de ofensa corporal, através do qual o autor da ofensa está obrigado ao pagamento de uma indemnização pecuniária à vítima, ou familiares, indemnização essa calculada através da soma de dois elementos: a gravidade da lesão e a posição social da vítima[268]. A pena de morte fica reservada aos crimes de maior gravidade, como homicídio (§1), roubo (§2), violação de mulher livre (§6) e adultério praticado por uma mulher (§14). O julgamento do crime de adultério é efetuado, não com recurso a testemunhas, mas mediante a aplicação de ordálios, ou seja, a mulher deveria entrar no rio até ficar totalmente submersa. O deus do rio procede ao julgamento: se a mulher sobreviver, fica provada a sua inocência. Caso não resista e venha a falecer, fica provada a sua culpabilidade. O mesmo julgamento é efetuado perante acusações de feitiçaria (§13).

Relativamente ao Direito Civil, o CUN admite o divórcio (§9), obrigando-se o homem a indemnização pecuniária em caso de pretenso divórcio da sua primeira esposa. Todos os crimes contra a honra e propriedade privada são igualmente sentenciados a pagamento de pena pecuniária.

[265] A versão inglesa pode ser consultada em PRITCHARD, *Ancient*, pp. 523 ss.
[266] BOUZON, "O trabalho escravo", pp. 37 ss.
[267] SILVA, *O dano*, p. 65.
[268] BOUZON, "Origem e natureza", pp. 10-1.

#### 3.1.2.1.2. AS LEIS DE ESHNUNNA

Por volta de 1930 a.C., fruto do reinado de NARASIN ou do seu irmão, DADUSHA, surge um outro momento legislativo entre o povo sumério: as LE[269], um conjunto de sessenta preceitos, encontrados em duas tábuas em Tell Harmal, entre 1945 e 1947.

Na visão de BOUZON, as LE mostram-se incompletas e não consistem numa verdadeira coleção de leis, alertando que

> "uma simples leitura das tábuas IM 51.059 e IM 52.614 mostra-nos claramente, que o material legal aqui reunido não forma um código de leis no sentido moderno do termo. Muitos pontos de vista jurídica e social da cidade não são tratados nesta coleção de leis. Faltam, por ex., prescrições que regulem o direito de herança. Na parte do direito penal faltam as sanções aplicadas aos crimes de morte, roubo, etc.; mesmo o direito de propriedade é tratado de uma maneira bastante sucinta. Tudo isto leva-nos a concluir que os tribunais de Eshnunna conheciam, certamente, [no seu funcionamento quotidiano], outras leis e prescrições que não foram registadas nas tábuas fixadas em Tell Harmal"[270].

As tábuas IM 51.059 (tábua A) e IM 52.614 (tábua B) contêm uma introdução que menciona o reino de Eshnunna e um corpo de leis. Apesar de serem duplicatas, e não as tábuas originais, cujo paradeiro se desconhece, é possível, através delas, avaliar alguns preceitos[271]. Tal desconhecimento impede a perfeita perceção da estrutura das LE e a comparação com a estrutura tripartida em prólogo, preceitos e epílogo, como se constata nos CUN, CL e CH[272].

O corpo de leis nela existente pode ser dividido em três grandes grupos:

- o primeiro, que abarca os §§1 a 14, refere-se aos preços de bens de primeira necessidade, a tarifas de aluguer de carro de bois, de barco (e respetiva indemnização em caso de *furtum usus* do mesmo), de jumento e aos salários dos camponeses e alfaiates;

- o segundo, que abrange os §§15 a 41, refere-se ao Direito Contratual: compra e venda, casamento, empréstimo e depósito;

---

[269] A versão na língua inglesa pode ser consultada em PRITCHARD, *Ancient*, pp. 161 ss.
[270] BOUZON, *As Leis*, p. 26.
[271] As tábuas em questão, produto de uma Escola de escribas, apresentam alguns erros de cópia e corrupções de texto, algo que dificilmente se encontraria num documento oficial.
[272] *Ibid*, p. 28.

- o terceiro, que compreende os §§42 a 60, regula temas de Direito Penal, como o crime de ofensas corporais, crime contra a propriedade privada, de Direito Civil, como as indemnizações previstas para casos de responsabilidade civil extracontratual, tais como ataques de bois ou cães, e de Direito Processual, onde é regulada a competência dos tribunais da Mesopotâmia.

#### 3.1.2.1.3. O CÓDIGO DE LIPIT-ISHTAR

O CL[273], datado de 1880 a.C., foi obra do rei LIPIT-ISHTAR, quinto rei da Dinastia de Isin. O Código inicia-se com um prólogo com cerca de cem linhas, em jeito de hino, no qual o Rei LIPIT-ISHTAR se anuncia como *o escolhido* pelos deuses para reinar em equidade e ordem[274], seguindo-se um corpo de leis com trinta e sete preceitos e um epílogo, destinados a "estabelecer o direito nas regiões da Suméria e da Acádia"[275]. No mesmo, o rei fomenta à vigência do Código por um longo período, amaldiçoando todos os súbditos que incumpram o seu desejo.

O texto foi conservado em quatro tábuas de argila. Nas tábuas que sustentam estas leis não existe qualquer tipo de inscrição sobre crimes de ofensas corporais, sendo o enfoque principal a família e herança, a escravatura[276], a agricultura, a defesa da honra e do bom nome e a responsabilidade por danos efetuados por animais e maldições. Tal como sucedeu com UR-NAMMU, a larga maioria das penas assenta no pagamento de uma indemnização pecuniária, embora estivessem previstas outras penas mais severas, como a pena de morte.

#### 3.1.2.1.4. O CÓDIGO DE HAMMURABI

O CH[277] foi descoberto em Susa[278] durante uma expedição arqueológica. Trata-se de uma estela de diorito negro, com 2,25m de altura, que contém prescrições jurídicas escritas em cinquenta e uma colunas com sinais cuneiformes do período paleobabilónico,

[273] A versão na língua inglesa pode ser consultada em PRITCHARD, *Ancient*, pp. 159 ss.
[274] PALMA, *História*, p. 48.
[275] GILISSEN, *Introdução*, p. 61.
[276] À semelhança do CUN apresenta uma ideia de sociedade dividida entre homens livres e escravos.
[277] Da data desta estela pouco se pode dizer, tendo em vista que nunca foi precisamente determinada, segundo PALMA, *História*, p. 48. O CH anotado pode ser consultado em BOUZON, *O Código*, pp. 39 ss.
[278] Capital do Elam, no Oriente Próximo. Atual cidade do Irão.

atribuídas ao rei HAMMURABI[279], o responsável pelo grandioso Império Babilónico, apenas possível através da conquista da Suméria e Acádia e de outros povos semitas. Na parte superior da mesma percebe-se a epígrafe de uma figura masculina (possivelmente o rei) com uma atitude de humildade perante uma deidade, que se pensa ser o deus SAMAS ou o deus MARDUK. A divindade surge sentada num trono, entregando ao rei as insígnias do poder, a quem incumbe de legislar de acordo com a Justiça[280]. Quanto à parte inferior da estela, foram raspadas sete colunas, perdendo-se mais de trinta e cinco parágrafos de prescrições. Tal deverá ter ocorrido no começo do séc. XII a.C. quando os elamitas, por decreto do Rei SUTRUK-NAHHUNTE, invadiram a Babilónia, tomando a estela como triunfo de guerra[281]. A divisão em duzentos e oitenta e dois parágrafos da estela, que inclui um prólogo, um corpo de leis e um epílogo, foi efetuada por VINCENT SHEIL, em 1902, que chamou à mesma "Código de Hammurabi", nome aceite pelos assiriólogos de então[282]. Aquela divisão foi efetuada através da inserção da palavra acádia *summa*, que significa «se», no início de cada preceito legal.

À semelhança dos códigos previamente apresentados, BOUZON constata que, ainda que se reconheça Hammurabi como como uma codificação, tal não deve ser entendido na expressão moderna do vocábulo. A palavra "código" *stricto sensu* aponta para uma coleção completa do direito vigente, o que não acontece com esta codificação, pois que são várias as esferas da vida que ficam de fora desta legislação[283]. Semelhante posição apresentam DRIVER e MILES, em especial por as leis de HAMMURABI constituírem "uma série de correções às leis comuns da Babilónia (...), uma série de correções e reafirmações de partes da lei em vigor"[284]. Neste sentido aponta ainda o estudo elaborado por KRAUS, que considera que o texto constante da estela de Hammurabi deveria ser apreciado apenas enquanto obra literária da Escola Babilónica, não como um código legislativo[285]. Cerca de um séc. depois das escavações arqueológicas, tradução e análise dos textos, os assiriólogos entendem que as coleções cuneiformes, de entre as quais se destaca o CH, pela inovação do seu conteúdo e lógica, devem ser classificadas de acordo com o conceito de *Rechtsbücher*, isto é, como uma

[279] BOUZON, *O Código*, p. 24; GAVAZZONI, *História*, pp. 41 ss.
[280] BOUZON, *O Código*, p. 24.
[281] EDZARD, "Die Altorientalischen Reiche", p. 199.
[282] BOUZON, *O Código*, p. 24.
[283] Cf. BOTTÉRO, *Mésapotamie*, pp. 191 ss.; BOUZON, *O Código*, p. 25.
[284] DRIVER; MILES, *The Babylonian Laws*, pp. 41 e 45.
[285] BOUZON, *O Código*, p. 26.

coleção normativa de estilo casuístico proveniente de decisões de juízes, assentes no direito consuetudinário em vigor, e não como *Gesetzesbücher* (código legal), pois que não possuem o valor normativo que hoje se lhes conhece[286]. Deve, assim, observar-se as normas inscritas nestas codificações não através do conceito jurídico moderno, mas da realidade jurídica do Antigo Oriente, onde imperava o direito consuetudinário. A coexistência deste direito regulamentado, por vezes, localmente, com a legislação hammurabiana, culminou na existência de uma variedade de fontes de direito, sendo a última subsidiária[287]. A legislação real coexistia com prescrições locais que regulavam o quotidiano dos tribunais nas várias cidades da Babilónia, tendo sempre um carácter subsidiário face a estas, salvo se o cidadão apelasse aos decretos reais[288]. Segundo SOPHIE LAFONT, "a subsidiariedade não muda a natureza legislativa das disposições dos códigos, apenas modifica as regras da sua aplicação: a regra real não se aplica de pleno direito, apenas quando invocada"[289]. Assim, sabendo que "o quotidiano dos tribunais babilónicos era regido pelo direito consuetudinário", parece prematuro afirmar que a estela de Hammurabi tivesse sido concebida originariamente como um código com o propósito primordial de unificar o direito do Império[290]. Pelo prólogo e epílogo conclui-se que o escopo primordial da estela é engrandecer o rei, que vê nesta um modo de perpetuar o seu nome e a sua glória, não existindo uma intenção inequívoca de produzir o *direito do Império*, com recurso a prescrições com valor normativo. O CH não constitui, assim, um conjunto de leis válidas em todo o Império, mas o seu valor moral é incomensurável, tendo sido objeto de estudo desde os escribas da Antiguidade até aos dias de hoje[291].

Releva ainda deixar um breve apontamento sobre a originalidade do CH: o corpo legal nele consignado não é original, mas uma transcrição de leis sumérias prévias condensadas numa única estela. Na conceção de HENRY HALL, é de notar que, "embora haja nelas um elemento original devido sem dúvida ao próprio rei, o essencial do seu código é apenas a reedição das antigas leis sumerianas e ele tem pouco de ser considerado pessoalmente como um grande legislador"[292].

[286] RENGER, "Hammurabis Stele", pp. 228 ss.
[287] LAFONT, "Codification et subsiriarité", pp. 55 ss.
[288] BOUZON, "Origem e natureza", p. 21.
[289] LAFONT, "Codification et subsiriarité", p. 56.
[290] BOUZON, "Origem e natureza", p. 22.
[291] BOUZON, *O Código*, pp. 28-9.
[292] HALL, *História antiga*, p. 191.

No que ao aspeto formal do Código diz respeito, o prólogo inicia-se como uma espécie de inscrição real propagandista, na qual fica clara a intenção do mesmo: a glorificação do rei, que afirma ser poderoso e piedoso. Nele, Hammurabi afirma-se eleito pelos deuses para "fazer surgir a justiça na terra, para eliminar o mau e o perverso, para que o forte não oprima o fraco, para, como o Sol, levantar-se sobre as cabeças pretas e iluminar o país"[293]. Identifica, ainda, um conjunto de medidas sociais de promoção do bem-estar do povo, as quais seriam a revelação da sua glória entre os outros reis, terminando com uma bênção final sobre todos os que respeitam os seus preceitos e uma maldição divina sobre todos aqueles que entrarem em incumprimento ou procederem à sua abolição.

Quanto ao seu corpo legal, evidencia o rei como juiz. Acredita-se que vários parágrafos são sentenças de HAMMURABI, recolhidas pelos seus escribas, que lhes proporcionaram "uma formulação abstrata em estilo casuístico"[294].

De um modo genérico, o corpo legal pode ser estruturado do seguinte modo[295]:

- §§1 a 5, que regula as penas a aplicar em caso de crime praticado na pendência de um processo judicial, tais como a falsa acusação, o falso testemunho e a corrupção do juiz;

- §§6 a 126, relativos ao direito de propriedade e delitos contra o direito patrimonial (*e.g.*, roubo e furto, fuga de escravos e ocultação do seu paradeiro, arrendamento de campos e pomares, compra, venda e locação de casas e responsabilidade civil);

- §§127 a 195, concernentes ao Direito da Família (casamento, divórcio, filiação, adoção e herança);

- §§196 a 214, relativos à aplicação de penas por crime de lesão corporal, onde se destaca a primeira invocação da LT[296];

[293] O rei revela-se ao povo como detentor de uma "sabedoria incomparável" e um "pai para os seus súbditos" (PALMA, *História*, p. 48).
[294] BOUZON, *O Código*, p. 29.
[295] Estruturação de acordo com BOUZON, *O Código*, p. 29.
[296] A palavra *Talião* não aponta para o nome da Lei. Trata-se de uma palavra que deriva de *Lex Talionis* que significa, em português «tal qual», determinando que a resposta à ofensa efetuada será idêntica à ofensa *per se*.

- §§215 a 240, que regulam os direitos e deveres de determinadas classes profissionais, como médicos, veterinários, barbeiros, pedreiros e barqueiros;

- §§241 a 277, que determinam preços do aluguer de animais, trabalhadores rurais e barcos, e dos salários dos artesãos;

- §§278 a 282, uma regulamentação sobre a propriedade de escravos.

Sem pretensão de exaustão do tema, importa referir alguns aspetos do Direito Penal babilónico, que se apresenta bastante severo, prevendo duras penas, conforme os próximos ex.:

- §194: *Se um awïlum entregou seu filho a uma ama e esse filho morreu nas mãos da ama, (se) a ama, sem o conhecimento de seu pai ou de sua mãe, aleitou um outro filho, comprovarão (isto) contra ela e, porque sem o conhecimento de seu pai ou de sua mãe aleitou um outro filho, cortarão um seio seu*. Aplica-se a LT pela omissão da ama[297].

- §195: *Se um filho bateu [no] seu pai, deverão amputar as suas mãos*. Perante a lei, a mão do filho é considerada como o membro agressor, por isso deve ser decepada, aplicando-se a LT.

Para o crime de incesto prevêem-se várias penas que podem ir do banimento à morte por fogueira ou por afogamento, dependendo dos indivíduos que praticam o ato ilícito:

- §154*: Se um awïlum teve relações sexuais com sua filha, eles farão esse awïlum sair da cidade*. O banimento do cidadão implica o total desligamento da família, perda de bens e cassação dos direitos enquanto cidadão babilónico.

- §157: *Se um awïlum, depois (da morte) de seu pai, dormiu no seio [da] sua mãe, queimarão a ambos.*

- §155: *Se um awïlum escolheu uma noiva para seu filho e seu filho teve relações sexuais com ela e em seguida ele (o awïlum) dormiu em seu seio e o surpreenderam, eles amarrarão esse awïlum e o [atirarão à] água*.

[297] Era recorrente a aplicação da LT aos casos de crime de ofensas corporais, com o intuito de proibir vinganças fortuitas, tornando a pena proporcional à ofensa.

Outras particularidades legislativas dizem respeito aos crimes contra o património:

- inexistência de destrinça entre o furto e o roubo, sendo a pena de morte aplicada em ambos os casos[298];

- previsão de aplicação de penas pecuniárias sob ponderação da gravidade do crime e da condição social do ofensor e da vítima[299];

- previsão de julgamento por ordálios nos casos de acusação por crime de feitiçaria ou adultério[300].

No que concerne à sociedade da Babilónia, o CH divide-a em três grupos sociais distintos:

- o *awïlum*, que corresponde ao homem livre. Este é o grupo mais amplo da sociedade, a ela pertencendo os funcionários, escribas, sacerdotes, comerciantes e profissionais liberais, trabalhadores rurais e militares;

- o *muskênum*, um grupo social exclusivo da sociedade paleobabilónica, situado entre o *awïlum* e o *wardum*. Escasseiam as informações sobre a sua natureza e função social[301];

- o *wardum*, constituído pelos escravos, a base da pirâmide social da Babilónia[302].

Em traços lassos, quanto ao Direito Civil, é de notar que o CH apresenta uma orbe civil bem desenvolvida, em especial ao nível do Direito dos Contratos. Defende GILISSEN que, na época, os babilónicos praticaram a venda, inclusive a crédito, o arrendamento de propriedades agrícolas, casas e serviços, o depósito, empréstimo a juros, o título de crédito à ordem, o contrato social, bem como operações bancárias e financeiras[303]. Possuíam comandita de comerciantes, revelando uma economia de trocas comerciais bastante avançada, o que potenciou a chamada técnica dos contratos: "Ainda que que os juristas não tivessem chegado a construir uma teoria abstrata do direito das obrigações, (…) esta

[298] §§ 6 e 8.
[299] §§ 209 e 260.
[300] §§ 2 e 132.
[301] BOUZON, *O Código*, p. 35.
[302] Nas sociedades suméria e paleobabilónica eram uma minoria, não sendo, por isso uma grande força de trabalho.
[303] GILISSEN, *Introdução*, p. 65.

técnica de contratos espalhou-se por toda a bacia do Mediterrâneo; os romanos herdaram-na finalmente e conseguiram sistematizá-la"[304].

### 3.2. O PERÍODO PÓS-MOSAICO

O mover legislativo entre os povos antigos não terminou com o CH. Na esteira do registo escrito cuneiforme e da LM, outros povos, como os hititas, assírios e persas, gregos, romanos e muçulmanos deram início ao direito escrito, contribuindo para o aperfeiçoamento de leis antigas.

#### 3.2.1. O DIREITO HITITA

Até ao séc. XIX o povo hitita era conhecido somente através de narrativas bíblicas, sendo várias as passagens que certificam da relação de Israel com este povo[305]. As descobertas arqueológicas[306] sobre o povo hitita são recentes, datando entre 1906 e 1912, em Bogazqueui, antiga Hatuxach. Entre as descobertas constavam milhares de placas de barro de escritos jurídicos com caracteres cuneiformes sumero-acadianos ajustados à língua do povo hitita, as quais revelaram a grandiosidade do Império hitita, de origem indo-europeia[307].

O Império hitita divide-se em dois estágios:

- o primeiro, com começo aproximado em 1900 a.C.;

- o segundo, entre 1400 e 1200 a.C., estendendo-se à Ásia Menor e Síria, época em que foi fortalecido em Bogazqueui, através do Imperador Subiluliuma I (1395-1350 a.C.).

Após a queda do Império hitita, permaneceram pequenos reinados na Ásia Menor, na zona Sudeste da Anatólia[308], e no norte da Síria, zona onde teve maior longevidade.

---

[304] *Ibid*, p. 65.
[305] O AT cita o povo hitita como potencial inimigo de Israel na conquista da Terra Prometida (Gn 15:19-21 e Êx 3:8).
[306] UNGER, *Arqueologia*, p. 47; GIORDIANI, *História*, pp. 202 ss.
[307] As leis, na língua inglesa, podem ser consultadas em PRITCHARD, *Ancient*, pp. 188 ss.
[308] Zona que corresponde hodiernamente à Turquia.

Na conceção de GIORDIANI, a organização do Império hitita assemelha-se à de um Estado feudal medieval (constituído pela nobreza, pelos sacerdotes, guerreiros, cidadãos livres, camponeses e escravos), regido por um soberano, o grande rei de Hatti, que detém o poder temporal (com funções cumulativas de legislador, supremo juiz e comandante do exército) e espiritual, cabendo-lhe a "missão de conciliar para si e para o seu povo as bênçãos e o auxílio das divindades"[309], poderes limitados pelo *Pankus*, uma assembleia de nobres que funciona como um Tribunal Supremo "das faltas imputadas a membros da família real, ou da nobreza"[310].

À semelhança dos povos mesopotâmicos, também os indo-europeus mostraram preocupação no registo escrito das suas leis, sendo os hitita prova disso. Ainda que se trate de uma sociedade profundamente desigual, apresenta um Direito Penal mais evoluído e humanizado, que dispõe de normas menos cruéis, quando comparadas com as dos povos da Babilónia ou da Assíria. A pena de morte, prevista apenas para crimes de ofensas contra o rei ou seus representantes, homicídio ou rapto[311], violação e sodomia, assim como determinados castigos por mutilação, mostra-se de rara aplicação, sendo frequentemente substituída por pena de multa[312]. A prática de crimes como o aborto ou ofensas corporais é punida com pena de multa. Quanto ao adultério praticado pela mulher, permite-se ao marido, num cenário de flagrante delito, praticar a *justiça pelas suas próprias mãos*[313].

Possíveis crimes contra o património, tais como roubo de animais domésticos, são punidos com compensações em género. Por ex., em caso de roubo de cavalo ou touro até dois anos de idade, o ladrão deve compensar o lesado com trinta cavalos ou touros. Já o roubo de bens de força pública, como um arnês ou uma lança de bronze, é sancionado com pena de morte[314].

Quanto ao Direito Civil, prevê-se o casamento monogâmico como ato constitutivo de família, tendo a mulher uma posição inferior ao marido. A poligamia é,

---

[309] GIORDIANI, *História*, p. 208. Juntamente com o rei, a rainha tem grande importância política e de regência do Império.
[310] *Ibid*, p. 209.
[311] O homicídio de uma pessoa livre é punido com a "compensação" de quatro pessoas. Tratando-se de um escravo, a compensação é de duas pessoas. Se o homicídio for involuntário, as compensações são reduzidas a metade. O rapto que não vise o casamento é punido com a entrega de toda a casa ou família (GIORDIANI, *História*, p. 213).
[312] *Ibid*, p. 213.
[313] Ibid.
[314] *Ibid*, p. 214.

contudo, exceção para a realeza e nobreza, que permite somente a legitimação dos filhos provenientes do casamento com a esposa principal. Aos casados é permitida a dissolução do seu estado civil pelo divórcio, prevendo-se o instituto da partilha dos filhos. Em caso de dissolução do casamento pela morte do marido, a lei prevê o costume do levirato, obrigando-se o irmão ou o pai do *de cujus* a desposar a viúva[315].

Os hititas distinguiram-se igualmente ao nível do Direito Internacional, revelando grande zelo na redação de acordos de paz celebrados com outras Nações. Prova disto foi o Tratado efetuado entre o rei HATUSILIS III, do Hatti, e o faraó RAMSÉS III, do Egito, c. 1258 a.C. Perante o clima de instabilidade vivido entre as duas Nações e a consequente Batalha de Kadesh, em 1274 a.C., com graves perdas militares para ambas, e a incursão dos "povos vindos do mar", decidiram, então, Hatti e Egito seguir pela via da paz e da união, através da ratificação do documento internacional escrito em caracteres cuneiformes[316].

Tais Tratados, podendo assumir a forma de Tratado em paridade, ratificado entre iguais, ou de suserania, ratificado entre um soberano e um vassalo, exibem a seguinte estrutura[317]:

1. *Preâmbulo*, onde consta a identificação do autor;

2. *Prólogo histórico*. História da relação entre as partes; ênfase do carácter do suserano;

3. *Cláusulas gerais*. Imposições e proibições para consideração do vassalo.

4. *Prescrição de lembrança contínua* que o vassalo e o povo devem seguir e transmitir aos descendentes;

5. *Lista de testemunhas*. Normalmente o suserano apela aos deuses como testemunhas do Pacto.

6. *Bênção e maldição*. As consequências divinas da observância e inobservância do Pacto;

7. *Juramento* de lealdade ao Pacto e cláusulas nele consignadas.

[315] *Ibid*, pp. 212-3.
[316] PALMA, *História*, p. 74.
[317] STEIN, *Guia básico*, pp. 202-3.

### 3.2.2. O DIREITO ASSÍRIO

O vocábulo «assírio», de origem semita, deriva de *Assur*, deus da mitologia assíria, o deus do sol e da condução da guerra, guardião da cidade de Assur[318], a quem emprestou o nome. Apesar de existir como reino desde o séc. XXV (aproximadamente), é a partir do reinado de TIGLATH-PILESER III (745-727 a.C.) que se torna a maior hegemonia do Oriente Próximo, após a conquista da Babilónia e de Israel. Foi, com elevada probabilidade, um dos mais temíveis Impérios até hoje, contando com forças armadas exímias no confronto e nas técnicas de assalto, capazes de aterrorizar qualquer povo[319].

Israel foi um dos povos que mais sofreram perante a expansão imperialista da Assíria. Pela sua localização geográfica, uma ponte entre o Norte e o Sul, os judeus estiveram em constante conflito com outros povos que intentavam obter o domínio total da costa siro-palestinense[320]. A partir da análise de textos históricos assírios, como os Anais de TIGLATH-PILESER III e os Anais de SARGÃO II[321], das ostracas de Samaria e outros achados arqueológicos, e de livros bíblicos, é possível compreender os ataques aos dez reinos do Norte de Israel e, mais tarde, a Judá, assim como o seu desmembramento nas mãos dos assírios.

No início do séc. VIII a.C. os dois reinos de Israel[322] experimentavam um clima de prosperidade económica, sobretudo durante o reinado de JEROBOÃO II[323], em Israel, e de UZIAS (igualmente conhecido por AZARIAS), em Judá. Com a subida ao trono de TIGLATH-PILESER III, o cenário modifica-se, em grande parte por causa das intervenções militares da Assíria, cada vez mais agressivas e eficazes[324]. O exército assírio deixa apenas de destruir bens materiais e de recolher despojos de guerra:

> "Isso fora a técnica usada antes (…): os vencidos ficavam tributários, mas conservavam a sua independência. (…) Com Tiglat-Pileser III, pelo contrário, a guerra tornou-se de conquista. O território ocupado era incluído dentro dos limites do território de Assur e repartido em

[318] Assur, atual Al-Shargat, situada junto ao rio Tigre, no norte da Mesopotâmia.
[319] PALMA, *História*, p. 55.
[320] TAVARES, "Os hebreus perante a ofensiva assíria", p. 85.
[321] A versão na língua inglesa pode ser consultada em PRITCHARD, *Ancient*, pp. 282 ss.
[322] À data, Israel encontrava-se já dividida entre os reinos do Norte, com capital em Samaria e os reinos do Sul, com capital em Jerusalém. A divisão teve lugar no início do reinado de ROBOÃO, filho de SALOMÃO, de acordo com I Rs 11:43-12:19.
[323] Segundo a tradição judaico-cristã, JEROBOÃO II não foi um rei exemplar, pois que "*fez o que era mau perante o SENHOR (…) que fez pecar a Israel*" (II Rs 14:24).
[324] TAVARES, "Os hebreus perante a ofensiva assíria", p. 92.

> províncias, dirigidas pelos *Bel Pihiti*, que dispunham de guarnições permanentes para abafarem qualquer indício de rebelião"[325].

Após o período de estabilidade e prosperidade económica, segue-se um tempo de crise político-social, originado pela morte de Jeroboão II e consequente luta pelo trono. Foi uma disputa intensa que perdurou por dez anos, durante os quais passaram cinco reis pelo trono de Israel. A JEROBOÃO II sucede o seu filho ZACARIAS, assassinado seis meses após a subida ao trono por SALUM, que o substitui durante um mês (II Rs 14:29; 15:9-10). É SALUM também assassinado por MENAÉM, que sobe ao trono de imediato e reina por dez anos (II Rs 15:13-7). Pelos Anais de TIGLATH-PILESER III[326] compreende-se que o rei de Israel pagou tributos ao rei assírio, tais como ouro, prata e tecidos de linho, para que a independência de Israel não fosse colocada em causa após a invasão, facto atestado em II Rs 15:19-20.

Substituído pelo seu filho PECAÍAS, é assassinado por PECA, que se senta no trono durante vinte anos (II Rs 15:22-7). O período que se segue é de grande instabilidade e medo. "O novo rei, usurpador do trono, surge como chefe da liga anti assíria que provocou guerra contra Judá e iria desencadear a ruína definitiva da Samaria"[327]. Temendo a investida da Assíria, apoiado por REZIM, rei da Síria, PECA guerreia com o rei ACAZ, de Judá, em razão de este se recusar a invadir a Assíria, desconhecendo, provavelmente, que o rei de Judá havia prestado tributos a TIGLATH-PILESER III (II Rs 16:7-9), a quem pediu auxílio. É neste cenário que o rei decide intervir, ocupando Israel em 733 a.C. e deportando vários grupos de pessoas, de acordo com II Rs 15:29. Neste contexto trágico, PECA é assassinado por Oseias, que de imediato ascende ao trono, pagando o tributo ao rei assírio (II Reis 15:30; 17:1). Um ano depois, TIGLATH-PILESER III conquista Damasco, capital da Síria, deportando centenas de sírios, juntamente com o seu gado, e destruindo "dezasseis distritos do país de Damasco, transformando-os em montões de ruínas sobre as quais correu sangue"[328].

Ficando o rei OSEIAS no governo de Israel, composto então pela região de Efraim e parte ocidental de MANASSÉS, logo após o falecimento de TIGLAT-PILESER III, conspira com SÔ, rei do Egito, contra SALMANASER V, rei da Assíria. Ignorando a sabedoria do

[325] *Ibid*, p. 94.
[326] PRITCHARD, *Ancient*, pp. 283-4.
[327] TAVARES, "Os hebreus perante a ofensiva assíria", p. 96.
[328] PRITCHARD, *Ancient*, p. 284.

Profeta OSEIAS[329], SALMANASER V descobre os intentos do israelita, atacando novamente Israel e fazendo prisioneiro o rei OSEIAS, em 724 a.C. (II Rs 17:4). Dois anos depois, sob o governo do rei SARGÃO II, os assírios conquistam Samaria, desmantelando, assim, todo o reino do Norte, conforme ditam os seus Anais: "No princípio do meu reinado, conquistei a cidade dos samaritanos, o que me permitiu coroar o meu triunfo"[330].

Durante o terceiro ano do reinado de OSEIAS, EZEQUIAS, filho de ACAZ, sobe ao trono de Judá. De acordo com as Escrituras, ao contrário do seu pai, "*fez o que era reto aos olhos do SENHOR*" (II Rs 18:1-2, ARC)[331], o que garantiu a proteção de DEUS durante todo o seu reinado. Em 701 a.C., SENAQUERIBE, rei da Assíria, intenta atacar Judá, conquistando as principais cidades do reino. O rei EZEQUIAS, perante um cenário tão devastador, promete-lhe o pagamento de tributo em troca da independência de Judá, pedido prontamente negado pelos servos do assírio, que decide atacar Jerusalém sem piedade[332]. Invadido por grande angústia, rasgando "*as suas vestes, cobriu-se de pano de saco e entrou na Casa do SENHOR*" (II Rs 19:1), onde orou a DEUS. Ao saber da situação de insegurança, ISAÍAS profetiza, consolando o rei: "*Não temas por causa das palavras que ouviste, com as quais os servos do rei da Assíria blasfemaram de mim*" (II Rs 19:6), acrescentando ainda que "*Não entrará nesta cidade [o exército assírio], nem lançará nela flecha alguma, não virá perante ela com escudo, nem há de levantar tranqueiras contra ela. Pelo caminho por onde vier, por esse voltará; mas, nesta cidade, não entrará, diz o SENHOR. Porque eu defenderei esta cidade, para a livrar, por amor de mim e por amor de meu servo Davi*" (II Rs 19:32-4).

Debaixo desta promessa divina, seguindo a leitura da narrativa histórica, conclui-se que Jerusalém não foi conquistada: "*Então, naquela mesma noite, saiu o Anjo do SENHOR e feriu, no arraial dos assírios, cento e oitenta e cinco mil; e, quando se levantaram os restantes pela manhã, eis que todos estes eram cadáveres*" (II Rs 19:35).

---

[329] Os 7:11.

[330] PRITCHARD, *Ancient*, p. 284.

[331] "Como sábio e piedoso governante, Ezequias fez todos os esforços para preparar o seu país, tendo em vista o dia em que ele tivesse a capacidade de sacudir dos seus ombros o jugo assírio, que seu pai havia carregado e feito o país carregar, selando aliança com a Assíria (II Rs 16:7-9). Para conseguir a libertação de Judá (…) compreendeu que a primeira linha de defesa do país era o retorno a boas relações com Jeová. Para isso, logo no começo do seu reinado, iniciou uma série de reformas avassaladoras. Reparando e limpando o templo, eliminou certos rituais cananitas da serpente-fertilidade, e outras corrupções idolátricas, que se haviam insinuado, particularmente durante o reinado de Acaz (II Rs 18: 4). Celebrou também uma grande Páscoa (II Cr 29:1-30:27). Debaixo das bênçãos divinas, o reinado de Ezequias foi marcado pela prosperidade material da nação" (UNGER, *Arqueologia*, pp. 133-4).

[332] *Ibid*, p. 135.

Na senda de MERRIL UNGER, "a destruição do exército de SENAQUERIBE, que estava sitiando Jerusalém, operado por intervenção divina (II Rs 19:35; Is 37:36), oferece uma razão adequada porque o rei jamais voltou à região da Palestina"[333]. Da perspetiva assíria não existe qualquer registo deste acontecimento.

À semelhança de outros povos do Oriente Próximo, os assírios dedicaram-se igualmente ao Direito. Todavia, as regras nele consignadas tinham um propósito único: legalizar o terror e a crueldade, permitindo, assim, a total submissão dos cidadãos ao Império, em total desrespeito ao Direito Penal que se aperfeiçoava, ainda que vagarosamente, noutras Nações.

Pensa-se que as leis assírias, condensadas em catorze *tablets*, foram escritas entre os séc. XV e XIV, admitindo-se, porém, que possam ter sido elaboradas pelo rei ASSURBANIPAL (1362-1327 a.C.)[334]. No que concerne à orbe penal, sabe-se que os assírios condenavam veemente o furto, o aborto, o adultério, a bruxaria, a sodomia, entre outros[335]. Quanto ao Direito Internacional, conhecem-se Tratados datados dos séc. VIII e VII a.C., uma vez que a expansão do Império assírio confrontou vários povos arameus, fruto das migrações ocorridas na transição do II para o I mil.

### 3.2.3. O DIREITO PERSA

À semelhança do povo hitita, também os persas possuem origem indo-europeia. Instalados inicialmente no planalto do atual Irão, formaram um magnificente Império, ultrapassando o Império da Babilónia, através da sua extensão pela Ásia Menor. Com a tomada da Babilónia, as regiões da Fenícia, Síria, Palestina e fronteiras do Egito foram anexadas ao território persa.

Sobre o Império persa e a tomada da Babilónia, a Bíblia revela-se uma fonte histórica essencial, pois que permite observar, através de duas narrativas proféticas e históricas (*porque cumpridas*) o decurso dos acontecimentos.

No livro de Is, escrito aproximadamente em 700 a.C., encontra-se uma profecia sobre a tomada da Babilónia pelo rei CIRO II, a quem DEUS promete tomar "*pela sua mão*

[333] UNGER, *Arqueologia*, p. 136.
[334] PALMA, *História*, p. 55.
[335] *Ibid*, p. 56.

*direita, para abater as Nações diante da sua face*"( 45:1-2, ARC ), de forma a salvar o Seu povo cativo naquela Nação. Segundo as porções bíblicas de II Cr 36:22-3 e Ed 1:2-3, a profecia é confirmada através do decreto real, garantia do regresso dos hebreus a Jerusalém para a finalização da reconstrução do Templo. O decreto do Rei CIRO II é igualmente cumprido pelo seu sucessor, Rei ARTAXERXES I, que permite a partida de uma comitiva até Jerusalém com vista à reedificação dos muros da cidade (Ne 1:1-6:16), facto que contrasta com a conhecida severidade do sistema penal persa. O seu reinado é reconhecido pelo respeito à liberdade religiosa de cada povo conquistado, considerando que os Éditos reais fossem por eles respeitados[336].

Também no livro de Dn 2 se encontra a narrativa histórica sobre a tomada da Babilónia, em 539 a.C., e consequente perda de independência e começo do declínio imperial. A aludida narrativa descreve um sonho profético dado por Deus ao rei NABUCODONOSOR, no segundo ano de reinado[337], sobre os Impérios que surgiriam futuramente, mais tarde interpretado por DANIEL, a quem DEUS havia concedido "*o entendimento em toda a visão e sonhos*" (Dn 1:17). Na presença do rei inicia a sua explicação, começando por corroborar o que os outros sábios haviam dito (Dn 2:27). Contudo, descansa o soberano, referindo que o sonho que tivera havia sido dado pelo próprio DEUS para que conhecesse o futuro próximo, relativo ao seu Reino e aos Reinos do porvir.

DANIEL prossegue com a ilustração do mesmo (2:31-5), começando por mencionar que, ainda que o rei não reconhecesse o DEUS de Israel, a delegação do reino, poder, força e majestade vem Dele. Mais, apesar de ser apenas uma imagem, ela é um composto de *mini imagens*, sendo NABUCODONOSOR a cabeça de ouro, o primeiro de uma sucessão de Impérios que não teriam a sua magnanimidade. Segundo revelação divina, o material a que correspondem os Impérios vai enfraquecendo ao surgimento destes: inicia-se com o ouro, mas termina com o barro, o que aponta para o advento de Impérios cada vez mais fracos no que diz respeito à sua grandeza político-económica.

[336] Um cilindro, descoberto no século XIX, continha o Decreto de CIRO que, embora se assumisse como politeísta, demonstrava o respeito pela religião dos hebreus.
[337] O rei NABUCODONOSOR derrota o faraó NECO do Egito em 605 a.C., ano em que toma o controlo de Judá. É no seguimento deste acontecimento que leva cativos alguns hebreus para a Babilónia, entre os quais se encontra DANIEL (Dn 1:1-21).

As tradições judaica e cristã têm apresentado ao longo dos séc. a interpretação possível da predição, chegando a conclusões que permitem interligar os materiais aos Impérios. Assim, concluem, a seguinte cronologia histórica:

- *Ouro*: Império da Babilónia;

- *Prata*: Império Medo-Persa, "*um reino inferior*" ao primeiro (Dn 2:39a);

- *Metal*: Império grego, "*com domínio sobre toda a terra*" (Dn 2:40);

- *Ferro*: Império romano, "*será forte como ferro; pois o ferro a tudo quebra e esmiúça; como o ferro quebra todas as coisas, assim ele fará em pedaços e esmiuçará*" (Dn 2:40);

- *Parte de ferro e parte de barro*: o período que se seguiu à queda do Império Romano, até aos dias de hoje, "*um reino dividido (…) em parte forte, em parte frágil (…) não se ligarão um ao outro, assim como o ferro não se mistura com o barro*" (Dn 2:41-43, ARC);

- *Pedra*: representa o Reino de DEUS, a pedra que aniquilará todos os Reinos constituídos por homens, e se fortalecerá num grande monte: o eterno Reino de Cristo, "*um Reino que não será jamais destruído*" (Dn 2:44).

No que concerne ao governo e administração do Império, há a destacar a sua divisão em satrapias, ou províncias, responsabilidade do Sátrapa, escolhido de entre a realeza ou nobreza para governar por tempo indeterminado. Nas satrapias existe, a par do sátrapa, um Secretário, que mantém as relações com a Corte, um Comandante das forças, com poderes delegados pelo Governo central, e um Conselho composto pelos persas das províncias e representantes das regiões indígenas.

O Governo central é exercido pelo rei, senhor absoluto por direito divino recebido diretamente de AHURA MAZDA[338], a quem representa na terra. O dever do rei consiste em reinar de acordo com o Direito Persa e a Justiça, em todos os seus domínios[339].

No topo da pirâmide social encontra-se o rei juntamente com a sua família, sendo rodeado pela nobreza, a quem está incumbida a tarefa de fixação de impostos e taxas, de

[338] O deus do bem, de acordo com a mitologia persa e o Zoroastrismo. O oposto de ARINÃ, o deus do mal. À semelhança dos hebreus, também acreditam na vinda do Messias, nascido de uma virgem (PALMA, *História*, p. 76).
[339] GIORDIANI, *História*, p. 280.

legislação, de proceder a julgamentos e de manter as forças armadas. Na posição abaixo encontram-se os funcionários da Administração. Na base da pirâmide permanecem os agricultores livres e os escravos que trabalham na agricultura. GIORDIANI menciona ainda um outro agrupamento social com grande destaque no Império: os Magos, uma tribo da confederação dos medos. Peritos em práticas ritualísticas baseadas em tradições e crenças antigas, gozam de grande notoriedade e influência na sociedade persa e junto do rei, sendo, por muitos, conhecidos como *sábios*[340].

No que ao Direito diz respeito, o Direito divino é a grande fonte do Império: transgredir a lei decretada pelo rei equivale a ofender o próprio deus[341].

O Direito Penal, tido por alguns como severo, prevê essencialmente três tipos de penas, sempre ponderadas pelo rei:

*i)* Chibatadas, em caso de crimes de pouca gravidade. Podem, em certos casos, ser substituídas pelo pagamento de multa pecuniária;

*ii)* Mutilação (marca a fogo, cegueira e outros), em caso de crimes mais graves;

*iii)* Pena de morte para crimes de homicídio, violação, aborto, desrespeito ao rei e traição à Nação. Pode ser executada através de envenenamento, empalação, crucificação, enforcamento ou apedrejamento;

Quanto ao Direito Civil persa, prevêem-se alguns institutos como o casamento, a adoção e a herança.

No que diz respeito ao Direito Processual, admite-se o juramento e, por vezes, aplica-se o regime do ordálio. As partes em litígio são, nos casos mais complexos, auxiliadas pelos Relatores da Lei, uma figura muito próxima da do advogado[342].

### 3.2.4. O DIREITO GREGO

Os gregos são conhecidos pela maestria do pensamento filosófico e político da Antiguidade, cujo legado ainda permanece ativo entre nós. Pioneiros na Ciência Política,

[340] *Ibid*, p. 281.
[341] *Ibid*, p. 282.
[342] GIORDIANI, *História*, p. 282.

não deixaram um importante espólio jurídico, ainda que o seu sistema jurídico seja uma das principais fontes dos direitos da Europa Ocidental, em grande parte graças ao conceito de Democracia. Não construíram uma Ciência do Direito nem sistematizaram as suas instituições de Direito Privado, porquanto não conseguiram formular regras abstratas; perduraram as tradições oriundas dos Direitos cuneiformes e passaram-nas aos romanos[343].

Curiosamente, não se mostra exato abordar "o Direito Grego", pois que o que existiu consistia em vários direitos que regulavam as várias cidades-estado (as *pólis*). Excetuando-se o reinado de ALEXANDRE III da Macedónia, nunca existiu homogeneidade política e jurídica na Grécia da Antiguidade. "Cada cidade tinha o seu próprio direito, tanto público como privado, tendo caracteres específicos e evolução própria. Nunca houve leis aplicáveis a todos os gregos; no máximo, alguns costumes comuns"[344]. O direito das cidades gregas, das quais apenas se conhece as instituições de Atenas, Esparta e Gortina, não foi elaborado como corpo de leis escrito[345]. A ideia de Direito, o *Dikáion*, consistia numa noção vaga de Justiça que pairava na consciência de todos, conhecida como *Dikaiosúne*. A par deste conceito, expuseram igualmente a consciência de uma lei eterna e imutável que regia o Homem de acordo com a ideia de igualdade[346]. Estávamos perante o início do *Ius Naturale*[347].

Segundo GILISSEN[348], são parcas as fontes escritas, apenas se destacando:

- os discursos DEMÓSTENES e de ISEU, datados do final da Época Clássica do direito de Atenas;

- os documentos literários e filosóficos, com especial destaque para os escritos de PLATÃO, ARISTÓTELES e PLUTARCO;

- várias inscrições jurídicas;

---

[343] GILISSEN, *Introdução*, p. 73.
[344] *Ibid*, p. 73.
[345] PALMA, *História*, p. 149.
[346] *Ibid*, p. 150.
[347] A conceção doutrinária do *Ius Naturale*, ou Direito Natural, originou-se na Grécia. Entre os primeiros a defenderem esta doutrina destacam-se HERÁCLITO de Éfeso e SÓFOCLES, que, na tragédia *Antígona*, apresentou e formulou o cerne do Direito Natural: a existência de um direito superior ao direito positivado e estabelecido polo soberano.
[348] GILISSEN, *Introdução*, p. 75.

- a Lei de Gortina, datada aproximadamente do séc. VI ou V a.C., e a Lei de Dura, do séc. IV a.C.

Na conceção grega, a fonte do direito é o *nómos*, isto é «a lei». A expressão surge primeiramente com HESÍODO, no séc. VII a.C. e, mais tarde, com PÍNDARO, no séc. V a.C., para quem "a lei é a rainha de todas as coisas". Já PSEUDO-DEMÓSTENES define o conceito com maior detalhe, asseverando que "os *nómoi* são uma coisa comum, regulada, idêntica para todos, querendo o justo, o belo, o útil: chama-se *nómos* o que é erigido em disposição geral, uniforme e igual para todos", um modo de limitação do poder da autoridade política.

No que concerne ao Direito Penal da *pólis* de Atenas (do qual se tem maior conhecimento), este apresenta-se mais brando quando comprado com o dos restantes povos da Antiguidade Oriental. As penas com maior aplicação entre os gregos são as multas pecuniárias, o desterro, o confisco e a prisão; a pena de morte está igualmente prevista, embora tenha pouca aplicação[349]. A título de ex., a pena mais peculiar será provavelmente a relativa ao crime de adultério[350]. Perante a prova do crime, a mulher adúltera fica automaticamente impedida de frequentar atos religiosos, não sendo, de igual modo, aconselhado frequentar espaços públicos, sob pena de humilhação pública. Ao seu marido não é lícito permanecer casado.

No que concerne ao Direito Civil, olhe-se igualmente para o da *pólis* de Atenas. Trata-se de um direito individualista que permite ao cidadão a livre disposição da sua pessoa e dos seus bens. Quanto à tutela do poder paternal, este revela-se desigual quanto ao sexo dos filhos: enquanto, perante a maioridade do filho, se admitia a separação jurídica da autoridade paternal, o mesmo não sucedia com as filhas, que deveriam permanecer submissas à autoridade do pai e, após o casamento, à autoridade do marido.

### 3.2.5. O DIREITO ROMANO

Dissertar sobre o Direito Romano em poucas linhas é uma empreitada inexequível, quer pela inovação que este trouxe, quer pela vastidão de normas e leis produzidas ao

[349] PALMA, *História*, pp. 156 ss. Um caso que poderia culminar na aplicação da pena de morte é o da prostituição masculina. O Homem que se dedica a esta prática fica impedido de exercer funções sacerdotais e públicas. Em caso de inobservância, é condenado a pena de morte.
[350] *Ibid*, pp. 157-8.

longo de vários séc. Deste modo, não irei abordar as várias orbes do Direito Romano, antes deixando uma sinopse genérica do mesmo.

O Direito Romano consistiu num conjunto de normas jurídicas com vigência em Roma e nos países governados debaixo da mão do Império Romano, durante treze séc.[351]. A história deste sistema jurídico tem início no ano de 753 a.C., em Roma, então um pequeno local rural[352]. Cerca de dez séc. depois, Roma havia-se transformado num grandioso Império, que se estendia ao Oriente Próximo, ao Império Persa, a África e às regiões da Inglaterra, Gália e Ibéria. No séc. III o Império romano desloca a sua capital para Constantinopla, na zona oriental da bacia mediterrânea, sob o comando de CONSTANTINO. A partir deste evento, o Império divide-se em dois: o do Ocidente, cuja queda se dá no séc. V, e o do Oriente (Império Bizantino), que resiste até ao séc. XV.

Foi em Roma que se assistiu, pela primeira vez, ao fenómeno jurídico como hoje é reconhecido. Tratou-se de um sistema que nasceu e amadureceu progressivamente, através do legado grego e das influências judaico-cristãs, vindo a influenciar diversos ordenamentos na Europa Ocidental e de Leste. Quanto à influência dos Direitos Gregos, conhecem-se algumas semelhanças entre estes e o Direito Romano, explicáveis pelo contexto cultural do Mediterrâneo a que estavam adstritos. Ex. conhecidos são a inalienabilidade da propriedade na Época Antiga ou da Realeza, tal como sucedera nas cidades-estado de Corinto, Locres e Leucade, e a faculdade de rejeição do filho nascido com deficiência, direito igualmente concedido aos pais de Esparta. Já quanto às influências judaico-cristãs, estas não foram visíveis nos primeiros séc. do Império. Defende PALMA que, inicialmente, os romanos não almejaram seguir as linhas legais do CH e da LM, opinião da qual partilho, em razão de o Direito Romano se apresentar, à partida, mais desenvolvido. Foi então entre os séc. IV e V se verificaram tais influências, ainda que tímidas, nomeadamente na orbe do Direito Penal[353] e do Direito da Família, em matéria de casamento, divórcio e filiação. Só na Idade Média, a partir da formação do Direito Canónico, se faz evidente tal influência, especialmente na regulação destes institutos civis.

---

[351] CORREIA; SCIASCIA, *Manual*, p. 13; PINTO JR., *Curso Elementar*, pp. 1 ss.
[352] GAVAZZONI, *História*, p. 46.
[353] DURKHEIM, *De la division*, p. 59, onde se destaca a influência do Judaísmo no Direito Penal romano, sobretudo na terminologia e aplicação sancionatória.

A história do Direito Romano no Ocidente pode ser dividida em três estágios[354]:

1. *Época Antiga* (séc. VIII a II a.C.). Desde a sua fundação, Roma foi dominada pela estrutura clânica das grandes famílias, nas quais o *pater familias* usufruía de autoridade quase ilimitada. Quanto ao Direito, à semelhança dos direitos arcaicos, revelava-se consuetudinário. As informações sobre este direito escasseiam, já que não foi redigido; todavia, podem encontrar-se traços costumeiros nas *Leges Regiae*[355], na Lei das XII Tábuas, nos éditos dos magistrados e dos escritos dos juristas. Consistiam em costumes das famílias, onde o Direito e a Religião eram um só[356]. No período da República (séc. V a.C.), a lei (*lex*) começa a surgir como fonte de direito, promulgando-se as primeiras leis das autoridades públicas (*Leges Publicae*), com um valor normativo (obrigatório) muito semelhante ao atual[357]. A sua iniciativa compete aos cônsules, pretores, tribunos e ditadores. De todas as leis promulgadas, destaca-se certamente a Lei das XII Tábuas, um dos pilares do *Ius Civile* até ao período de JUSTINIANO. Escrita a pedido dos plebeus, esta Lei mostrou ser antes um escrito de costumes, e não uma lei no sentido moderno do termo. "A sua redação tendeu a resolver um certo número de conflitos entre plebeus e patrícios; mas a sua interpretação permaneceu secretam porque confiada aos Pontífices"[358].

2. *Época Clássica* (c. 150 a.C. a 284 d.C.). Conhecida pelo período do Alto Império, onde imperava o Direito Romano Clássico, direito individualista de uma sociedade mais evoluída. Os textos legislativos deste período abundam, o que nos permite perceber que os romanos tinham o intuito de redigir as suas regras jurídicas. Desta forma, a lei passou a desempenhar um papel cada vez mais

---

354 Segundo a divisão apresentada em GILISSEN, *Introdução*, pp. 81, 84 ss. A estes estágios correspondem os seguintes períodos governativos: 1. a Realeza (753-510 a.C.); a República (510-27 a.C.); o Alto Império (27 a.C.-284) e o Baixo Império (284-565).

355 Atribuem-se as *Leges Regiae* aos reis RÓMULO e NUMA, embora primem mais pelo seu conteúdo religioso do que jurídico. De um modo genérico, estas leis regulam o quotidiano da família romana, incidindo em regras de ratificação do poder de vida e de morte do pater familia, em questões relativas às relações conjugais e operações de cesariana que pudessem salvar a vida da criança após o falecimento da mãe, à definição do período de luto, da cidadania a conceder a escravos alforriados e ao relacionamento patronato/cliente (PALMA, *História*, p. 185).

356 "O *fas* tipifica a dimensão sagrada existente no direito romano nos seus primeiros séculos de história. Progressivamente, cuidaram os antigos de distingui-lo do Direito secular (*Ius*), na medida em que a instauração da República reclamava uma nova estruturação política da *urbs* e das suas províncias. (…) O faz, ou seja o *Ius Divinum*, todavia não foi suplantado pela laicização. (…) Ele permaneceu lá, escondido no recôndito da produção normativa" (PALMA, *História*, p. 177).

357 CORREIA; SCIASCIA, *Manual*, pp. 23 ss.

358 GILISSEN, *Introdução*, p. 87; PALMA, *História*, pp. 187 ss; HABERMAS, *Auch eine.* I, pp. 654-5.

relevante no Império, superando o costume. Não obstante, este estágio ficou igualmente marcado por novas fontes de direito: os éditos dos magistrados e a *jurisprudentia*, isto é, a interpretação das normas pelos juristas[359]. Sendo as *leges* resultado de pequenas ações por parte do Senado, cujo poder foi oscilando entre a mera interpretação do direito em vigor, o convite aos pretores para legislarem e a ratificação de projetos, sempre debaixo da autoridade do Imperador, no fim do séc. III passam a ser da inteira competência do Imperador, que se torna o único órgão legislativo do Império.

3. *Época do Baixo Império* (c. 284 até à época de Justiniano, morto em 565). O Direito Romano fruto de uma conjuntura politica, económica e religiosa conturbada, mostra-se "dominado pelo Absolutismo Imperial, pela atividade legislativa dos Imperadores e pelo Cristianismo"[360]. O Cristianismo, trazendo a moralidade e os princípios da LM e do Evangelho de JESUS, transforma vários institutos de Direito Privado. A legislação, que permanece obra dos Imperadores, torna-se a principal fonte de Direito, iniciando-se um processo de codificação, ou coleção, de leis, semelhante ao termo utilizado hodiernamente. A primeira coleção de leis ficou conhecida como o *Codex Theodosianus*, redigido no Oriente, por comando do Imperador Teodósio II. Trata-se de uma recolha de constituições promulgadas desde o Imperador Constantino, datada de 438. O vertente Código subsistiu à queda do Império no Ocidente, tendo permanecido em vigor até à publicação das *Leges Romanae*, no séc. VI. No Império Romano do Oriente, Justiniano constituiu uma comissão de dez membros, incumbindo-lhes a tarefa de compilar todas as antigas fontes de Direito Romano, conciliando-as com o direito de então.

Tal Código, conhecido como *Corpus Iuris Civilis*, divide-se em quatro partes[361]:

*i) Codex Justiniani*, uma coleção de leis imperiais que substituiu o Código Teodosiano;

*ii) Digesta* ou *Pandectas*, uma compilação de excertos de mais de mil e quinhentos escritos de juristas romanos da Época Clássica;

[359] CORREIA; SCIASCIA, *Manual*, pp. 25 ss
[360] GILISSEN, *Introdução*, p. 81.
[361] Seguindo as linhas de CORREIA; SCIASCIA, *Manual*, pp. 303 ss.

*iii) Institutiones Justiniani*, um manual de ensino do Direito;

*iv) Novellae*: novas constituições que entraram em vigência depois da promulgação do *Codex Justiniani*. Tinham como escopo atualizar o Direito face às novas controvérsias que iam surgindo.

Após a queda de Roma, o *Corpus Iuris Civilis* permaneceu como a base do Direito do Império romano no Oriente, o qual sofreu novas atualizações adaptadas ao Império Bizantino. Revela-se digna de nota a influência romanista que o Direito Bizantino teve noutros sistemas jurídicos, em especial no Direitos Russo, Búlgaro e Romeno.

### 3.2.6. O DIREITO CANÓNICO

O Direito Canónico constitui-se como o Direito da IC, isto é, a coleção de normas de conduta, com carácter obrigatório e coercitivo e sentido universalista[362], que regulam a vida eclesial dos sacerdotes e leigos católicos[363]. É a expressão normativa e imperativa da Igreja enquanto realidade, apoiada em normas com carácter vitalício, estabelecidas por Deus através de MOISÉS, dos Profetas, de JESUS e da Tradição. Mas não só. À fé nas Escrituras e na Tradição alia-se a produção normativa do Direito Natural, estabelecido por Deus, e a razão, porquanto muitas normas canónicas são produto da mente humana. Estas últimas, todavia, não se apresentam infalíveis ou, tão pouco, imutáveis. O Direito Canónico regula somente as relações dos fiéis católicos, independentemente da sua nacionalidade ou domicílio.

Assente, assim, no *Ius Divinum* e no *Ius Naturale*, "contido na Sagrada Escritura e na tradição e que a Igreja propõe ou declara, pelas leis e decretos do Papa e dos concílios ecuménicos, pelas concordatas entre a Santa Sé e as Nações, pelas leis civis que a Igreja faz suas, dando-lhes valor no foro canónico, e pelas leis"[364], o Direito Canónico apresenta uma única preocupação: a salvação da Humanidade. Assim, deixa para os Estados soberanos a regulamentação do comportamento do Homem em sociedade.

A Igreja denomina-se como um corpo de pessoas que se identificam como "povo de Deus", expressão bastante utilizada no AT, referindo-se a Israel[365]. Desde a sua

[362] TENÓRIO, *Direito Internacional*, p. 421.
[363] BERTOLA, "Diritto Canonico", p. 920.
[364] MADALENO, "Breve introdução", p. 76.
[365] S. PAULO declara a Igreja de DEUS como um corpo: Rm 12:4-5; I Co 12:27; Cl 1:24.

fundação, desenvolveu-se como uma sociedade com estrutura e funcionamento *suis generis*. No séc. I d.C. revela-se herdeira do legado jurídico e legislativo mosaico, pelo que os princípios jurídicos que a regiam tinham génese na Lei de MOISÉS, aos quais anexou a realidade dos Evangelhos. A partir da sua tolerância, conquistada com a assinatura do Édito de Milão, em 313, e consequente desenvolvimento no Império Romano, a forma de *fazer o Direito* sofreu influência do Direito Romano.

Apesar da secularização da Europa Ocidental, das suas instituições de cariz privado e público e da separação do Estado e das igrejas (princípio consignado nas Constituições dos Estados de Direito), o Direito Canónico permanece, regendo as relações entre os membros da IC com Deus e com o próximo, ao serviço da comunidade.

Ainda que a sua fundação remonte ao séc. I, é na Idade Média, entre os séc. XII e XIII, que a Igreja atinge o clímax da sua relevância social, sendo de destacar o seu peso jurídico. Certos institutos do Direito Privado, tais como o casamento ou o divórcio, foram regulados em exclusivo pelo Direito Canónico, cabendo assim aos tribunais eclesiásticos a competência para dirimir possíveis conflitos. Muito antes que o *Direito laico* se iniciasse na redação de normas escritas, o Direito Canónico já produzia vários manuais doutrinários, constituindo, desta forma, uma ciência jurídica canónica que influenciou "na formulação e desenvolvimento deste direito laico" [366].

Por tudo isto, no ordenamento jurídico canónico, o *ius non scriptum* (o costume) detinha uma relevância reduzida, em razão da oralidade das normas consuetudinárias, detalhe a que se contrapunha ao Direito Canónico: a IC apresentou, desde sempre, o cuidado em redigir as suas normas. Não obstante, poderá admitir-se a sua aplicação a nível local, caso

> "tenha sido consagrado pela jurisprudência dos tribunais eclesiásticos. O certo é que, para ser válido como fonte de direito, o costume teria que existir e ser usado durante mais de trinta anos, ser razoável e ser legítimo, ou seja, estar conforme ao Direito Divino e não contrariar qualquer outra fonte de Direito, como sejam as Sagradas Escrituras, os Decretos ou Cânones dos Concílios ou as Cartas Decretais dos Bispos e dos Papas ou mesmo normas jurídicas do Direito Romano que tenham sido recebidas pelo Direito Canónico"[367].

[366] GILISSEN, *Introdução*, p. 135.
[367] MADALENO, "Breve introdução", p. 69.

Como supramencionado, o Direito Canónico foi influenciado pelo Direito do Império Romano, constituindo-o como direito supletivo, porquanto o Direito Romano não se apresentava contrário ao *Ius Divinum* ou aos decretos e Decretais papais, mesmo depois da queda do Império no Ocidente.

Apesar da inclusão, nos códigos canónicos, de textos datados do séc. III, é apenas no séc. XII que a redação canónica se inicia verdadeiramente. A primeira coleção a destacar é o *Corpus Iuris Canonici*, editado em 1582. Redigido durante três séc., é composto por três partes:

- o Decreto de GRACIANO, de 1140, o comentário que pretende instituir uma coordenação entre os cânones divergentes, apresentando possíveis soluções;

- as Decretais de GREGÓRIO IX, de 1234, uma redação oficial de textos que não se encontravam nas obras de GRACIANO;

- o *Liber Sextus*, de 1298, um complemento à obra de GRACIANO elaborado pelo Papa BONIFÁCIO VIII;

- as *Clementinae*, de 1314, os aditamentos efetuados pelo Papa CLEMENTE V;

- as Extravagantes de JOÃO XXII, de 1324, e as Extravagantes Comuns, do séc. XV, acrescentadas pelo Papa JOÃO XXII.

Esteve em vigor até 1917, altura em que foi substituído pelo *Codex Iuris Canonici*, o Código de Direito Canónico, atualizado com os Concílios datados dos séc. XV e XVI e com as novas decretais dos Pontífices. Inspirado pela codificação de finais do séc. XIX, o Papa PIO X, decorrendo o ano de 1904, estabeleceu uma Comissão Cardinalícia com o escopo de criar uma codificação canónica da IC (*Motu proprio Arduum Sane Munus*), promulgada a 27 de maio de 1917, pelo Papa BENTO XV. Através da Bula *Providentissima Mater*, toda a legislação prévia incompatível à do *Codex Iuris Canonici* foi ab-rogada.

Encontra-se atualmente em vigor um novo Código de Direito Canónico, promulgado pelo Papa JOÃO PAULO II, a 25 de janeiro de 1983[368], após duas décadas de

[368] "Providencialmente no dia 25 de janeiro de 1959, o Papa João XXIII anunciara a decisão de rever o *corpus* jurídico da Igreja, ao mesmo tempo que publicitava a intenção de realizar o sínodo de Roma e

labor. Em 1959, com o desígnio de tornar a Igreja mais eficaz quanto às exigências de uma sociedade moderna e em constante mudança, o Papa JOÃO XXIII determinou a reforma do *Codex Iuris Canonici*, convocando o Concílio Ecuménico Vaticano II. Este Código constitui o principal documento legislativo da Igreja, revelando a sua inseparabilidade da eclesiologia do Concílio Vaticano II, sendo, por isso, não um conjunto de leis, mas um "documento teológico fundamental para guiar o povo da Nova Aliança à sua completa realização"[369]. A par deste Código, destaca-se ainda a codificação legislativa para as Igrejas de Ritos Orientais (*Codex Canonum Ecclesiarum* Oriental, de 1990), cujos trabalhos preparatórios se encetaram por deliberação do Papa PIO XI, em 1929.

Não obstante a influência romana, parece inequívoca a ascendência judaica do Direito Canónico. Como mencionado, considero que o Judaísmo e a *Torah* estão na génese do Cristianismo. JESUS, *pedra angular* da Igreja de DEUS na Terra (Ef 2:19-22), enquanto judeu, cumpriu a lei do povo de Israel dada pela autoridade divina a MOISÉS, no Sinai.

Com a ressurreição e ascensão aos céus de JESUS e posterior descida do ESPÍRITO SANTO sobre os discípulos e outros simpatizantes da fé, funda-se a *ekklesia*. O Cristianismo expande-se através de novas conversões, da abertura de igrejas locais, com grande destaque para a Ásia Menor e Europa, e dos escritos dos Apóstolos, fundamentados no ministério de JESUS e nos seus ensinamentos. Com o passar dos séc., a autoridade da IC aumenta o leque de fontes, passando a admitir não apenas as Sagradas Escrituras como fonte de Direito, mas também a Tradição, a historicidade da Igreja e outras vivências religiosas (*Sacrae Disciplinae Leges*). Ainda que a Igreja tenha absorvido a LM, corporalizada no AT e NT, acrescenta também leis emanadas de autoridades humanas que governam a IC e publicam leis, decretos e sentenças, que poderão sofrer alterações com o avanço da sociedade ou da Igreja[370].

convocar um novo concílio ecuménico. Foi o Vaticano II, que se realizou nos anos 1962-1965, fundamento e motor do código da lei para o Povo de Deus" (FERREIRA E SILVA, "O Código", p. 336).

[369] CARAM, "A legitimidade da Torá", p. 133.

[370] Cf., entre outros, ANDREAU-GUITRANCOURT, *Introduction*, pp. 281 ss; TOURNEAU, *O Direito*, pp. 17 ss; LIMA, *Introdução*, pp. 17 ss.

### 3.2.7. O DIREITO ISLÂMICO

O Direito Islâmico apresenta alguma complexidade na sua análise em virtude da cifra de países que se enquadram neste ordenamento jurídico, todos eles com características imensamente peculiares, que o tornam tão diferente dos outros sistemas jurídicos[371] Ainda que date de um período não correspondente ao do AT, mas ulterior, releva fazer uma breve incursão no mesmo, genérica no seu trato, haja vista a preponderância da religião de ABRAÃO no seu sistema jurídico.

O vocábulo Islão tem origem no árabe *Islām*, que quer dizer «total submissão a Deus», tendo uma relação etimológica com a palavra árabe *Salam*, que significa «repouso» ou «paz», o escopo final de quem segue esta confissão religiosa. O Direito Islâmico é o direito da comunidade religiosa islâmica, isto é, o direito com aplicação sobre todos os crentes muçulmanos, em particular, e comunidades religiosas muçulmanas, independentemente do local em que se encontrem[372]. Não se trata do direito de uma Nação como os demais direitos aqui observados, com exceção do Direito Canónico. É um *direito religioso* que legitima um Estado teocrático regulador de todas as esferas da vida do Homem, incluindo as relações com o outro e com ALÁ[373].

O Islamismo, enquanto religião, tem a sua génese na Arábia, no séc. VII d.C. Até então, era "um animismo politeísta[374], que [evoluiu] para o monoteísmo, nomeadamente sob a influência das religiões de regiões próximas"[375]: o Judaísmo e o Cristianismo. Nascido em Meca em 570 (data aproximada), MAOMÉ, um condutor de caravanas, recebe de ALÁ as primeiras revelações gradativas do *al-Qurʾān*, em 610, começando a pregar dois anos depois[376]. Pregador assertivo contrário ao Paganismo, deixa Meca dez anos depois, iniciando um percurso (*hégira*) que origina a era islâmica, marcada pela união do poder político e religioso. A sua rápida e forte expansão é especialmente evidente no séc. VIII, altura em que "as suas fronteiras [se estendem] dos Pirinéus às portas da Índia,

---

371 SCHACHT, *An Introduction*, p. V.
372 Revela-se digno de nota o facto de o DI não tem qualquer aplicação aos não crentes, os *infiéis*. Cf. GILISSEN, *Introdução*, p. 117; DOMINIQUE SOURDEL; JANINE SOURDEL, *Dictionnaire historique*, pp. 503 ss.
373 LOSANO, *Os grandes sistemas*, pp. 401 ss.
374 O animismo funciona como um tipo de intuição primitiva de que o mundo constitui *per se* um conjunto vivo e que tudo quanto existe (seres humanos, matéria e acontecimentos) participam desse conjunto (ADRIANI, *História*, pp. 17-8).
375 GILISSEN, *Introdução*, p. 118.
376 ARMSTRONG, *Muhammad*, pp. 46 ss.

depois das conquistas da Síria, da Palestina, do Iraque, do Egito, do Irão, do Afeganistão, do norte de África e de quase toda a Península Ibérica"[377].

Não obstante, o Islamismo não é apenas uma crença religiosa. A religião islâmica compreende duas vertentes: a Teologia, que apresenta os dogmas e doutrinas islâmicos, e a *Sharia*, isto é "a lei revelada", que compreende o Direito Islâmico com aplicação entre os homens e entre o *homo religiosus* e o divino. As duas vertentes são, assim, a base doutrinária dos homens e mulheres submissos a ALÁ, dos quais se espera uma vivência em sociedade assente na justiça, equidade e compaixão pelo outro[378].

O Islamismo é uma religião monoteísta assente em cinco pilares que os fiéis devem cumprir obrigatoriamente:

*i)* a crença e confissão pública de que "Só ALÁ é DEUS e MAOMÉ é o seu profeta";

*ii)* oração cinco vezes ao dia;

*iii)* jejum desde o nascer do sol durante o Ramadão;

*iv)* entrega de esmola aos pobres;

*v)* peregrinação a Meca, pelo menos uma vez na vida, na época do *Eid el Adha*.

As regras da *Sharia* devem ser obedecidas por respeito ao *Figh*, a Ciência do Direito, de cariz humano, não divino, que preconiza "os direitos e deveres dos homens, das recompensas e das penas espirituais" [379], a qual se deduz das quatro fontes da *Sharia*[380]:

*i) al-Qurʾān* (Alcorão). O livro sagrado do Islão, constituído por relevações de ALÁ a MAOMÉ[381]. Não se trata de um Código ou um livro de Direito, mas um conjunto de histórias com teor sagrado e profano, de pensamentos

[377] FERREIRA DE ALMEIDA, "Direitos islâmicos", p. 716.
[378] ARMSTRONG, *Islam*, pp. 5 ss.
[379] *Ibid*, p. 119.
[380] O *al-Qurʾān* e a *Sunna* constituem fontes primárias, enquanto o *Idjma* e a *Giyā*s são secundários. Admite-se ainda o costume e a Lei como outras fontes, apesar de não constarem do *Figh.*
[381] ALÁ é o autor do *al-Qurʾān* e MAOMÉ o mensageiro (*rasul-Alá*).

filosóficos e de regras ritualísticas. É composto de cento e catorze capítulos (*Suratas*);

*ii) Sunna* (Tradição). Coleção de ações e discursos de MAOMÉ retratados pelos seus discípulos. Trata-se de um conjunto de casos concretos ou opiniões destinadas a colmatar lacunas do *al-Qurʾān*. A *Sunna* é retirada de dois tipos de literatura islâmica: a *Hadith*, que consiste no registo dos ensinamentos e feitos do Profeta, e a *Sirah*, a biografia de MAOMÉ;

*iii) Idjma* (Consenso da comunidade de juristas). Obra doutrinal redigida entre os séc. VIII e XI. Funciona como a interpretação infalível do *al-Qurʾān* e da Tradição;

*iv) Giyā*s (Analogia). Tudo o que pode deduzir-se do *al-Qurʾān* e da Tradição (inteligência lógica e analógica). Destina-se ao preenchimento de lacunas.

Ainda o sobre o *al-Qurʾān*, é de realçar que este apresenta doutrinas amplamente fundamentadas no *Tanakh* e NT: quer a *Torah*, quer os Evangelhos são citados. São várias as *Suratas* que expõem momentos históricos e figuras proeminentes do Judaísmo e do Cristianismo:

- a narrativa em torno de ADÃO, incluindo a sua queda e expulsão do Paraíso (*Surata* "A Vaca", 35-37);

- a história de NOÉ, o profeta que chamou o povo ao arrependimento e ofereceu uma escapatória ao dilúvio enviado por DEUS (*Surata* "Os poetas", 105-122);

- as crónicas de ABRAÃO, o modelo de todos os fiéis islâmicos, com grande destaque para a fé do Patriarca quando convocado por DEUS a sacrificar o seu único filho, ISMAEL (*Surata* "Os poetas", 105-122)[382];

- a história de JOSÉ, filho de JACÓ (*Surata*, "José");

- a narrativa da vida MOISÉS e dos seus feitos até à entrega da Lei no Monte Sinai (*Surata* "Ta Ha", 9-99);

- as histórias de várias figuras do NT, como JOÃO BATISTA e seu pai, ZACARIAS, e MARIA, mãe de JESUS (*Surata* "Maria", 2-27);

[382] Na tradição islâmica, o *filho da promessa* é Ismael, filho da serva egípcia Agar.

- algumas invocações de JESUS de Nazaré em quinze *Suratas*. É chamado de *Issa* e de penúltimo profeta no Islão, não sendo reconhecido como o *Filho de DEUS*. Surge como o profeta que confirma a *Torah* e como figura de vários milagres idênticos aos que constam da Bíblia.

Sobre as influências judaicas na *Sharia*, JUDITH WEGNER apresenta um estudo comparativo entre os sistemas jurídicos hebraico e islâmico, concluindo que o último pode ter sofrido fortes influências judaicas, em especial ao nível das suas fontes[383]:

*i) al-Qurʾān*, correspondente à *Torah*. Os sistemas jurídicos hebraico (não atual) e islâmicos revelam-se teocráticos, pois que se assentam sobre uma Lei Divina revelada a um profeta: a *Torah*, para os hebreus e o *al-Qurʾān*, para os islâmicos.

*ii) Sunna*, a Tradição recebida por MAOMÉ, correspondente à *Torah* rececionada por MOISÉS (*Mishnah)*;

*iii) Idjma*, semelhante à *Guemara* (contém as interpretações rabínicas sobre a *Mishnah*);

*iv) Giyā*s, o inteligência lógica e analógica do *al-Qurʾān e Sunna*, correspondente ao *heqqes*, o método de interpretação analógica do *Talmud*.

Ainda sobre a *Sharia*, importa olhar brevemente sobre os seus principais institutos jurídicos, começando pela orbe penal. O Direito Penal islâmico categoriza os delitos criminais em três divisões:

*i) Hadd*, isto é, os crimes de maior gravidade, como o homicídio, a apostasia ao Islão[384], blasfémia contra ALÁ, MAOMÉ ou seus mensageiros[385], furto ou roubo[386], adultério, difamação, acusação de adultério ou fornicação[387], falsa acusação de adultério ou fornicação[388], consumo de álcool ou drogas[389];

[383] WEGNER, "Islamic and Talmudic", pp. 30 ss.
[384] Perante o crime de apostasia (abandono da fé islâmica), concede-se ao arguido um período de três dias para arrependimento. Caso este não se verifique, o infrator é condenado à morte.
[385] A pena prevista para os casos de provada blasfémia é a pena de morte, sem recurso a arrependimento.
[386] Ao infrator sem antecedentes criminais, aplica-se a pena de amputação da mão direita, enquanto ao infrator com antecedentes aplica-se a pena de amputação do pé esquerdo. Em caso de novas infrações, aplica-se a pena de amputação da mão esquerda. Novos crimes contra a propriedade serão punidos de acordo com a ponderação do *Cádi*.
[387] *al-Qurʾān*. XXIV, 1-5. Aos casos de adultério entre pessoas casadas aplica-se a lapidação. Se, porventura, os ofensores forem solteiros, aplica-se pena de flagelação com cem açoites e pena de prisão (ou desterro) de um ano.
[388] Tem aplicação uma pena de oitenta açoites.
[389] Aplica-se uma pena de oitenta açoites.

*ii) Tazir*, a lista de crimes contra a sociedade que não consta do *al-Qurʾān*. Compete aos Estados defini-los em legislação interna especifica (*e.g.* Egito), podendo também incumbir os magistrados da sua elaboração, como sucede na Arábia Saudita;

*iii) Qesas*, uma lista de crimes punidos com *vendetta*, que permite a vingança por parte dos familiares da vítima. A sua base legal encontra-se no *al-Qurʾān*, onde se prevê especificamente a LT;

Para além da LT, várias são as severas penas aplicadas em caso de prática criminal, tais como a flagelação, a amputação[390], lapidação[391], clausura e penas pecuniárias.

Relativamente ao Direito Civil, a Lei islâmica regula vários institutos, tais como[392]:

*i)* Casamento. Constitui-se num ato privado celebrado mediante contrato entre famílias, à semelhança dos costumes judaicos. Incumbido está aos familiares do sexo masculino da noiva a elaboração das cláusulas contratuais. É de notar ainda que a poligamia é admitida em vários Estados islâmicos, ainda que MAOMÉ não tenha previsto essa possibilidade. Trata-se, pois, de um costume previsto pela *Sharia*, que permite ao Homem desposar, no limite, quatro mulheres, conquanto as trate de forma igualitária[393].

*ii)* Divórcio. Regra geral, admite-se a prática. Após o divórcio, a guarda de filhos menores compete à mãe. Os meninos até sete anos e as meninas até nove anos poderão permanecer com a mãe; após essas idades, a guarda legal transita para o pai, ressalvados os casos em que a mãe tenha efetuado acordo prévio. Prevê-se o repúdio da mulher pelo marido[394];

*iii)* Herança. A desigualdade de género é notória neste âmbito. A mulher islâmica é herdeira tem direito a uma porção menor em relação aos outros

[390] *al-Qurʾān*. V, 33 e V, 38.
[391] Pena prevista para adultério, homossexualidade e pederastia.
[392] PALMA, *História*, pp. 227 ss.
[393] "Se temeis não ser justos para as órfãs, casai com as que vos agradem, uma, duas, três ou até quatro. Se temeis não ser equitativos, casai-vos só com uma, de acordo com o que está ao vosso alcance" (*al-Qurʾān*. IV, 3).
[394] *al-Qurʾān*. II, 226 ss., LXV.

herdeiros. De igual modo, um filho herdará sempre mais do que a sua irmã, e o marido o dobro da sua mulher;

*iv)* Negócios jurídicos. Ainda que exista liberdade de forma contratual, o *al-Qurʾān* aconselha a forma escrita.

### 3.3. A ESTRUTURA DA LEI MOSAICA

O maior legado que Israel deixou foi a sua prova de fé num DEUS único. A religião de Israel rompeu com as religiões politeístas de forma radical, criando uma religião monoteísta, uma Nação e cultura separadas dos povos e nações vizinhos por um muro de ferro: a LM[395]. O DH, que consagra o sagrado no seu conteúdo jurídico[396], é amplamente conhecido pela relevância da LM, em razão de, quer o seu sistema legal, quer a sua jurisprudência, terem sido transmitidos por DEUS a MOISÉS, a quem incumbiu da sua transmissão ao povo, umas vezes por via oral, outras por via escrita. A entrega da *Torah* a MOISÉS segue a ordem político-religiosa das monarquias do Antigo Oriente Próximo, ou seja, o autor da Lei não é quem a promulga, mas sim a divindade que a entrega. Como vimos, o rei UR-NAMMU, o primeiro legislador conhecido, promulgou as leis sumérias por ordem de NANNA, o deus da Lua e guardião de Ur. Semelhantemente, também o rei HAMMURABI recebeu o CH diretamente do deus SAMAS ou MARDUK. À semelhança destes códigos, também a *Torah* se encaixa na categoria de leis oriunda de uma divindade que, por vezes, se mistura com a pessoa do rei. Não obstante, o caso hebraico apresenta singularidades que conferem um carácter ímpar à LM, que passam desde a receção da lei numa localização árida e despovoada, com vista à fundação de uma sociedade justa e saudável, governada por DEUS, o justo rei e libertador do povo, à escrita do Decálogo pela *mão invisível* de *YAHWEH* a MOISÉS, o mediador entre o povo e DEUS. Note-se que MOISÉS, ao contrário do que sucedeu com UR-NAMMU ou HAMMURABI, não foi nomeado por DEUS como rei de Israel – esse cargo pertencia a *YAHWEH*, que não dividiu a Sua glória com outros deuses ou reis. Segundo a tradição judaico-cristã, MOISÉS foi

[395] ASSMAN, *Cultural Memory*, p. 175.
[396] GAVAZZONI, *História*, p. 54: "as leis espirituais são ditadas como apoio às leis civis, como aliás sempre ocorreu, como regra geral, desde antes de Hammurabi, até aos nossos dias. O "direito" historicamente sempre andou de braços dados com a religião".

escolhido por DEUS como mediador e legislador de uma Lei que o precede no tempo. A Lei tornou-se *Torat Moshe* a partir do momento da entrega ao povo (Ed 7:6).

Desconhece-se, com exatidão, a quantidade de anos que o processo de elaboração da lei escrita tomou, mas sabe-se que, para os judeus, continuou após o AT, através de comentários, como o *Talmud*[397] ou outros documentos com teor religioso. É efetivamente intricado delimitar a origem do processo legislativo hebraico, pois que não existe consenso sobre o assunto. Ainda assim, sabe-se que o DH não terminou com MOISÉS; foi paulatinamente desenvolvido ao longo do período da Monarquia, em especial, durante os reinados de DAVI e SALOMÃO (c.1000 a.C.), e do período dos Profetas (séc. VIII a.C.). "Nessa época [monárquica] foram encomendados junto aos escribas cópias e mais cópias dos livros sacros, e a Legislação Mosaica"[398] veio a consolidar-se com a unificação dos reinos.

Para os hebreus, as suas leis formais e jurisprudência não distinguem entre preceitos civis ou religiosos: são uma só lei. Todavia, autores há que contrariam a tradição judaica, refutando que a LM se constitui de três partes distintas. completado

BARNABÉ, na sua Epístola datada do séc. II, parece ser o primeiro de entre os cristãos a apresentar distinções no conteúdo da LM, argumentando que os sacrifícios, as ofertas queimadas e oblações, reguladas pela Lei Cerimonial, a que apelidou de "Lei Antiga", haviam sido revogadas pela lei de JESUS (porque cumpridas), a nova lei presente no NT[399]. Também TERTULIANO, já no séc. III, assinala a destrinça entre a "lei primordial ou natural" e a "lei sacerdotal ou levítica"[400], reconhecendo que DEUS já havia regulado a conduta humana perante Ele e perante o próximo desde a criação do mundo, sendo a LM uma lei posterior a estas leis divinas orais. No início do séc. V, na obra *Contra Faustum Manichaeum*, AGOSTINHO DE HIPONA, apesar de ignorar a orbe civil da LM, apresenta uma distinção entre os aspetos morais e simbólicos desta, referindo, *e*.g., que "não cobiçarás" é um preceito moral, enquanto "circundarás todo o Homem no oitavo dia" é um preceito simbólico, ou cerimonial[401]. Não obstante os primeiros pensamentos

[397] Existem duas versões do *Talmud*: uma compendiada nas Academias do Antigo Israel (*Talmud* de Jerusalém), concluído c. 400 d.C., e outra nas Academias da Babilónia (*Talmud* babilónico), compilado c. 500 d.C.). A versão publicada por último é a mais utilizada e mais completa. O *Talmud* é, até hoje, a principal fonte da Teologia judaica e da interpretação da LM.
[398] PALMA, *História*, p. 92.
[399] EHRMAN, *The Apostolic*, pp. 341 ss.
[400] TERTULIANO, *An Answer*.
[401] AGOSTINHO DE HIPONA, *Contra Faustum*, VI.

sobre a divisão da LM, é com TOMÁS DE AQUINO que surge a tríplice divisão da Lei, explanada na obra *Summa Theologiae*, em 1273: "Temos de distinguir três tipos de preceitos na Lei Antiga: os preceitos morais, ditados pelo Direito Natural; os preceitos cerimoniais, que são deliberações da adoração divina; e preceitos judiciais, que são deliberações da justiça a ser mantida entre os homens"[402].

CALVINO, na obra *Institutio christianae religionis*, de 1536, reitera o pensamento aquiniano, realçando a necessidade de

> "observar essa divisão generalizada que distribui toda a lei de Deus promulgada por Moisés em costumes, cerimónias, juízos, bem como devem ser examinadas as partes, uma a uma, para que tenhamos o que dizer e o que não dizer sobre elas. (…) Comecemos, pois, pela Lei Moral. A dita lei contém dois pontos principais, dos quais se ordena honrar simplesmente a Deus com fé pura e com piedade. O outro se ordena abraçar aos homens com sincera afeição; esta é a verdadeira e eterna regra da justiça, prescrita aos homens de todas as nações e tempos que queiram conformar sua vida à vontade de Deus. Porque esta é sua eterna e imutável vontade: que ele seja realmente cultuado por todos nós; e nós, deveras, nos amemos mutuamente. A lei cerimonial foi o meio de educação dos judeus (…) até que viesse aquele tempo de plenitude [Gl 4.3, 4], no qual manifestasse plenamente às terras a Sua sabedoria e exibisse a veracidade daquelas coisas que eram então prefiguradas em sombras. A lei judicial, a eles dada à guisa de uma ordem governamental, transmitia fórmulas seguras de equidade e justiça, à mercê das quais entre si agissem sem culpa e pacificamente"[403].

Neste sentido, pode distinguir-se entre a Lei Moral, a Lei Civil e a Lei Cerimonial. No que diz respeito à Lei Moral[404], é constituída pelo Decálogo, ou *Dez Mandamentos*, constante nos livros de Êx 20:1-17 e Dt 5:6-21. O termo *Decálogo*, que significa «dez palavras», foi usado pelos Pais gregos da Igreja, de forma a citarem as «dez palavras» do hebraico *haddebarim asereth* (Êx 34:28 e Dt 4:13 e 10:4). Por todo o AT, várias são as expressões que aludem ao Decálogo, tais como «as duas tábuas do testemunho» (Êx 34:29), «a sua aliança» (Dt 4:13) ou «as tábuas da aliança» (Dt 9:9). Já no NT encontra-se, com maior abundância, o vocábulo *entolai*, «mandamentos», conforme os escritos de Mt 19:17, Rm 13:9 ou I Tm 1:9[405]. Ao contrário do que sucede entre cristãos, os judeus

[402] TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, Ia IIae, Q. 99, 4.
[403] CALVINO, *Institutes*, pp. 663-4.
[404] CHILDRESS; MACQUARRIE, *A New Dictionary*, pp. 146-7.
[405] CHAMPLIN, *Enciclopédia*, II, p. 124.

nunca separaram a Lei Cerimonial da Lei Moral[406], pois que, para eles, "o sábado e a circuncisão revestiam-se da máxima importância, e geralmente supunha-se que os sacrifícios podiam, realmente, obter o perdão dos pecados"[407]. De igual modo, também a Lei civil estava intimamente ligada à Lei Moral, já que o incumprimento de qualquer regra jurídica civil era tido como pecado perante DEUS. Assim, quando o NT invoca a Lei de MOISÉS, não invoca apenas uma das suas partes, mas todas, dado a sua visão homogénea da LM.

Esta legislação moral, outorgada por MOISÉS no Monte Sinai, assume especial destaque face às precedentes na revelação divina, pois que foi escrita pela mão do próprio DEUS, em duas pedras, de acordo com Êx 24:12; 31:18; 32:15-16 e Dt 5:22; 9:10-11, nela se alicerçando toda a teocracia judaica. Trata-se, assim, de um conjunto de leis morais, em forma de imperativos e proibições, eternamente válidas, atendendo à natureza eterna e imutável de DEUS. É perante o Decálogo que a "ética hebraica começa a delinear-se por intermédio de leis apodíticas positivas e negativas"[408]. De facto, em nenhuma outra Nação da Antiguidade foram reunidos preceitos éticos tão universalmente aceites como os que constam dos *Dez Mandamentos*[409]. Pelo seu caráter universal e eterno, DEUS ordenou que as duas tábuas de pedra que continham a Lei Moral fossem colocadas dentro da Arca da Aliança[410].

A Lei Civil ou Judicial baseia-se na segunda parte do Decálogo (mandamentos 5 a 10), regulando a vida do Homem na sociedade judaica. Sendo o DH um direito religioso, o incumprimento de qualquer norma jurídica constante da orbe civil equivalia ao cometimento de um pecado, uma ofensa ao próprio DEUS. Para além das sanções previstas para cada delito, o infrator devia, em caso oportuno, expiar o seu pecado de acordo com as regras sacrificiais. Pode ser dividida em três secções distintas:

[406] Atualmente, alguns autores judaicos reconhecem a divisão entre preceitos. BOAZ COHEN argumenta que a lei divina é constituída por cerimonialismo, jurisprudência e ética, patente no uso dos vocábulos "mandamento", "estatutos" e "julgamentos" ao longo da lei. À semelhança do pensamento reformista, Boaz descreve o Decálogo como um conjunto de princípios morais (COHEN, *Law*, pp. 188-9).
[407] CHAMPLIN, *Enciclopédia*, III, p. 760.
[408] PALMA, *História*, p. 92.
[409] *Ibid*, p. 100.
[410] Dt 10:5.

*i)* matéria civil concernente ao próximo, equivalente ao Direito da Família (casamento e divórcio[411], e outras questões atinentes à relação pais/filhos[412]) e Direito Sucessório[413], onde se contemplavam também regras relativas à escravidão[414], acolhimento de estrangeiros em Israel[415] e pobreza[416];

*ii)* matéria civil sobre as coisas, nomeadamente propriedade e posse[417], ambiente[418], dívidas, penhor e fianças[419], usura[420], defesa do consumidor[421], responsabilidade civil[422], impostos e taxas[423], despojos de guerra[424], dízimos[425] e salários[426];

*iii)* matéria criminal, que abrange os crimes contra Deus[427] e contra o Homem[428].

Por fim, a Lei Cerimonial ou Sacrificial, a porção da LM que regula os atos públicos da fé no Deus de Israel, tais como as cerimónias, festividades e holocaustos ou sacrifícios. Numa perspetiva mais individual, regula igualmente o mandamento da circuncisão, sinal do Pacto entre DEUS e Israel[429].

---

411 Êx 21:7-9; Lv 18; Nm 30:6-15; Dt 21:10-17; 22:13-31; 24:1-4. Admitia-se a existência de três classes de esposas: 1. A legítima; 2. As concubinas, compradas pelo esposo; 3. As mulheres prisioneiras que pudessem dar filhos legítimos. Admitia-se, de igual modo, o levirato (GIORDIANI, *História*, pp. 236-7).
412 Êx 21:15-17; Lv 20:9; Nm 27:6-7; 30:3-5; Dt 21:18-21.
413 Nm 27:1-11; Dt 25:5-10.
414 Êx 21:20,26-27; Dt 15:12-18; 23:15; Lv 25:10,47-54.
415 Êx 22:21 e Lv 19:33-34.
416 Lv 19:9-10 e Dt 24:19-22; 23:24-25.
417 Êx 21:19; 22:9; Lv 23:22; 25:14-39; Dt 25:19-21.
418 Êx 23:10-11; Lv 25:1-7; Dt 20:19-20; 22:4,7-8; 23:13-4.
419 Êx 22:25-7; Dt 15:1-11; 24:6,10-3,17-8; Pv 11:15.
420 Dt 23:19-20.
421 Dt 25:13-6.
422 Dt 22:8.
423 Êx 30:12-6.
424 Nm 31:25-47.
425 Lv 27:30-3; Dt 12:5,6,11,18; 14:28-9; 26:12-5. O dízimo fundamentava-se no reconhecimento de que tudo pertence a DEUS, inclusive as propriedades ou outros bens materiais. Tratava-se de um costume semítico anterior à LM, de acordo com Gn 14:20 e Hb 7:4-10). Quantitativamente, consistia na entrega a *YAHWEH* de 1/10 da produção anual alimentar e do crescimento dos rebanhos e manadas.
426 Lv 19:13; Dt 23:24-5.
427 Êx 22:18,20; Lv 19:31; 24:15-16; Nm 15:32-36; Dt 13; 17:2-5.
428 Êx 21:12-17; 21:22,28-30; 22:6,16; 23:4-9; Lv 20:9; Nm 35:9-28; Dt 4:41-43; 19:4-10,11-13,16-21; 21:1-9,18-21; 22:5-15,22-29; 23:6-9; I Rs 21:10-14; II Cr 24:21. Desenvolvidamente, GIORDIANI, *História*, pp. 237 ss.
429 Gn 17:10-14 e Êx 12:44-49. O Pacto Abraâmico consistia numa promessa de fundação de uma *Nação santa* de onde surgiria o Messias, com a qual DEUS pudesse relacionar-se. Com o propósito de proporcionar tal relacionamento, o Homem deveria remover toda a sua natureza carnal, santificando-se perante DEUS. O ato da circuncisão era, pois, simbólico, não tendo qualquer efeito espiritual, segundo At 7:8 (CHAMPLIN, *Enciclopédia*, I, pp. 746 ss).

Segundo alguns teólogos, esta Lei surgiu, pela primeira vez, após a queda do Homem no Jardim do Éden, segundo Gn 3:21. Depois de ADÃO e EVA desobedecerem à ordem divina, cientes do pecado constituído que lhes permitiu enxergar a sua nudez, DEUS confrontou-os, providenciando-lhes de seguida, em jeito sacrificial e expiatório, roupas para vestirem[430] [431]. A ser assim, o conceito de procedimento sacrificial já existia antes da sua inserção na LM, onde surge mais detalhado e exigente.

Ao contrário do que sucedeu com as duas tábuas do testemunho, as leis cerimoniais e civis não foram colocadas dentro da Arca da Aliança (Dt 31:24-26).

## § 4.º A LEI MOSAICA NO NOVO TESTAMENTO

O Cristianismo tem na Bíblia, na conjugação do AT com o NT, a sua regra de fé. Sem embargo da conceção judaica, os cristãos consideram que após a Era dos Profetas, o mover divino não cessou. Em virtude da complexidade do *status* político-social de Israel neste tempo, escasseiam as fontes que permitam efetuar um exame detalhado sobre o período intertestamentário. Ainda assim, importa situar os principais acontecimentos políticos prévios ao NT, realçando alguns aspetos que a Tradição, através dos livros apócrifos intertestamentários, dos textos testamentários e de escritos históricos judeus e romanos, e a arqueologia deixaram.

### 4.1. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-SOCIAL

Entre o AT e o NT existe uma lacuna temporal, reconhecida como "o período de silêncio", que se inicia com o Profeta MALAQUIAS[432] (c. 430 a.C.) até ao período do nascimento de JESUS (c. 2 a.C.).

---

[430] "Aqui, Adão e Eva são vestido pelo próprio Senhor Deus para que, avisados por este lembrete, pensassem, sempre que olhassem para as vestes, na sua miserável queda da suprema felicidade para a extrema desgraça e miséria. Assim, teriam sempre medo de pecar, fariam contínua penitência e ansiariam pelo perdão dos pecados por meio da semente prometida. Por isso, também não os vestiu com folhas, nem com algodão, que cresce nas árvores, mas com peles de animais mortos para sinalizar que são mortais e que vivem na certeza de que terão de morrer", reitera-se em LUTERO, *Obras.* 12, p. 237.

[431] Para além do supramencionado sacrifício, outros sacrifícios foram efetuados antes dos dias de MOISÉS. A saber: sacrifício de ISAAC (Gn 22:1-19), a Lei da Páscoa (Êx 12:1-3), a Lei da consagração dos primogénitos (Êx 12:13-13:16) e a Lei do Maná (Êx 16:16).

[432] I Mc 4:46: 9:27; 14:41.

Apesar da lacuna bíblica, tal período foi rico em eventos históricos, sociais e religiosos, podendo ser dividido em quatro fases governativas:

1. Período persa (430-332 a.C.);

2. Período grego (332-167 a.C.);

3. Período da independência (167-63 a.C.);

4. Período romano (63-2 a.C.).

O pano de fundo do período intertestamentário foi inicialmente arquitetado pelo Imperador CIRO, da Pérsia, por volta de 530 a.C., ao conquistar a Babilónia e permitir o regresso dos hebreus para Jerusalém, essencial para a reconstrução do Templo de Jerusalém[433] e dos muros da cidade[434]. Tanto CIRO como os seus sucessores passaram a governar debaixo de um clima de confessa tolerância religiosa, o que veio a beneficiar os judeus e outros povos e etnias. Após o retorno a Judá, os hebreus reafirmam a sua aliança com DEUS[435], consequentemente experimentando um novo período de paz[436]. Aproximadamente em 332 a.C., ALEXANDRE, o GRANDE, conquista a região da Judeia aos persas, aumentando, assim, um Império grego em ascensão. Apesar do inerente processo de helenização, possível através da imposição da língua e cultura grega, ALEXANDRE não se opõe à religião dos judeus. Assim foi até 198 a.C., momento em que a governação selêucida se opõe violentamente ao Judaísmo, proibindo a sua confissão e ritos mosaicos[437]. ANTÍOCO IV, cerca de vinte anos depois, provoca grande consternação em toda a Judeia após a colocação de uma estátua de ZEUS no pátio do Templo de Jerusalém[438], o que desencadeou uma rebelião contra os representantes do Império Selêucida, liderada por MATATIAS, de acordo com I Mc 2. Da rebelião, ocorrida em 167 a.C., nasce a conquista da independência judaica de Jerusalém e consequente purificação do templo, acontecimento comemorado anualmente no *Hanukkah*[439]. JUDAS MACABEU, descendente de MATATIAS, passa a governar a Judeia, estabelecendo a Dinastia dos

[433] Ed 1:2-3.
[434] Ne 2:2-6.
[435] Ne 8:1-13:30.
[436] UNGER, *Arqueologia*, pp. 154 ss.
[437] *E.g.*, decretou-se a ilicitude da posse de uma cópia da Lei de MOISÉS (I Mc 1:56-7) e a proibição da circuncisão, passível de pena de morte (I Mc 1:60-1).
[438] A par disto, sacrificou um porco no altar e obrigou os Sacerdotes judeus a participarem de práticas pagãs (I Mc 1:44-50; 2:15-8; II Mc 6:1-2).
[439] Sobre esta festividade judaica, LOURENÇO, *O mundo judaico*, pp. 160 ss.

Asmoneus, entre 167 e 63 a.C.[440], altura em que o Império Romano estabelece o controlo da região, até 637 d.C., e centralizando todas as atividades em Jerusalém, o que garante terreno conjunto para o povo judeu, não obstante as regiões da Galileia e Pereia permanecerem sob controlo externo. Neste tempo, JOÃO HIRCANO I (104-103 a.C.), ARISTÓBULO I (103-76 a.C.) e ALEXANDRE JANNEUS (76-67 a.C.) sucedem-se no trono, cabendo-lhes a defesa do território conquistado através da independência; todavia, os tempos são em tudo conturbados, haja vista a desconfiança do povo na Casa Real, que culmina numa guerra civil. Na sequência do falecimento de JANNEUS, sucede-lhe SALOMÉ ALEXANDRA, sua esposa, que, com toda a sua sabedoria, evita um maior *banho de sangue*, através da concessão de poderes a súbditos que não tinham parte na Casa Real e do aumento do poder do Concílio de Jerusalém, onde os escribas passam a ter lugar cativo. Com a sua morte, em 40 a.C., os Macabeus (HIRCANO II e ARISTÓBULO II, seus filhos) voltam à luta pelo poder.

É de realçar, contudo, que os romanos, sob o comando de Pompeu, já haviam tomado a região da Palestina em 63 a.C., nomeando-se o edomita ANTÍPATRO como Governador da Judeia[441]. Com isto, a pequena Nação judaica perdeu as regiões da Galileia e Samaria, reunidas à recente província da Síria, regressando à posição politica que tivera cerca de cem anos antes: sob a dependência de um Império (Romano). Adquire, assim, o *status* de Estado aliado, dotado de representação e poderes administrativos, em submissão a Roma. Na conceção de FRANCIS SCHMIDT,

> "o Estado herodiano é um reino vassalo de Roma. Essa condição de vassalidade proíbe ao rei, "aliado e amigo do povo romano", toda a política externa independente. Sem dúvida, na política interna o rei guarda sua liberdade de ação. Mas o território do reino estende-se a regiões não judaicas. Sobretudo do ponto de vista jurídico, o direito romano substitui-se parcialmente às leis dos ancestrais. O Estado

[440] Durante o período da independência formaram-se dois grupos judaicos distintos: os fariseus e os saduceus. Os primeiros, representantes das autoridades judaicas, eram rigorosos observadores da *Torah*, enquanto os segundos, apesar de conservarem a Lei de MOISÉS, não aceitavam as tradições dos escribas e fariseus, acolhendo a cultura helenística. Cf. PIXLEY, *A história*, pp. 110 ss; CHAMPLIN, *Enciclopédia*. V, p. 227.

[441] "A região localizada em torno de Jerusalém, onde se estabeleceram os judeus ao voltar do exílio, foi nomeada *Yehudah* – traduzido por *Iudaia* dos Setenta -, por referência ao antigo reino de Judá. No fim do período persa, entre 360 e 331, as moedas de pata emitidas pelo governo da província da Judeia trazem a legenda YHD, *Yehud* na escrita aramaica antiga. Na época selêucida, a Judeia designa o território habitado pelos *ethnos tôn Iudaiôn*, a nação dos judeus. Após a expansão do território asmoneu, a palavra Judeia toma também sentido amplo, incluindo além da Judeia propriamente dita outras regiões, em especial a Samaria e a Galileia" (SCHMIDT, *O Pensamento*, pp. 19-20).

> herodiano de modo algum é um Estado judaico autónomo, como o fora o Estado asmoneu: agora o estrangeiro está em casa"[442].

De um modo genérico, POMPEU não introduz alterações nas formas do Governo local, facto que agrada aos judeus. Todavia, com as guerras civis romanas ocorridas entre 49 e 31 a.C., a região da Palestina sofre alterações, concedendo-se o governo da Judeia unida a HIRCANO II, auxiliado por ANTÍPATRO, que controla a soberania de Roma na região. Jerusalém torna a ser a capital da Judeia[443].

Com o falecimento de ANTÍPATRO, sucede-lhe o seu filho, HERODES, o GRANDE, em 37 a.C., conhecido até então pelo seu governo militar na fronteira do sul da Síria. A sucessão é bastante contestada pelos Macabeus, que veem em HERODES o grande obstáculo para a independência da Judeia. Ao intensificar-se a oposição, Roma intervém, com o escopo de manter a paz entre os judeus e preservar os seus interesses na região. Para tal, nomeia HERODES, o GRANDE, como o *Rei dos Judeus*.

Fiel a Roma, ignorando o descontentamento dos seus súbditos, em grande parte devido à pesada carga tributária, HERODES tem um reinado solidificado em três pilares[444]:

- um programa ambicioso de obras, entre as quais se destaca o Templo de Jerusalém, de modo a ganhar a feição do povo judeu, as fortalezas de Massada, de Machronte e de Herodion, e de edificação de cidades de Jericó, Cesareia Marítima e Samaria[445];

- perseguição interna aos seus inimigos e aos opositores a Roma;

- redução dos poderes das autoridades tradicionais, como o Sinédrio[446] e os seus Sacerdotes; substituição das parentelas tradicionalmente responsáveis pela

[442] *Ibid*, p. 95.
[443] CHAMPLIN, *Enciclopédia*. V, pp. 227-8.
[444] LOURENÇO, *O mundo judaico*, pp. 26-7.
[445] HANSON; HORSLEY, *Bandidos, Profetas*, pp. 44-5.
[446] O Sinédrio, ou *Sanhedrim*, o Supremo Tribunal judaico, o corpo religioso com maior autoridade em Israel, É conhecido como o *Grande Conselho dos Setenta*, sendo constituído pelo Sumo Sacerdote, escolhido pelo soberano, e por setenta membros. A sua origem remonta aos dias que antecederam a entrega da LM, no Monte Sinai, por sugestão de JETRO, sogro de MOISÉS. Perante a alta demanda de MOISÉS enquanto *magistrado* de Israel, Jetro aconselha a formação de um Tribunal constituído por setenta anciãos, homens sábios, prudentes e experientes. O *Sanhedrim* atua até à entrega da Lei, momento em que MOISÉS retoma as suas funções de alto magistrado. Com a sua morte, após a conquista de Canaã, JOSUÉ convoca o *Sanhedrim* novamente, nomeando os anciãos que governariam os territórios, acumulando os poderes judicial, legislativo e executivo. Com a monarquia, durante os reinados de DAVI e SALOMÃO, o *Sanhedrim* torna-se no Supremo Tribunal de Israel.

adoração e ritos no Templo por pessoas da sua escolha, acautelando a sua participação indireta no Templo[447].

HERODES deixa em testamento o modo como o seu território devia ser dividido após a sua morte. Porém, o Imperador AUGUSTO decreta a divisão do território entre os seus três filhos: ARQUELAU fica com a Judeia, Samaria e Idumeia, ANTIPAS com a Galileia e Pereia, e FILIPE com a região ao leste do Mar da Galileia[448].

Rei aquando do nascimento de JESUS, vem a falecer aproximadamente no ano 4 d.C., sucedendo-lhe o seu filho HERODES ARQUELAU como etnarca[449] da província da Judeia, Samaria e Idumeia[450]. Por esta altura, Arquelau dá continuidade ao projeto magnificente do seu pai, mas a sua governação (mais) violenta torna-se intolerável pelos judeus e romanos. Desta feita, não suportando a governação cruel de Arquelau, o povo apela ao Imperador AUGUSTO, que o deporta para a Viena da Gália, no ano de 6 d.C., entregando o território em questão a um Procurador romano[451]. Ao invés de proceder à anexação destas províncias ao Império na Síria, Augusto nomeia um Procurador, a quem delega poderes de governação em seu nome: legislativo, judicial, tributário[452] e capital[453].

A ARQUELAU sucede-lhe o irmão HERODES ANTIPAS[454]. É recordado nos Evangelhos como o soberano que executou JOÃO BATISTA, a pedido da sua esposa HERÓDIAS[455], e como aquele que ouviu e desprezou JESUS, antes da sua condenação

---

[447] "Herodes, feito rei pelos romanos, não escolheu mais, para sumos sacerdotes os da família dos asmoneus, mas honrava indiferentemente com esse cargo, os mesmos sacerdotes e até outros menos ilustres, exceto quando o deu a Aristóbulo, neto de Hircano, aprisionado pelos partos e irmão de Mariana, sua mulher, por causa do afeto que o povo tinha por ele e do respeito que se conservava pela memória de Hircano. Mas ele via a simpatia que todos tinham por esse jovem príncipe; começou a sentir medo e, então, fê-lo afogar em Jericó, da maneira como descrevemos, e não quis mais elevar a essa honra a nenhum da família dos asmoneus. Arquelau, filho de Herodes, e os romanos, que em seguida se tornaram senhores da Judeia, fizeram do mesmo modo. Assim, durante os cento e sete anos que se passaram desde o começo do reino de Herodes até o tempo em que Tito incendiou Jerusalém e o Templo, houve vinte e oito sumos sacerdotes, alguns dos quais exerceram o cargo sob o reinado de Herodes. Depois da morte deste e de Arquelau, a maneira de governar entre os de sua nação tornou-se aristocracia e eram os sumos sacerdotes que tinham a principal autoridade". JOSEFO, *Antiquitates Judaicae*, XX, 247. Cf. ainda JOSEFO, *Seleções*, XX, 8, p. 864; HANSON; HORSLEY, *Bandidos*, p. 45; SCHMIDT, *O Pensamento*, p. 25.

[448] ROCHA, *A Vida*, p. 25.

[449] Líder da etnia judaica no território mencionado.

[450] Mt 2:22-3.

[451] HANSON; HORSLEY, *Bandido*, p. 49; CHAMPLIN, *Enciclopédia*. V, p. 229.

[452] Roma extraia riquezas da Palestina por três vias: através dos cobradores de impostos que recebiam o tributo de toda a população; através dos conselhos das cidades, obrigados a contribuir para diversos serviços do Império; através do Templo, ofertas e dízimos (PIXLEY, *A história*, pp. 123-4).

[453] Mt 27:11-31; Lc 23:1-25; Mc 15:1-20; Jo 18:28-40.

[454] Lc 3:9 e 9:7.

[455] HERODES divorciou-se da sua esposa de modo a contrair matrimónio com HERODIAS, esposa do seu meio-irmão HERODES FILIPE. Esta conduta violadora da lei judaica, que proibia um Homem de desposar

oficial por Roma[456]. Foi, com efeito, durante a governação de ANTIPAS que JESUS deu início o seu ministério[457].

### 4.2. A LEI MOSAICA NO NOVO TESTAMENTO: DAS CONTINUIDADES E REVOGAÇÕES

O ministério de JESUS, ao qual se juntaram os discípulos e outros judeus, surge por volta dos seus 30 anos de idade[458]. Ainda que do NT não constem todos os milagres e sermões proferidos por Jesus[459] [460], nele encontram-se diversos trechos que respaldam o entendimento do nazareno sobre a *Torat Moshe* que, em certa medida, já anunciava a chegada do *Mashiach* [461].

A posição de JESUS relativamente à LM parte da seguinte premissa:

> "*Não penseis que vim revogar a Lei ou os Profetas. Não vim revogá-los, mas dar-lhes pleno cumprimento, porque em verdade vos digo que, até que passem o céu e a terra, não será omitido nem um só i, uma só vírgula da Lei, sem que tudo seja realizado*" (Mt 5:17-8, VBJ).

JESUS inicia a exposição declarando o real propósito da sua existência: cumprir a LM, na sua totalidade, e as profecias messiânicas contidas nos livros dos Profetas do AT, garantindo, assim, a sua continuidade. Para isso, traz ao conhecimento humano a verdadeira significação da Lei, alvo de algumas interpretações incorretas ao longo dos séc.

Na conceção cristã, o cumprimento da Lei é de observância impossível para o Homem, atendendo à sua natureza caída ou pecaminosa[462]. Perante uma Lei com preceitos tão rigorosos, entendeu *YAHWEH* que o Homem, sem o Seu auxílio, não conseguiria cumpri-la[463], pelo que considerou enviar JESUS para se substituir a este.

---

a esposa do seu irmão ainda durante a vida deste, não passou despercebida a JOÃO BATISTA, que confrontou o soberano. Incitado por HERODIAS, HERODES condenou-o à morte por decapitação (Mt 14:1-12). Desenvolvidamente, JOSEFO, *Seleções*, XVIII, pp. 116 ss.

[456] Lc 23:6-11.

[457] Lc 3:23.

[458] PIXLEY, *A história*, pp. 128-9.

[459] Jo 21:25.

[460] Ao contrário dos líderes religiosos, o povo judaico nutria grande admiração por JESUS, tendo em conta os milagres que executava, o consolo que trazia às massas desfavorecidas das cidades e o seu combate à corrupção no meio religioso (COHN, *O julgamento*, p. 98).

[461] Dt 18:15-9.

[462] "*Pois todos pecaram e carecem da glória de Deus*" (Rm 3:23).

[463] Lc 24:44; I Ct 15:3-4; Hb 10:11-12.

Encarnado, rebaixando-se à carnalidade humana, sem pecado[464], apresenta a salvação e cumpre a Lei, na sua vertente expiatória, de uma única vez, assim como algumas profecias messiânicas proferidas a seu respeito[465].

Tal observância expiatória e redentora, porquanto resgata da morte eterna os homens, ocorre no momento da crucificação e morte de JESUS, o *cordeiro de DEUS* que se sacrificou unilateralmente para salvação de todos, pois que

> "sendo justificados gratuitamente, por sua graça, mediante a redenção que há em Cristo Jesus, a quem Deus propôs, no seu sangue, como propiciação, mediante a fé, para manifestar a sua justiça, por ter Deus, na sua tolerância, deixado impunes os pecados anteriormente cometidos; tendo em vista a manifestação da sua justiça no tempo presente, para ele mesmo ser justo e o justificador daquele que tem fé em Jesus"[466].

Com isto, não é razoável pensar-se que este cumprimento expiatório exclui a responsabilidade do Homem em cumprir a Lei hodiernamente, em razão de tal exclusão (revogação) só concernir à orbe cerimonial ou sacrificial da mesma. Um ex. que ilustra esta conclusão é o do episódio conhecido como "A mulher de Samaria", patente em Jo 4:1-30. Neste trecho é possível assistir ao diálogo entre JESUS e uma mulher natural de Sicar, na Samaria. Na época, grande era a rivalidade entre judeus e samaritanos, pelo que a realidade deste diálogo, *per se*, seria naturalmente improvável; todavia, a sua concretização apontava já para uma mudança do paradigma religioso que se aproximava: a de que a mensagem do Evangelho, assente na Lei, estendia-se igualmente aos gentios, e não apenas à Nação de Israel. Afinal, era esta a promessa da *YAHWEH* a ABRAÃO (Gn 12:3; Hb 11:8-10).

Durante o diálogo, JESUS aponta ainda para uma outra mutação que em breve teria lugar, mutação esta especificamente atinente às leis da adoração. De acordo com a LM, os judeus apenas poderiam adorar a DEUS nos locais por Este designados, segundo Dt 12:5, 11, 14, 18. No caso em questão, tal mandamento estava vedado à samaritana: os samaritanos adoravam no Monte, de modo contrário às ordenanças divinas, que impunham a adoração a DEUS no Templo de Jerusalém, local sagrado vedado aos *não*

[464] "A encarnação de Deus é um rebaixamento, mas também uma doação de sentido à História. O Deus que se rebaixa, quando o faz, dá de si a homens e mulheres que podem encontrar [nas] suas histórias sacralizadas, radicalmente dessacralizadas, a salvação que se anuncia num sentido comunicado em que parecia só haver, por um lado, dogmatismos e, por outro, relativismos" (ROCHA, *Uma introdução*, 169).
[465] De acordo com o Cristianismo, existem profecias messiânicas, relativas aos *últimos dias*, que ainda não tiveram o seu cumprimento.
[466] Rm 3:24-6.

*judeus*[467]. Todavia, segundo as deixas de JESUS, em breve chegaria o tempo em "*os verdadeiros adoradores [adorariam] o Pai em espírito e em verdade*", prevendo que tal proibição cerimonial era temporária; o Evangelho espalhar-se-ia pelas Nações gentias e a adoração poderia ser efetuada em qualquer lugar, desde que feita *em verdade* perante DEUS. O DEUS que impunha rigorosos critérios de adoração, seja quanto ao local, seja quanto ao modo de execução, rasgou tais preceitos, abrindo ao Homem, pela graça, o Seu santuário para que pudesse aceder a este livremente, numa atitude de fé[468].

Os judeus, filhos da Nação que havia celebrado uma Aliança com DEUS e, por isso, única herdeira da *Torat Moshe*, consideravam ser moralmente ilícito a convivência com povos gentios ou incircuncisos, de acordo com At 10:28; 11:2-3; 16:3; 21:28, pelo que o ato de JESUS aboliu os aspetos que separavam os homens, criação de DEUS (Ef 2:14-6). Ele não ensinou *a viver bem* a Antiga Aliança; veio antes instituir a Nova Aliança[469].

Após JESUS, S. PAULO é quem mais se debruça sobre a LM. Reconhecido Mestre da Lei, após a sua conversão ao Cristianismo vê na morte do Messias, e consequente ressurreição, o *terminus* da autoridade da Lei Cerimonial sobre os judeus. Reitera JESUS como o único caminho para a salvação da humanidade, a qual agora estava disponível não só aos judeus, mas também aos gentios, *desmerecendo* o mandamento da circuncisão judaica.

Todavia, o *Apóstolo dos gentios* foi mais além no esclarecimento do ensinos de Cristo[470]. Em Rm 7:7-25 disserta sobre a condição humana perante a Lei, iniciando com uma questão, a que responde de imediato: "*É a lei pecado? De modo nenhum! Mas eu não teria conhecido o pecado, senão por intermédio da lei; pois não teria eu conhecido a cobiça, se a lei não dissera: não cobiçarás*" (Rm 7:7). S. PAULO apresenta aos romanos a Lei de DEUS como um espelho, para o qual o Homem deve olhar de modo a observar a sua condição; é o espelho (Lei) que revela ao Homem o que há de *bom e mau* no seu ser interior. Sem a realidade do espelho, o Homem jamais conseguiria examinar o seu estado

[467] I Rs 11:13; At 8:27.
[468] Ef 3:12. Cf. Mt 27:50-51; Jo 1:14; Tt 2:11.
[469] SUBIRÁ, *A cultura*, p. 31.
[470] "As Epístolas visavam completar e esclarecer o ensino do Antigo Testamento, à luz da revelação em Cristo. Nunca, porém, anulá-lo. Visavam aplicar os ensinos de Jesus e jamais subestimá-los" (COELHO, *O jejum*, p. 196).

espiritual; sem a Lei que determina o certo e o errado, o Homem não consegue entender o seu estado pecaminoso perante DEUS (*depravatio*).

De acordo com COOKE, a Lei não foi dada ao Homem para o salvar, mas para mostrar que precisa de *salvação*; não foi dada para fazer o Homem justo, mas para mostrar que é *injusto*; não foi dada para justificar, mas para mostrar ao Homem que necessita de *justificação*[471].

Compreende o Cristianismo dos primeiros séc. que a morte expiatória de JESUS revogou os preceitos cerimoniais da Lei. De acordo com a Epistola de BARNABÉ, a Lei de JESUS aboliu a Lei Cerimonial, revogando-se a necessidade da expiação sacrifical de pecados. Mais acrescenta o autor da Epístola que, no lugar das ofertas queimadas e oblações, o sacrifício que DEUS requer é um "coração quebrantado"[472], isto é, o reconhecimento sincero da condição de pecador perante o Cristo que expiou todos os pecados do mundo. O autor da Epístola baseia-se nas palavras de S. PAULO, ao argumentar que não é "*é judeu quem o é apenas exteriormente, nem é circuncisão a que é somente na carne (…) é aquele que o é interiormente, e circuncisão, a que é do coração, no espírito, não segundo a letra, e cujo louvor não procede dos homens, mas de Deus*" (Rm 2:28-9).

JUSTINO, no séc. II, na obra *Diálogo com Trifão*, refere

> "ó Trifão, eu li que deveria vir uma lei perfeita e uma aliança soberana em relação às outras, que agora devem ser guardadas por todos os homens que desejam a herança de Deus. A lei dada sobre o monte Horeb já está velha e pertence apenas a vós. A outra porém, pertence a todos. Uma lei colocada contra a outra lei anula a primeira; uma aliança feita posteriormente também deixa sem efeito a primeira. Cristo nos foi dado como lei eterna e definitiva e como aliança fiel, depois da qual não há mais lei, nem ordem, nem mandamento"[473].

IRINEU, também no séc. II, concebe uma visão dualista da Lei, distinguindo-a em Lei original, entregue por DEUS ao Homem após a criação, e a LM. Segundo o Bispo grego, DEUS havia gravado a Lei no coração do Homem, tipificado por ADÃO, que, de acordo com as regras do livre-arbítrio, pôde optar por cumprir ou incumprir, aceitando ou negando a vida de DEUS. Em virtude da sua inobservância, o Homem optou por negar

[471] COOKE, *Graça*, p. 110.
[472] KIRSOPP, *The Apostolic*, p. 345.
[473] JUSTINO, *Justino de Roma*, Diálogo XI.

esta vida, caindo em pecado. É perante a natureza caída do Homem que DEUS entende deliberar uma nova lei, desta feita através do povo hebreu, com o escopo de revelar os pecados humanos, e de disciplinar e manter a ordem social até à vinda de JESUS. Reitera IRINEU que

> "as leis de escravidão, então, foram, uma por uma, promulgadas ao povo por Moisés, as quais serviram para a sua instrução ou para o seu castigo, como o próprio Moisés declarou: "O Senhor ordenou-me, ao mesmo tempo, que vos ensinasse estatutos e juízos" (…) Estas coisas, porém, que foram dadas para a escravidão, e para um sinal servir-lhes de sinal, Ele cancelou pela nova Aliança da liberdade"[474],

Aliança esta perpetuada por JESUS, como que restaurando a lei original.

Não obstante a revogação dos preceitos cerimoniais nos moldes explanados, duas questões merecem comentário. A primeira diz respeito à orbe civil da LM e a sua continuidade durante o decurso do NT. Não observei neste a existência de vv. que atestem a ab-rogação dos preceitos civis da *Mishnah*[475], pelo que concluo que permaneciam em vigência no território judaico, ainda que sob o domínio do Império Romano[476]. Prova disto é o cenário que envolveu o processo de condenação à morte de JESUS, que narro em breves linhas.

Após o conhecido *beijo de JUDAS*, JESUS foi detido pelos "principais sacerdotes, escribas e anciãos"[477], sendo de imediato presente ao *Sanhedrim*[478], onde foi acusado pelo Sumo Sacerdote CAIFÁS[479] dos seguintes crimes:

*i) blasfémia*, crime previsto na *Mishnah 7.5*. Alegadamente, JESUS havia cometido blasfémia quando revelou ser o Filho de DEUS, "*assentado à direita do Todo-Poderoso e vindo com as nuvens do céu*" (Mc 14:62). Não obstante, o crime não foi provado, pois não foi violado o princípio fundamental da religião judaica, que não reconhecia outro deus para além de *YAHWEH*;

*ii) profanação do sábado*, crime punível com uma pena de prisão de sete anos, previsto na *Mishnah Sabbat VII*. Alegadamente, JESUS havia violado este

[474] ROBERTS; DONALDSON, *The Writings of the Fathers*, p. 482.
[475] PALMA, *História*, pp. 112 ss.
[476] Pelo menos até 70 d.C.
[477] Mc 14:43.
[478] O *Sanhedrim* era o Supremo Tribunal judaico, o corpo religioso com maior autoridade em Israel, reconhecido como o *Grande Conselho dos Setenta*, sendo constituído pelo Sumo Sacerdote, escolhido pelo soberano, e por setenta membros.
[479] Mt 26:57-58; Mc 14:53-65; Lc 22:63-71; Jo 18:12-14,19-27.

preceito por ter curado um Homem à porta da Sinagoga num sábado, conforme a narrativa de Mt 12:9-13. Apesar de os fariseus intentarem assassinar JESUS após este episódio (Mt 12:14), não se pode afirmar que este incumpriu o preceito, uma vez que a proibição de cura não constava da lista de atos interditos durante o dia de sábado;

*iii) ser um falso Profeta*, crime que consistia no ato de um Homem pronunciar profecias com cumprimento impossível, sendo acusado de explorar "cinicamente as massas com um ensino novo e perigoso, que mascarava uma conspiração para desestabilizar a nação – e talvez até mesmo destruí-la"[480]. Todavia, de acordo com a conceção cristã bíblica, esta foi mais uma falsa acusação, tendo em conta que JESUS "*não cometeu pecado algum, nem na sua boca se achou engano*"[481].

Perante a falta de meios de provas e, sabendo que estas acusações eram desprovidas de valor provatório perante o Direito Romano, o Sinédrio avançou com acusações de cariz político. Na tese de GUSTAVO ZAGREBELSKY,

> "aos membros do Sinédrio era necessário o envolvimento de Pilatos, seja porque eles não tinham o poder de mandar Jesus à morte, seja porque para eles o aval da autoridade romana fosse essencial por motivos de política interna por causa do temor de uma rebelião em ocasião da Páscoa. A aliança com a força romana era indispensável em ambos os casos. Portanto, para este fim, era necessária uma acusação diferente, que deslocasse o assunto do plano teológico para um plano politico, relevante para os romanos"[482].

Deste modo, perante Pilatos, JESUS foi acusado de três novos crimes contra o Direito Romano, puníveis com pena de morte:

1. *Perduellio*. Consistia na incitação do povo contra o Império Romano ou a ordem pública, conforme a Lei das XII Tábuas (Marciano, D, 48, 4, 3). De acordo com Mc 12:13-17, as acusações mostravam-se igualmente falsas, em razão de JESUS não incitar o povo a violar a Lei romana, reconhecendo o pagamento do tributo;

[480] THOMAS, *O julgamento*, p. 222.
[481] I Pe 2:22, ARC. Cf. Hb 4:8-9.
[482] ZAGREBELSKY, *A crucificação*, p. 85.

2. *Sedição*. Crime que consistia num ato de rebelião contra o Império Romano. De acordo com Lc 23:1-5, JESUS foi acusado da prática deste crime por agitar os povos com os seus ensinos revolucionários, crime este que não foi provado perante Pilatos;

3. *Crimen laesae majestatis*, isto é, acusação de autoproclamação de JESUS como rei. Parece ter sido esta a acusação que culminou na crucificação de JESUS, haja visto que PILATOS, após o interrogatório, se refere a JESUS como o "*Rei dos Judeus*" (Mc 15:9), uma expressão que, em tom jocoso, foi colocada numa placa na cruz que o nazareno carregou, e onde veio a cumprir a pena capital. Não obstante a acusação, JESUS nunca se autoproclamou como rei dos Judeus, referindo que o seu reino era inteiramente espiritual:

> "*Pilatos respondeu: Porventura sou eu judeu? A tua nação e os principais dos sacerdotes entregaram-te a mim. Que fizeste? Respondeu Jesus: O meu reino não é deste mundo; se o meu reino fosse deste mundo, pelejariam os meus servos, para que eu não fosse entregue aos judeus; mas agora o meu reino não é daqui. Disse-lhe, pois, Pilatos: Logo tu és rei? Jesus respondeu: Tu dizes que eu sou rei. Eu para isso nasci, e para isso vim ao mundo, a fim de dar testemunho da verdade. Todo aquele que é da verdade ouve a minha voz. Disse-lhe Pilatos: Que é a verdade? E, dizendo isto, tornou a ir ter com os judeus, e disse-lhes: Não acho nele crime algum*"[483].

Com efeito, JESUS não pretendia ser o rei dos judeus ou insurgir-se contra Roma; o seu Reino consistia "numa plena reconciliação do Homem com DEUS; em vez de condenar o pecador, a cindo do Reino [trouxe] o perdão dos pecados"[484]. Tal facto não implica o desinteresse do Cristianismo relativamente a questões de ordem política; apesar de o Reino de DEUS não estar fundamentado no Homem e no seu poder, Jesus reconheceu a legitimidade do Império e a separação de poderes das várias Instituições de então (entre o poder político e o poder religioso), ao proferir aquele que viria a ser o princípio da separação do Estado e da Igreja: "*Dai a CÉSAR o que é de CÉSAR e a DEUS o que é de DEUS*" (Mc 12:17).

A vida e ministério de JESUS foram, desde cedo, seguidos pela profecia veterotestamentária relativa ao advento do Reino de DEUS, um reino em que política e

[483] Jo 18:35-38. S. PAULO reitera as palavras de JESUS, reconhecendo a autoridade de Roma. Acrescentou que todos os homens deveriam estar sujeitos às autoridades superiores pois estas foram instituídas por DEUS (Rm 13:1-7).
[484] AAVV, *História Crítica*, p. 141.

religião caminham lado a lado[485]. Declarado no livro do Profeta DANIEL, reiterado no livro dos *últimos dias* (Ap), DEUS revela um JESUS salvador que reinará eternamente, promovendo a paz e a justiça no mundo. Até à chegada desse momento, JESUS surge como Homem, com uma mensagem simples e transformadora: o Reino de DEUS "está dentro de vós" (Lc 17:21).

Aos trinta e três anos de idade, após um curto ministério alicerçado na entrega das *Boas Novas* e na cura física, mental e espiritual, JESUS, " preso sob a acusação de agitar as massas e pretender o Reino (…), é torturado e executado pela autoridade romana"[486], que preferiu reacender um salutar relacionamento com o Sinédrio a tramitar um processo lícito[487]. Reconhecendo a inocência de JESUS, PILATOS, sem querer tomar uma posição que ofendesse CAIFÁS e os restantes príncipes, optou por propor à multidão sedenta de sangue o chamado *privilegium paschale,* delegando nela a autoridade judicial que lhe pertencia. Perante a incitação dos chefes religiosos, o povo pediu a libertação imediata de BARRABÁS e a condenação de JESUS a uma *morte pela cruz*, prevista geralmente para o crime de sedição. Para lá das ilicitudes processuais, restou o consolo para os cristãos, que viram nas palavras de JESUS a PILATOS o cumprimento de profecias messiânicas e a sua autoridade como Filho de DEUS: "*Nenhum poder terias contra mim, se de cima te não fosse dado [por Deus]*" (Jo 19:11).

A segunda apreciação a tecer, remetendo o seu desenvolvimento para o cap. III da I Parte, diz respeito ao Decálogo ou Lei Moral de DEUS. À semelhança da Lei civil, não foi ab-rogada no período do NT. Ao contrário desta, a Lei Moral extravasou o ordenamento jurídico judaico, dado o seu carácter universal e eterno. As leis civis alteram-se no tempo e consoante o contexto social, cultural e económico do respetivo ordenamento, olhando às necessidades sociais e bem-estar dos povos; a Lei Moral perdura na sua imutabilidade. As leis morais de DEUS, resumidas no Decálogo, baseiam-se na exclusiva natureza de DEUS, sendo, por isto, inalteráveis e irrevogáveis, até pelo próprio DEUS[488]. Dada a natureza moral de DEUS se mostrar imutável, de acordo com Êx 3:14;

---

[485] Dn 7.

[486] LEMINSKI, *Vida*, p. 201.

[487] De um modo genérico e não exaustivo sustenta-se a ilicitude do julgamento de JESUS nos seguintes factos: *i)* inexistência de factos puníveis; *ii)* prisão ilegal sem prévio indiciamento dos crimes alegadamente cometidos; *iii)* incompetência do Sinédrio e de PILATOS e suspeição sobre os membros religiosos; *iv)* Julgamento noturno e privado (violação da *Mishnah 3:L-5*); *v)* testemunhas com interesses terceiros e falsas acusações, como sucedeu com JUDAS, que trocou a informação sobre o paradeiro de JESUS a troco de trinta moedas de prata; *vi)* sentença nula, pois que deveria ser lida no dia após o julgamento.

[488] HODGE, *The Confession*, p. 249.

Is 41:4; Hb 1:11-12, toda a Lei Moral que advém Dele terá de ser imutável *in integrum*. Em NEWMAN encontro, de acordo com a visão cristã, exterior ao próprio Deus, a dimensão deste Deus *transcendentemente* legislador:

> "de acordo com os ensinamentos do monoteísmo, Deus é um Ser individual que não depende senão de Si, perfeito em todos os aspetos, imutável; inteligente, vivo, pessoal e presente; Todo-Poderoso, tudo vendo e recordando-se de tudo; entre Ele e as suas criaturas existe um abismo infinito; Ele não tem origem, basta-Se a Si mesmo; criou o Universo e mantém-no; julgará cada um de nós, mais cedo ou mais tarde, segundo a lei do bem e do mal que inscreveu no nosso coração. É soberano relativamente às disposições que tomou, opera por meio delas, sendo delas independente; todas as coisas estão nas suas mãos, tem uma intenção em cada acontecimento, uma regra para cada ação, e desta maneira tem relações muito próprias com o objeto de cada ciência particular presente no livro do conhecimento; é Ele quem, com energia adorável e incessante, participa em toda a história da criação, da constituição da natureza, do curso do mundo, da origem da sociedade, do destino das nações, da ação do espírito humano[489].

Com esta revelação externa em mente clarifica-se que, para a religião judaico-cristã, a Lei Moral de DEUS será sempre um espelho de quem Ele é; o que Ele é, a Lei Moral revela. Atente-se nos seguintes ex.:

*i)* Em Dt 32:4 e Mt 5:48 as Escrituras revelam a perfeição de DEUS; em concordância, revela o Salmo 19:7 que a "*a lei do SENHOR é perfeita*";

*ii)* S. JOÃO, em Ap 7:12, declara que DEUS "*somente é santo*"; S. PAULO, na Epístola à Igreja de Roma, declara que "*a lei é santa*" (7:12);

*iii)* Os Profetas realçam que Deus é justo (Jr 12:1; Lm 1:18; Dn 9:7, 14), pelo que "*ama a justiça; o seu rosto está voltado para os retos*" (Sl 11:7);

*iv)* JESUS mencionou que "*ninguém há bom senão um, que é Deus*" (Mc 10:18), palavras que coincidem com as de S. PAULO, quando reitera que "*a lei é boa*" (Rm 7:12).

De modo condensado, em dez palavras, DEUS manifesta ao Homem o padrão ético a seguir, quer na sua relação com o Divino, quer na sua relação com o próximo. Mais ainda, o NT incorpora este padrão de Lei Moral nos seus vários ensinamentos éticos, sobretudo nos sermões e nas parábolas proferidas por JESUS. De forma inovadora para o

[489] NEWMAN, *On the Scope*, pp. 27-8.

contexto judaizante em que se encontrava, JESUS efetuou essa incorporação na Lei espiritual, que se difundiu por todo o mundo. Segundo BRAGUE, estes ensinamentos éticos, ou padrões morais, não são invocados pelo Cristianismo de forma a imiscuir-se nas legislações nacionais, mas para regular as "condições mínimas de sobrevivência de uma sociedade de homens autenticamente humana"[490].

Para S. PAULO, a Lei permite ao Homem conhecer o seu delito ou pecado[491], aplicando-se esta verdade quer aos judeus, quer aos gentios. De igual modo, quando refere que ninguém é justificado diante de DEUS pelas obras da Lei, sejam estas realizadas de acordo com o Decálogo ou com a voz da consciência, pretende clarificar que tais obras não determinam a aceitação do Homem por DEUS. Independentemente da forma que leva ao seu cumprimento, o que releva é o seu cumprimento, de acordo com o Apóstolo dos gentios, que deixa quatro propósitos para a existência e observância da Lei[492]:

1. *Para revelação de Deus e da Sua vontade*. Não basta ao Homem, enquanto ser gregário, a mera distinção entre o que é certo e o que é errado. Ainda que tal destrinça faça parte da alma humana desde sempre, deve conhecer e observar os preceitos verdadeiros e justos que o guiem na sociedade em que está inserido (Sl 19:9);

2. *Para o bem-estar e preservação do Homem*. Trata-se um propósito particular das autoridades da Nação, ordenadas por DEUS para proteger o Homem e auxiliá-lo no cumprimento da Lei, punindo-o em caso de incumprimento, promovendo, assim, a paz e bem-estar social (Rm 13:1-7)[493];

3. *Para clarificar o conceito de pecado*, levando o Homem ao arrependimento. De acordo com os *Dez Mandamentos*, a enunciação destes e das leis avulsas que os regulamentam apontam para a tendência inata que o Homem tem para incumprir os preceitos divinos, olhando-se, pois, à sua natureza pecaminosa. Com especial cuidado sobre a vida do Homem em geral, e sobre a vida eterna em particular, os preceitos do Decálogo revelam o propósito de

[490] BRAGUE, *Sobre a religião*, p. 33.
[491] Rm 3:20.
[492] BRUCE, *Romanos*, pp. 30 ss.
[493] SHEDD, *Autoridade e poder*, pp. 103 ss.

espelhar o coração humano relativamente à sua natureza carnal, apontando soluções para a sua regeneração espiritual (justificação) e santificação[494];

4. *Para guiar a vida do Homem*, na sua relação com Deus e com o próximo.

### 4.3. A LEI MOSAICA NO NOVO TESTAMENTO: O ESCLARECIMENTO LEGAL

Ao longo dos Evangelhos Sinóticos JESUS mostra ter grande ciência das Escrituras, nomeadamente da Lei e dos profetas. Indubitavelmente, estas eram o guião máximo da vida judaica, pelo que eram frequentemente citadas por JESUS nos seus diálogos, sermões e parábolas[495]. Não se concebe, nos seus feitos e palavras, qualquer rebeldia contra as Escrituras ou ritos judaicos, tal era a fidelidade que JESUS apresentava diante da Lei[496], a base do seu ministério, incitando os outros a observarem-na em todo o tempo[497]. Os seus atos não apontavam para uma rebelião contra a Lei ou discursos de MOISÉS, mas para uma interpretação dissemelhante da aceção legalista dos fariseus[498] e helenística dos saduceus, totalmente contraditórias à visão divina. Neste sentido, THEISSEN e MERZ observaram que JESUS "intensificava as normas éticas (sobretudo, o mandamento do amor) em que é nítida uma tendência a um *ethos* universal. E relativizava as normas rituais (sobretudo os mandamentos sobre a pureza) pelos quais se separa o judaísmo do helenismo - sem eliminar tais normas completamente"[499].

Diversas são as referências específicas de JESUS em torno da LM, quer na forma de antítese[500] (Mt 5:21-48), em que coloca frente a frente a letra da Lei e a sua interpretação, quer na forma de orientação moral de questões relacionadas com aspetos familiares entre pais e filhos (Mt 10:37) ou entre marido e mulher (Mt 19:3-12). São questões que apontam para os mandamentos do Decálogo, sobre os quais JESUS, sem qualquer ab-rogação ou alteração de conteúdo moral, oferece a correta interpretação legal:

---

494 Rm 8:8.
495 *E.g.*, "*Jesus, porém, respondeu: Está escrito: Não só de pão viverá o homem, mas de toda palavra que procede da boca de Deus*" (Mt 4:4).
496 Sabe-se que JESUS foi circuncidado ao oitavo dia, de acordo com Lc 2:21, o que revela o ambiente judaico em que cresceu, e no qual foi educado.
497 Mt 5:20.
498 Os fariseus constituíam a seita mais relevante do Judaísmo. Cf. HADAS-LEBEL, *Flávio Josefo*, p. 40.
499 THEISSEN; MERZ, *O Jesus*, p. 388.
500 JESUS invoca questões atinentes ao homicídio, adultério, divórcio, juramento, vingança e amor ao próximo (VOUGA, *Jésus*, pp. 200 ss).

a Lei deve ser observada, por obediência a DEUS, no amor ao próximo, o fio de prumo do relacionamento entre os homens[501]. O ministério de JESUS foi difusor da *Lei do Amor*, apelando à renúncia a todo o tipo de violência, mesmo aquele legalmente permitido, e ao amor ao próximo, amigo ou inimigo, o que respaldava a Justiça divina. Através do amor ao próximo, JESUS desdobrou os princípios da *Torah*, superando os mesmos[502], conforme o expoente máximo desta lei: "*tudo quanto, pois, quereis que os homens vos façam, assim fazei-o vós também a eles; porque esta é a Lei e os Profetas*" (Mt 7:12).

Interrogado por alguns fariseus, os Doutores da Lei, sobre qual seria o grande mandamento desta, JESUS prontamente respondeu "*Amarás o Senhor, teu Deus, de todo o teu coração, de toda a tua alma e de todo o teu entendimento*"[503], acrescentando, de imediato, o segundo: "*Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Destes dois mandamentos dependem toda a Lei e os Profetas*"[504]. Sucintamente, explicou todo o conteúdo do Decálogo, dividindo-o em dois grandes grupos: o amor a DEUS, constante de Êx 20:1-11 e Dt 5:6-15, e o amor ao próximo, patente em Êx 20:12-17 e Dt 5:16-21. Assim, a Lei Moral passou a ter uma nova forma: às interdições sobrepuseram-se os mandamentos do amor, baseados na experiência de vida de JESUS. Neste sentido aponta, de igual modo, OLIVIER BOULNOIS, ao proferir que

> "na perspetiva do Reino de Deus, o amor do Homem para com próximo coincide com o respeito por todos os mandamentos do Decálogo, e realiza todo o amor de Deus pelo mundo. O mandamento da caridade, porque, primeiro, foi posto em prática por Jesus Cristo, é ao mesmo tempo universal e indicativo, escatológico e insuperável. Deste modo, a existência concreta de Cristo, como modelo e fonte de todos os sistemas morais da existência humana, é a primeira condição, anterior e mais fundamental que todos esses sistemas. O agir humano só é justo na pertença a uma norma realizada, a um universo concreto, a vida nova, a vida de Cristo"[505].

[501] ZUMSTEIN, *Mateus*, p. 49.
[502] EKKEHARD STEGEMANN; WOLFGANG STEGEMANN, *História Social*, p. 242.
[503] Mt 22:37.
[504] Mt 22:39-40.
[505] AAVV, *História Crítica*, p. 142.

# CAPÍTULO III – A LEI MOSAICA COMO LEI MORAL

*[O] que no tempo presente constitui o interesse primário da filosofia [é] colocar Deus absolutamente no princípio outra vez, no pináculo da filosofia como o único fundamento de tudo, como o único principium essendi e cognoscendi.*
Georg W. F. Hegel

## § 5.º O DECÁLOGO COMO CÓDIGO ÉTICO

### 5.1. PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS INTRODUTÓRIOS

O Decálogo, enquanto código ético universal, não consiste num único padrão ético, mas num conjunto de diversos princípios éticos gerais e abstratos, os quais, ainda que possam ser enunciados de modo díspar, provêm de uma única fonte: DEUS, a origem do *Summum Bonum*, isto é, o bem supremo a alcançar pelo Homem, de acordo com a filosofia cristã.

Não se pode afirmar que exista consenso quanto ao conceito de *Summum Bonum*. Efetivamente, há quem defenda que toda a problemática ética a ele inerente constitui uma questão íntima de cada ser humano, pelo que não pode, e não deve, ser interpretado racionalmente. LUDMIG WITTGENSTEIN segue esta corrente de pensamento pois que, no seu entender, sobre o que não se pode falar, há que ficar em silêncio, pelo que "não pode haver proposições da ética. As proposições não podem exprimir nada do que é mais elevado. É óbvio que a ética não se pode pôr em palavras. A ética é transcendental"[506]. AYER apresenta uma posição idêntica, já que, para ele, falar sobre ética é emitir uma opinião, e as opiniões são meras manifestações de emoções e não proposições, mas comandos designados a provocar uma reação no Homem, cuja valoração não deve ser considerada. Porquanto são apenas intuições intelectuais, não calculadas empiricamente, não devem constar de um tratado filosófico ou científico[507].

A ser assim, o próprio conceito de Justiça estaria em perigo, tornando-se subjetivista e eticamente relativo, oscilando de indivíduo para indivíduo de acordo com o

[506] WITTGENSTEIN, *Tractatus*, p. 88.
[507] AYER, *Language*, pp. 104 ss.

contexto sociocultural em que se encontra. Desta forma, seguindo o pensamento de KELSEN, não existe uma sociedade justa que proporcione a felicidade a todos os cidadãos. O sentido de felicidade varia entre pares e, não raras vezes, origina conflitos entre os mesmos. Ora, uma sociedade justa não pode assentar na suposição de que ela tem de concretizar a felicidade entre o maior número possível de cidadãos, através da satisfação de necessidades básicas (ou que a sociedade entenda como tal) como a alimentação, vestuário ou local para habitar. Mas, pergunta o autor, "quais são as necessidades humanas dignas de serem satisfeitas e, em especial, em que ordem de importância?" A resposta a esta questão não poderá vir da cognição racional, pois que resposta a esta "é um julgamento de valor, determinado por fatores emocionais e, consequentemente de carácter subjetivo, válido apenas para o sujeito que julga e, por conseguinte, relativo"[508]. Dependendo do indivíduo, a resposta poderá ser diferente, caso seja dada por um cristão, que valoriza o bem-estar da sua alma após a morte, ou por um ateu, que não crê na vida após a morte e, portanto, valoriza o bem-estar terreno através de todos os bens que o mundo físico possa oferecer. Nos Evangelhos Sinóticos, o *Summum Bonum* consistia na eterna libertação do pecado e dos seus efeitos de morte, na participação humana do estado imortal, por via da ressurreição, em semelhança aos anjos (Lc 20:35-6). Já S. PAULO apresentava uma conceção de bem supremo que assentava na participação da alma humana na natureza divina e na plenitude de DEUS. Para o Apóstolo, a salvação da alma do Homem tornava-o apto a participar da imagem e natureza de JESUS, que se torna irmão daquele que é adotado por DEUS em Cristo[509], por meio da ação do ESPÍRITO SANTO, transformadora do Homem de glória em glória (II Co 3:18). Sendo o Homem participante da plenitude de DEUS, por intermédio do sacrifício expiatório de JESUS, ganha acesso ao conhecimento da natureza divina de DEUS e aos seus atributos morais, pois que neste "*habita, corporalmente, toda a plenitude da Divindade*" (Cl 2:9). Nisto fundamenta-se a conceção cristã de *Summum Bonum*.

Se a participação da plenitude de DEUS ou o alcance da vida eterna, ou o utilitarismo dos bens materiais correspondem ao *Summum Bonum*, tal é relativo e subjetivo, e não pode ser respondido racionalmente; todavia o julgamento de tal valoração terá de ser apresentado através de uma norma de validade geral, assente num consenso mínimo de valores éticos superiores. Caso contrário, tudo será permitido e justificado.

[508] KELSEN, *Teoria geral*, p. 10.
[509] Rm 8:29.

Ainda que subsista divergência quanto à ordem de relevância dos valores éticos, existe consenso relativamente ao facto de determinados princípios éticos não dependerem de preferências pessoais e de poderem prover discernimentos básicos de valoração.

Não obstante as diferentes sociedades seguirem códigos éticos distintos, não posso, contudo, afirmar que não compartilham de alguns princípios. Por ex., nenhuma sociedade poderá ter como *Summum Bonum* a infelicidade dos seus cidadãos[510]; a procura da felicidade é, pois, um elemento básico e universal inerente a todas as sociedades, das menos civilizadas às mais evoluídas. Certos princípios éticos, com um elevado teor de generalidade, estão acima das ideologias políticas. O que difere é o modo como são invocados.

### 5.2. A ÉTICA CRISTÃ

A ética cristã, que se assume como universal, assenta na máxima de vida que JESUS deixou: "*Amarás o próximo como a ti mesmo*" (Mt 22:39). Este princípio já havia sido dado por DEUS ao povo de Israel, segundo Lv 19:18; JESUS apenas reiterou (e cumpriu) o que nele estava disposto.

Esta ética está espelhada nos *Dez Mandamentos*, na segunda secção, concernente ao relacionamento entre o Homem e o seu semelhante (Êx 20:12-17), nos mandamentos que reforçam o valor da família (*honra teu pai e mãe*; *não adulterarás*), da vida humana (*não matarás*), da boa reputação do próprio e de terceiros (*não mentirás*, *não dirás falso testemunho contra o teu próximo*) e da propriedade privada (*não cobiçarás a propriedade alheia*).

Estes princípios não são exclusivos do Judaísmo e do Cristianismo. A Lei Natural, enquanto lei divina no mais primário e puro sentido do termo, é anterior à formação da nação de Israel e da entrega da Lei no seu formato físico, a qual sela o concerto entre DEUS e o seu povo. Mediante uma leitura da *Torah*, conclui-se que tais princípios existem desde o início da criação, muito tempo antes de DEUS se revelar àquele que viria a ser um dos Pais da fé: ABRAÃO. Prova disto é facto de, desde os dias de ADÃO, segundo as Escrituras, existir já um claro sentido do que é certo ou errado; o que é o bem e o mal.

[510] CHAMPLIN, *Enciclopédia*, VI, pp. 292-3.

Segundo a narrativa bíblica, DEUS diz "façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança"[511]. O uso do verbo *fazer* no plural demonstra que, no momento da criação humana, estavam reunidos DEUS Pai, JESUS e o ESPÍRITO SANTO. Desta feita, DEUS criou o Homem dotando-o de alma, corpo e espírito, à semelhança da Trindade, dotando-o de um corpo físico, mas também de um espírito e alma, que lhe conferem um *animus* que lhe permite cogitar e agir, distinguindo o certo do errado, o bem do mal. De acordo com a conceção judaico-cristã, o Homem, como ser criado[512], entende que tudo o que advém da boca do DEUS Criador é bom; *a contrario*, tudo o que DEUS proíbe é na certeza de que constitui maldição para o Homem; tudo o que não revela, deve permanecer sonegado[513]. Afinal, pode o barro dizer ao oleiro "*por que me fizeste assim?*" (Rm 9:20).

O mandamento *não matarás* não surge no momento em que DEUS o grafa na tábua do Testemunho; ele é tão antigo como a existência humana, porque foi pensado para o Homem, independentemente do credo ou da localização geográfica ou temporal deste. Será, portanto, correto afirmar que os *Dez Mandamentos*, enquanto reflexão da natureza de DEUS, e do plano divino para o Homem, plano esse assente em critérios de liberdade, justiça e paz, antecedem o *primeiro homem*. Deste modo, entende-se o caráter natural que esta lei tem, pois que parece ter sido escrita no coração do *primeiro homem* desde o primeiro dia da sua existência[514]. É inconcebível conhecer o dia exato em que foi legislada ou o modo como tal ocorreu. Todavia, pelas narrativas bíblicas, e na inexistência de provas externas que contrariem esta tese, parece possível que, quando DEUS, através da pessoa do Espírito Santo, soprou o *fôlego da vida*, tornando o Homem alma vivente[515], a Lei Natural foi *decretada* no interior deste.

TOMÁS DE AQUINO defende, todavia, que é possível aplicar à sacralidade da vida humana algumas exceções, conhecidas como o princípio do duplo efeito ou a doutrina do duplo efeito. Este princípio almeja a valoração moral da real intenção do sujeito que praticou o crime, a forma e as condições em que uma ação com bons e maus resultados é

[511] Gn 1:26.
[512] HOEKEMA, *Criados à imagem*, pp. 16-7.
[513] Dt 29:29.
[514] A história de ABEL e CAIM atesta esta possibilidade. Sem que existisse uma previsão legal ou, sequer, um sentido de lei no momento, existia já o sentido do certo e do errado, patente na atuação de CAIM que, tendo assassinado ABEL, sabendo que tinha feito mal, ocultou o seu corpo (Gn 4:8-15).
[515] Gn 2:7; Jó 33:4.

moralmente aceite. O sujeito revela agir moralmente se não revelar a intenção de gerar um mau resultado, ou seja:

1. se não revela a intenção de obter o mau resultado;

2. se o bom efeito é bom quando comparado com o mau e não existe outro modo melhor de alcançá-lo.

É o requisito da proporcionalidade em 2. que torna o princípio do duplo efeito juridicamente eficaz e justo. Com base nesta doutrina, é bom o ato de matar outrem em caso de legítima defesa ou estado de necessidade, pois o agente moral apresenta a intenção final de preservar a sua vida; a sua intenção torna o ato natural e moralmente lícito.

Se possível fosse resumir a ética cristã numa frase-chave utilizaria a expressão "amor ao próximo", tão correta quando proferida por DEUS no Pentateuco, como na atualidade. Certamente, tal princípio ético cristão não resolveria todos os conflitos, pois que primeiramente importaria clarificar os conceitos de amor (para muitos, respeito) e de próximo. Enquanto a sociedade pós-moderna avança, releva com ela aprimorar estes conceitos: entender o conceito de amor enquanto objeto da ética é entender o conceito de próximo, o sujeito da ética. No decorrer do tempo, do AT ao NT, este aperfeiçoamento foi sendo executado. No AT vejo estes conceitos mais cerrados, apenas entre judeus que, tendo de conviver forçosamente com outros povos, foram lembrados por DEUS a não agredi-los, não roubá-los, não matá-los, não levantar falsos testemunhos contra eles. No NT observo a expansão do objeto desta ética, quando Jesus incentiva a amar, a não julgar, a ser leal e a ter compaixão, assim como a expansão dos sujeitos: o Evangelho tinha alcançado também os gentios[516], isto é, pessoas pertencentes a outras Nações.

Na atualidade, numa Europa em que as democracias se encontram verdadeiramente consolidadas, a ideia de *amar o próximo* demonstra-se através do reconhecimento dos direitos civis e políticos, cada vez mais alargado às (outrora) minorias, e da proteção dos direitos económicos, sociais e culturais, todos constitucionalmente consagrados. Verifica-se, pois, um esforço da positivação das exigências das leis naturais, justas mesmo antes da sua formulação legal.

[516] O conceito de gentio sofreu alteração do AT para o NT. No AT, a palavra traduzia-se no hebraico por *goyim*, isto é, «estrangeiros» ou «Nações». No NT utilizava-se o vocábulo grego *ethnos*, que significava «Nação», entre as quais se incluía a Nação de Israel.

Perante este alargamento, concluo que importa não relativizar os princípios éticos, promovendo sociedades com uma moralidade própria, onde tudo é possível, mas unificar o conceito de "amor ao próximo" (respeito) de forma a promover uma sociedade mais justa e pacificadora.

### 5.3. A JUSTIÇA E A BÍBLIA

A Justiça é um dos temas centrais da Bíblia. No hebraico utilizavam-se vários vocábulos que, no AT, apontavam para o conceito de justiça enquanto ordem, sentença ou juízo. São eles:

- *mišpāṭ*, a ordem de mandamentos e direitos aplicáveis no caso concreto[517];

- *ṣedeq*, referência à justiça como ordem coordenadora da relação entre o Homem e o seu próximo;

- *ṣedāqāh*, afirmação da conduta justa, reta e conforme à ordem.

Todos estes vocábulos hebraicos apontam para uma dupla relação conexa entre o que é de direito e o que é próprio de DEUS (salvação): indica permanentemente a relação existente entre Deus e o Homem. Já no NT é utilizado o termo grego *dikaiosune* que abrange a ideia de probidade de carácter[518] ou a retidão de DEUS e dos homens[519]. São expressões que, no Direito português, apontam para a chamada justiça distributiva, retributiva, vindicativa, social ou direitos humanos[520].

Falar de Justiça na conceção bíblica é abordar uma conduta reta por parte dos homens, um governo justo, a retribuição, a retidão nas ações, a regra da lei e o respeito a esta[521]. Quanto a DEUS, é compreender que Ele é justo nos seus juízos, pois que a Sua santidade, justiça e retidão moral não permitem que a injustiça permaneça inocente.

A Justiça em *YAHWEH* tem dois significados distintos que importa clarificar. O primeiro é o de "justiça de DEUS" e refere-se à justiça de DEUS sobre o crente regenerado,

[517] BOVATI, *Ristabilire la giustizia*, pp. 149 ss.
[518] Is 10:20; Rm 9:38; Ap 19:11.
[519] Is 56:1; Mt 3:15; 5:6; At 10:35; Fp1:11; Hb12:11.
[520] VAZ, "Justiça e misericórdia", p. 221.
[521] CHAMPLIN, *Enciclopédia*. III, p. 677.

o qual, após se tornar *filho de DEUS*, mediante um processo de justificação divina, passa a apropriar-se eticamente dos atributos morais ou virtudes de DEUS, ou seja, "as perfeições que constituem predicados do Ser Divino na Escritura, ou que são visivelmente exercidas por ele [nas] Suas obras de criação, providência e redenção"[522]. O segundo é o conceito de "justiça divina", imbuído num misto jurídico e religioso. Trata o modo como DEUS julga o delinquente pelo seu delito, o pecador pelo seu pecado, ou seja, o modo como DEUS executa o juízo sobre aqueles que não observam a Sua Lei.

Não se torna exequível apartar a ideia de justiça divina da Aliança, pois aquela consiste na fidelidade e no cumprimento das promessas feitas por DEUS ao Seu povo. O que legitima a justiça divina é o que "Ele se deve a si mesmo em vista do bem que quer para o ser humano"[523]. Deus não atua com justiça sobre o Homem de forma vingativa ou castigadora: Ele atua justamente porque é fiel a Si mesmo e à Sua palavra e ao Homem, a quem ama[524]. Ora, perante a violação dos preceitos divinos, o Homem encontrará a devida justiça que, umas vezes, apresenta um sentença condenatória e, outras vezes, uma sentença de absolvição (ou regenerativa)[525]. Muitas vezes, justiça e misericórdia andam de mãos dadas. DEUS mostra-se igualmente justo, porque misericordioso, quando concede o perdão ao pecador que se revele arrependido dos seus feitos contra DEUS. É de realçar que o crime/pecado cometido por um Homem contra o seu próximo é sempre tomado sobre DEUS, como se fosse cometido contra si. O Sermão Profético, proferido por JESUS, assim o testifica, ao referir que, tudo o que for feito ao próximo, em benefício deste ou não, será, para DEUS, entendido como se fosse realizado diretamente a JESUS (Mt 25:31-46). Deus não atua por interesse próprio nem, tão pouco, sente prazer na condenação do Homem; atua, sim, em razão de se sentir ofendido quando o ser humano comete uma prática ilícita contra outro[526]. Desta feita, *mutatis mutandis*, pecar contra o próximo equivale a pecar contra DEUS.

Assim, compreendo que a justiça divina nunca poderá ser dissociada de um outro atributo moral de DEUS: a santidade. É a justiça que traz ao Homem a convicção da santidade absoluta de DEUS, que não pode ser maculada com delitos efetuados pelo Homem sem que haja uma ação punitiva sobre a conduta deste. É, pois, a face visível da

[522] BERKHOF, *Teologia* p. 45; TILLICH, *Teologia*, pp. 273 ss.
[523] VAZ, "Justiça e misericórdia", p. 232.
[524] Sl 21:8-9.
[525] Rm 4:5-8.
[526] BRAGUE, *Sobre a religião*, p. 79.

santidade divina que expõe a ira de DEUS quanto à desobediência da Lei; *a contrario*, expõe o gozo de DEUS no cumprimento da Lei por parte do Homem reto e justo[527].

Perante o incumprimento da Lei, deve o pecador ser punido de acordo com a justiça divina, conforme o disposto nas seguintes divisões[528]:

> 1. *Justiça governativa*. Aquela que DEUS impõe como governante do Homem mau e do Homem bom. É Ele quem institui o governo moral universal, através da promulgação do Decálogo, quem impõe uma lei justa sobre todos os homens[529], com bênçãos para quem a observa, e com advertências de punição para quem não a cumpre[530].
>
> 2. *Justiça distributiva*. Intimamente ligada à primeira, é utilizada para designar a retidão de DEUS no modo como executa a Lei, na repartição das bênçãos pelos justos, a chamada *justiça remunerativa*, e das penas aos incumpridores, conhecida como *justiça retributiva* (Is 3:10-11; Rm 2:5-7; I Pe 1:17).

No que concerne à justiça retributiva, refere-se à aplicação da pena, sendo, por isto, conhecida, de igual modo, como justiça punitiva. Devido à natureza santa de DEUS, que abomina o pecado e, por conseguinte, qualquer prática ilícita ou imoral, a justiça divina está obrigada a punir o infrator ou pecador não arrependido[531]. Violada a Lei de Deus, deve punir, de forma justa, o incumpridor, de acordo com Êx 34:7 e Hb 6:18.

Sobre a justiça distributiva, isto é, a recompensa ao Homem pelo cumprimento da Lei, dois apontamentos há a fazer. O primeiro tem que ver com o seu sentido condicional. A recompensa está sempre dependente da observância da Lei, estatuída na Aliança que DEUS estabeleceu com Israel. Considerem-se os seguintes ex.:

---

[527] Sl 119:1.

[528] De acordo com as divisões apresentadas em CAMPOS, *O Ser de Deus*, pp. 340 ss.

[529] Is 33:22; Tg 4:12.

[530] Deus nunca age em juízo sem antes advertir o Homem. *E.g.*, antes de Judá ser invadida pelo Império Babilónico, que antecedeu o cativeiro, DEUS levantou o Profeta JEREMIAS para repreender o povo e apelar ao arrependimento: "*(…) levanta-te, e dize-lhes tudo quanto eu te mandar*" (Jr 1:17, ARC). Ainda assim, o povo ignorou a advertência, pelo que o juízo divino não se fez esperar: (Jr 21:4-5). Para um melhor entendimento dos pecados de Israel, releva a leitura de Ez 16.

[531] CAMPOS, *O Ser de Deus*, p. 346.

"*Será, pois, que, se, ouvindo estes juízos, os guardares e cumprires, o SENHOR, teu Deus, te guardará a aliança e a misericórdia prometida sob juramento a teus pais*" (Dt 7:12);

"*Alegrar-se-á o justo quando vir a vingança; banhará os pés no sangue do ímpio. Então, se dirá: Na verdade, há recompensa para o justo; há um Deus, com efeito, que julga na terra*" (Sl 58:10-1).

Compreende-se assim que DEUS, o justo juiz, exerce continuamente justiça sobre a terra, justiça que age na recompensa do justo e na punição do injusto. É, assim, promessa de DEUS que o justo, aquele que obedece ao comando divino, assista à derrota do injusto sob a pesada mão de DEUS[532].

O segundo apontamento tem que ver com o demérito da recompensa. O Homem, criação de DEUS, não tem mérito diante de DEUS pelo cumprimento da Lei pois, caso contrário, o Homem tornar-se-ia credor de DEUS. Considere-se o seguinte ex.:

"*Assim também vós, depois de haverdes feito quanto vos foi ordenado, dizei: Somos servos inúteis, porque fizemos apenas o que devíamos fazer*" (Lc 17:10).

Porquanto o Homem é criatura de DEUS, torna-se servo Dele e, como tal, deve sujeitar-se à autoridade do seu senhor, obedecendo às suas ordenanças. Assim, porque se trata de um dever, a obediência não se torna meritória. Segundo a visão cristã, tudo de bom que o Homem tem ou consegue executar é devido à graça imerecida de DEUS, pois que "*toda boa dádiva e todo dom perfeito são lá do alto, descendo do Pai das luzes*" (Tg 1:17). É graças à bondade divina que o Homem justo consegue andar no caminho reto, que alegra o coração e alumia os olhos (Sl 19:8). DEUS não se encontra obrigado a recompensar o justo; Ele recompensa pois que na perpétua Aliança que celebrou com o seu povo asseverou proteger o justo do injusto e recompensar os retos de coração. Uma vez que DEUS, na Sua santidade imutável, não consegue violar o Pacto, porquanto não consegue renunciar à Sua essência e atributos morais eternos, Ele recompensa o justo, não pelo mérito das suas ações, mas porque Ele é bom. Assim, em última análise, conclui-se que a justiça distributiva constitui uma graciosa expressão de amor divino.

[532] *Ibid,* p. 342.

## § 6.º LEI MOSAICA, *IUS DIVINUM* E *IUS NATURALE*

O DH tem origem em DEUS e na Sua Palavra legisladora. Toda a Lei foi produto de uma vontade transcendente e soberana de um Deus que se revelou a MOISÉS, o que lhe confere um caráter único entre todos os sistemas jurídicos.

O Decálogo, em especial, é Direito Natural escrito pelo próprio DEUS, que entrega ao Homem para cumprimento durante gerações eternas. Não contém um único elemento humano. Não se pode, no período mosaico, abordar este direito como um *Ius Divinum* na sua relação entre o divino e o rei, pois que são um só. Quando Deus entregou as tábuas do Testemunho a MOISÉS, momento com íntima ligação à fundação de Israel enquanto Nação, não existia a figura de um soberano. MOISÉS não o era; era um líder escolhido por decreto divino, mas não um rei. Toda a soberania pertencia a DEUS, o Ser Divino que fundou e legislou sobre Israel, sendo Ele reconhecido pelo salmista como rei (Sl 93:1; 97:1-2; 99:1-4).

Só com a subida de SAUL ao trono se contempla a pessoa do rei escolhida por DEUS (I Sm 9:17). De acordo com os trechos de I Sm 8, o povo de Israel encontrava-se saturado da governação por parte dos juízes e profetas e, à semelhança dos povos vizinhos, pretendia ser governado por um rei. Não reconhecendo que a má governação que haviam tido se devia aos *maus juízes* que não observavam atentamente a Lei de DEUS[533], rejeitaram o próprio DEUS, implorando ao Profeta SAMUEL que lhes fosse concedido um rei para que os "*nos governe, como o têm todas as nações*" (I Sm 8:5). O Profeta notificou Israel de que nenhuma escolha seria igualável à soberania de DEUS e que certamente o arrependimento ia chegar, mas o povo ignorou o comunicado profético.

Feita a escolha real, por decreto divino, incumbido foi ao Profeta SAMUEL a unção de SAUL, que consistia no derramar de um vaso de azeite o sobre a cabeça deste, um gesto que simbolizava a entrada do ESPÍRITO SANTO em SAUL[534], que o guiaria em toda a sua governação. Todavia, pela violação da Lei[535], foi Saul deposto por DEUS: "*Porém Samuel disse a Saul: Não tornarei contigo; visto que rejeitaste a palavra do SENHOR, já ele te rejeitou a ti, para que não sejas rei sobre Israel*" (I Sm 15:26).

[533] Jz 2:11; 3:12; 4:1; 6:1; 10:6; 13:1.
[534] I Sm 10.
[535] I Sm 15.

A Lei de DEUS não era uma lei divina dada por Deus ao Homem; a Lei era parte de DEUS, pois que revelava a Sua Palavra, a Sua natureza[536]. Ao entregar a Lei ao povo, "Deus dá algo Seu, dá algo de Si mesmo"[537]. O caráter divino desta Lei está exatamente no cunho divino da mesma, efetuado diretamente pela mão de DEUS, sem auxílio de qualquer ferramenta material. A Lei é divina porque foi escrita pelo próprio EU SOU. Porque divina, a Lei anulou a necessidade de existir um rei em Israel, ao contrário do que sucedia nas outras nações, cujos textos jurídicos não consistiam em leis, mas em compilações jurisprudenciais, como observei, *e.g.*, no CH. Seguindo o entendimento de BRAGUE, aqueles textos não possuíam valor de obrigatoriedade, podendo o juiz aplicá-los ou inspirar-se neles. A existência dos mesmos anulava a autoridade do poder do rei que os promulgava[538]. Já a LM expunha detalhadamente o que fazer, não necessitando de outra autoridade para além da autoridade do EU SOU. É a sua autoridade real, porque reflete Deus, que a distingue de todas as outras leis, o que a coloca acima de toda a discussão jurídica sobre o *Ius Divinum*, pois que não se consubstanciava num direito divino concedido aos reis; ela é a própria vontade de DEUS. Foi a partir dela, e do conhecimento revelado nas Escrituras, que as gerações das sociedades ocidentais medievais constituíram as suas doutrinas político-religiosas.

Judeus e cristãos reconhecem a LM como um reflexo da natureza eterna e imutável e dos atributos morais de DEUS, e entendem que esta está assente na crença de que DEUS criou o Homem à Sua imagem e semelhança (*imago Dei*), e que parte dessa mesma imagem imita (ou tenta imitar) tais atributos divinos, declarando-a, portanto, como natural. No NT define-se a Lei Natural como algo de intrínseco a todos os homens: o conhecimento da justiça, dádiva da providência divina, que guia o Homem através dos seus preceitos éticos e morais. Trata-se efetivamente de uma revelação que se estende a todos os que não conhecem a LM ou que não professam a fé judaica ou cristã, em razão de as exigências da lei estarem gravadas no coração da humanidade, dela "*testificando juntamente a sua consciência e os seus pensamentos, quer acusando-os, quer*

[536] "Pois há em Deus aquela mesma realidade que se chama lei; ou seja, a orientação da razão prática aplicada ao governo de uma comunidade. Todo o universo é uma comunidade governada pela razão divina. Por outro lado, esta lei eterna forma uma só realidade com a Sabedoria eterna de Deus e com a sua essência divina" (MARITAIN, *O Direito Natural*, p. 238).
[537] BRAGUE, *A Lei*, p. 68.
[538] *Ibid*, p. 69.

*defendendo-os*" (Rm 2:15). É, pois, uma lei superior a todas as leis humanas que confirmam, por consciência comum, o que é o justo e bom[539].

A ideia de Lei Natural nasceu entre os judeus e cristãos da Igreja Primitiva mas a sua doutrinação, no sentido jurídico do termo, surgiu na Grécia Antiga, com HERÁCLITO, que afirmava que "as leis humanas nutriam-se da lei divina"[540]. Desconhece-se com exatidão o sentido da afirmação pois que não se sabe que "alimentação" era esta. Seria apenas uma influência divina ou uma fonte divina?

Também SÓFOCLES, na tragédia *Antígona*, parece formular uma questão idêntica em torno das leis naturais como direito divino, superior ao direito positivado pelo soberano. Contextualizando o quesito, ANTÍGONA, irmã de POLINICE, recusava-se ao cumprimento das leis de CREONTE, rei de Tebas, que ditavam a proibição do sepultamento de POLINICE, tido como traidor da Pátria. Ignorando a interdição, ANTÍGONA procedeu ao sepultamento, invocando as leis não escritas e imutáveis dos deuses que determinavam o direito aos homens de sepultar os seus mortos, procurando, assim, a afirmação da superioridade das leis divinas sobre o direito positivamente legislado.

As alegações de *Antígona* levaram à formação do chamado *Ius Naturale*, a doutrina jurídica que defende a valoração do Direito Positivo com base num sistema hierarquicamente superior, porque divino (ou dos deuses, na conceção grega), de normas ou princípios que legitimam a sua validade. Semelhante sistema obrigava à análise do Direito Positivo face às leis naturais, ou à sua observação no momento da elaboração das leis positivas, atendendo ao carácter imutável e universal daquelas.

Também CÍCERO observa uma harmonização entre o Direito Natural e a ordem das coisas, harmonização essa que entende ser uma Lei eterna e universal criada por DEUS:

> "há uma lei verdadeira, isto é, a razão autêntica que, conforme à natureza, vale para todos os homens, é eterna e inalterável. O homem submete-se a esta lei para o cumprimento dos seus deveres; ao mesmo tempo, ela proíbe-o de praticar o mal. Os seus mandamentos e as suas proibições orientam sempre os bons, mas não têm qualquer ação sobre os maus. Mudar esta lei por meio da legislação humana nunca pode estar certo. Limitar a sua eficácia é ilícito; revogá-la completamente é impossível.

[539] CHAMPLIN, *Enciclopédia*. II, p. 171.
[540] BRAGUE, *A Lei*, pp. 38-9.

> (...) Há apenas um direito, eterno e imutável, a que todos os povos de todos os tempos estão sujeitos"[541].

Numa ligeira perspetiva cronológica pós-estóica, foram vários os autores que também se debruçaram sobre o Direito Natural, apelidando-o de *Ius Gentium*, isto é, o direito dos povos. No seu entender, tratava-se de um Direito aplicável a todos os homens, opondo-se, assim, ao *Ius Civile*, aplicável a uma comunidade em particular. Entre esses autores destaco ULPIANO, que descreve o *Ius Naturale* como aquele que a Natureza ensinou a todos os animais ("*Ius Naturale est, quod natura omnia animalia docuit*")[542]. Distinguindo entre o Direito Natural e o Direito Civil, considera o primeiro como moral, universal e imutável *(semper*), estabelecendo aquilo que é bom (*bonum et aequum)*: "*Jus pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod sempre aequum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile*"[543]. Já no período da Idade Média, em 632, ISIDORO DE SEVILLA, destaca o *Ius Naturale* como o direito comum a todas as Nações e gerações, fundado na Natureza[544]. Em 1140, GRACIANO reitera este pensamento, identificando o Ius Naturale com com o disposto no Decálogo e nos Evangelhos: "*Ius Naturale est, quod in lege et Evangelio continetur*". TOMÁS DE AQUINO entende a Lei Natural como derivação da Lei Eterna (Divina), pela qual se discernia o certo do errado[545]. Assim, DEUS ilumina a razão humana, único meio do Homem participar da lei eterna, para que a Lei Natural e os preceitos éticos e morais sejam construídos sobre o fundamento da Lei Eterna, "pois todas as leis derivam da Lei Eterna na medida que compartilham da razão correta, e a razão correta só está correta se participa da razão eterna"[546]. Assim, a única maneira de observar a Lei Eterna, atingindo a felicidade (ou *beatitudo*) como *Summum Bonum*, é seguindo a razão prática, com a qual todo o Homem é dotado, através a Lei Natural[547].

Com TOMÁS DE AQUINO, o Direito Natural, entretanto transformado numa tradição com origem nas conceções grega e romana, fundindo-se, assim no Cristianismo,

---

[541] CÍCERO, *De Re Publica*, pp. 317 ss.
[542] ULPIANO, D. 1 § 3. 1.1.
[543] D. 11. 1.1.
[544] ISIDORO DE SEVILHA, *Etymologyarum sive originum*. Libri XX, 5, 4, 1: "*Quid sit ius naturale. Ius autem naturale est, aut civile, aut gentium. Ius naturale est commune omnium nationum, et quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur; ut viri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio, et omnium uma libertas, adquisitio eorum quae caelo, terra, marique capiuntur. Item depositae rei vel commendatae pecuniae restitutio, violentiae per vim repulsio. Nam hoc, aut si quid huic símile est, numquam iniustum [est], sed naturale aequumque habetur*".
[545] De acordo com GEISLER, *Thomas Aquinas*, p. 165.
[546] *Ibid*, p. 165.
[547] GALVÃO TELLES, *Introdução*, pp. 49 ss.

tornou-se na base do pensamento da teologia escolástica, que parecia perpetuar o *Ius Gentium* por toda a Europa. Assim foi até ao séc. XIV, época em que os juristas passaram a entendê-lo como um Direito Internacional Público, em grande parte devido às relações entre os Estados, nomeadamente por questões bélicas, carecerem de uma regulação internacional, "tanto em tempo de guerra como em tempo de paz"[548].

Nos séc. XVI e XVII, HOBBES dá a conhecer o jusnaturalismo (ou a *Teoria dos Direitos Naturais*). Para o filósofo inglês, o Direito Natural consiste numa apropriação do pensamento pré-socrático da *phýsis* (natureza), ou seja, *tudo o que de si e por si vem a existir*, numa clara referência à criação dos seres vivos e não vivos, o princípio de vida e das coisas existentes. A Escolástica, invocando diversos preceitos bíblicos[549], apoderou-se deste conceito, projetando a causalidade da *phýsis* no poder do Criador – a *phýsis* é obra de DEUS e tudo o que há no mundo, ser vivo ou não vivo, resulta da ação de poder de DEUS.

Resumidamente, partilho dos sete elementos-chave do jusnaturalismo[550]:

*i)* o *individualismo*: todos os indivíduos possuem um estado de natureza que precede a fundação do Estado Civil e usufruem de uma condição de igualdade, gozando de vários direitos naturais a eles inerentes, como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. O Direito Natural outorga-lhes a liberdade de usarem o seu poder como entenderem, de forma a preservarem as suas vidas, através dos meios que tiverem por adequados.

*ii)* o *Estado de natureza*, o período de tempo, real ou imaginado, que antecedeu a formação de uma sociedade civil organizada, onde os homens coexistiam de forma natural. Discute-se, sobre isto, se se trata de um Estado universal ou parcial, circunscrito a grupos e lugares específicos. HOBBES considera que o Estado de natureza é apenas circunscrito a um grupo de indivíduos num determinado espaço e tempo, não se verificando, até então, um momento histórico em que o Homem não fosse parte de uma sociedade. Este é, com efeito, um pensamento reiterado nas narrativas de Gn onde, desde a criação, se vê um homem e uma mulher (ADÃO e EVA) coexistindo entre si, numa sociedade

[548] AAVV, *Direito Natural*, p 185.
[549] Sl 8:3,4; 19:1; 24:1; 121:1,2.
[550] Sigo a análise de BOBBIO; BOVERO, *Sociedade*, pp. 13 ss.

primária, sujeitos às regras orais de *YAHWEH*. Assim, a garantia de proteção dos direitos naturais não coincide com a existência do Estado de Natureza; a existência do Estado civil faz-se necessária para a proteção dos direitos inerentes à existência humana.

*iii)* as *leis de natureza*. São os princípios racionais, eternos e imutáveis, que guiam o indivíduo na saída do Estado de natureza até ao Estado civil. Ainda que HOBBES defina as leis de natureza como preceitos da razão, reitera que constituem igualmente um comando de DEUS.

*iv)* o *Pacto social*. Trata-se do acordo entre os indivíduos livres para a formação do Estado civil. Através deste Pacto, os homens passam a ser um povo. A liberdade absoluta que cada indivíduo tem (no estado natural) é entregue nas mãos do Soberano. O povo passa a ser a origem do poder, e não DEUS (ou a natureza).

*v)* o *Estado*. O jusnaturalismo não apresenta uma visão homogénea de Estado, admitindo-se diversas variações do mesmo. HOBBES defende uma conceção absolutista do Estado, no qual o Soberano detém o poder, sem recurso a repartição dos seus poderes. Acolhe uma visão de supremacia do Estado sobre a Religião. *A contrario*, LOCKE propõe a chamada monarquia constitucional ou parlamentar de tipo liberal, um modelo de distribuição de poder entre o Soberano e o Parlamento, de onde emana o poder. Admite a tolerância religiosa. ROUSSEAU defende um Estado de modelo democrático, no qual a Assembleia representa a vontade do povo; KANT apresenta, pela primeira vez, uma conceção de federação global de Estados republicanos, através da qual a repartição de poderes e os *direitos fundamentais* são respeitados. Trata-se de um modelo republicano de visão universal.

*vi)* os *direitos naturais*. Ainda que apresentem diferentes conceções de Estado, todos os jusnaturalistas concordam que este nasce da aglomeração de indivíduos livres (povo), com o escopo final de garantir a proteção dos direitos naturais que existiam antes da formação do Estado.

*vii)* a *tolerância religiosa*. A conceção de LOCKE que veio redefinir a relação entre o Estado e a Religião e a promoção da liberdade religiosa.

Por fim, no séc. XVII, parece ter-se retomado o conceito estóico de Direito Natural, em especial através de GRÓCIO, para quem este direito é comum a todos os homens, podendo ser alcançado pela razão: "o Direito Natural nos é ditado pela razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme à natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena"[551].

Pensando, por fim, na problemática dos direitos do Homem e do Direito Natural como uma linguagem possível para o acolhimento da Religião em sociedade, importa agora pensar na relação do Direito Natural (ou a natureza humana) com os direitos fundamentais num Estado Constitucional.

Sem prejuízo de um melhor esclarecimento sobre os direitos fundamentais em cap. próprio, termino com uma afirmação sobre o Direito Natural na atualidade: o espaço para debate escasseia. E encontro duas grandes razões (reconhecendo que há mais): a primeira tem que ver com a formação jurídico-académica hodierna centralizada no Positivismo – tudo o que se refere ao Direito Natural parece invocar sempre uma divagação transcendente pouco percetível e desatualizada; a segunda tem que ver especificamente com a sociedade global contemporânea, que relega o Direito Natural para o reino metafísico e, portanto, desatualizado.

Não pretendo, com isto, apresentar uma defesa do Direito Natural em torno do que é justo ou injusto, bem e mal; defender os muitos jusnaturalismo ou positivismos: não releva agora pensar o jusracionalismo do Direito Natural tido como um sistema de princípios unido a um sistema de Direito Positivo (entretanto separados pela Escola Moderna do Direito Natural)[552].

À semelhança da tarefa de HERVADA, o que se pretende aqui é a afirmação do Direito Natural como núcleo primário (porque fundamental) do ordenamento jurídico[553], pois que ele dele partem todas as bases naturais a partir das quais o Direito Positivo é construído. "Assim, o Direito Positivo é visto como construção cultural do homem,

[551] GRÓCIO, *O Direito da Guerra*. I, p. 79.
[552] HERVADA, *Lecciones propedeuticas*, pp. 512-3.
[553] *Ibid*, p. 511.

elaborada a partir da sua parte ou fator natural"[554], ou seja, a partir da pessoa per se, da dignidade humana.

Hodiernamente, par da realidade do séc. passado, permanece algum ceticismo concernente ao Direito Natural, não só pelo livre-arbítrio do Homem, mas também pela legitimidade democrática que caracteriza qualquer *processo de criação* de Direito Positivo. Talvez por ser um Direito demasiadamente incerto e complexo, o caminho do processo de criação positivista parece fazer-se com maior agilidade, levando a bom porto a concretização de uma sociedade mais justa. Mas não será sempre assim e quem o diz é TOCQUEVILLE, referindo-se ao progresso das democracias:

> "se o despotismo viesse a estabelecer-se nas nações democráticas dos nossos dias teria outras características: seria mais vasto e mais suave e degradaria os homens sem os atormentar (…) Ao procurar os novos contornos que poderia assumir o despotismo no mundo, vejo uma multidão imensa de homens semelhantes e de igual condição girando sem descanso à volta de si mesmos, em busca de prazeres insignificantes e vulgares com que preenchem as suas almas. Cada um deles, colocando-se à parte, é como um estranho face ao destino dos outros; para ele a espécie humana resume-se aos seus filhos e amigos; quanto ao resto dos seus concidadãos, está ao lado deles, mas não os vê; toca-lhes, mas não os sente; ele só existe em e para si próprio e se ainda lhe resta uma família, podemos dizer pelo menos que deixou de ter uma Pátria"[555].

Sem prejuízo deste ceticismo, não se pode olvidar que a conjuntura do pós II Guerra Mundial trouxe consigo um novo tempo para o Direito Natural, em especial por transferir de novo à colação jurídico-constitucional e internacional a *vexatio quaestio* do Direito Natural: todos os homens (seres humanos), só por o serem, são dotados de valor e, portanto, de direitos. Interessante é pensar que atualmente alguns autores consideram os direitos humanos uma versão contemporânea do Direito Natural: pense-se em FRANCISCO PUY, "que na sua obra *Derechos Humanos* trata os direitos humanos, numa linguagem jusnaturalista, radicando-os precisamente na natureza humana, acima e à parte de qualquer instância de poder"[556].

[554] AAVV, *Direito Natural*, p. 165.
[555] TOCQUEVILLE, *Da democracia*, pp. 836-7.
[556] AAVV, *Direito Natural*, p. 169.

# CAPÍTULO IV – A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976: DA AUTORIDADE CONSTITUCIONAL

*No final de contas, o valor de um Estado é o valor dos indivíduos que o compõem.*
John Stuart Mill

## § 7.º A CONSTITUIÇÃO COMO PRINCIPAL FONTE DE DIREITO CONSTITUCIONAL

O termo «Constituição» vê a sua origem etimológica no verbo latim *constituere*[557], que aponta para o ideal de constituir, delimitar e organizar pessoas individuais e institucionais. Com esta demarcação em mente, considera-se Constituição o conjunto de normas fundamentais, com um caráter interno de supremacia, com forma escrita ou oral, sendo a responsável máxima pela formação e estruturação jurídico-política de um Estado. Representa, deste modo, a *lex suprema* de um Estado, sendo, por isso, a principal fonte legislativa composta por um sistema de regras e princípios que estabelecem toda a estrutura estatal, quer ao nível da organização e funcionamento dos seus órgãos e titulares, quer ao nível da relação entre o poder público e os cidadãos[558].

O conceito de Constituição *per se* não se mostra imutável, tendo apresentado, entre o período estatal grego e o período moderno[559], diversos sentidos institucionais. Ainda que as primeiras discussões sobre o tema sejam anteriores a PLATÃO[560], foi ARISTÓTELES o primeiro a encetar um processo de identificação dos *prós e contras* dos regimes ou constituições até então conhecidas. Na obra *Política*, define a Constituição como *Politeia*, isto é, como uma magistratura suprema do Estado: "Um regime pode ser definido como a organização da cidade no que se refere a diversas magistraturas e, sobretudo, às magistraturas supremas. O governo é o elemento supremo em toda a cidade e o regime é, de facto, esse governo"[561].

---

[557] SILVA, *Vocabulário Jurídico*, p. 358.
[558] REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I*, pp. 41 ss; CAETANO, *Manual*. I, pp. 338 ss; KELSEN, *Teoria geral*, pp. 369 ss.
[559] Sobre os tipos históricos de Estado, JELLINEK, *Teoría General*, pp. 286 ss.
[560] *E.g.*, o debate entre os persas sobre as formas de governo em HERÓDOTO, *Historia*, 80-82 e os escritos de PLATÃO, *Político*, 290d ss e PLATÃO, *A República*, 544c ss.
[561] ARISTÓTELES, *Política*, p. 207.

Numa época em que os ideais democráticos estavam sob questionamento, em grande parte devido à mercantilização do espaço público e ao predomínio do poder económico sobre o poder político[562], voltou-se o pensamento grego para o entendimento e procura de soluções que salvassem a *pólis*, a comunidade política objetivadora da concretização do maior bem: a vida boa (*eudaimonia*)[563]. Tais raciocínios culminaram em múltiplas abordagens daquele que viria a ser o primeiro conceito de Constituição ou forma de governo, a chamada *Politeia*. Era esta que procurava a coesão de uma de uma comunidade político-social com poderes públicos indivisíveis e reflexivos[564]. É, com efeito, nesta altura que emerge o começo da ideia de Estado de Direito com raízes na Antiguidade, em especial, através dos sumérios, dos babilónicos ou dos hebreus[565]. Pressupunha-se a ideia de que o Direito, composto por "leis que não são de hoje nem de ontem, mas que sempre existiram e existirão sempre"[566], não era criado, apenas descoberto pelos homens, a quem não era dado o poder de alterar, dado o seu carácter de superioridade face aos governantes.

O conceito de *Politeia*, à semelhança do *rem publicam constituere* do império Romano, em nada se assemelhava ao conceito moderno de Constituição. De facto, o entendimento grego da questão apresentava ampla distinção entre a lei (*nomos*) e o decreto, o ato normativo estabelecido pela Assembleia (*psefisma*)[567], tendo o primeiro superioridade valorativa face ao segundo[568]. A posição romana reconhecia um Direito do qual derivavam todas as leis, cabendo ao Homem, na persistência das suas ações, desvendá-lo: "*Non ex regula jus sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*"[569]. CÍCERO, na obra *De legibus*, invoca esta Lei Natural, destacando que é a lei justa que "distingue o certo do errado de acordo com a Natureza"[570]. Uma lei injusta nunca poderia ser lei. Em bom rigor, numa perspetiva genérica, o Direito Romano era quase todo um "produto da revelação do Direito pelos juristas e apenas numa pequena extensão produto de legislação"[571].

---

[562] ZIPPELIUS, *Teoria geral*, p. 65; FIOVIRANTI, *Constitución*, p. 12.
[563] Sobre o conceito de *eudaimonia*, LIMA VAZ, *Escritos*, p. 118; BARNES, *Aristotle*, pp. 124-5.
[564] FIOVIRANTI, *Constitución*, pp. 16-7.
[565] HAYEK, *Law*, p. 81.
[566] SÓFOCLES, *Antígona*, v. 442.
[567] CONDE, *Curso de Derecho*, pp.145-146; BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 580.
[568] GLOTZ, *La cité grecque*, p. 176.
[569] D, 50 (17): 1.
[570] D, 2 (6): 13.
[571] HAYEK, *Law*, p. 83. Neste sentido também CORREIA; SCIASCIA, *Manual*, pp. 27 ss.

Só com o Estado Medieval se originou um conceito mais próximo do atual: a Constituição como elemento unificador e superior ao próprio Estado[572]. Ainda assim, manteve-se a conceção do Direito superior à vontade humana e aos comandos das autoridades. De acordo com OTTO GIERKE, o pensamento medieval deu continuidade à tese de que o Direito não era uma invenção do Estado; era uma Lei Natural, com origem divina, constituído por regras obrigatórias limitadoras do poder do Imperador, do Papa e do povo. Toda a lei que "contestasse os princípios eternos e imutáveis do Direito Natural era inteiramente nula e não vincularia a quem quer que seja"[573]. As leis positivas, de forma a revelarem-se válidas, deveriam ajustar-se às normas naturais:

> "A teoria propriamente medieval (e jamais completamente abandonada) declarava que todo ato do soberano que rompia os limites postos pelo direito natural era formalmente nulo e vão. Como nulo e vão, por esta razão, cada juiz e cada outro magistrado que tinha de aplicar a lei, devia testar, não apenas todo o ato executivo ilegal, mas toda *lei ilegal*, mesmo se promulgada pelo Papa ou pelo Imperador. Além disto, a ordem ilegal ou o ato ilegal era nulo e írrito para os súditos do Estado. Era exatamente por esta causa que o seu dever de obediência era concebido como um dever condicional e que o direito de ativamente resistir a medidas tirânicas era lhes era concedido"[574].

O Estado, na sua conceção moderna – Estado de Direito[575] – assenta na ideia de que o Direito preexiste ao Estado e limita-o. Defende LOCKE que a liberdade do Homem, conferida pelo Direito Natural, só pode ser restringida se declarada por esta lei superior, nunca por uma lei positiva[576]. Também MONTESQUIEU, segue a mesma linha de pensamento, reiterando que as leis não são um capricho humano momentâneo: "As leis são, na significação mais larga, as relações necessárias que derivam da natureza das coisas. (…) Neste sentido, todos os seres têm as suas leis; a Divindade tem as suas leis; o mundo material tem suas leis; as inteligências superiores ao Homem têm as suas leis; os animais têm as suas leis; o Homem tem as suas leis"[577].

---

[572] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 580.
[573] GIERKE, *Political theories*, p. 75.
[574] *Ibid,* p. 84.
[575] A conceção de Estado de Direito só veio a ser verdadeiramente cunhada em 1813, na Alemanha, como *Rechtsstaat.* A expressão surgiu, pela primeira vez, através de CARL THEODOR WELCKER, que distinguiu entre três tipos de Governo: Despotismo, Teocracia e *Rechtsstaat*. Cf. HAYEK, *Os fundamentos*, pp. 235 ss.
[576] LOCKE, *Dois Tratados*, p. 458.
[577] MONTESQUIEU, O *espírito das leis*, p. 11.

Já ROUSSEAU apresenta a lei como expressão da vontade geral, a vontade de todos que expressa a razão identificadora do que é o justo, isto é, o bem comum[578]. Revela um Direito perene, próprio à natureza, mas racional. É pela razão que descobre o Direito, *o justo*. Não o cria.

É esta a conjuntura de pensamento filosófico que impera aquando do aparecimento do fenómeno constitucional. Pelo exposto, a singularidade da Constituição revela-se pela sua superioridade hierárquica, que a coloca sobre todas as restantes leis da Ordem Jurídica. Por força do Princípio da Constitucionalidade, condição *sine qua non* para o fundamento e conservação do paradigma do Constitucionalismo, a Constituição situa-se numa posição superior face às restantes fontes de Direito, servindo como bitola para todas as regras ou princípios jurídicos. A desconformidade destes relativamente aos preceitos constitucionais dita, sem dúvidas, a sua inconstitucionalidade. Efetivamente, o princípio da constitucionalidade é *per se* um princípio basilar e fundador do Estado (Social e de Direito Democrático) que baliza, então, as supramencionadas regras ou princípios jurídicos, através do controlo da constitucionalidade, para defesa do próprio Estado[579].

## § 8.º A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO – BREVE ABORDAGEM

A Constituição não se apresenta insensível aos elementos que compõem o Estado. Tal sensibilidade e abertura explica as variações sofridas, entre os séc. XIX e XX, na sua natureza, sentido e funções, em grande parte devido ao surgimento das colossais teses jurídico-políticas do Constitucionalismo moderno. Aqui expresso, em breves linhas, as mais relevantes:[580]

- *Jusnaturalistas*, baseadas no Jusracionalismo presente nas Constituições liberais. A Constituição como uma expressão de princípios e regras de *Ius Naturale* que exige o respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana. É a Constituição como um instrumento de subordinação do Estado a um Direito Natural, ou superior, e como fundamento da existência do poder político.

[578] ROUSSEAU, *O contrato social*, p. 13.
[579] Quer isto dizer que a violação do princípio da constitucionalidade consubstancia-se numa inconstitucionalidade face à Constituição que instituiu semelhante princípio.
[580] Seguimos as conceções sinteticamente apresentadas por MIRANDA, *Manual.* II, pp. 45 ss.

MARCELLO CAETANO[581] revela um olhar de pura limitação do poder político na Teoria da Constituição, em grande parte graças ao *Ius Naturale*. Para ele, a Constituição, enquanto Lei suprema, impõe-se a todas as outras. Aliás, a própria soberania advém-lhe, porquanto ela é a própria afirmação jurídico-política da soberania. Considera, ainda, que a Constituição deve ter em ponderação as condições históricas e culturais do seu Povo e do próprio território do Estado, não podendo, de forma alguma, apresentar-se definitiva e imutável, sem cuidado pela conservação das feições mais peculiares da organização política de cada Estado. No entanto, avança ainda, o Estado legislador não pode ficar refém das condições supramencionadas, devendo ter sempre como fio de prumo os ideais máximos da Justiça e da Segurança aquando do momento legislativo constitucional.

- *Positivistas*. A Constituição como Lei definida pela sua forma e não pelo seu conteúdo axiológico. É a Constituição como o conjunto de normas ordenadas pelo poder do Estado que define o seu estatuto. A crítica de KELSEN[582] ao Direito Natural constitui a base do Positivismo jurídico, defendendo que a Ciência Jurídica deve ser, com efeito, um método puramente jurídico; a pureza da Ciência Jurídica consiste na eliminação de toda contaminação metajurídica, seja ela ética, religiosa, política ou utilitária. A *Teoria Pura* não reconhecia senão o Direito Positivo criado pela mão humana. Só o Direito Positivo é Direito, logo pensar o Direito é pensar a legalidade, independentemente do conteúdo. O Direito define-se, pois, como uma hierarquia de autorização de poderes e a validade da norma, porquanto obrigatória e restritiva, advém, em exclusivo, da sua conformidade a uma norma superior, aquela que determina as condições de criação da norma inferior. O facto de ser a norma superior a fundamentar a validade da inferior, conduz à problemática da validade da Constituição. Na conceção de KELSEN, a validade da Constituição terá de originar-se inevitavelmente numa outra norma superior que não deriva de nenhuma outra: a Norma Fundamental ou *Grundnorm*, que é, no fundo, uma pura hipótese. Assim, legitima o Direito não num critério substancial, como sucede com o Direito Natural, mas no princípio processual da legalidade, sugerindo que o Estado e o Direito são a mesma entidade.

[581] CAETANO, *Direito Constitucional*, pp. 351 ss.
[582] Cf. KELSEN, *Teoria pura*, 1984.

- *Historicistas*. A Constituição como expressão histórica de um povo; como legitimadora da organização política do Estado. Formulam a Constituição como Lei atenta à realidade social, cultural, religiosa, geográfica, política e económica do elemento humano que a compõe.

- *Sociológicas*. A Constituição como produto de uma mutação de elementos sociais e políticos que afinam e regulam o poder do Estado. FERDINAND LASSALE distingue entre a *Constituição real*, a verdadeira Constituição de um país que se fundamenta nos elementos do poder, e a *Constituição escrita* que, caso não respeitasse tais elementos, seria por eles afastada. Não entendia, pois, os quesitos constitucionais como quesitos de Direito, mas de poder.

- *Marxistas*. A Constituição como uma megaestrutura jurídico-económica que existe em todos os Estados. Para KARL MARX a Constituição é "uma acomodação entre o Estado político e o Estado não político; por isso, ela é, necessariamente em si mesma um tratado entre poderosos essencialmente heterogéneos"[583]. A doutrina marxista distingue, assim, a Constituição que o "é segundo a lei (a ilusão), mas *vem-a-ser* segundo a realidade (a verdade). Ela é inalterável de acordo com a sua determinação, mas na realidade modifica-se; esta modificação é inconsciente, não tem a forma da transformação. A aparência contradiz a essência. A aparência é a lei consciente da constituição e a essência é sua lei inconsciente, que contradiz a primeira. O que é da natureza da coisa não está na lei. É justamente o contrário que está na lei"[584]. Quer isto dizer que os Estados detêm uma *Constituição ilusória*, normativa e positiva, e uma *Constituição real* cuja função é sustentar a administração no Estado.

- *Decisionista*. A Constituição como uma decisão política, correspondendo a ordem jurídica a um conjunto de atos preceptivos da vontade do poder do Estado. CARL SCHMITT defende que a ordem política não poderia fundar-se no formalismo positivista, indiferente à ideia de valor, de norma de justiça ou de racionalidade substancial, promotor de uma ideia formalista e funcionalista da lei, vazia de conteúdos. Admitindo-se tal conceção, "pela via do processo legislativo,

[583] MARX, *Crítica*, p. 76.
[584] *Ibid*, p. 74.

o legislador podia fazer absolutamente tudo o que quisesse; continuava sempre a ser um lei, continuava a criar-se direito"[585]. Com o intuito de reimplantar os valores na sociedade, de reacender a uniformidade substancial do povo, para que este possa recuperar os seus direitos, SCHMITT reitera o postulado decisionista: "o de que a ordem jurídica assenta numa decisão primeira, juridicamente independente, deduzida de coisa nenhuma"[586]

- *Institucionalista*. A Constituição como manifestação da organização social através das ideias do poder político e do ordenamento que resulta das instituições, forças e funções do mesmo poder. Segundo MAURICE HAURIOU, o regime constitucional determina-se pela ação conjunta de quatro elementos: o *poder*, que surge como fundador e estruturador da ordem, a *ordem*, o *Estado*, uma ideia acurada de ordem, e a *liberdade*, a razão e a finalidade dessas ações. Segundo a tese institucionalista, a Constituição compreende duas partes: a política, que decreta sobre o Estado e poderes políticos, e a social, constituída pelos direitos sociais ou instituições jurídicas objetivas[587].

- *Filosofia dos valores*. A Constituição como revelação de uma ordem de valores prévios à própria Constituição. Apresenta um Estado vinculado a tais valores. OTTO BACHOF é um dos defensores desta tese, asseverando que apenas se poderia entender a Constituição como um sistema de normas jurídicas, partindo-se do pressuposto de que uma norma só pode ser medida por normas, não por uma determinada situação ou processo evolutivo. Como tal, distingue entre Constituição material e Constituição formal, sendo a primeira o "o conjunto de normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado"[588] e a segunda uma Lei que, na falta do caráter organizativo e estruturante do Estado, é elevada à ideia de Constituição graças às suas particularidades formais.

[585] SCHMITT, *Legalité et Légitimité*, p. 68.
[586] AAVV, *História Crítica*, p. 695.
[587] MIRANDA, *Manual.* II, p. 48.
[588] BACHOF, *Normas constitucionais*, p. 39.

## § 9.º A AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO

### 9.1. INTRODUÇÃO

Onde existe uma sociedade e um poder político efetivo, existe similarmente uma força ou autoridade[589] que funda esse poder, conferindo-lhe uma forma ou natureza, que, no fim do processo, culminará em normas e instituições[590]. Refiro-me, pois, ao poder constituinte.

O poder constituinte existe muito antes do chamado *período constitucional*. Em bom rigor, desde que existem sociedades políticas, existe poder constituinte. Assim, quando pensamos sobre este poder, referimo-nos à teorização do mesmo a partir do Constitucionalismo moderno, "num ambiente dominado pelas aspirações de racionalidade do iluminismo, do jusnaturalismo e do contratualismo"[591].

A Constituição, enquanto fenómeno humano e legislativo, deve ser vista com especial cuidado, pois que não é um mero conteúdo normativo, mas um conjunto de normas, resultado de uma vontade constituinte, espelho do próprio Estado e da sociedade. O surgir de uma Constituição é sempre produto de um poder constituinte, poder esse com um princípio marcado no tempo, mas não um fim, dele se derivando todos os outros poderes. Nenhuma Constituição, ou lei, será perpétua, mas perpétuo é o poder constituinte, ainda que não manifeste a sua *vida* durante momentos não constituintes[592].

O poder constituinte, porquanto funda e organiza a Constituição, tem sempre uma relação conexa com o poder estatal que, por sua vez, o protagoniza. São realidades que não existem fora da sua interseção: não existe poder constituinte sem Estado e não existe Constituição sem Estado. Na esteira de GEORGES BURDEAU, tal sucede já que "a marca essencial da soberania é a posse do poder constituinte. Nele, com efeito, o soberano detém

[589] "O poder constituinte revela-se sempre como uma questão de "poder", de "força" ou de "autoridade" política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política" (CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 65)-

[590] BARROSO, *Curso de Direito*, p. 94.

[591] *Ibid*, p. 95.

[592] O chamado momento de "vulcão adormecido" (BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 626).

ao mesmo tempo o império da ideia de Direito que serve de princípio diretor à vida estatal e à escolha dos governantes"[593].

### 9.2. A TITULARIDADE E A LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE

À semelhança de qualquer poder efetivo, o poder constituinte envolve sempre uma manifestação de vontade, por um lado, por parte daquele que o exerce, e, por outro lado, uma submissão por parte daquele que consente a vontade primária. Para a Teoria da Constituição, o poder constituinte consiste, em traços lassos, no poder de produzir uma Constituição e de determinar, de forma impositiva, o seu cumprimento. SCHMITT defendeu este poder político impositivo ao afirmar que o "poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão (…) sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando assim a existência política como um todo. (…) Uma Constituição não se apoia numa norma cuja justiça seja fundamento da sua validade. Apoia-se numa decisão política"[594].

O poder constituinte, porquanto se revela como autoridade, deve ser justificado ou legitimado. Semelhante legitimação, capaz de fazer oscilar os vários períodos históricos dos Estados, surge mediante vários elementos: a força bruta, o poder divino, o poder monárquico, a nação ou o povo[595]. Não obstante, sobre a titularidade do poder constituinte, a esta não interessa o poder material que o exerce, mas o seu valor ético. Com efeito, aferir da titularidade do poder constituinte, é "uma reflexão que obrigatoriamente se inclina para o exame dos valores cuja presença justifica tanto o comando como a obediência"[596], passando a ser visto não como um poder, mas como um facto com valoração. Semelhantemente, reconhecendo-se a soberania do poder constituinte, o seu comportamento não se limita pela ordem jurídica pré-existente. Apenas se pode aferir da sua legitimidade, ou seja, se corresponde (e respeita) os valores da sociedade em concreto e se visa alcançar a Justiça, a segurança e o bem comum desta.

Recuando na História, até à era primitiva, o poder constituinte legitimava-se na força bruta, isto é na força física que um determinado indivíduo exercia sobre outro,

[593] BURDEAU, *O Estado*, p. 72.
[594] SCHMITT, *Teoría*, p. 93.
[595] BARROSO, *Curso de Direito*, p. 103.
[596] BONAVIDES, *Curso de Direito*, p. 141.

manifestamente mais fraco. Tal supremacia garantia-lhe o dever de proteger a comunidade de ameaças naturais, animais ou de outras comunidades. À medida que as comunidades iniciavam o seu *processo civilizacional*, a força bruta transforma-se em Direito, ainda que numa conceção muito primitiva do termo. "Essa conversão (…) dá-se, sobretudo, pela definição e observância dos valores supremos do grupo e pelos mecanismos de obtenção do consentimento e da adesão dos destinatários do poder"[597].

Avançando historicamente no tempo, o poder constituinte passou a firmar-se no poder divino. Com efeito, o Decálogo é prova disso, pois que o poder constituinte pertencia unicamente a DEUS (*omnis potestas a Deo*)[598], revelando-se, assim, o carácter natural daquela Lei. Assim foi até ao período da Idade Média, em concreto, a partir do séc. IV, através do reconhecimento oficial do Cristianismo. Foi este um período marcado já não pela autoridade da LM, mas pelo domínio da IC e da filosofia aristotélica e tomista, que fez unir o poder político ao poder religioso, com o primado deste último sobre o primeiro.

Na fase final da Idade Média, iniciando-se o período da Modernidade, assistiu-se à legitimação do poder constituinte pelo monarca, também ela invocando a providência divina (*Ius Divinum*), titular do direito de escolha do monarca. Ainda sob forte ligação com a IC, tal escolha soberana recaía na figura papal, a quem se pedia o reconhecimento e a bênção para o novo monarca. É nesta conjuntura de boa relação entre o poder religioso e o poder político que se começa a desenhar um conceito de soberania[599], que, mais tarde, viria a culminar no absolutismo monárquico.

Já na época Liberal, surgiu a conceção de poder constituinte legitimado na Nação ou na soberania nacional, conceção esta apresentada por EMMANUEL-JOSEPH SIEYÈS, que pretendia ver retirado o poder constituinte ao monarca e ao poder constituído. Desejava, assim, o político e eclesiástico francês que o poder constituinte tivesse como titular legítimo uma Assembleia Constituinte, "órgão cujos representantes eram eleitos e que expressava a vontade da Nação"[600].

---

[597] BARROSO, *Curso de Direito*, p. 104.
[598] SCHMITT, *Teoría*, p. 93.
[599] Sobre o conceito de soberania, HELLER, *Teoría del Estado*, pp. 261 ss.
[600] BARROSO, *Curso de* Direito, p. 107.

Por último, surge o poder constituinte como o poder do povo, ou da soberania popular: a fundamentação da manifestação do *consentimento popular*[601]. Constitui, para a história do Direito Constitucional, uma enorme vitória obtida, em primeira mão, com a primeira Constituição: a americana. Ainda que a elaboração desta tenha sido efetuada por uma Convenção, foi, no final do processo, submetida ao povo para ratificação, dando-se, assim, origem ao princípio da soberania popular consagrado no Preâmbulo da mesma[602].

A conceção moderna da Constituição assenta, deste modo, na autoridade constitucional na autoridade do Povo[603], de acordo com o referido princípio da soberania popular que, não só pressupõe a existência de um Povo, enquanto conjunto de todos os cidadãos "tomados como livres e iguais, na pluralidade e diversidade das suas formas de vida individual e coletiva"[604], mas que o distingue enquanto Povo constituinte e povo subordinado à autoridade da Constituição[605]. Efetivamente, tal autoridade origina-se num Povo que originariamente traça a sua vontade (a vontade popular) para um documento escrito, com caráter supremo face ao mesmo povo. Posteriormente, prevalecendo a autoridade do Povo como princípio jurídico-constitucional, caberá ao mesmo a decisão sobre a continuidade, a alteração ou, até, a substituição da Constituição; o poder constituinte não se esgota no momento inicial de elaboração da Constituição, antes perdurando em todo o tempo da sua vigência. JORGE MIRANDA realça alguns aspetos a tomar em consideração quanto à autoridade do povo, valorizando a importância de uma limitação quanto às circunstâncias de atualização do poder constituinte, quer se trate de uma rutura ou de uma transição constitucional. Não contesta, note-se, a autoridade do povo; apela à verificação da real, livre e esclarecida mudança que o Povo pretende efetuar, de acordo com o Princípio Democrático. A autoridade do Povo não é autojustificava, mas um instrumento democrático, dotado de um sentido de valores superiores e de um reconhecimento do sentido de bem-estar comum para toda a comunidade, não podendo, por isso, "ser absolutizada"[606].

---

[601] QUEIROZ, *Poder constituinte*, p. 11.
[602] "We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America".
[603] CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 75, onde se lê o Povo como um "complexo de forças políticas plurais".
[604] MACHADO, "Povo", pp. 419 ss.
[605] PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral*, pp. 271-2.
[606] MIRANDA, *Manual.* II, p. 84.

### 9.3. OS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte, enquanto força política, não está submisso ao Direito positivo pré-existente. Ainda assim, não se pode asseverá-lo como ilimitado. Com efeito, o seu exercício deve ser pautado quer pela realidade fática, quer pelo Direito, de acordo com o respeito pela Justiça e dignidade humana, critérios que distinguem o Direito do *não-direito*[607].

Num momento prévio à elaboração da Constituição, cumpre efetuar o processo de escolha das pessoas a integrarem a Assembleia Constituinte, processo que terá de seguir, de acordo com os valores democráticos de um Estado de Direito, a igual participação de todos, em liberdade e igualdade. Nesta fase preliminar, a convocação de tal Assembleia, enquanto poder prévio ao Direito, "desconhece que o próprio processo de manifestação de uma vontade democrática só é possível conforme as regras que assegurem a igualdade e a liberdade dos participes e a veracidade do resultado; não há democracia sem Direito. Por isso a própria gestação da Constituição é um processo juridicamente regrado, não um simples facto"[608].

Porquanto compõe um poder estatal supremo, o poder constituinte não pode apresentar abusos quanto à sua legitimidade e independência face a outros poderes. Num Estado de Direito democrático não se admite um poder constituinte que não haja sido democraticamente legitimado, ou seja, tem de atender obrigatoriamente às exigências da vontade popular e da legitimidade democrática, pois que não lhe é permitido ignorar o Estado, enquanto poder político, ou outras instituições que atendam ao mesmo poder. Deve, de igual modo, respeitar, à semelhança de outros poderes, as limitações estabelecidas por valores ou princípios transpositivos, não sendo de admitir qualquer regulação ilimitada ou autoritária. Assim, na conceção de MIRANDA[609], deve atender a:

> 1. *Limites transcendentes*, isto é, aqueles que se sobrepõem à própria vontade estatal e que provêm de normas imperativas de Direito Natural, de valores éticos supremos, ou de uma consciência jurídica comum. São estes, pois, os direitos fundamentais em geral ou os direitos fundamentais com especial incidência no respeito à dignidade da pessoa humana. *E.g.*, não se concebe um

[607] CANOTILHO, *Estado de Direito*, p. 12
[608] OTTO Y PARDO, *Derecho*, p. 56.
[609] MIRANDA, *Manual.* II, pp. 87 ss.

poder constituinte que decrete normas constitucionais que violem o princípio da igualdade, promovendo a desigualdade social, racial, religiosa ou de género;

2. *Limites imanentes*, decorrentes do poder constituinte situado no tempo, com determinada origem e função. São, pois, as limitações à própria identidade estatal representada em cada Constituição histórica e à própria soberania estatal. *E.g.*, não será permitido que um Estado soberano, e que pretenda dar continuidade a tal soberania, venha a ser limitado, parcial ou totalmente, desta – a vontade comum de um Povo nunca poderá autodestruir-se.

3. *Limites heterónomos*, procedentes da relação com outros ordenamentos jurídicos. *E.g.*, a relação entre as regras do Direito interno e as de Direito Internacional.

Posto isto, importa discernir entre os dois lados deste poder: o poder constituinte material e o poder constituinte formal. São, com efeito, dois momentos distintos que se sucedem no tempo, complementando-se. O poder constituinte material é o primeiro momento a ter lugar no processo de formação da Constituição, pois que é o valor que orienta a norma, é a ideia de Direito (não escrita) que antecede a regra de Direito (escrita). O poder constituinte formal confere a segurança jurídica e a preponderância sistemática ao princípio normativo intrínseco à Constituição material. Só a Constituição no sentido formal confere legitimidade ao poder constituinte material para cumprir a sua função no processo legislativo constitucional[610].

O poder constituinte material, na sua faceta primária, revela-se raro. De facto, é prática incomum de uma sociedade política a sua filiação frequente de um novo sistema constitucional; tal apenas ocorre em momentos "transformação revolucionária" ou de "viragem histórica"[611]. Com efeito, nas palavras de MIRANDA[612],

> "nada é mais gerador de Direito do que uma revolução, nada há talvez de mais eminentemente jurídico do que o ato revolucionário. A revolução não é o triunfo da violência, é o triunfo de um Direito diferente ou de um diferente fundamento de validade do ordenamento jurídico positivo. Não é antijurídica; é apenas anticonstitucional por oposição à anterior

[610] *Ibid*, pp. 62 ss.
[611] Preâmbulo da CRP (§2).
[612] Neste sentido também, CASTANHEIRA NEVES, *A revolução*, pp. 13 ss, 171 ss e 215 ss.

> Constituição, não em face da Constituição *in fieri* que, com ela, vai irromper"[613].

Releva ainda referir, em última análise, que o poder constituinte não deve desconsiderar as particularidades próprias do Povo, sejam elas sociais ou culturais; antes deve tomar em boa conta "as opções fundamentais do Estado e do povo a que respeita"[614]. Do mesmo modo, não deve a Constituição revelar-se tão rígida ou fechada ao ponto de impedir "a correspondência dos preceitos com a vontade e os circunstancialismos do povo, em constante mutação"[615] . De facto, nas palavras de BURDEAU,

> "em relação ao Estado, o poder constituinte é, portanto, um poder primário, incondicionado e perfeitamente senhor das formas nas quais entende que deve ser exercido. Mas esta independência cessa à vista da ideia de Direito, pois que, como todas as formas de Poder, o poder constituinte é tributário de uma ideia de direito que ele exprime e que o legitima. Não existe, assim, um poder constituinte abstrato, válido em qualquer sociedade. Cada ideia de Direito traz um poder constituinte que não vale senão em relação a ela, e que cessa de ser eficaz quando ela mesma não for mais a ideia dominante dentro do grupo"[616].

### 9.4. O PODER CONSTITUINTE E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

A história da CRP e do seu poder constituinte tem a sua génese em 25 de abril de 1974, dia da célebre *Revolução dos Cravos* que derrubou o regime do Estado Novo. Para lá das histórias relativas aos acontecimentos e das diferentes perspetivas, políticas e militares, importa olhar para o poder constituinte da CRP, assente na soberania popular, e para a Assembleia Constituinte, legitimamente constituída, e de cariz militar.

A Revolução de 25 de abril, encetada através de um golpe de Estado promovido por militares, ao qual se juntou *a posteriori* o povo português, converteu-se, numa épica revolução de cariz social. Na promoção da Revolução, o MFA teve grande proeminência, identificando, na noite de 24 de abril de 1974, os fundamentos revolucionários, que passavam por uma urgente democratização de Portugal, por intermédio da garantia de direitos políticos e civis, como a instauração de um Governo Provisório, a realização de eleições livres, abolição da censura e exame prévio, amnistia para todos os presos

[613] MIRANDA, *Manual.* II, pp. 67-8.
[614] BACELAR GOUVEIA, *Manual.* I, p. 630.
[615] MIRANDA, *Manual.* II, p. 85.
[616] BURDEAU, *Manuel de droit*, p. 86.

políticos, extinção da Direção Geral de Segurança, da Legião Portuguesa e de outras organizações políticas juvenis, a descolonização dos territórios ultramarinos a médio prazo e o desenvolvimento da economia portuguesa, que se encontrava numa posição rasa face aos restantes países da Europa.

No período que decorreu entre a Revolução e a elaboração da CRP instituiu-se uma ordem jurídico-constitucional provisória. Como expectável, a transição não se fez de imediato, e era imperiosa a existência de um Governo Provisório que interligasse a Constituição de 1933 e a CRP.

Para a elaboração de uma nova Constituição, instituiu-se a Assembleia Constituinte que, no espaço de um ano, deveria elaborar a nova Lei Fundamental. O período constituinte, contudo, não se fez sem intervenções intermitentes: a Assembleia Constituinte celebrou duas Plataformas de Acordo Constitucional com o MFA, essenciais para que os partidos políticos garantissem ao Movimento uma continuidade política dos *Valores de Abril*, após a entrada em vigor da CRP[617].

A primeira Plataforma, datada de 13 de abril de 1975, apresentava-se bastante favorável à posição das Forças Armadas na CRP, defendendo[618]:

*i)* a possibilidade de acompanhamento dos trabalhos constituintes por parte de uma comissão do MFA;

*ii)* a obrigatoriedade de prévia audição do Conselho da Revolução aquando da promulgação da CRP;

*iii)* a concessão de amplos poderes legisladores e políticos ao Conselho da Revolução no período de transição;

*iv)* a fundação de uma Assembleia do MFA com duzentos e quarenta militares;

*v)* a instituição do sufrágio indireto para a Eleição do Presidente da República, constituída pela Assembleia Legislativa e Assembleia do Movimento.

A segunda Plataforma, de 26 de fevereiro de 1976, diminuiu consideravelmente o papel das Forças Armadas na futura CRP, sendo de destacar os seguintes aspetos:

[617] Cf. ponto n.º 1, al b) da Plataforma de Acordo Constitucional.
[618] Cf. BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 490.

*i)* a eliminação da proposta de fundação da Assembleia do MFA;

*ii)* a alteração do sufrágio do Presidente da República de indireto para direto e universal;

*iii)* a redução das competências do Conselho de Revolução;

*iv)* a supressão das indicações concernentes ao processo constituinte, em razão de este estar numa fase conclusiva.

A doutrina tem discutido sobre a viabilidade destas Plataformas. Uma parte da doutrina (a posição maioritária) defende a invalidade do texto constitucional baseada na ilegítima restrição da vontade dos constituintes, ao imputarem na CRP soluções que haviam sido pactuadas com o MFA. Ainda assim, sobre tal restrição, revela MIRANDA que

> "era um facto a autonomia da instituição militar na véspera da aprovação da Constituição e não seria realista supor que fosse possível (…) submetê-la a um regime idêntico ao da generalidade dos países da Europa Ocidental. A sua disposição não seria essa e, provavelmente, os militares algum receio experimentariam de que os órgãos políticos constituídos na base de partidos viessem a decidir, a tão curto prazo, da sua organização e da sua disciplina. Era preferível encaminhar as Forças Armadas para a plena normalidade democrática sob a direção do Presidente da República eleito e de um Conselho da Revolução, aliás com reduzido poder operacional, do que tentar aplicar o modelo básico sem base consistente. Em segundo lugar, era também mais realista deixar as Forças Armadas dentro do sistema político, corresponsabilizando-as pelo seu funcionamento e vinculando-as à garantia da Constituição, do que ignorá-las e acabar por ter de aceitar as suas intervenções como sucedera na I República"[619].

O que se entende destas palavras é que tudo foi feito de modo a preservar a comunidade e o "apaziguamento ou consenso constitucional no país"[620].

[619] MIRANDA, *Manual*. I, p. 351.
[620] *Ibid,* p. 375. Cf. ainda PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral*, pp. 330 ss.

# CAPÍTULO VI – DA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo.*
António Castanheira Neves

## §10.º OS PRINCÍPIOS E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

### 10.1. DOS PRINCÍPIOS

O vocábulo "princípio" é inequívoco, pois que, apesar de apresentar múltiplos sentidos, consoante as áreas do saber, aponta sempre para um início de algo. No Direito não se assemelha diferente. Revela-se interessante a definição dada por CELSO DE MELLO, que trata o princípio constitucional como um *mandamento nuclear de um sistema*, isto é, como um "verdadeiro alicerce dele, a disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tónica e lhe dá sentido harmónico"[621].

Para o Direito Constitucional, a definição não se apresenta fácil, em especial quando se pretende alcançar o seu caráter prático. Tradicionalmente, a Teoria da Metodologia Jurídica faz a destrinça entre princípio e norma, embora autores como CANOTILHO ou ALEXY defendam que a destrinça deve ser feita entre princípios e regras, olhando para ambos como duas espécies diferenciadas de normas[622], já que os dois referem o dever-ser. Quer os princípios quer as regras podem formular questões de dever, permissões ou proibições[623]. Quer isto dizer que as normas constitucionais têm a mesma natureza jurídica, pelo que não há hierarquia entre elas, porquanto a diferença entre princípio e regra é qualitativa e não gradativa. Partilhando a mesma natureza, não

[621] MELLO, *Elementos*, p. 230.
[622] CANOTILHO, *Direito*, p. 166.
[623] ALEXY, *Teoria*, p. 87.

existindo uma escala valorativa axiológica das normas constitucionais, todos os valores e bem jurídicos consagrados na CRP têm igual valor constitucional[624].

Na conceção de RONALD DWORKIN,

> "a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada*. Dados os factos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (…) Possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se entrecruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um"[625].

ALEXY define *lato sensu* os princípios como *mandamentos de otimização*, em razão de "poderem ser satisfeitos em graus variados, e pelo facto de que a medida devida da sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também possibilidades jurídicas"[626].

MIGUEL REALE define os princípios como

> "verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários"[627].

BACELAR GOUVEIA define os princípios constitucionais como "indicações de dever-ser, que se impõem aos destinatários do Direito Constitucional", realçando que estes são "muito mais gerais do que as normas constitucionais e apenas indicam caminhos

---

[624] Esta posição não anula, contudo, a ideia de preferência de determinados direitos fundamentais em colisão perante a existência de um caso concreto, de acordo com critérios de ponderação e harmonia, à luz do princípio da proporcionalidade. Neste sentido, veja-se a decisão proferida pelo STJ, proc. n.º 7613/09.3TBCSC.L1.S1, de 29/11/2016 (ALEXANDRE REIS): "Os conflitos entre o direito fundamental de um sujeito e o mesmo ou outro direito fundamental ou interesse legalmente protegido de outro sujeito hão de ser solucionados mediante a respetiva ponderação e harmonização, em concreto, à luz do princípio da proporcionalidade, evitando o sacrifício total de um em relação ao outro e realizando, se necessário, uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual".

[625] DWORKIN, *Levando os direitos*, pp. 39 ss.

[626] ALEXY, *Teoria*, p. 90.

[627] REALE, *Filosofia*, p. 60

ou objetivos, admitindo, porém, diferentes intensidades na respetiva operacionalidade"[628], quer no confronto com outros princípios, quer na relação com as regras constitucionais.

Os princípios constitucionais caracterizam-se pelo seu carácter vago, abstrato e grande amplitude hermenêutica, assim como pela sua imprecisão e conteúdo apriorístico definível. Os princípios constitucionalmente consagrados podem apresentar diversas funções, a saber[629]:

- *legitimadora*: a invocação dos princípios determina a aceitação do ordenamento constitucional, o que permite efetuar um juízo de validade material deste;

- *normogenética*: os princípios produzem diretamente uma diretriz do dever-ser a ser observada pelos aplicadores do Direito; são, pois, normas que constituem a ratio de outras normas;

- *interpretativa*: os princípios funcionam como um elemento de comparação com as normas, o que permite uma melhor interpretação hermenêutica destas;

- *integradora*: os princípios orientam no preenchimento de lacunas constitucionais.

Pelas relevantes funções que apresentam no ordenamento constitucional, a sua violação constitui uma forma mais gravosa de inconstitucionalidade, pois que a sua inobservância constitui uma ofensa a todo um sistema de comandos, representando uma insurgência contra todo o sistema jurídico que se vê atingido no cerne dos seus valores fundamentais[630].

Por fim, uma última nota de destrinça: a ideia de princípio e valor não pode ser confundida[631]. Na esteira de ALEXY, estes estão intimamente ligados, mas são díspares: os princípios jurídicos conferem uma essência jurídica aos valores, encarnando-os na

[628] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 694. Cf. igualmente CANOTILHO, *Direito*, pp. 1667-8; ALEXY, *Teoria*, pp. 87 ss.
[629] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 696.
[630] MELLO, *Elementos*, p. 230.
[631] Para um completo entendimento da ideia de valor na Filosofia, cf., entre outros, HESSEN, *Filosofia*, pp. 26 ss; LARENZ, *Metodologia*, pp. 163 ss; REALE, *Filosofia*, pp. 351 ss.

ordem jurídica não como algo que apenas é bom, mas como algo que pode ser exigido através de múltiplas condutas adstritas ao princípio[632]. Promovem, assim, a dimensão jurídica dos valores quando emanação da ética. Ainda que revelem um grau de generalidade e de abstração como os valores, fazem-no com menor intensidade, situando-se, por isso, entre os valores e as regras, exibindo a generalidade e abstração absoluta dos valores e a concretização das regras[633], podendo até incorporar um ou mais valores simultaneamente, como sucede com princípios fundamentais como o da dignidade humana, que absorvem os valores da liberdade, justiça e solidariedade[634].

O valor é dignidade de algo que conduz à valorização[635]: da excelência física, resultado da boa saúde, da excelência moral, o que a ação humana almeja, da excelência do belo, fruto da admiração de uma exímia obra de arte, da excelência do ser, fruto do conhecimento. O ser humano torna-se mais valoroso na medida em que pratica ações de excelência, quer em relação à sua pessoa, quer em relação à sociedade onde se insere. Compreendemos, assim, que o valor dá sentido à vida humana, seja ele subjetivo (o valor está no sujeito que pratica a ação), ou objetivo (o valor está na situação *a priori* em si mesma e independe das coisas que revelam que o revelam)[636].

Os valores podem ser perspetivados na sua verticalidade, como ideais a serem alcançados pelo indivíduo, e na sua horizontalidade, como uma escadaria por etapas concretizadas pela ação humana, ainda que limitada. Na sua plenitude, homem algum consegue alcançar a real essência do valor, apenas breves experiências humanizadas do mesmo. Por isso o homem continua a caminhar na verticalidade do valor, em busca do ideal[637]. A plena cognoscibilidade do valor encontra-se fora do alcance humano. Ainda que valores como o belo, o verdadeiro, o justo possam ser alcançados em diversos graus por pessoas distintas, por sociedades distintas, em épocas distintas, a sua plenitude suprema não se encaixa na limitação humana. Não obstante, este alcance valorativo tem sido visível na evolução histórica das sociedades, prova elementar da busca do Homem pelo que é bom, justo, excelente. Pense-se, por ex., na pena de morte, instituição presente na cultura da Antiguidade, nomeadamente no Israel Antigo, que atualmente configura

[632] ALEXY, *Teoria*, pp. 144 ss.
[633] TORRES, *Tratado de direito*, p. 190.
[634] *Ibid*, p. 285.
[635] MONDIN, *Os valores*, p. 27.
[636] SCHELER, *Ética*, pp. 64 ss.
[637] RINTELEN, "Valor y existência", p. 1337.

uma violação da dignidade humana em diversos países. O avanço civilizacional, promovido pela busca de ideais axiológicos, conquistou gradativamente um avanço na mentalidade social, promovendo sociedades mais justas equitativas, não obstante o longo caminho que há ainda a percorrer. Segundo MAX SCHELER, esse caminho deve ser continuado através de um progressivo conhecimento das esferas axiológicas na sua forma prática: através da vivência de valores, nas mais diversas áreas de atuação de uma sociedade que ser pretende inacabada, em permanente prosperidade de pensamento moral e ético[638].

Por tudo isto, os valores representam ideais éticos e supraconstitucionais, indispensáveis ao bom funcionamento de qualquer sociedade. O seu elevado grau de abstração remete o indivíduo para o caracter axiológico daquilo que se constitui como moralmente bom sem que aponte para a ideia de *dever-ser* no ordenamento jurídico[639].

### 10.2. DAS NORMAS

As normas (regras) constitucionais[640] diferem dos princípios pela estrutura dualista que oferecem, composta por dois elementos:

- a *previsão*, isto é, a descrição do facto ou do acontecimento com relevância jurídica;

- a *estatuição*, ou seja, a atribuição de determinado efeito jurídico perante a descrição do facto perspetivado na previsão.

Revelam, assim, grande densificação jurídica e, por isso, têm menor amplitude hermenêutica, o que proporciona maior segurança jurídica, quando comparadas com os princípios. Estes, ainda que proporcionem menor segurança jurídica, conferem ao

---

638 SCHELER, *Ética*, pp. 416-7.

639 O disposto não olvida, todavia, a existência de uma linha crítica, de teor jurídico-político, do discurso dos valores. Destaco o pensamento de SCHMITT, na obra *A tirania dos valores*, de 1967, que apresentava duras críticas à jurisprudência alemã pós II Guerra Mundial. Para o filósofo, o Tribunal Constitucional alemão passou a fundamentar as suas decisões na Filosofia dos Valores, em substituição do Direito Natural, violando o princípio da legalidade em pleno Estado de Direito. Na sua tese, concluiu que o juiz jamais se poderá sobrepor ao legislador, a quem está incumbido o poder de criação legislativa, não alheia aos valores, devendo evitar-se uma prática imediata de valores por parte dos juristas: "o jurista que se aventura a executar valores de maneira imediata deveria saber o que faz. Deveria refletir sobre a procedência e estrutura dos valores e não se permitir tomar levemente o problema da tirania dos valores da execução não mediada do valor" (SCHMITT, "Reflexiones de un jurista", pp. 107-8, 129-130, 146-7).

640 REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I*, pp. 94 ss; CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1168 ss.

intérprete constitucional maior liberdade de conformação com a ordem jurídico-constitucional, o que pode, porventura, culminar numa transformação constitucional, originada por um novo olhar interpretativo e uma renovada aplicação normativa. Tal mantém a CRP viva e atenta às constantes mutações sociais.

### 10.3. DA EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A eficácia e a aplicabilidade distinguem as normas constitucionais. Ainda que sejam categorias jurídicas independentes, estão interligadas. Se a eficácia tem que ver com a aptidão normativa que produz determinado efeito jurídico, a aplicabilidade refere-se à execução do conteúdo normativo[641].

São várias as classificações na Teoria Geral das Normas quanto às normas e suas categorias. Todas elas apontam para uma distinção quanto à densificação ou concretização das normas, o que culmina, consequentemente, numa maior ou menor aplicabilidade destas[642]. Na esteira de MIRANDA[643], são duas as classificações que relevam para o Direito Constitucional:

- *normas preceptivas* e as *normas programáticas*. A distinção entre ambas tem que ver com a intensidade normativa de cada norma, sendo que a primeira não depende da realização de outra condição, antes coincidindo com a eficácia imediata da norma, enquanto a segunda tem que ver o carácter mediato da própria norma, "sendo certo que a respetiva operacionalidade, já minimamente existente, se assume sobretudo ao nível dos fins, e não tanto dos meios"[644]. São ex. de normas preceptivas as normas sobre direitos, liberdades e garantias em geral[645] e de normas programáticas aquelas que consagram direitos económicos, sociais e culturais[646];

- *normas auto exequíveis* e as *normas hetero exequíveis*. As primeiras[647] representam uma inata capacidade de se executarem a si mesmas, enquanto as

641 BARROSO, *O Direito Constitucional*, p. 85.
642 MIRANDA, *Teoria do Estado*, pp. 212 ss.
643 MIRANDA, *Manual.* II, pp. 270 ss.
644 BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 709.
645 *E.g*. arts. 24.º e 25.
646 *E.g*. art. 59.º, nº 1, al. d).
647 *E.g*. arts. 50.º e 52.º, n.º 2.

segundas[648] designam as normas que, *per se*, não têm tal capacidade, invocando-se uma *interpositio legislatoris* que torne "aplicáveis as orientações de dever ser nelas contidas"[649].

Quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, considera MIRANDA que

> "normas constitucionais preceptivas e normas constitucionais programáticas, sendo preceptivas as de eficácia incondicionada ou não dependente de condições institucionais ou de facto e programáticas aquelas que, dirigidas a certos fins e a transformações não só da ordem jurídica mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional, implicam a verificação pelo legislador, no exercício de um verdadeiro poder discricionário, da possibilidade de as concretizar. Normas constitucionais exequíveis e não exequíveis por si mesmas, as primeiras aplicáveis só por si, sem necessidade de lei que as complemente; as segundas carecidas de normas legislativas que as tornem plenamente aplicáveis às situações da vida"[650].

Observa-se, deste modo, sobre as normas preceptivas e normas programáticas e normas auto exequíveis e as normas hetero exequíveis que não apresentam uma diferença valorativa, apenas de estrutura e de projeção no ordenamento jurídico-constitucional. Todas elas integram a mesma Ordem Constitucional, não possuindo "uma mera proclamação política ou cláusula não vinculativa"[651].

Conjugando-se as classificações supramencionadas, sugere MIRANDA considera uma nova divisão[652]:

1. *Normas preceptivas auto exequíveis*, isto é, normas dotadas de eficácia imediata, que ganham sentido na realidade constitucional, e de eficácia direta, não carecendo de outro ato jurídico-público para a sua execução[653];

2. *Normas preceptivas hetero exequíveis*, ou seja, normas dotadas de eficácia imediata e de eficácia indireta, carecendo de um ato jurídico-público para a sua execução[654];

---

[648] *E.g.* art. 35.º.
[649] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 710.
[650] MIRANDA, *Teoria do Estado*, pp. 440 ss.
[651] *Ibid*, p. 441.
[652] MIRANDA, *Manual.* II, pp. 276 ss; MIRANDA, *Teoria do Estado*, p. 445.
[653] *E.g.* art. 41.º.
[654] *E.g.* art. 39.º.

3. *Normas programáticas hetero exequíveis*, aquelas que gozam de eficácia mediata, "estipulando objetivos a atingir, mas sem que a força jurídica se imponha imediatamente, para o efeito carecendo de atos jurídico-públicos de execução, só tendo eficácia indireta, mas também de outras condições políticas, administrativas, económicas e sociais, no sentido de alcançar aqueles objetivos"[655] [656].

## § 11.º OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 11.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Constitucionalismo tem a sua origem na Revolução. Por conseguinte, também os direitos fundamentais se firmam na história com as Revoluções Liberais, ao estabelecerem o postulado da liberdade do Homem e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. KLAUS STERN, num resumo histórico, aponta três grandes fases da história dos direitos fundamentais: a *fase pré-história*, que se prolonga até ao séc. XVI, a *fase intermediária*, correspondente à época de conceção do saber jusnaturalista e da asserção dos direitos naturais do Homem, e a *fase da constitucionalização*, com início em 1776, com as declarações de direitos dos novos Estados americanos[657].

Não se pode admitir que os *direitos fundamentais* tenham surgido com as primeiras Declarações ou Constituições liberais. Desde o período da Antiguidade, nomeadamente com os hebreus e, *a posteriori*, com os gregos e os romanos, desenharam-se alguns *direitos* (numa conceção jurídica que não se confunde com o termo constitucional atual de direito fundamental) que hodiernamente são reconhecidos nas Constituições ocidentais. Pense-se, por ex., na valorização da vida humana para os hebreus, a Democracia para os gregos ou a República para os romanos.

O aparecimento e expansão do Cristianismo pela Ásia e Europa em muito contribuiu para a base doutrinária do que viria a ser o conceito de direito fundamental, através da propagação da máxima de JESUS: "*ama o próximo como a ti mesmo*". Este

[655] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 711.
[656] *E.g*. art. 65.º.
[657] STERN, *Das Staatrecht*, p. 56

*amor*, como observado, implicou o reconhecimento da igualdade natural entre os homens, pois que, por serem criados à imagem e semelhança de DEUS, viam (ou deveriam ver) no próximo a imagem de Deus, a quem deveriam aceitar e respeitar.

O período da Idade Média fez esquecer a ideia de igualdade e liberdade. A divisão em classes proporcionou o surgimento de uma sociedade injusta, assente nos privilégios sociais das classes altas e no desprezo dos pobres. Foi neste contexto de desigualdade jurídico-social que se promulgou a *Magna Charta Libertatum*, em 1215, a fim de limitar o poder dos monarcas e proteger determinados direitos sociais. Após a sua promulgação percebeu-se que a proteção dos direitos dos homens estava intimamente ligada à redução da desmesurada intervenção do Estado na vida destes[658].

Só na Modernidade, com as Revoluções Inglesa, Americana e Francesa, entre os séc. XVII e XVIII, se vislumbrou a afirmação dos direitos fundamentais. O advento do Iluminismo, primeiramente preconizado por JOHN LOCKE, fez desenvolver-se um jusnaturalismo de cunho racional que defendia, em suma, o Homem como titular de direitos naturais inatos, eternos e inalienáveis, e a restrição do papel estatal de modo a garantir-se uma proteção desses direitos (ou liberdades)[659]. Tais imposições culminaram numa forte pressão à atuação da Coroa inglesa nas suas colónias, em grande parte devido à cobrança de taxas elevadas e ao impedimento do livre comércio, o que levou, em 1776, à Revolução Americana. A 4 de julho de 1776 promulgou-se a Declaração da Independência das treze colónias face à Inglaterra[660], elaborada pela Convenção de Filadélfia, promovendo-se os ideais de LOCKE, defensores da superioridade humana face ao Estado. Em 1787 ratificou-se a Constituição americana por todos os Estados, implantando-se, deste modo, pela primeira vez, o Presidencialismo e a tripla separação de poderes. Em 1791 foram revistas dez emendas constitucionais (*Bill of Rights*), reconhecendo-se os direitos de liberdade de imprensa, de religião, direitos processuais penais, entre outros.

No que concerne à Revolução Francesa, teve como escopo primordial a cessação do regime absolutista e os privilégios sociais do Antigo Regime. A divisão societária em

---

[658] GABRIEL, "Direitos humanos", p. 40.

[659] *Ibid*.

[660] Em 1783, a Inglaterra assinou o Tratado de Versalhes como reconhecimento da independência das treze colónias. Antes da Constituição de 1787, algumas colónias já haviam promulgado Constituições: em 1776, Delaware, Maryland, New Hampshire, New Jersey, North Carolina, Pennsylvania, South Carolina (também em 1778) e Virginia; em 1777, Georgia, New York e Vermont (também em 1786); em 1780, Massachusetts.

classes (a saber, a Nobreza, o Clero e o *Tiers État*), fazia recair a intensa carga fiscal sobre o *Tiers État*[661], através do pagamento de tributos que, no fundo, não se afiguravam suficientes para a cobertura das despesas[662]. As desigualdades sociais e a pobreza generalizada gerou uma onda de fortes revoltas, que acabaram por ser o rastilho da Revolução, que pretendia estabelecer a igualdade de todos perante a lei. Se nos Estados Unidos a Constituição de 1787 foi o elemento final da Revolução, em França a Revolução foi iniciada através do processo constituinte, com a convocação dos Estados-Gerais e a sua transformação numa Assembleia Nacional constituinte.

A DDHC, de 1789, espelha os ideais jusnaturalistas e a doutrina contratualista, defensoras da igualdade perante o Estado e da liberdade individual, de onde se destacava o direito de propriedade.

As Constituições como Leis Fundamentais do Estado, que repartem e limitam o poder, surgem na sequência (e por via) das Revoluções liberais. Na DDHC assume-se, pela primeira vez, que "qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição", artigo este que, dois anos depois, é colocado na Constituição Francesa[663]. A Constituição Francesa de 1791, com robustas evidências das teses de LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, serviram indubitavelmente de força inspiradora e catalisadora para a elaboração das Constituições da Europa ocidental, com claras evidências liberais, centradas no indivíduo e no seu "direito à liberdade", quer na esfera pública, quer na esfera privada[664]. Estávamos perante os *Direitos de Primeira Geração,* correspondentes aos direitos civis e políticos inseridos nas Constituições e Declarações ocidentais, que tinham por base a limitação do Estado-Poder na interferência na vida do indivíduo, sem que tal tivesse gerado imediato contentamento dos povos, o que ganha compreensão perante os eventos ocorridos em França durante o *terror jacobino*.

---

[661] Sobre o *Tiers État*, não posso deixar de invocar a obra *Qu'est-ce que le Tiers État?*, de Emmanuel Joseph Sieyès, onde descreveu as reivindicações do *Tiers État* relativamente à aristocracia francesa da época revolucionária. O cerne do livro gira à volta de três questões e de três respostas: *i)* O que é o *Tiers État*? Tudo; *ii)* O que tem sido, até ao momento, na política francesa? Nada; *iii)* O que pede o *Tiers État*? Ser alguma coisa.

[662] Tais despesas eram relativas à dispendiosa Corte de Versalhes, ao Exército e às guerras frequentes pela disputa da hegemonia europeia.

[663] A DDHC espelha os ideais jusnaturalistas e a doutrina contratualista, defensoras da igualdade perante o Estado e da liberdade individual, de onde se destacava o direito de propriedade.

[664] GILISSEN, *Introdução*, p. 420-1.

As desigualdades permaneceram, pois que os problemas sociais e económicos do povo e burguesia não foram colmatados com a Declaração. O desenvolvimento do capitalismo redobrou a disputa entre classes: a classe burguesa detinha os meios de produção, o povo possuía apenas a força de trabalho, e o Estado passou a ser interveniente na economia, atentando, assim, contra a liberdade individual. Nos séc. XVIII e XIX, com o advento da Revolução Industrial, a situação sofreu grande agravamento, culminando numa situação económica e social insustentável para as classes mais pobres, em especial pela exploração laboral e más condições laborais, quer ao nível da higiene, quer ao nível da segurança dos trabalhadores. FRIEDRICH ENGELS deixa um relato preciso da realidade social inglesa:

> "Em St. Giles, só se vê pessoas da classe operária. (…) Mas isto ainda não é nada comparado às habitações nos corredores e vielas transversais onde se chega através de passagens cobertas, e onde a sujeira e a ruína ultrapassam a imaginação; não se vê, por assim dizer, um único vidro inteiro, as paredes estão leprosas, os batentes das portas e os caixilhos das janelas estão quebrados ou descolados, as portas – quando as há – são feitas de pranchas velhas pregadas umas à outras; aqui, mesmo neste bairro de ladrões, as portas são inúteis porque não há nada para roubar. Em toda a parte montes de detritos e de cinzas e as águas vertidas em frente às portas acabam por formar charcos nauseabundos. É aí que habitam os mais pobres dos pobres, os trabalhadores mal pagos, com ladrões, os escroques e as vítimas de prostituição, todos misturados. A maior parte são irlandeses ou descendentes de irlandeses, e os que ainda não se submergiram no turbilhão desta degradação moral que os rodeia, mergulham nela cada vez mais, perdem todos os dias um pouco mais da força para resistir aos efeitos desmoralizantes da miséria, da sujeira e do meio"[665].

Perante este cenário, a revolta da classe operária estava iminente. Através de greves e muitos momentos de resistência contra o patronato e o Estado opressor, o movimento socialista foi surgindo e conquistando o povo, em especial através da luta sindicalizada doutrinariamente sustentada por MARX. Mas não só. Também a IC, em 1917, através da sua Doutrina Social promovida pela Encíclica *Rerum Novarum*[666] do Papa Leão XIII, e Revolução Russa e surgimento do Estado Socialista combateram contra

[665] ENGELS, *A situação*, p. 39.

[666] Encíclica redigida pelo Papa LEÃO XIII em 15 de maio de 1891, uma Carta a todos os bispos da IC sobre as más condições de trabalho das classes trabalhadoras. Rejeita os ideais socialistas mas apoia a fundação de sindicatos e o direito à propriedade privada. Reivindica um papel do Estado mais ativo na área económica, através da criação de mecanismos de redistribuição da riqueza, de combate à pobreza e de luta contra as injustiças sociais. Critica ainda a escassez de princípios éticos na sociedade, muito devido ao crescimento do laicismo na Europa.

o Estado liberal. Com isto, o Estado passou a ter uma maior preocupação com o setor laboral e com as desigualdades pelo que, ainda em 1917, foi promulgada a Constituição Mexicana, pioneira na positivação dos direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais (*Direitos de Segunda Geração*).

Em 1919 promulga-se a Constituição de Weimar que, instituindo novos direitos socioeconómicos, lança a primeira pedra para a construção dos Estados Democráticos e Sociais, guardiães dos direitos económicos, sociais e culturais, conhecidos como os direitos de segunda geração[667].

Com o despoletar da II Guerra Mundial e consequentes atentados à dignidade humana, constitui-se, em 1945, a Organização das Nações Unidas, através da assinatura da Carta de S. Francisco. Já em 1948, com a DUDH, dá-se um grande passo na luta pelos direitos humanos, através da criação de instrumentos internacionais que visam a proteção da dignidade humana, que passa não só pela valorização da vida humana, mas também pela proteção de direitos de liberdade, como o direito de liberdade religiosa, de liberdade de expressão e pensamento, de opinião, de voto, entre outros. Pela primeira vez, estipula-se a proteção da igualdade social, económica e cultural entre os homens e perante o Estado, que se obriga, enquanto Estado Democrático e Social, a criar condições para que tais direitos possam ser exercidos[668].

Perante a criação de instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais, as Constituições, no quadro interno dos Estados, foram aceitando a proteção universal destes direitos, sem que tal significasse, todavia, um total desprezo interno pelos mesmos. Assistindo-se à universalização dos direitos fundamentais, acompanhada pela universalização da Constituição, torna-se análogo a todos os Estados a valorização globalizada dos direitos fundamentais e a convicção da urgente necessidade de proteção dos mesmos, com respeito pelas diferenças culturais, religiosas e societárias que possam existir entre as várias Nações. Na conceção de BOBBIO, esta é a terceira fase da evolução dos direitos fundamentais[669] (*Direitos de Terceira Geração*). O autor fundamenta-se na consciencialização da necessidade de respeito pelos direitos

[667] RICHARD, *A República de Weimar*, pp 29 ss.
[668] Sobre os direitos do Homem e a Democracia, AAVV, *História Crítica*, pp. 752 ss.
[669] BOBBIO, *A era*, p. 30.

fundamentais à escala global, caso contrário tornar-se-ia impossível a manutenção da paz, da justiça e da soberania dos Estados.

Por último, há que aludir à Doutrina Social da Igreja, com última atualização em 2015, aquando da inserção da Encíclica *Laudato Si*, do Papa FRANCISCO. Trata-se de um conjunto de ensinos doutrinários da IC e de Encíclicas papais referentes à dignidade humana e ao bem comum na vida em sociedade. As suas mensagens iniciais, pela mão de vários cristãos como AGOSTINHO DE HIPONA ou Tomás DE AQUINO, datam do período da Idade Média, embora a sua constituição de facto se atribua ao Papa LEÃO XIII, com a já citada *Rerum Novarum*, de 1891. Tem sido completada com textos de vários Papas e filósofos católicos ao longo dos tempos, com o propósito de fixar princípios éticos e outros critérios relativos à organização político-social mundial.

De acordo com o Catecismo da IC, "a Doutrina Social da Igreja desenvolveu-se no séc. XIX por ocasião do encontro do Evangelho com a sociedade industrial moderna, as suas novas estruturas para a produção de bens de consumo, a sua nova conceção da sociedade, do Estado e da autoridade, as suas novas formas de trabalho e de propriedade"[670].

De forma sintetizada, o Compêndio da Doutrina Social da IC[671] aborda:

- a dignidade humana na sociedade moderna;

- o reconhecimento da liberdade humana individual;

- a igualdade entre todos os homens;

- o primado das pessoas sobre as organizações;

- a *Justiça* e a *Caridade* aos mais desfavorecidos;

- a busca pela *Verdade*;

- a relação entre a liberdade humana e a liberdade cristã;

- o princípio do bem comum (solidariedade comunitária e subsidiariedade estatal);

[670] CATECISMO DA IC, § 2421.
[671] Cf. DOUTRINA SOCIAL DA IGREJA. Parte I, cap. III a XI.

- a função social da propriedade.

As recentes intervenções papais perante o crescimento de problemas socioeconómicos e, também, ecológicos, a ação da Igreja no terreno, junto das comunidades, e a Doutrina Social da Igreja têm contribuído para um reencontro dos cristãos com a sociedade, através de uma consciencialização comunitária para as constantes violações de direitos fundamentais existentes à escala global[672].

Para resumir a evolução histórica dos direitos fundamentais, usando a sabedoria de VIEIRA DE ANDRADE, "se quiséssemos caraterizar sinteticamente essas transformações através de algumas palavras-chave ou ideias-força, diríamos que na evolução deste subsistema jurídico se salientam as ideias de acumulação, de variedade e de abertura"[673].

## 11.2. CONCEITUALIZAÇÃO E CATEGORIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Numa concetualização *stricto sensu*, MIRANDA define os direitos fundamentais como "os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição"[674]. Trata-se de uma definição demasiadamente restritiva, com ênfase na forma normativa e não tanto no conteúdo.

Entende-se por direitos fundamentais "os direitos ou posições jurídicas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material"[675], "exercidas por contraposição ao Estado-Poder"[676], com a finalidade de proteger a pessoa humana. São "direitos inerentes à própria noção de pessoa; ou olhando logo às relações com o Estado, como direitos essenciais do cidadão"[677], ou seja, direitos que acompanham o ser humano ao longo da sua existência.

---

[672] MIRANDA, *Manual.* IV, p. 31.
[673] VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, p. 68.
[674] MIRANDA, *Direitos fundamentais*, p. 11.
[675] MIRANDA, *Manual.* IV, p. 7.
[676] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. II, p. 1013.
[677] MIRANDA, *Escritos vários*, p. 60.

Discutir "os direitos fundamentais" é discutir sobre a própria ideia de dignidade humana. São eles que abordam os detalhes mais valorados da existência humana, pelo que a sua tutela se apresenta imperiosa, tendo em conta a importância máxima da dignidade humana, cujos apanágios se apresentam universais, invioláveis, irrenunciáveis, inalienáveis, perpétuos e interdependentes[678]. Abordar os direitos fundamentais sem os associar à ideia de dignidade humana seria um erro; afinal, a legitimidade da ordem constitucional assenta na garantia de direitos fundamentais indissociáveis da dignidade humana[679].

Os direitos fundamentais, na sua conceção atual, não possuiriam qualquer reconhecimento nas sociedades pré-modernas[680], o que só aconteceu, como observado, com as primeiras Declarações de direitos ou Constituições. Estas normas têm sido alvo de grande evolução, quer histórica, quer conceptual, evidente na linha cronológica do Direito Constitucional. INGO SARLET entende que "somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas "gerações" (ou dimensões) dos direitos fundamentais"[681].

Para ISABEL CABRITA, "as Declarações de Direitos das Revoluções americana e francesa são um ponto de chegada de um longo processo histórico de conscientização filosófica e jurídica da centralidade da pessoa humana na limitação do poder do Estado"[682]. Conclui, ainda, que a conceção de direito fundamental é, pois, um "produto (…) da Escola do direito natural, que procede todas as suas construções raciocinando sobre a natureza do Homem individual"[683].

Tais direitos fundamentais são, com efeito, os direitos naturais, inerentes à natureza humana. São todos os direitos e liberdades que o indivíduo, de modo inato, possui na sua esfera jurídica, atendendo à sua condição natural ou humana; ou seja, a própria natureza humana garante-lhe a existência dos direitos humanos, ligados por dois valores marcantes: a igualdade e a liberdade. Na conceção de MACHADO, este conceito, com profundas marcas jusnaturalistas,

---

[678] PAIM, "Direitos Humanos", p. 60.
[679] PINTO, *Os limites*, p. 151.
[680] CABRITA, *Direitos humanos*, p. 78.
[681] SARLET, A eficácia dos direitos, pp. 36-7.
[682] CABRITA, *Direitos humanos*, p. 79.
[683] *Ibid*, p. 79.

> "de inspiração preponderantemente lockeana e kantiana, corresponde ao pensamento de autores como Rawls, Dworkin, Richards, (…) que, partindo de teses neocontratualistas ou de um discurso filosófico político-moral, [procura] identificar um conjunto de direitos fundamentais deduzidos a partir de princípios de justiça (*fairness*) ou de prerrogativas morais da personalidade, afirmando a sua inegociável prioridade na ordenação da comunidade política"[684].

Numa perspetiva positivista, são, pois, direitos que visam proteger a liberdade humana na relação entre o cidadão e o Estado, definida através da sua positivação no texto constitucional. Com efeito, na génese dos direitos fundamentais jaze um elaborado método de constitucionalização. CANOTILHO, num conceito restritivo, reconhece este método como uma "incorporação de direitos subjetivos do Homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador originário"[685].

Os termos *direitos fundamentais* ou *direitos humanos* têm sido invocados com variados significados, muitos deles com elevado grau de imprecisão[686]. As duas categorias de direitos partilham a sua génese dos ideais éticos de Justiça e Igualdade, assentando em elementos fundamentais à natureza do Homem que visam à proteção da dignidade da pessoa humana. Apesar da semelhança de conteúdos, apresentam uma disparidade, que os separa, ao nível das fontes. É meu entender que a distinção entre direitos fundamentais ou direitos humanos baseia-se nas suas fontes primárias: enquanto os primeiros têm a sua positivação nas Constituições, como uma limitação espácio-temporal, os segundos encontram-se positivados nas normas de Direito Internacional[687], revelando a sua natureza universalista. Na esteira de CANOTILHO e MOREIRA, os direitos humanos "distinguem-se dos direitos fundamentais porque estes são os direitos constitucionalmente positivados e juridicamente garantidos no ordenamento jurídico [nacional], enquanto os direitos [humanos] são os direitos de todas as pessoas ou coletividades de pessoas independentemente da sua positivação jurídica nos ordenamentos político-estaduais"[688].

---

[684] MACHADO, *Liberdade*, pp. 161-2.
[685] CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 378.
[686] LUÑO, *Derechos Humanos*, pp. 23-4.
[687] Não obstante, na atualidade, grande parte dos direitos humanos encontrarem positivação no Direito Internacional, tal positivação não é, ao contrário do que sucede com os direitos fundamentais, requisito essencial de garantia.
[688] CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, p. 240.

Quanto ao presente trabalho, assevero a minha opção pela denominação "direitos fundamentais", atendendo ao seu interesse para o Direito Constitucional e a sua positivação nas Constituições, em especial, na CRP[689].

Porque a compreensão do conceito de direito fundamental se torna imperiosa para este estudo, em especial para análise comparativa da Parte II, apresento uma breve incursão nas suas quatro características principais[690]:

> *i) universalidade*: confere o poder de titularidade dos direitos fundamentais a qualquer pessoa humana. A verificação de determinadas categorias atinentes a grupos específicos de pessoas, tais como crianças, mulheres, pessoas portadoras de deficiência, entre outros, não viola a universalidade destes direitos. Pelo contrário, fundamenta-se na diferenciação positiva, essencial à observância do princípio da igualdade.
>
> *ii) fundamentalidade*: afere a centralidade da existência e autonomia da pessoa humana. Em razão de os direitos fundamentais apresentarem um carácter de necessidade, assenta na inviolabilidade da dignidade humana, que se afere pelos direitos primários do indivíduo, e não por questões secundárias. São, pois, direitos inerentes à própria ideia de pessoa humana;
>
> *iii) inalienabilidade*: confere o carácter de indisponibilidade dos direitos fundamentais, os quais não podem ser restringidos salvo nos casos regulados pela lei. O titular não pode dispor dos seus direitos a favor de outrem, extinguindo-se somente através da morte daquele;
>
> *v) interdependência*: diz respeito à relação que o gozo de um determinado direito fundamental tem no gozo de outro direito fundamental.

No que concerne à classificação dos direitos fundamentais, estes dividem-se em[691]:

> *i) direitos fundamentais individuais e institucionais*: a CRP distingue entre os direitos individuais, cuja titularidade recai apenas sobre as pessoas individuais, e os direitos institucionais, cuja titularidade recai sobre um grupo institucional ou

[689] MIRANDA, *Manual.* IV, pp. 48 ss; ALEXANDRINO, *Direitos fundamentais*, p. 30.
[690] O elenco mencionado tem igual aplicação aos direitos humanos. Cf. *Declaração e Programa de Ação de Viena*, A/CONF.157/23, de 1993.
[691] Recorro à categorização de MIRANDA, *Manual.* IV, pp. 73 ss.

coletivo. É de realçar que estes constituem garantias individuais, apesar de a sua aplicação estar sujeita à esfera de direitos de determinados grupos. Nas palavras de CANOTILHO, "o duplo carácter atribuído aos direitos fundamentais - individual e institucional - faz com que hoje, por ex., o direito de constituir família se deva considerar indissociável da proteção da instituição família"[692]. Do mesmo modo, também o direito à liberdade de religião de um crente é indissociável da proteção da comunidade religiosa enquanto instituição, de acordo com o art. 41.º;

*ii) direitos fundamentais comuns e particulares*: os direitos comuns ou universais são atinentes a todos os membros da comunidade político-constitucional, enquanto os particulares ou próprios dizem respeito apenas a determinados indivíduos, atendendo à categorias sociais ou outras que integram. É ex. de direito comum o direito à integridade pessoal (art. 25.º) e de direito particular o relativo à terceira idade (art. 72.º);

*iii) direitos fundamentais e garantias fundamentais*: os direitos representam *per se* os bens jurídicos protegidos, enquanto as garantias representam os instrumentos organizatórios que acautelam o gozo daqueles bens. É ex. de direito fundamental o direito à vida (art. 24.º) e de garantia fundamental o casamento (art. 36.º);

*iv) direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais:* os primeiros são direitos à proteção do poder, enquanto os últimos são direitos de promoção ou de necessidade. De acordo com MIRANDA, "nos direitos, liberdades e garantias parte-se da ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes. Nos direitos sociais, parte-se da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidade (…) e da vontade de as vencer para estabelecer igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da mesma comunidade política"[693]. São ex. de direitos, liberdades e garantias o direito à vida (art. 24.º), o direito à constituição de família (art. 36.º, n.º1) ou o direito à liberdade

[692] CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 397.
[693] MIRANDA, *Manual.* IV, p. 98.

religiosa (art. 41.º) e direitos económicos, sociais e culturais o direito ao descanso (art. 59.º, n.º 1 , al. d)) e o direito à propriedade (art. 66.º).

## § 12.º A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 12.1. NOTA PRELIMINAR

A CRP, ao longo de sessenta e oito preceitos constitucionais, agrupados em três títulos, incide sobre os direitos e deveres fundamentais. A Parte I da CRP, na sua totalidade, consagra os princípios gerais do Direito Constitucional português, assim como os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos e deveres económicos, sociais e culturais, todos com o escopo primordial de proteção da pessoa humana.

Ainda que se considere um elenco constitucional extenso, a verdade é que este, ainda que rigoroso relativamente a determinados direitos, como, a título de ex., o direito à liberdade de religião, de consciência e de culto (art. 41.º), acaba por omitir algum conteúdo que se afigura essencial nos dias de hoje[694]. Não obstante, parece-me que o legislador constitucional procurou colmatar possíveis falhas através da inclusão do art. 16.º, o qual observo no ponto seguinte.

É de notar igualmente o esforço do legislador na definição exaustiva de regras constitucionais, patentes nos art. 12.º a 23.º, com aplicação aos direitos fundamentais em geral, ao regime dos direitos, liberdades e garantias em especial (artigos 18.º, 19.º e 21.º) e aos direitos de natureza análoga (ou aos diretos inseridos no título II), nos termos do art. 17.º.

### 12.2. O ARTIGO 16.º E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A CRP tem na sua origem diversos textos, de proveniência variada, que serviram de inspiração ao legislador constitucional. Desde logo, recebe uma herança das Constituições que a antecederam. Mas não só. Recebe igualmente a influência das

[694] *Ibid,* p. 129.

Constituições do pós II Guerra e de alguns textos de Direito Internacional. Em todos encontram-se semelhanças com a CRP[695].

Não obstante a fonte imediata da CRP assentar nos projetos de Constituição apresentados pelos partidos políticos na Assembleia Constituinte, entre 1975 e 1976, outros documentos inspiraram o legislador constitucional. Refiro-me, pois, à DUDH, ao Programa para a Democratização da República, de 1961, ao Programa do MFA, de 1974, à Lei Eleitoral para a Assembleia Constituinte (DL n.º 621-C/74, de 15 de novembro) e à II Plataforma de Acordo Constitucional entre o MFA e os Partidos Políticos, de 1976[696]. Em determinados preceitos, a influência da DUDH e da II Plataforma é quase absoluta; noutros, a inspiração dilui-se. De entre estes, destaco aquela que é a mais relevante para este trabalho: a DUDH[697].

A ligação da DUDH ao Constitucionalismo português não surgiu apenas no momento da sua publicação em Portugal, no Diário da República, I Série A, n.º 57/78, de 9 de março de 1978, uma vez que foi o estandarte dos movimentos de oposição à Ditadura e do poder legislativo do pós 25 de Abril. Com efeito, a DUDH teve uma invocação constante no Programa para a Democratização da República, no Programa do MFA, transferindo-se, *a posteriori*, para a Lei Constitucional n.º 3/74, de 14 de maio, e, por fim, para a CRP. A sua publicação em anexo à CRP chegou a ser proposta mas, prevaleceu o entendimento do art. 16.º, n.º 2: a DUDH deveria servir como bússola de interpretação e integração das normas constitucionais sobre os direitos fundamentais.

A Revolução de 1974 e a instauração do Estado de Direito trouxe consigo a preocupação máxima de promover uma efetiva proteção dos direitos fundamentais. Certamente que a memória ainda fresca de um regime ditatorial, que perdurou por longos quarenta e oito anos, vincou a necessidade urgente dessa proteção constitucional. Compreende-se, assim, as várias propostas apresentadas na Assembleia Constituinte atinentes aos direitos fundamentais, com o escopo de apagar as marcas fascistas da História Constitucional portuguesa:

---

[695] MIRANDA, *Manual*. I, pp. 352 ss.

[696] Estes são os documentos mais significativos. Outros existem que contribuíram, de algum modo, para a elaboração da CRP.

[697] Não quero, com isto, retirar o mérito ou a relevância dos restantes textos doutrinários ou jurídico-políticos. Pretendo apenas focar a minha atenção na busca de possíveis marcas judaico-cristãs na DUDH, como texto base da CRP.

> "ora dilatando o número de direitos consagrados, não só no domínio de alguns direitos políticos tão somente referenciados como também nos direitos chamados de "terceira geração"; – ora positivando determinados âmbitos de proteção apenas aflorados ou imprecisamente formulados, com o escopo de se evitar o recurso à intervenção da legislação infraconstitucional de índole criadora e eventualmente constringente; – ora cuidando, de um modo particular, do regime geral dos direitos fundamentais, em termos de exercício e sobretudo das vicissitudes de restrição e de suspensão dos mesmos"[698].

A conjuntura socioeconómica existente aquando da elaboração da CRP não se assemelhou pacífica, pelo que o legislador constitucional, cogitando a possibilidade de incumprimento ou, no mínimo, de tentativa de incumprimento por parte do poder público constituído, procedeu à inserção da DUDH na própria CRP. Com esta preocupação em mente, o legislador constitucional optou por seguir a proposta do Partido do Centro Democrático e Social[699] e não aprisionar o elenco normativo de direitos fundamentais, antes permitindo a *influência inspiradora* do disposto na DUDH. Esta é a *ratio leges* do art. 16.º, n.º 2: que os direitos fundamentais sejam interpretados e integrados de harmonia com a DUDH. À luz deste preceito normativo, podem ser agregados como direitos fundamentais todos aqueles que estejam consagrados nas convenções internacionais, em atos de organizações internacionais e da UE ou em atos legislativos impostos por valores e princípios como o respeito pela dignidade humana e pelo Estado de Direito Democrático[700].

O n.º 1 refere-se ao âmbito do direitos fundamentais, constituindo-se como uma cláusula aberta de não tipicidade dos direitos fundamentais. Para MIRANDA e MEDEIROS, tal preceito vai além da mera complementação do texto constitucional, tratando-se sim de uma manifestação do princípio da liberdade: a liberdade individual torna-se valorizada através da "prefixação normativa dos poderes do Estado e dos seus órgãos"[701].

Relativamente ao art. 16.º, n.º 2 cumpre deixar uma nota concisa quanto à receção formal do mesmo. Em primeiro lugar, o preceito não constitui uma norma de receção material, mas formal, pois que não obriga à observância das regras da DUDH. O que faz

[698] BACELAR GOUVEIA, "A Declaração" p. 262.
[699] No texto do art. 11º, nº 2 do projeto de Constituição proposto lia-se: "Portugal adota como sua a DUDH, devendo todos os preceitos constitucionais e legais ser interpretados, integrados e aplicados de harmonia com essa Declaração, cujo texto em português é publicado em anexo a esta Constituição e dela faz parte integrante" (MIRANDA, *Fontes*, p. 236)
[700] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, pp. 296 ss.
[701] *Ibid*, p. 291.

é unir a CRP à DUDH no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais, "fazendo-a participar e depender do seu espírito numa necessária harmonia valorativa"[702]. Observando-se a acuidade que a DUDH tem quanto aos princípios gerais de Direito Internacional, estes aplicar-se-ão na nossa ordem jurídica interna por força conjunta dos art. 8.º, n.º1 e 16.º, n.º1. Deste modo, mediante a aplicação do art. 16.º, n.º2, acolhe-se formalmente a DUDH, como que a tornando constitucional, erguendo-se os referidos princípios ao nível dos que constam no preâmbulo e articulado da CRP, passando a ser parte integrante desta.

Não se pode, com isto, afirmar que todos os direitos, em sentido formal, provenientes de fontes internas ou internacionais, possam ser considerados como fundamentais. Com efeito, apenas os direito fundamentais em sentido material poderão ser observados à luz da CRP material, sem olvidar os seus princípios, também eles passíveis de integração. Assim, "a diferentes Constituições materiais, hão de corresponder variações de jusfundamentalidade[703] para o efeito de normas análogas à do art. 16.º, n.º1"[704].

## § 13.º OS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS PESSOAIS E OS DIREITOS E DEVERES ECONÓMICOS E SOCIAIS EM ESPECIAL

### 13.1. INTRODUÇÃO

De um modo exemplar, a CRP distingue, no seu corpo normativo, entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais.[705].

A distinção, amparada na sua historicidade e positivação jurídico-analítica,

> "reside essencialmente na existência, dentro da Constituição, de dois tipos (juridicamente diferenciados) de direitos fundamentais: por um lado, é diferenciado o grau de vinculatividade das respetivas normas; por outro lado, relativamente aos direitos económicos, sociais e culturais, têm de ser deixadas ao legislador democrático as opções sobre a afetação dos recursos, bem como o primado da respetiva concretização; em terceiro

[702] MIRANDA, *Manual.* II, p. 33.
[703] Jusfundamentalidade enquanto harmonia e complementaridade de todos os direitos fundamentais, internos ou externos à CRP formal.
[704] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 293.
[705] MIRANDA, "O sistema português", p. 129

> lugar, nestes direitos, a dimensão objetiva (princípios e deveres) tem precedência sobre a dimensão subjetiva (direitos subjetivos)"[706].

Tal não significa que não exista um mecanismo de ligação entre as duas categorias de direito. O art. 17.º é, com certeza, um desses mecanismos, que se constitui como uma norma de articulação entre as duas categorizações[707]. Segundo JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO[708], a CRP apresenta a seguinte ligação entre as duas categorias de direitos fundamentais:

> 1. De acordo com o *primado da concretização legislativa*, uma vez que, regra geral, a matéria de direitos económicos, sociais e culturais não está constitucionalmente determinada, o grau, a extensão, o ritmo e evolução da respetiva fixação são observados no desenrolar do processo político democrático;
>
> 2. Por respeito à *premência institucionalizadora*, fixam-se as exigências que obrigam à institucionalização básica dos princípios de direitos económicos, sociais e culturais;
>
> 3. Perante uma *efetividade excecional*, o nível proteção assimilável à dos direitos subjetivos fundamentais é justificado somente em situações de exceção.

O art. 17.º vem, deste modo, estatuir a aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias, regime este não unitário, pois que comporta um regime material e um regime orgânico, aos direitos consagrados no título II, aos direitos dos trabalhadores e outras liberdades e aos direitos de natureza análoga previstos na CRP e na lei[709].

### 13.2. DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS PESSOAIS *VS* DIREITOS E DEVERES ECONÓMICOS E SOCIAIS

Na Parte II deste trabalho analiso as duas grandes categorizações de direitos: os direitos, liberdades e garantias (art. 24.º, art. 25.º, art. 26.º, art. 36.º e art. 41.º) e os direitos sociais, económicos e culturais (art. 59.º, n.º1, al d), art. 62.º. art. 66.º e art 72.º).

---

[706] ALEXANDRINO, *Direitos fundamentais*, p. 42.
[707] *Ibid*, p. 42.
[708] *Ibid*, p. 45.
[709] Sobre a aplicação do art. 17.º ao regime material e ao regime orgânico, cf. BACELAR GOUVEIA, *Manual*. II, pp. 1038 ss; CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, pp. 371 ss; MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, pp. 306 ss.

Falar da destrinça entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais, económicos e culturais é falar da *intensidade* com que estes direitos são consagrados na CRP. Apesar de ostentarem um carácter idêntico, não têm a mesma intensidade normativa, questão observável no que concerne aos conteúdos e objetos que neles se inserem e ao modo como condicionam os seus destinatários e afetam a ordem jurídica[710]. BACELAR GOUVEIA apresenta uma conceção *normativo-formal*: "a de que os direitos, liberdades e garantias se definem em razão da norma atributiva dos mesmos enquanto categoria mais restrita do que os direitos fundamentais em geral: são as posições subjetivas constitucionalmente positivadas em normas preceptivas"[711].

Porquanto os direitos sociais, económicos e culturais apresentam-se através de normas programáticas, e não preceptivas como as dos direitos, liberdades e garantias, nisto se consubstancia a sua destrinça.

A destrinça entre os aspetos formais e matérias da CRP entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais, ainda que não isenta de discussão[712], dada a convergência entre determinados direitos, apresenta especial interesse, pois que consagra um regime comum de aplicação a todos os direitos fundamentais consagrados e um regime específico para os direitos, liberdades e garantias, aplicável aos "direitos fundamentais de natureza análoga", para efeitos do art. 17.º, nomeadamente através de princípios comuns aos direitos fundamentais consagrados na CRP e demais direitos existentes no ordenamento jurídico português: universalidade, igualdade, proteção jurídica e acesso ao direito, tutela jurisdicional, responsabilidade civil do Estado e proporcionalidade[713].

Delimitar esta destrinça constitucional não se afigura simples[714]. Apesar de a própria sistematização da CRP dividir os direitos e positivá-los separadamente, nos títulos II e III da Parte I, o que a CRP faz é, quanto ao regime de direitos do título II, providenciar ao intérprete constitucional um *critério qualificativo*, "segundo o qual considera que tudo o que se encontra nesse conjunto de artigos corresponde a tipos de direitos fundamentais" que designamos por direitos, liberdades e garantias.

---

[710] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. II, p. 1047.
[711] *Ibid*, p. 1054.
[712] CANOTILHO; MOREIRA, *Fundamentos*, p. 107.
[713] MIRANDA, *Manual*. IV, pp. 219 ss.
[714] MIRANDA, *Manual*. IV, pp. 129 ss; BACELAR GOUVEIA, *O estado*, pp. 867 ss; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, pp. 182 ss.

A CRP consagra na Parte I, Título II, três subtipos de direitos, liberdades e garantias: pessoais, políticos e referentes aos trabalhadores. Genericamente pode entender-se que o direito fundamental tem natureza análoga, de acordo com o art. 17.º, quando se enquadra num destes subtipos[715]; todavia, na esteira de VIEIRA DE ANDRADE, esta analogia carece de um critério material que proceda à fixação da natureza dos direitos, liberdades e garantias: o *critério de determinabilidade* que delimita os direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga aqueles "cujo conteúdo principal é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais"[716], por oposição aos direitos fundamentais cuja matéria principal é definida pelo legislador ordinário, por exigência constitucional. Ora, o legislador ordinário não possui legitimidade para decidir do domínio dos direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga, seja ao nível da titularidade desses direitos, dos pressupostos do seu exercício ou do seu conteúdo material[717]. São, pois, direitos que existem *per se*, não carecendo, por isso, de uma lei de conformidade. O critério apontado por VIEIRA DE ANDRADE é aceite pela maioria da doutrina portuguesa, ainda que com ténues alterações. Para MIRANDA considera, este é o critério principal na destrinça entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais[718]. ALEXANDRINO defende o referido critério, definindo os direitos, liberdades e garantias como uma

> "espécie de direitos fundamentais positivados em normas constitucionais plenamente vinculativas que asseguram e garantem intencionalmente na esfera jurídica das pessoas um conteúdo efetivo juridicamente determinável de um bem jusfundamental, tendo como destinatário principal os poderes públicos, titulando as posições jurídicas ativas onde é mais forte a proteção jurídica de interesses predominantemente individuais"[719].

REIS NOVAIS reitera o mesmo critério, acrescentando o critério da natureza dos condicionamentos que sublinha estes direitos como direitos fundamentais de liberdade "fáctica e juridicamente realizáveis, cuja observância depende apenas do Estado [e não de] fatores financeiros e materiais que o Estado não controla"[720].

---

[715] CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 403.
[716] VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, p. 176.
[717] *Ibid*, p. 182.
[718] MIRANDA, *Manual.* IV, pp. 99 ss.
[719] ALEXANDRINO, *A Estruturação*, p. 219.
[720] REIS NOVAIS, *As restrições*, p. 147.

Entre as duas categorias compreender-se-á, de igual modo, que a CRP confere uma maior proteção aos direitos, liberdades e garantias do que aos direitos sociais, económicos e culturais, em razão da relevância que os primeiros possuem:

- através da sua invocação no Preâmbulo da CRP, que afirma, em primeira mão, a restituição aos portugueses dos direitos e liberdades fundamentais, a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e o primado do Estado de Direito Democrático, ou seja, os direitos e as liberdades identificados com os direitos consagrados no título II;

- através do caráter incondicional dos direitos, liberdades e garantias;

- na positivação completa e manifesta do regime dos direitos, liberdades e garantias.

Por oposição, o regime dos aos direitos sociais, económicos e culturais afigura-se:

- no Preâmbulo da CRP, como a abertura de "um caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português";

- através do carácter de dependência face a outros preceitos:

- como uma positivação que "tem de se encontrar indutivamente e é muito menos exigente"[721]

## § 14.º OS DEVERES FUNDAMENTAIS

A matéria dos deveres fundamentais, ainda que das menos abordadas pela Teoria do Direito Constitucional[722], não pode ser olvidada deste estudo, pois que, a par dos direitos fundamentais, forma a constituição do Homem inserido em sociedade e da estrutura jurídica que a fundamenta: o Estado. É, pois, um estatuto que "tem duas faces, ambas igualmente importantes para compreender o lugar que a pessoa humana deve ter na constituição do indivíduo, constituição que (…) deve estar em primeiro lugar"[723]; uma categoria jurídico-política exclusiva em posição de igualdade com os direitos

[721] MIRANDA, *Manual.* IV, pp. 136.
[722] CHULVI, *El deber constitucional*, p. 31.
[723] CASALTA NABAIS, "A face oculta", p. 12.

fundamentais[724]. Desconhecer o *outro lado da moeda* é rejeitar que o "indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade"[725]. Tratam-se, concluindo, de deveres não no sentido geral do termo, mas de deveres que os cidadãos têm perante o Estado ou outros cidadãos, no respeito pelo cumprimento normativo elencado na Constituição. Mas não só. Por força constitucional, o mesmo dever é exigido ao Estado, a quem cumpre um exercício de dever geral de respeito face aos direitos fundamentais e de garantia de efetivação destes.

Observando a doutrina constitucional, deparo-me com uma colossal desigualdade entre a matéria atinente aos direitos fundamentais e a matéria sobre os deveres fundamentais[726]. Reconheço que a doutrina não tem olvidado a questão; simplesmente parece evitá-la. O fundamento de tão parco desenvolvimento foi alvo de explicação por SCHMITT, a quem recorro para introduzir este ponto de análise. No seu texto *Grundrechte und Grundplichten* redigiu quarenta e oito páginas sobre os direitos fundamentais e apenas uma sobre os deveres, apresentando quatro razões para o efeito:

> 1. Não cumpre ao Estado Liberal o estabelecimento de deveres fundamentais que revelem estrutura semelhante aos direitos fundamentais, pois que o seu objetivo consubstancia-se na garantia de espaços de livre atuação do indivíduo, limitando-se o Estado[727];
>
> 2. É permitido às Constituições apresentarem *deveres pontuais*, ainda que a Constituição de Weimar não o tenha feito, limitando-se apenas a consagrar deveres concernentes aos órgãos estatais[728];
>
> 3. Tendo em conta que as normas constitucionais abstratas podem obstar a liberdade individual em proveito de interesses coletivos, qualquer referência a deveres fundamentais só pode ser aplicada através de uma lei que os materialize[729];

[724] CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 531.
[725] Art. 29.º, n.º 1, DUDH.
[726] CASALTA NABAIS, *Por uma liberdade*, pp. 197 ss.
[727] SCHMITT, *Grundrechte und Grundplichten*, p. 192.
[728] *Ibid*, p. 217.
[729] *Ibid*. Ex. disto é o artigo 210.º da Constituição de Weimar, que consagra o dever dos pais no cuidado dos seus filhos.

4. O dever de cumprir normas constitui uma "determinação vazia de sentido", pois que a matéria dos deveres fundamentais depende das alterações legislativas ordinárias, e não da Constituição[730].

Observando as várias Constituições modernas, ainda que, nas epígrafes redigidas, se coloquem os deveres fundamentais juntamente com os direitos fundamentais, a realidade constitucional mostra-nos que, em bom rigor, as Constituições "estão longe de dedicarem aos deveres fundamentais um tratamento minimamente comparável ao dispensado aos direitos fundamentais"[731]. É o caso da CRP que, não consagrando um elenco de "deveres fundamentais à semelhança dos direitos fundamentais"[732], mescla os direitos e deveres fundamentais na Parte I.

Várias são as razões de ordem para tal dissemelhança. No entendimento de CHULVI, esta aparente abnegação da Teoria do Direito Constitucional advém do facto de tais deveres se traduzirem no "reverso do direito subjetivo, constituindo, assim, uma imagem negativa da mesma realidade"[733]. Para CASALTA NABAIS, este desinteresse assenta na própria ideia de Estado de Direito, onde se deu predominância à luta pelos direitos dos cidadãos, em detrimento dos deveres. Os Estados "preocuparam-se de uma maneira dominante, ou mesmo praticamente exclusiva, com os direitos fundamentais ou com os limites ao(s) poder(es) em que estes se traduzem, deixando por conseguinte (…) na sombra os deveres fundamentais, esquecendo assim a responsabilidade comunitária que faz dos indivíduos seres simultaneamente livres e responsáveis, ou seja, pessoas"[734].

O conceito de dever fundamental tem oscilado ao longo da história do Direito Constitucional, ampliando-se dos deveres clássicos do Estado Liberal, tais como o dever de defesa da Pátria portuguesa ou o dever de pagamento de impostos, aos deveres políticos, dos quais destacamos o dever de sufrágio e de participação política, não esquecendo os deveres económicos e sociais (de subscrição de um sistema de Segurança Social ou de proteção da saúde), deveres culturais (de preservação, defesa e valorização do património cultural) e deveres ecológicos (dever de defesa de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado).

---

730 *Ibid*.
731 CASALTA NABAIS, *O dever fundamental*, pp. 22-3.
732 CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 532.
733 CHULVI, *El deber constitucional*, p. 31.
734 CASALTA NABAIS, *O dever fundamental*, pp. 17-8.

CASALTA NABAIS fornece aquele que é, no meu entender, o conceito mais completo de deveres fundamentais, o qual partilho na íntegra:

> "deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do individuo, tem especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos. Uma noção que, decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autónomas, subjetivas, individuais, universais, permanentes e essenciais"[735].

De forma concisa, o autor disseca as características dos deveres fundamentais do seguinte modo:

*i) posições jurídicas passivas*, "porque os deveres fundamentais, exprimindo a situação de dependência dos indivíduos face ao Estado, revelam o aspecto ou lado passivo da relação jurídica fundamental entre os indivíduos e o Estado ou comunidade, lado este que (…) tem por titular o sujeito ou indivíduo"[736];

*ii) autónomos,* pois que não devem ser confundidos com deveres que se constituem como contrapartidas de outros direitos fundamentais. Quer isto dizer que, das posições jurídicas passivas que figuram como deveres fundamentais, devem excluir-se as "posições passivas correlativas de direitos fundamentais, ou seja, os deveres (ou as sujeições) correlativos, relacionais, reversos ou simétricos dos direitos fundamentais ou deveres (ou sujeições) de direitos fundamentais"[737]

*iii) subjetivos*, isto é, "posições subjetivamente imputadas ao indivíduo pela própria Constituição, e não posições fundamentalmente objetivas resultantes da consagração constitucional dos poderes e competências estaduais e das condições de validade de seu exercício"[738];

*iv) individuais*, uma vez que se constituem como "posições referidas aos indivíduos ou pessoas humanas", não impedindo, todavia, a eventualidade de "as

[735] *Ibid,* p. 64.
[736] *Ibid,* p. 65.
[737] *Ibid*.
[738] *Ibid,* p. 67.

pessoas (ou organizações) coletivas serem titulares ou destinatários de deveres fundamentais – dos deveres fundamentais compatíveis com a sua natureza"[739];

*v) universais*, uma vez que "os deveres fundamentais são encargos ou sacrifícios para com a comunidade nacional, que valem relativamente a todos os indivíduos e não apenas relativamente a alguns deles, ou seja, os deveres fundamentais pautam-se pelo princípio da generalidade ou da universalidade, não sendo admissíveis discriminações com base neles"[740];

*vi) permanentes*, já que "os deveres fundamentais configuram-se como posições jurídicas duradouras ou permanentes ou, por outras palavras, gerais no tempo', o que tem a ver, designadamente, com a característica, que por via de regra lhes e apontada, da irrenunciabilidade tanto para o legislador ordinário como para o legislador da revisão constitucional"[741].

*vii) essenciais*, visto que "tais posições hão de ser do mais elevado significado para a comunidade ou, o que e a mesma coisa, hão de revelar-se importantíssimas para a existência, subsistência e funcionamento da sociedade organizada num determinado tipo constitucional de estado ou para a realização de outros valores comunitários com forte sedimentação na consciência jurídica geral da comunidade, sedimentação esta a que, por certo, não será de todo alheia a própria graduação ou categorização tradicional (histórica) de que tem sido alvo certos deveres. Em suma, posições que traduzam a quota parte constitucionalmente exigida a cada um e, consequentemente, ao conjunto dos cidadãos para o bem comum"[742].

Os deveres fundamentais podem ser classificados de acordo com a fundamentalidade dos direitos, isto é,

- *deveres formalmente constitucionais*: deveres constitucionais inscritos no catálogo dos deveres fundamentais, topograficamente assinalados; constituem-se através de regras com força jurídica constitucional (suprema);

[739] *Ibid,* p. 69.
[740] *Ibid,* p. 71.
[741] *Ibid,* p. 72.
[742] *Ibid,* p. 73.

- *deveres materialmente constitucionais*: previstos nas legislações infraconstitucionais. Desconsidera a força jurídica, seja ela constitucional ou infraconstitucional, apostando na relevância social ou política de um dever.

A subjetividade inerente à fundamentalidade material leva-me a conjeturar se os deveres fundamentais se apresentam através um número aberto ou fechado, como sucede com o elenco fechado de direitos fundamentais consagrados na CRP. Entender que o elenco de deveres fundamentais consagrados na CRP é aberto equivale a afirmar, portanto, que existem deveres que não constam da lista constitucional, assinalada topograficamente pela mão do legislador constituinte, mas que constam de textos extra constitucionais. Atendendo à fragilidade da fundamentalidade material, que parece oscilar de acordo com a conjuntura externa, parece-me preferível olhar apenas para o conceito formal.

Deste modo, os deveres fundamentais constituem uma categoria constitucional com natureza própria e com uma "expressão imediata ou direta de valores e interesses comunitários diferentes e contrapostos aos valores e interesses individuais consubstanciados na figura dos direitos fundamentais"[743]. Ainda assim, tal natureza não obsta a que os deveres se agreguem aos direitos fundamentais, em razão de,

> "constituindo eles a ativação e mobilização constitucionais das liberdades e patrimónios dos titulares dos direitos fundamentais, para a realização do bem comum ou do interesse público (primário), apresentam-se, em certa medida, como um conceito correlativo (…) e delimitador do conceito de direitos fundamentais"[744].

Para CASALTA NABAIS, o facto de os deveres fundamentais constituírem uma categoria autónoma, não impede que estes integrem a matéria dos direitos fundamentais, pois que esta abrange o estatuto total do indivíduo: situações jurídicas ativas e passivas[745]. CANOTILHO reitera a posição mencionada, aduzindo que, de acordo com o princípio da assinalagmaticidade ou da assimetria entre direitos e deveres fundamentais, não se lhes encontra uma reciprocidade, pois que tal assimetria constitui "uma condição necessária de um estado de liberdade"[746].

[743] *Ibid,* p. 37.
[744] *Ibid,* p. 38.
[745] *Ibid,* p. 15.
[746] CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 533.

Assinalada esta correlação entre os deveres e direitos fundamentais, que explica o facto de tais deveres integrarem a esfera constitucional dos direitos fundamentais, isto é, "a (sub)constituição do indivíduo"[747], atente-se para as consequências deste encadeamento[748]:

- os deveres fundamentais devem ser interpretados e agregados de acordo com o disposto constitucional relativo aos direitos fundamentais;

- é aplicável aos deveres fundamentais o regime geral dos direitos fundamentais;

- aplicam-se duas limitações aos deveres fundamentais: a primeira, de carácter geral, em que protege os direitos-garantia que se sobrepõem à execução dos deveres que possam desrespeitar o panorama constitucional, e a segunda, de carácter especial, cuja independência se baseia no pressuposto de o seu conteúdo limitar deveres fundamentais específicos;

- estreita ligação dos direitos económicos, sociais e culturais com os deveres fundamentais que os transforma em direitos-deveres, reconhecidos como direitos de solidariedade.

Os deveres fundamentais apresentam titulares ativos e beneficiários, que podem ser encontrados na norma atinente ou ser inferidos por interpretação jurídica. Sabendo que os deveres fundamentais são, na verdade, deveres para com a sociedade, a titularidade do poder de os consagrar pertence exclusivamente ao Estado[749]. No que concerne ao lado passivo da equação, considera-se como beneficiário de um dever fundamental a pessoa ou o titular de uma posição jurídica que se revele como o contraposto direto à ação constitucionalmente consagrada devida pelo titular ativo do dever fundamental.

## § 15.º A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO

Nos termos do art. 1.º, a CRP declara Portugal como uma República e soberana (princípio republicano), baseada na dignidade da pessoa humana, princípio basilar de um Estado de Direito que funciona como um instrumento de incorporação e hermenêutica

[747] CASALTA NABAIS, *O dever fundamental*, p. 117.
[748] *Ibid*, pp. 120 ss.
[749] *Ibid*, p. 101.

constitucional de todas as normas jurídicas, do qual irradiam todos os direitos fundamentais. Atendendo a este disposto constitucional, o legislador estabelece a dignidade humana como fundamento máximo do Estado constitucional português, um supraprincípio que guia a interpretação e aplicação dos restantes princípios, direitos, liberdades e garantias positivados na CRP. Sendo a CRP uma Lei unitária, assume-se, portanto, que toda a hermenêutica constitucional tem como escopo um resultado integrador, em consonância e harmonização, que permita uma maior eficiência na efetivação das normas constitucionais[750]. Deste modo, o princípio da dignidade humana constitui esse guia na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais consagrados na CRP, de forma que a interpretação e a aplicação destes seja aconteça em conformidade com o princípio da dignidade humana.

A CRP foi a primeira Constituição, na história constitucional portuguesa, a positivar a dignidade da pessoa humana como base da República portuguesa como o pilar de toda a ordem jurídico-constitucional[751]. Semelhante positivação constitucional torna a pessoa humana como o suporte e o fim da sociedade portuguesa e do Estado de Direito Democrático de Portugal.

Olhando para o elenco constitucional, concluo que todos os direitos, liberdades e garantias, assim como todos os direitos económicos, sociais e culturais existem porque existem pessoas, cuja dignidade deve ser protegida. Uma pessoa, pelo simples facto de ser humana, já é *per se* detentora de dignidade. É esta dignidade ou atributo natural absoluto que torna todos os homens iguais e merecedores de igual respeito entre si. Com efeito, SARLET descreve a dignidade da pessoa humana como

> "a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos "[752].

[750] SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso de Direito*, pp. 207 ss.
[751] MIRANDA, *Manual.* IV, p. 167.
[752] SARLET, *Dignidade*, p. 60.

Já FERREIRA DA CUNHA apresenta uma definição de dignidade humana mais completa e evoluída, em razão de não consistir num conceito centrado na pessoa em si mesma, mas na pessoa humana inserida num contexto social e relacional:

> "a Dignidade, que é o valor autónomo e autossubsistente de um ser, e se traduz, na prática, pelo dever moral desse ser para consigo próprio, e pelos deveres jurídicos de respeito, solidariedade e socorro por parte dos outros, pressupõem precisamente uma individualidade, mas uma individualidade interativa, social, e radicada. Por conseguinte, haverá desde logo que pensar na dignidade como característica típica de um ser espiritualmente e culturalmente dotado de ipseidade. Um ser pessoalmente concreto e irrepetível, e singularizado por si no contexto de uma cultura igualmente individualizada (…) É certo que mesmo sem se aperceber e mesmo recusando a sua dignidade, todo o ser humano a possui e é dela credor. Todavia, uma coisa é a dignidade assumida, consciencializada e vivida, outra é a dignidade passiva que, a prazo, é sempre ignorada. Isto significa que a defesa da dignidade, a luta pela dignidade, é de todos e de cada um. A dignidade, sendo, como a personalidade jurídica, um pressuposto, constitui também, todavia como a capacidade para agir, uma variável do discernimento e do seu efetivo uso na prática"[753].

Quer isto dizer que a valorização da pessoa humana deve considerar a dignidade em si mesma e por si mesma, dentro do grupo onde se insere, mas além do mesmo. Ainda que a pessoa pertença a uma determinada comunidade ou grupo, onde possui a mesma dignidade que os demais, dentro de um quadro de igualdade, de acordo com o art. 13.º, a sua dignidade não se reduz à sua comunidade, pelo que qualquer violação que lhe seja acometida em nome da comunidade ou grupo, será inadmissível. Citando CASTANHEIRA NEVES, "o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o Homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe"[754].

Atualmente pode afirmar-se que apenas nos Estados de Direito Democráticos os direitos fundamentais encontram a devida positivação e proteção constitucional. Todavia, também se apresenta correto afirmar que é nestes Estados que o conceito de dignidade humana apresenta, por vezes, uma interpretação errada, porque demasiado ampla e, por isso, ocasionadora de uma autodeterminação conceptual da dignidade. Nestes termos, não se pode olhar para a dignidade humana como um direito fundamental invocável perante

[753] FERREIRA DA CUNHA, *Filosofia Jurídica*, p. 407.
[754] CASTANHEIRA NEVES, *A revolução*, p. 207.

determinadas posições jurídicas subjetivas, mas como um princípio delineador da aplicação e fixação material dos direitos fundamentais consagrados na CRP.

A CRP é omissa quanto à conceitualização da dignidade humana. Da DUDH, do disposto no art. 1.º, sabe-se *apenas* que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade".

Assim, o que une os homens entre si, para a prossecução da valorização da dignidade e dos direitos (iguais) do próximo, é a sua *razão e consciência*. Este conceito, manifestamente jusnaturalista, lembra o Homem que o mais básico princípio de convivência comunitária, o da dignidade humana, jaze na sua *razão e consciência* desde sempre, em jeito de direito natural. Se ao Homem é inata a sua dignidade humana, ser-lhe-á (ou assim deveria) igualmente inato o respeito pela dignidade do outro – "eis porque os direitos fundamentais, ou os que estão no seu cerne, não podem desprender-se da consciência jurídica dos homens e dos povos"[755].

Desta forma, delimitando positivamente o conceito de dignidade da pessoa humana, apresentam-se cinco diretrizes básicas da mesma[756], a ter em consideração aquando da sua aplicação delineadora a outros princípios ou direitos fundamentais[757]:

1. a dignidade da pessoa humana é inerente a todas as pessoas na sua vida real e quotidiana, sendo individual, irrenunciável e insubstituível;

2. a dignidade que cada indivíduo possui é dele mesmo, e não da comunidade ou grupo onde se insere, sendo, por isso, absoluta;

3. a dignidade afere-se pelo ser, e não pelo ter; a liberdade humana prevalece sobre a propriedade, pois que não é esta que determina a dignidade humana, que se revela natural (desde a nascença, de acordo com o art. 1.º, DUDH);

4. a dignidade da pessoa humana postula uma conceção universalista, sendo inerente a todas as pessoas, sejam cidadãs portuguesas ou estrangeiras;

[755] MIRANDA, *Manual.* IV, p. 169.
[756] *Ibid*, pp. 169 ss.
[757] Sobre o perfil de aplicação constitucional da dignidade humana, releva a leitura de ALEXANDRINO, *O discurso*, p. 47 ss

5. a dignidade da pessoa humana conjetura a sua autonomia pessoal face aos outros e ao Estado e outras entidades públicas e privadas.

# PARTE II

## LEI MOSAICA E CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

# CAPÍTULO I – OS PRESSUPOSTOS DA COMPARAÇÃO

*Não estamos a discutir um tema sem importância, mas sim como devemos viver.*
Sócrates

## § 16.º DO DIREITO COMPARADO

### 16.1. NOÇÃO E OBJETO DA JUSCOMPARAÇÃO

Observados os contextos evolutivos e conceptuais adjacentes à LM e à CRP, é tempo de começar, com um propósito de acrescido teor prático, a análise comparativa das duas Leis, reconhecendo os proveitos de carácter científico que justificam um estudo de comparação jurídica.

O Direito Comparado, fundado na "comparação do espírito ou estilo de diferentes sistemas jurídicos ou de instituições jurídicas comparáveis, de métodos de pensamento e procedimento usados"[758], contribui para o aumento do conhecimento sobre o sistema jurídico de que se parte, assim como para a dissolução de preconceitos nacionalistas, apontando para um rigoroso entendimento de (e entre) outras sociedades e culturas[759].

Para se efetuar um real estudo comparativo importa encetar um reconhecimento dos traços mais significativos do direito estrangeiro (Decálogo) e do direito nacional (CRP), de modo a utilizar a ciência adquirida como base de uma comparação crítica, terminando com as conclusões sobre a posição a tomar face ao problema normativo fundamental em apreço, o que, no final, pode acarretar uma reinterpretação do direito nacional[760]. Ou seja, importa identificar os elementos jurídicos, metajurídicos e históricos

[758] ZWEIGERT; KÖTZ, *An Introduction*, p. 4.
[759] ZWEIGERT; KÖTZ, *An Introduction*, pp. 15-6. Cf. também DAVID, *Os grandes sistemas*, p. 4: "O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; e, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional".
[760] ZWEIGERT; KÖTZ, *An Introduction*, p. 6.; FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução*, pp. 24 ss.

que norteiam os ordenamentos hebraico e português e compará-los criticamente, de forma a apresentar uma síntese (final) comparativa dos mesmos[761].

Um estudo de Direito Comparado deve apresentar sempre institutos comparáveis. Este é o elemento fundamental a respeitar em qualquer comparação jurídica. Conhecido como *o método funcional* do Direito Comparado, recebeu influência da teoria sociológico-funcionalista, e parte do princípio de que existem semelhanças funcionais entre os ordenamentos a comparar. Construído por RABEL e desenvolvido por ZWEIGERT e KÖTZ, o método pressupõe que apenas os institutos que preencham a mesma função jurídica podem ser objeto de comparação[762]. É essa coexistência de dissemelhantes soluções na abordagem de problemas semelhantes que preenche a referida função, o que as torna comparáveis. Todos os sistemas jurídicos encontram os mesmos problemas, sejam eles de ordem social, política ou económica[763]; todavia, não apresentam as mesmas soluções para a sua conversão. Ainda assim, na ótica de FERREIRA DE ALMEIDA, a aplicação deste método não pode ser efetuada de forma isolada, pelo que deve ser invocada tendo em consideração o enquadramento jurídico dos dois ordenamentos, "que serve de complemento aos fatores estritamente sociais e que marca os limites da comparação. Comparáveis serão apenas os institutos que, na perspetiva de cada ordem jurídica, intervenham na resolução de questões jurídicas semelhantes através de instrumentos de natureza semelhante"[764].

Desta feita, e porque a análise comparativa de Leis impõe clareza metodológica, adoto o *método funcional* de Direito Comparado, no formato desenvolvido por ZWEIGERT e KÖTZ. Procuro, assim, honrar o núcleo essencial do método, que presume a comparatibilidade do que comparo, isto é, os elementos que preencham funções jurídicas análogas. Concretamente, comparo duas Leis Fundamentais de dois sistemas jurídicos não contemporâneos, no que pode efetivamente ser comparável: de um lado a LM (DH), do outro a CRP (Direito romano-germânico).

A análise microcomparativa e a invocação de elementos macrocomparativos é feita de acordo com as fontes de Direito: observação do Decálogo e outras leis mosaicas

[761] De acordo com FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução*, p. 12, é a utilização do método comparativo e a apresentação de conclusões que distingue o direito comparado do "simples conhecimento de direitos estrangeiros".
[762] ZWEIGERT; KÖTZ, *An Introduction*, pp. 33-4.
[763] FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução*, p. 23.
[764] *Ibid*, p. 24.

aplicáveis ao disposto nos Dez Mandamentos, e da CRP e outras leis nacionais, doutrina estrangeira e portuguesa e jurisprudência estrangeira e de tribunais portugueses.

### 16.2. A ESCOLHA E CLASSIFICAÇÃO DOS SISTEMAS A COMPARAR

Escolho para comparação institucional as duas Leis Fundamentais de dois sistemas jurídicos distintos: a LM, na sua vertente moral, universal e perpétua (Decálogo) e a CRP. Irei observar, como um todo, o sistema jurídico hebraico da Antiguidade e o sistema jurídico-constitucional de Portugal atual, tomando como ponto de análise central os Dez Mandamentos e a sua correspondência na CRP.

A escolha dos sistemas para comparação assenta na premissa de que o DH influenciou, ao longo dos séc., diversos sistemas, nomeadamente o sistema jurídico-constitucional português, inserido na grande família romano-germânica, os chamados direitos romanistas. Importa perceber, contudo, até que ponto da história vai esse influxo.

O sistema jurídico hebraico da Antiguidade Oriental compõe-se de todas as leis desenvolvidas na Israel antiga, organizadas no corpo da *Torah*. Trata-se de um direito religioso-monoteísta, cuja principal fonte de direito era o próprio Deus. Das seiscentas e treze *mitzvot* que compõem o DH, destaco os *Dez Mandamentos*, preceitos religiosos e morais que constituem o cerne de todo o sistema hebraico[765], sem olvidar as leis civis e, quando oportuno, as cerimoniais que dele emanaram. Como observado, o elemento moral, religioso e civil não era destrinçado, pelo que, na sua análise, abordo as três esferas, respeitando a sua estrutura inicial. Ainda que a Lei Cerimonial não releve para este estudo, sempre que se torne útil para a compreensão da *ratio*, interpretação e aplicação do mandamento, invocarei alguns vv. que a compõem.

A família romano-germânica agrupa os países cuja Ciência do Direito se formou sobre a base jurídica do Direito Romano. Destaca-se pelo facto de as suas normas serem concebidas como "regras de conduta estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral"[766]. Formada na Europa, deve a sua existência ao esforço de Universidades europeias que produziram glosas e comentários, a partir do séc. XII, construindo uma

[765] GUSMÃO, *Introdução*, p. 234.
[766] DAVID, *Os grandes sistemas*, p. 23.

ciência jurídica modernizada, apoiada nas compilações romanas de Justiniano do séc. VI: *Corpus Iuris Civilis*[767].

A receção do Direito Romano não se fez de forma uniforme no espaço europeu, uma vez que, por ser direito subsidiário, a sua aplicação dependia de outras fontes. No caso português, "a unidade política, o exercício pelo rei do poder legislativo e a "codificação" empreendida pelas Ordenações, a partir do séc. XV, deixaram para as *leges imperiales* um papel que, apesar de ser importante, foi inferior ao que se verificou em espaços onde era menor a densidade de outras fontes"[768].

A par da ingerência do Direito Romano, releva também (e principalmente) para esta família a Revolução Francesa e as Declarações que dela advieram, cuja força se sentiu em Portugal a partir de 1820, com a Revolução Liberal.

### 16.3. GRELHA FUNDAMENTAL DE QUESTÕES SUBSTANTIVAS A ANALISAR

O Direito Constitucional Comparado compreende a análise critica entre institutos constitucionais de um país em diversas épocas históricas ou entre ou de vários países, comparáveis entre si. O presente trabalho pende sobre esta última comparação: procuro apresentar um estudo comparativo entre a LM e a CRP, na correspondência do Decálogo, entendendo como o Direito Positivo português considera atualmente determinados princípios, direitos e deveres fundamentais e como outrora foram consagrados na LM.

Na execução desta tarefa não posso, todavia, comparar tais questões em bruto, pelo que se impõe apresentar alguns critérios de comparatibilidade ajustados, o que permitirá conhecer, com maior clareza, a realidade normativa da LM e da CRP, dando resposta ao problema fundamental deste trabalho. A divisão formal dos próximos pontos será feita de acordo com a seguinte grelha comparativa fundamental[769]:

*i)* Elementos históricos e sociológicos

*ii)* A originalidade das Leis

[767] *Ibid*, p. 24.
[768] FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução*, pp. 38.
[769] O conceito de grelha comparativa aqui invocado atribui-se a ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, de acordo com FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução*, p. 21.

*iii)* Os Preâmbulos

*iv)* Os mandamentos e os direitos e deveres fundamentais.

O conteúdo de cada uma destas secções incide sobre diversos institutos jurídico-constitucionais com correspondência no Decálogo, devidamente selecionados em detrimento de outros[770]. De forma incisiva, procuro analisar o lugar (jurídico) estrutural de cada mandamento e a sua correspondência no elenco normativo da CRP, salientando, sempre que possível, o pano de fundo histórico.

Partindo das propostas de comparatistas como CONSTANTINESCO e ZWEIGERT, A escolha dos elementos a considerar neste trabalho juscomparativo olha às duas modalidades de comparação: macrocomparação e microcomparação. A primeira consiste, em traços lassos, num estudo comparativo de duas ordens jurídicas (de famílias distintas) quanto à sua caracterização ou estrutura global. Refiro-me a:

- *elementos históricos*, com especial destaque para a evolução histórico-social de Israel e Portugal;

- *elementos internos ou jurídicos*, como a conceção do Direito (originalidade das leis), fontes, a estrutura de princípios e de direitos e deveres fundamentais;

- *elementos externos ou metajurídicos*, como a língua, a cultura, a relação da Religião e da Moral com o Direito e valores que influenciam a ordem jurídica.

A segunda, de caráter mais prático, consiste no estudo comparativo de soluções jurídicas atinentes a problemas específicos, encontradas nas duas ordens jurídicas. A doutrina entende igualmente que a microcomparação consiste na comparação de *institutos jurídicos*[771] em ordens jurídicas diferentes, definindo-se o instituto jurídico como "um conjunto de normas, princípios, instituições e organizações de natureza jurídica que, numa dada ordem jurídica, possam ser tomados unitariamente sob certa perspetiva ou critério". Seguindo a tese de MICHEL FROMONT, opto pela primeira hipótese, pois que se apresenta mais conveniente quando se comparam ordens jurídicas culturalmente distantes (DH *vs* Direito Português)[772]. Não raras vezes, quando se comparam ordens jurídicas

[770] A matéria processual concernente à aplicação do disposto no Decálogo e dos preceitos constitucionais não consta deste estudo.
[771] FROMONT, *Grands Systèmes*, pp. 1-2.
[772] FERREIRA DE ALMEIDA; CARVALHO, *Introdução ao Direito*, p. 13.

culturalmente distintas, não se encontram institutos jurídicos semelhantes, apenas soluções distintas para problemas semelhantes. O DH e o Direito Português são comparáveis entre si mas, devido à desconexão de institutos jurídicos presentes nas duas ordens, em especial devido à separação milenar entre ambos, à evolução do Direito e a pertença a famílias jurídicas distintas, o foco da comparação não pode ser o instituto jurídico *per se*, antes as soluções encontradas nas duas ordens jurídicas que visem a proteção de bens jurídicos comuns.

Neste sentido, para a execução da tarefa a que me proponho, inicio a minha exposição e análise comparativa pelo conhecimento dos traços mais relevantes do direito estrangeiro (DH), mandamento por mandamento, comparando-o criticamente com os direitos e deveres constitucionais correspondentes do direito nacional (CRP), enquadrando os elementos supracitados na referida grelha comparativa fundamental. O desdobramento dos elementos em quatro pontos distintos permite, assim, uma isolação dos mesmos com vista a uma apresentação e explanação mais aprofundada.

## § 17.º A IMPORTÂNCIA DA EXEGESE E HERMENÊUTICA BÍBLICAS NA ANÁLISE DA LEI MOSAICA

Historicamente, a Igreja tem observado a natureza da Bíblia de modo equiparável à sua perceção de JESUS: esta é, simultaneamente, divina e humana[773]. Como Palavra de DEUS escrita por mãos de homens, tal dupla natureza exige do intérprete uma correta leitura da mesma. Para lá da índole eterna e imutável da Bíblia, em razão de revelar ao Homem um DEUS igualmente eterno e imutável, ela apresenta, de igual modo, relevância histórica, com particularidades específicas da época em que os acontecimentos ocorreram. Para a sua compreensão importa o tempo histórico em que tais factos foram contados, através da chamada tradição oral, e redigidos. Compreender as Escrituras é discernir a voz divina que a ditou e a mão do Homem que a registou, assimilando o real significado de cada texto e o contexto histórico, cultural, linguístico e autoral[774].

[773] FEE; STUART, *Entendes o que lês*, p. 28.

[774] KELSEN reiterou a necessidade de uma hermenêutica bíblica e de uma contextualização das Escrituras, lembrando que "muitas instituições apresentadas nas Escrituras como diretamente aprovadas ou, pelo menos, não desaprovadas por Deus ou pelos homens por ele inspirados – a poligamia, a escravidão, a vingança de sangue – estão em franca oposição ao sentimento de justiça dos cristãos modernos" (KELSEN, *O que é justiça*, p. 29).

Observar as tábuas do Decálogo é, em bom rigor, observar a Lei de DEUS escrita por Si. MOISÉS surge como um mediador entre o Divino e a humanidade, alguém que *ouve* o Sagrado e o entrega aos seus semelhantes. Alturas houve em que escreveu as leis pelo seu próprio dedo; com as tábuas do Testemunho, tal não sucedeu. Perante o Decálogo não vemos MOISÉS, o legislador, mas MOISÉS, o mediador.

Os *Dez Mandamentos* não se constituem apenas de um conjunto de imperativos e proibições. Para o Judaísmo e Cristianismo não são meras proposições de um DEUS distante que pretende exercer uma autoridade impiedosa sobre Israel ou sobre a Igreja. São indicações de quem Ele é e o que deseja para o seu povo eleito: paz com Deus e paz com todos. Constituem, no fundo, um Pacto entre DEUS e a humanidade: ao que observar a Lei, DEUS promete a bênção.

Os escritores da Bíblia, do AT ao NT, usavam de uma linguagem própria da época, por vezes repleta de simbolismos, palavras retóricas, expressões hebraicas (hebraísmos) que, ainda que simples, tendo em conta o público-alvo não possuir grande conhecimento linguístico e/ou literário, não são de fácil interpretação, face às diferenças que apresentam relativamente ao vocabulário moderno. Desta forma, é imperioso determinar, com recurso à exegese[775], qual o sentido usual e comum que o escritor imprimiu no seu texto[776], sem cair numa literalidade interpretativa que corrompa o efetivo desígnio que o autor pretendeu transmitir. Mais: importa sempre olhar ao contexto histórico e enquadrar os vv. nos textos anteriores e ulteriores – tal só será viável mediante o correto significado das palavras, providenciando um real entendimento dos textos. A Bíblia apresenta-se não como um texto formalmente homogéneo, mas como um conjunto de livros com formas diversificadas, tais como "biografia, narrativa histórica, poesia, profecia, sabedoria, epistolografia, ensino doutrinário e ético, escatologia"[777], o que requer do intérprete conhecimento e aplicação das regras e dos métodos hermenêuticos. Observar com detalhe e compreender a Bíblia Sagrada, torna-se exequível apenas através do recurso às regras da hermenêutica constitucional e exegese e hermenêutica bíblicas. Se esta é uma premissa fundamental para um estudo documental jurídico profícuo, é, de igual modo, fundamental para um estudo bíblico com veracidade e não tendencioso.

[775] Compreender o significado das palavras de forma isolada, bem como a relação gramatical que têm entre si, permite entender, com maior rigor, a sua *ratio essendi*.
[776] LUND; NELSON, *Hermenêutica*, pp. 28 ss.
[777] ALEXANDRE JR., *Hermenêutica*, p. 11.

Para uma conveniente compreensão do Decálogo importa recorrer a duas ferramentas: a exegese e a hermenêutica. A exegese busca o perfeito entendimento do sentido inicial das Escrituras, olhando ao seu contexto histórico e cultural e aos desígnios de cada palavra usada. É, pois, uma tarefa histórica que reclama ouvir a Palavra tal como os destinatários primários ouviram[778]. A hermenêutica é a segunda etapa da interpretação bíblica, e visa assimilar a relevância contemporânea do texto bíblico, isto é, almeja analisar os textos com o escopo primordial de aplicá-los, de uma forma prática, à vida quotidiana. Enquanto "sistema de princípios e métodos de interpretação"[779], a hermenêutica auxilia na interpretação correta dos textos sagrados, tendo em vista a árdua tarefa que é, para um jurista, esquadrinhar os mesmos[780].

A exegese e hermenêutica bíblicas auxiliam na interpretação correta do significado e alcance dos mandamentos, que não se afigura simples, olhando ao elevado nível de *generalidade* que revelam. Por ex., o mandamento "*Não matarás*" vai além da morte física da pessoa. Segundo as palavras de JESUS, "*qualquer que, sem motivo, se encolerizar contra seu irmão será réu de juízo*"[781], o que complexifica a aceção do real alcance da norma. Um simples mandamento ou lei, por ultrapassado que pareça na sociedade pós-moderna, pode trazer, para o séc. XXI, implicações valorativas de relevo para a ciência legislativa. Pense-se na regra taliónica "*olho por olho, dente por dente*": a sua aplicação hodierna consistiria numa inequívoca violação dos direitos humanos do arguido, tendo em vista a proibição de penas que comprometam a integridade física ou a vida do arguido (art. 30.º, n.º 4). Todavia, tal regra vai além da sua declaração: seguindo

[778] FEE; STUART, *Entendes o que lês*, p. 31
[779] ALEXANDRE JR., *Hermenêutica*, p. 11.
[780] S. PEDRO compreendia a árdua tarefa de bem interpretar as Escrituras, alegando que "*há certos pontos difíceis de entender, que os ignorantes e vacilantes torcem, como fazem com as demais Escrituras, para a própria perdição*" (II Pe 3:16, ARC).
[781] Mt 5:22.

a lógica da justiça distributiva, aponta para o princípio da proporcionalidade[782] aplicado à medida da pena, princípio este relevante para o Direito português[783].

Se é verdade que muitos diligenciam interpretar a Bíblia ao seu jeito, de forma a obter uma conclusão ficcionada, tal não é o meu intuito, pelo que uso a Sagrada Escritura como intérprete de si mesma, sabendo que "*toda a Escritura é inspirada por Deus e útil para instruir, para refutar, para corrigir, para educar na justiça*" (II Tm 3:16). Esta é possivelmente a mais valorosa regra fundamental para a interpretação. Assim, na apreciação da LM, analiso os vv. de acordo com as regras da exegese e da hermenêutica bíblica, desviando-me propositadamente de influências religiosas externas e de interpretações filosóficas sobre os mesmos. Aproximo-me da LM tal como apresentada na *Torah*, sem prejuízo de, em certos pontos, apreciar a sua evolução narrada nas Escrituras. Ainda que sejam proveitosas as incidências interpretativas da Lei, sobretudo as redigidas a partir da Idade Média, não lhes sigo o rasto, sob pena de tais interpretações terem sofrido, à época, influências filosóficas da Antiguidade Clássica e da IC. É, deste modo, opção própria interpretar a Bíblia através da Bíblia, pois que o melhor método para se conhecer da LM é estudá-la no seu enquadramento (nas Escrituras como um todo) e através da Palavra do seu autor.

[782] Tal proporcionalidade na medida da pena, ainda que aplicada nos Direitos Cuneiformes e no DH, foi somente alvo de estudos jurídicos na Antiguidade Clássica, nos ensaios filosóficos gregos. Primeiramente através de PLATÃO, em *Leis*, e depois através de ARISTÓTELES, em *Ética a Nicómaco*. Enquanto o primeiro associava a ideia de igualdade a proporcionalidade, o segundo partida de uma destrinça entre a justiça enquanto virtude universal e a justiça enquanto virtude particular, ou legal, a qual dividia em justiça distributiva e justiça comutativa. Para o filósofo, a justiça distributiva consistia numa igualdade proporcional, numa relação igual entre pares, isto é, no caso de existirem dois indivíduos e duas objetos partilhados, o procedimento justo seria o que fundasse uma relação entre os objetos proporcional à relação existente entre os dois indivíduos. O resultado, atendendo a que o justo equivale ao igual e este ao proporcional, culminaria numa justiça proporcional (ARISTÓTELES, *Ética*, Livro V, II e III).

[783] De acordo com VITALINO CANAS, *In* AAVV, *Perspetivas constitucionais*. II, pp. 591-2, o princípio da proporcionalidade constitui-se como um "princípio geral de direito, constitucionalmente consagrado, conformador dos atos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjetivamente radicáveis se deve revelar idónea e necessária para atingir os fins legítimos e concretos que cada um daqueles atos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins".

## CAPÍTULO II – A ANÁLISE COMPARATIVA

*Jurei a Constituição mas, ainda que não a jurasse, seria ela para mim uma segunda religião.*
D. Pedro II

### § 18.º ELEMENTOS HISTÓRICOS E SOCIOLÓGICOS

#### 18.1. A LEI MOSAICA: DA LÍNGUA OFICIAL E DA FUNDAÇÃO DE ISRAEL

A Lei de DEUS é tão relevante para o cristão de hoje como era para o hebreu da Antiguidade. A comunicação feita por DEUS aos patriarcas, juízes, reis, salmistas e profetas foi entregue através de um modelo hebraico antigo, específico para um povo de um contexto e épocas precisas, pelo que não é exequível entender os princípios e leis constantes do AT sem apreciar os problemas e desafios que Israel enfrentava no momento em que DEUS decretou o Decálogo.

Sumariamente, estes são os principais elementos do estudo sistemático da *Torah* que relevam para este estudo:

1. A língua hebraica, na qual a *Torah* foi redigida originalmente;

2. A história da fundação de Israel, que permite entender a cultura e religião judaico-cristã segundo elementos da *Torah*;

3. A cronologia possível dos acontecimentos, de acordo com os dados apresentados por STEINMANN, que auxilia na compreensão das questões atinentes ao povo de Israel e a MOISÉS.

No que concerne à língua oficial de Israel, apesar do extenso intervalo de elaboração das Escrituras veterotestamentárias, o hebraico do AT revela-se homogéneo, em razão de ser uma língua estável e simples, com assaz vocabulário colocado em unicamente três consoantes. Trata-se de uma língua com grandes similaridades com a dos povos circundantes de Israel. A título de ex., lê-se em Is 19:18 que a língua dos hebreus era a "*língua de Canaã*"[784], uma língua semítica ocidental, tal como o hebraico. Só no

[784] Terra da conquista prometida por DEUS a ABRAÃO. Através da língua cananeia, os hebreus sofreram grandes influências, segundo consta dos hinos e poemas encontrados em Ugarit.

término do seculo II a.C. a língua dos hebreus passou a ser oficialmente conhecida como hebraica[785].

Quanto à história de Israel, revela-se sempre atual. Não só pela religiosidade mística a ela adjacente, que habita entre os corações dos mais religiosos judeus ou cristãos, mas principalmente pelo legado jurídico e moral que deixou, e por ser o "único povo do Oriente Antigo que sobreviveu ao desmoronamento de milenares impérios que, facto excecional na História da Humanidade, reconstitui hoje a sua vida política nas mesmas plagas conquistadas há mil. [pelos] seus antepassados"[786].

Sabe-se hoje que os hebreus eram nobres, entre os restantes povos, na bela arte de escrever a História, em especial pela fidelidade às narrativas tradicionais[787]. Mas não só. Distinguiam-se identicamente pelo facto de não escreverem a pensar no passado, mas no tempo presente e futuro. Afinal, trata-se de um povo com uma esperança de vida assente na promessa messiânica, pelo que todo o AT aponta para o tempo futuro: o tempo em que o Messias surgirá em resgate do povo de DEUS (Israel e Igreja).

Os hebreus são semitas[788], de tribos nómades conduzidas por chefes – os Patriarcas. O primeiro é ABRAÃO e é com ele que se inicia a história da fundação de Israel, a Nação eleita por DEUS [789]. De acordo com Gn 12:1-3, DEUS dá ordem a ABRAÃO, descendente de Sem, para abandonar a cidade de Ur da Caldeia e dirigir-se a uma terra então desconhecida: Canaã (Gn 12:7). Estabelece-se em Harã, segundo os relatos bíblicos[790] e achados arqueológicos[791], indo de seguida para o Egito, durante os tempos de escassez de alimentos na terra de Harã, aproximadamente em 2091 a.C.[792]. Após a divisão de terras com LÓ, seu sobrinho, ABRAÃO arma as suas tendas, juntamente com todos os seus familiares e servos, nos carvalhais de Manre, junto a Hebrom (Gn 13:7-18). Estava iniciada a era dos patriarcas[793]: ABRAÃO, ISAAC e JACÓ constituem-se como os chefes dos clãs que originariam, mais tarde, a nação de Israel.

---

[785] OHLER; MENZEL, *O Atlas*, p. 20.
[786] GIORDIANI, *História*, p. 224.
[787] BETTENCOURT, *Para entender*, p. 33.
[788] Os semitas são os povos que tiveram a sua origem em SEM, filho de NOÉ: hebreus, assírios, aramaicos, fenícios e árabes.
[789] COHN-SHERBOCK, *Judaism*, pp. 14 ss; BASKIN, *The Cambridge*, pp. 2, 471.
[790] Gn 12:4.
[791] GIORDIANI, *História*, p. 227.
[792] Sobre a dificuldade de concluir uma data aproximada da vivência e peregrinação de ABRAÃO, UNGER, *Arqueologia*, pp. 54 ss.
[793] Gn 12-35.

Não é correcto afirmar que a Nação de Israel foi fundada neste período cronológico. Gn não relata a história do povo, mas a história de uma família ao longo de três gerações, numa perspetiva muito fechada e focada em si mesma. O único documento literário que preserva informação sobre estes tempos é o livro de Gn, pelo que o conhecimento sobre os patriarcas escasseia. Não obstante, após leitura do mesmo, conclui-se que conduziam um estilo de vida nómada de "terra cultivada, que sempre ficam na terra cultivada ou nas suas margens, como não-sedentários que vivem entre as cidades e aldeias, preferencialmente nas regiões que não estão tão densamente ocupadas por elas"[794], estilo de vida este que os hebreus primitivos herdaram[795]. Habitam em tendas[796] e mantém uma relação distante com outros povos[797]. A nível económico, destacam-se pela criação de rebanhos, burros e camelos[798] e pela prática da agricultura e viticultura[799].

Quando os judeus passaram a habitar no Egito, sob a governação de José (Gn 47:1-12), por volta de 1876 a.C., o faraó concedeu-lhes terras para que nelas servissem como pastores de rebanho. Desconhece-se se foi efetuado um Pacto de suserania entre o Egito e o povo judeu ou se consistiu numa aliança informal[800].

O nascimento de MOISÉS situa-se por volta de 1526 a.C., no Egito. Criado no Egito, debaixo da proteção do faraó, com aproximadamente quarenta anos de idade, renuncia à vida de Príncipe e parte para Midiã, onde constitui família e permanece por mais quarenta anos. Durante este período, o povo de Israel, o seu povo por *ius sanguinis*, permanece no Egito, debaixo do jugo da escravidão. Até ao dia em que DEUS *se lembra* do Pacto que havia feito com ABRAÃO[801] e convoca MOISÉS para proceder à libertação do povo oprimido. Após o retorno a terras egípcias, os confrontos e ordens divinas sobre a nação opressora, o faraó liberta Israel, no ano de 1446 a.C. Todo o povo, juntamente com os seus bens e animais, parte sob a liderança de MOISÉS em direção à Terra Prometida, na região de Canaã. Três meses após a partida, DEUS revela-se a MOISÉS no Monte Sinai, onde outorga a Sua Lei, universal e perpétua: os *Dez Mandamentos*. Através desta firma uma Aliança com Israel. *YAHWEH* oferece-a quase como *um dom*, sabendo

[794] DONNER, *História*, p. 88.
[795] *Ibid*, pp. 88, 140-141.
[796] Gn 12:8; 25:27; 26:25.
[797] Apesar de tal distanciamento, efetuaram alianças com outros povos, de acordo com Gn 21:22-31; 26:16-33; 31:44-54.
[798] Gn 12:16; 15:9; 20:14; 21:27; 26:14; 27:9; 30:28-43; 31:17.
[799] Gn 26:12; 27:28-37.
[800] ECHEGARAY, *O crescente*, p. 83.
[801] Gn 15:13-21.

que o povo eleito, em si mesmo, iria incumpri-la na primeira oportunidade. Mas nisto se mostra, pela primeira vez na história da humanidade, o *amor de um DEUS* criador pela Sua criação:

> "a origem da Lei é uma experiência amorosa: os mandamentos são também beijos. (...) todo o mistério repousa sobre este Deus amante, a ponto de lançar por sobre a diferença ontológica os meios de uma Aliança com o Homem, este Deus tão oposto ao Deus inacessível à *philia* humana de Aristóteles. (...) O amor à Lei é um novo paradigma: muito diferentemente da Antiguidade greco-latina, não se trata simplesmente de que os homens se amam de *philia* por amar a Lei, mas que a própria Lei ama os homens"[802].

A fundação de Israel inicia-se após a saída do povo do Egito, rumo à Terra Prometida, no momento do acampamento do povo no deserto do Sinai. Trata-se uma região triangular com quatrocentos km de comprimento e duzentos e quarenta km de largura, na sua região norte[803]. Na zona montanhosa do deserto, mais concretamente no Monte Sinai ou Monte Horeb, DEUS chama MOISÉS e ali revela-lhe os *Dez Mandamentos*, a Lei universal e perpétua que declara a fundação de um povo livre.

Israel, a *Nação eleita*, tem a sua fundação no dia da entrega da Lei[804]: o dia em que o *povo numeroso*[805] conhece a Lei elaborada por *YAHWEH*, com Ele estabelecendo uma relação jurídica. Este momento revela-se *suis generis*, pois que assenta numa Aliança entre DEUS e Israel, um Pacto que carece da aprovação entre as duas partes de modo a consolidar a sua eficácia: *YAHWEH* propõe ser o guardião de Israel e este compromete-se a observar a Lei em todo o tempo. Foi esta concordância que determinou o nascimento de Israel como Nação[806].

A *recente* Israel em nada se assemelhava ao que o povo conhecia. Como Nação teocrática, em tudo cortou com os ideais políticos e religiosos do Egito. E no momento de liderar o povo, MOISÉS não se intitulou como rei nem chamou ao trono um dos seus descendentes. A soberania do Estado não residia no nele, mas em *YAHWEH*: "*Eu sou o Senhor Teu Deus, que te livrei da terra do Egito, da casa de servidão*" (Dt 5:6). E assim foi até no momento da transição do poder para JOSUÉ, que não pertencia à descendência

[802] BILLIER; MARYOLI, *História*, p. 116.
[803] UNGER, *Arqueologia*, p. 78.
[804] No terceiro mês após a saída do Egito.
[805] "A multidão do povo podia-se dizer inumerável, pois além das mulheres e crianças, havia seiscentos mil homens capazes de pegar em armas" (JOSEFO, *A história*, p. 93).
[806] SKA, "O direito de Israel", pp. 38 ss.

de MOISÉS: "*Disse o Senhor a Moisés: Eis que os teus dias são chegados, para que morras; chama Josué, e apresentai-vos na tenda da congregação, para que eu lhe dê ordens*" (Dt 31:14)[807].

Fica, assim, à vista, a singularidade da LM, que não provem de um rei, mas de DEUS, que a promulga através de MOISÉS, num local desértico, um território sem pertença conhecida. Se a existência de um rei e de um território foram essenciais para a formação de outras Nações, certamente não o foi para Israel[808].

Até à entrada do povo na Terra Prometida, terra situada entre o mar e o deserto[809], sob a liderança de Josué, entre 1406 e 1400 a.C., Israel passa por centenas de anos repletos de perseguições e peregrinações. Com libertação do povo do Egito e consequente peregrinação no deserto, a sorte de Israel parecia mudar. Conquistada a Terra Prometida[810], JOSUÉ distribui as terras pelas tribos judaicas[811], terminando, deste modo, as peregrinações centenárias por terras estrangeiras. A terra herdada situa-se junto ao rio Jordão, zona fértil e propícia à agricultura, em especial ao cultivo do trigo, cevada, figos, azeitonas e tâmaras. A produção de alimentos constitui a base da economia local da Israel[812]. O restante território é semidesértico, com solos mais duros e relevos altos, sendo mais utilizado pelos pastores na criação de ovelhas, gado e cavalos[813]. As regiões montanhosas do Líbano e Siriom, pelas suas vastas florestas, são uma importante fonte de madeira.

Outro importante ramo da economia hebraica nesta conjuntura acha-se no trabalho com metais, nomeadamente ouro, da região de Punt (I Rs 10:11), cobre e ferro das minas do vale do Líbano, de Gileade e Arabá (Dt 8:9), essenciais na produção de armas e utensílios[814].

Quanto à religião de Israel, fundamenta-se na crença de um DEUS *monoteísta* que se apresenta ao Homem como Seu criador e líder. Sabe-se que os antecessores de

[807] ALTAVILA, *Origem*, p. 18.
[808] SKA, "O direito de Israel", p. 21.
[809] Js 12:8.
[810] Js 6:1-27.
[811] As doze tribos de Israel nomeadas após os filhos de JACÓ: RÚBEN, SIMEÃO, JUDÁ, ZEBULOM, ISSACAR, DÃ, GADE, ASER, NAFTALI, BENJAMIM, MANASSÉS e EFRAIM.
[812] FILLION, *Enciclopédia popular*, pp. 137 ss.
[813] AAVV, *Atlas Bíblico*, p. 19.
[814] *Ibid*, p. 19.

ABRAÃO eram politeístas[815]; todavia, o patriarca negou a fé dos seus pais, convertendo-se ao *DEUS único*. Não se conhece o momento desta conversão, já que DEUS revela-se a ABRAÃO como o seu SENHOR, o Todo-Poderoso, uma adjetivação que sugere um contacto transcendente prévio ou, no mínimo, a convicção abraâmica da existência de *YAHWEH*. Do relacionamento entre ambos, que representa o amor de DEUS pelo povo eleito, nasce o Judaísmo, a religião do DEUS único, o Soberano de Israel, o Criador do céu e da terra, o Senhor dos Exércitos que libertou o povo hebreu do jugo da opressão egípcia.

Da Aliança entre DEUS e Israel conhecem-se traços do Soberano que eram, até então, secretos. Para KELSEN, com a formação de Israel, DEUS passa a ser o Chefe de Estado que *reinará para sempre*. O filósofo parte da "ideia, predominante no Antigo Testamento, de que o Direito positivo do povo judeu é idêntico à justiça divina, é a consequência do caráter teocrático de sua ideologia política"[816]. Passa a ser igualmente o legislador e o juiz da Nação. A ideia de uma lei com origem divina não era novidade para a época, mas para Israel, a Lei não era meramente divina – é a Lei que revela a natureza e a vontade de DEUS. Emana diretamente Dele e dela é o justo juiz: "Mais característico ainda que a função legislativa de *Yahweh* é seu poder judiciário (...) É Deus quem emite o julgamento por meio de instrumentos humanos (...) É um juiz ideal porque é omnisciente e conhece os pensamentos e sentimentos mais secretos dos homens"[817].

## 18.2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA: CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO DE PORTUGAL

Sem pretensão de elaborar uma cronologia detalhada da extensa e rica história de Portugal, destaco sumariamente o seu desenvolvimento cronológico:

*i) Período medieval*, que inclui o tempo de formação do Estado, entre 1140 e 1248, e de consolidação do mesmo, entre 1248 e 1495;

*ii) Período moderno*, que contempla o período de estabilização do Estado, entre 1495 e 1750, e o período das reformas, entre 1750 e 1820;

[815] Js 24:2.
[816] KELSEN, *O que é Justiça*, p. 33.
[817] *Ibid*, pp. 33 ss.

*iii) Período contemporâneo*, com início a partir da Revolução Liberal (1820).

Portugal não é um Estado recente, remontando as suas origens ao período da Idade Média, mais concretamente a 23 de maio de 1179, solene dia em que o Papa ALEXANDRE III, através da Bula *Manifestis Probatum*, reconhece D. AFONSO HENRIQUES[818] como *rex* de Portugal[819] e declara a independência do Condado Portucalense do Reino de Leão. Mais reconhece ainda a validade do Tratado de Zamora celebrado entre D. AFONSO HENRIQUES e D. AFONSO VII de Leão, em 5 de outubro de 1143.

Ainda assim, não se pode fazer corresponder a fundação do Estado lusitano à expansão e conquista territorial *in integrum* como hoje se conhece, pois que grande parte do território português foi apenas conquistado após o falecimento do rei D. AFONSO HENRIQUES, através do rei D. AFONSO III[820].

Já no séc. XV, no chamado período dos Descobrimentos, Portugal inicia uma vasta expansão territorial além-fronteiras, descobrindo o caminho marítimo para determinadas regiões de África, Ásia e América do Sul, possível graças às frotas marítimas então adquiridas. Assim,

> "enquanto o rei D. Manuel de Portugal, como é sabido, se intitulava "rei de Portugal e dos Algarves daquém e dalém mar em África, senhor da Guiné, da navegação, comércio e conquista de Etiópia, Arábia, Pérsia e Índia", os vocábulos que neste séc. passaram a designar esse prodigioso movimento coletivo foram descobrimentos, expansão, evangelização, império, encontro de civilizações, dialética do outro e do mesmo, civilizar, esclavagismo, colonialismo, construção de novas nações e países, tempo da descoberta do nu e das vergonhas, passagem do particular ao universal, que sei eu, ou, tendo em conta o objeto, além-mar, ultramar, nosso mar, colónias ou, colocando-nos no nível dos impulsos, espírito de cruzada, fome do ouro e das riquezas, estratégia planetária antimuçulmana e anti turca, morrer pela fé"[821].

---

[818] Após a vitória na Batalha de Ourique, em 1139, D. AFONSO HENRIQUES passa a ser reconhecido, entre o povo, como rei.

[819] Reconheceu o PAPA ALEXANDRE III que "Está claramente demonstrado que, como bom filho e príncipe católico, prestaste inumeráveis serviços a tua mãe, a Santa Igreja, exterminando intrepidamente em porfiados trabalhos e proezas militares os inimigos do nome cristão e propagando diligentemente a fé cristã, assim deixaste aos vindouros nome digno de memória e ex. merecedor de imitação". A recente relação entre Portugal e a Santa Sé foi marcada igualmente por um trato feudal, tornando-se o Papa no Suserano, o real proprietário do reino de Portugal, e o rei no administrador deste. Desenvolvidamente, LEITE, "Acordos entre a Santa Sé e Portugal", pp. 493 ss.

[820] Sobre a fundação de Portugal, AAVV, *História de Portugal*, pp. 7 ss.

[821] *Ibid,* p. 59.

Este estágio de glória proporcionou um fortalecimento do poder real e de estabilização estatal, descontando-se, todavia, o período de união pessoal entre Portugal e Espanha, no período de 1580 e 1640. Tal união ibérica fundamentou-se na necessidade de um acordo ultramarino entre os dois países como resposta à pirataria existente nos mares e de um acordo que fortalecesse a monarquia católica europeia, dividida após a Reforma Protestante[822]. Embora Portugal, enquanto Estado soberano, não estivesse em perigo face à união, a verdade é que tal dependência prostrou Portugal perante a nação vizinha, obrigando-o a almejar os interesses desta, detentora da coroa da união ibérica, em detrimento dos interesses lusitanos. Só com o advento da Restauração da Independência, em 1640, conseguiu Portugal recuperar a sua independência política, "sendo de novo Portugal governado por portugueses e em nome do seu interesse próprio, terminando a união pessoal e a subjugação política a Espanha, em continuação da afirmação do poder régio até ao séc. XIX"[823]

Já o período da Época Contemporânea é marcado por um novo tempo político e, sobretudo, jurídico-constitucional, em grande parte devido ao aparecimento dos primeiros documentos constitucionais escritos, na esteira de outras revoluções liberais europeias e dos textos fundamentais a que a elas se seguiram. Em Portugal, este período não foi, de todo, uniforme, graças aos vários momentos constitucionais que marcaram o país, desde 1822 a 1976.

No decorrer destes períodos histórico-constitucionais assistimos à construção de um Estado num conceito que se vai moldando à conjuntura. Se, no início da aplicação do termo «Estado» este apontava para a existência de um bem fundiário ou de um património de um príncipe ou, mais tarde, para a corte de um príncipe, já no séc. XVI, passa a ser utilizado como *Res publica* ou *Gemeinwesen*. Já na França do séc. XVII fala-se em *État Souverain*, expressão que chega à Alemanha só no séc. XIX[824]. No período contemporâneo, o conceito de Estado recebeu forte influência da publicística alemã do séc. XIX. De acordo com WOLFGANG REINHARDT,

> "os juristas alemães finalizaram a teoria do Estado, atribuindo-lhe personalidade jurídica e desenvolvendo de forma correspondente a sua definição, por volta de 1837. A partir disto, construíram as seguintes características ou pretensões do Estado moderno: 1. Um território, como

[822] *Ibid*, pp. 114-5.
[823] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 230.
[824] HESPANHA, *Guiando a mão*, p. 27.

> espaço de soberania exclusiva; 2. Uma população, como conjunto de pessoas aí assente e associadas de forma duradora; 3. Um poder soberano que na ordem interna significava o exclusivo da força legítima e na ordem externa significava a independência jurídica em relação a outras instâncias. A unidade estrita do território, do povo e do poder representavam uma espécie de denominador comum. Apenas existiria um poder de Estado, falando a população do Estado, composta de indivíduos juridicamente associados entre si, língua única"[825].

Esta conceção é, à semelhança de qualquer estrutura estadual, bastante visível em Portugal, pois que nele se encontram os três elementos constituintes de um Estado: o território, a população e a soberania.

No que tange ao território, ou elemento espacial português, nos termos do art. 5.º, este apresenta vários espaços: terrestre, marítimo e aéreo[826]. Quanto ao espaço terrestre, está abrangido pelo território historicamente definido no continente europeu, concretamente na Península Ibérica, e pelos arquipélagos dos Açores e da Madeira. No que concerne ao espaço marítimo, o seu território define-se pelas águas territoriais, pelos recursos naturais da zona económica exclusiva e dos fundos marinhos contíguos[827]. Por gozar de uma posição atlântica, Portugal apresenta um território marítimo que inclui águas interiores, mar territorial até às doze milhas náuticas (linha de baixa-mar) e uma ampla cobertura continental[828]. Relativamente ao espaço aéreo, a CRP nada diz.

Quanto à população, o elemento humano, o Estado português, à semelhança de todos os outros, só existe graças ao núcleo de pessoas que a ele se vinculam publicamente: os cidadãos portugueses[829]. A CRP consagra, no seu art. 4.º, a cidadania portuguesa como elemento fundamental do Estado, dispondo que "são portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional"[830]. Dada a amplitude formal deste preceito, realçam-se dois critérios invocáveis no momento de conexão dos possíveis cidadãos relativamente ao Estado:

---

[825] REINHARDT, *Geschichte*, p. 16.
[826] Art. 13.º, DUDH, art 13.º PIDCP, Protocolo Adicional n.º 4 à CEDH e art. 17.º, TCE, Acordo de Schengen.
[827] Numa posição divergente quanto à terminologia utilizada pelo legislador, cf. BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, pp. 239-240.
[828] Portugal apresenta uma extensa costa, com cerca de 1230 km em Portugal Continental, 667 km nos Açores e 250 km na Madeira.
[829] Segundo os dados preliminares dos Censos 2021, Portugal conta com um universo total de 10.347,892 residentes.
[830] Art. 15.º, DUDH.

- o *ius sanguinis*, que determina que a cidadania conserva-se na descendência dos que, no passado, a obtiveram; isto é, são cidadãos portugueses os descendentes dos que já no passado haviam obtido tal cidadania, independentemente da invocação de outros critérios;

- o *ius soli*, que, a contrario, destaca a importância do local de nascimento da pessoa, sendo de considerar a atribuição da cidadania do Estado em cujo território o nascimento sucedeu.

O último elemento a considerar é o funcional, ou seja, o da soberania portuguesa, consagrado nos art. 1.º a 3.º[831]. Tal elemento, que concerne especificamente ao poder político conferido ao Estado português, sublinha o carácter de soberania do poder político, representado pela República portuguesa como Estado soberano e democrático, fundado na soberania popular[832] [833].

Enquanto República soberana, Portugal refere-se, primeiramente, à comunidade política estatal que exerce o poder constituinte. Semelhante comunidade tem que ver com a própria identidade da nação, de acordo com

- o elemento espacial (art. 5.º e 11.º, n.º 1 e 2));

- a língua portuguesa (art. 9.º, al f), 11.º, n.º3 e 74.º, n.º 3, al. h));

- os símbolos nacionais (art. 11.º, n.º1 e 2));

- a proteção do território (art. 66.º, n.º2, al. e) e d));

- a identidade cultural (art. 78.º, n.º1, al. e)).

A soberania do Estado português reafirma a qualidade estatal desde o primeiro momento da sua fundação, reconhecendo-o como um Estado que não se sujeita a outro Estado, com plenitude de acesso à vida jurídica internacional, conferida pela sua capacidade de gozo e de exercício conforme as regras jurídicas internacionais[834].

No art. 3.º, prossegue o legislador reconhecendo a unicidade e indivisibilidade da soberania,

---

[831] Art. 21.º, DUDH.
[832] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 234.
[833] Fala-se de soberania popular quando a soberania está no povo, a quem pertence o poder (art. 108º).
[834] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 76.

- reiterando a estrutura unitária do Estado, pois que, em Portugal, existe somente o poder da República. Não se pode olhar aos poderes das regiões autónomas como independentes do primeiro. Ainda que se verifique, em consagração constitucional, a autonomia administrativa dessas regiões, ela é apenas fruto de uma descentralização, e não de uma plena autonomia regional;

- proclamando que, ainda que Portugal, no exercício comum das suas funções, coopere com instituições da UE, nos termos do art. 7.º, n.º 6, tal não significa que partilhe ou enfraqueça a sua soberania;

- considerando que a separação de poderes, de acordo com o art 2.º, não é um ataque ao carácter uno e indivisível da soberania portuguesa, pois que são poderes separados dentro do próprio Estado.

## § 19.º A ORIGINALIDADE DAS LEIS

### 19.1. A LEI MOSAICA E O CÓDIGO DE HAMMURABI

A lei dada por DEUS a MOISÉS no Monte Sinai não foi certamente o primeiro momento legislativo da Antiguidade. Outros *códigos* existiram antes da entrada em vigor da LM, pelo que a ideia de *passar a escrito* as normas consuetudinárias não nasceu com MOISÉS. Entre os achados arqueológicos nas regiões da Antiguidade do Oriente Próximo encontram-se coleções antigas de leis dos sumérios, babilónicos e hititas, o que permite, não só, conhecer as suas opções jurídicas, como também entender melhor a LM.

Para aferir da originalidade da LM, importa opô-la ao CH, para muitos considerado a base legal da LM. A meu ver, trata-se de um entendimento incorreto. Primeiramente, quanto ao CH, os quase trezentos preceitos abordam essencialmente questões ligadas à vida doméstica, moral, social e comercial dos babilónios. Por anteceder a LM em mais de trezentos anos, muitas são as comparações entre as duas legislações, algumas originadoras de teorias insubsistentes. De acordo com UNGER, muitos são os que tratam as leis de MOISÉS como obsoletas e desacreditadas pela descoberta da codificações cuneiformes, enquanto outros entendem que as leis mosaicas são uma mera cópia das hammurabianas. Todavia, "a posição válida a que um estudo cuidadoso das duas legislações nos levará é que o Código Mosaico não foi nem emprestado, nem dependia

do babilónico, mas é dado por revelação divina, como ele mesmo declara ser, e único quanto aos preceitos que satisfazem as necessidades peculiares de Israel como a nação teocrática eleita"[835].

Assim, qualquer paridade que possa existir entre ambas deve-se à "semelhança de antecedentes e da herança intelectual e cultural"[836], pois que é razoável que povos vizinhos, arrolados rácica e culturalmente, com condições e problemas sociais idênticos[837], usassem de regras legais ou jurisprudências idênticas. Deste modo, muitas *mishpatim* eram facilmente idênticas às regras em vigor noutros povos[838]. Ex. disto é a invocação, nas duas legislações, da LT[839] [840]:

> "*Mas, se houver morte, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe*" (Êx 21:23-25, ARC);
>
> "*Se um awïlum destruiu o olho de um (outro) awïlum, destruirão o seu olho*" (§§196, CH).

Outras semelhanças civis existem:

> - Ofensas corporais:
>
> "*E, se alguns homens pelejarem, ferindo um ao outro com pedra ou com o punho, e este não morrer, mas cair na cama; se ele tornar a levantar-se e andar fora sobre o seu bordão, então será absolvido; somente lhe pagará o tempo que perdera e o fará curar totalmente*" (Êx 21:18-19, ARC);
>
> - "*Se um cidadão, [numa] briga bateu [noutro] cidadão e lhe infligiu um ferimento, esse cidadão deverá jurar: 'não bati nele deliberadamente', e pagará o médico*" (§§ 206, CH).

---

[835] UNGER, *Arqueologia*, p. 79.
[836] *Ibid.*
[837] Apesar de enfrentarem problemas sociais idênticos, que existem em qualquer sociedade (como homicídio, casamento, divorcio, questões parentais e de propriedade, entre outros), Israel e Babilónia eram nações sociologicamente diferentes: enquanto a primeira era mais rural, a segunda era uma nação mais desenvolvida, com grande dedicação ao comércio. Estas diferenças refletiam-se nas suas legislações.
[838] Em particular dos hititas, babilónios e assírios. De acordo com Lv 18:3; 27-29, o DH civil não apresentava semelhanças com o Direito dos egípcios e cananeus. Cf. GREENGUS, "Law", p. 246.
[839] Êx 21:23-25 e Dt 19: 21
[840] As regras de Hammurabi aqui invocadas foram retiradas de BOUZON, *O Código*.

- Ofensas contra os pais:

"*O que ferir a seu pai ou a sua mãe certamente morrerá*" (Êx 21:15);

"*Se um filho bateu [no] seu pai, cortarão a sua mão*" (§§ 195, CH).

- Adultério:

"*Também o homem que adulterar com a mulher de outro, havendo adulterado com a mulher do seu próximo, certamente morrerá o adúltero e a adúltera"* (Lv 20:10)[841];

"*Se a esposa de um cidadão foi surpreendida dormindo com outro Homem, eles os amarrarão e os lançarão n'água. Se o esposo deixar viver sua esposa, o rei, também, deixará viver seu servo*" (§§129, CH)[842].

- Violação:

"*E, se algum homem, no campo, achar moça desposada, e o homem a forçar, e se deitar com ela, então morrerá só o homem que se deitou com ela"* (Dt 22:25, ARC);

"*Se um cidadão amarrou a esposa de um (outro) cidadão, que (ainda) não conheceu um Homem e mora na casa seu pai, dormiu em seu seio, e o surpreenderam, esse cidadão será morto, mas essa mulher será libertada"* (§§130, CH).

- Incesto:

"*E o homem que se deitar com a mulher de seu pai descobriu a nudez de seu pai; ambos, certamente, morrerão; o seu sangue é sobre eles*" (Lv 20:11, ARC)

"*Se um cidadão, depois (da morte) de seu pai, dormiu no seio de sua mãe, queimarão a ambos"* (§§157, CH).

[841] Morte por apedrejamento, segundo Jo 8:4-7.
[842] Em sentido oposto à LM, havia possibilidade de perdão.

A LT, bem como as restantes previsões legais aqui invocadas, eram um costume semita primitivo, pelo que seria de esperar a sua inserção em várias legislações semitas[843]. Todavia, ainda que tal se admita relativamente às normas civis, tal não poderá ser feito relativamente às leis morais apodíticas do Decálogo, visto que são produto singular dos elevados padrões morais e espirituais da religião de Israel[844].

Em segundo lugar, o conteúdo das duas codificações é díspar, atendendo que a LM apresenta um grande número de regras de cariz religioso e cerimonial, o que não se encontra nas leis de HAMMURABI.

Em terceiro lugar, a origem das codificações é dissemelhante. Enquanto o rei Hammurabi, que reclama todo o mérito na codificação, recebeu a legislação do deus SOL, MOISÉS tomou-a de DEUS, sendo que a parte moral da lei foi diretamente escrita por Deus nas duas tábuas do testemunho, que reclama a Lei como Sua logo no epílogo "Então, falou DEUS todas estas palavras".

Em quarto lugar, provavelmente o mais relevante, o CH não apresenta o caráter moral que a LM revela. A moralidade existente na lei de MOISÉS é, de facto, um grande avanço relativamente a todas as legislações que a antecederam. Porque o que releva para este estudo são as leis apodíticas, e não tanto as *mishpatim*, como veremos, esta lei apresentou uma maior valorização da vida humana, da condição da mulher e do próximo, em geral. Parafraseando ALFRED JEREMIAS, enquanto as leis de DEUS, simultaneamente religiosas e morais, revelam a vontade soberana de um Deus santo, as leis hammurabianas não controlam a cobiça ou o egoísmo, não postulam o amor nem reconhecem o pecado como a grande causa da destruição do povo[845]. O elevado padrão moral do Decálogo é o elemento diferenciador na inserção e aplicação desta lei nos códigos aqui em destaque: comparativamente, a legislação hebraica apresenta um cariz mais humanitário, pois prevê a "assistência especial para as viúvas e para os órfãos, socorro aos pobres, ano sabático e proibição de usura"[846].

[843] Este costume, positivado posteriormente nas Leis da Antiguidade, perpetuou-se até à Idade Média com a sua consagração na Lei das XII Tábuas. Cf. VII, n.º 11: "Se alguém fere alguém, que sofra a LT, salvo se houver composição".
[844] UNGER, *Arqueologia*, p. 79.
[845] JEREMIAS, *The Old Testament*, p. 112.
[846] NADER, *Introdução*, p. 206.

### 19.2. O DECÁLOGO COMO LEI NATURAL ESCRITA

Ainda no que concerne à originalidade do Decálogo, testifico do seu carácter único. Com efeito, a Lei Natural antecede-a, mas apenas no tempo. Ao nível material, é a mesma lei inscrita no coração do Homem desde o início da criação. A intensa carga moral que apresenta torna-a ímpar perante qualquer lei que a antecedesse, em especial o CH, e que a sucedesse; e é a carga moral que revela que a torna, ainda hoje, atual. Ao nível da legislação civil e penal, muitas normas são equivalentes. Elaboradas por MOISÉS, têm como base a inspiração moral do Decálogo, sem nunca ignorar o contexto histórico patriarcal que imperava à data e o contexto social típico da região de Canaã que, em certos momentos após o falecimento de MOISÉS, influenciaram o comportamento dos judeus, levando-os a violar a LM.

Israel é, para DEUS, o povo escolhido. Concretamente, desconhece-se a motivação divina por detrás de tal escolha, mas o Profeta EZEQUIEL deixa um indício de tal motivação: o amor de DEUS[847]. Não se sabe porque DEUS ama. A conceção judaico-cristã defende que DEUS ama porque é amor. E sendo amor, não se pode negar a Si mesmo, dado o Seu carácter santo e absoluto. A razão humana não alcança esta dimensão porque aqui se mergulha por completo no oceano da fé, uma fé que permite ver para além do véu que separa, para já, o Homem de DEUS.

O Profeta EZEQUIEL, em jeito de narrativa histórica, revela que Israel ainda não existia como Nação, e DEUS já a amava, e por isso fez um Pacto com ABRAÃO e a sua descendência. Enquanto o povo hebreu padecia no Egito, DEUS "*passou por ele, viu-o e compadeceu-se dele*". Quando o seu sofrimento foi ignorado por todas as Nações vizinhas, DEUS cuidou de Israel: "*cortou o umbigo*", livrando-a do Império egípcio, onde viveu na obscuridade durante quatrocentos e trinta anos, "*lavou-a e esfregou-a com sal*", tirando as impurezas típicas de uma Nação idólatra, e "*envolveu-a em faixas*", protegendo-a do faraó. Adornou-a com a promessa e entrega de uma Terra Prometida, *terra que mana leite e mel*, uma região cultivada e civilizada pronta a ser habitada por herança. Ainda assim, Israel, confiando em si mesma, veio a incumprir todo o Decálogo ao permitir-se adorar a outros deuses.

Não obstante o *amor eterno* de DEUS por Israel, e todas as consequências jurídico-políticas que atualmente se fazem sentir devido a esta relação espiritual e

[847] Ez 16:3-15.

política, a verdade é que a Lei Natural não surgiu só para Israel. Com efeito, admita-se a Teoria Criacionista ou a Teoria Evolucionista, a Lei Natural foi dada a todos os homens de modo igualitário, porque surge como norma natural inerente a todos os seres humanos. Desde modo, compreende-se que no momento de elaboração das primeiras leis civilizacionais, o legislador conhecia já a Lei Natural, mesmo não pertencendo à Nação de Israel.

Quando analisei as várias codificações promulgadas no período da redação (divina) da Lei Natural Moral nas Tábuas do Testemunho, concluí que algumas dessas normas refletiam a dualidade entre o *bem* e o *mal*. Desde sempre o Homem foi confrontado com a questão da decisão entre fazer o certo ou o errado, mas nem sempre conseguiu agir de acordo com o certo, e muitas normas analisadas espelham "um direito injusto".

Seguindo a tese judaico-cristã, ao entregar a Lei a MOISÉS e fundar uma nova Nação, eleita com base nos atributos exclusivos de DEUS, decidiu DEUS declarar de forma inequívoca a sua ideia de *direito justo* com o fim de alcançar, para o Homem, uma sociedade assente na Paz e na Justiça.

## 19.3. DA ORIGINALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

### 19.3.1. A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS: ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS

A CRP, na sua sistematização atualizada, é fruto de uma história constitucional que se inicia no séc. XIX. Apesar de ser a primeira Constituição de Estado de Direito Democrático em Portugal, tem na sua esteira um longo percurso constitucional, com fortes influências liberais, que amadureceram no tempo. Avançando, por vezes, na consagração dos direitos fundamentais, retrocedendo, por outras vezes, a história constitucional portuguesa fez-se caminhando, lentamente, até à Democracia. Sem qualquer intenção de explorar ao pormenor este percurso com cerca de duzentos anos, exponho aqui a cronologia histórica das Constituições portuguesas, demonstrando, assim, as diferenças principais destas para CRP no que toca aos direitos fundamentais positivados.

Observei anteriormente o momento da criação do Estado de Portugal, que remonta ao ano de 1179, quando o Papa ALEXANDRE III reconhece D. AFONSO HENRIQUES como rei de Portugal, através da Bula *Manifestis Probatum*. Apesar do reconhecimento do Estado de Portugal no séc. XII, só no séc. XIX surge o Estado Constitucional português, fruto das Revoluções Liberais, um pouco à semelhança do que havia acontecido na América e na Europa.

A Revolução que dá o mote ao Constitucionalismo português eclode em 24 de agosto de 1820, dando-se, desta forma, início a uma novo período da história do direito português, o qual se pode agrupar em quatro períodos[848]:

> *i) Período Liberal Monárquico*, que integra os textos constitucionais de 1822, 1826 e 1838, tem por característica fundamental a conceção do Estado de Direito Liberal, com a consagração dos direitos fundamentais de primeira geração;
>
> *ii) Período Liberal Republicano*, correspondente à Constituição de 1911, aprovada após a Revolução da República de 5 de outubro de 1910. No que concerne aos direitos fundamentais nela consagrados, mantém o elenco das anteriores, acrescentando apenas alguns direitos sociais;
>
> *iii) Período Nacionalista Autoritário*, correspondente à Constituição de 1933, dando início a um regime de Estado autoritário, pautado pelas claras ideologias do nacionalismo de Estado;
>
> *iv) Período Democrático Social*, com a sua génese através da CRP de 1976, que dá início à III República Democrática e Social.

### 19.3.2. DA REVOLUÇÃO LIBERAL À CONSTITUIÇÃO FASCIZANTE DE 1933

A 24 de Agosto de 1820, após um movimento militar apoiado por um grupo de civis pertencentes à burguesia do Porto, proclama-se a Junta de Governo do Porto, incumbindo-se esta da convocação das Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa de modo a elaborar-se uma Constituição. O Governo consente e adota, para tal, um sistema direto de sufrágio idêntico ao da Constituição de Cádis. Nesta conjuntura surge o Projeto de Bases da Constituição, de 9 de março de 1821, com o

[848] Agrupamento histórico de acordo com BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 397.

escopo de "assegurar os direitos individuais do Cidadão e estabelecer a organização e limites dos Poderes Políticos do Estado"[849]. Com efeito, o Preâmbulo já apresentava a constituição das Bases, dividida em duas seções:

- Seção I – *Dos direitos individuais do Cidadão*, assentes nos fundamentos da ideologia liberal (liberdade, segurança e propriedade), consagrados nos art. 1.º ss;

- Seção II – *Da Nação Portuguesa, sua Religião, Governo e Dinastia*, assente no Constitucionalismo (monárquico) do poder político, a consagração do Catolicismo como religião oficial da nação (art. 25.º), na separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário (art. 30.º) e no princípio da soberania nacional (art. 26.º e 27.º)

A 23 de Setembro de 1822 as Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa aprovam a Constituição de 1822, que, através dos seus duzentos e quarenta artigos, deixou claras as influências recebidas das Constituições francesas de 1791 e 1795 e da Constituição espanhola de Cádis, de 1812. O seu Preâmbulo constitucional deixa antever o seu rumo ideológico liberal:

> "Em nome da Santíssima e Indivisível Trindade. As Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes na Nação Portuguesa, intimamente convencidas de que as desgraças públicas, que tanto a tem oprimido e ainda oprimem, tiveram a sua origem no desprezo dos direitos do cidadão, e no esquecimento das leis fundamentais da Monarquia; e havendo outrossim considerado, que somente pelo restabelecimento destas leis, ampliadas e reformadas, pode conseguir-se a prosperidade da mesma Nação, e precaver-se, que ela não torne a cair no abismo, de que a salvou a heroica virtude de seus filhos; decretam a seguinte Constituição Política, a fim de assegurar os direitos de cada um, e o bem geral de todos os Portugueses".

Nela se incorporam diversos direitos fundamentais, que resumo em breves linhas: a consagração do direito de propriedade e liberdade económica (art. 6.º), a abolição dos privilégios e consagração do princípio da igualdade formal, o reconhecimento de liberdades públicas como a opinião, reunião e associação (art. 7.º), a participação democrática na escolha dos parlamentares (art. 32.º e 33.º), a consagração de um regime

[849] Preâmbulo das Bases da Constituição de 1822.

penal e processual penal mais humanizado (art. 4.º, 9.º ss) e o incentivo à escolaridade (art. 237.º).

A 10 de março de 1826 o rei D. JOÃO VI falece. D. PEDRO, seu filho primogénito, ascende ao trono, entregando a regência a D. ISABEL MARIA, sua irmã. A 29 de abril de 1826 outorga a Carta Constitucional, que esteve em vigor até ao fim da Monarquia, ainda que com atualizações intermédias. Se a Constituição de 1822 foi, para muitos, demasiado liberal, a Carta, cujas influências de BENJAMIN CONSTANT e FRANÇOIS GUIZONT eram evidentemente notórias[850], revela-se mais "temperada de alguns excessos cometidos, na tentativa de se fazer "a ponte" entre os legitimistas, encabeçados por D. MIGUEL, e os liberais, chefiados por D. PEDRO IV, entretanto imperador do Brasil"[851].

No período de vigência constitucional, num total de oitenta e quatro anos, a Carta passa por três vigências distintas:

1. *I Vigência*, de 31 de julho de 1826 a 3 de maio de 1828, um tempo de segurança inicial, a que se segue, a partir de 1828, uma Guerra Civil;

2. *II Vigência*, de 26 de maio de 1834 a 10 de setembro de 1836, tempo após a Guerra Civil, da qual os liberais saem vitoriosos, passando a Carta a vigorar de novo;

3. *III Vigência*, de 28 de janeiro de 1842 a 5 de outubro de 1910, período que se inicia com o golpe de COSTA CABRAL que cessa a vigência da Constituição de 1838, onde passa a vigorar, de novo, a Carta de 1826 até 5 de outubro de 1910.

No que concerne aos direitos fundamentais consagrados na Carta de 1826, quando comparados aos positivados na Constituição de 1822, mostram-se alguns e retrocessos, como a depreciação sistemática da Carta, visível no modo como remete para o último artigo a consagração dos direitos fundamentais[852], mas também alguns avanços, como a manutenção dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1822 e a inserção de novos direitos, liberdades e garantias, a saber:

- o princípio da não retroatividade das leis (art. 145.º, §2.°.);

[850] HESPANHA, *Guiando a mão*, pp. 161 ss.
[851] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 421.
[852] *Ibid*, p. 425; LOPES PRAÇA, *Direito Constitucional*, pp. 22 ss.

- a liberdade religiosa, ainda que em moldes muito tímidos (art. 145.º, §4.°);

- a liberdade de deslocação, dentro e fora do Reino (art. 145.º, §5.°)

- a revisão do sistema penal (art. 145.º, §7.°. ss; §11.°);

- a liberdade de trabalho (art. 145.º, §23.º);

- a defesa da propriedade intelectual (art. 145.º, §24.º).

Em rigor, a Carta apresenta um elenco de direitos típico do modelo liberal europeu, através do qual se entende que os direitos são garantidos, e não estabelecidos pela Constituição, ou seja, são direitos naturais, fundados na natureza humana e, *a posteriori*, ratificados pela Constituição e pelas leis[853].

A Constituição Política da Monarquia Portuguesa surge na sequência da Revolução de Setembro de 1836, que faz cessar a II vigência da Carta. Deu voz ao sector democrático português, que via na Carta uma declaração política antiquada e deveras comprometida com o princípio monárquico, pelo que era imperioso proceder à sua substituição por uma Constituição que consagrasse, de modo prático, a soberania nacional e a limitação dos privilégios monárquicos.

No que tange aos direitos fundamentais, a Constituição de 1838 recupera a sistematização da Constituição de 1822, retomando-se a consagração dos mesmos na parte inicial do articulado, em título específico. Para além da manutenção dos direitos consagrados nos textos constitucionais anteriores, adiciona novos direitos como reforço do estatuto liberal do indivíduo[854], tais como os direitos de associação, de resistência e a liberdade do ensino público (art. 14.º, 25.º e 29.º, respetivamente).

Já o início do séc. XX mostrou-se politicamente conturbado, sendo assinalado pela Revolução da República, materializada a 5 de outubro de 1910 e fundamentada na vontade expressa de consagração de uma forma republicana de governo, em absoluta separação entre o Estado e a Igreja, abolindo-se a figura do rei e da monarquia, substituída pelo Presidente da República

[853] HESPANHA, *Guiando a mão*, pp. 213 ss.
[854] NOGUEIRA DA SILVA, *A cidadania*, pp. 167 ss.

Após a proclamação da República, iniciaram-se os trabalhos de elaboração da nova Constituição, que veio a ser aprovada, após extenso debate, em 21 de agosto de 1911, pela Assembleia Nacional Constituinte. A Constituição de 1911, com forte inspiração nas Constituições da França, de 1875, da Suíça e do Brasil, de 1891, apresentou uma nova sistematização, através de um conjunto de oitenta e quatro artigos. Para além da renovada sistematização, que repôs os direitos fundamentais na parte inicial do articulado, e da manutenção de determinados direitos fundamentais, consagrou novos direitos:

- a liberdade de religião, de consciência e de culto (art. 3.º, §4.º ss);

- a abolição da pena de morte e penas corporais perpétuas ou de duração ilimitada (art. 3.º, §22.º);

- o direito de revisão de todas as sentenças condenatórias (art. 3.º, §24.º);

- o princípio da legalidade dos impostos e consequente direito de resistência contra o pagamento ilícito (art. 3.º, §27.º);

- o *habeas corpus* (art. 3.º, §31.º);

- a garantia de emprego durante o cumprimento do serviço militar (art. 3.º, §32.º)

- direito de ressarcimento mediante uma condenação injusta (art. 3.º, §34.º)

- obrigatoriedade de autorização judicial nos casos de privação da liberdade de doentes do foro psiquiátrico (art. 3.º, §§35.º e 36.º)

Já em 1926, ano do golpe militar que coloca um *ponto final* na República democrática e parlamentar de Portugal, o novo regime apenas submete a aprovação da Constituição em 1933[855].

No corte radical com o passado histórico-constitucional, a sua formulação ideológica assenta num total de quatro negações: antiliberal, antiparlamentar, antipartidária e antidemocrática[856]. Desde logo, antiliberal pois que constitui a ordem social no corporativismo, em total desprezo para com a liberdade individual dos cidadãos; antiparlamentar porque prioriza o poder executivo em detrimento do poder político do

[855] Entre 1926 e 1933 impera a Ditadura Militar, assente em leis constitucionais provisórias.
[856] CRUZ, *Monárquicos*, pp. 31 ss.

Parlamento; antipartidária em razão do afastamento intencional de qualquer formação partidária que pudesse ofuscar a existência do partido único; antidemocrática, pois que impõe um conceito de Estado autoritário, com graves restrições às liberdades fundamentais e total repulsa pelo princípio democrático.

No que concerne aos direitos fundamentais, as influências da Constituição de Weimar e da legislação do Estado Fascista de Itália são notórias. No seu elenco constitucional (cento e quarenta artigos), os direitos fundamentais encontram-se em vários títulos, "numa aparente generosidade tipológica em relação aos mesmos"[857]. Com efeito, trata-se de pura aparência, tendo em vista que as limitações aos mesmos constam de outras regras constitucionais que impediam o seu exercício (arts. 8.º, §1.º, *in fine,* §§2.º e 3.º).

Consagram-se novos direitos fundamentais, tais como o direito à vida e à integridade pessoal (art. 8.º, §1.º), o direito ao bom nome e à reputação (art. 8.º, §2.º), o direito ao contraditório em processo penal (art. 8.º, §10.º), o direito à reparação de lesões, numa melhoria do regime indemnizatório (art. 8.º, §17.º), o direito à liberdade religiosa, ainda que se reconhecesse o Catolicismo como a *religião tradicional da Nação Portuguesa* (art. 46.º) Ao nível dos direitos sociais, garantem-se novas proteções constitucionais, tais como as referentes à família, trabalho, educação e cultura e fundação de escolas particulares (arts. 13.º, 36.º, 42.º ss).

Por fim, releva referir que as revisões constitucionais à Constituição de 1933 abrangeram diversos preceitos onde constavam direitos fundamentais, "mostrando na sua fase final de vigência a tentativa de suavização do regime, aliviando as limitações introduzidas na liberdade individual"[858].

Para lá das influências supramencionadas, denotam-se na CRP alguns traços de inovação, que vão desde a consagração de novos direitos fundamentais à:

- extensão do regime dos direitos, liberdades e garantias ao regime dos direitos económicos, sociais e culturais e dos direitos fundamentais de natureza análoga (art. 17.°);

[857] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 468.
[858] *Ibid*, p. 471.

- consagração do princípio da equiparação de direitos de cidadãos portugueses e estrangeiros (art. 15.º);

- receção formal da DUDH enquanto critério de interpretação e integração das normas sobre direitos fundamentais (art. 16.º, n.º 2);

- vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, n.º 1);

- criação da figura do Provedor de Justiça, inspirado no modelo nórdico do *Ombudsman,* como instituição independente reservada a garantir aos cidadãos a boa administração (art. 23.º)[859];

- inserção de garantias de extradição e de expulsão e do Estatuto de refugiado político e, com a Revisão Constitucional de 1982, do respeito dos direitos humanos como princípio geral das relações internacionais (art. 33.º);

- consagração do direito à participação dos cidadãos, associações e grupos diversos nos procedimentos legislativos e administrativos do país (art. 48.º a 52.º);

- tutela de direitos dos partidos políticos e grupos parlamentares e de oposição (art. 114.º);

- consagração de um sistema de semipresidencialismo coexistente com um sistema de governo parlamentar nas Regiões Autónomas e um sistema diretorial a nível do poder local (Parte III, Títulos I a IV, VII e VIII);

- ao sistema de fiscalização da constitucionalidade (art. 277.º a 283.º).

## § 20.º Os PREÂMBULOS

### 20.1. A LEI MOSAICA

O Decálogo inicia-se com um prólogo, a que corresponde Êx 20:1-2, vv. que surgem com alguma diferenciação face ao elenco correspondente em Dt 6:4: "*Ouve, ó Israel: o SENHOR nosso Deus é o único SENHOR*" (KJV). Trata-se do *Shemá*[860], uma das

[859] O seu Estatuto encontra-se atualmente consagrado na Lei n.º 9/91, de 9 de abril.
[860] "*Shemá Israel, Adonai Eloheinu, Adonai Echad*".

passagens mais significativas no credo judaico, declarada duas vezes por dia, de acordo com a indicação de Dt 6:7.

No prefácio encontra-se a *ratio* dos *Dez Mandamentos*, cuja observância era requerida de Israel: a autoridade de DEUS que libertou o povo da escravidão. Os mandamentos não poderão ser devidamente analisados sem a observância dos vv. 1 e 2, visto que retratam da legitimidade e da autoridade do Decálogo. A vigência da Lei depende desta declaração.

A singularidade dos *Dez Mandamentos* começa, desde logo, por ser voz de um DEUS que não se apresenta como rei[861], mas como resgatador, que legisla de modo a garantir a libertação do opressor[862], fornecendo princípios éticos que guiam o Homem em comunidade e o educam para aprender a viver essa liberdade de forma individual e coletiva. É a história da Nação que é invocada no primeiro v. da Lei de DEUS.

DEUS autodenomina-se. É o EU SOU quem se dirige ao povo de modo a proferir os mandamentos. Através desta autodenominação obtém-se o real sentido das ordenações éticas (Êx 20:1-2).

A tradição judaico-cristã defende que *YAHWEH* é o DEUS que conduziu os hebreus escravizados no Egito até à Terra Prometida (Canaã). Com este prólogo, DEUS traz à memória do povo o momento do resgate e libertação em terras egípcias. Não se considera, pois, que se trata somente de um rótulo, mas de um nome histórico, localizado num determinado contexto social.

Tal autodenominação faz conhecer ao povo as palavras que já havia dito a Moisés: "*EU SOU O QUE SOU*" (Êx 3:14), isto é, Eu sou o DEUS de ABRAÃO, o DEUS que age quando ninguém pode agir, o DEUS que promete e cumpre, o DEUS que salva e liberta. É a autodenominação que confere autoridade ao DEUS legislador para decretar os mandamentos divinos e esperar o seu cumprimento por parte do povo[863]. Mas não só. É na autodenominação de DEUS que jaz a universalidade do Decálogo: naquele momento pós-libertação do povo, Deus revela-se como o guardião de Israel mas, ao longo das narrativas bíblicas do AT e NT, vai expandindo a Sua soberania legislativa e moral sobre

[861] Ao contrário do que sucedia com os povos sumérios.
[862] COHEN, *Comentário bíblico*, p. 62.
[863] SCHWANTES, *História de Israel*, pp. 84 ss.

toda a Humanidade (Israel e gentios): "*Eis que eu sou o SENHOR, o Deus de todos os viventes; acaso, haveria coisa demasiadamente maravilhosa para mim?*" (Jr 32:27).

Através deste prólogo, texto de introdução e de aceitação obrigatória em qualquer aliança[864], Deus compromete-se a agir, no futuro, como agiu no passado: em prol dos oprimidos. À semelhança da sua ação em *´abadim*, isto é, na «casa da servidão», DEUS responsabiliza-se pela saída dos hebreus do Egito e pela sua entrada em Canaã, no cumprimento das promessas que havia feito a MOISÉS.

No que concerne à autoridade moral da Lei, ela não assenta na soberania do povo, mas na soberania de Deus. Quando DEUS afirma, no Monte Sinai, perante MOISÉS, que Ele é o EU SOU, revela, em primeiro lugar, a Sua soberania. O termo "soberania", quando aplicado a DEUS, revela o Seu domínio total sobre toda a criação, podendo exercer de forma absoluta a Sua vontade, de acordo com critérios que a razão humana desconhece. Expressa a Sua omnipotência relativa a toda a criação, em especial aos seres humanos, criados à Sua semelhança. Esta soberania divina não cessou após a elaboração da Lei pelo "poder constituinte divino". Após a promulgação da Lei, DEUS permanece soberano[865].

### 20.2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

A CRP declara no art. 1.º que Portugal é um Estado de Direito Democrático fundado no princípio da soberania popular que "impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se esgota (…) na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado democrático, mas não o seu completo desenvolvimento"[866]. Como observado, a CRP, à semelhança de outras Constituições de Estado de Direito democrático, funda-se na soberania do povo, a quem cumpre, de acordo com os princípios da soberania popular e democrático, a elaboração da CRP. Não obstante, realça-se que o poder constituinte é, de igual modo, o poder constituído, pelo que o povo que a constituiu é também o povo que a ela fica subordinado.

O Estado português revela-se como um guardião dos direitos fundamentais da pessoa humana. Perante este facto, o Estado de Direito, porquanto é uma criação do

[864] DOBSON, *Ensinamentos da Torá*, p. 110.
[865] CASTRO, *História*, p. 28.
[866] CROSA, *Lo Stato democrático*, p. 25.

Liberalismo, acolhe a conceção dos direitos naturais, imutáveis e universais, consagrando-os no elenco da Constituição através de uma positivação jurídica, geral e abstrata, de acordo com o princípio da legalidade (art. 3.º). É este carácter de generalidade que fundamenta a própria ideia de igualdade na sociedade, pois que a norma, sendo geral, tem aplicação sobre todos os homens de forma igualitária[867]. É deste modo que o Estado de Direito democrático se torna um Estado guardião da Constituição em si mesma e dos direitos nela consagrados.

Esta ideia, contudo, não é recente, pois que em Israel Deus apresenta-se como o garante dos direitos do seu povo. A preocupação de DEUS com o Homem revela-se na necessidade que este, enquanto ser gregário, tem de ser orientado. Retirada do Egito de forma sobrenatural, de acordo com as Escrituras, a recente nação de Israel conhecia, pela primeira vez, a noção de liberdade. Após quatrocentos e quarenta anos de escravidão no Egito, de acordo com Êx 12:41, ao fundar-se como povo, carecia de regras que pudessem orientar o Homem na convivência com o próximo e na relação com o DEUS que a havia tirado *da terra da escravidão*. Não se pode, por isto, em momento algum, ver a Lei de Deus como limitadora da liberdade humana, "*porque vós, irmãos, fostes chamados à liberdade; porém não useis da liberdade para dar ocasião à carne; sede, antes, servos uns dos outros, pelo amor*" (Gl 5:13). Do mesmo modo, na conceção judaico-cristã, não se observa a Lei como arbitrária ou reveladora de uma intenção caprichosa de um DEUS criador. À semelhança de um Estado de Direito que se utiliza da CRP para garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, DEUS utiliza-se da Sua Lei para garantir a proteção divina e social do seu povo (Sl 121).

Por fim, não posso deixar de notar que, à semelhança do povo judeu, também o povo português regressa de uma *casa de servidão*. Refiro-me, pois, ao regime fascista que *aprisionou* o povo português durante aproximadamente quatro décadas. Assim, é positivamente elogiosa a inserção, no Preâmbulo, de palavras de reconhecimento àqueles que libertaram "Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo", dando início a uma nova história constitucional: a criação de um Estado de Direito democrático, protetor máximo da dignidade da pessoa humana.

[867] FERREIRA FILHO, *Estado de Direito*, p. 21.

## § 21.º OS MANDAMENTOS E OS DIREITOS E DEVERES CONSTITUCIONAIS

A LM e, em especial, o Decálogo, era, para Israel, a sua Constituição. Não quero, com esta declaração, forçar o termo científico-jurídico face à inadequação jurídica da época, onde o Estado apresentava configurações diferentes da conceção moderna que possuímos hodiernamente, mas reconheço nesta Lei toda a base jurídica constitutiva da Nação de Israel. LASSALE sustenta esta tese, ao afirmar que "uma constituição real e efetiva a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos"[868]. A LM apresenta-se como uma Constituição na medida em que define, através de uma Lei *superior*, a organização político-social de Israel e "onde está o fenómeno político, aí está o fenómeno constitucional"[869].

A forma como DEUS entrega a Lei a MOISÉS determina o modo de interpretação da mesma. O Decálogo apresenta a forma de um Pacto ou Aliança entre DEUS e a Humanidade, em tudo idêntico aos antigos Pactos ou Tratados de suserania dos hititas, nos quais o senhor estabelecia, unilateralmente, as condições aos seus vassalos. Vista a sua composição no cap. dedicado ao Direito Hitita, há que relembrá-la agora, adicionando os elementos do Decálogo[870]:

- Preâmbulo: "*Então falou Deus todas estas palavras, dizendo: Eu sou o Senhor teu Deus*" (Êx 20:1-2; Dt 5:6);

- Prólogo histórico: "*que te tirei da terra do Egito, da casa da servidão*" (Êx 20:2; Dt 5:6);

- Cláusulas gerais: "*Não terás outros deuses diante de mim. Não farás para ti imagem de escultura, nem alguma semelhança do que há em cima nos céus, nem em baixo na terra, nem nas águas debaixo da terra. Não te encurvarás a elas nem as servirás; porque eu, o Senhor teu Deus, sou Deus zeloso, que visito a iniquidade dos pais nos filhos, até a terceira e quarta geração daqueles que me odeiam. E faço misericórdia a milhares dos que me amam e aos que guardam os meus mandamentos. Não tomarás o nome do Senhor teu Deus em vão; porque o Senhor não terá por inocente o que tomar o seu nome em vão. Lembra-te do dia*

[868] LASSALE, *A Essência*, p. 25.
[869] MIRANDA, *Manual*. I, p. 22.
[870] STEIN, *Guia básico*, pp. 205-6.

*do sábado, para o santificar. Seis dias trabalharás, e farás toda a tua obra. Mas o sétimo dia é o sábado do Senhor teu Deus; não farás nenhuma obra, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu animal, nem o teu estrangeiro, que está dentro das tuas portas. Porque em seis dias fez o Senhor os céus e a terra, o mar e tudo que neles há, e ao sétimo dia descansou; portanto abençoou o Senhor o dia do sábado, e o santificou. Honra a teu pai e a tua mãe, para que se prolonguem os teus dias na terra que o Senhor teu Deus te dá. Não matarás. Não adulterarás. Não furtarás. Não dirás falso testemunho contra o teu próximo. Não cobiçarás a casa do teu próximo, não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem o seu servo, nem a sua serva, nem o seu boi, nem o seu jumento, nem coisa alguma do teu próximo*" (Êx 20:2-17; Dt 5:7-21);

- Prescrição de lembrança contínua: "*E tomou o livro do concerto e o leu aos ouvidos do povo*" (Êx 24:7);

- Lista de testemunhas: "*então o povo respondeu a uma voz, e disse: Todas as palavras, que o Senhor tem falado, faremos*" (Êx 24:3);

- Bênção e maldição: "*Guarda, pois, os mandamentos e os estatutos e os juízos que hoje te mando cumprir. Será, pois, que, se ouvindo estes juízos, os guardardes e cumprirdes, o Senhor teu Deus te guardará a aliança e a misericórdia que jurou a teus pais*" (Dt 7:11-12);

- Juramento: "*Tudo o que o Senhor tem falado faremos, e obedeceremos*" (Êx 24:7).

O Decálogo compõe-se de leis casuísticas (*mishpatim*) e apodíticas. As primeiras[871], que constituem a generalidade das normas civis ou judiciais, definem um caso específico com inclusão da consequência legal. É um tipo de lei que procura dirimir casos e não distingue o certo do errado, antes focando-se na responsabilidade civil ou penal do autor, nos direitos do lesado ou da vítima (sanção) ou noutro tipo de veredito. Apresenta a forma genérica de uma prótase e inicia-se sempre com a condição *se*, *caso* ou *quando*, seguindo-lhe uma apódose que estabelece a consequência jurídica[872]. Um ex. de uma lei casuística é o que se encontra em Dt 25:1:

[871] ALT, *Essays*, pp. 112 ss.
[872] WOLKMER, Fundamentos da História, p. 56.

"*Quando (prótase) houver contenda entre alguns, e vierem ao juízo para que os juízes os julguem, ao justo justificarão e ao injusto condenarão (apódose)*"[873].

As leis apodíticas, isto é, as leis declarativas e categóricas, são aquelas que se encontram no Decálogo. Estas normas compreendem proibições, mandamentos e instruções que atuam como padrões ou modelos éticos comportamentais. De acordo com a expressão "apodítica" no grego, são as *leis que só por si se impõem*, dado o carácter absoluto que apresentam (e que espelham o Seu autor). São leis que não dirimem casos particulares, mas vão além deles, através da formulação de duas injunções positivas (imperativos) e doze injunções negativas (proibições).

A sua a distinção entre as normas apodíticas e casuísticas é visível neste ex.:

- Norma apodítica: *"Não furtarás"* (Êx 20:15);

- Norma casuística: "*Se alguém furtar boi ou ovelha e o abater ou vender, por um boi pagará cinco bois, e quatro ovelhas por uma ovelha*" (Êx 22:1).

Na conceção de KLAUS GRÜNWALDT, as normas apodíticas representam normas éticas sem caráter jurídico, dada a ausência de uma tipificação sancional da sua eventual transgressão no corpo da regra[874]. As sanções referentes à violação destas normas éticas encontram-se dispersas ao longo de toda a LM, nas *mishpatim*, o que, segundo o pensamento de FRANK CRÜSEMANN, foi intencional[875]. Tais normas apodíticas operavam, portanto, como princípios categóricos, comparáveis aos consagrados nas Constituições modernas, com a utilidade capital de orientação na aplicação do direito, ou, tratando-se do DH, das *mishpatim*.

Pela sua forma, as normas casuísticas não apresentam qualquer correspondência com as normas constitucionais. Todavia, nas normas apodíticas encontram-se encobertos vários valores e princípios que constituíram os alicerces do DH, servindo de guia aos hebreus, cujas linhas orientadoras irradiaram por todo o sistema jurídico[876]. Na base das normas apodíticas jaziam princípios éticos nunca escritos por DEUS ou por MOISÉS, mas

[873] Dá-se o nome de "prótase" à oração que contém a condição. Cumpre à prótase apresentar a condição para que ocorre a ação principal estabelecida pela apódose, a oração principal que define a sanção do caso apresentado.
[874] GRÜNWALDT, *Olho por olho*, pp. 27-8.
[875] CRÜSEMANN, *A Torá*, pp. 270 ss.
[876] SILVA, *Curso de Direito*, p. 82.

que se perpetuaram no tempo. Na génese dos mandamentos atinentes às relações humanas estava sempre a valorização ou o respeito pela dignidade humana, algo que veio a influenciar as Constituições de Direito. A proteção da dignidade humana, fruto da conceção moral da Lei de DEUS, cuja prova final se consubstanciou na criação do Homem à imagem de DEUS, foi uma notória influência na CRP que, à luz da positivação de outros princípios fundamentais, como o princípio da igualdade, e dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, garantiu a construção de uma sociedade assente na defesa da dignidade humana. Esta ideia é amplamente defendida por JÜRGEN MOLTMANN que vê a dignidade como intocável e sagrada, quer perante DEUS, quer perante o próximo. Ao se asseverar que DEUS criou o Homem, este encontra sentido na sua dignidade, pois ela tem origem em DEUS, em igualdade para toda a humanidade. É a semelhança com o DEUS Criador que insta o Homem a procurá-lo. Assim, "a criação, a libertação na história e, finalmente, a redenção da história servem todas elas este único objetivo, a saber, que o Homem chegue a uma correspondência com DEUS, pois esta correspondência é a verdade do Homem"[877].

Quanto à CRP, conforme mencionado na Parte I, os direitos fundamentais consagrados em análise dividem-se entre as seguintes normas:

1. *Normas preceptivas auto exequíveis e hetero exequíveis*, isto é, normas dotadas de eficácia imediata, que ganham sentido na realidade constitucional, e de eficácia direta. É o caso do direito à vida (art. 24.º), dos direitos pessoais (art. 26.º), do direito à constituição de família e ao casamento (art. 36.º) e o direito à liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41.º);

2. *Normas programáticas hetero exequíve*is, aquelas que gozam de eficácia mediata, "estipulando objetivos a atingir, mas sem que a força jurídica se imponha imediatamente, para o efeito carecendo de atos jurídico-públicos de execução, só tendo eficácia indireta, mas também de outras condições políticas, administrativas, económicas e sociais, no sentido de alcançar aqueles objetivos"[878]. É o caso das normas referentes ao direito ao descanso (art. 59.º, n.º 1, al d)), ao direito à propriedade privada (art. 62.º), ao direito ao ambiente (art. 66.º) e ao direito à proteção na terceira idade (art. 72.º).

[877] MOLTMANN, *La dignidad humana*, p. 18.
[878] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 711.

Porque os *Dez Mandamentos* consagram não apenas *direitos* mas também *deveres*, sem que haja lugar a explanação ou diferenciação formal no seu elenco, na análise comparativa seguirei o mesmo modelo. Quando oportuno, procurarei demonstrar, de forma prática, os dois lados da moeda, como explanado na Parte I.

## CAPÍTULO III – O CONFRONTO DE LEIS

### § 22.º DA ADORAÇÃO A DEUS E DA LIBERDADE RELIGIOSA

#### 22.1. "NÃO TERÁS OUTROS DEUSES DIANTE DE MIM. NÃO FARÁS PARA TI IMAGEM DE ESCULTURA. NÃO TOMARÁS O NOME DO SENHOR, TEU DEUS, EM VÃO"

*Existe no Homem um vazio do tamanho de DEUS*. Com esta proposição, DOSTOIÉVSKI sumariza a problemática da adoração. O ser humano tem em si um vazio que procura preencher com algo que o satisfaça ou dê pleno sentido à sua existência. De acordo com a doutrina judaico-cristã, DEUS criou o Homem para ser um adorador[879]. Na natureza humana subsiste a necessidade de adorar algo, e é impossível adorar *o nada*. Perante esta impossibilidade, ao não crer em DEUS ou ao não querer adorar a DEUS, inevitavelmente o Homem terá de adorar o que foi criado, ao invés do Criador. Para DEUS, Ser omnisciente, pleno conhecedor da natureza humana afastada Dele, a adoração tornou-se um quesito complexo. Deste modo, o DEUS legislador inicia o Decálogo com três mandamentos totalmente dedicados à adoração divina, que serviram de bússola aos judeus do AT e aos cristãos do NT até à atualidade. Pela semelhança entre estes preceitos, irei abordá-los como um só, olhando à sua homogeneidade.

Primeiramente, torna-se inadiável explicar que, caminhando os hebreus até Canaã, terra de gentes pagãs como o cananeu, heteu, amorreu, ferezeu, heveu e jebuseu[880], deveriam saber que, no contacto com estes povos, não poderiam seguir as orientações politeístas destes. É de notar que DEUS não nega a existência dos ídolos adorados por estes povos; apenas interdita ao povo eleito a adoração aos mesmos, pois que, numa perspetiva teológica, não foram eles que *tiraram o povo da casa da escravidão* e, numa perspetiva ética, as práticas requeridas por esses deuses assentavam no desrespeito pela vida humana e na injustiça social. Para o povo hebraico, um dos maiores atributos que reconhecia em DEUS era o amor, em razão de Ele ser *aquele que faz misericórdia em milhares aos que O amam e guardam os Seus mandamentos*. A realidade dos deuses pagãos era distinta: requeriam o sacrifício de crianças[881], atos sexuais incestuosos e outras

[879] Rm 11:36; Ef 1:11; Ap 4:11.
[880] Êx 3:17.
[881] VAUX, *Les sacrifices*, pp. 49 ss.

brutalidades sacrificiais, para além das usuais práticas de adivinhação ou feitiçaria[882]. Enquanto DEUS galardoava a obediência com bênçãos, os deuses cananeus, mediante os sacrifícios de adoração dos que neles criam, ofereciam morte, sofrimentos físicos e psicológicos e um sentimento generalizado de injustiça social.

Na versão portuguesa do Decálogo, os mandamentos referentes à adoração, na sua redação completa, referem que:

> "*Não terás outros deuses diante de mim. Não farás para ti imagem de escultura, nem semelhança alguma do que há em cima nos céus, nem em baixo na terra, nem nas águas debaixo da terra. Não as adorarás, nem lhes darás culto; porque eu sou o SENHOR, teu Deus, Deus zeloso, que visito a iniquidade dos pais nos filhos até à terceira e quarta geração daqueles que me aborrecem e faço misericórdia até mil gerações daqueles que me amam e guardam os meus mandamentos. Não tomarás o nome do SENHOR, teu Deus, em vão, porque o SENHOR não terá por inocente o que tomar o seu nome em vão*" (Êx 20:3-7).

Perante esta transcrição bíblica, fica claro que *YAHWEH* proíbe qualquer forma de idolatria, isto é, adoração a outros deuses, pessoas ou criação; tudo o que ocupa o primado de DEUS no coração do Homem. De facto, DEUS disse que "*Eu sou o SENHOR, este é o meu nome; a minha glória, pois, não a darei a outrem, nem a minha honra, às imagens de escultura*" (Is 42:8).

Nos termos da LM, a idolatria pode apresentar várias formas: adoração de ídolos e dos materiais que os compõem (Dt 7:25)[883], adoração do Sol, Lua e estrelas (Dt 17:3-4), sacrifício humano (Dt 18:10), adivinhação (Dt 18:10); feitiçaria (Dt 18:10), encantamentos (Dt 18:11); bruxaria (Dt 18:11), mediunidade (Dt 18:11) e necromancia (Dt 18:11).

A violação destes mandamentos através de uma destas práticas era sancionada pela lei através de pena de morte por lapidação[884], o que denota a repulsa que DEUS *sente*

[882] Lv 18:2-23; Dt 18:9-14.
[883] O problema não estava na produção de estátuas, mas na adoração a estas. Êx 25:31-34 e I Rs 6:18,29 relatam a existência de *imagens* no Tabernáculo e no Templo mas, perante o crescimento da idolatria em Israel, os profetas requereram a eliminação de todas as representações físicas de DEUS em forma de imagem ou estátua. A inexistência de imagens tornou-se prova da fé em DEUS (AAVV, *Comentário Bíblico*, p. 189)
[884] Dt 13:1-11; 17:2-7.

perante a prática da idolatria. No NT, S. JOÃO[885] e S. PAULO[886] reiteram a condenação da idolatria, mas oferecem o devido perdão, mediante arrependimento, aos idólatras.

Para um melhor entendimento da importância que estes mandamentos têm para DEUS, atente-se para um ex. prático:

> "*Quem sacrificar a outros deuses, fora Yahweh, será entregue ao anátema*" (Êx 22:19, VBJ).

O presente v. traz à luz a severidade da pena por delitos praticados contra DEUS, compreendida pelo facto de constituir uma violação da Aliança efetuada com DEUS após a libertação do Egito[887]. Sendo o Judaísmo e o Cristianismo alicerçados no mandamento primordial de amar a DEUS sobre todas as coisas, percebe-se que os atos idólatras convelem tais alicerces, quer numa visão individual[888], quer numa visão comunitária. Os livros de Dt, Js, Jz, I e II Sm e I e II Rs estão repletos de narrativas que refletem a prática deste delito e a consequente sanção: ira de DEUS derramada por todo o povo[889]. Numa visão global, pode asseverar-se que, na história de Israel, quando a Nação incumpria este mandamento, através da adoração a outros deuses, DEUS punia severamente o povo; *a contrario*, quando o povo, através de uma liderança temente a DEUS, zelava pela obediência ao maior dos mandamentos, Israel prosperava e vivia períodos de paz.

Em Dt 7:25, DEUS ordena os judeus sobre as ações pós conquista: deverão queimar todos os ídolos (aos quais chama de *abominação*) que encontrarem e destruir a matéria-prima com que foram produzidos.

A história de Israel está repleta de narrativas em que estes mandamentos foram grosseiramente violados, o que culminou em derrotas épicas de Israel e conquistas por povos pagãos. O profeta JEREMIAS foi inequívoco ao pronunciar que a ira de DEUS caiu sobre Israel "*por causa da maldade que fizeram, para me irarem, indo queimar incenso e servir a outros deuses que eles nunca conheceram, eles, vós e vossos pais (…) Mas eles não obedeceram*" (Jr 44:3-5). Um dos episódios que testificam da consequência negativa da idolatria é o que consta da narrativa de I Rs 18. Trata-se de um momento da história de Israel em que a idolatria causou não apenas danos específicos nos reis ACABE e

[885] I Jo 5:21.
[886] Rm 1:22-3; I Co 6:10-11; 10:14; Gl 5:19-21
[887] GRÜNWALDT, *Olho por olho*, pp. 71-2.
[888] Êx 32:27-8.
[889] GRÜNWALDT, *Olho por olho*, pp. 72-3.

JEZABEL ou nos sacerdotes corrompidos, mas principalmente na nação de Israel como um todo. Não se tratava de uma questão teológica, mas social. Num período de extrema escassez de alimentos em Samaria, devido à falta de chuvas na região, DEUS ordena ao Profeta ELIAS que se dirija à presença do rei ACABE. Ali, acusado de ser o "*perturbador de Israel*" (I Rs 18:17-8), ELIAS afirma ao soberano que a culpa da falta de chuvas se deve à adoração a BAAL, o que causa a ira de DEUS que, como castigo, cessa as chuvas. Neste contexto, pede o Profeta ao rei que lhe permita subir ao Monte Carmelo juntamente com quatrocentos e cinquenta profetas de BAAL, de forma a desafiarem os seus deuses: Elias clama a DEUS e os restantes clamam a BAAL. O primeiro que fizer descer fogo do céu será considerado o DEUS de Israel. O rei concorda e Elias lança o repto ao povo: "*Até quando coxeareis entre dois pensamentos? Se o SENHOR é Deus, segui-o; e, se Baal, segui-o*" (I Rs 18:21).

Chegados ao Carmelo, levantam-se dois altares para sacrifício, onde se colocam dois bezerros sobre a lenha. Todavia, não se chega lume ao altar: ELIAS sugere que clamem ao seu deus para que dos céus desça o fogo que dará início ao altar. Assim o fizeram. Sucede que desde a manhã até ao meio-dia clamaram a BAAL, dizendo: "*Ah! Baal, responde-nos!", mas nada acontecia. Do outro lado, Elias motejava com a situação: "Ao meio-dia, Elias zombava deles, dizendo: Clamai em altas vozes, porque ele é deus; pode ser que esteja meditando, ou atendendo a necessidades, ou de viagem, ou a dormir e despertar*" (I Rs 18:27).

Então ELIAS chama o povo e repara o altar de DEUS, que estava quebrado. Coloca doze pedras, em representação das doze tribos de Israel, dispõe um rego em torno do altar, arma a lenha, deposita o bezerro e faz despejar litros de água sobre o altar. Então clama a DEUS, que de imediato faz descer fogo que consome o altar. Ordena ELIAS a morte imediata dos profetas de BAAL.

Esta narrativa retrata os problemas sociais criados pela adoração a deuses estranhos, também ela invocada pelo salmista no Sl 82:2-5:

> "*Até quando julgareis injustamente e tomareis partido pela causa dos ímpios? Fazei justiça ao fraco e ao órfão, procedei retamente para com o aflito e o desamparado. Socorrei o fraco e o necessitado; tirai-os das mãos dos ímpios. Eles nada sabem, nem entendem; vagueiam em trevas; vacilam todos os fundamentos da terra*".

Este salmo relata as consequências dos preceitos éticos estabelecidos por DEUS: as más práticas, exercidas em violação dos mesmos, culmina numa sociedade injusta, na qual se torna imperioso agir de modo a defender os pobres e órfãos, os aflitos e necessitados, tornando a sociedade mais equilibrada e justa.

Deus abomina a idolatria pois ela espelha aquilo que Ele não é, oferece aquilo que Ele desaprova e recria-O à imagem do Homem, ser falho, anulando, com isto, a Sua santidade, integridade e transcendência.

Relativamente à invocação do nome de DEUS em vão, o princípio que lhe é inerente é o de salvaguardar a vida do Homem, negando-lhe, por isso, a liberdade de usar o nome de DEUS para fins dolosos, com o intuito de prejudicar terceiros. Sendo Deus um ser santo, o uso indevido do Seu nome provocaria de imediato ofensa à Sua santidade, pelo que, na inexistência de arrependimento, o *castigo* divino seria a punição certa. O tipo de punição não se encontra registado na LM mas, atendendo à gravidade do delito que, em bom rigor, constitui blasfémia contra DEUS, admito que se trate de pena capital (lapidação), de acordo com Lv 24:16.

Tomar o nome do *SENHOR, teu DEUS*, em vão é "servir-se do nome de Deus para apelar ao que não é expressão do carácter divino"[890], como sucede em situações de falso juramento, perjúrio, práticas de magia ou invocação de mortos[891].

### 22.2. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

Incluso no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, o direito à liberdade religiosa frui de um regime específico. Trata-se de um direito constitucional fundamental, um conceito jurídico-constitucional que, em momento algum, poderá ser confundido com um princípio eclesiástico[892], fruto de um conceito teológico de *libertas ecclesiae*[893]. A separação entre estes conceitos jaz precisamente na sua fonte: um conceito teológico deriva obrigatoriamente de uma *transcendência*, assente em valores ou princípios internamente reconhecidos como verdades absolutas, não extensíveis, por isso, a outros credos ou pensamentos ateístas. *A contrario*, o direito fundamental à liberdade religiosa

[890] RAWLINSON, "Exodus", p. 286.
[891] AAVV, *Comentário Bíblico*, p. 190.
[892] Recordo aqui a expressão utilizada em SHEUNER, "Konkordat", p. 179.
[893] Sobre esta destrinça, RUFFINI, *Corso di Diritto*, pp. 133 ss.

tem um viés inclusivo: não se baseia em verdades religiosas, porque reconhece a pluralidade de pensamento religioso e ideológico (sem que com ela se identifique), não está ao serviço de uma igreja ou confissão religiosa na prossecução dos seus fins religiosos[894]. É, portanto, um direito assente numa matriz não confessional com elevado grau de generalidade dotado de grande inclusão, caracterizado pela abertura a todas as confissões religiosas em igualdade, independentemente da sua representatividade, estrutura, funcionamento ou tempo de existência[895].

### 22.3. A CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

A CRP consagra o direito à liberdade religiosa no art. 41.º sob a epígrafe *liberdade de consciência, de religião e de culto*[896]. A liberdade religiosa compreende "a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular", de acordo com o art. 18.º, DUDH, aplicável por força do art. 16.º, n.º 2[897].

Este preceito constitucional sofreu apenas uma revisão constitucional, sendo de destacar a:

- substituição da epígrafe de "liberdade de consciência, religião e culto" para a redação supramencionada, hoje em vigência:

- inclusão do n.º 3;

- adição da palavra "outras" no texto do n.º 4;

- inclusão do atual n.º 6 (antes n.º 5) com um novo texto constitucional.

Em traços gerais, o conceito de direito fundamental à liberdade religiosa pode ser postulado como sendo o "conjunto de normas jurídicas que a garantem ao Homem a possibilidade de agir de acordo com as suas convicções religiosas no gozo dos seus

[894] RAWLS, *Uma teoria*, pp. 223 ss.
[895] Cf. MACHADO, *O regime*, p. 38.
[896] A consagração da liberdade religiosa como direito surge com a Constituição de 1787, numa emenda integrante do *Bill of Rights*, desde 1791, através de duas cláusulas: princípio da separação do Estado das confissões religiosas (*establishment clause*) e direito à liberdade religiosa (*free exercise clause*).
[897] A DUDH não deve ser o único texto base do referido preceito, outros textos havendo que contribuíram como influência para o legislador, em vários momentos constitucionais. A saber: PIDCP (art. 18.º), PIDESC (art. 13.º, n.º3), Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância ou discriminação baseadas na religião ou nas convicções (1981), CEDH (art. 9.º) e CFDUE (art. 10.º).

direitos civis e políticos. Daqui decorre, como corolário, uma proibição de discriminação por razões religiosas[898].

O n.º 1 do art. 41.º contém em si três direitos diversos e complementares: todos giram em torno da liberdade de religião, sendo esta intimamente ligada à liberdade de consciência, e base da liberdade de culto:

1. *direito à liberdade de consciência*, que se patenteia pela liberdade de escolha de convicções e padrões éticos;

2. *direito à liberdade de religião*, que abrange a faculdade de escolher abraçar ou não uma religião, de defender ativamente uma determinada causa a favor ou contra o fenómeno religioso e de não ser prejudicado pelas suas convicções;

3. *direito à liberdade de culto*, que permite ao *homo religiosus* e às igrejas e comunidades religiosas o desempenho de atos públicos de acordo com a religião professada[899]. Não existe uma plena liberdade religiosa sem a liberdade de culto. Manifesta-se de várias feições, podendo nela incluir-se a liberdade de edificação e manutenção dos templos[900], a liberdade de comemoração pública de datas festivas atinentes à religião professada ou o direito aos feriados religiosos.

Pode, ainda, dividir-se o art. 41.º em duas grande partes:

1. *individual*, que absorve a esfera dos direitos pessoais;

2. *institucional*, que integra a esfera jurídica das igrejas e comunidades religiosas.

No que concerne à parte individual, a CRP garante, desde logo, uma ampla liberdade religiosa ao cidadão, a quem se legitima o direito de agir sempre de acordo com

---

[898] Aqui em posição semelhante com MAGALHÃES COLLAÇO, "O regímen", pp. 660 ss.

[899] Os locais de culto religioso são, *per se*, símbolos da liberdade religiosa. São os locais onde os ritos de cariz espiritual são efetuados, sejam eles de adoração, transmissão de doutrina, consolidação da identidade comunitária, prossecução de valores comunitários, desenvolvimento pessoal e bem-estar comunitário e político. O culto constitui-se, assim, numa definição *stricto sensu*, como o momento de ação ritual ou litúrgica de adoração comunitária e, numa definição *lato sensu*, como o conjunto de atividades de ensino religioso, de transmissão doutrinária, de convívio comunitário entre fiéis e de planificação, concretização e gestão de atividades de cariz religioso. Desenvolvidamente, CARMELLA, "Linking Religion", pp. 516 ss.

[900] "De nada serve a proclamação da liberdade de religião e culto se não se garantir a possibilidade de construir ou ter acesso a espaços adequados para o efeito" (CANOTILHO; MACHADO, "Bens culturais", p. 26).

as suas ideologias, sem que por isso sofra represálias ou outro tipo de complicações. É de realçar que tal liberdade, na sua dimensão de consciência e de religião, não pode ser suspensa em caso de declaração de estado de sítio ou de emergência, para efeitos do art. 19.º, n.º 6 e do art. 4.º, n.º 2, PIDCP, o que atesta o seu carácter de direito absoluto[901].

Estas liberdades têm claras repercussões no quotidiano do *homo religiosus*, permitindo-lhe manifestar a sua fé em público ou em privado, em grupo ou individualmente, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos (art. 18.º, DUDH), sem que seja, por isso, perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos (art. 41.º, n.º 2), o que assegura um pluralismo religioso mais alargado e ao alcance de todos, manifestações ateias ou prosélitas, ações diárias de acordo com a religião professada[902] e demonstrações públicas de práticas religiosas. Trata-se, evidentemente, de uma invocação do disposto no do art. 13.º, n.º 2, que institui o princípio da igualdade e, sucessivamente, a proibição de discriminar ou privilegiar os cidadãos por questões religiosas.

No n.º 3 consagra um direito à reserva pessoal das convicções religiosas, o qual se traduz na proibição de qualquer autoridade questionar os cidadãos sobre a religião professada e/ou convicções. As convicções religiosas fazem, portanto, parte da alçada íntima dos cidadãos, pelo que não podem ser alvo de investigação.

O n.º 4 (juntamente com o art. 288.º, al. c)), contém no seu corpo aquele que é o corolário fundamental do direito à liberdade religiosa: o princípio da separação das igrejas e comunidades religiosas do Estado, princípio constitucional com evidentes ramificações, mais ou menos diretas nos art. 13.º, n.º 2 e 43.º, n.º 2 e 3. Lembrando HÄBERLE, este é um dos princípios que designam *o tipo* de Estado Constitucional: a força de um Estado reside no facto de não seguir uma linha religiosa ou ideológica oficial, mas de promover, no seu ordenamento jurídico, a liberdade de conhecimentos filosóficos, religiosos, ideológicos, científicos e artísticos em igualdade[903]. Entre nós, CANOTILHO e MOREIRA reconhecem este princípio como elemento estruturante da República: "a secularização do

[901] BACELAR GOUVEIA, *O estado*, p. 1463 ss; REBELO DE SOUSA; ALEXANDRINO, *Constituição*, p. 100.
[902] *E.g.* As *salah*, as orações diárias que constituem um dos pilares do Islamismo.
[903] HÄBERLE, "Die entwicklung", pp. 433 ss.

poder político e das instituições do Estado é uma das componentes mais eminentes da herança cultural do princípio republicano"[904].

No n.º 6 estabelece o direito à objeção de consciência como forma de não praticar determinados atos que entrem em conflito com a consciência humana por motivos religiosos. Trata-se, pois, de um importante corolário da inviolabilidade de consciência e do respeito pela integridade moral do indivíduo, consagrada no art. 25.º, n.º 1. É importante aludir que se trata de um direito sob reserva de lei, à qual está incumbida delimitar os seus contornos e formas de exercício.

Relativamente à parte institucional, patente nos n.º 4 e 5, releva referir, em primeiro lugar, que a sua inserção no texto constitucional foi motivada pela necessidade de regular a separação entre o Estado e as igrejas. Historicamente, tal separação nem sempre se fez nos moldes atuais. Se na Constituição de 1911 se assistiu à imposição do laicismo, evidente no desprezo relativamente à Religião e seus fenómenos, manifesto externamente pela oposição à Igreja e pela tentativa de extrair qualquer ato religioso do espaço público, com a CRP verifica-se um Estado laico que, por força do princípio da separação do Estado e das igrejas, não se identifica com qualquer confissão religiosa, no respeito pela liberdade religiosa dos seus cidadãos.

A não identificação do Estado com uma religião não determina a total ignorância ou desprezo por esta. Um Estado laico não ignora os traços religiosos evidentes na sociedade, ao nível do ensino, da área social ou da inclusão social; pelo contrário, apoia e incentiva as confissões religiosas e as instituições sociais de cariz religioso a exercerem uma ação prática junto dos cidadãos. Muitas vezes, são aqueles que, através do contacto diário "no terreno" com a sociedade, conseguem alcançar, com apoio e proteção social, as camadas populacionais esquecidas ou desconhecidas pela própria máquina do Estado. Com efeito, a marca de um Estado de Direito é a não arrogar para si quaisquer fins religiosos, não assumir uma religião em detrimento de outras e não submeter o fenómeno religioso a um regime administrativo. Não obstante, este carácter de *não identificação* não determina que a Religião seja irrelevante para a sociedade ou, tão pouco, que não exista qualquer possibilidade de cooperação com as igrejas, comunidades religiosas ou

[904] CANOTILHO; MOREIRA, *Fundamentos*, p. 88.

instituições sociais de inspiração religiosa[905]. Pelo contrário, a cooperação entre o Estado torna-se útil ao bem comum. Nas palavras de MIRANDA e MEDEIROS,

> "nem se compreenderia a irrelevância das confissões religiosas no sistema de uma Lei Fundamental que acolhe e valoriza associações diversas existentes na sociedade civil, como as de beneficiários da segurança social, de defesa do ambiente, de família, de juventude, de cidadãos portadores de deficiência, culturais, científicas e desportivas (art. 63.º, n.º 2, 66.º, n.º 2, 67.º, n.º 2, al g), 70.º, n.º 3, 71.º, n.º 3, 73.º, n.º 3 e 4 e 79.º)"[906].

Também o TC aponta uma posição inequívoca neste sentido, declarando que "a separação e a não confessionalidade implicam a neutralidade religiosa do Estado, mas não o desconhecimento do facto religioso enquanto facto social. O Estado não está alheio aos valores e interesses da sociedade, antes constitui um instrumento ao seu serviço, assumindo a obrigação de garantir a formação e o desenvolvimento livre das consciências (católicas ou ateias), e assume esta obrigação em função da procura social. (…) O Estado não valora nem desvalora, em atitude confessional, a consciência de certa religião relativamente a uma outra"[907].

A não confessionalidade do Estado verifica-se, em moldes práticos, nos seguintes termos:

- no *respeito pelo valor histórico e cultural da religião*, através da consagração de feriados religiosos, na preservação do património cultural e religioso, na concessão de benefícios fiscais e no apoio às instituições de inspiração religiosa de solidariedade social;

- no *respeito pela liberdade de religião individual dos cidadãos*, através da não confessionalidade dos atos oficiais e do protocolares do Estado, da não obrigatoriedade do juramento religioso, no dever de reserva de titulares de cargos públicos, do recíproco dever de reserva das igrejas quanto a questões políticas[908], na inexistência de símbolos religiosos em edifícios públicos (ressalvando-se as

[905] O princípio da cooperação entre o Estado e as igrejas radicadas em Portugal está consagrado no elenco da LLR, no seu art. 5.º.
[906] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 912.
[907] TC n.º 423/87, proc. n.º 110/83 (MONTEIRO DINIS). Também o TEDH tem apoiado a relação de cooperação ou tendencialmente neutra do Estado para com as confissões religiosas. Cf. *Refah Partisi v. Turkey*, no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98 (ECHR 2003).
[908] Entende-se que às igrejas e comunidades religiosas não cumpre o dever de se imiscuir em questões fora da alçada religiosa, como sucede, por ex., com a imposição do sentido de voto aos crentes.

propriedades que tenham natureza histórica ou reconhecida tradição religioso-cultural);

- no *respeito pela liberdade religiosa individual*, através do ensino da disciplina de Religião e Moral e de da assistência religiosa nas Forças Armadas, Estabelecimentos Prisionais e unidades hospitalares, do reconhecimento da validade jurídica do casamento religioso, da não admissão de proibição de uso de símbolos religiosos por parte de funcionários ou agentes de instituições públicas e de alunos de escolas públicas (desde que tal não viole a ordem pública), na punição de crimes contra a religião, quer a nível institucional, quer a nível individual[909].

Esta é a linha de pensamento do Direito Internacional, que julgo ser oportuno invocar. O TL, que altera o TUE e o TCE, assinado em 13 de dezembro de 2007, em inclui, no preâmbulo, um reconhecimento oficial do legado cultural, religioso e humanista europeu e da dignidade humana, da liberdade religiosa e do respeito pelas igrejas e comunidades religiosas existentes nos Estados Membros (art. 1.º-A, 5.º-B e 16.º-C, respetivamente). Sem desmerecer o valor de outros instrumentos jurídicos anteriores, como a DUDH, CEDH e a CDFUE, que postulam a liberdade de religião, de consciência e de culto, o TL mostra-se reconhecedor do legado europeu e vincula os Estados à proteção do pluralismo religioso, através de um direito interno forte no que toca à proteção da liberdade religiosa individual e institucional, da tolerância e solidariedade[910], sem ocultar a identidade, a história e a cultura dos povos[911].

No que concerne ao n.º 5, garante também dois marcantes direitos às igrejas e comunidades religiosas quanto à liberdade de ensino, de expressão e de imprensa, oriundos da liberdade de religião e da separação e independência das igrejas e

[909] Arts. 239.º ss, CP.

[910] Cf. NUNES, *A Constituição*, p. 134.

[911] Este reconhecimento do legado religioso europeu parece invocar a leitura do Cardeal RATZINGER que, em 2004, invocando o dilema de BÖCKENFÖRDE, debateu com HABERMAS sobre a defesa da presença da Religião no espaço público, da educação e símbolos religiosos nas escolas públicas e da inserção de uma nota histórica na Constituição da Europa quanto às suas origens cristãs: "A fé cristã – seguindo o caminho aberto por Jesus – baniu a ideia da teocracia política. Dito em termos modernos, ela promoveu a laicidade do Estado, em que os cristãos convivem em liberdade com aqueles que têm outras convicções, unidos pela comum responsabilidade moral fundada na natureza humana (…) Neste sentido, o Estado laico é o resultado da opção cristã original, embora tenha precisado de longos esforços para se compreenderem todas as suas consequências. Aliás ele opõe-se ao laicismo como ideologia que, por assim dizer, gostaria de edificar um Estado da razão pura, separado de toda a raiz histórica e que, portanto só poderá reconhecer os fundamentos morais evidentes para toda a razão. (…) Um Estado laico pode e, até, deve apoiar-se nas raízes morais inspiradoras que o constituíram" (RATZINGER, *Europa*, p. 109).

comunidades religiosas. O segundo direito abrange a liberdade de expressão e de imprensa das igrejas e comunidades religiosas, através da imprensa escrita, rádio e televisão[912].

Numa última nota quanto à parte institucional, releva referir ainda que, em matéria de revisão constitucional, a CRP consagra no artigo 288.º uma lista de catorze matérias intocáveis pelo ato jurídico da revisão constitucional, da qual destaco a separação entre o Estado e as igrejas como princípio irreversível. Quanto à força jurídica das normas constitucionais que regulam as cláusulas de limites materiais à revisão constitucional, partilho da posição adotada por BACELAR GOUVEIA, que defende a teoria da irrevisibilidade das cláusulas. Sendo estas cláusulas da criação do poder constituinte originário, apenas este tem legitimidade para proceder à sua alteração. Não parece concebível que uma revisão constitucional, enquanto poder constituído e não constituinte, possa suportar tal alteração constitucional. Nas palavras de BACELAR GOUVEIA, "não se concebe que, tendo o poder constituinte construído um conjunto de disposições que se destinam a perdurar mais do que os outros preceitos, venha o poder de revisão constitucional, por ele criado e admitido, a adulterar essa vontade inicial. A criatura jamais pode impor-se ao criador!"[913]. Assim, em matéria de revisão constitucional, a CRP jamais poderá alterar o disposto no art. 288.º, al c), revogando o atual regime de separação entre o Estado e as igrejas[914].

### 22.4. DOS LIMITES À LIBERDADE RELIGIOSA

Quanto ao seu regime, a liberdade religiosa revela-se como um direito absoluto. De acordo com REBELO DE SOUSA e ALEXANDRINO, goza desse título por caber no elenco do n.º e do art. 19.º: a declaração de estado de sítio ou de estado de emergência não pode afetar a liberdade de consciência e de religião[915]. Quer isto significar que a liberdade de culto, em especial quando compreende outros direitos fundamentais, como a liberdade de reunião, manifestação, associação ou expressão, pode sofrer limitações constitucionais, caso estas sejam igualmente aplicáveis a estas últimas liberdades[916].

---

[912] Art. 40.º, n.º1. Na jurisprudência internacional, *Lautsi v. Italy*, no. 30814/06, IHRL 3688 (ECHR 2011).
[913] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. I, p. 644.
[914] ADRAGÃO, *A liberdade*, p. 376; ALVES PRATAS, *O Direito*, pp. 28-9.
[915] REBELO DE SOUSA; ALEXANDRINO, *Constituição*, p. 100.
[916] MACHADO, *Liberdade*, p. 280.

O seu reconhecimento como direito absoluto não pode, assim, expressar um direito sem delimitações. Em bom rigor, todos os direitos sofrem limitações. A CRP não é clara quanto a estas limitações. Neste caso, aplica-se a cláusula geral de limites do n.º 2, art. 29º, DUDH[917], com a necessária adaptação ao caso concreto: "as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática". Ainda assim, considerando-se a interpretação deste art. à luz do disposto no art. 9.º, n.º 2, CEDH, que prevê que "a liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem", então certamente que, no ordenamento jurídico português, este direito estará sujeito às limitações impostas pela lei, com o escopo primordial de reconhecimento e respeito pelos direitos e liberdades de outrem e de satisfação das exigências da moral e da ordem pública[918].

Reconhecendo a natureza jurídico-constitucional fundamental da liberdade religiosa, SOUSA FRANCO considera que somente as restrições da *justa ordem pública* podem contrapor-se a este direito, na sua dimensão pública ou externa[919]. Ao nível privado ou íntimo da manifestação da fé, não existe qualquer limitação, pois tal culminaria numa violenta agressão à liberdade religiosa. SOARES MARTINEZ considera que a CRP devia ser inequívoca quanto aos limites à liberdade religiosa, sendo criteriosa quanto às exigências de ordem pública[920].

Já MACHADO, consciente da não especificação constitucional dos limites à liberdade religiosa, foca a sua análise dos chamados *limites implícitos*, que carecem de uma leitura atenta das normas e de uma compatibilização substancial do direito à liberdade religiosa com os direitos de terceiros, de modo a garantir-se a proteção de outros bens jurídicos[921]. "Na prática, tudo se passa com base num processo relacional de

[917] MIRANDA, "A Concordata", p. 80.
[918] Esta é também a posição defendida por ADRAGÃO, *A liberdade*, p. 373.
[919] SOUSA FRANCO, "A liberdade religiosa", pp. 129 ss.
[920] SOARES MARTINEZ, *Comentários à Constituição*, p. 63.
[921] Não se admite a garantia da liberdade religiosa quando protege práticas cerimoniais ou ritualísticas que coloquem em perigo a saúde pública. Na jurisprudência norte-americana, *Prince v. Massachussets*, 321, U.S., 158, 166 (1943).

harmonização compromissória, com vista a obter a medida razoável e proporcional de acomodação dos direitos e bens jurídico-constitucionais"[922].

### 22.5. A CONCORDATA DE 2004 E A LIBERDADE RELIGIOSA[923]

Releva ainda deixar um breve apontamento sobre o direito à liberdade religiosa e a Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé, de 2004, situação por muitos apontada como inconstitucional, em razão de *alegadamente* o Estado português favorecer a confissão religiosa com maior representação em Portugal[924].

A Concordata de 2004 preceitua a relação entre as duas instituições, sujeitos de Direito Internacional Público. Trata-se de um Tratado Internacional que confere um estatuto especial à IC perante o Estado.

Portugal foi, até ao início do séc. XX, um país oficialmente católico. Só com a Constituição de 1911, a I República abandonou a religião católica como a religião oficial de Portugal, facto que veio a originar uma contenda entre a Igreja e o poder político, resolvida com a aprovação e ratificação da Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, assinada no Vaticano em 7 de maio de 1940.

Até 1974, a existência da Concordata permitiu um período de paz entre os seus signatários. Com a alteração de regime político após a Revolução do 25 de abril, o Governo Provisório entendeu dar continuidade a todos os acordos internacionais previamente estabelecidos, e a Concordata de 1940 não ficou esquecida. Levantando-se questão quanto ao instituto do divórcio, após conversações com a Santa Sé, assina-se um Protocolo Adicional à Concordata, em 15 de fevereiro de 1975, o qual veio alterar o artigo XXIV, garantindo-se, assim, competência aos tribunais civis para aplicação do divórcio aos casamentos com efeitos civis.

*A posteriori*, face aos benefícios fiscais garantidos à IC, ao abrigo da Concordata, as minorias protestantes acusam o Estado português de discriminação. Em 27 de outubro de 1992, JOSÉ DIAS BRAVO apresenta à AR uma petição assinada por 11.654 portugueses,

---

[922] MACHADO, *Liberdade*, pp. 282-3.

[923] A inclusão deste ponto não ignora a existência de outros acordos religiosos da República Portuguesa, como o acordo com o *Imamat Ismaeli*, aprovado pela Resolução da AR n.º 135/2015, DR I, n.º 210, de 27/10/2015. A escolha recaiu sobre a Concordata de 2004 por ser a que mais dúvidas tem levantado quanto à sua constitucionalidade.

[924] Apresenta-se aqui a posição defendida por ALVES PRATAS, *O Direito*, pp. 43 ss.

solicitando o *terminus* da discriminação fiscal entre a IC e as confissões religiosas minoritárias através da requisição para a isenção de IRS e IRC e a restituição do IVA[925]. Em 13 de julho de 1995, a Comissão de Petições da AR confirma a existência de medidas fiscais discriminatórias. A petição chega ao Plenário da AR, tendo os deputados perfilhado, na maioria, a teoria de que a isenção IC se devia às espoliações que esta sofreu durante o regime republicano de 1911. Não obstante, os vários Partidos deram como certo que a isenção deveria ser estendida às confissões religiosas não católicas.

Desta forma, constitui-se uma Comissão de Reforma da Lei da Liberdade Religiosa, presidida por JOSÉ DE SOUSA E BRITO. Em 4 de Março de 1997, a Comissão apresenta o primeiro anteprojeto da LLR, que regula a liberdade de consciência, de religião e de culto das minorias, cujo art. 49.º se dirigia somente à IC, ressalvando a Concordata de 1940 e o Protocolo Adicional de 1975, bem como a legislação complementar da Concordata (a saber, os artigos do CC e do CRC atinentes ao regime de casamento católico). A segunda versão, de 10 de Março de 1998, apresenta uma nova redação do art. 49.º (na altura, art. 59.º), a qual se aplica não à legislação complementar da Concordata, mas à legislação concernente à IC. A nova redação implicaria, assim, que toda a legislação concernente à IC prosseguiria intocável face à nova LLR. Assim, a legislação interna decorrente da Concordata continuaria em vigor, a par de outras legislações aplicáveis à IC, que passaria a estar vinculada pelos princípios, direitos individuais e institucionais contidos na LLR.

Este momento de viragem legislativa acarretou uma intenção de revisão da Concordata. Em 23 de Março de 2000, um grupo de deputados pronuncia-se pela necessidade de revisão, assente em razões de inconstitucionalidade. A saber:

- a Concordata estatui um regime preferencial à IC;

- após o fim da Ditadura e da Guerra Colonial a sua existência torna-se obsoleta, pelo que a revogação do Acordo Missionário era urgente;

- incumprimento do princípio da não confessionalidade por parte do Estado, que não garante o igual tratamento de todas as confissões religiosas;

- o disposto na recente LLR e na Concordata não estão harmonizados.

[925] A petição pode ser consultada no *Diário da AR*, II Série-C, n.º 16, de 12 de Fevereiro de 1993, pp.128 ss.

No momento da aprovação da LLR, em 22 de Junho de 2001, a Concordata ainda não havia sido revista, o que acabou por levantar dúvidas na sua aplicação temporal: uma vez que a LLR foi aprovada e promulgada antes da aprovação, ratificação e publicação da Concordata, a LLR estendia-se à IC ou apenas às restantes confissões? Sabendo que os tratados de Direito Internacional se encontram hierarquicamente numa posição superior à legislação interna, entendeu-se, desde logo, que a nova LLR não seria aplicada, como um todo, à IC.

Considero que o facto de a IC ter o seu estatuto aprovado num Tratado Internacional e as restantes confissões terem o seu estatuto aprovado numa lei do Estado não deve surpreender. A diferença na hierarquia das leis não se consubstancia, neste aspeto, numa violação do princípio da igualdade, pois que a não aplicabilidade direta da LLR à IC apenas salvaguarda o primado do Direito Internacional e a supremacia da CRP sobre o artigo 58.º, LLR. A IC não tem aqui um estatuto supremo; apresenta-se como um sujeito de Direito Internacional, enquanto as restantes confissões são sujeitos de Direito Privado[926]. São regimes díspares e, por isso, merecem um tratamento diferenciado.

Entendo, assim, que, pela história e presença cultural da IC na Nação portuguesa, a aprovação dos estatutos por Tratado Internacional não deve significar que a aquela goze de um *status* especial perante o Estado, ou que não possa merecer proteção jurídica por não se achar vinculada pela LLR. A diferença da forma não altera a diferença do conteúdo. Independentemente da fonte, o que releva é a verificação de direitos, liberdades e garantias iguais para os não católicos e católicos, uma vez que o artigo 58.º mantém em vigor a legislação aplicável à IC.

Assim, no ordenamento jurídico português coexistem dois regimes distintos em matéria religiosa: um regime exclusivo aplicado à IC, e outro, produzido pelo legislador interno, aplicado às confissões não católicas. Tal facto, todavia, não veda aos crentes católicos portugueses a possibilidade de invocação de normas da LLR. A LLR não tem aplicação quanto à IC, mas tem aplicação a todos os cidadãos, sendo, por isso, legítimo aos fiéis católicos a invocação os seus direitos perante as entidades públicas e privadas.

Em linhas gerais, a revisão da Concordata acarretou algumas alterações, nomeadamente: *i)* a substituição do Acordo Missionário (art. 4.º); *ii)* a nomeação dos

[926] A par da IC, as confissões religiosas detêm "uma natureza moral, imaterial, institucional, transpessoal e transgeracional". O que as distingue é a sua natureza jurídica (MACHADO, "O regime", pp. 153-4).

Bispos deixa de ser da competência do Estado (art. 8.º); *iii)* a extensão do Bispado a qualquer nacionalidade (art. 8.º); *iv)* a declaração canónica de nulidade do casamento passa a ter efeitos civis automáticos (art. 16.º); *v)* possibilidade de escolha em relação às patentes militares do padre capelão (art. 17.º); *vi)* a Universidade Católica Portuguesa deve respeitar o direito interno (art. 21.º); *vii)* a isenção fiscal das igrejas e instituições católicas (art. 26.º).

## § 23.º DO SÁBADO: O DESCANSO, O CULTO RELIGIOSO E A PROTEÇÃO DO AMBIENTE

### 23.1. "LEMBRA-TE DE SANTIFICAR O DIA DE SÁBADO"

O quarto mandamento é o mais longo de todo o Decálogo. Na ARC, Êx 20:8-11 surge na seguinte maneira:

> "*Lembra-te do dia do sábado, para o santificar. Seis dias trabalharás e farás toda a tua obra, mas o sétimo dia é o sábado do SENHOR, teu Deus; não farás nenhuma obra, nem tu, nem o teu filho, nem a tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu animal, nem o teu estrangeiro que está dentro das tuas portas. Porque em seis dias fez o SENHOR os céus e a terra, o mar e tudo que neles há e ao sétimo dia descansou; portanto, abençoou o SENHOR do dia de sábado e o santificou*."

Êx 20:8-11 constitui uma formulação positiva com quatro verbos (três afirmativos e um negativo) no modo imperativo: *lembra-te* (v. 8), *trabalharás* (v. 9), *farás* (v. 9), *não farás* (v. 10); e cinco ações do verbais: *santificar* (v. 8) ou *santificou* (v. 11), *fez* (v. 11), *descansou* (v.1 1)[927] e *abençoou* (v. 11). A estruturação do mandamento assente em quatro verbos imperativos e os cinco verbos no pretérito perfeito aponta para um paralelismo: o Homem é ordenado a agir de acordo com o que DEUS fez no passado, no momento da criação. Assim como DEUS *fez, descansou* no sábado, *abençoou* o sábado e *santificou* o sábado, o Homem é convidado a *lembrar*, *santificar*, *não fazer* e *descansar*.

À semelhança dos mandamentos anteriores, a *ratio* deste é espiritual, parecendo invocar o *sabbat*, o sétimo dia da criação, o dia em que DEUS descansou de forma a

[927] A VBJ utiliza o termo "repousar".

apreciar o seu processo criativo. Mas não é só. Parece existir, por detrás desta regra, um zelo pelo bem-estar da humanidade, no reconhecimento da sua necessidade de descanso, e uma motivação ecológica, na preocupação com a natureza e animais.

Na análise deste mandamento, irei proceder à divisão do mesmo, observando, em primeiro lugar, as questões teológicas que estão na sua génese, e, em segundo lugar, as preocupações ecológicas que os princípios de preservação ambiental, presentes na norma, invocam.

### 23.1.1. FUNDAMENTOS RELIGIOSOS

O quarto mandamento inicia-se com o verbo hebraico *zakhor,* que significa «lembrar»[928]. Encontra-se no infinitivo absoluto como forma de atribuir ao mandamento um carácter de perenidade imutável[929]. *Lembrar* é, sem dúvida, o primeiro elemento desta norma: a lembrança, ou memória. O Judaísmo e o Cristianismo[930] são religiões de memória, pois que foram fundadas sobre factos históricos narrados nas Escrituras, e que são, em muitos momentos ritualísticos ou festivos, lembrados pelos fiéis. É, pois, uma forma de honrar o acontecimento passado e o DEUS que o proporcionou. Neste caso específico, trata-se de gerar na memória de cada hebreu a convicção permanente do resgate salvífico de que foi alvo. Lembrar o sábado é lembrar o momento em que o DEUS da criação libertou esta comunidade do jugo da escravidão do Egito[931].

De um modo mais prático, lembrar é obedecer. Quando DEUS utiliza este verbo pretende também, com ele, dizer ao Homem "faz deste modo" ou "obedece". A prática desde mandamento está, em termos teológicos, ligada ao cumprimento da Lei Cerimonial que a tradição judaica primou por guardar. Tal observância ritualística já não se refere tanto ao passado, mas ao cumprimento da Aliança efetuada com DEUS, que é, assim,

[928] No Código Deuteronómico, o mandamento do sábado inicia-se com o vocábulo hebraico *shamor, que significa «guardar»*. Guardar aqui tem o mesmo sentido de lembrar.
[929] MAISONNEUVE*, L'hébreu biblique*, p. 73.
[930] O Cristianismo conservou a importância da memória nos seus ritos e festas. É o caso da Comunhão Eucarística, praticada entre católicos, ou da Santa Ceia, entre protestantes. Ambas lembram a paixão e morte de JESUS na cruz, assim como a sua ressurreição, num ato igualmente salvífico, segundo I Co 11:23-32.
[931] Lembro as palavras análogas de S. PAULO: "*Para a liberdade foi que Cristo nos libertou. Permanecei, pois, firmes e não vos submetais, de novo, a jugo de escravidão*" (Gl 5:1).

lembrada a cada sete dias. Para os sacerdotes, "lembrar" significava obedecer à Lei, e viam no cumprimento do rito um caminho para a santificação dos hebreus.

O modo do povo santificar a DEUS era através do mandamento do sábado. Do mesmo modo que DEUS santificou o sábado, o povo de Israel foi convidado a tornar o sétimo dia santo. Na *Torah* utiliza-se a expressão *qodesh* para determinar «santidade», o que significa separar ou colocar à parte. Israel deveria santificar-se para Deus (Dt 7:6 e 14:2,21) de modo a tornar-se uma Nação santa (Êx 19:6) ou povo santo (Is 62:12 e 63:18; Dn 12:7). A fim de explicar como se inicia o processo de santificação no AT, MOISÉS escreveu as normas que constam do livro de Lv, que funcionava como um manual de santidade, onde podiam consultar-se os processos pessoais (4:27-35) e comunitários de santidade (4:13-21; 16:15-28), consagrações sacerdotais (8:1-36) e os vários rituais e cerimónias relativos ao sábado (23:3) e às festas anuais (16:29-34; 23:4-44).

Observando a imutabilidade da Lei Moral e de todos os seus princípios, parece existir alguma incoerência relativamente a este mandamento. Examinando a tradição cristã percebe-se que os crentes não *lembram*, ou não *guardam*, o sábado, mas o domingo. Não deveria a santificação do *Sabbat* ser eterna? A resposta encontra-se explicitada nas Escrituras.

Desde a promulgação da LM, os judeus passaram a santificar o sétimo dia da semana, por obediência ao mandamento divino, do qual DEUS deu, em primeiro lugar, quando terminados os céus e a terra (Gn 2:3). Assim como trabalhou seis dias e descansou no sétimo (Gn 2:2; Êx 20:11), chamou o Seu povo a fazer o mesmo.

Mais tarde, segundo Gn 31:17, MOISÉS reitera que "*em seis dias fez o SENHOR os céus e a terra e, ao sétimo dia, descansou, e restaurou-se*" O líder hebreu acrescentou à narrativa bíblica de Gn a palavra *naphash*, isto é, «restaurar», vocábulo usado no AT apenas em duas situações: a primeira em referência ao descanso dos animais, escravos e estrangeiros (Êx 23:12), e, a segunda, em referência ao rei DAVI e seus homens (II Sm 16:14). Desta feita, após tudo criar, DEUS *sente* a necessidade de descansar e de se restaurar, não no sentido físico do termo, como se de uma renovação de forças e vigor se tratasse, mas no sentido de ter alegria e satisfação no Seu trabalho. É neste sentido que o salmista canta "*Alegre-se o Senhor em suas obras!*"[932], pois que o descanso de DEUS não foi literal, antes um momento de apreciação de tudo quanto criou. Assim, a santificação

[932] Sl 104:31.

do sábado, para o Homem, deve ser um momento de lembrança e apreciação pela obra gloriosa que DEUS havia feito, quer no momento da génese de todas as coisas, quer no momento da libertação do povo (Dt 5:12-15).

Quanto ao Homem, pode ver no descanso de DEUS a legitimação para o seu descanso físico. Ainda que não seja o escopo primordial deste mandamento, DEUS permite ao Homem, habituado à escravidão no Egito, um dia de descanso semanal, com vista, certamente, à restauração da condição física e mental de cada um. É digno de nota o facto de tal mandamento se estender quer aos senhores, quer aos seus servos, ou escravos, em jeito de recompensa pelo seu trabalho.

De um modo genérico, o descanso previsto no Decálogo abrange:

1. *Descanso físico*. O descanso consiste, assim, num mandamento divino, uma lei natural imutável que reconhece a necessidade do Homem em relação a uma período de repouso e refrigério. Se é verdade que DEUS ordenou ao Homem que trabalhasse, de acordo com Gn 2:15, não é menos verdade que ordenou a este o descanso a cada sete dias, para lá do devido descanso diário[933];

2. *Descanso social*. Também as tribos e Nações precisam de um período de descanso, em especial após o longo período de peregrinação no deserto[934], de tempos de guerra[935] e de ataques de nações inimigas[936].

Ao longo da Antiga Aliança, o mandamento do sábado foi cumprido rigidamente (Êx 19; Hb 8:6-7,13): todo o trabalho feito pelos judeus e pelos seus filhos, servos, animais e estrangeiros tinha de cessar. A paragem, com tudo o que podia ainda ser feito, foi minuciosamente legislada por MOISÉS, e a não observância da Lei poderia ser sancionada com penas bastante pesadas[937].

Durante o período intertestamentário, o mandamento do sábado foi radicalizado. Num período de guerras entre os Macabeus, muitos foram os que preferiram morrer, deixando de proteger a sua vida e a dos seus familiares, a deixar de celebrar o *Sabbat*, de acordo com I Mc 2:32-38 e II Mc 6:11.

---

933 Gn 28:11; II Rs 4:11; Mc 4:38; Jo 4:6.
934 Dt 12:9 ss.
935 I Cr 22.
936 Jz 3.
937 *E.g.*, o caso da pessoa que ia colher madeira para fazer uma fogueira durante o *Sabbat*, que seria sentenciada a pena de morte. Cf. Nm 15:32-36; Êx 31:14-15; 35:1-3.

Em sentido divergente atuou JESUS que, por diversas vezes, entrou em conflito com os fariseus por alegadas violações do mandamento do sábado[938], às quais Jesus respondia com a certeza de que "*o sábado foi estabelecido por causa do Homem, e não o Homem por causa do sábado*" (Mc 2:27). Com a ressurreição de JESUS e o início da Nova Aliança, a situação mudou. Pela grandiosidade do ato salvífico que dela se originou, o Imperador CONSTANTINO[939] veio determinar que os cristãos, agora sob a Nova Aliança, devem adorar a DEUS no primeiro dia da semana, ou seja, no domingo, determinação essa respaldada em vários trechos no NT:

*i)* Domingo é o primeiro dia da semana, o dia em que JESUS ressuscitou de entre os mortos (Jo 20:1, em cumprimento do disposto em Sl118:24);

*ii)* o primeiro dia da semana é chamado de "*o Dia do Senhor*" (Ap 1:10 e I Ct 16:2);

*iii)* o ESPÍRITO SANTO desceu sobre a Igreja no primeiro dia da semana (At 2:1-36);

*iv)* em memória do primeiro dia da criação, no qual DEUS fez a luz e a separou das trevas, a Igreja congrega no primeiro dia da semana de modo a celebrar a luz do Evangelho de JESUS, que retirou das trevas (Jo 1:5,9; 3:19; 8:12; II Ct 4:1-6).

É de notar que na Igreja Primitiva, nas cidades onde predominavam os judeus face aos gentios, o *sabbat* continuou a ser observado; *a contrario*, admite-se que em muitas cidades gentílicas os cristãos reuniam no *Dia do Senhor* (At 20:7; I Ct 16:2; Ap 1:10).

### 23.1.2. FUNDAMENTOS ECOLÓGICOS

A conjuntura atual dá sinal da urgente necessidade de um novo olhar sobre a natureza. Urge repensar medidas ecologicamente sustentáveis e éticas que travem o avanço veloz das alterações climatéricas e que reeduquem o Homem no respeito pela

938 Mt 12:1-4; 12:5,8; Jo 5:1-18; 9:1-41; 9:40,41.

939 Em 325, CONSTANTINO decreta o Dia do Senhor como um feriado, no qual os cristãos podiam descansar, tendo total liberdade para dedicar o dia a DEUS. Cf. BAUMGARTNER, *A Igreja*, p. 91; BETTENSON, *Documentos*, p. 48.

natureza. Considero, por isso, que uma hermenêutica bíblica da ecologia poderá auxiliar no processo, uma vez que é ela que apresenta o DEUS Criador e organizador do *cosmos*[940].

Na conceção judaico-cristã, DEUS criou o mundo para o Homem nele habitar. Assim, está sempre ligado à natureza, "não somente por laços íntimos mas, mais do que isso, por laços constitutivos"[941].

Segundo HAROLDO REIMER,

> "a Bíblia como livro tem suas intencionalidades enquanto obra, e a dimensão ecológica pode não constituir o seu centro. Ainda assim, enquanto livro de textos fundantes das tradições judaico-cristãs é importante ler os mesmos na consciência do "caminho mental" que busca ressaltar mais a dimensão holística e superar as fragmentariedades do viver. A perspetiva ecológica deve ter presença assegurada na leitura da Bíblia"[942].

Para a compreensão dos fundamentos ecológicos que estão na base deste mandamento, importa recuar até Gn, livro em que o autor inicia dizendo que DEUS *criou todas as coisas*, nos "céus e na terra" – a luz, o firmamento, a terra seca, erva e toda a espécie de árvores, os luzeiros, os peixes e aves, os animais e o Homem –, descansando ao sétimo dia (Gn 1:1-23). É de notar ainda que, no momento da criação do ser humano, DEUS deu-lhe o domínio sobre "*os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra*" (Gn 1:26, VBJ). Permitiu DEUS ao Homem o usufruto de toda a terra e mar, e impôs-lhe o cuidado dos animais e o zelo por toda a criação[943], imposição esta que se estende até à atualidade.

A *Torah* apresenta diversas leis sobre a Natureza e a criação. Segundo a visão judaico-cristã, preservar a criação equivale ao respeito pela vontade soberana de DEUS. Importa agora destacar os princípios nelas consignados: o princípio da preservação ambiental e o princípio do cuidado com a criação.

Em Gn 1:28 encontra-se o princípio da preservação ambiental:

[940] REIMER, *Toda a criação*, p. 43.
[941] VARANDA, "Deus, História, Cosmos", p.88.
[942] REIMER, *Bíblia*, p. 19.
[943] Gn 1:28.

"*E Deus os abençoou e lhes disse: Sede fecundos, multiplicai-vos, enchei a terra e sujeitai-a; dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus e sobre todo animal que rasteja pela terra*".

Ao ser humano está incumbida a responsabilidade de zelar pelo planeta, pelo que não se pode entender a expressão "dominai" como uma posse totalitária, ou como um direito a uma utilização egocêntrica ou destruidora, mas como um dever de administrar com zelo todos os recursos naturais, a pensar nas gerações futuras. MOISÉS é claro quanto ao uso dos recursos naturais, em especial das florestas:

"*Quando sitiares uma cidade por muito tempo, pelejando contra ela para a tomar, não destruirás o seu arvoredo, metendo nele o machado, porque dele comerás; pelo que não o cortarás, pois será a árvore do campo algum homem, para que fosse sitiada por ti? Mas as árvores cujos frutos souberes não se comem, destrui-las-ás, cortando-as; e, contra a cidade que guerrear contra ti, edificarás baluartes, até que seja derribada*" (Dt 20:19-20).

Com esta regulamentação, MOISÉS apresenta uma preocupação com as florestas não só como fonte de provisão alimentar, pois tudo o que sustenta a vida humana deve ser preservado, mas também como fonte de madeira para a construção de armas de guerra.

Para DEUS e, por conseguinte, para os hebreus, também a água tinha especial valor, pelo que o seu bom uso era amplamente aconselhado. Atendendo à localização geográfica de Israel, a falta de chuva era recorrente, o que dificultava a sobrevivência humana e da própria terra. Para tentar fugir a uma possível situação de seca extrema, os judeus usavam-se de fontes ou de poços de água, que abasteciam o povo. Em Gn encontram-se trechos bíblicos que relatam o modo de utilização desses poços e dos conflitos que surgiam em torno dos mesmos. Refiro-me à situação que originou a separação entre ABRAÃO e o seu sobrinho LÓ (13:1-13) e do conflito entre ABRAÃO e ABIMELEQUE em Berseba (21:22-34)[944].

De igual modo, a terra apresentava grande valia para os hebreus. Assim o testifica a preocupação que MOISÉS teve quanto à regulamentação do seu uso:

"*Seis anos semearás a tua terra e recolherás os seus frutos; porém, no sétimo ano, a deixarás descansar e não a cultivarás, para que os pobres do teu*

[944] REIMER, *Bíblia*, p. 130.

*povo achem o que comer, e do sobejo comam os animais do campo."* (Êx 23:10-1).

Segundo a regra mosaica, a terra tem *direito ao descanso*, tal como teve DEUS após a sua criação, e tal como tem o Homem, criado à Sua imagem e semelhança. É interessante a forma como o legislador olhou para a terra e a equiparou ao Homem, munindo-a de direitos próprios, como se de um sujeito de direito se tratasse. "Ela deixa, pois, de ser um objeto da mera exploração para ser a destinatária de um sem número de obrigações a serem cumpridas pelo Homem"[945].

Nas legislações dos povos da Antiguidade não se encontra qualquer regra sobre o ano sabático, isto é, o ano de descanso da terra a cada sete anos. Meditando sobre Israel como um povo dedicado à agricultura, depressa se conclui que esta poderia ser uma regra demasiado drástica, pois culminaria num ano sem colheitas e proveitos para o povo (Lv 25:1-55). Todavia, a lei parece ter sido dada ao povo para testar a sua obediência a DEUS e o seu nível de confiança em *YAHWEH* que os retirara do Egito. Segundo II Cr 36:21, Israel ignorou esta lei setenta vezes entre a sua decretação e a ida para o cativeiro. Ao dar descanso à terra, dava-se descanso ao Homem, que podia partilhar do seu tempo com o próximo, no repartir os frutos com os mais pobres, e com DEUS. Era um tempo de dedicação a DEUS.

Sob a orla deste princípio bíblico, fica a clara ideia de que a manutenção da natureza, e de tudo quanto nela existe, é da inteira responsabilidade do ser humano, de forma que possa tirar proveito dela:

> "aceita-se facilmente, como axioma universal ou como um convincente desejo da fantasia especulativa, a ideia de que tal mundo adequado à habitação humana deva continuar a existir no futuro, habitado por uma humanidade digna desse nome (ideia tão convincente e tão incomprovável como assertiva de que a existência de um mundo é sempre melhor que a existência de nenhum); mas, como proposição moral, isto é, como uma obrigação prática perante a posteridade de um futuro distante, e como princípio de decisão na ação presente, a assertiva é muito distinta dos imperativos da antiga ética da simultaneidade; e ela somente ingressou na cena moral com os novos poderes e o novo alcance da nossa capacidade de previsão. (…) A presença do Homem no mundo era um dado primário e indiscutível de onde partia toda ideia de dever referente à conduta humana: agora, ela própria tornou-se um objeto de dever – isto é, o dever de proteger a premissa básica de todo o dever, ou seja,

[945] PALMA, *Leis Ambientais*, pp. 90-1.

> precisamente a presença de meros candidatos a um universo moral no mundo físico do futuro, isso significa, entre outras coisas, conservar este mundo físico de modo que as condições para uma tal presença permaneçam intactas; e isso significa proteger a sua vulnerabilidade diante de uma ameaça dessas condições"[946].

Em Dt 22:3-4 encontra-se o princípio do cuidado com a criação. Enquanto o primeiro tinha especial enfoque na flora ambiental, este prima pelo cuidado para com os animais:

> "*Assim também farás com o seu jumento e assim farás com as suas vestes (…) O jumento que é de teu irmão ou o seu boi não verás caído no caminho e a eles te furtarás; sem falta o ajudarás a levantá-lo*".

Na Bíblia, os vv. em questão têm como epígrafe "a caridade para com o próximo", e é mesmo disso que trata o chamado princípio do cuidado com a criação. O princípio aqui presente revela toda a atitude de misericórdia que o Homem deve ter quando, por motivo determinado ou indeterminado, encontrar um animal caído no caminho, não se admitindo que possa evadir-se da sua obrigação de auxílio ao próximo e aos seus animais. Ao legislador parece não ser relevante se a queda do animal aconteceu por dolo ou negligência; apenas releva a boa vontade de quem vê e *não se esconde*, isto é, não nega auxílio.

Também o princípio do cuidado, presente em Dt 22:3-4, encontra correspondência na CRP, no n.º 2, art. 66.º. Na conceção de LEONARDO BOFF, este princípio não assenta no mero zelo, mas na preocupação materializada com a natureza, ou seja,

> "configura um modo de ser, uma relação nova para com a realidade, a Terra, a natureza e outro ser humano. Ele comparece como um paradigma que se torna mais compreensível se o compararmos como o paradigma da Modernidade. Este se organiza sobre a vontade de poder, poder como dominação, como acumulação, como conquista da natureza e dos outros povos. O cuidado é o oposto do paradigma da conquista. Tem a ver, como já dizíamos anteriormente, com um gesto amoroso, acolhedor, respeitador do outro, da natureza e da Terra. Quem cuida não se coloca sobre o outro, dominando-o, mas junto dele, convivendo, dando-lhe conforto e paz"[947].

[946] JONAS, *O princípio*, pp. 44-5.
[947] BOFF, *Sustentabilidade*, pp. 92-3

Cumpre, com efeito, ao Estado, na preocupação com a proteção de um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, promover um pacote de medidas, para efeitos do disposto no n.º 2 e por respeito ao princípio do cuidado da criação.

### 23.2. O DIREITO CONSTITUCIONAL AO DESCANSO

A CRP consagra, no seu art. 59º, n.º 1, al d) que "todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas têm direito ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas". Este art., que corresponde, sem qualquer alteração, ao art. 60.º, n.º 1, al. d), do texto constitucional de 1982 e ao art. 53.º, al. d) do texto constitucional de 1976, é a receção quase integral do preceituado no art. 24.º, DUDH[948].

O direito ao descanso, ou direito fundamental ao repouso, é, com rigor, um dos vários direitos consagrados no art. 59.º, artigo que não se ocupa dos direitos fundamentais dos trabalhadores enquanto cidadãos, como sucede no art. 53.º, mas enquanto trabalhadores.

Primeiramente, é de notar a invocação do princípio da igualdade no contexto do dos direitos fundamentais dos trabalhadores, repudiando-se qualquer ação ou omissão que possa consubstanciar uma discriminação em função da idade, sexo raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas dos trabalhadores. É meu entender que a enunciação patente no art. 59.º é meramente exemplificativa, existindo outros fatores de discriminação que não constam da lista apresentada, tal como o elemento da orientação sexual, acrescentado ao corpo do art. 13.º, n.º 2, na revisão constitucional de 2004[949].

Atendendo à amplitude do art. 59º, n.º 1, al d), admite-se a sua aplicação aos trabalhadores subordinados em geral, inclusive aos trabalhadores que efetuem trabalhos intermitentes, de acordo com os art. 157.º a 160.º, CT, ou aos trabalhadores com isenção de horário de trabalho, nos termos dos art. 218.º e 219.º, CT. Com efeito, de acordo com

[948] "Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres e, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas". Na base do referido preceito constitucional encontram-se outros textos internacionais, tais como o PIDCP (art. 8.º), o PIDESC (art. 7.º, al d) e CDFUE (art. 23.º e 31.º, n.º 2).
[949] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 1148.

o TC, n.º 368/97[950], no que aos trabalhos intermitentes diz respeito, ainda que se admita que, nos momentos entre a prestação efetiva do trabalho o trabalhador possa efetuar tarefas não respeitantes ao emprego, não devendo, todavia, ausentar-se do local de trabalho, a verdade é que tal proibição "não pode, em momento algum, possibilitar o estabelecimento de um horário permanente, ou desprovido de um limite superior (e, por isso, potencialmente permanente)". Semelhantemente, quanto aos trabalhadores com isenção de horário de trabalho, não é constitucionalmente admissível que o trabalhador se veja obrigado a trabalhar ininterruptamente doze ou catorze horas, consubstanciando tal incumbência uma carga horária excessiva e intolerável, violadora do disposto no art. 59.º, n.º1, al d)[951].

Qualquer relação laboral, independentemente do tipo de contrato de trabalho, fundamenta-se na existência de alguém que está em subordinação jurídica: o trabalhador. Tal subordinação espelha uma "situação de sujeição, em que se encontra o trabalhador, de ver concretizado, por simples vontade do empregador, numa ou noutra direção, o dever de prestar em que está incurso"[952]. De facto, nos termos do art. 97.º, CT, compete ao empregador "estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem", o que significa que é ele quem dita a política da empresa, define horários e locais de trabalho, emite ordens e controla a prestação do trabalhador. Mas não só. Cumpre ao empregador a proteção do empregado, quer a nível da segurança e integridade física do trabalhador, potenciando um local de trabalho seguro, de acordo com as normas de higiene e de segurança no trabalho, quer a nível do bem-estar físico e emocional do mesmo, nível em que se encaixa o direito ao descanso, seja este diário ou semanal.

A CRP não proíbe a imposição, por parte do empregador, de trabalho fora do período de trabalho diário ou semanal do trabalhador. Não obstante, uma vez que tais horários suplementares ou noturnos reduzem o período de descanso diário ou semanal do trabalhador, violando, desta forma, o direito fundamental ao repouso, vigora, neste âmbito, ou reserva de norma na definição dos casos que justificam a elaboração de horários extraordinários[953]. Neste sentido seguiu igualmente o TC, n.º 635/99[954],

[950] Proc. n.º 21/95 (MARIA FERNANDA PALMA).
[951] *Ibid*, p. 1158.
[952] MENEZES CORDEIRO, *Manual*, p. 535.
[953] TC, n.º 256/92, proc. n.º 405/92 (BRAVO SERRA).
[954] Proc. n.º 1111/98 (VÍTOR NUNES DE ALMEIDA).

considerando que importa conjugar o direito ao descanso e o limite máximo de jornada diária de trabalho com o princípio da justa remuneração, de forma a garantir-se que o "trabalho prestado por ordem e no interesse do empregador para além desse máximo não possa deixar de ser remunerado e com alguma majoração relativamente ao trabalho normal".

Por fim, além do descanso diário ou semanal, a al. vertente consagra, de igual modo, o direito a férias periódicas pagas. Inicialmente encarado como uma recompensa meritória pelo bom serviço prestado, o direito a férias foi elevado a direito fundamental, anexando-se à lista de direitos dos trabalhadores com contrato subordinado[955]. Assim, garante-se ao trabalhador um período de repouso e de lazer que possibilite a sua realização pessoal e/ou familiar e uma participação social e cultural, devendo, todavia, escolher um período de férias que seja adequado ao bom funcionamento da empresa. Com efeito, "a garantia constitucional do repouso e dos lazeres do trabalhador, concretizada no direito a férias pagas, não confere um direito absoluto a gozar férias numa época determinada, nem um direito à inalterabilidade do período de gozo de férias", de acordo com o acórdão do TC, n.º 64/91.

Em conclusão, a CRP, como garante dos direitos sociais dos cidadãos, vai além da mera concessão de "folga", promovendo a obrigatoriedade, junto dos patronos, do direito de descanso semanal ou de férias periódicas pagas, não como um prémio pelo desempenho do trabalhador, mas pelo reconhecimento da sua dignidade como pessoa humana.

### 23.2.1. A ESCRAVIDÃO NO MODELO MOSAICO E NA CONSTITUIÇÃO

O Decálogo promove no seu elenco o direito ao descanso que, na sua essência, corresponde ao direito consagrado no art. 59.º, n.º 1, al. d), coincidente com o mandamento ao descanso semanal. No contexto em questão, em que a escravidão era permitida, não posso deixar de notar que o direito ao descanso era igualmente concedido aos escravos, frequentemente apelidados de *servos*. Contrariamente a outras civilizações, o conceito de escravidão na civilização hebraica não possuía uma conotação tão pejorativa como as demais, reconhecendo-se, em vários casos, os servos como membros

[955] Na jurisprudência, TC, n.º 64/91, proc. n.º 117/91 (RIBEIRO MENDES).

da família[956]. Com efeito, a legislação sobre a escravatura mostrava-se bastante progressiva:

- ao servo era garantido o direito ao descanso semanal (Êx 20:10);

- ao servo era garantido o direito de libertação após sete anos de serviço (Êx 21:2);

- o tráfico de seres humanos com intuito de venda como escravos era punido com pena de morte (Êx 21:16)[957];

- o dano resultante de uma ofensa à integridade física do servo deveria ser ressarcido com a sua libertação (Êx 21:26);

- a morte de servo de terceiro seria punida de acordo com a LT (Êx 21:27);

- ao senhor incumbia, no momento da libertação do servo, a doação de dinheiro ou bens, de forma que este pudesse iniciar a sua vida com dignidade (Dt 15:12-14);

- a adoção de servos era permitida, passando a ser herdeiros dos seus senhores (II Cr 2:34-35).

Este progressismo legal contrasta, todavia, com a real intenção de Deus:

> "A Bíblia apresenta Deus como aquele que liberta. Não é por acaso que a libertação narrada no Êxodo é o fato fundamental ao qual se voltam continuamente outros textos bíblicos. Lamentavelmente, porém, ela nem sempre foi lida a partir deste seu cerne. E alguns versículos bíblicos foram usados para deles deduzir que seria bom ser escravo para assim chegar a uma vida plena na eternidade. Entretanto a verdade é que para as Sagradas Escrituras, Deus combate todos os sistemas que oprimem e escravizam"[958].

Mas não só. Colide igualmente com a realidade legal contemporânea. Na CRP, por força conjunta dos arts. 25.º, 26.º e 59.º, não se admite qualquer tipo de trabalho que viole a dignidade humana do trabalhador, pelo que qualquer ideia próxima à de

[956] *E.g.*, AGAR, serva de SARA e de ABRAÃO (Gn 16). Para o rabino medieval RASHI, AGAR era filha do faraó do Egito. Este terá testemunhado vários milagres na vida de SARA, quando esta participou da Corte do faraó (Gn 12:15). A partir daí, ao faraó aprouve enviar a sua filha para servir SARA (à data, SARAI), para que esta pudesse viver as bênçãos de *YAHWEH* que estavam sobre a casa de ABRAÃO (MILLER, *Sefer Bereshit*, p. 89).
[957] Trata-se de uma lei contra o tráfico humano.
[958] CONIC, *Campanha da Fraternidade*.

escravidão, nos moldes mosaicos, deve ser rejeitada, incorrendo em responsabilidade criminal aquele que a promover, para efeitos do art. 159.º, CP[959].

O CP não define o conceito legal de escravidão, pelo que este tipo legal de crime deve ser interpretado e aplicado de acordo com os princípios e conceitos consagrados na Convenção de Genebra[960] e noutros textos de Direito Internacional que versam sobre esta temática[961], textos que consagram a proibição de trabalhos forçados ou obrigatórios, como consta do n.º 1, art. 47.º, CRP.

Perante a inexistência de um conceito legal, recorro à doutrina penalista portuguesa TAIPA DE CARVALHO, que vê na escravidão o tratamento de uma pessoa como uma propriedade, uma sujeição total perante o autor do crime, considera que

> "a redução de uma pessoa à condição de objeto, de coisa (escravidão) é muito mais grave que um atentado à liberdade física de movimentos em que se consubstanciam o rapto e o sequestro, pois que implica e significa a negação não apenas desta espécie de liberdade (de decisão, de ação, sexual, religiosa, etc.) mas a negação da raiz de todas as expressões da personalidade humana (liberdade, honorabilidade, etc.) que é a dignidade humana. A escravidão é a destruição da dignidade ou personalidade humana e, portanto, constitui um verdadeiro homicídio moral ou, por outras palavras, um quase homicídio"[962].

MAIA GONÇALVES, numa nota sobre a Convenção de Genebra, assevera que "a escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem atributos do direito de propriedade ou alguns. Consiste pois em uma pessoa ser tratada não propriamente como pessoa, mas como uma coisa de quem o agente dispõe"[963].

Por força deste preceito constitucional, a CRP protege o direito de o cidadão decidir, de forma livre, desenvolver, ou não, um trabalho. Ora, este preceito há muito havia sido inserido na Convenção n.º 29 da OIT sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório[964], de 1930, que, no art. 2.º, classifica o trabalho forçado ou obrigatório como "todo o trabalho ou serviço exigido a um indivíduo sob ameaça de qualquer castigo e para

---

[959] Para o TRP, proc. n.º 1231/09.3JAPRT.P1, de 30-01-2013, (JOSÉ PIEDADE) "cabe na previsão legal a escravidão laboral, nos casos em que a vítima é objeto de uma completa relação de domínio por parte do agente, vivenciando um permanente «regime de medo», não tendo poder de decisão sobre o modo e tempo da prestação do trabalho e não recebendo qualquer parte da sua retribuição".
[960] Art. 1.º, n.º 1.
[961] Art. 4.º, DUDH; art. 4.º, n.º 1, CEDH; art. 6.º, PIDESC; art. 8.º, PIDCP; art. 15.º, CDFUE.
[962] AAVV, *Comentário conimbricense*. I, pp. 421-2
[963] MAIA GONÇALVES, *Código Penal*, p. 612.
[964] Aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 40646, de 16 de junho de 1956, com entrada em vigor no ordenamento jurídico português em 26 de junho de 1957.

o qual o dito indivíduo não se tenha oferecido de livre vontade", excluindo do conceito os seguintes trabalhos:

*i)* qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar;

*ii)* qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um país soberano;

*iii)* qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à sua disposição;

*iv)* qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência, ou seja, em caso de guerra ou de calamidade ou de ameaça de calamidade, como incêndio, inundação, fome, tremor de terra, doenças epidémicas ou epizoóticas, invasões de animais, insetos ou de pragas vegetais, e em qualquer circunstância, em geral, que ponha em risco a vida ou o bem-estar de toda ou parte da população;

*v)* pequenos serviços comunitários que, por serem executados por membros da comunidade, no seu interesse direto, podem ser, por isso, considerados como obrigações cívicas comuns de seus membros, desde que esses membros ou seus representantes diretos tenham o direito de ser consultados com referência à necessidade desses serviços.

Em 1957 sobreveio-lhe a Convenção n.º 105 da OIT que, no art. 1.º, proibiu o trabalho forçado ou obrigatório como:

*i)* medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente;

*ii)* método de mobilização e de utilização de mão-de-obra para fins de desenvolvimento económico;

*iii)* meio de disciplinar a mão-de-obra;

*iv)* punição por participação em greves;

*v)* como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Nas palavras de HENRIQUE NEVES, através de uma definição *lato sensu* de escravo, assiste-se atualmente a um novo tipo de escravidão, na qual a pessoa é

> "forçada a trabalhar (mediante recurso a ameaça e/ou agressão, física e/ou psicológica); controlada por um empregador (através de ameaça e/ou agressão, física e/ou psicológica); desumanizada, porquanto tratada como "*res*"/mercadoria; fisicamente constrangida ou sujeita a restrições que afetam, incontornavelmente, o respetivo "*ius ambulandi*" – limitada na liberdade de ir e vir; que recebe comida básica e um "abrigo" (alojada em condições indignas) como formas únicas de pagamento do seu trabalho, prestado durante longas horas, sete dias por semana"[965].

### 23.3. DO DIA DE DESCANSO E DO CULTO RELIGIOSO: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Por fim, em razão de o mandamento em análise revelar uma forte carga religiosa, não posso deixar de referir-me à relação do art. 59.º, n.º 1, al. d) com o art. 41.º, que consagra o direito à liberdade religiosa.

Para lá discussão teológica concernente à guarda do sábado ou do domingo como dia de adoração religiosa *oficial*, que não relevam para este estudo, certo é que todas as religiões separam um dia para que a comunidade se una, em comunhão, para preparar um serviço religioso próprio da confissão da sua fé. O Estado português, não indiferente ao fenómeno religioso, reconhece a importância que tais atos de culto têm para a vida dos seus cidadãos pelo que, no art. 41.º consagrou a liberdade de culto, apenas limitada nos termos do art. 19.º, n.º 6. Quer isto dizer que, é garantido ao cidadão o direito a poder professar de forma pública, mediante os rituais atinentes à sua religião, a sua fé.

Não raras vezes, o seu direito de culto colide expressamente com o seu horário de trabalho, devendo o Estado intervir na solução do conflito. Ainda que o Estado, por força do princípio da separação do Estado e das igrejas, deva respeitar a autonomia constitucionalmente consagrada em prol da liberdade de consciência, de religião e de culto dos indivíduos e das comunidades, muitas vezes, como sucede no conflito em questão, deve aproximar-se destas de forma a garantir determinados pressupostos normativos que protejam as comunidades, a nível individual ou institucional, de possíveis violações dos seus direitos, liberdades e garantias religiosos. Em bom rigor, não existe

[965] NEVES, "Escravidão e tráfico", p. 127.

verdadeira liberdade religiosa se o Estado não providenciar condições que permitam aos cidadãos exprimirem a sua fé.

De facto, o Estado assim o garante, sendo o TC n.º 545/2014, proc. n.º 52/2014 reconhecedor da importância da separação de um dia semanal para efeitos religiosos: "com efeito, conforme resulta da matéria de facto assente nos autos, a Recorrente é membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, que, entre outras crenças, reserva o dia de sábado - com início no pôr-do-sol de sexta-feira e termo no pôr-do-sol de sábado - como dia sagrado, dedicado ao descanso, mas sobretudo à adoração e ministério, durante o qual não é permitido trabalhar. O sábado deve ser, inteira e exclusivamente, dedicado ao louvor a Deus e a atividades de cariz mais espiritual, com forte ligação aos valores perpetuados pela Bíblia, como seja a adoração do Senhor, a dedicação à família, à comunidade, aos doentes, aos mais pobres e desfavorecidos. O sábado é um dia separado, logo Dia Santo!". Perante o conflito religioso e laboral de uma crente adventista, decidiu o TC esta que é incorreto a recorrente ter de escolher entre o seu trabalho e o desrespeito pela sua fé.

Da letra do art. 14.º, n.º 1, LLR resulta que pode o trabalhador pedir dispensa do trabalho por motivos religiosos se tiver uma modalidade de horário flexível, excluindo-se todas as pessoas que estejam submetidas a um modelo de horário distinto deste. Reconhecendo a liberdade religiosa como inviolável, restringida somente nos termos do art. 19.º, n.º 6, não se concebe que a dispensa de trabalho não possa ser conferida a todos os trabalhadores, independentemente da modalidade de horário que tenham, sendo por isso de aplicar o disposto no art. 18.º, aplicável ao art. 41.º, (a instituições públicas e privadas) cuja restrição se admite apenas "nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo tais restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

Em função de as igrejas reconhecerem um dia semanal dedicado "ao Senhor", qualquer restrição à liberdade de cultuar de acordo com as suas crenças e dogmas culmina numa plena violação do livre exercício de fé que lhes assiste. De acordo com o TC, "o problema não reside na quantidade de horas de trabalho, mas em ter de trabalhar ao sábado visto que a crença da Recorrente e da Igreja Adventista é a de que ao sábado não se pode, de todo, trabalhar. O sábado é o dia para PARAR e agradecer a Deus por tudo o que somos e temos, refletindo sobre os pensamentos e as atitudes de toda a semana. Aquele que trabalha no sábado está a ofender a sua consciência por não estar a respeitar

a Deus, os seus pares e a igreja, ou seja, está a pecar porque se está a separar de Deus!". Perante tal argumentação, decidiu o TC interpretar a norma do art. 14.º, n.º 1, al a), LLR, de modo a estender-se também aos trabalhadores por turnos.

Trata-se de uma decisão feliz que reconhece a real intenção do legislador constitucional no momento de elaboração do preceito 41.º: a de que o Estado não pode ignorar a importância da Religião como fator social na nossa comunidade.

### 23.4. DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O meio ambiente compõe-se de elementos naturais ou físicos, como o solo, ar, água, flora e fauna. Mas também de elementos culturais, trabalhados pela mão humana, como o património histórico ou urbano, paisagístico, turístico e artístico. No fundo é "a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma conceção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais"[966].

O direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, que visa proteger tais elementos, insere-se na lista dos direitos fundamentais de terceira geração, ou seja, direitos de solidariedade e fraternidade que apresentam como titular o próprio género humano, e não um indivíduo em particular ou um grupo[967], cuja sobrevivência se pretende acautelar, de forma geral, sem distinção do tempo ou lugar em que se invoque, tal a importância imutável que exibe hodiernamente.

A sua relevância constitucional, que une a Ecologia ao Direito, fundamenta-se, desde logo, pela necessidade de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como forma de garantia do próprio direito à vida e à saúde. Existe, assim, uma forte conexão entre o vertente direito e o direito a uma vida sadia, com qualidade ambiental equilibrada[968], pelo que a tutela ambiental constitui um instrumento de proteção da vida, enquanto bem jurídico. Em bom rigor, o direito a um ambiente sadio e ecologicamente

[966] SILVA, *Direito Ambiental*, p. 20.
[967] SILVA, "Fundamentos Constitucionais", pp. 51-2.
[968] PAIM, "Direitos Humanos", pp. 64-5.

equilibrado não é senão um corolário do direito à vida: proteger o meio ambiente implica proteger a vida humana[969].

A CRP foi pioneira na consagração do ambiente e qualidade de vida como direito fundamental[970], certamente inspirada pela Declaração de Estocolmo, de 1972, resultado da Conferência de Estocolmo, na qual se reconheceu o direito ao ambiente como direito fundamental:

> "o Homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e é portador solene de obrigação de melhorar esse meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito as políticas que promovam ou perpetuem o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão e dominação estrangeira continuam condenadas e devem ser eliminadas"[971].

Consagrado o direito ao ambiente e qualidade de vida no art. 66.º, o seu n.º 1 corresponde, na íntegra, ao texto original de 1976, cuja base remete o leitor aos textos dos art. 12.º, PIDESC, e 37.º, CDFUE. As revisões seguintes alteraram o n.º 2, ampliando o seu alcance, e revogaram os n.º 3 e 4 que constavam do texto inicial[972].

O reconhecimento a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado é produto de uma conceção de fundo antropocêntrico mitigado e não utilitarista. A CRP consagra este direito fundamental como uma tarefa do Estado, de acordo com o art. 9.º, al. d), incumbindo ao Estado o dever de promoção do bem-estar geral e a boa qualidade de vida da população, através de organismos próprios, nos termos do art. 66.º, n.º 2.

Enquanto direito fundamental, exige do Estado medidas positivadas, tais como políticas governamentais de promoção de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e de controlo preventivo de ações humanas ou naturais que possam contribuir para uma degradação do meio ambiente. Mas não só. À exigência estatal acrescenta-se, à luz deste preceito constitucional, uma exigência a toda a população, haja vista de que não estamos perante um direito apenas dirigido ao Estado. "O direito coenvolve o dever de todos contribuírem para o que do Estado solicitam, isto é, em concreto, a defesa de um

[969] SILVA, *Direito Ambiental*, p. 58.
[970] Inspirou outras Constituições, tais como a espanhola, a brasileira e a moçambicana.
[971] Princípio I da Declaração de Estocolmo.
[972] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, pp. 1340-1.

ambiente sadio e ecologicamente equilibrado"[973]. Assim, a defesa do meio ambiente passa obrigatoriamente por uma relação de aproximação do Estado português aos seus cidadãos, com o escopo primordial de elaborar novas políticas públicas ambientais, através do mecanismo da democracia participativa, que possam dar vida ao consagrado no n.º 2 do vertente artigo.

Ao Estado cumpre o planeamento de estratégias de ação, de desenvolvimento e de apoio a campanhas sobre a importância da seleção do lixo doméstico e dos mecanismos de recolha, de incentivo à reciclagem de materiais, de divulgação de dados cientificamente comprovados sobre a relação das emissões de $CO^2$ com o aumento do buraco do ozono, criação e manutenção de espaços verdes, incentivo à poupança de água, através de formações sobre a utilização adequada nos lares, zonas públicas, instituições e zonas agrícolas, criação de planos de ordenamento territorial, desenvolvimento de políticas públicas de prevenção aos incêndios rurais que passam, inevitavelmente, por uma atualização e agravamento da medida da pena a aplicar em contexto judicial de condenação por crime de incêndio florestal (art. 274.º, CP) e participação numa rede internacional de proteção ambiental com vista ao desaceleramento urgente das alterações climáticas, juntamente com outros Estados e organizações, dando, assim, cumprimento ao disposto no art. 7.º, n.º1, que consagra o princípio da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e progresso da humanidade.

## § 24.º DA HONRA E PROTEÇÃO DA TERCEIRA IDADE

### 24.1. "HONRA TEU PAI E MÃE"

A tradição judaico-cristã assenta na premissa de que DEUS é amor. Toda a vivência com DEUS baseia-se no amor que Ele tem pelo ser humano, ainda que não exista qualquer reciprocidade. E esta premissa tem fundamento bíblico. De Gn a Ap, de forma implícita ou explícita, todos os livros revelam o amor de DEUS pela humanidade. O Salmista enaltece que o Seu amor dura para sempre (Sl 136:1), o Profeta JEREMIAS aborda o amor eterno e leal de DEUS (Jr 31:3, ARC), S. PAULO afirma que ninguém separa o

[973] *Ibid*, p. 1345.

crente do amor de Deus (Rm 8:39), S. JOÃO, na sua simplicidade, diz apenas que DEUS é amor (I Jo 4:8).

Não obstante, DEUS não é *apenas* amor. Coisas existem que fazem com que o DEUS que se revela ser bom e santo se ire. DEUS odeia tudo aquilo que é o oposto da Sua natureza: o que é mau, impuro e perverso. De forma detalhada, a Bíblia expõe o que DEUS odeia:

> "*Seis coisas o SENHOR aborrece, e a sétima a sua alma abomina: olhos altivos, língua mentirosa, mãos que derramam sangue inocente, coração que trama projetos iníquos, pés que se apressam a correr para o mal, testemunha falsa que profere mentiras e o que semeia contendas entre irmãos*" (PV 6:16-9).

Entender o que DEUS odeia auxilia na compreensão da Sua mente no momento em que decretou o Decálogo. Olhando para estes vv., conclui-se do paralelismo com o disposto nos mandamentos, pois que o DEUS odeia é o que proíbe ao Homem.

Esta lista de coisas que DEUS odeia tem que ver com a segunda secção do Decálogo, que regula a relação entre os homens em sociedade, secção essa que tem início com o mandamento vertente:

> "*Honra a teu pai e a tua mãe, para que se prolonguem os teus dias na terra que o SENHOR, teu Deus, te dá*" (Êx 20:12, ARC).

Este preceito ético, que regula a primeira relação existente (entre pais e filhos), tem que ver com a proteção e cuidado que os filhos devem ter para com os seus pais, em especial os idosos. Do hebraico *kavod*, que significa «honrar» ou «respeitar», este mandamento expressa o reconhecimento da autoridade paternal, reiterado ao longo das Escrituras (Lv 19:3,32; Pv 4:1; 30:17; Cl 3:20; I Tm 5:8).

Este mandamento, assim, tem uma delimitação negativa, que proíbe os maus-tratos, o desprezo, a zombaria, a maldição e o roubo, assim como uma delimitação positiva, que obriga os filhos à proteção e cuidado, nomeadamente através da alimentação, vestuário e local para habitar. Tais delimitações exprimem a importância que a família tem para DEUS, instituição por Ele criada para que o Homem não habite só, sem apoio moral e afetivo.

De acordo com a história sociológica primitiva de Israel, os idosos, pessoas mais fracas fisicamente ou debilitadas por doenças de várias estirpes, dependiam dos familiares

a sua sobrevivência, em especial dos filhos, uma vez que as filhas, após o casamento, formavam nova família juntamente com o clã do marido, muitas vezes noutras cidades, o que impossibilitava a deslocação frequente para um controlo efetivo do bem estar dos pais ou um cuidado próximo.

A narrativa bíblica sobre as personagens RUTE e NOEMI testificam da importância da honra aos pais e do seu reconhecimento divino compensatório. De acordo com o livro de RUTE, escrito c. 1000 a.C., por autor desconhecido, conta-se a história de uma mulher judia que parte, juntamente com o seu marido, ELIMELEQUE, e os seus filhos, MALOM e QUILIOM, para a região de Moabe. Após a morte de ELIMELEQUE, NOEMI fica com os seus dois filhos e noras, ORFA e RUTE, por um período de dez anos. Após a morte de MALOM e QUILIOM, permanecem as três mulheres viúvas. NOEMI pensa regressar às terras de Judá e despede-se das noras, obrigando-as a voltarem para as casas das suas mães, de modo a poderem casar novamente. ORFA assente ao comando, porém RUTE decide acompanhar a sua sogra, tal o respeito que nutria por ela (Rt 1:16-7).

Perante a insistência de RUTE, NOEMI consente que esta a acompanhe. Chegadas a Judá, RUTE, por instrução da sogra, vai ao campo de BOAZ, parente desta, a fim de apanhar o restolho das espigas dos campos. Conhecendo BOAZ o estado de viuvez de ambas, decide auxiliá-las, permitindo a RUTE que colha no seu campo e se serva da água disponibilizada aos servos[974]. Sendo RUTE uma mulher estrangeira, certamente estranhou tal favorecimento, ao que BOAZ lhe respondeu: "*Bem me contaram tudo quanto fizeste a tua sogra, depois da morte de teu marido, e como deixaste a teu pai, e a tua mãe, e a terra onde nasceste e vieste para um povo que dantes não conhecias. O SENHOR retribua teu feito, e seja cumprida a tua recompensa do SENHOR, Deus de Israel, sob cujas asas viste procurar refúgio*" (Rt 2:11-2).

Achando RUTE graça aos olhos de BOAZ, casam e tornam-se pais de um menino de nome OBEDE, que viria a ser o avó do rei DAVI (Rt 4:13-7). Na conceção judaico-cristã, esta narrativa bíblica ilustra a relevância da honra devida aos pais e pessoas da terceira idade, acautelando o seu bem-estar físico e emocional, um esforço que DEUS promete recompensar, à semelhança do que fez por RUTE.

[974] Tal liberdade consistia no chamado *rabisco*, previsto na LM (Lv 19:9-10). Os senhores das terras tinham o dever de deixar o rabisco, isto é, pequenas quantidades de cereais ou uvas, ainda não colhidos ou caídos, para que os pobres ou estrangeiros pudessem colher.

### 24.2. DA VELHICE

O mundo envelhece progressivamente. Esta é a realidade de Portugal e do mundo. Cada vez mais as sociedades são constituídas por uma camada geracional mais antiga. O progresso científico, em especial na medicina, a alteração dos estilos de vida e a diminuição das taxas de natalidade têm contribuído, desde a segunda metade do séc. XX, para o envelhecimento da população. Atualmente vive-se mais tempo, mas não necessariamente melhor.

SIMONE DE BEAUVOIR, na obra *A velhice*, tenta compreender a problemática dos últimos dias da existência humana, individual e coletiva, analisando histórica e socialmente o processo de envelhecimento físico, social e moral na sociedade pós-moderna. No final, chegou ao conceito de *bela velhice*[975], um final de vida equilibrado, quer física, quer moralmente, concluindo que "Para que a velhice não represente uma derrisória paródia de nossa existência anterior, só existe uma solução: continuar lutando por objetivos capazes de conferir um sentido a nossa existência (…) é preciso desejar prosseguir alimentando na idade avançada paixões suficientemente fortes para evitarem que nos voltemos a nós mesmos"[976].

O problema em torno da aceitação da velhice é antigo. Durante muito tempo ignorou-se a terceira idade mas, com o surgir da Gerontologia, no séc. XX, procedeu-se a uma sistematização dos problemas em torno da velhice, que vão muito além das dores físicas ou do cansaço. Passam, em grande parte, pela falta de cuidado afetivo dos filhos ou netos, pela consciencialização da incapacidade psíquica ou motora, pela solidão. Com efeito, "a crescente instabilidade das formas familiares, a indisponibilidade da família para dar apoio afetivo aos idosos, a crise dos sistemas de proteção social e a despersonalização das relações sociais"[977]. Ora, de modo a alcançar a *bela velhice*, importa definir modelos de adaptação do idoso às suas capacidades, ao contexto económico-social onde se insere, o que implica um trabalho externo ou social, por parte das famílias e instituições, e um trabalho interno ou individual do próprio idoso, ao nível das suas emoções e vontades. Estas preocupações, como veremos, estão na mente do legislador constitucional.

---

[975] BEAUVOIR, *A velhice*, p. 40.
[976] *Ibid*, p. 300.
[977] PIMENTEL, *O lugar do idoso*, p. 39.

A terceira idade enfrenta atualmente variadas vulnerabilidades. São um grupo cada vez mais isolado, quer nas zonas mais desenvolvidas, quer nas zonas do interior, por vezes negligenciado ou alvo de maus-tratos por parte dos seus familiares ou cuidadores. São, pois, uma população dependente de medicação ou de outros tratamentos, o que a torna carente de cuidados acrescidos e afetos. De facto, tais vulnerabilidades constituem um desafio, para o Estado português, ao nível das políticas públicas sociais.

O envelhecimento do ser humano, em especial a senescência, constitui uma "involução no processo de desenvolvimento"[978], fase em que o idoso experimenta uma diminuição parcial ou total das suas capacidades físicas e/ou psíquicas, consequência de doenças crónicas e/ou degenerativas, que aumentam a sua dependência de terceiros. Ainda assim, a terceira idade não equivale a uma perda da dignidade humana, ou, pelo menos, não deveria equivaler, pelo que incumbe ao Estado promover políticas sociais que, conservando a titularidade dos direitos fundamentais do idoso, o protejam de situações de isolamento ou marginalização a que as famílias, por inexistência, incapacidade económica ou negligência, não alcancem[979].

## 24.3. REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA TERCEIRA IDADE

A CRP, no art. 72.º, consagra a proteção da terceira idade. O artigo foi alvo de duas revisões constitucionais, em 1982, que reconheceu os direitos dos idosos como direitos fundamentais, e em 1997, quando acrescentou ao leque de direitos o respeito à autonomia pessoal do idoso. Tais atualizações ostentam, assim, um vasto leque de direitos económicos, sociais e familiares das pessoas idosas, indo além do disposto nos textos internacionais que estão na sua base (art. 23.º, CSER e 25.º, CDFUE).

Cumpre, então, ao Estado, implementar medidas políticas de cariz social, económico e cultural a fim de proteger o idoso e providenciar bem-estar e qualidade de vida ao mesmo, não através de uma mentalidade de *caridade*, mas de obrigação de proteção e assistência à terceira idade, em harmonia com o disposto no art. 9.º, al. d).

A proteção do Estado abrange três naturezas:

[978] BARRETO, "Envelhecimento", p. 291.
[979] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 1404.

1. *Económica*. É garantido ao idoso um direito à segurança económica através do recebimento de uma retribuição pelos anos de prestação laboral. Ainda que, com a chegada à terceira idade, o idoso não se veja obrigado a passar ao regime da reforma, a verdade é que lhe assiste tal segurança económica, de forma a poder gozar do seu repouso com a garantia "de um sucedâneo da retribuição antes percebida pela prestação de trabalho"[980]. A pensão, com vista ao combate das desigualdades sociais e precariedade na terceira idade, constitui, desta forma, um direito à segurança económica, direito fundamental que deve ser tomado em consideração com o direito à segurança social, constante do art. 63.º.

2. *Social*. É de notar a preocupação do legislador com as condições habitacionais do idoso com respeito à sua autonomia pessoal, conferindo a este uma maior garantia no arrendamento, pois que "a idade do inquilino pode constituir uma circunstância suscetível de impedir a denúncia mesmo quando preenchidos os requisitos para o efeito"[981]. Harmonizado com o direito geral à habitação, consagrado no art. 65.º, o legislador procurou criar condições a respeitar pela legislação nacional que procurem, de igual modo, combater o isolamento e marginalização social do idoso.

3. *Familiar*. Cumpre ao Estado promover políticas que, no respeito pela autonomia privada do idoso, criem condições de convívio familiar e comunitário, com o intuito de impedir o seu isolamento ou marginalização social. Tais políticas devem atender à realidade da própria sociedade civil em íntima ligação com as famílias, ou seja, por um lado, promover o convívio familiar, o afeto e o cuidado proporcionado pelas famílias, nomeadamente através de políticas que criem condições às famílias para poderem exercer esse papel como, por ex., a formalização do estatuto de cuidador informal, dispensa do horário de trabalho para acompanhamento do idoso aos cuidados médicos de saúde e da sua permanência em Estruturas Residenciais para Idosos, e, por outro lado, reconhecer a necessidade da sociedade civil ao nível do número de idosos que necessitam de acompanhamento ou de assistência social, situação que tem sido cuidada pela Santa Casa da Misericórdia e outras Estruturas Residenciais para Idosos.

[980] TC, n.º 581/95, proc. n.º 407/88 (ASSUNÇÃO ESTEVES) e TC, n.º 134/89, proc. n.º 148/88 (RAUL MATEUS).
[981] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 1405.

A realidade constitucional espelha a realidade consagrada noutros diplomas, sendo de destacar, no plano jurídico europeu, a CSE (Revista), produzida no âmbito do CE, em vigor desde 1 de julho de 1999, que consagra, no art. 16.º, o direito da família a uma proteção social, jurídica e económica, que, "com vista a assegurar as condições de vida indispensáveis ao pleno desenvolvimento da família, célula fundamental da sociedade, as Partes comprometem-se a promover a proteção económica, jurídica e social da vida de família, designadamente por meio de prestações sociais e familiares, de disposições fiscais, de encorajamento à construção de habitações adaptadas às necessidades das famílias, de ajuda aos lares de jovens ou de quaisquer outras medidas apropriadas".

A proteção estatal à terceira idade, nos moldes mencionados, parece ter-se tornado a regra geral; hoje, o cuidado do idoso por parte da família constitui a exceção. À segurança familiar deu-se lugar à proteção da Segurança Social. O dever jurídico de proteção do idoso parece recair cada vez mais sobre o Estado, fazendo-se desvanecer o conceito de família. Recordo as palavras de CANOTILHO e MOREIRA, na anotação ao art. 67.º, n.º 1, sobre esta instituição, que é "feita de pessoas e existe para a realização pessoal delas, não podendo a família ser considerada independentemente das pessoas que a constituem, muito menos contra elas"[982].

Ainda que com a devida proteção do Estado, é às famílias que cumpre a realização pessoal dos seus membros. A proteção ao idoso por parte do Estado não deve, por isso, ser entendida como única, cabendo, de igual modo, às famílias o dever de proteção do idoso. A família é o primeiro modelo de organização comunitária, prévia ao Direito ou à organização jurídico-política do Estado[983]. Enquanto instituição naturalmente constituída, autorregula-se através de princípios e normas próprias de cada relação familiar, pelo que, aos olhos do Direito da Família, permite-se tal autorregulação[984], por respeito ao princípio da autonomia da instituição familiar[985]. Neste sentido, porque as famílias refletem valores de estabilidade e de segurança, determinadas missões, tais como o cuidado da terceira idade, são da responsabilidade natural das famílias.

[982] CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, p. 857.
[983] ANTUNES VARELA, *Direito da família*, p. 26.
[984] *Ibid*, p. 49.
[985] BATISTA MACHADO, *Introdução*, pp. 28-9.

Ainda que se reconheça o apoio do Estado na proteção da família[986], esta "constitui a linha da frente da relação humanizada, personalizada e dignificante da pessoa, em qualquer fase da vida e em qualquer idade. (…) É sempre um encadeado de interdependências, de entregas e de dádivas, que acolhem todos os elementos como parte integrante de um todo comum"[987].

É, pois, na família que se efetiva a chamada solidariedade familiar, uma rede privada de cuidados e afetos, na qual se fundamento o dever de apoio aos idosos, dever este enraizado na sociedade ocidental graças à ética cristã. Ainda assim, o legislador não contemplou tal dever no seu elenco constitucional, o que parece dar a ideia de que o dever de proteção da terceira idade pertence ao Estado no cumprimento do disposto no art. 72.º, independentemente do dever familiar. Todavia, na nossa perspetiva, concebe-se que o Estado, enquanto guardião máximo do direito fundamental à proteção da terceira idade, com todos os corolários que dele advêm, atua de forma a proporcionar às famílias a assistência necessária no cuidado dos seus idosos. Em caso de incapacidade de resposta por parte das famílias, por razões de insuficiência económica ou de falta de condições físicas ou temporais, de negligência ou, até, inexistência familiar, cumpre ao Estado e à sociedade civil, na denúncia e acompanhado do caso concreto, o cumprimento de tal assistência e cuidado.

No demais, está incumbido à família o respeito ao princípio da autonomia da instituição familiar, pois que reflete valores de estabilidade e de segurança no cuidado da terceira idade. Assim, reconheço no preceito constitucional em análise dois deveres a cumprir por parte das famílias[988], com claras influências mosaicas[989]:

> 1. *Dever de respeito*, não ofendendo a integridade física e moral do idoso. De acordo com Lv 19:3, todos os cidadãos devem temer ou honrar o seu pai e mãe, honra este que se motiva pelos vínculos de proximidade entre a família. O nível de aproximação aumenta a intensidade da exigência deste dever. É um dever que vai além da proibição de negligência ou de abandono e que pode passar, por

[986] Art. 16.º, n.º 3, DUDH e art. 67.º.
[987] GUIMARÃES, "Famílias e envelhecimento", p. 94.
[988] De acordo com o preceituado nos art.º 1672º e 1874º, CC.
[989] Estas influências são evidentes no plano jurídico internacional, em especial na DADDH, cujo art. XXX consagra que "Toda a pessoa tem o dever de auxiliar, educar e amparar os seus filhos menores de idade, e os filhos têm o dever de honrar sempre os seus pais e de os auxiliar, alimentar e amparar sempre que precisarem, e na CADH, cujo art. 32.º, n.º 1, determina que "Toda a pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade", não fazendo destrinça entre os deveres entre familiares.

ex, pela não infantilização do idoso, pela não diminuição da sua autonomia, motivada pelo receio exagerado de que algo de mau possa suceder, pelo respeito manifestado em público. É meu entender que o dever de respeito e à honra se constitui como um elemento imutável da relação paternofilial, que passa por ação passiva de omissão de comportamentos que violem o dever de respeito e, portanto, os direitos do idoso, e por uma ação ativa de exteriorização comportamental de respeito, no cumprimento do zelo pelos direitos do idoso. DUARTE PINHEIRO defende que tais "deveres paternofiliais perduram ao longo de toda a relação de filiação, não cessando com a maioridade ou a emancipação do filho. Contudo, a sua projeção não é uniforme. Estão "encobertos" durante a menoridade do filho pelo poder paternal. Evidenciam-se na altura da "segunda adolescência". Perdem intensidade quando o filho sai de casa dos pais para organizar a sua própria vida de um modo independente. E ressurgem, com força, sobretudo ao serviço dos pais, quando estes envelhecem"[990] [991].

2. *Dever de cooperação*, ou um dever de auxílio. Para além das situações de urgência, refere-se a um dever de zelo pela vida e saúde do idoso, o que, mais uma vez, requer uma proximidade e uma prontidão no auxílio, seja ele preventivo, ou de cuidados póstumos a um episódio clínico ou intervenção cirúrgica. Sabe-se, todavia, que nem sem sempre é possível às famílias a prestação deste dever de auxílio, pelo que importa, também, chamar a atenção para a cooperação com as instituições existentes na sociedade civil, por forma a intervirem perante a impossibilidade ou incapacidade das famílias[992].

[990] DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível*, p. 275.

[991] Revela-se pertinente a decisão do TRE, proc. nº 86/07-3, de 22-03-2007 (BERNARDO DOMINGOS), quando reitera que "nas relações entre maiores, não existe propriamente dever de obediência, sendo esta entendida e praticada como manifestação de urbanidade, boa educação e respeito. O dever recíproco de respeito acima referido reporta-se à consideração devida pela vida, integridade física e moral de cada um dos indivíduos a ele obrigados".

[992] Sobre a violação do dever de auxílio, STJ, proc. n.º 03P1677, de 09-07-2003 (LEAL HENRIQUES): em especial quanto à omissão do dever de auxílio por parte do arguido (filho), "o que indicia uma personalidade desrespeitadora perante aqueles por quem devemos ter um acrescido respeito (traduzido numa maior vulnerabilidade, mas também numa experiência de vida que incute consideração e afetividade), mesmo fora, e para além, de eventuais laços familiares, o que faz elevar as mesmas exigências preventivas".

## § 25.º DA PROIBIÇÃO DO HOMICÍDIO E DO DIREITO À VIDA

### 25.1 "NÃO MATARÁS"

Todos os sistemas jurídicos buscam garantir a paz social e o sentimento de segurança no seu território. Qualquer ato que coloque em causa estes bem jurídicos deve ser, portanto, punido, pelo que a inserção do mandamento "*Não matarás*" no Decálogo apresenta elevada relevância.

Através de uma formulação negativa, este mandamento afirma o respeito pela vida humana, que deve ser protegida contra qualquer tipo de violação[993]. Enquanto Criador, *YAHWEH* abomina as *mãos que derramam sangue inocente*, pelo que clarifica inequivocamente que a vida é, pois, um dom a ser preservado. É Dele que procede a vida, pelo que esta só a Ele pertence (I Sm 2:6).

CRÜSEMANN defende que o mandamento "*não matarás*" apenas concerne ao homicídio ilegal e arbitrário[994]. *A contrario*, a possibilidade de matar alguém numa situação de guerra ou a aplicação da pena de morte após determinada prática ilícita não correspondem a uma violação deste mandamento. Pela utilização do verbo hebraico *rãsah*, que significa «matar», compreende-se que na mente de DEUS estava a morte de alguém de forma violenta. Em vv. menos frequentes utiliza-se o vocábulo *hyatt*, que significa «assassinar». De qualquer modo, o mandamento refere-se à proibição da morte violenta de outrem, que abrange quer os casos premeditados e os negligentes ou não intencionais e não aos crimes de guerra, suicídios ou aplicação da pena de morte[995].

No AT, o vocábulo *rãsah* surge quarenta e sete vezes, sempre com o sentido de morte violenta de terceiros, e nunca no sentido de matança de animais, suicídio ou ação divina, de acordo com os seguintes ex.:

> "*Assim, aquele que entrar com o seu próximo no bosque, para cortar lenha, e, manejando com impulso o machado para cortar a árvore, o ferro saltar do cabo e atingir o seu próximo, e este morrer, o tal se acolherá em uma destas cidades e viverá*" (Dt 19:5);

---

[993] MACHINGURA; MUSEKA, "Blood as the Seat", p. 42.
[994] CRÜSEMANN, *Preservação*, pp. 54 ss.
[995] BARBAGLIO, *Dios*, p. 42.

"*À moça não farás nada; ela não tem culpa de morte, porque, como o homem que se levanta contra o seu próximo e lhe tira a vida, assim também é este caso*" (Dt 22:26);

"*Então, respondeu o homem levita, marido da mulher que fora morta, e disse: Cheguei com a minha concubina a Gibeá, cidade de Benjamim, para passar a noite; os cidadãos de Gibeá se levantaram contra mim e, à noite, cercaram a casa em que eu estava; intentaram matar-me e violaram a minha concubina, de maneira que morreu*" (Jz 20:4-5);

"*O que só prevalece é perjurar, mentir, matar, furtar e adulterar, e há arrombamentos e homicídios sobre homicídios*" (Os 4:2).

Para os hebreus da Antiguidade, o vertente mandamento nunca foi entendido como uma interdição à aplicação da pena de morte, sendo usual encontrar leis que expressam os verbos *morrer* ou *matar*. Se no AT se observa a legitimação da pena de morte, no NT observa-se um questionar (ainda que fraco) de tal legitimidade, em especial devido à expansão do Evangelho de JESUS, assente no amor e no perdão (Jo 8:1-11). Ainda assim, tal mensagem não foi suficiente para alterar os contextos jurídicos, religiosos e culturais dos gregos e dos romanos, que não alteraram as suas leis penais.

De acordo com o AT, a pena de morte estava prevista para vários delitos[996]:

- Crimes contra DEUS: Êx 22:17-9; 31:14-5; Lv 20:1-5,27; 21:9; 24:15-6; Nm 15:32-6; 25:1-5; Dt 13:2-19; 17:2-7;

- Crimes contra a vida: Gn 9:6; Êx 21:12.16; Lv 21:14; 24:17; Nm 35:16-21; 35:30-1; Dt 19:11-2; 24:7;

- Crimes familiares ou sexuais: Êx 20:10-20; 21:15-7; 22:18; Lv 20:6-16; Dt 21:18-21; 22:22.

A fundamentação da aplicação da pena capital tinha que ver a chamada *vingança de sangue*, a pura aplicação da LT, no caso de crime de homicídio, encontrada em Gn 9:6: "*Se alguém derramar o sangue do homem, pelo homem se derramará o seu; porque Deus fez o homem segundo a sua imagem*". A vingança de sangue era uma prática anterior à LM, tendo sido, posteriormente, por ela reconhecida, com o intuito de limitar possíveis

[996] VAUX, *Instituições*, p. 193.

abusos na sua aplicação. A sua limitação fez-se através da distinção entre o homicídio voluntário e o homicídio involuntário. Deste modo, perante a verificação deste último, concedia-se ao homicida a possibilidade de fuga da sua cidade e de exílio numa cidade-refúgio criada para o efeito. De acordo com Êx 21.13-4, DEUS permitia que todo aquele que houvesse cometido um crime de forma involuntária, não premeditada, poderia refugiar-se na cidade escolhida por DEUS[997].

DEUS apresenta-se como o soberano de toda a criação. Assim, não lhe parece ousado revelar ao Homem a Sua soberania sobre a vida deste: "*Vede, agora, que eu, eu o sou, e mais nenhum deus comigo; eu mato e eu faço viver; eu firo e eu saro; e ninguém há que escape da minha mão*" (Dt 32:29, ARC). Como autor da vida, chama a Si mesmo o julgamento do Homem, reiterando que "*minha é a vingança e a recompensa*" (Dt 32:35). Note-se que ao longo de toda a Lei, como observado, DEUS relata inequivocamente a MOISÉS quais os crimes cuja, verificação seja provada, sejam punidos com pena de morte. A justiça é Dele, não do Homem. Ao Homem e às autoridades instituídas apenas se concede o *dever* de fazer cumprir a Lei de DEUS.

Alturas houve em que DEUS perdoou esta prática criminosa. Refiro-me, por ex., ao momento da morte de ABEL. Após procurar CAIM, o irmão que o havia assassinado por *motivos fúteis*, DEUS protege-o, dizendo que quem tentasse matá-lo, através da vingança de sangue, seria castigado sete vezes (Gn 4:15). Note-se que DEUS não deixa de executar o julgamento; tão somente procedeu à absolvição de CAIM, não lhe impondo a pena capital. Este foi um dos primeiros momentos de *misericórdia divina*, a manifestação do amor de DEUS pelo Homem, poupando-os da pena justamente aplicada, com o intuito de orientá-lo na sua vida terrena (conversão) e de salvá-lo, numa perspetiva espiritual (vida eterna)[998].

### 25.2. O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

A preocupação com a proteção da vida humana será tão antiga quanto a própria existência do Homem, ganhando uma progressiva relevância à medida do avanço civilizacional dos povos. Como observado, na Antiguidade perduravam costumes penais hediondos que atualmente não vigoram, fruto de uma crescente positivação universal do

[997] I Rs 1:50-53; 2:28-31; Sl 27:2-5; 61:4-5.
[998] Ez 18:22, 32.

direito à vida e à dignidade da pessoa humana, em especial a partir da II Guerra Mundial. Entendeu-se que ao Estado incumbia a proteção da vida humana através da positivação de valores, princípios e direitos fundamentais que garantam a proteção da vida, servindo de "critérios materiais para a interpretação e aplicação das demais normas constitucionais e, em especial, infraconstitucionais"[999]. Com efeito, reconhece-se a sua normatividade reforçada e a sua capacidade de influência na interpretação de outras normas, dada a essencialidade da proteção da vida que supera os restantes bens jurídicos. Afinal, a vida humana constitui a razão da existência da pessoa e do Estado, um real pressuposto de todo o elenco de direitos fundamentais consagrados na CRP[1000]. Na esteira de ADRIANO DE CUPIS, o direito à vida consagra o valor maior da sociedade, devendo, por isso, ser colocado numa posição hierárquica superior à dos restantes direitos[1001].

Do mandamento "*não matarás*" surgem quatro dimensões distintas, todas positivadas no artigo 24.º:

- *o direito a existir*, um direito pessoal ou subjetivo que parte do indivíduo para a restante sociedade;

- *o direito a não ser privado da vida*, isto é, o direito a não ser morto;

- *o dever de abstenção de atentar contra a vida humana de terceiros*, um dever da sociedade para com cada ser humano reconhecido pelo Cristianismo como "amor ao próximo". Aqui inclui-se não só o ato de abstenção (omissão) mas também todo o ato intencional ou negligente que possa colocar em perigo a vida de terceiros: todos os atos que interrompam a vida de forma não natural ou inevitável. Tal dever não pode, em momento algum, ser ignorado pois que se temos por certo que a força jurídica do indivíduo está assente na sua própria existência (na vida, na integridade física e psicológica), temos também por certo que a sua conservação não depende apenas do seu titular, mas também de terceiros, ou seja, a conservação do bem vida não cabe apenas ao que tem direito à vida (ou direito sobre a vida), incumbindo similarmente a terceiros a privação de práticas ativas ou omissões que possam causar danos vitais.

[999] SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso de Direito*, p. 69.
[1000] *Ibid*, p. 353.
[1001] CUPIS, *Os direitos*, p. 72.

- *o direito a ter uma vida digna,* um direito que ultrapassa a simples sobrevivência humana de modo a garantir o mínimo exigível de qualidade de vida.

Sobre este último direito, importa clarificar a sua inserção nesta listagem. Considera-se, para efeitos de proteção constitucional, a noção de *vida* como existência física ou biológica do ser humano. Mas será esta definição suficiente para a CRP? Poderá ser dissociada da dignidade humana, remetendo-se somente à ideia de mera existência por oposição à morte? Entendo que não. O conceito de vida digna, ainda que dissociado do conceito de vida para efeitos de classificação jurídica (direito à vida *vs* princípio da dignidade humana), não pode ser separado da ideia de existência biológica, pois é o que lhe garante a plenitude do direito à vida. Ainda que expressem autonomia, a sua convivência tem-se por inseparável, sob pena de se permitir uma desigualdade na existência humana legitimadora de condições de inferioridade para determinados indivíduos ou sociedades, como sucedeu debaixo da bandeira do Nacional Socialismo, num passado não muito longínquo. Deste modo, o direito à vida não pode ser entendido apenas na sua extensão biológica, sem apreço por outros fatores que garantem a dignidade humana, quer a nível pessoal, quer a nível societário. A vida, bem jurídico protegido pela CRP, é, pois, aquela que é vivida com dignidade.

Recordo que esta inseparabilidade decorre da LM, tendo sido consagrada na CEDH, no art. 2.º, n.º1. Recorrendo às palavras de MACHADO, para quem a dignidade humana é a "pedra de esquina na construção da identidade da UE", ela é inseparável "da matriz judaico-cristã da civilização europeia e da formulação kantiana que lhe foi dada na consideração dos seres humanos como fins em si mesmos, dotados de integridade física psíquica e moral, proscrevendo a sua instrumentalização ao serviço de finalidades europeias ou nacionais"[1002].

### 25.3. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA VIDA HUMANA

O direito à vida surge, na sistematização dos preceitos constitucionais referentes aos direitos fundamentais, na primeira posição. O seu texto legal permanece desde a primeira versão da CRP, em 1976, apenas tendo sido alvo de nova numeração com a revisão constitucional de 1982.

[1002] MACHADO, *Direito*, p. 263.

Para lá da sua dimensão subjetiva, revela-se como o alicerce de todos os outros direitos, "o princípio estruturante de um Estado de Direito alicerçado na dignidade da pessoa humana"[1003].

Na fórmula do art 3.º, DUDH declara-se que "todo o ser humano tem direito à vida"[1004]. A CRP, no art. 24.º, n.º 1, no entanto, optou por uma formulação mais expressiva, atendendo ao carácter ímpar e absoluto deste direito: "a vida humana é inviolável".

Enquanto direito fundamental inserido no regime dos direitos, liberdades e garantias, o direito à vida beneficia, com efeito, da interpretação e integração harmonizada com a DUDH, de acordo com o art. 16.º, n.º 2, da aplicabilidade direta, nos termos do art. 18.º, n.º 1, das restrições de acordo com art. 18.º, n.º 2 e 3, da proibição da suspensão em Estado de sítio ou de emergência, nos termos do art. 19.º, n.º 6 e da sujeição a reserva parlamentar de competência legislativa, para efeitos do art. 165.º, n.º1, al c)[1005].

Começo com uma ideia restrita desta norma. O direito à vida implica o direito a não ser morto ou a não ser privado da vida. Esta é a ideia de direito apontada pelo TC, n.º 539/97[1006], uma conceção que falha por se firmar somente na dimensão negativa do direito, cujo alcance é demasiado curto. O direito à vida é muito mais que um direito de defesa contra o poder público ou um direito a que o Estado se omita de ceifar a vida dos seus cidadãos[1007]. Até à abolição da pena de morte esta conceção seria satisfatória. Hoje não o é.

Atualmente o direito à vida obriga o Estado a:

- um *dever de proteção da vida dos cidadãos perante a ameaça de terceiros*. Trata-se da proteção do bem jurídico vida (antes do nascimento e após o nascimento), tutelada pela tipificação do homicídio e omissão de auxílio, nos termos dos art. 131.º e seguintes e 200.º, CP;

[1003] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 501.
[1004] Outros textos internacionais espelham esta norma: art. 6.º e Protocolos Adicionais, PIDCP, art. 2.º e Protocolos 6.º e 13.º, CEDH e art. 2.º, CDFUE.
[1005] *Ibid*, pp. 502-3.
[1006] Proc. n.º 695/96 (MONTEIRO DINIS).
[1007] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 545.

- um *dever de proteção da vida humana perante situações de risco*, tais como catástrofes ou acidentes naturais, atos de terrorismo, manifestações violentas e perigos com ameaça da saúde pública[1008];

- um *dever de garantia socioeconómica de uma vida digna*, de acordo com a dignidade humana e o princípio do Estado Social, patente no art. 2.º, harmonizados com os direitos à segurança social e à saúde (art. 63.º e 64.º, respetivamente). Na esteira de CANOTILHO e MOREIRA, "o direito à vida revela-se como matriz originária dos principais direitos sociais (art. 58.º e ss), como, por ex., o "rendimento mínimo" ou "rendimento social de inserção", dele emergindo um autêntico direito fundamental à sobrevivência[1009].

Abordar a problemática da vida em Direito Constitucional implica abordar conceções religiosas, éticas, filosóficas, biológicas e médicas da vida. Todavia, esta abordagem deve consubstanciar-se de um raciocínio jurídico-racional não arbitrário; a problematização do tema e solução apontada deve ser jurídica. Nas próximas páginas observarei de que modo a CRP acolhe o direito fundamental à vida relativamente a outros direitos que colidem com este, tais como o aborto, a eutanásia, a recusa de tratamento médico e o suicídio, não olvidando, no final, um breve apontamento sobre a aplicação da pena de morte em Portugal. São, pois, direitos protegidos pelo Direito Penal, através da Teoria dos bens jurídicos, que revelam um carácter *não estritamente absoluto*, compreendidos pelo legislador como casos que justificam uma certa relativização do direito à vida.

### 25.3.1. ABORTO

O problema em torno do aborto, ou da interrupção voluntária da gravidez, nos termos do art. 142.º, CP, tem que ver com a delimitação temporal da vida humana. Trata-se de definir onde começa, com rigor, o direito à vida: no momento da conceção ou após o nascimento completo e com vida, momento em que se adquire a personalidade jurídica, para efeitos do art. 66.º, CC. As argumentações são variadas e, atualmente, não têm

[1008] Neste âmbito ressalta-se a importância da regulamentação nacional atinente às Forças de Segurança Pública, de Proteção Civil e de Emergência Médica.
[1009] CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, p. 451. Na jurisprudência, TC, n.º 509/02, proc. 768/02 (LUÍS NUNES DE ALMEIDA).

somente que ver com questões de saúde pública, mas com argumentações jurídicas e religiosas.

Desde a segunda metade do séc. XX, tem-se debatido com alguma intensidade esta questão, almejando-se alcançar uma solução correta aos olhos do Direito e da religião. Não poderíamos esquecer, neste âmbito, o debate ocorrido nos Estados Unidos da América sobre o aborto. Apesar deste não ser regulado de forma direta pela Constituição americana, o conhecido caso *Roe v. Wade*, de 1973[1010], entendeu que cabe à mulher, de acordo com o direito à sua privacidade, decidir se deve ou não avançar com a gestação. Declarou, assim o *Supreme Court* que "o direito de privacidade (…) é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não a sua gravidez. A restrição que o Estado iria impor sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. Danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis até no início da gestação, podem estar envolvidos. A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz. O dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental podem ser penalizadas pelo cuidado com o filho. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada e também o problema de trazer uma criança para uma família inapta, psicologicamente ou por qualquer outra razão, para criá-la. Noutros casos, como no presente, a dificuldade adicional e o estigma permanente da maternidade fora do casamento podem estar envolvidos (…) O Estado pode corretamente defender interesses importantes na salvaguarda da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção da vida potencial. Em algum ponto da gravidez estes interesses tornam-se suficientemente fortes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão sobre o aborto (...) Nós assim concluímos que o direito de privacidade inclui a decisão sobre o aborto, mas que este direito não é incondicionado e deve ser sustentado tendo em conta os importantes interesses estatais".

Com base nesta jurisprudência do *Supreme Court*, declarou-se a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que criminalizava a prática abortiva, com exceção dos casos em que o avanço da gestação culminaria em perigo de morte para a gestante. No julgamento definiram-se os limites que os Estados deveriam acatar ao legislarem em matérias relativas ao aborto, considerando-se que no primeiro trimestre da gestação (doze semanas) a prática abortiva deveria ser permitida, após os devidos

[1010] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), recentemente revertido pelo *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 19-1392, 597 U.S. (2022).

aconselhamentos médicos. No segundo trimestre era permitida a prática, cabendo ao Estado a regulação do direito em caso de perigo para a gestante. Apenas a partir do terceiro trimestre se proibiria o aborto, por consideração à viabilidade da vida fetal extrauterina, excetuando-se os casos em que a interrupção se revelasse necessária para a preservação da saúde ou da vida da gestante.

Em Portugal, o TC, n.º 25/84[1011] reconheceu, no âmbito do exercício de controlo preventivo da constitucionalidade, para efeitos do art. 278.º, a legitimidade da Lei n.º 6/84, de 11 de maio, que permitia a prática do aborto em circunstâncias especificas: risco para a vida ou saúde física e psíquica da gestante, confirmação de feto com uma doença grave ou incurável e gravidez resultante de um ato de violência sexual. O referido controlo de constitucionalidade foi requerido por se entender que esta Lei violava o direito à vida do nascituro. O TC veio confirmar que a CRP tutela o direito à vida do feto, embora não com a mesma intensidade com que tutela o direito à vida de pessoas já nascidas. Mais entendeu, que a legalização do aborto, nos termos da Lei n.º 6/84, não violou a ponderação entre o direito à vida do feto com os restantes direitos fundamentais da gestante.

O TC, n.º 85/85[1012], no âmbito do exercício de controlo sucessivo da constitucionalidade, a requerimento do Provedor de Justiça, entendeu que "a vida intrauterina não é constitucionalmente irrelevante ou indiferente, sendo antes um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da proteção conferida em geral à vida humana, enquanto bem constitucional objetivo (CRP, art. 24º, n.º 1). Todavia, só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais - pois não há direitos fundamentais sem sujeito - pelo que o regime constitucional de proteção especial do direito à vida, como um dos "direitos, liberdades e garantias pessoais", não vale diretamente e de pleno para a vida intrauterina e para os nascituros".

Em 1998, o TC foi novamente chamado a pronunciar-se sobre o aborto, por via do controlo preventivo de constitucionalidade de uma proposta de referendo, que incidia na despenalização do aborto, por vontade da gestante, até às dez semanas de gestação[1013]. Mais uma vez, o TC referiu que a vida intrauterina, ainda que reconhecida pela CRP, não revela a mesma intensidade da vida de pessoas já nascidas, e que da ponderação entre a vida intrauterina e os direitos fundamentais das mulheres, afigurava-se adequada a

[1011] Proc. n.º 38/84 (COSTA AROSO).
[1012] Proc. n.º 95/84 (VITAL MOREIRA).
[1013] TC, n.º 288/98, proc. n.º 340/98 (LUÍS NUNES DE ALMEIDA).

fixação do período das dez semanas como solução para a colisão de interesses diversos. Referiu, ainda que "esta tutela progressivamente mais exigente à medida que avança o período de gestação, poderia encontrar, desde logo, algum apoio nos ensinamentos da biologia, já que o desenvolvimento do feto é um processo complexo em que ele vai adquirindo sucessivamente características qualitativamente diferentes ... Mas o que releva, sobretudo, é que essa tutela progressiva encontra seguramente eco no sentimento jurídico coletivo, sendo visível que é muito diferente o grau de reprovação social que pode atingir quem procure eventualmente "desfazer-se" do embrião logo no início de uma gravidez ou quem pretenda "matar" o feto pouco antes do previsível parto; aliás, esse sentimento jurídico coletivo, que não pode deixar de ser compartilhado por povos de uma mesma comunidade cultural alargada que encontra sua expressão na união Europeia, encontra-se bem refletido na legislação dos países que a compõem".

Revela referir ainda que, relativamente ao referendo, a proposta de uma legalização incondicional do aborto no início da gestação foi derrotada[1014]. A situação viria a alterar-se pela mão do legislador em 2007, com a aprovação da Lei n.º 16/2007, de 17 de abril. Para além de se acrescentar a não punição do aborto, por opção da gestante, nas primeiras dez semanas de gestação, estabeleceu um período de reflexão não inferior a três dias e a obrigatoriedade de frequentar uma consulta destinada à entrega de informação relevante para a constituição de uma decisão livre, consciente e responsável.

### 25.3.2. EUTANÁSIA[1015]

O respeito pelo direito à vida e, concomitantemente, pela dignidade da pessoa humana são, como observámos, valores fundamentais constitucionalmente consagrados. Nisto se atesta o valor de um Estado de Direito democrático.

Quando se discute sobre eutanásia, de imediato vem à nossa mente a ideia subjacente de dignidade humana. Porque o direito á vida passa invariavelmente por ter

[1014] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, pp. 510 ss.
[1015] À data do *terminus* da elaboração desta tese, o TC declarou inconstitucional o Decreto n.º 109/XIV da AR, que regula o quadro médico-legal da antecipação de morte medicamente assistida, após pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade nos termos do art. 278º, n.º 1 e dos art. 51.º, n.º 1 e 57.º, n.º 1 da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (TC, n.º 123/2021, proc. n.º 173/2021 (PEDRO MACHETE).

direito a uma vida digna, não só a nível físico ou psíquico, mas também social, económico e moral.

Para KANT, a dignidade significa que cada pessoa é *um fim em si mesma*[1016]. Implica respeito e igualdade perante todos. Mas significa mais: a autodeterminação pessoal. A ideia de dignidade humana, porque assenta na liberdade e na igualdade individuais, acarreta a autodeterminação da pessoa humana, que lhe permite, neste âmbito, tomar decisões sobre a sua vida, responsabilizando-se por estas. À autodeterminação está intimamente ligada a responsabilidade de uma escolha, que se quer tomada em boa consciência. Quando abordamos a dignidade humana, abordamos escolhas tomadas em liberdade.

Segundo DWORKIN, "porque honramos a dignidade, exigimos democracia, e definimo-la de tal modo que uma constituição que permita a maioria negar a liberdade de consciência é inimiga da democracia, não a sua autora"[1017]. Este é o mote para o debate sobre a eutanásia: o respeito pela dignidade humana como o respeito pelas escolhas de terceiros baseadas em convicções divergentes.

Ainda que se admita a autonomia e a liberdade individual de terceiros, reconhecendo-se que, pelo respeito da dignidade humana, não devem ser restringidas numa perspetiva societária, a verdade é que no contexto democrático, a decisão restringir legalmente um direito inviolável não se afigura fácil e deve ser, por isso, bem ponderada. MIRANDA explica, de forma clara, tal dificuldade ética e jurídica, asseverando que "o legislador está vinculado à dignidade da pessoa humana como valor primordial da ordem jurídica, mas tem o poder de escolher os meios que considera – em vista de uma ponderação nem sempre fácil e por vezes mesmo muitíssimo complexa – preferíveis para garantia dessa dignidade"[1018].

Tal significa que, apesar de não se negar à pessoa humana o seu valor em si mesma, segundo a conceção kantiana, não se pode assumir que tudo o que se refira a esta esteja fora do alcance do legislador constitucional ou do poder legislativo.

Deste modo, cumpre legislador, no respeito pela dignidade humana e pela autodeterminação que lhe é inerente, revelar-se vigilante quanto a esta questão, em nome

[1016] KANT, *A fundamentação*, pp. 39 ss.
[1017] DWORKIN, *Life's Dominion*, p. 239.
[1018] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 77.

do princípio democrático, procurando soluções concretas e ponderadas, que poderão passar por outras alternativas, como, a título de ex., o melhoramento da rede de cuidados paliativos em Portugal, através de apoios estatais mais amplos e eficazes, sem prejuízo de reconhecermos que, em determinados casos médicos, tal poderá revelar-se ineficaz, atendendo ao prolongamento da vida como o prolongamento do sofrimento do doente.

A eutanásia refere-se, num conceito *lato sensu*, às situações em o que um indivíduo que padece de uma doença sem cura ou dolorosa solicita ajuda a terceiros para que lhe permitam alcançar a morte como forma de o poupar ao sofrimento vivido. Numa definição mais restrita, refere-se ao ato médico (intencional) de acelerar ou de provocar a morte de alguém que encontra numa posição sofrimento físico e/ou psíquico incurável ou irreversível, de acordo com os padrões da medicina.

Este parece ser o entendimento de ROXIN, que entende a "eutanásia em sentido estrito quando a ajuda é prestada após o início do processo da morte, em casos, portanto, em que a morte, com ou sem a ajuda, é iminente. Em sentido amplo, pode-se falar em eutanásia também quando se contribui para a morte de outra pessoa que, apesar de poder viver mais tempo, pretende pôr fim a sua vida"[1019].

MOORE, na obra *Utopia*, descreveu este estado de angústia, apelando à *boa morte* como solução para o problema de impossível resolução:

> "em Utopia os enfermos são cuidadosamente tratados e nada do que pode ser feito para curá-los é negligenciado, sejam remédios ou alimentos. Faz-se de tudo para mitigar o sofrimento daqueles que sofrem de doenças incuráveis e aqueles que os visitam fazem de tudo para consolá-los. Entretanto, no caso da doença ser não apenas incurável, mas também provocar um sofrimento atroz e contínuo, os sacerdotes e as autoridades públicas exortam o enfermo a não prolongar mais sua agonia. Lembram ao enfermo de que agora ele está incapacitado para a vida, tomando-se um fardo para os outros e para si próprio e que, na realidade, está apenas sobrevivendo à própria morte. Dizem-lhe que não deveria permitir que a doença continuasse a fazê-lo sofrer por mais tempo e que a vida, ao transformar-se numa simples tortura, e o mundo, numa mera prisão, não deveria hesitar em libertar-se, ou deixar que outros o libertassem dessa vida arruinada. Seria um gesto sábio, dizem eles, uma vez que, para ele, a morte põe um fim à agonia. Além disso, estaria seguindo os conselhos de sacerdotes, que são os intérpretes da vontade de Deus, e que asseguram que esse seria um gesto santo e piedoso" Os que se deixam persuadir põem fim aos seus dias, jejuando voluntariamente até a morte ou então

[1019] ROXIN, "*A apreciação jurídico-penal"*, p. 10-1.

> tomando uma poção que os faz adormecer sem sofrimento, até que morram sem o perceberem. Todavia, essa solução jamais é imposta sem o consentimento do enfermo e quando este decide o contrário, os cuidados a ele dispensados não diminuem. Nas circunstâncias em que a morte é recomendada pelas autoridades públicas, considera-se a eutanásia um gesto honrado. O suicídio, no entanto, é considerado indigno da terra ou do fogo, e o corpo daquele que se mata sem a aprovação dos sacerdotes ou do senado é ignominiosamente lançado no pântano mais próximo" [1020].

A eutanásia, numa perspetiva científica, é por vezes associada a realidades que nada têm que ver com a ideia de *boa morte*. Veja-se:

- Quanto ao tipo de ação pode distinguir-se entre[1021]:

*i) Eutanásia Ativa*, quando o objetivo da ação é a morte do paciente. Distingue-se em eutanásia direta, que implica sempre uma ação por parte do médico, e eutanásia indireta ou ortotanásia, consistindo esta numa omissão médica intencional;

*ii) Eutanásia Passiva,* que ocorre perante a inação ou interrupção médica. Ocorre em situações de estado terminal devido à inação intencional do médico ou pela interrupção de uma medida extraordinária;

*iii) Eutanásia de Duplo Efeito*, que consiste num aceleramento da morte devido à ação médica.

- Quanto ao consentimento do doente, a destrinça é feita em:

*i) Eutanásia Voluntária*, executada a pedido do doente, através de um consentimento livre, expresso e informado deste;

*ii) Eutanásia Não Voluntária*, executada sem o conhecimento da vontade do doente;

*iii) Eutanásia Involuntária*, executada contra a vontade do doente.

Neste âmbito releva ainda falar de uma outra figura jurídica existente no ordenamento jurídico português: o Testamento Vital ou Diretiva Antecipada de Vontade, aprovada pela Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho. Trata-se de um documento jurídico

[1020] MOORE, *Utopia*, pp. 92-3.
[1021] AAVV, *Ética e eutanásia*, p. 279.

unilateral e revogável, com caráter vinculativo, através do qual a pessoa, maior de idade e com capacidade jurídica, esclarece de forma consciente, livre e esclarecida, quais os tratamentos que pretende receber caso venha, no futuro, a encontrar-se numa posição de incapacidade física ou psíquica que não lhe permita asseverar a sua real vontade[1022].

Tal figura jurídica segue o disposto no art. 3.º, CDFUE, na qual se consagra o dever de respeito pelo consentimento livre e esclarecido da pessoa, no exercício de atividades médicas a ela atinentes. Este é, de resto, o entendimento seguido pelo legislador penal, ao estabelecer, no art. 156.º, CP, que quaisquer intervenções médico-cirúrgicas realizadas sem a autorização do doente, ou sem que lhe tenham sido prestados previamente os indispensáveis esclarecimentos sobre o diagnóstico, serão punidas, com exceção para os casos em que existe prévio consentimento.

### 25.3.3. RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO

O art. 24, n.º 1 abrange igualmente os casos de recusa, tomada em liberdade e em consciência, de tratamento clínico ou de intervenção cirúrgica indicada pela equipa médica de modo a prolongar-se a vida ou a evitar danos irreversíveis para a saúde do doente. Tal recusa vem a consubstanciar-se no *terminus* do dever de garante que pende sobre o médico, por respeito à autonomia da vontade do doente. Perante o consentimento informado por parte do doente, onde atesta de forma livre, inequívoca e consciente a recusa do tratamento, cumpre ao médico a aceitação da vontade daquele, sob pena de vir a praticar um tratamento arbitrário e a incorrer em responsabilidade criminal, nos termos dos art. 156.º e 157.º, CP. Esta incriminação pretende definir um equilíbrio harmonizador entre dois direitos fundamentais como "a liberdade e a autodeterminação pessoal, um dos "nomes" da própria dignidade pessoal, (…) e a integridade física, a saúde e a vida, afinal de contas o pressuposto existencial da dignidade"[1023].

O ex. mais discutido neste âmbito é referente às Testemunhas de Jeová, que frequentemente recusam tratamentos médicos que incluam transfusões de sangue. Esta minoria religiosa apresenta como crença, fundamentada numa interpretação restritiva de

[1022] Art. 2.º, n.º 1, Lei 25/2012, de 16 de Julho.
[1023] AAVV, Comentário conimbricense. I, p. 596.

preceitos bíblicos do Pentateuco, a ideia de não poder introduzir sangue no seu corpo, seja por via oral (ingestão), seja por via intravenosa (transfusões de sangue)[1024].

Neste quadro, que se situa entre a Ciência, a Ética e a Religião, acredita-se que a Bioética poderá ser útil "a partir de uma ética minimalista que permita a mediação e a solução pacífica das diferenças"[1025] entre o dever de garante por parte do médico a autonomia da vontade do paciente, princípio bioético regulador deste conflito.

A autonomia da vontade humana determina a faculdade de o Homem tomar boas decisões que terão efeitos, a curto ou longo prazo, na sua vida. Esta definição parte, em bom rigor, da premissa de que o ser humano, porque racional, sabe refletir, em boa consciência, sobre aquilo que entende como bom. Mais: de que tem perfeita noção que a sua vontade (de alcançar o seu bem-estar) será devidamente exteriorizada e que tal acarretará as devidas consequências. Porquanto o Homem seja capaz e autónomo, defendem BEAUCHAMP e CHILDRESS, é suficiente que aja "intencionalmente, com entendimento e sem influências controladoras que determinem a sua ação"[1026], acusando as suas opiniões morais ou religiosas, que derivam de influências externas, como sucede com as Testemunhas de Jeová. Os mesmos autores consideram que, "havendo aceite a autoridade de sua instituição religiosa, uma Testemunha de Jeová pode recusar uma transfusão de sangue recomendada, e um católico romano pode recusar-se a considerar a possibilidade de um aborto. [...] os princípios morais têm autoridade sobre as nossas vidas em virtude de uma organização social e cultural independente de qualquer agente autónomo isolado"[1027].

Segundo a filosofia moral kantiana, deve existir uma certa dinâmica nas relações entre médico e paciente, de forma que a autonomia seja exercida por cada um dos intervenientes: a "liberdade é essencial para toda a moral, que é idêntica à autonomia, e que é base da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional"[1028]. Existe um livre-arbítrio, de acordo com o mesmo pensamento, que determina a atuação do individuo, mas, ao chocar com a liberdade de outrem, deve ser refreado. Cumpre ao profissional de saúde, durante a assistência, cooperar com o paciente, informando-o de tudo o que entender como relevante e de todas as suas opções. É no momento em que o paciente

[1024] Com base no estudo de ALVES PRATAS, "As Testemunhas", pp. 160 ss.
[1025] GARRAFA, "Bioética e ética profissional", p. 28.
[1026] BEAUCHAMP; CHILDRESS, *Princípios da ética*, p. 140.
[1027] *Ibid*, p. 142.
[1028] SEGRE, Situação ético-jurídica, p. 22.

possui um conhecimento informado que pode, então, exercer a sua autonomia. Neste sentido, BEAUCHAMP e CHILDRESS reiteram que "o respeito à autonomia obriga os profissionais a revelar as informações, verificar e assegurar o esclarecimento e a voluntariedade, e encorajar a tomada de decisão adequada"[1029]. Se ao doente não for apresentada mais do que uma opção de tratamento, não poderá usufruir da sua autonomia e a sua liberdade de ação ficará comprometida, uma vez que a liberdade de ação do médico se sobrepõe à sua. Ressalva-se, todavia, que o grau da doença ou condição não deve servir como desculpa para a não informação do doente ou apresentação de um conjunto de tratamentos. A condição humana do paciente deve ser respeitada independentemente da gravidade do seu caso, pois que "violar a autonomia de uma pessoa é tratá-la meramente como um meio, de acordo com os objetivos de outros, sem levar em conta os objetivos da própria pessoa"[1030]. A essência da autonomia está, *in fine*, no direito de o paciente assentir ou repudiar um determinado tratamento médico.

Compreende-se que, pelo Juramento de Hipócrates, os médicos comprometem-se a cuidar dos pacientes com grande prioridade e zelo, sem causar prejuízo ou dano, sendo que a saúde destes vem em primeiro lugar[1031]. Observa-se, ainda, conforme o referido Juramento, que os médicos se comprometem a não permitir que questões religiosas os impeçam de cumprir com o seu dever. Relativamente às Testemunhas de Jeová, este dilema leva-os a uma de duas atuações: ou realizam a transfusão, ignorando a vontade do paciente, ou deixam-no morrer. De qualquer modo, equacionam que a sua atuação terá obviamente consequências na vida (ou morte) do paciente[1032] Não obstante, por força do princípio da dignidade humana, assente na autonomia da vontade do paciente, resta-lhes agir no melhor interesse do doente: informá-lo das suas opções, permitir que tome uma decisão consciente (dos riscos e vantagens) e respeitar o livre-arbítrio do paciente. Na linha de pensamento de CLOTET, "o modo eticamente correto de exercer a profissão é buscar o bem do paciente. Isso requer respeito da sua dignidade, o reconhecimento dos seus valores, e sentimentos morais e religiosos"[1033]. Dissentimentos no que toca aos interesses do paciente são frequentes, daí a importância de se recorrer ao princípio da autonomia para se perceber qual a melhor ação a tomar. Na conceção religiosa das

[1029] BEAUCHAMP; CHILDRESS, *Princípios da ética*, p. 144.
[1030] *Ibid,* p. 143
[1031] Art. 31.º, Código Deontológico, Ordem dos Médicos.
[1032] RUI; MELO, *Testamento vital*, p. 167.
[1033] CLOTET, *Bioética*, p. 71.

Testemunhas de Jeová, permitir que uma pessoa que professe esta fé seja submetida, contra sua vontade, a uma transfusão de sangue não equivale a salvar uma vida: equivale a permitir que deixe de viver para passar a sobreviver com uma culpa isenta de perdão por incumprir os mandamentos de DEUS, em nome do direito à vida ou do direito à saúde. Equivale a violar a sua dignidade, as suas crenças e liberdade de consciência. Nas palavras de GARRAFA,

> "casos como o de uma Testemunha de Jeová que não deseja que lhe seja administrado sangue sob qualquer hipótese, devem ser considerados a partir do princípio bioético da autonomia do paciente sobre o seu corpo e sua integridade moral, e não a partir da fórmula de que a "preservação da vida do paciente é bem jurídico maior do que a liberdade da própria pessoa". Nestas circunstâncias, o que vale para a bioética é o desejo livre, consciente e soberano do indivíduo e não o que preceitua o código de ética profissional. É aí, exatamente, onde reside a modernidade e o espírito democrático da bioética – livre de paternalismos que se confundem com a beneficência"[1034].

Por fim, resta referir que, por força do dever de defender e promover a saúde, dever enunciado no art. 64.º, esta autonomia pode ser alvo de restrição, nomeadamente quando se torne imperioso garantir a proteção de interesses jurídico supra individuais, como a proteção da saúde pública perante um caso de possível epidemia. Numa situação como esta, admite-se o desacatamento à autonomia do paciente como forma de prevenção de uma crise de saúde pública[1035].

### 25.3.4. SUICÍDIO

Para lá da condenação religiosa do suicídio, durante muito tempo este constituiu-se como uma prática criminosa (punível na forma tentada). Até ao término do séc. XIX, de acordo com as regras canónicas, era proibido o sepultamento cristão de pessoas suicidas. Também até ao fim do séc. XIX, a lei inglesa, numa estranha lógica processual, punia o suicídio tentado com pena de morte.

Atualmente tem-se por pacífica a não criminalização do suicídio, o que não obsta a que se discuta das razões que determinaram a sua exclusão do elenco penal português. Por um lado, defende-se a não criminalização do suicídio pois que tal ato não se apresenta

[1034] GARRAFA, "Bioética e ética profissional", p. 28.
[1035] DIAS, *Relevância jurídico-constitucional*, pp. 136 ss.

como ilícito, em razão de não ser possível retirar um dever de viver ao direito à vida. Esta argumentação assenta, sobretudo, na autonomia da vontade da pessoa, que, enquanto titular do seu direito à vida, pode dispor desta conforme a sua consciência, não cabendo ao Estado intrometer-se e reprimir a sua autonomia. Por outro lado, defende-se a não criminalização do suicídio por compaixão ao suicida, para que, assistindo ao fracasso da sua tentativa não torne a tentar o suicídio, e pela dificuldade da realização dos fins das penas. Tal argumentação fundamenta-se sobretudo nos seguintes pontos:

- na conceção judaico-cristã, que vê no DEUS criador o único Ser que pode dispor da vida humana,

- nas teorias da Antiguidade Clássica que observam o suicídio como um crime contra o Estado, pelo que deve ser punida em sede criminal;

- a tese de Kant, que se opõe à licitude do suicídio, mas que reconhece neste a solução para o fim do sofrimento[1036].

À parte do debate ético e jurídico da questão, que parece ser de difícil resolução, visto ser uma questão que não pode ser reduzida ao debate entre lícito e não lícito, compreendo que não é "legítimo incumbir o Estado de proteger penalmente a vida contra a vontade do seu próprio titular, no pressuposto que essa vontade se tenha formado de modo livre e consciente"[1037].

### 25.3.5. PENA DE MORTE

Por fim, do articulado do art. 24.º, n.º 2 resulta a inequívoca proibição absoluta da consagração da pena de morte em sede de Direito Penal e Processual Penal.

Dada a sua natureza definitiva, tal proibição não admite qualquer restrição, ao contrário do que sucede com o restante elenco de direitos, liberdades e garantias. Lembrando as palavras de REIS NOVAIS, "qualquer que seja a gravidade do crime e por mais relevantes e específicas que sejam as suas circunstâncias concretas, não podem os poderes constituídos, em caso algum, afetar, limitar, restringir ou excecionar o sentido e

[1036] KANT, *A fundamentação*, pp. 95 ss.
[1037] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 544.

alcance daquela proibição. A garantia constitucionalmente consagrada é, logo aí, definitiva, absoluta"[1038].

O vertente n.º constitui a consumação integral de uma tradição constitucional em Portugal, iniciada em 1852, com o Ato Adicional à Carta Constitucional de 1826 que abolia a previsão da pena de morte para crimes políticos. Com a proibição absoluta da pena de morte sem possibilidade de restrições, a CRP pôs termo à possibilidade de aplicação da pena capital em caso de crimes militares, prevista na lei penal militar ao abrigo de uma cláusula da Constituição de 1933. A centralidade do Direito Constitucional português assente na valorização da vida, na proteção desta e no respeito pela dignidade humana obriga, deste modo, à proibição da pena de morte (e da tortura como medida de coação, nos termos do art. 25.º), em território português, mas também à defesa da vida de cidadãos perante jurisdições estrangeiras, através da consagração da não extradição destes para países onde a pena de morte seja uma realidade em vigência nos sistemas criminais, de acordo com o disposto no art. 33.º, n.º 6.

### 25.4. EXCEÇÕES MOSAICAS DO DIREITO À VIDA

Em traços lassos, no que diz respeito à vida humana, o Decálogo e a CRP apresentam-se de acordo: a vida humana é inviolável, sendo inequívoca a intenção divina e a intenção constitucional por detrás da consagração absoluta do direito à vida nas duas Leis. Ainda assim, admitem-se exceções nas duas Leis. No cap. abordou-se a problemática do aborto, eutanásia, recusa de tratamento médico e suicídio, tendo por base dois relevantes princípios: a proteção da dignidade humana e a autodeterminação ou autonomia da vontade humana. Tal abordagem só pode ser efetivamente concluída quando colocada à margem da valoração da vida como bênção divina. Com efeito, no Decálogo, a proteção da vida humana está intimamente ligada ao facto de ser algo do qual só DEUS pode dispor: se DEUS é o autor da vida, cumpre somente a Ele a decisão do momento em que ela pode cessar. Através da CRP, este argumento não se apresenta válido, por violar a laicidade do Estado, sem que isso signifique, porém, que tal invalidade desmereça o valor que a vida humana tem para o legislador constitucional.

[1038] REIS NOVAIS, *As restrições,* p. 577.

Ainda que a vida humana fosse sacrossanta, a LM previa no seu corpo legal três exceções à inviolabilidade do direito à vida:

- *os crimes de guerra*, na proteção de um valor supranacional: segurança da nação;

- *a vingança de sangue* (*goel had'dam*), na aplicação da LT;

- a *pena de morte*.

Considero, contudo, que a abordagem ao mandamento "*não matarás*" e a sua influência na CRP é demasiado complexa para ser tratada apenas quanto à letra da lei; merece um olhar crítico sobre o mandamento constitucional do direito à vida, a relação entre a CRP e o Direito Penal português, o acolhimento de exceções mosaicas no elenco constitucional e penal correspondente e o princípio da proporcionalidade na LM e na CRP.

### 25.4.1. OS CRIMES DE GUERRA

O AT compreende uma grande dimensão narrativa de crimes de guerra. São vários os vv. que demonstram a licitude desta prática, muitas vezes comandada pela mão do próprio DEUS[1039], entre os quais destaco:

> "*Assim, feriu Josué toda aquela terra, a região montanhosa, o Neguebe, as campinas, as descidas das águas e todos os seus reis; destruiu tudo o que tinha fôlego, sem deixar nem sequer um, como ordenara o SENHOR, Deus de Israel. Feriu-os Josué desde Cades-Barnéia até Gaza, como também toda a terra de Gósen até Gibeão. E, de uma vez, tomou Josué todos estes reis e as suas terras, porquanto o SENHOR, Deus de Israel, pelejava por Israel*" (Js 10:40-2).

Em dois vv., o autor exibe a realidade bélica de Israel: DEUS apresenta-se como um General de guerra, delegando no povo a legitimidade de matar os inimigos em contexto de guerra, uma exceção ao mandamento "*não matarás*". Esta exceção, para muitos reveladora da *crueldade* de DEUS [1040], contrasta com a ideia de um DEUS de amor

[1039] Encontram-se alguns vv. de cenas bélicas não comandadas por DEUS, como Jz 4:17-22; I Sm 27:8-12.
[1040] No AT, DEUS revela-se como o libertador que retira a vida a milhares de egípcios através do envio de pragas (Êx 7:19-12:40) e durante a travessia do Mar Vermelho para salvar os hebreus (Êx 14:27), que ameaça os inimigos com calamidades (Dt 28:15-68), que se vinga dos adversários (Na 1:2-8).

que promove o "*dar a outra face*" ao inimigos (Lc 6:29). A que se deve este contraste que permite a consagração moral e legal de crimes de guerra? Deve-se certamente à historicidade da própria Bíblia enquanto revelação de DEUS. Toda a revelação de DEUS que consta do AT ou do NT tem carácter histórico, isto, é, pode ser enquadrada num determinado momento histórico, seja ele passado ou futuro (escatológico). No total, os livros que constituem a Bíblia foram elaborados ao longo de quase onze séc., em momentos históricos, socioculturais, económicos e religiosos díspares, o que explica, em determinados pontos, pensamentos diferentes. Cada livro é, por isso, resultado próprio do seu contexto. Desagregá-lo disto leva o leitor a inferir conclusões inadequadas. Toda a leitura bíblica deve ser, por isso, feita de forma histórica, percorrendo a cronologia da Nação de Israel e dos outros povos circundantes. Mas mais. à evolução destas sociedades da Antiguidade, acrescentou-se a evolução da revelação de *YAHWEH*. Ela não é marcada na sua totalidade num único momento histórico, antes revelando-se continuamente até aos eventos escatológicos de Ap, não se encontrando, por isso, encerrada. Tal revelação contínua acarretou uma reforma progressiva de princípios religiosos, morais e jurídicos: a evolução de uma sociedade mais justa era, por isso, reveladora do nível de conhecimento do próprio DEUS. Para os cristãos, a perfeita interpretação da Lei apenas foi notória através de JESUS, a revelação de DEUS. Com efeito, também este trouxe consigo uma paulatina revelação dos mistérios divinos: não conduziu uma revelação instantânea, mas progressiva e condicional[1041].

Atualmente causa perplexidade a ideia de um DEUS que guerreia contra outras Nações. Sabe-se, contudo, que esta era uma prática comum da Antiguidade[1042]: as batalhas eram consagradas aos deuses que determinariam a vitória dos reis, que retribuíam com sacrifícios[1043]. O momento bélico não se concentrava apenas no campo de batalha, sendo precedido de um conjunto de cerimónias religiosas, nas quais se incluíam cultos aos deuses e sacrifícios. A guerra tinha sempre uma conotação religiosa: a vitória ou a derrota dependia sempre dos deuses.

[1041] Jo 16:12-3.
[1042] "A guerra é quase tão antiga quanto o próprio homem e atinge os lugares mais secretos do coração humano, lugares em que o ego dissolve os propósitos racionais, onde reina o orgulho, onde a emoção é suprema, onde o instinto é rei" (KEEGAN, *Uma história*, p. 19).
[1043] Sobre a consagração da guerra aos deuses, PRITCHARD, *Ancient*, pp. 267-8; 354-5; MILLARD; HOFFMEIER; BAKER, *Faith*, pp. 299 ss.

Em Israel, no momento da guerra, DEUS *é colocado* no campo a comandar o exército, como o Senhor dos Exércitos ou o Senhor da Guerra[1044], o escudo e espada de Israel (Dt 33:29). Muitas vezes, a Arca da Aliança era levada para o campo de batalha, de modo a garantir a proteção de *YAHWEH*[1045]. A liderança divina era decretada pelo próprio DEUS, nunca pelo Homem: "*não os temerás; pois o SENHOR, teu Deus, que te fez sair da terra do Egito, está contigo*"[1046]. Com a instituição da Monarquia e criação de um exército profissional (e não voluntário), o costume de colocar DEUS como líder no campo de batalha desvaneceu-se, passando o rei a liderar os exércitos.

As *leis da guerra* constam de Dt 20 e consubstanciam-se em duas abordagens militares distintas:

- tática militar para as cidades de Canaã (vv. 1-9, 16-8);

- tática militar para as cidades fora de Canaã (vv. 10-5), a aplicar no período pós-conquista de Canaã (expansão territorial, segundo Dt 19:8).

Para a conquista de Canaã, MOISÉS envia um conjunto de espias com o intuito de receber uma informação completa quanto às fortalezas da cidade, o número de militares do exército cananeu e a artilharia utilizada por este num cenário de guerra (Nm 13).

Num momento prévio ao ataque armado, o sacerdote apresenta-se perante o exército de voluntários[1047], tecendo palavras encorajadoras[1048] e reiterando a proteção de *YAHWEH*. Após o discurso sacerdotal, os oficiais questionam os militares sobre a sua preparação para a guerra, apelando à retirada daqueles que tinham deixado assuntos pendentes ou que tinham receio pela peleja, apresentando-lhes um plano de dispensa temporária[1049]. De forma inspiradora, os sacerdotes motivam o exército a *olhar para cima*, para DEUS, para obter força na conquista, a *olhar para trás*, em reflexão sobre a sua vida em suspenso no decorrer da guerra, e *para dentro*, a fim de encontrar o medo ou a coragem[1050]. Após esta triagem militar, os oficiais procedem à nomeação de capitães e

[1044] Êx 15:3; I Sm 17:45-47; 18:17; 25:28.
[1045] I Sm 4:2-11.
[1046] Dt 20:1.
[1047] "Homens e mulheres fazem o que precisam fazer para salvar a si mesmos e a suas comunidades; e não há lugar nem para a moral nem para a lei" (WALZER, *Guerras justas*, p. 4)
[1048] Cf. Dt 20:3.
[1049] Certamente S. PAULO tem este momento em consideração quando afirma que "nenhum soldado em serviço se envolve em negócios desta vida, porque o seu objetivo é satisfazer àquele que o arregimentou" (II Tm 2:4). Cf. Dt 20:5-8.
[1050] Dt 20:8.

à apresentação da campanha[1051], iniciando o combate em Canaã. Ali são instruídos a destruir toda a cidade, exterminando homens, mulheres, crianças e animais, arruinando todos os templos e altares consagrados a outros deuses.

Na conquista de cidades estrangeiras (fora de Canaã), Israel adotou uma tática menos cruel: deveria sempre, em primeiro lugar, oferecer uma solução pacífica de entrega da cidade: a cidade não seria destruída e em, em troca, deveria pagar tributo a Israel. Tal tributo era constituído de um pagamento monetário anual e do uso legítimo de cidadãos, agora escravos[1052]. Caso a solução de paz fosse negada, Israel podia, então, cercar a cidade, assassinando os homens, levando as mulheres e crianças como escravas e dividindo o espólio da cidade entre os oficiais.

A forma de fazer guerra sofreu alterações ao longo dos séculos, mas a sua finalidade manteve-se constante. Para WALZER, a guerra consiste numa "condição legal que confere igual permissão a dois ou mais grupos para realizar um conflito por meio da força armada"[1053]. Para DETTER, a guerra é "uma luta por forças armadas de certa intensidade entre grupos de um certo tamanho, consistindo em indivíduos que estão armados, que usam insígnias distintas e que são submetido à disciplina militar sob comando responsável"[1054]. DINSTEIN, em atualização do conceito de guerra, concebe-a como "a interação hostil entre dois ou mais Estados, seja num sentido técnico ou material. A guerra no sentido técnico é o *status* formal produzido por uma declaração de guerra. A guerra no sentido material é gerada pelo uso de força armada, que deve ser extensiva e realizada por pelo menos uma das partes do conflito"[1055].

O mesmo apresenta resumidamente os quatro elementos constituintes de um conflito armado, sendo estes[1056]:

*i)* existência de contenda entre, no mínimo, dois Estados;

*ii)* uso das Forças Armadas de cada Estado em conflito[1057];

---

[1051] Este era o esquema de campanha até à Monarquia em Israel, época em que se profissionalizou o exército.
[1052] Cf. Js 9:16, 1:7; 16:10; 17:13.
[1053] WALZER, *Guerras justas*, p. 70.
[1054] DETTER, *The Law*, p. 26
[1055] DINSTEIN, *Guerra*, p. 21.
[1056] *Ibid*, p. 6.
[1057] Recordo o conceito de guerra que especifica a legitimidade única das Forças Armadas para entrar em conflito: "guerra é, portanto, uma luta por forças armadas de certa intensidade entre grupos de um certo

*iii)* o fim a atingir com a guerra deve sobrepor-se ao inimigo, assim como a capacidade para impor a paz;

*iv)* as partes em conflito devem ter objetivos proporcionais e "diametralmente opostos".

Da Antiguidade até ao séc. XXI[1058], o Homem continua a mostrar a sua natureza de animal cultural, tendo em si a mesma capacidade de executar atos de violência. No entanto, esta afirmação apresenta uma dualidade: o Direito Nacional proíbe a manifestação de atos violentos, que possam levar à morte de terceiros, penalizando os seus autores. De modo a proteger o bem jurídico vida, o Direito Penal criminaliza o ato que lhe coloque (ou possa vir a colocar) um fim. Não obstante, esta prática torna-se legítima em contexto de guerra[1059]. Para WALZER, a legitimação da guerra permite, assim, uma espécie de isenção de culpa a todos os instrumentos humanos[1060] colocados em situação de combate, um direito de guerra que permite matar, "não qualquer pessoa, mas homens que sabemos serem vítimas" [1061]. Trata-se, todavia, de um direito a matar devidamente regulamento, que especifica três aspetos ligados à morte do inimigo: o *momentum*, o modo e o alvo. É esta especificidade que destrinça um cenário de guerra de um cenário de massacre. Das três restrições, talvez a mais relevante e que espelha a evolução do direito de guerra face à Antiguidade seja a concernente ao alvo, nomeadamente à sua delimitação negativa, isto é, os grupos de pessoas que merecem proteção. Regra geral, esta proteção é garantida a todos aqueles que não têm condição para lutar, tais como "mulheres e crianças, sacerdotes, idosos, membros de tribos, cidades

tamanho, consistindo em indivíduos que estão armados, que usam insígnias distintas e que são submetidos à disciplina militar sob comando responsável" (DETTER, *The Law*, p. 26).

[1058] Sobre a evolução do *ius ad bellum* e do *ius in bello*, da Antiguidade até ao séc. XX, cf, entre outros ilustres pensadores, destaco, por ordem cronológica, os ilustres pensadores que contribuíram para uma teoria da guerra como defesa da paz, para o inicio das relações internacionais entre Estados soberanos em busca da paz entre os povos: AGOSTINHO DE HIPONA, *A cidade de Deus*, pp. 1909 ss*;* TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, (IIa-IIae., Q. 29; 39-42; 57, a.1.; 58, a.1; 188, a.3); GRÓCIO, *O Direito da Guerra*. II; ROUSSEAU, *Escritos sobre la paz*, pp. 35 ss; KANT, *Sobre la paz*, pp. 15 ss.

[1059] Partilho do pensamento de KEEGAN, *Uma história*, pp. 20-1.

[1060] Acredito que o melhoramento técnico-científico das máquinas de guerra facilita ainda mais nesta desculpabilização. O combate frente a frente tem sido substituído por ações tecnológicas, o que tem causado alguma insensibilidade face ao sofrimento causado pela guerra. Sobre este fenómeno, BAUMAN, *Vida em Fragmentos*, pp. 202 ss.

[1061] WALZER, *Guerras justas*, p. 61.

ou estados neutros, soldados feridos ou capturados"[1062]. Hoje, a argumentação moral da guerra é a de salvar vidas[1063].

### 25.4.2. A VINGANÇA DE SANGUE (*GOEL HAD'DAM*)

Quanto à previsão de uma vingança de sangue na LT, sabe-se que esta Lei foi acolhida por MOISÉS, sendo anterior ao Decálogo e, por isso, aplicada em várias Nações da Antiguidade. Perante a necessidade de manutenção do equilíbrio comunitário e da paz social em Israel, decidiu o legislador MOISÉS incluir esta previsão penal na Lei Civil da Nação, eliminando todos aqueles que, pela prática de atos contra a vida humana, se tornassem *persona non grata*. Os delinquentes não apenas eram vistos como um mal para a família lesada, como para toda a comunidade e valores por ela defendidos.

Deste modo, à semelhança de outros povos do Oriente Médio, MOISÉS colocou na mão do *go'el hád'dam*, o vingador da família, a possibilidade de praticar justiça em vingança pela morte de um parente, uma realidade que ocorreu, pelo menos até ao reinado de Davi (II Sm 14:7-8).

Segundo VAUX, em Israel, assim como em todas as tribos ou comunidades da Antiguidade, o vínculo de sangue era um laço eterno que criava uma solidariedade entre todos os membros, uma solidariedade que se expressava no dever de proteção dos membros mais fracos oprimidos[1064]. Se no *târ* dos árabes a vingança de sangue era feita pela morte do homicida ou de alguém da sua família, por qualquer membro da comunidade, no povo judeu a obrigação pertencia à parentela do lesado. O cântico de LAMEQUE dá conta disso:

> "*Matei um homem porque ele me feriu; e um rapaz porque me pisou. Sete vezes se tomará vingança de Caim, de Lameque, porém, setenta vezes sete*" (Gn 4:23-24).

---

[1062] *Ibid,* p. 73.

[1063] Uma perspetiva diversa da filosofia cristã medieval, assente em pressupostos éticos cristãos e jurídicos. AGOSTINHO DE HIPONA defende uma guerra justa, definindo-a como aquela que defende ou restabelece a paz. através de uma dicotomia assente no *ius ad bellum* (direito/justiça da guerra) e no *ius in bello* (direito/justiça na guerra). TOMÁS DE AQUINO pegou neste conceito e explorou-o, apresentando os três pilares de uma guerra justa: *i) auctoritas principis, ii) causa justa e iii) recta intentio.* Cf., respetivamente, AGOSTINHO DE HIPONA, *A cidade de Deus, p. 1909;* TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, (IIa-IIae., Question 40).

[1064] VAUX, *Instituições,* p. 30.

Lameque era descendente de CAIM, condenado a viver no deserto após o homicídio de ABEL, seu irmão. Após confrontação de *YAHWEH*, CAIM foi marcado como forma de proteção numa comunidade onde a regra geral era a da vingança de sangue[1065]. O costume firmou-se em Israel com a sedentarização, tornando-se direito regulado. No AT abundam as narrativas de vingança de sangue, facto que certamente explica a necessidade de regular este instituto.

A positivação da vingança de sangue estabeleceu critérios básicos de regulamentação a serem observados pelo *go'el hád'dam*, de forma a restringir-se atuações excessivas ou injustas:

- homicídio doloso[1066] ou homicídio por negligência[1067]: ao parente enlutado permite-se a vingança por crime de homicídio contra alguém da parentela.

- cidades de refúgio: após a prática do crime e alegações quanto ao suspeito, este é enviado para uma cidade de refúgio, um tipo de cidade santa onde o suspeito deve aguardar em segurança enquanto as investigações decorrem. Inicialmente, tal local de refúgio era o altar sagrado (Êx 21:14); contudo, por forma a salvaguardar a santidade do altar, *DEUS* comissiona Moisés a fundar três cidades de refúgio, com a opção de fundar mais três (Êx 21:13; Nm 35:9-29). Note-se ainda que a possibilidade de asilo numa destas cidades estava dependente do tipo de homicídio: apenas os suspeitos da prática de homicídio por negligência poderiam receber proteção, de acordo com Nm 35:15[1068];

- julgamento dos anciãos: na eventualidade de alguém acusado de prática de homicídio por dolo penetrar nas cidades de refúgio, permite-se a convocação de um julgamento composto pelos anciãos da cidade, que *a posteriori* o entregariam nas mãos do vingador de sangue de forma a exercer juízo privado (Dt 19:12). Após o julgamento, o homicida declarado inocente por crime de homicídio doloso mantém-se na cidade, sob pena de poder ser morto pelo *go'el hád'dam.* Após a morte do Sumo Sacerdote, pode sair em liberdade (Nm 35:26-8);

[1065] Gn 4:14.
[1066] Nm 35:16.
[1067] Dt 19:4-5.
[1068] Após o julgamento, se o homicida pretendesse abandonar a cidade de refúgio, poderia ser morto em todo o tempo.

- testemunho por duas ou mais pessoas: obrigatoriedade de audição de duas ou mais testemunhas da prática criminosa, (Nm 35:30).

A pena de morte era parte integrante da ética do AT e estava amplamente assente na doutrina de Gn 9:6:

"*Se alguém derramar o sangue do homem, pelo homem se derramará o seu; porque Deus fez o homem segundo a sua imagem*".

Na tradição judaico-cristã, o sangue tem uma importância extrema, pois que representa, a vida[1069]. Para *YAHWEH*, o sangue simboliza a vida, pelo que não pode ser levianamente tratado; apenas ao Criador incumbe a tarefa de comandar a vida e a morte humanas.

### 25.4.3. A PENA DE MORTE

A Lei previa a aplicação de uma punição capital por apedrejamento mediante a prova da prática de vários crimes:

- violação do mandamento sobre a guarda do sábado (Nm 15:32-6);

- violação da proibição de adoração a outros deuses, onde se inclui o crime de infanticídio, pela morte de crianças como oferta ao deus MOLOQUE (Lv 20:2-8);

- prática de ocultismo e feitiçaria (Lv 20:6; Dt 17:1-7);

- blasfémia contra *YAHWEH* (Lv 24:15-6);

- violação do mandamento sobre a honra ao pai e mãe, isto é, desobediência contumaz dos filhos (Lv 20:9);

- prática de adultério (Lv 20:10);

- crime de incesto (Lv 20:11);

- outras práticas sexuais homossexuais e entre familiares (Lv 20:12,21);

- crime de violação (Dt 22:25);

[1069] Sobre este simbolismo, ALVES PRATAS, "As Testemunhas", pp. 166 ss.

- profecia falsa (Dt 13:1-5)

Além do apedrejamento, a Lei previa ainda a pena capital:

- através da espada, por prática de homicídio (Nm 35:19,21), idolatria (Dt 13:15) e apostasia (Êx 32:27);

- na fogueira, em caso de incesto com uma mulher e a sua mãe (Lv 20:14) e fornicação com a filha de um sacerdote (Lv 21:9).

Relativamente à vingança de sangue e à pena de morte, de acordo com o sistema penal português, tais penas carecem de positivação jurídica, sendo, atualmente, "direito injusto". Deve, por isso, recusar-se a ideia da retribuição como medida da pena, por se revelar desajustada à legitimação, à fundamentação e ao próprio sentido da intervenção penal. Portugal enquanto Estado de Direito democrático e laico não pode, no cumprimento das suas funções, atribuir penas fundadas na expiação de pecados, devendo antes ter a preocupação de proteção dos bens jurídicos e de prevenção criminal. Não pode, portanto, aplicar penas conscientemente dissociadas dos seus fins[1070].

Em Portugal, a pena de morte foi executada, de forma derradeira, em 1834, pela prática de um crime político, e em 1846, por um delito comum. Em 1852 foi abolida para crimes políticos e, por lei de 1 de julho de 1867, Portugal aboliu a pena de morte para todos os crimes comuns. Em 1870, a medida aprovada entrou em vigor em todo o Império português. A Constituição de 1911, aboliu igualmente a pena capital para crimes militares, vindo a consagrá-la, através da revisão constitucional de 31 de agosto de 1916, para crimes de alta traição em cenário de guerra, no decorrer da I Grande Guerra. Em 1976, a CRP consagrou a abolição da pena de morte relativa a todos os crimes.

### 25.5. A PROPORCIONALIDADE NA LEI DE TALIÃO E NA CONSTITUIÇÃO

O Decálogo, bem como o restante corpo civil, revela um desejo pela valorização do equilíbrio normativo, pela busca de um Direito *bom* e justo. A ideia de ponderação e proporção está, assim, presente desde os primórdios da formulação do DH, balançando equitativamente entre o fim pretendido e o meio aplicado para o atingir. Refiro-me, pois, ao princípio da proporcionalidade, presente na formulação valorativa da LT.

[1070] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 48.

Este pilar mosaico demarcou a sociedade hebraica de outras que a antecederam ou sucederam, em grande parte por não preverem no seu corpo penal uma proporcionalidade na medida das penas e na reparação de danos causados a outrem.

Uma tradução literal da LT aponta para a expressão "*olho por olho, dente por dente*", presente nos seguintes textos da *Torah*:

> "*Mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe*" (Êx 21:23-5).

> "*Se alguém causar defeito em seu próximo, como ele fez, assim lhe será feito: fratura por fratura, olho por olho, dente por dente; como ele tiver desfigurado a algum homem, assim se lhe fará. Quem matar um animal restituirá outro; quem matar um homem será morto*" Lv 24:19-21).

A aplicação literal destes vv. resultava em manifestas penas excessivas e cruéis. Entendeu-se, então, no decorrer do tempo, que tais preceitos jurídicos não deveriam ser observados através de uma interpretação literal, mas de uma analogia verbal do princípio incorporado pela norma: o dever de indemnização proporcional ao dano causado. O *Talmud* veio clarificar o conteúdo legal, provando que para o Judaísmo não se cogita verdadeiro que uma sentença decrete a perda da vida ou de um membro do corpo como pena, antes devendo a pena ser proporcional ao dano causado ao lesado[1071].

Assim, a lógica do preceito não jazia na sua literalidade, antes na proporcionalidade do dano e da correta forma de restituição por este: entendia-se, portanto, que o cálculo adequado e proporcional seria o de restituir ao lesado o *status* que tinha antes da lesão, devendo ser ressarcido como forma compensatória pelo dano material, moral ou físico[1072].

A LT enunciada na *Torah* foi, assim, sendo substituída por uma noção de indemnização pelo dano[1073], com semelhanças notórias com o atual regime de

---

[1071] TALMUD. Tratado *Bava Kamma*, 83b.

[1072] Dano como a "supressão ou diminuição de uma situação favorável, reconhecida ou protegida pelo direito" (MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, p. 511).

[1073] O crime de homicídio continuou a prever a pena capital, não se aceitando a substituição por indemnização pecuniária. Cf. Nm 35:31.

responsabilidade extracontratual em vigência no ordenamento jurídico português[1074], apresentando cinco subcategorias do dever de indemnização por danos patrimoniais, ou não patrimoniais, onde enquadramos o dano moral e o dano físico, a saber[1075]:

> *i) nezek*, a compensação pecuniária pelo dano físico, uma indemnização de cálculo variável que refletia o valor do membro danificado ou perdido e a importância deste na ocupação ou profissão do lesado;
>
> *ii) tzaar*, a compensação indemnizatória pelos danos não patrimoniais associados à dor. Este instituto encontra acolhimento no ordenamento português, em especial no art. 496.º, n.º 1, CC, na parte em que se refere aos danos que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do Direito, aferindo-se da gravidade do dano por critérios objetivos, ainda que se tenham em consideração as circunstâncias do caso concreto, afastando-se elementos de sensibilidade agravada[1076];
>
> *iii) shevet*, a reparação por perdas e danos materiais (um tipo de *danos emergentes*, nos termos do art. 564.º, n.º 1, CC). Ao lesado não se garantia o seu salário integral, apenas o salário que poderia auferir na sua condição de trabalhador temporaria ou permanentemente incapacitado, cabendo o restante da indemnização no *nezek*;
>
> *iv) riput*, os lucros cessantes (nos termos do art. 564.º, n.º 1, CC): de acordo com Êx 21:18-9, que determinava que, num confronto físico, "se dois brigarem, ferindo um ao outro com pedra ou com o punho, e o ferido não morrer, mas cair de cama e ele tornar a levantar-se e andar fora, apoiado ao seu bordão, então, será absolvido aquele que o feriu; somente lhe pagará o tempo que perdeu e o fará curar-se totalmente". O *riput* previa o pagamento de gastos com o tratamento do lesado até à sua recuperação total[1077];
>
> v) *boshet*, a indemnização por danos não patrimoniais pela vergonha pública ou humilhação sofrida pelo lesado (danos morais). Na LM havia um

[1074] Há lugar a responsabilidade civil extracontratual quando se verifica um determinado comportamento ilícito capaz de lesar interesses de terceiros. A "ordem jurídica coloca como pressuposto da obrigação de reparar um dano causado a outrem a exigência da verificação de um facto ilícito e a possibilidade de afirmação de um nexo de imputação subjetivo do facto ao agente" (SINDE MONTEIRO, "Responsabilidade Civil", p. 317).
[1075] Cf. WEISSMAN, *El Midrash*, p. 192 ss.
[1076] Sobre a valorização da dor como medida da indemnização, veja-se o STJ, proc. n.º 080067, de 26-06-1991 (RICARDO DA VELHA).
[1077] TALMUD. Tratado *Bava Kamma*, 85b.

especial cuidado pela honra e dignidade da pessoa, pelo que o legislador decidiu anexar aos restantes tipos de ressarcimento a indemnização por danos morais associados a episódios de vergonha ou humilhação pública. Face à subjetividade do assunto, não existia um parâmetro fixo de regulação do valor indemnizatório, dependendo sempre do caso concreto[1078].

Na CRP, a disposição do princípio da proporcionalidade é estabelecida através de uma limitação material interna dos atos jurídico-públicos de carácter discricionário, balizando possíveis concretizações excessivas por parte do poder estatal em relação aos cidadãos.

Inicialmente, o princípio da proporcionalidade surgiu como uma bússola das atuações excessivas do Estado face à esfera jurídica dos cidadãos, proporcionando um esboço regulador do cumprimento de determinados requisitos e desenvolvendo-se, em especial, no ramo do Direito Administrativo de Polícia, rapidamente se alargando a outras esferas da Administração Pública[1079]. Com efeito, tornou-se notória a necessidade, inata ao bom funcionamento de um Estado de Direito, de reconhecimento e aplicação do princípio da proporcionalidade, o "mandamento da proibição do excesso" (*Übermaßverbot*), expresso nos art. 18.º e 19.º.

Como princípio de interpretação, o princípio da proporcionalidade tornou-se, assim, numa diretriz que orienta o aplicador do Direito, auxiliando na correta interpretação e aplicação das normas constitucionais, com uma única finalidade: salvaguardar os direitos fundamentais num momento concreto em que se decide da constitucionalidade de uma situação jurídica.

A proporcionalidade de um resultado jurídico requer uma ponderação entre os meios que tais resultados oferecem e os fins a percorrer para a sua obtenção, que vai além da simples proibição de ações estatais abusivas, desdobrando-se em subprincípios que, em conjunto, compõem o seu conceito genérico[1080]:

---

[1078] Este entendimento encontra-se igualmente espelhado na jurisprudência portuguesa. Veja-se o STJ, proc. n.º 1054/06.6TBALM.L1.S1, de 04-05-2010 (URBANO DIAS), que considera "o facto de o R., em plena Escola onde a A. trabalha, a ter apelidado, perante outrem, de "mentirosa", "bandalho", "aberração para o ensino", "incompetente", causando-lhe, como consequência direta e necessária graves perturbações físicas e psíquicas, é motivo de sobra para legitimar a condenação daquele, por ofensa à honra desta, no pagamento da peticionada indemnização por danos não patrimoniais".

[1079] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. II, p. 826.

[1080] De acordo com CANAS, *O princípio da proibição*, pp. 1266 ss.

- *princípio da adequação*, que afere a conexão de idoneidade existente entre o ato jurídico que se intende aprovar e o fim que este propõe alcançar: será adequado o ato estruturalmente apto à consecução do fim que lhe foi normativamente reservado;

- *princípio da necessidade*, que avalia o ato que se julga adequado, impondo sobre ele um juízo sobre o seu carácter de indispensabilidade face ao resultado pretendido: será necessário o ato se não existir outro, quanto à sua lesividade, menos gravoso[1081];

- *princípio da proporcionalidade stricto sensu*, que determina que se conceba uma conexão entre o fim a alcançar através de determinada norma e o meio utilizado, o qual não deve violar o princípio da dignidade humana[1082]: será proporcional o ato jurídico adequado e necessário, que se apresente equilibrado "em acordância com uma avaliação entre os custos a suportar e os benefícios a atingir"[1083].

Por fim, ainda sobre matéria constitucional de interesse penal, releva referir que a *Torah* previa em Dt 24:16 uma proibição de desproporcionalidade de substituição penal:

"*Os pais não serão mortos em lugar dos filhos, nem os filhos, em lugar dos pais; cada qual será morto pelo seu pecado*".

A LM veda a possibilidade de substituição penal por aplicação da sanção a um familiar do infrator, comum entre os povos da Antiguidade, onde o homicida e os familiares poderiam ser sentenciados à morte. Esta Lei parece, deste modo, ter revertido esta possibilidade, ao decretar o que hoje se conhece como *princípio da pessoalidade e intransmissibilidade da responsabilidade criminal*, previsto no art. 30.º, n.º 3[1084].

A *ratio* do vertente art. ocupa-se dos limites das sanções penais, referindo-se o n.º 3, em concreto, a um conjunto de dois limites materiais da substituição ou transmissão:

---

[1081] Sobre a destrinça entre a adequação e a necessidade, releva a posição do Tribunal Constitucional alemão: "O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se promove o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz" (*BverfGE*, n.º 30, 1971, p. 316).

[1082] AAVV, *Perspetivas constitucionais.* I, p. 259.

[1083] BACELAR GOUVEIA, *Manual*. II, p. 828.

[1084] De acordo com MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 683, observando a História, deparamo-nos com a indiferença deste princípio em especial até à Monarquia Absoluta.

- o primeiro, que determina a impossibilidade de substituição penal voluntária ou legal por terceiro no cumprimento ou na execução de uma pena;

- o segundo, que obriga à extinção da pena no momento do falecimento do condenado, não sendo, por isso, transmissível a possíveis herdeiros.

### 25.6. A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL

Conforme a doutrina penal (maioritária) e a jurisprudência nacional, o Direito Penal tem na CRP a sua fonte de legitimação material[1085], sobre a qual se funda o "critério regulador da atividade punitiva do Estado"[1086]. Quer isto dizer que na é na CRP que se "funda a exigência de que a função do Direito Penal seja somente uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos e ainda que a densificação do conteúdo dos bens jurídico-penais tenha como referente a ordem axiológico-constitucional dos bens jurídicos"[1087], bens jurídicos esses devidamente identificados no quadro constitucional.

Este é o entendimento retirado do art. 18.º, n.º 2 que, sustenta a submissão do Direito Penal à disposição constitucional dos bens jurídicos. O Direito Penal carece de uma legitimação material que apenas a CRP pode garantir, tendo em conta a limitação de direitos, liberdades e garantias adstrita a uma medida penal aplicável perante um comportamento desviante enquadrado num tipo de crime. Em razão de, no supramencionado preceito, a CRP determinar essa limitação de modo a *salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*, "daqui resulta uma influência decisiva para a determinação dos bens jurídicos [direitos ou interesses constitucionalmente protegidos] que o Direito Penal pode legitimamente tutelar"[1088].

A CRP impõe, assim, limites ao Direito Penal, que passam não só pelas suas fontes, mas também pelos seus fins.

No que concerne às fontes, dispõe a CRP, no art. 29.º, n.ºs 1 e 3, sobre o princípio da legalidade penal[1089], cuja fundamentalidade jurídico-constitucional e jurídico-penal

[1085] BRANDÃO, "Bem jurídico", p. 239.
[1086] FIGUEIREDO DIAS, "Para uma dogmática", p. 11.
[1087] BRANDÃO, "Bem jurídico", p. 240.
[1088] *Ibid*, p. 240.
[1089] CASTANHEIRA NEVES, "O princípio da legalidade", pp. 307 ss; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, pp. 177 ss.

assenta na proteção da dignidade humana face a uma ação arbitrária e inconstitucional do poder estatal: "é que, mesmo num Estado de Direito, os órgãos de soberania, nomeadamente o legislador e o poder executivo, não estão imunes à tentação de utilizar o "direito de punir" em função dos seus objetivos políticos"[1090].

O princípio da legalidade, ao impedir o poder arbitrário do Estado, sustenta a liberdade e a dignidade humanas, protegendo os cidadãos de possíveis abusos no exercício do poder penal. De acordo com a sua positivação constitucional, garante-se:

- a *lex praevia (nullum crimen nulla poena sine lege praevia)*: a não existência de um crime sem que a lei anteriormente o defina, devendo a norma incriminadora que tipifica a conduta incriminada ser anterior aos factos que se pretendem sancionar;

- a vedação à *novatio legis in pejus (novatio legis in mellius)*, isto é, a lei penal apenas abrange factos posteriores à sua entrada em vigência;

- a *lex scripta (nullum crimen nulla poena sine lege scripta)*, que obriga à positivação (escrita) das normas penais, de elaboração ou agravamento. Deste modo, afasta-se a criminalização pelo costume e institui-se a lei como a única fonte de Direito Penal;

- a *lex certa (nullum crimen nulla poena sine lege certa)*, que proíbe a lei penal genérica, indeterminada ou vaga. É fundamental que o legislador concretize com clareza e precisão o facto criminoso e os elementos que o compõem, para que não se torne confundível com outro tipo de crime;

- a *lex stricta (nullum crimen nulla poena sine lege scricta)*, que interdita a elaboração de penas por analogia.

Face à possibilidade de um excesso de atuação estatal, deve assim submeter-se o processo penal ao rigoroso crivo do princípio da legalidade, cuja fundamentação se resume a que não possa existir crime ou pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa.

Ainda no que às fontes concerne, releva referir que o princípio da legalidade assume a exigência de uma lei formal: da leitura conjunta dos art. 29.º n.ºs 1 e 3 e 165.º,

[1090] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 669.

n.º 1, al. c), apenas uma lei da AR, salvo autorização ao Governo, pode definir o regime legal dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos. Destes art. resulta a reserva de lei que veda as normas penais em branco, assim como as consequências que delas advém: a *analogia legis*, isto é, a "analogia como aplicação de uma regra jurídica a um caso concreto não regulado pela lei através de um argumento de semelhança substancial"[1091] (art. 1.º, n.º 3, CP), a criminalização normativa por regulamento, a chamada reserva de controlo[1092]. Impõe, por fim, a reserva de lei, que a lei penal figure sempre o ato ilícito como lesão de um bem jurídico, baseado em normas de valoração, e não como mero ato de desobediência, fundamentado em normas de dever (reserva de segurança)[1093].

No que toca aos fins do Direito Penal, a CRP proíbe que este tutele valores estritamente morais (ou religiosos), atendendo à pluralidade de pensamento que caracteriza um Estado de Direito democrático, que não pode deixar-se dominar por determinados valores maioritários em detrimento dos minoritários[1094]. Ao Estado de Direito democrático incumbe um poder punitivo com vista à proteção dos bens jurídicos, "definidos pela sua substancialidade valorativa e pela sua existência interindividual"[1095]. Quer isto dizer que o Direito Penal deve observar a dignidade da pena sobre a conduta que prevê no seu elenco, atentando à essencialidade do bem jurídico lesado ou colocado em perigo e ao desvalor ético da conduta criminalizada[1096].

A legitimidade de punição por parte do poder estatal faz-se necessária, partindo-se sempre do pressuposto de que inexiste um outro meio alternativo de resposta à eficaz proteção do bem jurídico lesado ou colocado em perigo, para efeitos do art. 18.º, n.º 2, onde se consagra o princípio da necessidade. Esta legitimidade tem fundamento em duas correntes de pensamento que, sendo díspares, complementam-se na presença de um Estado de Direito.

A primeira defende que a legitimidade do poder punitivo advém da necessidade de realização dos fins do próprio Estado, em respeito pelo princípio democrático: a

---

[1091] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 187.
[1092] Sobre a reserva de controlo, SINISCALCO, "Ratio di 'certeza'", pp. 903 ss.
[1093] AAVV, *Perspetivas constitucionais*. II, p. 230.
[1094] ROXIN, *Strafrecht*, pp. 16 ss.
[1095] AAVV, *Perspetivas constitucionais.* II, p. 231.
[1096] FARIA COSTA, *Noções fundamentais*, p. 13: "Hoje é uma realidade indesmentível que a função primeira do Direito Penal é a de defender ou proteger bens jurídicos que tenham dignidade penal".

própria natureza democrática do Estado português, formalmente invocada no preâmbulo e primeiros preceitos constitucionais[1097], determina a obtenção de fins coletivos, em nome da democracia. A segunda arroga que essa legitimidade advém da carência de garantia de realização da liberdade individual de cada cidadão, invocando, assim, o liberalismo político. Se, na primeira posição há "instrumentalidade do poder (também do poder punitivo) à realização de objetivos sociais", na segunda há "instrumentalidade do poder à proteção da individualidade de cada um"[1098]. Ainda assim, seguindo o pensamento de PALMA, entendo que existe uma certa complementaridade entre as duas correntes, pois que a CRP acolhe no seu seio, como fim preponderante, a máxima realização das liberdades individuais de cada cidadão com a menor restrição de liberdade possível, "utilizando a perspetiva comunitária para atingir o bem último do liberalismo político e tornando [como] fim coletivo a promoção da autonomia de cada membro da sociedade"[1099].

Em jeito de resumo comparativo, o CP, no seu corpo normativo[1100], dedica um acervo especial aos crimes contra a vida humana e intrauterina, objetivando com detalhe a proteção da vida e o tipo e forma de crime: homicídio, homicídio a pedido da vítima, infanticídio, exposição ou abandono e aborto. A LM proíbe com grande expressão o homicídio, não discernindo entre o tipo de crime. A motivação em sede moral (Decálogo) é uma – a proteção da vida humana, que considera inviolável; em sede civil pretende punir o infrator, através de uma medida proporcional, com vista ao restabelecimento da paz e segurança[1101]; em sede religiosa pretende responsabilizar o pecador pela sua ação, levando-o ao arrependimento[1102].

[1097] §§ 2 e 4; arts. 1.º, 2.º e 3.º, n.º 1.
[1098] AAVV, *Perspetivas constitucionais.* II, p. 229.
[1099] *Ibid*.
[1100] Arts. 131.º a 142.º.
[1101] Êx 21:12
[1102] Ap 21:8.

## § 26.º DA PROIBIÇÃO DO ADULTÉRIO E DA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

### 26.1. "NÃO ADULTERARÁS"

Quer no AT, quer no NT, pela importância que a família tem para DEUS, o adultério nunca foi por Ele aceite[1103]. A fim de preservar a santidade do lar e honrar a família que o constitui, o adultério sempre foi visto como um grave crime de contaminação ou uma união abominável, de acordo com Lv 18:20: "*Nem te deitarás com a mulher de teu próximo para cópula, para te contaminares com ela*". Tal gravidade criminal acarretava a aplicação de pena de morte, por lapidação, facto revelador de que "que as sociedades antigas encaravam o adultério não meramente como um ato privado errado, mas que ameaçava o arcabouço do lar e da sociedade"[1104].

Os hebreus da Antiguidade não entendiam a família como entendemos hodiernamente, mas como um conceito de lar que incluía não só os parentes de sangue, mas também os servos. Eram, pois, um grupo de pessoas composto pelos pais, filhos ou filhas, servos ou servas, que habitavam na mesma residência, através de uma economia comum, para a qual contribuíam um ou mais membros.

A família, instituição fundamental em qualquer sociedade, de acordo com a visão judaica, assente nas leis naturais, apresenta quatro funções ainda hoje aplicáveis. A saber:

1. *Relações sexuais.* É da vontade de DEUS que o homem e a mulher consintam em ter relações sexuais em contexto de compromisso eterno. Na sociedade judaica, as relações deveriam ocorrer dentro do seio familiar, de forma a proteger a unidade do casal e a combater possíveis situações de adultério ou outros crimes sexuais proibidos.

2. *Natalidade.* A reprodução entre o casal é outra função da família, de forma a dar cumprimento ao decreto de Deus em Gn 1:28: "*E Deus os abençoou e Deus lhes disse: Frutificai, e multiplicai-vos, e enchei a terra*".

[1103] AAVV, *Dicionário*, pp. 22-3.
[1104] CHAMPLIN, *Enciclopédia*. I, p. 66.

3. *Motivos económicos.* A sobrevivência familiar depende da unidade da mesma. Um sustentador que aufira melhor salário pode prover o sustento de uma família grande, ajudando outros (familiares ou amigos) que necessitem.

4. *Afeto.* O amor e apoio entre familiares era, e continua a ser, o grande pilar das famílias que sustenta as mesmas nos períodos de maior adversidade.

A figura do casamento bíblico é bastante díspar da que se conhece atualmente nas sociedades ocidentais. De facto, os costumes ocidentais no que ao casamento dizem respeito derivam da Roma Antiga, e não de Israel. *E.g.*, a troca de alianças e a realização do casamento num local público, com troca de promessas, são costumes romanos, e não judaicos.

Na Tradição judaica, a escolha dos nubentes pertencia aos pais, escolha essa sempre feita dentro dos próprios clãs ou tribos. Ex. disto é o caso de ISAAC e REBECA[1105]. Quando ISAAC tinha quarenta anos, ABRAÃO, seu pai, incumbiu um servo de confiança para encontrar uma moça da parentela de ABRAÃO para casar com ISAAC. O servo viajou até à cidade de NAOR, irmão de ABRAÃO, com dez camelos carregados de bens para oferecer aos pais da futura noiva. Escolhida a noiva, de acordo com os decretos divinos[1106], voltou o servo com REBECA de forma a contrair matrimónio com ISAAC. À semelhança do seu pai, também Isaac instruiu o seu filho JACÓ a procurar uma mulher entre "*as filhas de Labão, irmão de tua mãe*", de acordo com Gn 28:1-2.

O contrato de casamento (ou noivado) era tão formal como era o próprio casamento[1107]. Na concordância das famílias em relação ao casamento, o casal era considerado casado mediante o acordo assinado entre o noivo, o seu pai e o pai da noiva.

No dia do casamento, o noivo e os seus amigos iam até à casa da noiva, conforme o combinado previamente. A noiva deveria sair com as suas amigas ao encontro do noivo, que as levava até à sua casa, em jeito de procissão[1108]. A oficialização era feita com o tomar de um cálice que selava a aliança de casamento e simbolizava a alegria de uma nova vida, a dois, "*tornando-se os dois uma só carne*"[1109]. O casamento, que poderia

[1105] Gn 24.
[1106] Gn 24:50
[1107] Reconhecido ex. é o de JOSÉ e MARIA (Mt 1:18-9).
[1108] Ct 3:6-5:1; Mt 25:1-13.
[1109] Gn 2:24.

durar até sete dias[1110], era oficialmente consumado na *chuppah*, uma espécie de tenda de casamento, de acordo com Jl 2:16.

De acordo com a conceção judaico-cristã, o pecado existente no Homem e na mulher dificulta o cumprimento do compromisso do casamento, pelo que a prática do adultério, da prostituição ou da poligamia, que, ainda que permitida, era fonte de dor e invejas entre as mulheres[1111], eram vistas como abominação aos olhos de DEUS, porquanto eram inimigas da família idealizada por DEUS.

O mandamento "*não adulterarás*" está espelhado ao longo de vários vv. bíblicos que importam invocar de momento:

> "*Se um homem adulterar com a mulher do seu próximo, será morto o adúltero e a adúltera*" (Lv 20:10)[1112].

Segundo o AT, comete adultério o Homem que interfira num casamento pré-existente ao ato ilícito ou o homem que tenha relações sexuais com uma mulher comprometida ou casada com outro homem. Perante a inexistência de provas contra a mulher alegadamente adúltera, recorria-se à aplicação de ordálios: deveria o sacerdote juntar o pó do soalho a uma vasilha com água santa, a qual a mulher tinha de ingerir. Na eventualidade de, após a ingestão do preparado, as suas coxas descaírem ou o seu ventre inchar, a mulher era declarada culpada do crime de adultério, de acordo com Nm 5:16-31[1113].

> "*Se alguém seduzir qualquer virgem que não estava desposada e se deitar com ela, pagará seu dote e a tomará por mulher. Se o pai dela definitivamente recusar dar-lha, pagará ele em dinheiro conforme o dote das virgens*" (Êx 22:16-7).

Nos casos em que o homem tenha ou mantenha relações sexuais com uma mulher solteira e não comprometida com outro homem, não se considera que tal ato consista em

---

[1110] Jo 2:1-12.

[1111] O caso de SARA e AGAR ilustram esta afirmação. Por não confiar na promessa de DEUS, SARA acelerou o processo de espera e incitou ABRAÃO a ter relações sexuais com AGAR, serva de SARA. No cumprimento do mandamento da sua senhora, Agar consentiu em ter relações, tendo engravidado e dado à luz a Ismael. Não obstante a infidelidade de ABRAÃO e SARA, Deus cumpriu a promessa, tendo SARA dado à luz a um filho de ABRAÃO: ISAAC. Os meninos cresceram juntos mas o ódio entre as duas mulheres culminou na expulsão de AGAR e de ISAAC das terras de ABRAÃO.

[1112] Ver também Dt 22:22.

[1113] COLEMAN, *Manual dos Tempos*, pp. 118 ss.

crime de adultério pois poderia entender-se o mesmo com uma eventual promessa de casamento, haja visto que a poligamia e o concubinato eram permitidos aos homens[1114]. Este preceito aplicava-se aos homens casados ou solteiros, a quem era permitido o pagamento do dote como escusa do casamento, na hipótese de a mulher estar comprometida.

### 26.2. O ADULTÉRIO: ONTEM E HOJE

A proibição do adultério na LM visava o respeito pelo casamento e pela família, valor constitucionalmente consagrado no art. 36.º. O fim do mandamento e do art. é o mesmo; o método não.

Em Israel, a prática do adultério era entendida como uma forte ameaça à integridade moral da pessoa, colocando em causa a própria Nação, vista por DEUS como uma Nação santa. A repugnância moral por esta prática era tal que *YAHWEH* não apenas a proibiu por atos, mas também por pensamentos de cobiça, segundo Êx 20:17.

Na análise do mandamento observei que na cultura hebraica (e um pouco por toda a cultura da Antiguidade), o adultério era considerado um crime grave. Tratando-se de uma prática cometida por uma mulher casada, era punida com pena capital, atendendo à sociedade patriarcal de então, onde a mulher tinha um papel bem reduzido.

Atualmente, nas sociedades ocidentais, o adultério, ainda que moralmente reprovável, não constitui crime. Com efeito, no NT, de acordo com as palavras de Jesus, já se antevia que tal prática não devia consubstanciar-se numa ilicitude criminal, apenas num pecado contra DEUS. Conforme Mt 5:31-2, entende-se que JESUS separou os efeitos civis e morais do adultério, atendo-se somente a estes últimos. A sua preocupação foi sempre com o pecado e o inerente afastamento de DEUS, nunca a condenação por ato criminal. É por isto que, perante o cenário de iminente lapidação "da mulher adúltera", JESUS intervém e torna um julgamento civil num julgamento moral[1115]. Acredito que a separação entre a *Moral e o Direito*, no que concerne ao adultério, foi positivamente executada por JESUS naquele episódio o que, certamente, terá influenciado o pensamento ocidental mais recente sobre esta prática. A descriminalização do adultério, com base nas

[1114] Já a poliandria nunca foi reconhecida entre os judeus.
[1115] Jo 8:1-11.

palavras de JESUS, foi desmerecedora de debate e aplicação durante séc. No caso português, o adultério foi descriminalizado em 1982. Recorde-se que o CP de 1886 consagrava nos art. 401.º a 404.º o regime penal sobre a prática do adultério, no qual se previa a punição em razão do sexo: à mulher adúltera era aplicada uma pena de prisão de dois a oito anos ou, em alternativa, um degredo temporário, e ao homem adúltero, uma pena de multa de três meses a três anos[1116]. No art. 372.º previa-se ainda uma atenuação penal para crimes de homicídio em caso de adultério por um dos cônjuges[1117].

Na doutrina portuguesa esta destrinça entre aspetos morais (ou religiosos) segue a posição de JESUS, uma posição que afasta o domínio moral ou religioso do domínio jurídico-penal. CORREIA afirma que o Direito Penal constitui um "conjunto de normas autónomas que impõe sanções e ao mesmo tempo proíbem ou impõem condutas, em vista da proteção de certos e determinados valores jurídicos: os valores jurídico-criminais"[1118], afastando a tutela penal de outros valores que não os jurídicos. FIGUEIREDO DIAS considera que a função do Direito Penal não consiste em tutelar a virtude ou a moral, sendo, por isso, de desconsiderar uma proteção penal de valores morais, tantas vezes associados a princípios religiosos que determinam a pecaminosidade do ato[1119]. COSTA ANDRADE reitera esta posição, asseverando que o Direito Penal está apenas "legitimado a servir valores ou metas imanentes ao sistema social e não fins transcendentes de índole

[1116] Na jurisprudência portuguesa, destaco o STJ, proc. n.º 035906, de 04-06-1980 (ARELO MANSO), uma decisão que, no findar do séc. XX, aponta o adultério como ilícito criminal: " Quando um cônjuge tem relações sexuais com outra pessoa que não seja o seu cônjuge, não é fiel e, violando esse dever, comete o adultério, que constitui a mais grave das formas de violação do dever reciproco de fidelidade que vincula os cônjuges. O adultério é considerado ainda em certas condições, em face da nossa lei, um facto ilícito criminal, punido nos termos dos artigos 401.º e 404.º, CP, com as modificações introduzidas pelo art. 61.º da Lei do Divórcio. Não se ignora que o adultério tem perdido a sua dignidade criminal, deixando de ser considerado infração criminal e, como tal, sancionado. E isso aconteceria entre nós se o projeto do CP passasse a ser lei, sem alterações. Por enquanto, o adultério ainda é, em certas condições, ilícito penal da nossa lei".

[1117] Sobre esta norma, relembro a sua recente (e surreal!) invocação no TRP, proc. n.º 355/15.2 GAFLG.P1, de 11-10-2017 (NETO DE MOURA), sobre a qual o relator assenta a sua fundamentação: "Ora, o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem. Sociedades existem em que a mulher adúltera é alvo de lapidação até à morte. Na Bíblia, podemos ler que a mulher adúltera deve ser punida com a morte. Ainda não foi há muito tempo que a lei penal (CP de 1886, art. 372.º) punia com uma pena pouco mais que simbólica o homem que, achando sua mulher em adultério, nesse ato a matasse. Com estas referências pretende-se, apenas, acentuar que o adultério da mulher é uma conduta que a sociedade sempre condenou e condena fortemente (e são as mulheres honestas as primeiras a estigmatizar as adúlteras) e por isso vê com alguma compreensão a violência exercida pelo homem traído, vexado e humilhado pela mulher. Foi a deslealdade e a imoralidade sexual da assistente que fez o arguido X cair em profunda depressão e foi nesse estado depressivo e toldado pela revolta que praticou o ato de agressão, como bem se considerou na sentença recorrida)".

[1118] CORREIA, *Direito Criminal*, p. 12.

[1119] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 112.

religiosa, metafísica, moralista ou ideológica"[1120]. Cumpre ao Direito Penal uma tutela racional e, portanto, não moral ou religiosa, dos bens ou valores jurídicos constitucionalmente consagrados e, por isso, reconhecidos juridicamente como valiosos[1121].

### 26.3. AS RAÍZES MOSAICAS DO CASAMENTO

A conceção do casamento como a união entre um homem e uma mulher constitui um dos pilares da civilização ocidental. Ainda que a instituição do casamento heterossexual e monogâmico tenha especial destaque nas sociedades com raízes judaico-cristãs, não se pode afirmar que detém *direitos exclusivos* sobre esta conceção de casamentos[1122], pois que outras civilizações antigas inseriram no corpo seu religioso e/ou legislativo, o casamento como uma união heterossexual e monogâmica[1123]. Pense-se, por ex., no Egito, onde o casamento era maioritariamente monogâmico e heterossexual[1124], ou na Grécia Antiga, onde a noção de um *bom casamento* era subjacente à ideia de heterossexualidade e monogamia[1125].

A raiz judaico-cristã do casamento surge nos cap. iniciais de Gn, no momento em que DEUS criou "*o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; macho e fêmea o criou*"[1126], decretando que "*portanto, deixará o homem o seu pai e a sua mãe e apegar-se-á à sua mulher, e serão ambos uma só carne*"[1127]. No NT, JESUS confirma a referida conceção de casamento (indissolúvel) no momento da Criação: "*Então, respondeu ele: Não tendes lido que o Criador, desde o princípio, os fez homem e mulher e que disse: Por esta causa deixará o homem pai e mãe e se unirá a sua mulher, tornando-se os dois uma só carne? De modo que já não são mais dois, porém uma só carne. Portanto, o que Deus ajuntou não o separe o homem*"[1128].

---

[1120] COSTA ANDRADE, "A dignidade penal", p. 178.
[1121] Partilho da noção conceptual de bem jurídico apresentada por FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 114.
1122 MACHADO, "A (in)definição do casamento". *In* AAVV, *Família*, p. 12.
[1123] "Há textos reveladores da existência e da importância do matrimónio muito anteriores àqueles relatos bíblicos" (CID, *A comunhão*, p. 26).
[1124] Cf. CARDOSO, "Algumas visões", p. 103; PALMA, *História*, p. 68.
[1125] FINNIS, "Law", pp. 1055 ss.
[1126] 1:27.
[1127] 2:24.
[1128] Mt 19:4-6.

Esta ideia é também reiterada na sentença de ULPIANO, redigida no *Digesto*, ao apontar o casamento como uma *conjunctio* do Direito Natural, um evento resultante da própria Criação para todos os seres[1129].

Não obstante a clareza dos textos bíblicos mencionados, não se pode olvidar a existência de textos que apontam para a existência de poligamia em Israel. Trata-se de um ato decorrente da desobediência do Homem para com DEUS, e não de uma permissão legal ou moral.

A Bíblia apresenta vários ex. de polígamos ao longo do AT, em especial entre o período dos patriarcas e dos reis de Israel:

- LAMEQUE, casado com ADA e SELA (Gn 4:19);

- ABRAÃO, casado com SARA, uniu-se a AGAR, sua serva, que lhe deu o filho primogénito, ISMAEL (Gn 16:1-4);

- ESAÚ, casado com JUDITE e BASEMAT (Gn 26:34);

- JACÓ, casado com LIA e RAQUEL (Gn 30:1-29);

- GIDEÃO, conhecido por ter setenta filhos, fruto de vários casamentos e de uma concubina (Jz 8:30-31);

- rei DAVI, casado com MICAL, ABIGAIL, AINOÃ, EGLÁ, MAACA, ABITAL, BATE-SEBA (I Sm 18:20-19:11; 25:36-43; II Sm 3:3-5; 12);

- rei ABSALÃO, com dez concubinas (II Sm 15:16);

- rei SALOMÃO, casado com setecentas mulheres, teve trezentas concubinas (I Rs 11:1-3).

Em Dt, MOISÉS debruça-se sobre a questão do concubinato, decretando a máxima sobre o tema:

"*[O homem] tampouco para si multiplicará mulheres, para que o seu coração se não desvie; nem multiplicará muito para si prata ou ouro*" (17:17).

"*Se um homem tiver duas mulheres, uma a quem ama e outra a quem aborrece, e uma e outra lhe derem filhos, e o primogénito for da aborrecida, no*

[1129] 2D,1,1,3: "*Ius naurale est quod natura omnia animália docuit. Nan ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelho, quae in terra, quae in mari nascuntur*".

*dia em que fizer herdar a seus filhos aquilo que possuir, não poderá dar a primogenitura ao filho da amada, preferindo-o ao filho da aborrecida, que é o primogénito*" (21:15-16).

A posição de MOISÉS traz consigo a ideia de que o concubinato não era incentivado, mas legítimo, consistindo numa relação não conjugal dissolúvel[1130] [1131], consentida entre as partes, com fins de procriação[1132]. Desta forma, a poligamia em Israel não era ilícita[1133], permitindo-se ao homem tomar uma ou mais esposas e concubinas. Frequentemente, a ideia do concubinato ou da poligamia era justificada por questões económicas - uma concubina era mais subserviente ao homem e menos dispendiosa do que uma esposa; outras vezes, era justificada por questões de impossibilidade de gravidez.

A continuidade da família, de uma descendência numerosa e a relevância da primogenitura eram fundamentais na tradição judaica, o que explica a existência de poligamia e concubinato em Israel, ainda que contrárias aos mandamentos divinos.

Na era dos profetas a situação começa a ser revertida após clarificação divina da interpretação e aplicação da Lei: os profetas, num apelo à santidade de Israel, passam a

---

[1130] A figura jurídica do divórcio que atualmente se entende não deve ser confundida com o conceito bíblico de divórcio, que aponta para uma ideia de repúdio ou *apostasion*, uma ação de caráter unilateral. Desenvolvidamente, ESPÍRITO SANTO, *A Religião*, p. 85 ss.

[1131] Note-se que JESUS não considera o casamento como dissolúvel, condenando, por isso, o divórcio. Em Mt 19:11 esclarece que no AT o divórcio foi permitido em Israel devido à "*dureza dos corações*", não sendo, por isso, a vontade de DEUS para o Homem. Ainda assim, segundo a doutrina cristã, o divórcio é legitimado perante duas circunstâncias: *i)* prática de adultério por um dos cônjuges (Mt 5:32; 19:9), *ii)* existência de práticas, reiteradas ou não, de maus-tratos físicos ou psíquicos ao cônjuge, conforme o disposto no art. 152.º, CP (Pv 31:8-9; Ml 2:16).

[1132] O peso patriarcal sobre a constituição do casamento era especialmente forte sobre as mulheres, devido à sua obrigação social de contrair matrimónio para fins procriativos. A expressão divina de "*sede fecundos, multiplicai-vos, e enchei a terra*", de Gn 1:28, era a base do matrimónio, que não era visto, entre os judeus, como um direito, antes um dever ao matrimónio, uma obrigação de contrair casamento. A interpretação patriarcal levou a posições extremadas, sendo a mulher, em muitos casos, tida como propriedade, primeiro pelo pai e, após o casamento, pelo marido. Esta situação contrasta com a realidade constitucional atual: o art. 36.º, n.º 1 apresenta uma delimitação negativa que contempla o direito a não casar. Não se pode confundir este direito com possíveis impedimentos legais ao casamento, de acordo com o disposto nos arts. 1600.º a 1602.º, CC. Não se trata de um impedimento, mas uma vontade, livre e esclarecida, de não querer contrair matrimónio (art. 16.º, n.º 2, DUDH; 1617.º e 1619.º, CC). Sobre o direito a não casar, cf. AAVV, *Família*, pp. 275 ss; COELHO; OLIVEIRA, *Curso de Direito*, pp. 55 ss.

[1133] Prática que colide com o ordenamento jurídico português, que prevê, no art. 247.º, CP, uma pena de prisão até dois anos ou pena de multa até duzentos e quarenta dias para a prática de bigamia, não distinguindo o legislador entre o cônjuge que contrai um segundo casamento e o cônjuge que contrai casamento que uma pessoa que tenha já um vínculo matrimonial não dissolvido (veja-se o art. 1601.º, al. c), CC) – ambos são punidos como autores do crime de bigamia, crime de dano que decorre de uma lesão ao bem jurídico da família monogâmica. (AAVV, *Comentário conimbricense.* II, pp. 284 ss).

enaltecer a instituição do casamento monogâmico, muitas vezes comparando-o ao amor de DEUS pelo povo[1134] (Sl 128:3-4; Pv 2:10, 16-7; Ml 2:14-5)

Para o Judaísmo[1135], a conceção do casamento como instituição comissionada por Deus sempre teve especial importância. O *Talmud* dedica uma Ordem[1136] à temática do casamento, divórcio e direitos das mulheres e um Tratado (*Nidah*) sobre questões sexuais. O Cristianismo, abraçando a união heterossexual e monogâmica como fruto da criação, foi inspiração para a atualização das normas de Direito Romano em matéria de casamento, praticamente inexistentes então, e para o Direito Canónico. Com efeito, a história do Cristianismo Primitivo é indivisível da história do Império Romano, não apenas pela sua expansão global possível através do mundo político romano, mas também pela influência religiosa, jurídica e social que teve neste Império[1137].

Para o Direito Romano, o casamento constituía a mais pura comunidade de vida entre o "marido e a mulher, sustentada pela *affectio maritalis*, a intenção e consciência de ambos os cônjuges de que a sua união é o matrimónio"[1138], um vínculo indissolúvel assente em princípios morais, não constituindo um verdadeiro contrato jurídico, antes um facto social.

Com a absorção de princípios judaico-cristãos, o casamento heterossexual monogâmico consagrou-se como o padrão da tradição do Ocidente[1139], representativo da união de *YAHWEH* com Israel e de CRISTO com a Igreja, conforme Ef 5: 21-6. Este é o entendimento da IC, que passou a regular o matrimónio enquanto sacramento através do Direito Canónico.

O casamento tornou-se, assim, um "ato por que se interessam profundamente não só o Estado como também as Igrejas"[1140]. Para a Igreja, o casamento ultrapassa a categoria de contrato e, a sê-lo, é um contrato sobrenatural, um sacramento sujeito à legislação e à jurisdição eclesiásticas, "salvo no que toca aos seus efeitos *mere civiles* (ou seja, às

[1134] Incluem-se neste ponto alguns vv. dos reis DAVI e SALOMÃO, reconhecidos no NT como Profetas.
[1135] Sobre o casamento na cultura judaica, GLASMAN, "Amor", pp. 56 ss.
[1136] TALMUD. Tratados *Ketubot*, *Guitin*, *Sotá*, *Shabat*, entre outras partes dispersas.
[1137] Cf. TEJA, *El cristianismo*, p. 21; BIONDI, *Il diritto*. III, p. 119.
[1138] KASER, *Direito Privado*, p. 317.
[1139] Na jurisprudência americana destaco dois casos do *Supreme Court* que reiteram o entendimento monogâmico do casamento como um padrão da tradição das civilizações ocidentais: *Reynolds v. USA*, 98 U.S. 145 164 165 (1878) e *Davis v. Beacon*, 133 U.S. 333 (1890).
[1140] COELHO; OLIVEIRA, *Curso de Direito*, p. 201.

relações patrimoniais entre os cônjuges)[1141], esses sim da competência de cada Estado"[1142].

Com base neste padrão, a instituição do casamento transitou para o domínio do Direito Civil, submisso a um cunho não só reformista[1143], como também constitucional, procedente das revoluções liberais, sem olvidar a necessária reformulação de um conceito de família e de casamento que acompanhe o avanço civilizacional[1144]. Na esteira desta reconstrução constitucional está o princípio da separação entre o Estado e a Igreja, que permitiu uma conformação civil do casamento[1145].

No séc. XX a ideia de família começou a mudar, em grande parte devido à desestruturação do seu: tornou-se mais informal e afetivo, menos contratual e, por isso, mais instantâneo e frágil. Se até ao passado séc. a familia constituía-se a partir da via do casamento, especialmente religioso, atualmente pode ser outras vias, como a do casamento civil, independentemente do sexo dos nubentes, ou a da união de facto. O presente séc. continua a tentar dar resposta a uma sociedade em contínua mudança, cabendo ao Direito a consagração de novos direitos que protejam os seus cidadãos, no respeito pela dignidade humana e autonomia da vontade: direito de escolha da celebração do matrimónio, com base no princípio da liberdade de religião, e direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob a alçada do princípio da igualdade não discriminação em razão do sexo ou orientação sexual.

A orientação sexual dos nubentes constitui para muitos a grande destrinça entre o casamento hebraico e o casamento em Portugal na atualidade. O casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade recente no país, devendo a sua legalização à Lei n.º 9/2010, de 31 de maio[1146]. A entrada em vigor desta alterou o elenco do art. 1577.º, CC, passando a definir o casamento como um "contrato celebrado entre duas pessoas

[1141] Cân. 1055 e 1059, CCan.
[1142] *Ibid,* p. 201-2.
[1143] LUTERO contestou o casamento como sacramento, considerando-o uma coisa terrena e mundana. A sua doutrina levou a que o casamento civil fosse reconhecido em 1580 nos Países Baixos e em 1653, em Inglaterra.
[1144] A CRP, assim como a legislação civil concernente ao casamento, por respeito à dignidade humana e à reserva da vida íntima, não aborda os requisitos emocionais para o casamento. Pressupõe-se que a base seja o amor entre os cônjuges, mas não se refere à questão por extravasar a sua competência. Existe apenas a preocupação formal, que remete para o CC. Sobre o casamento e a relevância do amor para a constituição da família, LEITE DE CAMPOS, "Eu-tu: o amor e a família", pp. 41 ss.
[1145] AAVV, *Família*, pp. 14-5.
[1146] A aprovação da Lei não foi isenta de discussão em torno da sua inconstitucionalidade. Sobre esta, OLIVEIRA ASCENSÃO, "O casamento", pp. 175 ss; BARROSO, "Casamento", pp. 57 ss.

pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida". Esta atualização normativa alterou também os art. 1591.º e 1690.º e revogou o art. 1628.º, al. e), CC, que não reconhecia a validade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Com a Lei supra, passou a existir uma disparidade entre os casamentos religioso e civil, pois que o primeiro constitui um compromisso entre um homem e uma mulher, e o segundo constitui um contrato entre duas pessoas em igualdade de sexos.

### 26.4. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA E DO CASAMENTO[1147]

A CRP reconhece, no seu elenco constitucional, o direito à família, casamento e filiação, com base nos seguintes textos internacionais: DUDH (art. 16.º e 26.º, n.º 2 e 3), PIDCP (art.17.º e 23.º), PIDESC (art. 10.º), art. 12.º e Protocolo Adicional 7 (art. 5.º), CEDH e CDFUE (art. 9.º, 14.º, n.º 3 e 24.º).

Semelhante direito fundamental, inserido no art. 36.º, no título dos direitos, liberdades e garantias, revela, simultaneamente, uma dimensão social que se encontra patente no art. 67.º, preceito revelador de garantias constitucionais para o indivíduo e de obrigações constitucionais para o Estado[1148]. No art. 36.º prevalece a dimensão individual e subjetiva dos direitos dos membros da família; no art. 67.º prevalece a realização pessoal destes, a quem ao Estado cumpre o dever de proteção[1149].

Os n.º 1, 2, 3, 4 e 6 correspondem à redação do texto constitucional original. O n.º 5 foi introduzido pela revisão constitucional de 1989 e o n.º 7 foi elencado pela revisão constitucional de 1997.

Fundamentando-se a CRP na dignidade da pessoa humana (art. 1.º) e no respeito e na garantia da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (art. 2.º), impõe-se uma conceção personalista da família e do casamento, conceção esta que não se esgota aquando da contração do casamento, antes perdurando por toda a sua existência[1150].

---

[1147] Na medida em que o mandamento "*não adulterarás*" corresponde, em sede de comparação jurídica objeto deste trabalho, ao art. em análise, não se referindo a questões filiação, não irei fazer referência este instituto.

[1148] Neste ponto de análise irei focar no valor do casamento para a ordem constitucional, pelo que não invocarei o exposto no art. 67.º.

[1149] MELO, "A família", p. 496

[1150] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 807.

A CRP é omissa quanto à definição ou enquadramento do conceito de família. Apenas refere que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade (art. 36.º, n.º 1). Perante esta omissão, que julgamos ser intencional e não despropositada, por força do art. 16.º, n.º 2, interpretamos o n.º 1 à luz do art. 16.º, n.º 1, DUDH, chegando a um conceito bastante satisfatório: "Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimónio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução". Com efeito, compreendem-se quais as condições de plena igualdade para aqueles que pretendem constituir família e contrair casamento: trata-se da aplicação prática do princípio da igualdade constante do art. 13.º, n.º 2, que determina que ao Homem ou à mulher cabe a decisão de casar ou de não casar[1151], de escolher o cônjuge, de escolher a data, o local e a forma da cerimónia, sem restrições em razão da raça, nacionalidade ou religião, ou de outros factos discriminatórios que constem do art. 13.º, n.º 2, de optar ou não pela procriação, de definir o tipo de família a constituir.

Ainda quanto ao enquadramento da família, é digno de nota o art. 67.º, n.º 1, na sua parte inicial, quando se refere à família como elemento fundamental da sociedade, definição que, mais uma vez, chama a si o disposto no 16.º, n.º 3, DUDH, que reconhece a família como "núcleo natural e fundamental da sociedade".

O conceito jurídico de família encontra-se, ainda que de forma implícita, no art. 1576.º, CC, que vê no casamento, assim como no parentesco, na afinidade e na adoção, uma fonte de relações jurídicas familiares.

O casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida", nos termos do art. 1577.º, CC. É, pois, a ligação jurídica e emocional dos cônjuges entre si que, de forma profunda e duradoura, altera a sua esfera jurídica e emocional, quer numa perspetiva individual, quer numa perspetiva coletiva. Quer isto dizer que a autonomia familiar não se esgota no momento em que se contrai o casamento: apesar da alteração da esfera jurídica de cada cônjuge e das consequentes obrigações que decorrem do contrato realizado, não se pode afirmar que os cônjuges sejam desapoderados dos seus direitos fundamentais. Todavia, para além

[1151] Da leitura do n.º 1 admite-se uma visão negativa do direito: porque todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento, ninguém poderá ser obrigado a tal.

desta dimensão subjetiva no casamento, existe a dimensão coletiva do casamento, ou seja, a família em si mesma. Ainda que os cônjuges disponham da sua liberdade individual, devem ter consciência que esta não se sobrepõe, de forma absoluta, à unidade familiar, que deve ser, por eles, protegida, na sua "intimidade sem intervenção do Estado"[1152].

Relativamente aos direitos consagrados no art. 36.º, dois aspetos há ainda a realçar. O primeiro, constante do n.º 2, diz respeito à forma de celebração do casamento. O direito a contrair casamento não é um direito absoluto ou ilimitado, pelo que o legislador entendeu remeter para lei ordinária a regulação do casamento, dos seus requisitos, e efeitos, e da sua dissolução, por morte ou por divórcio.

Pela leitura do n.º 2, entende-se com facilidade que caberá à lei a regulação das várias formas de celebração do casamento. Efetivamente, sendo Portugal um Estado laico, não faria sentido outro sentido normativo. De acordo com o princípio da separação do Estados das igrejas, nos termos dos art. 41.º, n.º 4 e 288.º, al c) e da liberdade de consciência e de religião, por força dos art. 19.º, n.º 6 e . 41.º, n.º 4, não se poderia admitir que o exercício do direito a casar ficasse totalmente dependente ou até, condenado à restrição prejudicial, de convicções religiosas que o indivíduo possa, ou não professar (art. 41.º, n.º 4). Assim, dando corpo ao princípio da cooperação entre o Estado e as igrejas, nos termos do art. 5.º, LLR, a CRP, acolhendo a distinção entre o casamento religioso e o casamento civil, admite que o casamento civil possa ser celebrado segundo uma forma religiosa. Com efeito, por força dos art. 13.º a 16.º da Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa de 2004 "o Estado Português reconhece efeitos civis aos casamentos celebrados em conformidade com as leis canónicas, desde que o respetivo assento de casamento seja transcrito para os competentes livros do registo civil", e, nos termos do art. 19.º, n.º 1, LLR, reconhece-se, de igual modo, efeitos civis aos casamentos não católicos celebrados na presença de um ministro de culto ou perante uma comunidade religiosa radicada em Portugal.

Em segundo lugar, nos termos do n.º 3, e n.º 5, há que considerar os iguais direitos dos cônjuges quanto às suas capacidade civis e políticas. Neste ponto, o princípio da igualdade, consagrado no art. 13.º, arroga para si uma relevância extrema. Num contexto de relação privada ou familiar, após a declaração de igualdade constante do n.º 1, no

[1152] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 821.

vertente n.º 3 declara inequivocamente que "os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos". De facto, o princípio contido no n.º 3 é uma especificação do art. 13.º, pelo que a garantia, em contexto familiar, de que não se forme uma relação de dependência de um cônjuge relativamente ao outro "é uma forma especial de garantir (…) a não discriminação em função do sexo. (…) A proibição da discriminação em função do sexo – quando aplicada aos efeitos do casamento – contém em si mesma, desde logo, uma injunção positiva; o cônjuge-marido e o cônjuge-mulher devem ter (não podem deixar de ter), face à lei, a mesma dignidade"[1153]

Na esteira de DUARTE PINHEIRO, o princípio da igualdade nas relações familiares impõe, assim, uma direção conjunta da família, realçando a necessidade de um consenso entre os cônjuges quanto a decisões relativas a quesitos importantes para vida do casal ou dos filhos. Este princípio é, com efeito, uma especificação do princípio que consta do art. 13.º, n.º 2, garantindo, deste modo, a igual dignidade dos cônjuges, isto é, a não discriminação em razão do sexo que, quando aplicada aos efeitos jurídicos do casamento, determina que ambos os cônjuges têm a mesma dignidade perante a lei[1154].

Quanto à previsão dos direitos sociais inclusos no art. 67.º, deixamos aqui o elenco de incumbências por parte do Estado no cumprimento do seu dever de proteção das famílias:

*i)* a regularização de impostos e benefícios sociais, de acordo com os encargos familiares, de acordo com as "necessidades e os rendimentos do agregado familiar, por força do art. 104º, nº 1 (al. a) e f));

*ii)* a construção de uma rede nacional de creches e de instrumentos sociais de apoio às famílias (al. b));

*iii)* a construção de políticas públicas que visem à proteção da terceira idade (al b));

*iv)* a cooperação com os pais na educação dos filhos, em harmonia com o disposto no art. 36.º, n.º 5 (al. c));

[1153] Este é a posição adotada pelo TC, n.º 617/07, proc. n.º (MARIA LÚCIA AMARAL).
[1154] DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível*, p. 118.

*v)* a criação de uma rede nacional de informação e de acesso ao planeamento familiar e ao exercício de uma maternidade e uma paternidade conscientes (al d));

*vi)* a regulamentação da procriação medicamente assistida no respeito pela dignidade humana dos utentes (al. e));

*vii)* a elaboração de uma política familiar com carácter global e integrado (al. g));

*viii)* promoção de políticas públicas que assegurem a conciliação da vida familiar com a vida profissional (al. f)).

### 26.5. CASAMENTO E LIBERDADE RELIGIOSA

O casamento foi, desde sempre, objeto de grande importância para as religiões, que consagram vários e diferentes cerimónias nupciais, facto reconhecido pelo Estado português, que mescla constitucionalmente a liberdade de casamento com a liberdade de religião. Para CANOTILHO e MOREIRA, trata-se " do direito de casar segundo os ritos religiosos (podendo, ou não, o Estado reconhecer efeitos jurídicos aos casamentos religiosos)"[1155].

Esta garantia constitucional assume um relevo extraordinário em Portugal, dada o pluralismo religioso que se sente um pouco por todo o território, seja através de religiões com maior representatividade social, seja através de confissões minoritárias. Para estas, o conceito de família, por vezes tão *suis generis*, é a manifestação primordial da religião professada. De acordo com FERNANDEZ, um dos "selos de identidade de uma minoria é seguramente o modelo de família com base e origem no núcleo convivencial da vida em casal que, em boa parte dos ordenamentos jurídicos, não necessariamente em todos, aparece configurado como um negócio jurídico típico: o casamento"[1156].

A diversidade de minorias religiosas, étnicas e culturais do Portugal de hoje não deve ser ignorada. Segundo dados da PORDATA de 2019, entre 2005 e 2021, Portugal

[1155] CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, p. 611.
[1156] FERNANDEZ, "Libertad de Conciencia", p. 47.

contabilizou um aumento de 430.747 para 698.536 estrangeiros residentes, o que altera, com certeza, o perfil sociológico e religioso português.

Em conclusão, considero que a solução para lidar a esta diversidade religiosa, a fim de garantir as exigências constitucionalmente consagradas no que toca à liberdade de casamento e de religião, passa obrigatoriamente por um sistema matrimonial que regule a coexistência das várias instituições matrimoniais[1157].

O ordenamento jurídico português apresenta algumas particularidades no que tange às várias celebrações matrimoniais que assentam no pluralismo religioso característico de Portugal. Assim, entendo ser imperioso relacionar o sistema matrimonial atual à liberdade de consciência religiosa, uma conjugação jurídico-constitucional dos art. 36.º, n.º 1 e 41.º, n.º 1 e 2 que permite uma liberdade de escolha matrimonial de acordo com as convicções religiosas e padrões éticos ou morais de cada indivíduo[1158], não só ao nível do *forum internum*, como também ao do *forum externum*. Com efeito, a constituição da família pelo casamento é o culminar expresso, ou público, da liberdade de escolha.

No sistema de casamento português em vigor coexistem três tipos de casamento: o casamento civil, o casamento civil sob a forma religiosa e o casamento católico[1159]. Não tenho pretensão de exaustão do tema e caracterização das várias modalidades, mas pretendo lançar um olhar sobre este sistema tendo como pano de fundo a pluralidade religiosa existente em Portugal.

A instituição do casamento não se afigura igual em todos os Estados ou épocas constitucionais[1160]. São vários os sistemas matrimoniais, os quais merecem uma breve explanação[1161]:

*i)* sistema de casamento religioso obrigatório[1162]: não admite casamento civil;

[1157] Sigo o pensamento de VÍTOR, "A evolução legislativa". *In* AAVV, *Família*, p. 157.
[1158] CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, p. 609.
[1159] Art. 1587.º e 1588.º, CC.
[1160] No caso português, o sistema matrimonial português foi atualizado com a entrada em vigor da LLR, em 2001, e com a Concordata de 2004, em especial, para os crentes católicos. Sobre esta evolução, AAVV, *Família*, pp. 158 ss.
[1161] De acordo com COELHO; OLIVEIRA, *Curso de Direito*, pp. 204 ss.
[1162] Sistema em vigor na Grécia até 1982. O Estado reconhecia apenas os casamentos celebrados pela Igreja Ortodoxa grega, sem consideração pela liberdade de religião dos nubentes.

*ii)* sistema de casamento civil obrigatório[1163]: não se admite outra forma de casamento, cabendo ao Estado a total regulamentação do casamento, obrigatória para todos os cidadãos. É um sistema que afasta a atuação da IC quanto à regulação do casamento dos seus membros. O Estado reconhece a liberdade de culto e confere aos nubentes a liberdade para contraírem matrimonio segundo as regras da sua confissão religiosa, mas não confere efeitos jurídicos ao casamento religioso: o Estado exige, seguidamente, a celebração civil e a celebração religiosa.

*iii)* sistema de casamento civil facultativo: admite-se a liberdade de escolha entre o casamento civil e o casamento religioso, reconhecendo o Estado os efeitos civis a ambos. O Estado não distingue entre católicos e outros fiéis que celebrem o casamento na presença de um Ministro de Culto de uma igreja ou comunidade religiosa radicada[1164]. É de notar que "enquanto o casamento civil sob forma religiosa é para todos os efeitos um casamento civil, o casamento católico é admitido como instituto diferente do casamento civil, pois o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservado aos tribunais e às repartições eclesiásticas competentes (art. 1625.º, CC)[1165]. Este sistema abrange duas modalidades distintas: na primeira, o Estado admite que os cidadãos celebrem o casamento (sem distinção de credo) e confere-lhe efeitos legais, sujeitando-o ao regime do casamento civil. Em termos práticos, "permite que as atribuições do funcionário do Registo Civil sejam desempenhadas pelo respetivo ministro do culto. O sistema de casamento civil facultativo, nesta modalidade, oferece, em confronto com o sistema de casamento civil obrigatório, a vantagem de evitar aos nubentes uma dupla celebração, e ao mesmo tempo conserva a vantagem substancial desse sistema, que é a de haver um único direito matrimonial, válido para todos os nacionais do país"[1166]. Na segunda modalidade, o Estado, renunciando à sua soberania, admite a celebração, reconhecendo a sua forma e a legislação eclesiástica atinente ao casamento. Admite como válido o casamento na forma única como é regulado pelo direito da Igreja, não carecendo de uma dupla

[1163] Sistema em vigor na Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Rússia, Suíça e outros.
[1164] Antes da entrada em vigor da LLR o Estado fazia esta destrinça,
[1165] COELHO; OLIVEIRA, *Curso de Direito*, p. 215.
[1166] *Ibid,* p. 208.

celebração matrimonial. É o que sucede em Portugal quanto ao casamento católico: conforme o disposto no art. 1587.º, n.º 2, CC, o Estado reconhece o matrimónio católico (e por isso confere-lhe efeitos civis) na medida em que a modalidade de casamento católico respeita o regime civil consagrado nos art. seguintes[1167]. Pense-se, por ex., quanto aos impedimentos matrimoniais tipificados nos art. 1600.º e ss, CC: para lá da observância dos impedimentos consagrados no CCan, os nubentes devem igualmente atentar para os impedimentos previstos no CC[1168]. A observância dos preceitos canónicos não anula o cumprimento dos deveres civis. *A contrario*, a observância dos deveres civis não determina que os nubentes reúnam todas as condições para casar catolicamente[1169];

*iv)* sistema de casamento civil subsidiário: o Estado submete-se à Igreja e ao seu modelo eclesiástico de casamento. Em razão de o Estado reconhecer apenas o casamento católico, o casamento civil é admitido subsidiariamente nos casos em que é reconhecido pela IC. Assim, "todas as pessoas que estão obrigadas, em face da Igreja, ao casamento católico, também, e por isso mesmo, estão obrigadas ao casamento católico em face do Estado"[1170]. Considero, face ao exposto, que este sistema não tem em consideração o direito à liberdade religiosa dos nubentes, obrigando-os à prática de um rito de uma religião que não professam, consubstanciando-se numa violação do princípio da liberdade religiosa.

No caso português, dispensando a sua evolução histórica[1171], o sistema matrimonial consiste numa tripla divisão assente na liberdade religiosa dos nubentes:

*i)* para os católicos, aplica-se o sistema de casamento facultativo da segunda modalidade: o "casamento católico não é apenas outra forma de celebração do casamento, mas um instituto diferente, disciplinado em vários aspetos por normas diversas das que regem o casamento civil"[1172]. O Estado

[1167] Na jurisprudência, TRL, proc. n.º 5787/2004-7, de 23-11-2004 (ROSA MARIA COELHO): "O CC trata o casamento civil e o casamento católico como duas modalidades diferentes do casamento, e não como duas formas de celebração do mesmo ato, cabendo ao direito canónico regular as condições de validade do casamento canónico que não tenham a ver com a capacidade matrimonial dos nubentes".
[1168] Cân. 1083 ss, CCan.
[1169] ANTUNES VARELA; PIRES DE LIMA, *Código Civil*, p. 51.
[1170] COELHO; OLIVEIRA, *Curso de Direito*, p. 209.
[1171] Sobre a evolução história do sistema matrimonial português, *Ibid*, pp. 211 ss.
[1172] *Ibid*, p. 218.

admite o casamento católico tal como ele é regulamentado pelo CCan, de acordo com a Concordata de 2004, que lhe garante um estatuto diferenciado[1173];

*ii)* para os membros de igrejas ou comunidades religiosas que sejam, ou possam vir a ser, consideradas como radicadas em Portugal, para efeitos do art. 37.º, LLR, aplica-se o aplica-se o sistema de casamento facultativo da primeira modalidade, ou seja, o matrimónio religioso é apenas uma forma de celebração. Tudo o resto está sujeito às normas aplicáveis ao casamento civil[1174];

*iii)* para os membros de igrejas ou comunidades religiosas não radicadas em Portugal, aplica-se o sistema de casamento civil obrigatório, em razão de o Estado não valorar a cerimónia religiosa.

### 26.6. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CASAMENTO: CONCLUSÕES

Face ao exposto, concluo que, quando comparado na LM e na CRP, o instituto do casamento tem merecido proteção (divina e constitucional, respetivamente). A forma como se protege o casamento é, porém, distinta. Mas, a meu ver, é na distinção *per se* que efetiva a garantia de proteção do casamento, porquanto se baseia em princípios constitucionais que outrora foram alvo de debate teológico e moral entre as mais diversas religiões[1175]. Se hoje, à luz dos direitos, liberdades e garantias, o cidadão comum olha com pasmo para a não liberdade de escolha da LM quanto ao casamento, quer quanto à seleção dos cônjuges (sexo ou orientação sexual), quer quanto ao sistema matrimonial, imperativamente religioso, hoje, à luz dos mesmos direitos, liberdades e garantias, todos os homens e mulheres são livres na escolha do seu cônjuge e do sistema matrimonial (civil ou religioso) de acordo com a fé que professam ou não, no respeito pela autonomia individual, igualdade e não confessionalidade do Estado. Com efeito, é o respeito pela liberdade de religião que legitima o sistema matrimonial português.

Esta consagração de princípios constitucionais não está, todavia, isenta de discussão. Com efeito, a doutrina tem-se debruçado sobre a inconstitucionalidade do atual

[1173] Sobre o casamento católico e as matérias atinentes ao Direito Civil e Direito Canónico, *ibid,* pp. 194 ss.
[1174] A LLR, regulamentada pelo DL n.º 324/2007, de 28 de setembro, que introduziu alterações ao CRC, atribui efeitos jurídicos aos casamentos religiosos celebrados perante um Ministro de Culto de uma igreja ou comunidade religiosa radicada.
[1175] AAVV, *Família*, p. 18.

sistema matrimonial, com base na violação dos princípios da não confessionalidade do Estado, da liberdade religiosa e da igualdade, no respeito pela autonomia individual.

A não confessionalidade do Estado (art. 41.º, n.º 4 e art. 4.º, n.º 1, LLR), fundamentada na não identificação ou preferência religiosa por parte do Estado não obsta a que se admita o casamento religioso como forma de celebração matrimonial. Outra posição seria de afastar, em razão de que o Estado, ainda que separado institucional e religiosamente das igrejas e comunidades religiosas, pode com elas cooperar, com vista à "promoção dos direitos humanos, do desenvolvimento pessoal de cada pessoa e dos valores da paz, da liberdade, solidariedade e da tolerância", para efeitos do art. 5.º, LLR. Neste domínio, o Estado não impõe aos cidadãos a forma de casamento, antes conferindo efeitos civis ao casamento religioso (católico), atendendo à diversidade religiosa, de acordo com o art. 36.º, n.º 2, in fine1176.

De igual modo, não se pode admitir uma interpretação forçada do disposto no art. 10.º, al. b), LLR[1177], como que prevendo um sistema matrimonial religioso e, portanto, inconstitucional, por violação do princípio da liberdade religiosa. Ora, partilho da defesa de COELHO e OLIVEIRA que arrogam que este princípio consagra o direito de celebração matrimonial de acordo com a confissão professada, não se podendo dele extrair uma obrigação religiosa e, por isso, inconstitucional, aplicável a todos, crentes ou não crentes, pelo que não veem como

> "o sistema de casamento civil obrigatório ofenda a liberdade religiosa dos católicos ou das pessoas que professem qualquer outro credo religioso (alguns escritores católicos têm opinião diferente), como não [veem] em que é que o sistema de casamento civil facultativo, que permite aos católicos optarem pelo casamento civil ou pelo casamento católico, contrarie a liberdade religiosa reconhecida no art. 41.º"[1178].

Parece-me, por isto, que o CC, ao consagrar um sistema de celebração matrimonial tripartido, com base nas convicções religiosas dos nubentes, garante o respeito pelo princípio da liberdade religiosa. Mais, a LLR veio fortalecer este sistema: manteve o instituto do casamento religioso católico e, através do art. 19.º, atribuiu efeitos civis ao casamento celebrado por forma religiosa perante Ministro de Culto de uma igreja ou comunidade religiosa radicada em Portugal.

---

[1176] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 408.
[1177] Aqui seguindo a linha de pensamento de VÍTOR, "A evolução legislativa". *In* AAVV, *Família*, p. 172.
[1178] COELHO; OLIVEIRA, *Curso de Direito*, p. 221.

Contudo, não se pode afirmar que todas as igrejas ou comunidades religiosas tenham o mesmo tratamento de igualdade por parte do Estado, pois que os referidos efeitos civis só são reconhecidos às igrejas radicadas em Portugal nos termos do art. 37.º, LLR. O Estado impõe um mínimo de trinta anos de presença da igreja ou comunidade religiosa em Portugal, a menos que que se trate de uma igreja ou comunidade religiosa fundada no estrangeiro há mais de sessenta anos. Segundo dados da CLR, até março de 2021, Portugal conta com oitenta e nove comunidades radicadas, um universo composto pelas confissões judaica, evangélica/protestante, adventista, testemunhas de jeová, budista, hindu e bahá'i, um número que não espelha a realidade de igrejas ou comunidades religiosas existentes no país. Para os membros destas igrejas, bem como para aqueles que não professem uma religião, o sistema de matrimónio será o do casamento civil obrigatório.

## § 27.º DA PROIBIÇÃO DO FURTO E DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

### 27.1. "NÃO FURTARÁS"

De raiz hebraica *ganab*, o furto constitui, para o DH, uma ofensa contra a sociedade. Desta forma, tipifica-se enquanto crime, olhando-se à proteção da propriedade privada enquanto bem jurídico. Uma vez que o mandamento não apresenta um objeto direto, entende-se que se refere tanto aos bens dos hebreus quanto a pessoas (rapto).

Esta proibição, além de ter em vista a punição do ofensor, tem, de igual modo, a função de restituir à vítima o que lhe fora furtado, compensando-a com 20% do valor furtado:

> "*Quando alguma pessoa pecar, e cometer ofensa contra o SENHOR, e negar ao seu próximo o que este lhe deu em depósito, ou penhor, ou roubar, ou tiver usado de extorsão para com o seu próximo; ou que, tendo achado o perdido, o negar com falso juramento, ou fizer alguma outra coisa de todas em que o homem costuma pecar, será, pois, que, tendo pecado e ficado culpada, restituirá aquilo que roubou, ou que extorquiu, ou o depósito que lhe foi dado, ou o perdido que achou, ou tudo aquilo sobre que jurou falsamente; e o restituirá por inteiro e*

*ainda a isso acrescentará a quinta parte; àquele a quem pertence, lho dará no dia da sua oferta pela culpa*" (Lv 6:2-5).

O mandamento moral "*não furtarás*" aponta para uma transgressão por parte de alguém. O vocábulo «transgredir» empregue neste excerto tem a sua raiz na palavra *maʿal*, que significa "agir de forma desleal ou traiçoeira" contra DEUS ou contra os homens. O ladrão era, aos olhos de DEUS, um transgressor, de acordo com Lv 19:13, pois que tomava algo que não lhe pertencia, em plena consciência do dano que tal ato constituiria na esfera do seu próximo.

A passagem aponta para dois tipos distintos de transgressão. A primeira contra DEUS, através da retenção deliberada dos bens consagrados, tais como dízimos, ofertas e primícias. São bens pertencentes a DEUS e por isso, devem ser entregues aos sacerdotes. Como restituição, o transgressor deve pagar uma multa, calculando-se o montante da quinta parte, de acordo com Lv 5:14[1179].

A segunda transgressão aponta para os crimes contra a propriedade de terceiros, nomeadamente no que diz respeito ao depósito e penhor (*tesûmeth*), roubo (*gazel*), extorsão (*ʿashaq*) ou apropriação de algo encontrado (*matsa'*) e falso juramento sobre esse bem.

Frequentemente, a ideia de furto era apresentada em sintonia com a de rapto de pessoas: dois ilícitos com génese no mandamento "*não furtarás*". A mesma palavra era aplicável em situações de furto de bens e rapto de pessoas, não se distinguindo entre os diferentes tipos de crime.

Quanto ao rapto, são vários os vv. que apontam para a sua proibição de acordo com a LM, dos quais destaco dois:

"*O que raptar alguém e o vender, ou for achado na sua mão, será morto*" (Êx 21:16);

*"Se se achar alguém que, tendo roubado um dentre os seus irmãos, dos filhos de Israel, o trata como escravo ou o vende, esse ladrão morrerá. Assim, eliminarás o mal do meio de ti*" (Dt 24:7).

[1179] AAVV, *Comentário Bíblico*, pp. 268-9.

Pela necessidade de legislar neste sentido, compreende-se que o rapto de pessoas era frequente em Israel. Normalmente, os crimes de rapto tinham como motivação a venda da pessoa sequestrada como escrava; ainda assim, independentemente da motivação, a pena capital era sempre aplicada[1180].

O conceito de propriedade para o DH apresentava grande relevância. Ao longo do AT, DEUS revela-se como o Criador (Êx 19:5), o Senhor do Universo (Sl 50:12); tudo o que existe é pertença de DEUS. Davi salmodiou sobre este conceito, testificando que

> "*Teu, SENHOR, é o poder, a grandeza, a honra, a vitória e a majestade; porque teu é tudo quanto há nos céus e na terra; teu, SENHOR, é o reino, e tu te exaltaste por chefe sobre todos. Riquezas e glória vêm de ti, tu dominas sobre tudo, na tua mão há força e poder; contigo está o engrandecer e a tudo dar força. Agora, pois, ó nosso Deus, graças te damos e louvamos o teu glorioso nome. Porque quem sou eu, e quem é o meu povo para que pudéssemos dar voluntariamente estas coisas? Porque tudo vem de ti, e das tuas mãos to damos*" (I Cr 29:11-4).

O rei DAVI considerava-se como um administrador da Terra de *YAHWEH*, reiterando a ordem divina que Deus havia dado a ADÃO e EVA no Jardim do Éden: cultivar e guardar a terra (Gn 2:15). Com base nesta ordem, a tradição judaica defende que DEUS colocou Israel nas terras de Canaã com o mesmo intuito. Assim, Israel tornou-se, por herança divina, administradora (não proprietária) daqueles territórios. Esta ideia de herança estava bastante enraizada na cultura judaica – veja-se, por ex., a redistribuição de terras a cada 50 anos (ano do Jubileu)[1181], que permitia que cada família pudesse "voltar à sua possessão" (Lv 25:13). "Essa redistribuição da terra permitia uma reforma agrária justa e adequada, e lembrava ao judeu piedoso que a terra era do Senhor, sendo ele apenas Seu fiel administrador temporário" (Lv 25:23)[1182].

O ano do Jubileu consagrava o direito à propriedade com as seguintes particularidades[1183]:

*i)* a propriedade era um direito temporário (Lv 25:23);

---

[1180] CHAMPLIN, *Enciclopédia*. I, 2002, p. 969.
[1181] Lv 25:8-34.
[1182] REIFLER, *A ética*, p. 185-6.
[1183] Para propriedades não urbanas.

*ii)* a ninguém era permitida a recusa de venda ao proprietário original (Rt 4.3);

*iii)* o valor da venda tinha por base a utilidade económica da propriedade até ao ano do Jubileu seguinte (Lv 25:15);

*iv)* a expropriação era proibida (Ez 46:17-8).

No ano da Remissão, todas as dívidas eram perdoadas, para que não existisse pobreza em Israel (Dt 15:2); deste modo, todos os escravos recebiam a sua carta de libertação (Êx 21:2) e os mais abastados repartiam dos seus bens com os mais pobres (Is 58:1-7).

Na época da colheita, os cantos dos campos eram deixados por colher, para que os mais pobres e estrangeiros pudessem recolher das vinhas e searas (Lv 19:9:10).

Os reis e profetas de Israel tiveram especial cuidado quanto ao cumprimento desta legislação social: Pv refere-se ao trabalho e à propriedade com grande respeito, incentivando ao trabalho (3:9-10;10:22-3), sustento da família (19:14; 30:24) e ajuda aos mais carenciados (28:27; 31:20); o espírito materialista era fortemente condenado pelos profetas, nomeadamente através da acumulação de riquezas (I Rs 21; Is 5:8; Mq 2:1), expropriações forçadas (Ez 45:9), subornos (Am 5.12), práticas comerciais desleais (Am 8:5; Os 12:8; Mq 6:11) e furtos de dízimo (Ml 3:8).

Fica, assim, assente que o AT não previa uma conceção absoluta de propriedade, pois que isso implicava negar a soberania de *YAHWEH*, o justo proprietário da Terra.

O NT, ainda que valide o mandamento "*não furtarás*"[1184], apresenta uma conceção de propriedade com algumas alterações, em grande parte devido à influência romana. O conceito de propriedade era uma realidade para os judeus do I séc.: muitos eram proprietários de imóveis (Mt 8:14; Lc 8:3). Também JESUS usava os conceitos de propriedade e posse para explicar conceitos espirituais através de parábolas (Mt 20:15; 21:28), sempre com ênfase na administração da propriedade (Lc 16:1-13) e da responsabilidade perante DEUS ((Mt 18:23; 21:34). A riqueza não era proibida, mas ao cristãos era interditada a possibilidade de se deixar dominar pelos bens materiais, que se poderiam tornar como ídolos (Ef 5.5). A Igreja Primitiva constitui um ex. desta

[1184] Mt 15:19; Lc 3:13-4; Rm 2:21; 13:9; I Co 5:10; Ef 4:28; I Pe 4:15; Ap 9:21.

mentalidade cristã que primava pelo total desapego à propriedade: tudo era de todos (At 2:44; 4:32). Não se tratava de uma regra institucional ou de um requisito de entrada na comunidade, antes de um estilo de vida assente na conceção de administração dos bens que pertencem ao Criador.

### 27.2. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA

O direito de propriedade privada é um direito fundamental consagrado no art. 62.º e tem como base internacional a DUDH (art. 17.º), Protocolo Adicional 1 (art. 1.º) à CEDH e a CDFUE (art. 17.º), tendo sido atualizado através das revisões constitucionais de 1982 e 1989.

O seu sentido é vasto. *In abstracto*, a noção de direito de propriedade define "uma relação privada de uma pessoa ou entidade com determinados bens"[1185], que resulta, na esfera jurídica de terceiros, num dever de respeito ou de não perturbação.

Ainda que conste de quase todas as Constituições, a verdade é que o seu sentido varia entre elas. Efetivamente, o direito de propriedade consagrado numa Constituição liberal ou de tendência social não é o mesmo que o consagrado numa Constituição de inspiração marxista. Se nas Constituições liberais o direito de propriedade surge conectado à ideia de liberdade, nas Constituições de índole social surge ligado ao sector económico e social, enquanto nas Constituições marxistas reduz-se aos "bens que dele positivamente podem ser objeto"[1186].

Se na Roma Antiga o direito de propriedade não era visto como um direito real e subjetivo, com a DUDH, no art. 17.º, reconheceu-se, ainda que com alguma indefinição, que "toda a pessoa, individual ou coletivamente, tem direito à propriedade", e que "ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade".

Atualmente, o direito de propriedade, porque real, oponível *erga omnes*, constitui-se como fundamental, atendendo à função social da propriedade, que restringe o exercício absoluto deste, não se admitindo a utilização da propriedade alienada da sua função social e económica[1187].

---

[1185] CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, p. 801.
[1186] MIRANDA, *Manual.* IV, p. 430
[1187] O regime do direito de propriedade encontra-se consagrado nos arts. 1305.º ss, CC.

Apesar de não constar do elenco dos direitos, liberdades e garantias, mas do elenco dos direitos económicos, sociais e culturais, o direito de propriedade privada revela-se como um direito com *natureza análoga* aos dos direitos, liberdades e garantias[1188], em razão de se constituir como um direito que vale por si só, não carecendo de leis infraconstitucionais, de acordo com os critérios apresentados no §17. Trata-se de um direito que se concretiza no respeito por parte do Estado e de terceiros, sem prejuízo de, em determinadas circunstâncias, se exigir uma concreta ação estatal, conforme o disposto no n.º 2, do art. 65.º.

Ainda que o facto de não figurar entre os direitos, liberdades e garantias não abata a importância que tem num Estado de Direito Social, retira-lhe a "dimensão quase sacrossanta que lhe era conferida no "individualismo possessivo" e na conceção tradicional conservadora dos direitos fundamentais assente na indissociabilidade da liberdade e propriedade"[1189]. Acompanha, então, a linha guia do art. 17.º da DDHC que vê no direito de propriedade um direito inviolável e sagrado, sem, no entanto, deixar de apresentar a *exceptio* quando a necessidade pública assim o exigir, acautelando uma justa e prévia indemnização.

A CRP consagra o direito de propriedade como um direito de natureza social, incumbindo o próprio Estado de promover tal direito. Não se pretende, com isto, dizer que os direitos patrimoniais, sejam eles direitos reais, de crédito, sociais ou outros, ou a possibilidade de adquirir os mesmos esteja reservada ao Estado. O que se quer afirmar é que, porquanto estamos perante um direito de natureza social, o Estado obriga-se a criar um espaço de cidadania no qual todos tenham "a possibilidade de se tornar proprietários"[1190].

O art. 62.º tutela, deste modo, num quadro de liberdade[1191], o direito a usufruir da propriedade, que se subdivide em três direitos complementares:

1. direito de aquisição da propriedade ou o *poder-ter*. Trata-se do direito aceder à propriedade, não só à propriedade no sentido físico do termo, como

[1188] CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, pp. 798 ss.; MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 1242; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, p. 375.
[1189] CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, p. 800.
[1190] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 1243.
[1191] NUNES, *Economia Política*, pp. 88 ss.

também da faculdade de aceder aos direitos patrimoniais (direitos reais menores,[1192] sociais, de crédito e de autor).

2. direito a não ser privado da propriedade por razões arbitrárias ou o *poder-utilizar* (cuja análise remetemos para parágrafo próprio);

3. direito de transmissão *inter vivos* ou *mortis causa* ou o *poder-dispor*. Este direito postula a liberdade contratual por parte do proprietário e a liberdade que tem ao nível da disposição testamentária. Não é, de todo, um direito sem limitações. Pense-se sobre a liberdade genérica de transmissão legalmente limitada perante a existência de um direito de preferência ou de indisponibilidade absoluta de transmissão *mortis causa* de um bem sujeito a interdição de alienação[1193].

A proteção constitucional da propriedade justifica-se, então, pela relação que tem com a ideia de liberdade, pois que garante ao proprietário do bem uma panóplia de poderes, e também de faculdades, que fundamentam o uso e aproveitamento privado da sua propriedade. Garante-se, assim, a existência de propriedade, que abrange não só os valores patrimoniais já existentes ou adquiridos, mas também o direito à aquisição de valores não adquiridos, e a possibilidade de transmissibilidade da propriedade de acordo com a autonomia da vontade do proprietário, salvaguardada a exceção do art. 62.º, n.º 2[1194]. Deste modo, é correto afirmar que esta garantia constitucional associa uma posição jurídica de Direito Privado, a posição do proprietário, ao direito fundamental de defesa dessa mesma posição, direito este que tem a sua origem na dignidade da pessoa humana, e se posiciona contra os poderes públicos. Com efeito, a defesa da propriedade e manutenção da posição jurídica de Direito Privado é garantia do direito de propriedade *per se*, "no plano individual, contra as investidas arbitrárias dos poderes públicos no património de cada um; no plano coletivo, quanto à própria possibilidade da existência de uma sociedade civil diferenciada do Estado, e assente autonomamente na apropriação privada de uma ampla gama de bens que permita o estabelecimento de relações económicas à margem do poder político"[1195].

[1192] Cf. PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, pp. 20 ss.
[1193] Veja-se o entendimento pronunciado pelo TC, n.º 425/00, proc. n.º 518/99 (PIZARRO BELEZA).
[1194] TC, n.º 496/08, proc. n.º 523/2007 (MARIA LÚCIA AMARAL).
[1195] TC, n.º 421/09, proc. n.º 667/2009 (MARIA LÚCIA AMARAL).

Tendo em mente estas investidas, o legislador constitucional consagrou, no n.º 2, duas medidas extrativas: a requisição e a expropriação por utilidade pública. Ambas "só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização". Quer isto dizer que na hipótese de os poderes públicos encontrarem a necessidade, fundamentada por razões de utilidade pública, podem proceder à ablação de direitos patrimoniais de sujeitos de Direito Privado. Os atos de privação da propriedade privada, ou do *poder-utilizar*, deverão ser praticados com base na lei que regulamente tal privação, por respeito aos princípios da legalidade, da utilidade pública e da indemnização[1196]. Deste modo, configura-se uma garantia fundamental autónoma com vista à defesa da propriedade, nos termos do n.º 1, atendendo à sua natureza análoga de direito, liberdade e garantia: o direito a uma justa indemnização perante a ocorrência de uma situação de privação, definitiva ou provisória, legitimada por razões de interesse público. Esta garantia fundamenta-se certamente por um dever de justiça, com vista a asseverar uma justa distribuição, por parte da entidade expropriante, dos custos económicos e afetivos que não poderão recair somente sobre o sujeito de Direito Privado requisitado ou expropriado. Atendendo ao benefício comunitário ou nacional que tal requisição ou expropriação poderá proporcionar, de acordo com critérios de justiça e de equidade deverá calcular-se um justo valor indemnizatório. Tal indemnização, assente numa compensação, só se justifica porquanto existe um direito de defesa consagrado no n.º 1 e uma necessidade pública que justifique a perda individual: "o proprietário só tem que suportar a conversão de valores patrimoniais e assistir à transformação do seu direito de propriedade num direito ao pagamento de uma justa indemnização quando esteja em causa uma agressão justificada pela necessidade de afetação dos bens a uma função socialmente mais elevada"[1197], devendo o Estado, no exercício do disposto no n.º 2, respeitar o princípio da proporcionalidade constante do art. 18.º, n.º 2.

Adicionalmente a estas exceções, cumpre referir igualmente que a CRP admite restrições implícitas ao direito de propriedade através de limites imanentes, de acordo com o n.º 1 do vertente art: o direito de propriedade é garantido "nos termos da Constituição", ou seja, "não é garantido em termos absolutos, mas sim dentro dos limites e com as restrições previstas e definidas noutros lugares da Constituição (e na lei, quando a Constituição possa ela remeter ou quando se trate de revelar limitações

[1196] CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, p. 807.
[1197] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 1261.

constitucionalmente implícitas) por razões ambientais, de ordenamento territorial e urbanístico, económicas, de segurança, de defesa nacional"[1198].

Nos termos do art. 19.º, o direito de propriedade admite suspensão em caso de estado de sítio ou estado de emergência, conferindo-se, ainda, ao titular do direito a legitimidade de exercício de direito de resistência de forma a evitar uma possível ofensa ao seu direito, nos termos do art. 21.º.

### 27.3. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE

A CRP regula o direito à propriedade privada no art. 62.º, definindo-se esta como "uma relação privada de uma pessoa ou entidade com determinados bens"[1199], que resulta, na esfera jurídica de terceiros, num dever de respeito ou de não perturbação. A definição dada por CANOTILHO e MOREIRA demonstra, na perfeição, o princípio de proteção da propriedade inerente ao mandamento "*não furtarás*". O princípio de proteção é o mesmo; a conceção de propriedade, não.

O conceito de propriedade apresenta uma evolução histórica de relevo, oscilando entre, a sua consagração coletiva, num período primitivo, e sua consagração individual, em especial no Direito Romano, pela mão de AGOSTINHO DE HIPONA, e no período do Estado Moderno, através de HOBBES ou de LOCKE, com inequívoca influência nos sistemas resultantes dos movimentos constitucionais do séc. XVIII.

Numa perspetiva etimológica, BOBBIO considera que "o substantivo propriedade deriva do adjetivo latino *proprius* e significa "que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico (nesse caso, equivale a: típico daquele objeto, a ele pertencente), sendo apenas seu"[1200]. Trata-se de um sentido etimológico que verte igual sentido jurídico, pois que

> "o conceito que daí emerge é o de objeto que pertence a alguém de modo exclusivo, logo seguido da implicação jurídica: "direito de dispor" de alguma coisa de modo pleno, sem limites. A implicação jurídica surge logo: ela é, com efeito, um elemento essencial do conceito de propriedade, dado que todas as línguas distinguem, como já fazia o Direito Romano, entre "posse" (manter de fato alguma coisa em seu

[1198] CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, p. 801.
[1199] *Ibid.*
[1200] BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, *Dicionário*. II, p. 1021.

> poder, independentemente da legitimidade de o fazer) e propriedade (ter o direito de possuir alguma coisa, mesmo independentemente da posse de fato)"[1201].

A ideia de propriedade remonta aos primórdios do Homem. Todavia, perante um estágio tão primitivo da evolução do Homem em sociedade, a noção de propriedade abrangia apenas uns objetos:

> "Os homens primitivos, naturalmente, se consideravam senhores daquilo de que se apoderavam, para satisfazer as próprias necessidades, pois que até em animais se observa esse sentimento. Mas sobre as coisas móveis de uso, e não destinadas ao consumo imediato, como armas e instrumentos de caça e pesca, é que já se manifestava uma projeção da personalidade, sobre o mundo externo, ligando o objeto ao sujeito"[1202].

Muitos autores asseveram da inexistência de um conceito de propriedade individual entre os povos primitivos, justificando-o a partir de duas teses díspares. A primeira defende que a propriedade individual só passou a existir no momento em que o Homem vinculou a sua personalidade a uma individualidade, isto é, à *consciência do eu*. Segundo KELSEN,

> "o homem primitivo, cuja psique está completamente socializada, não cumpre a condição essencial para o nascimento da propriedade individual. (...) é movido a esta atitude coletivista não apenas porque não tem consciência do eu, mas também por uma peculiaridade do pensar denominada tendência substancializadora. Não distingue, como nós, entre o corpo e suas condições, suas qualidades, as forças que o movem, ou a relação em que se acha com outros corpos; imagina melhor tais qualidades, condições, forças e relações como substâncias"[1203].

A segunda tese fundamenta-se na conceção dogmática de propriedade procedente do Direito Romano, que separa as noções de propriedade e posse: estas, "que se confundiam no estágio primitivo, tornaram-se, graças ao Direito Civil, duas coisas distintas e independentes; duas coisas que, segundo a linguagem das leis, já nada têm em comum"[1204]. O Direito Romano trouxe, assim, a certeza de que a conceção primitiva de propriedade era mais uma conceção de posse do Homem sobre um determinado bem.

ENGELS divide a existência do Homem em três estágios: selvagem, barbárie e civilização. Com base nesta tripla evolução de estágios dissecou a evolução do conceito

---

[1201] *Ibid*.
[1202] BEVILACQUA, *Direito das Coisas*, p. 115. Em sentido semelhante, FROMM, *Do Ter ao Ser*, p. 141.
[1203] KELSEN, *apud* VAZ, *Direito Económico*, pp. 43-4.
[1204] PROUDHON, O que é a Propriedade, p. 70.

de propriedade concluindo que, até ao segundo estágio, "a riqueza duradoura limitava-se pouco mais ou menos à habitação, às vestes aos adornos primitivos e aos utensílios necessários para a obtenção e preparação dos alimentos: o barco, as armas, os objetos caseiros mais simples"[1205].

Sobre a propriedade no DH, ENGELS entende que, ainda que, na era dos patriarcas, período anterior à LM,

> "é difícil dizer se o autor do chamado primeiro livro de Moisés considerava o patriarca Abraão proprietário dos seus rebanhos por direito próprio, por ser o chefe de uma comunidade familiar, ou em virtude da sua qualidade de chefe hereditário (…) o certo é que não devemos imaginá-lo como proprietário no sentido moderno da palavra. É indubitável, também, que, nos umbrais da história autenticada, já encontramos em toda a parte os rebanhos como propriedade particular dos chefes de família, com o mesmo título que os produtos artísticos da barbárie, os utensílios de metal, os objetos de luxo e, finalmente, o gado humano e os escravos"[1206].

A consagração do direito de propriedade como direito fundamental consta, atualmente, de vários Tratados Internacionais e Constituições, embora nem sempre tenha tido o alcance e conteúdo normativo que hoje lhe reconhecemos.

Segundo BURDEAU, o direito de propriedade tem raízes no conceito de liberdade: reconhece-se ao Homem uma liberdade pelo inato poder que tem sobre si[1207]. LOCKE reconhece a propriedade como um direito inato ao Homem, um verdadeiro direito natural que garante que

> "cada homem tem uma "propriedade" [na] sua própria "pessoa"; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. Podemos dizer que o "trabalho" do seu corpo e a "obra" das suas mãos são propriamente seus. Seja o que for que ele retire do estado que a natureza lhe forneceu e no qual o deixou, fica-lhe misturado ao próprio trabalho, juntando-se-lhe algo que lhe pertence e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele"[1208].

Desta ideia de que o trabalho do Homem é sua propriedade, assim como os benefícios que dele obtém, percebe-se que é através do trabalho que o ser humano consegue lutar contra a escassez de bens que sustentam a sua existência, passando a ser

[1205] ENGELS, *A Origem da Família*, p. 92.
[1206] *Ibid.*
[1207] BURDEAU, Les libertés publiques, p. 375.
[1208] MELLO, "John Locke", p. 94.

visto não como apenas uma liberdade, mas como uma condição da vida humana[1209]. Numa inequívoca referência à criação e ao trabalho em Gn, LOCKE reforça que, ainda que o Homem retire da natureza os bens criados por DEUS, tudo o que fizer através do seu labor, é propriedade sua. Em Gn 1:28, após a criação, DEUS concede à Humanidade uma Terra plena de bens, conferindo-lhe poder sobre esta: ao Homem estava incumbido o dever de zelar e administrar, dela recolhendo os frutos. A criação estava pronta: o Homem colhia porque já havia sido plantado por DEUS. A partir da queda de ADÃO e EVA, o cenário sofreu alterações: ao Homem agora era incumbido o dever de plantar para colher, de trabalhar (com dor) como meio de sustentar a sua existência (Gn 3:17-9). É deste cenário que LOCKE parte para sustentar a propriedade como *conditio* humana: o trabalho e o fruto deste são propriedade do trabalhador e apenas este tem liberdade de dispor dos benefícios do seu trabalho[1210].

Com o desenrolar da História liberal, nomeadamente através do aparecimento de movimentos revolucionários pela proteção da liberdade e igualdade, nos continentes europeu e norte-americano, que culminou na génese do Constitucionalismo, passou a reconhecer-se a existência de direitos como direitos universais inatos à condição da pessoa humana e como pilares da constituição do Estado. A propriedade, porquanto se compreendeu tratar-se de um direito com estreita conexão à liberdade e ao trabalho, e, por isso, universal e inato à pessoa humana, passou a elencar a Declaração de Virgínia, no art. 1.º, e a DDHC, nos art. 2.º e 17.º. Ainda que através de uma definição demasiadamente ampla, este último art. consagra a propriedade como um "direito inviolável e sagrado, do qual ninguém pode ser privado", admitindo, contudo, uma limitação ao direito de propriedade em caso de "necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indemnização"[1211]. Estava, assim, consagrada uma nova ideia de propriedade: a propriedade privada. Através da extinção de privilégios políticos e sociais reservados aos Senhores Feudais, titulares da propriedade, o direito de propriedade cessou de pertencer ao domínio do Direito Público, passando a fazer parte da esfera do Direito Privado.

---

[1209] LOCKE, *Segundo Tratado*, p. 24

[1210] Sobre a propriedade em LOCKE como uma origem natural de apropriação, cf. ARENDT, *A condição*, pp. 121 ss.

[1211] O PIDCP e o PIDESC "não garantem o direito de propriedade; tal como não o prevê o texto inicial da CEDH, só o prevê o 1.º Protocolo Adicional, de 1952 (e em moldes bastante prudentes)" (MIRANDA, *Manual.* IV, p. 431).

A ascensão dos novos valores sociais que estão na base da Revolução Francesa (*liberté, fratérnité, égalité*) determinou uma quase idolatria do direito de propriedade, agora encarado como um direito individual quase absoluto sobre os interesses coletivos:

> "este novo paradigma exaltava a racionalidade individual do ser humano, o universo visto como um mecanismo composto por partes individuais e regido por leis imutáveis. Como consequência do novo paradigma, ocorre uma valorização do indivíduo e dos interesses individuais em detrimento da comunidade, que vai influenciar de forma decisiva toda a organização social, política e jurídica na Época Moderna. O Direito Moderno tem o seu marco histórico na Revolução Francesa de 1789, que traz modificações no contexto social, político e jurídico, marcado pela conceção individualista, produto da exaltação das liberdades individuas e da mínima intervenção do Estado na organização social"[1212].

Os ideais revolucionários e a proteção *sagrada* do direito de propriedade consagrada na DDHC tiveram o seu apogeu com o *Code Civil* de 1804 que girava em torno da propriedade como direito absoluto, inviolável, exclusivo e perpétuo[1213], onde se reconheceu o direito "de governar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça delas um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos" (art. 544.º).

Na era contemporânea, a propriedade perdeu o caracter absolutista que norteava a caracterização deste direito (exclusividade, perpetuidade e inviolabilidade), em especial devido ao pensamento jurídico-filosófico que orientou o Estado Social, mais focado no coletivo do que no individual, de acordo com as doutrinas de MARX e ENGELS. Com a Revolução Industrial e a organização sindical, a tese da propriedade individual foi perdendo força, cedendo a vários apanágios sociais como o direito ao trabalho, à saúde, educação e proteção social (os chamados *direitos sociais*) e a limitação de liberdades da classe burguesa, em especial no que diz respeito à propriedade privada: era imperioso que o direito à propriedade não incidisse somente nos proprietários individuais, mas na sociedade e bem-estar dos cidadãos. O direito de propriedade alcançou, assim, uma natureza social, limitadora dos direitos individuais em prol do bem comum, sendo consagrado, pela primeira vez, na Constituição de Weimar de 1919, no art. 153.º: "*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll augleich dem Wohle der Allegemeinheit dienen*". À semelhança do ex. alemão, a função social da propriedade passou, assim, a estar vinculada a diversos elencos constitucionais.

---

[1212] CAVEDON, *Função*, p. 18.
[1213] LÉVY, *História da propriedade*, p. 100; RODOTÀ, *Il terribile diritto*, pp. 75 ss.

### 27.4. A PROPRIEDADE NA LEI MOSAICA E NA CRP: CONCLUSÕES

A CRP consagra, de modo amplo e genérico, o direito de propriedade privada no art. 62.º, no Título III da Parte I, dedicado aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, num corte com a tradicional estrutura das Constituições liberais que consagravam o direito de propriedade privada como um direito de liberdade[1214]. Ainda que não conste do elenco de direitos fundamentais da Parte I, trata-se de um verdadeiro direito fundamental inato a todos os indivíduos, fundado na dignidade da pessoa humana com vista à "proteção e garantia de determinados bens jurídicos das pessoas"[1215]. Para CANOTILHO e MOREIRA, é o princípio da dignidade humana que legitima a introdução do direito de propriedade privada no domínio dos direitos sociais, em razão de a sistematização do deste direito fundamental apresentar que o "primado da pessoa é o do ser, e não o do ter", prevalecendo a liberdade sobre a propriedade[1216]. Incumbe, assim, ao Estado a criação de condições em igualdade real, que protejam o direito à propriedade privada dos cidadãos, promovendo o bem-estar e a qualidade de vida destes, na efetivação dos direitos sociais (art. 9.º, al. d).

Além deste conceito de propriedade, a CRP contempla outros conceitos de propriedade, com conteúdos e limitações díspares, outorgando, para cada situação, um regime jurídico específico, de acordo a propriedade em questão e das finalidades a alcançar[1217]: propriedade intelectual (art. 42.º), propriedade da habitação e dos solos urbanos (art. 65.º, n.º 2, al. c) e n.º 4), propriedade dos meios de produção (art. 80.º, al. b) e c), 82.º e 83.º), propriedade agrícola (art. 94.º a 96.º), entre outras. A CRP apresenta, assim, um conceito de propriedade amplo, abrangendo o direito real de propriedade sobre coisas imóveis e móveis, de propriedade científica, literária ou artística, os direitos reais menores, os direitos de crédito e as participações sociais[1218]. Para a CRP, todos os direitos de valor pecuniário passíveis de apropriação gozam de proteção constitucional[1219].

A ideia de propriedade em Israel difere da conceção atual de propriedade, em especial porque não era centrada no Homem, mas em DEUS. Tudo era pertença de Deus,

[1214] Sobre a evolução do direito de propriedade privada na história constitucional portuguesa, MIRANDA, *As Constituições*, pp.7 ss.
[1215] VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, p. 92.
[1216] CANOTILHO; MOREIRA, *Fundamentos*, p. 222.
[1217] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 1276.
[1218] CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, p. 800.
[1219] AMARAL, *Responsabilidade*, p. 548.

o Criador, e o Homem era um mero mordomo ou administrador da Terra – era uma conceção mais próxima da ideia de posse do que de propriedade, pois que podiam gozar da propriedade, mas não dispor dela. Tratava-se, assim, de uma conceção com raízes religiosas, e não civis, não tendo, por isso, qualquer influência na conceção romana de propriedade. Face ao exposto, não se encontra qualquer similitude quanto à conceção constitucional de direito fundamental de propriedade. No entanto, a LM apontava já para a proteção de valores associados à propriedade e trabalho, hoje protegidos pela CRP. A ideia de propriedade, tal como hodiernamente, estava intimamente ligada à ideia de trabalho, pois que se torna inexequível a aquisição de uma propriedade sem trabalho, fonte originária de rendimentos.

O AT e o NT contém diversos vv. que atestam uma equivalência positiva deste mandamento, assentes[1220]:

- no respeito à propriedade de terceiros, o que impede a cobiça. Por isso a LM proíbe a mudança de marcos fixados em propriedades herdadas (Dt 19:14);

- na confiança em DEUS, patente nas ações dos seres humanos: aquele que confia em DEUS guarda a Sua suficiência sobre todos os bens (Pv 28:25; Mt 6:33, Jo 14:13-4; Fp 4:19). Para o Cristianismo, o trabalho não é apenas visto como uma fonte económica, mas como uma motivação espiritual: tudo o que se faz é para Deus (Cl 3:23);

- na honestidade comercial, proibindo-se a apropriação ilegítima de bens de terceiros, nomeadamente através de práticas comerciais desleais, usura e inflação (Dt 25:15; Ef 4:8; 6:9);

- na honestidade do trabalhador, que coopera para a diminuição dos furtos (Sl 128:2). O trabalho era visto como um mandamento de DEUS, de acordo com Gn 1:28. Para a tradição judaico-cristã, no momento em que DEUS criou o homem, criou a sociedade, momento em que providenciou a ADÃO algumas diretrizes sobre a vida em comunidade (trabalho e relacionamentos interpessoais) e incumbindo-lhe a tarefa de criação de uma ordem normativa onde a Justiça fosse o sustentáculo da vida em sociedade (Dt 16:18-20): "*Tomou, pois, o SENHOR Deus ao homem e o colocou no jardim do Éden para o cultivar e o guardar*" (Gn

[1220] REIFLER, *A ética*, pp. 183 ss.

2:15). Ao cultivar e guardar a terra, o Homem estaria a explorar economicamente e a proteger a meio-ambiente. Com o avanço civilizacional e a fundação da Nação, Israel deixou de ser apenas um aglomerado de pastores e agricultores (Êx 22), passando a contar com trabalhos artísticos (Êx 36:1-2), trabalho comercial e administrativo (Pv 12:27), trabalho religioso exercido pelos sacerdotes, profetas e levitas e trabalhos ligados à adoração/música (I Cr 6:31-48; 15:16; 25:16). No NT a aplicação dos princípios mosaicos não sofreu alteração, o que levou S. PAULO a incentivar ao sustento familiar (I Tm 5:8) e ao trabalho honesto: "*se alguém não quer trabalhar, também não coma*" (II Ts 3:10);

- na justiça no trabalho, através de horários de trabalho sustentáveis e de salários justos (I Rs 5:7-18), pagos diariamente (Dt 24:15). No NT, S. PAULO incentiva os empregadores a agirem em equidade e justiça para com os servos, (Cl 4:1).

### 27.5. BREVE ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL DO CRIME DE FURTO

A LM não distingue entre a parte moral ou civil de furto ou roubo[1221], incidindo apenas no ato de tirar algo (bens ou pessoas) que pertence à propriedade de terceiros. Com efeito, a diferença está na raiz primitiva das palavras: *ganab* e *gazel*, respetivamente. Para os hebreus, o roubo consistia num tipo de furto. Sendo a propriedade vista como uma bênção de DEUS e, por isso, sagrada, o furto ofendia o direito de propriedade dos hebreus.

#### 27.5.1. DO FURTO

Através do mandamento "*não furtarás*", DEUS dá o mote moral para a consagração do furto como crime. Ao observar a norma civil concernente a este

[1221] É com a Lei das XII Tábuas que a figura do furto, tal como consagrada atualmente no CP, apresenta uma configuração de vários tipos de furto: o *furtum manifestum* e o *furtum nec manifestum*. O primeiro apontava para os casos de flagrante delito, quando o infrator era surpreendido na prática do ato ilícito ou o transporte de bem furtado. Havendo *furtum manifestum*, cometido por um homem livre no período diurno, o infrator seria fustigado e entregue como escravo à vítima; cometido por um escravo, o infrator seria fustigado e morto (Tábua II, 4); cometido por um impúbere, o infrator seria fustigado com varas, de acordo com as ordens do pretor e condenado ao pagamento de uma indemnização (Tábua II, 5). O segundo apontava para os crimes fora do flagrante delito, situação em que era incumbido à vítima a prova do delito.

mandamento, em Lv 6:2-5, considero que o DH incluía na tipificação de furto quatro tipos de ilícitos: a negação da restituição do bem numa situação de depósito ou penhor, o roubo, a extorsão e a apropriação de um bem encontrado, seguido de falso testemunho por parte do infrator. Em todos, a LM previa a devolução dos bens furtados, acrescida de ressarcimento ao lesado. Quanto à prática do furto e à sua tipificação e sanções, considero que estas apresentavam fins preventivos: não só se pretendia proteger a propriedade, como também se desejava evitar furtos no futuro. Prova disto é a previsão de restituições aos lesados que variavam conforme o valor dos bens ou animais furtados. O furto de um boi deveria ser restituído cinco vezes; uma ovelha, deveria ser restituída quatro vezes (Êx 22:1). Se o animal furtado fosse encontrado com vida, exigia-se o pagamento do dobro do seu valor (Êx 22:4). Se o infrator não tivesse possibilidades de restituir, deveria ser vendido pelo seu furto (Êx 22:3).

Numa situação de furto em propriedade privada, nos moldes supramencionados, todas as perdas e injúrias resultantes da ação criminosa eram sujeitas à LT, havendo lugar a ressarcimento de acordo com o ato ilícito: os ferimentos sofridos pelo proprietário eram retribuídos com ferimentos ao lesante; as propriedades furtadas eram igualmente recompensadas por propriedades de valor equivalente (Êx 21:24-25).

Êx 22:2-3 confere uma particularidade que merece destaque: na hipótese de alguém invadir, no período da noite, uma propriedade privada com a finalidade de furtar bens, a Lei garantia ao proprietário o direito a defender a sua propriedade com recurso a força sobre o invasor, podendo matá-lo em legítima defesa. Já na hipótese de tal ocorrer durante o dia, não havia lugar a exclusão do ilícito criminal.

A ideia do legislador era simples: assumia-se que no momento da invasão o proprietário encontrava-se a dormir, pelo que poderia reagir de forma instintiva e não premeditada, acabando por, na confusão do momento, tirar a vida do infrator. Não se tratava de um ato de vingança, antes um ato de proteção (*non ad summendam vindictam, sed ad repulsandam injuriam*).

A bipartação de crime de furto diurno e noturno prevista na lei civil mosaica parece ter influenciado o Direito Romano, em especial na Lei das XII Tábuas. A Tábua II, além de distinguir sobre o estatuto do infrator (homem livre, escravo ou impúbere), destrinçava igualmente sobre o furto diurno e o noturno: em caso de *furtum manifestum*,

se o proprietário, no período noturno, na defesa dos seus bens, exercesse força sobre o infrator, matando-o, não seria punido.

Porquanto na Antiguidade a legítima defesa sempre foi aplicada como meio de conservação ou de reação contra uma agressão pessoal ou patrimonial, assente em atos instintivos e, portanto, naturais a todos os homens[1222], escasseiam dados suficientes para aferir do entendimento teorético-penal sobre a exclusão de culpabilidade ou da ilicitude do facto típico.

Sem ter a pretensão de esgotar um entendimento sobre o crime de furto no CP, importa referir que, atualmente, consta do art. 203.º, sendo o primeiro do elenco de crimes contra o património, "o portal de entrada dos crimes contra o património"[1223]. Trata-se de uma norma incriminadora com vista à proteção do bem jurídico propriedade.

FARIA COSTA[1224] considera que este crime de subtração é composto de três proposições normativas que delimitam o tipo objetivo de ilícito: *i)* a ilegítima intenção de apropriação, *ii)* a subtração de coisa móvel alheia e *iii)* o valor patrimonial da coisa (um elemento implícito que releva para o correto entendimento do tipo legal de furto) Para o penalista, o furto constitui, um crime intencional, visível na ilegítima intenção de apropriação por parte do infrator que visa, de forma intencional (e não motivacional), desapropriar alguém dos seus bens, passando a querer dispor sobre ele. O agente apropria-se de um bem alheio e subtrai o mesmo à esfera jurídica do seu real proprietário.

ALBUQUERQUE considera, quanto à apropriação, que ela implica sempre a intenção da inversão do título da posse ou detenção, mediante o exercício de um ou mais atos ilícitos intencionais por parte do lesante, que quer tornar seu o bem alheio[1225]. Ao agente do ilícito basta apenas a intenção de apropriação do bem para que se verifique a existência desta, não sendo necessária uma apropriação efetiva[1226].

Sem grande constrangimento interpretativo, entendo que é neste ponto que se encontra a similitude entre a intenção como requisito essencial para qualificação objetiva do furto e a proibição de cobiça de bens alheios, de acordo com Êx 20:17:

---

[1222] JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado*, p. 24.
[1223] AAVV, *Comentário conimbricense*. II, p. 29.
[1224] *Ibid*, pp. 33 ss.
[1225] ALBUQUERQUE, *Comentário*, p. 913.
[1226] *Ibid*, p. 797. No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 381. Em sentido oposto, SÁ PEREIRA; LAFAYETTE, *Código Penal*, pp. 531-2.

"*Não cobiçarás a casa do teu próximo. Não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem o seu servo, nem a sua serva, nem o seu boi, nem o seu jumento, nem coisa alguma que pertença ao teu próximo*".

O vocábulo «cobiçar» aqui utilizado vem da raiz primitiva do hebraico *chamad*, significando "desejar muito" ou "ter prazer em" e compreende o "possuir no coração uma intenção oculta que mais tarde se manifesta em ações concretas de furto e roubo"[1227]. No NT, uma outra palavra grega (*pleonexia*) foi predominantemente utilizada no mesmo sentido, apontando igualmente para uma intenção impura de obter bens materiais ou poder[1228].

Nas narrativas bíblicas esta intencionalidade de apropriação ilícita remonta a Gn 3:6, onde se descrevem as características da cobiça relativamente ao fruto proibido: era agradável ao olho humano, era um bom fruto, os agentes tinham meios para o alcançar e a sua apropriação era ilícita. De fora desta caracterização fica a motivação de Adão e Eva; tal como na época, a motivação dos agentes na prática de um crime são irrelevantes para o discurso jurídico-penal[1229]. Em Êx 34:24, DEUS garante a Israel que Nação alguma *cobiçaria* o seu território, enquanto O adorasse. A utilização do vocábulo *chamad* refere-se, neste v. à intenção incontrolável das outras Nações relativamente ao território de Israel, intenção essa que posteriormente se externalizou em invasões sucessivas.

No NT, JESUS, invocando o décimo mandamento, dissertou sobre a relevância da cobiça como intenção de praticar atos ilícitos, asseverando a intenção de apropriação como ilícito, não se carecendo de uma apropriação efetiva para se configurar este tipo de crime (Mt 5:27-28) [1230].

### 27.5.2. DO RAPTO AO TRÁFICO DE PESSOAS

Por fim, uma última e breve nota atinente ao mandamento "*não furtarás*" quanto à sua aplicação às pessoas. As normas mosaicas decorrentes deste mandamento não possuíam apenas um âmbito de proteção sobre os bens, mas também sobre as pessoas e a

[1227] REIFLER, *A ética*, p. 229.
[1228] Outras palavras foram utilizadas no NT em discursos sobre a cobiça num sentido moral ou espiritual: *philarguría* (Lc 16:14; II Tm 3:2; 6:10) e *epithumia* (Mc 4:19; Jo 8:4; I Ts 4:5; Jd 16-18).
[1229] AAVV, *Comentário conimbricense*. II, p. 34.
[1230] Aqui refere-se ao adultério mas, por analogia, compreende-se que se aplica à intenção de apropriação de bens materiais, para efeitos do disposto em Êx 20:17.

sua liberdade, patente na utilização da mesma palavra hebraica "*ganab*" para furto de pessoas ou bens.

A CRP, para lá da consagração constitucional do direito à propriedade privada, consagra igualmente o direito à liberdade e segurança. Todavia, consagra-os, e bem, como direitos fundamentais distintos, não concebendo a ideia de um tratamento igualitário em relação a bens jurídicos tão distintos como a propriedade e a liberdade e segurança dos cidadãos (art. 27.º, n.º 1 e 2). Aludindo à formulação do art. 5.º, CEDH, a ideia de liberdade a que este art. se refere é a liberdade física ou de locomoção, que expressa "o direito a não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar"[1231].

O DH não fazia a destrinça entre sequestro e rapto de pessoas. Já o CP distingue entre crimes de sequestro e de rapto, estando o primeiro previsto no art. 158.º, n.º1 e o segundo no art. 161º. Para TAIPA DE CARVALHO, o bem jurídico tutelado nestes dois tipos criminais é o mesmo, a liberdade de locomoção, mas o que os destrinça é o seu tipo objetivo de ilícito:

> "o que caracteriza e distingue o rapto do sequestro é a conduta e os meios de a praticar. A conduta de rapto pressupõe e exige (diferentemente do sequestro) a transferência da vítima de um lugar para outro diferente. Na generalidade dos casos, a conduta assume a forma de ação. A segunda diferença está nos meios: violência, ameaça ou astúcia (…), diferentemente do crime de sequestro que não tipifica os meios, utilizando a cláusula geral "de qualquer forma de privar da liberdade"[1232].

De acordo com os vv. apresentados na Parte II, considero que estes especificam situações jurídicas em tudo idênticas às que constam do art. 161.º, n.º 1, CP, constituindo, por isso, crime de rapto. A situação de "achar alguém e vender" (Êx 21:16 e Dt 24:7) implica a transferência da vítima do lugar onde foi encontrada para outro, onde será vendida, independentemente dos meios utilizados para a atrair ou transportar. Assim, julgo ser prudente concluir que todo o rapto tinha como escopo o tráfico de pessoas, tal como está hoje consubstanciado no art. 160.º, n.º 1, CP, um tipo legal de crime com vista à proteção do bem jurídico liberdade pessoal[1233].

---

[1231] CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição*, p. 478. Na jurisprudência, TC, n.º 479/94, proc. n.º 208/94 (MONTEIRO DINIS).

[1232] AAVV, *Comentário conimbricense*. I, p. 694.

[1233] O art. 160.º apresenta hoje, após a transposição da Diretiva 2011/36/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, para o ordenamento português, pela Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto, um

Qual seria, então, a *ratio legis* desta comparação mosaica que iguala os seres humanos a bens materiais? É meu entender que a comparação partia não do olhar do legislador, mas do olhar do próprio praticante do ilícito criminal que objetiva ou desumaniza os indivíduos, igualando-os a mera *mercadoria para venda*[1234]. Esta mercantilização de pessoas, em tudo violadora da dignidade da pessoa humana, retira-lhes o valor, mas não o preço, reduzindo-as a objetos. Este facto parece não ter passado despercebido a *YAHWEH*, que criminalizou a conduta com pena de morte.

Da forma de exploração (ou dos fins do tráfico) para efeitos da LM pouco se sabe, atendendo ao facto, porventura contraditório, de a escravatura estar prevista no DH, em Êx 21:1-11. O que fica inequívoco, face a estes vv., é que o ato de compra de um escravo não deveria ser precedido do seu rapto. Regra geral, a forma mais usada como fonte de escravatura, por se tornar menos dispendiosa, era a da reprodução de escravos na casa do seu senhor, de acordo com Êx 21:4. O senhor da casa providenciava uma mulher para o seu escravo que lhe daria filhos, passando toda a família a ser propriedade do senhor.

## § 28.º DA PROIBIÇÃO DA MENTIRA AO DIREITO À HONRA

### 28.1. "NÃO MENTIRÁS"

Este mandamento proibitivo compreende a interdição de proferir inverdades ou de cometer perjúrio, um mandamento com base na raiz primitiva hebraica "*sheqer*", que significa «mentira» ou «falsidade». Ao contrário dos três últimos mandamentos, que implicavam uma ação física ou manual, este fundamenta-se num ato verbal. Um mero ato verbal que tenha no seu conteúdo uma mentira constitui um pecado contra DEUS e contra o próximo.

De todos os escritores bíblicos, S. TIAGO é o mais insistente na evidente natureza caída que se exterioriza pelos lábios ou pela língua do Homem. Para ele, perfeito é, aos olhos de DEUS, o Homem que refreia a sua língua, que consegue apenas falar a verdade, sem tropeçar na palavra ou manipular outros a seguirem o seu ex. Com efeito, julga até

elenco exemplificativo das formas de exploração da pessoa, que variam entre a exploração sexual e laboral, a extração de órgãos, a mendicidade, a escravidão e a exploração de outras atividades criminosas.

[1234] "Um refém é uma mercadoria. Nem mais nem menos. Ele não tem valor, mas tem um preço" (MOISAN, *Rançons*, p. 11).

ser mais fácil refrear a boca de um cavalo do que a boca de um Homem: ao cavalo basta a colocação de um freio para que se mantenha em silêncio. Ao Homem tal é impossível e indesejável. Por isso apela ao Homem para que seja "*pronto para ouvir, tardio para falar, tardio para se irar*" (Tg 1:19, ARC).

S. TIAGO compara a língua humana a um fogo, chamando a atenção para o perigo que esta constitui:

> "*Assim, também a língua, pequeno órgão, se gaba de grandes coisas. Vede como uma fagulha põe em brasas tão grande selva! Ora, a língua é fogo; é mundo de iniquidade; a língua está situada entre os membros de nosso corpo, e contamina o corpo inteiro, e não só põe em chamas toda a carreira da existência humana, como também é posta ela mesma em chamas pelo inferno*" (Tg 3:5-6).

Não se pense, todavia, que este era um tema restrito à sociedade judaica do NT. Também no AT, em especial através da mão do sábio rei SALOMÃO, se evidenciou a língua do Homem como um órgão capaz de produzir terríveis males na sociedade:

> "*O malfazejo atenta para o lábio iníquo; o mentiroso inclina os ouvidos para a língua maligna*" (Pv 17:4);
>
> "*O perverso de coração jamais achará o bem; e o que tem a língua dobre vem a cair no mal*" (Pv 17:20);
>
> "*Os lábios do insensato entram na contenda, e por açoites brada a sua boca. A boca do insensato é a sua própria destruição, e os seus lábios, um laço para a sua alma*" (Pv 18:6-7);
>
> "*Do fruto da boca o coração se farta, do que produzem os lábios se satisfaz. A morte e a vida estão no poder da língua*" (Pv 18:20-21).

O poder da palavra é, para judeus e cristãos, um dos maiores poderes concedidos por DEUS. É através deste dom que o Homem pode, na sua relação com DEUS, ler e pregar a Bíblia, orar, cantar louvores, entregar as *Boas Novas* a terceiros. Na sua relação com o próximo permite-lhe dialogar, verbalizar emoções, auxiliar e trabalhar. Ainda assim, muitas vezes, o Homem opta por usar a língua para proferir inverdades. "*Com ela, bendizemos ao Senhor e Pai; também, com ela, amaldiçoamos os homens, feitos à semelhança de Deus. De uma só boca procede bênção e maldição*" (Tg 3:9-10).

Também JESUS foi bastante crítico em relação ao mau uso que o Homem faz da sua palavra: relaciona a maldade do coração humano com a exteriorização verbal, reiterando que "*boca fala do que está cheio o coração*" (Mt 12:34). Para Ele, não há meio termo: as palavras do Homem são o espelho do seu coração. Por isso, em discussão com os fariseus, afirma que aquele que mente tem por pai não DEUS, mas o diabo, *o pai da mentira*:

> "*Vós sois do diabo, que é vosso pai, e quereis satisfazer-lhe os desejos. Ele foi homicida desde o princípio e jamais se firmou na verdade, porque nele não há verdade. Quando ele profere mentira, fala do que lhe é próprio, porque é mentiroso e pai da mentira*" (Jo 8:44).

A LM, porque vinda diretamente do coração de um DEUS que *esquadrinha o coração humano e que prova os pensamentos* (Jr 17:10), proíbe veemente toda a palavra que constitua mentira, quer verse sobre a própria pessoa, quer sobre terceiro (s):

> "*Não espalharás notícias falsas, nem darás mão ao ímpio, para seres testemunha maldosa. Não seguirás a multidão para fazeres mal; nem deporás, numa demanda, inclinando-te para a maioria, para torcer o direito*" (Êx 23:1-2);

> "*Não perverterás o julgamento do teu pobre na sua causa. Da falsa acusação te afastarás; não matarás o inocente e o justo, porque não justificarei o ímpio. Também suborno não aceitarás, porque o suborno cega até o perspicaz e perverte as palavras dos justos*" (Êx 23:6-8).

Para lá da interdição da mentira *per se*, sempre nefasta nos seus efeitos em relação à pessoa que a profere e à que a ouve, a proibição da mentira tinha especial relevância para o *processo judicial* de então. Na falta de prova concreta que pudesse ser utilizada para provar o cumprimento (ou tentativa) de um crime, utilizava-se a prova testemunhal, dado o grande valor probatório que lhe era inato. Com efeito, sendo o Homem feito à imagem e semelhança de DEUS, compreendia-se a insistência divina para com a observância total deste mandamento: a palavra do Homem tinha valor perante Deus e perante o próximo.

As normas hebraicas decorrentes deste mandamento assentavam numa igualdade conferida a todos: homens, mulheres, servos e estrangeiros. Ao contrário de outros mandamentos, como, por ex., o da proibição do adultério, e da medida das penas

aplicadas, este mandamento contemplava na sua base o respeito pela igualdade entre todos os indivíduos. Tal situação explica-se pelo valor da palavra que todos deveriam ter, em especial no decorrer de um processo. O processo judicial iniciava-se com a certeza da idoneidade das testemunhas, acreditando-se que iriam proferir a verdade sem levantar falsos depoimentos conforme fosse mais favorável ao *justo* ou ao *injusto*, ao pobre ou ao rico.

No caso de incumprimento deste mandamento, em situação de prova testemunhal, à testemunha em perjúrio seria aplicada a LT: após a inquirição perante os juízes era aplicada a mesma transgressão (como sanção) que a testemunha alegou ter presenciado, de acordo com Dt 19:15-21.

Na Bíblia, a ofensa contra a honra apresenta diversas faces, podendo constituir desrespeito, respostas escapatórias (Gn 4:9), engano deliberado (Gn 27:19), murmuração, injúrias, intrigas, ofensas, calúnias, críticas, entre outras.

Com efeito, "quando não se pode confiar nas palavras, a sociedade começa a desintegrar-se. Os contratos são inúteis, as promessas são vazias, o sistema judiciário torna-se numa farsa e todos os relacionamentos pessoais são suspeitos"[1235]. É meu entender que a função deste mandamento era a de construir uma sociedade saudável, na qual toda a comunidade pudesse viver com um sentido comum de *Verdade* e de *Justiça*, de confiança no próximo, valores éticos ainda hoje privilegiados nas sociedades pós-modernas (So 3:13).

### 28.2 A PROTEÇÃO MOSAICA DA HONRA

A proteção da honra nas sociedades antigas era fundamental para a boa convivência social. Ainda hoje o é. Pessoa alguma deseja ver a sua honra, ou da sua família, ameaçada. Esta necessidade humana, por espelhar, de certo modo, a fragilidade humana, não passou despercebida a DEUS, que proibiu a disseminação de inverdades entre os homens.

A mentira é um problema tão antigo quanto a Humanidade, certamente. Olhando às narrativas bíblicas, logo no cap. 3 de Gn encontra-se aquela que é *a mãe de todas as*

[1235] WIERSBE, *Comentário bíblico*, p. 420.

*mentiras*, proferida pela boca de SATANÁS de forma a enganar EVA. Até à entrega da Lei, muitas outras mentiras foram registadas nas Escrituras, atestando a necessidade de regular esta matéria. Uma vez que a LM não distinguia sobre os aspetos civis e religiosos e morais, tornou-se facilmente exequível a inserção deste mandamento no Decálogo.

LUTERO considera que este mandamento apresenta três aplicações práticas[1236]:

> *i)* aplicação civil, na proteção da honra de terceiros, "deixando ser justo o que justo é (…), não torcer nem encobrir ou silenciar, sem levar em consideração dinheiro, bens, honra ou poder"
>
> *ii)* aplicação espiritual, na diferenciação entre os crentes verdadeiros e os hereges, falsos profetas e apóstatas;
>
> *iii)* aplicação moral, no respeito pelo próximo: "ninguém deve causar dano ao próximo com a língua, quer se trate de amigo, quer de inimigo, nem deve falar mal dele, pouco importa se é verdade ou mentira, a menos que seja decorrência de mandato ou vise a melhorar".

Em conclusão, o mandamento "*não mentirás*" deixa clara a posição de DEUS face à mentira: total proibição. Para Ele, não relevam as boas intenções que possam existir por detrás de uma inverdade: uma mentira será sempre uma mentira, e será prejudicial para quem a diz e para quem a ouve. Não admite que terceiros firam a dignidade de outra pessoa, impondo, por isso, esta restrição, baseada numa moralidade fortemente condenatória.

Trata-se, assim, de um mandamento com um alcance limitado quando comparado com o disposto no art. 26.º, que tutela não só o lado moral inerente a cada pessoa humana, como também os seus lados físico e emocional. A CRP não aborda a proibição da mentira deste modo tão simples. O mais próximo da letra do mandamento será o crime de falsidade de depoimento ou declaração, falsidade de testemunho, ou o suborno, nos termos dos art. 359.º, 360.º e 363.º, CP, respetivamente. Todavia, protege a honra, palavra e a imagem da pessoa, no respeito pela dignidade humana, conforme o disposto no art. 26.º. O bem jurídico protegido neste art. é o mesmo que o mandamento "não mentirás"

[1236] De acordo com SCHÜLER, *Livro da Concórdia*, p. 435.

protege através da proibição: o bom nome, a boa reputação, a boa imagem, a honra do seu titular e, inerente a ele, da sua família.

### 28.3. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

A CRP consagra, no art. 26.º, alguns direitos pessoais ou de personalidade que espelham, na sua essência, o disposto nos seguintes textos internacionais: DUDH (art. 1.º, 7.º, 12.º, 15.º e 16.º), PIDCP (art. 16.º, 17.º e 24.º, n.º 3), CEDH (art. 8.º) e CDFUE (art. 7.º e 8.º, n.º 1).

O elenco apresentado foi alvo de quatro revisões constitucionais, que foram salvaguardando a proteção constitucional de vários bens jurídicos, um facto relevante à medida que a sociedade evoluía, tais como dos direitos à capacidade civil, à cidadania e à imagem e a inserção do atual n.º 4 (revisão de 1982), o direito à palavra (revisão de 1989), os direitos ao desenvolvimento da personalidade e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação e a inserção do atual n.º 3 (revisão de 1997). Por fim, o legislador constitucional procedeu à inserção da palavra "obtenção" na redação do n.º 2, o que clarificou que as "garantias nele previstas valem, não apenas contra a utilização, mas também contra a obtenção abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias"[1237] (revisão de 2004).

Esta norma constitucional não constitui uma lista taxativa de direitos fundamentais, pois muitos há que constam de outros diplomas, em especial do CC, nos arts 70.º e seguintes, e do CP, nos art. 180.º e seguintes.

A CRP, no art. 1.º, consagra o princípio da dignidade humana, a base valorativa de todas as pessoas e, portanto, do Estado de Direito democrático, proclamando a pessoa humano como o fundamento e o fim da sociedade e do Estado". O art. 26.º é, na conceção de MIRANDA e MEDEIROS, "a sede fundamental do direito geral de personalidade (…) a expressão direta do postulado básico da dignidade humana"[1238], ou seja, os direitos de personalidade, a par dos restantes direitos liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, têm na dignidade humana a sua fonte ética[1239].

---

[1237] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 603.
[1238] *Ibid*, p. 607.
[1239] Os direitos pessoais consagrados na CRP decorrem diretamente da própria dignidade humana, anterior ao próprio Estado de Direito. O art. 26.º revela-se como a expressão prática da dignidade humana, pois que

PAIS DE VASCONCELOS reitera este entendimento, declarando o direito de personalidade como um "direito subjetivo que tem como fim a defesa da dignidade humana de cada uma das pessoas singulares, integra no seu conteúdo um número, em princípio, não limitado de poderes, que constituem a sua estrutura. Estes poderes são aqueles que forem necessários, ou mesmo apenas convenientes, ou simplesmente úteis, para que o fim do direito de personalidade seja realizado com êxito"[1240].

No entendimento de CUPIS, os direitos de personalidade funcionam como guardiões dos bens jurídicos inerentes à existência humana, referindo que "há no ordenamento jurídico, uma hierarquia entre os bens. O objeto dos direitos de personalidade são os bens de maior valor jurídico, sem os quais os outros perdem o valor. São os bens da vida, da integridade física, da liberdade. São caracterizados por uma não-exterioridade e constituem categorias do ser, não do ter"[1241].

Esta inerência à existência humana é conferida no momento do nascimento da pessoa, sendo, por isso, de Direito Natural. Os direitos personalidade antecedem, assim, a "criação de um ordenamento jurídico, posto que nascem com a pessoa, de modo que precedem e transcendem o ordenamento positivo, considerando existirem pelo só fato da condição humana"[1242].

De forma sumária, os direitos pessoais (ou de personalidade) que integram o elenco constitucional do art. 26.º podem ser divididos em três grupos:

*i)* direitos físicos, que tutelam o corpo humano na sua totalidade, em vida e após a morte, a integridade física, a voz e imagem da pessoa;

*ii)* direitos emocionais, que tutelam a vida privada, integridade psíquica e emocional;

*iii)* direitos morais, que tutelam a honra, o bom nome e criações intelectuais

constitui uma espécie de bitola que orienta e demarca os limites ao exercício de todos os outros direitos fundamentais. Olhe-se, por ex., para a liberdade de imprensa: a sua livre expressão terá de ter sempre em conta o direito de personalidade consignado neste art. e a tutela dos direitos igualmente nele consignados: o bom nome, a honra, a imagem, a palavra a intimidade da vida privada. Merece nota ainda, para que se perceba a importância deste direito geral, o facto de muitos direitos nele consagrados não admitirem restrições pela declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, nos termos do art. 19.º, n.º 6.

[1240] PAIS DE VASCONCELOS, *Direito*, p. 41.

[1241] CUPIS, *Os direitos*, p. 241.

[1242] STOCO, *Tratado*, p. 1613.

Por definição, são direitos que permitem ao seu titular o direito (subjetivo) de defender a sua identidade pessoal, o seu bom nome e reputação, a sua imagem ou palavra, a reserva da intimidade da sua vida familiar e a sua liberdade, nos termos do art. 26.º, n.º 1. São posições jurídicas fundamentais inatas à essencialidade da pessoa humana: são-lhe reconhecidos pela sua existência[1243] física, moral e jurídica[1244].

Em razão de semelhantes direitos se constituírem como fundamentais, cumpre ao Estado a proteção da posição jurídica da pessoa, de acordo com a dignidade da pessoa humana. Com efeito, o direito geral de personalidade apresenta como bem jurídico a pessoa em si, na sua feição física e moral, que, enquanto parte integrante da sociedade, interage socialmente com outros, de acordo com a sua autonomia da vontade e executa ações externas, reveladoras da sua personalidade e valores. Com efeito, é esta autonomia da vontade que a torna diferente de todos os seres e que lhe confere dignidade humana.

Os direitos pessoais são, *per se*, direitos de pessoas físicas, o que não impede a sua inserção na esfera jurídica das pessoas coletivas. De facto, embora estas se assumam, por razões lógicas, dissemelhantes das pessoas singulares, numa perspetiva de respeito pela dignidade humana e pelos direitos que estão associados, as pessoas coletivas gozam, do mesmo modo, de direitos compatíveis com a natureza humana, nos termos do art. 12.º, n.º, 2. Seguindo a mesma lógica de interpretação, os direitos pessoais estendem-se também às pessoas físicas já falecidas[1245]. O dever de respeito pela pessoa humana prevalece para lá da existência física da pessoa, em respeito da memória da pessoa que outrora existiu[1246]. Este direito acolhe especial proteção no âmbito do Direito Civil que determina que "os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular", nos termos do art. 71.º, n. º1, CC, sendo de notar, ainda, a tutela penal concedida à memória da pessoa falecida, de acordo com o disposto no art. 185.º, CP[1247].

Da positivação do art. exige-se o respeito pela identidade da pessoa, ou seja, tudo o que a caracteriza enquanto pessoa humana e a distingue, na sua singularidade, de todas as outras, em contexto societário. Tal direito permite ao indivíduo, de acordo com a sua

[1243] CABRAL DE MONCADA, *Lições*, pp. 279-280.
[1244] CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, p. 156
[1245] CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral*, pp. 283 ss; MATOS, *Responsabilidade Civil*, pp. 383 ss.
[1246] SILVA, Esboço de uma conceção personalista do Direito, p. 93.
[1247] STJ, proc. n.º 98A1195, de 03-02-1999 (GARCIA MARQUES); STJ, proc. n.º 2612/07.2TVLSB.L1.S1, de 15-05-2013 (FONSECA RAMOS).

verdade pessoal, em concordância com os limites da liberdade e da ordem pública, o direito a viver em harmonia consigo e a exteriorizar essa essência nas mais variadas opções que possa tomar ao longo da sua existência, sem que, por isso, possa ser alvo de discriminações ou de perseguições, nos termos do art. 13.º. Esta identidade pessoal não deve, contudo, ser confundida com um outro direito inscrito no elenco do art. 26.º - o direito ao nome ou o direito à identidade civil[1248]. Ainda que intimamente ligados, pois que o nome revela o que a pessoa é, ou sente ser, são direitos distintos. Enquanto o primeiro revela a pessoa em si mesma, este aponta para a identificação da pessoa. É a marca formal da identidade humana, o que permite identificar, reconhecer e distinguir uns indivíduos dos outros[1249].

Coisa diferente, que não deve ser confundido com os precedentes, é o direito fundamental à cidadania, ou seja, o direito a não ser privado da cidadania portuguesa por motivações políticas, mediante medidas arbitrárias, de acordo com o art. 15.º, da DUDH (por aplicação do disposto no art. 16.º, n.º 2), e o direito a ter uma nacionalidade e a mudar de nacionalidade. O carácter de direito fundamental confere-lhe assim, de acordo com o art. 26.º, n.º 4, a exigência ao Estado da criação de políticas públicas que permitiam a sua efetivação.

O direito ao bom nome e à reputação é outro dos direitos elencados. Trata-se de uma proteção jurídico-constitucional da ideia social que a todas as pessoas é devida. É, em bom rigor, o direito à honra que, uma vez atingido, afeta a dignidade humana, pelo que se entende a preocupação do legislador constitucional, que se estende, ao Direito Civil e ao Direito Penal. O direito ao bom nome e à reputação, porque se refere a uma "honra exterior ou objetiva, à representação que os outros têm sobre o valor de uma pessoa"[1250], protege, de igual modo, o crédito pessoal das pessoas particulares ou institucionais, salvaguardando-se, assim, o património e a economia destas.

Na sequência da positivação do direito à honra como direito fundamental, coube ao Estado promover um conjunto de normas que protegessem a pessoa titular deste direito. Neste sentido, criminalizaram-se determinados tipos de comportamentos como a injúria, a difamação, a calúnia, o abuso da liberdade de imprensa, e a "admissibilidade,

[1248] Sobre o direito à identidade civil, ANTUNES, *Comentário*, pp. 154 ss.
[1249] TC, n.º 430/00, proc. n.º 761/99 (MESSIAS BENTO).
[1250] COSTA ANDRADE, *Liberdade*, p. 79.

no âmbito da responsabilidade civil, da compensação dos danos não patrimoniais advenientes de atuações ilícitas por ofensa do bom nome e da reputação das pessoas"[1251].

Os direitos à palavra e à imagem, igualmente consagrados no art. 26.º, expressam a autonomia pessoal consagrada constitucionalmente na conceção da dignidade humana. Numa delimitação negativa, tais direitos proíbem o registo ou a divulgação de imagens da pessoa sem o seu prévio consentimento, "conferindo assim um direito "à reserva" e à "transitoriedade" da palavra falada e da imagem pessoal"[1252]. Numa delimitação positiva destes direitos fundamentais, salvaguarda-se a proteção da pessoa contra o registo, seja qual for o formato utilizado, a difusão e outras utilizações não consentidas por parte do lesado, assim como a integridade moral de uma conversa, em contexto familiar, social ou laboral, pela garantia de confidencialidade das palavras cujo consentimento para divulgar não foi, de modo algum, dado[1253].

Por fim, o art. 26.º consagra o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar[1254], que compreende a oposição à divulgação da vida privada e o direito ao respeito da vida privada. Atualmente, apresenta-se como um direito que vai além da típica intromissão entre vizinhos que pretendem ver o seu espaço familiar protegido de intromissões alheias[1255]. Com efeito, refere-se mais à forma como os cidadãos podem controlar as informações que lhes são concernentes. Numa era que toda a vida está debaixo da mão invisível do digital e em que a larga maioria das pessoas tem acesso a redes sociais onde a partilha de dados e informações privadas, por vezes sem o conhecimento dos lesados, é superior ao que seria expectável numa sociedade informada como a que vivemos, a tutela constitucional deste direito confere a faculdade de conservar na esfera privada dos cidadãos todos os dados pessoais que sejam apenas concernentes à sua esfera íntima, concedendo-se, consequentemente, o direito a impedir o acesso, a divulgação e o uso não autorizado desses dados. Nos casos especificados na lei, garante-se ainda o direito de informação, de acesso, de retificação, de apagamento, de portabilidade e de limitação do tratamento[1256], de forma a proteger-se de possíveis

[1251] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 617. Na jurisprudência, STJ, proc. n.º 941/09.0TVLSB.L1.S1, de 21-10-2014 (GREGÓRIO SILVA JESUS); STJ, proc. n.º 24555/17.1T8LSB.L1.S1, de 02-12-2020 (FÁTIMA GOMES).
[1252] MIRANDA; MEDEIROS, *Constituição*, p. 618.
[1253] TRE, proc. n.º 267/08.6TAVRS.E1, de 14-02-2012 (EDGAR VALENTE).
[1254] OLIVEIRA ASCENSÃO, "A reserva", pp. 9 ss.
[1255] TC, n.º 128/92, proc. n.º 260/90 (MESSIAS BENTO).
[1256] Art. 12.º ss, RGPD.

"obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias", nos termos do art. 26.º, n.º 2.

Assim, a proteção normativa-constitucional deste direito é relativa não só aos atos ou dados pertencentes à vida privada ou particular de cada indivíduo, mas também aos atos ou dados da sua vida familiar, os quais, de forma sucinta, aqui deixamos[1257]:

- dados relativos a origens étnicas;

- dados genéticos;

- informações pessoais ou de identidade (filiação, estado civil, contactos telefónicos, número de identificação civil, número de contribuinte, entre outros);

- vida familiar, sentimental ou sexual (dados escritos, captação de voz, som ou imagem);

- domicílio;

- comunicações privadas (cartas, e-mails, chamadas telefónicas ou informáticas);

- dados de saúde (informações sobre sangue, condições médicas, patologias e outras);

- documentos e outros elementos sobre a situação patrimonial, financeira e fiscal;

- convicções políticas, ideológicas, filosóficas, sindicais, associativas e religiosas;

- orientação sexual e outros dados relativos ao género;

- informações sobre atividades de lazer e períodos de férias.

### § 29.º "NÃO COBIÇARÁS"

O vertente mandamento apresenta uma novidade legal que, pela moralidade adjacente, distingue o Decálogo de todas as outras leis que o antecederam e sucederam

[1257] ANTUNES, *Comentário*, pp. 205-6.

na história do Direito. Em bom rigor, a sua positivação não se encontra em Constituição alguma, pelo que não tem qualquer correspondência no elenco da CRP.

Trata-se, pois, de um mandamento que aponta diretamente ao coração do Homem, porquanto é no lugar mais íntimo do ser humano que se desenvolve a toda a espécie de rebelião, seja contra DEUS, seja contra o próximo. É este o mandamento que dirige o cumprimento ou incumprimento dos mandamentos precedentes, pois que assenta totalmente sobre as reais intenções do coração, ou da vontade humana; é, pois, a vontade humana que pode levar a matar, adulterar, furtar ou mentir.

Se nos mandamentos precedentes se materializa a proibição do ato ilícito externo, este espiritualiza, ou moraliza, a intenção do agente. É, pois, um mandamento inteiramente religioso, pois que só Deus conhece o coração do Homem: "*O SENHOR não vê como vê o Homem. Pois que o Homem vê o que está diante dos olhos, porém o SENHOR olha para o coração*" (I Sm 16:7, ARC). A espiritualização da intenção do Homem de acordo com os desígnios do seu coração está patente ao longo das Escrituras:

> "*Cria em mim, ó Deus, um coração puro e renova em mim um espírito reto*" (Sl 51:10, ARC);
>
> "*Guardo no coração as tuas palavras, para não pecar contra ti*" (Sl 119:11);
>
> "*Bem-aventurados os limpos de coração, porque verão a Deus*" (Mt 5:8).

De acordo com a doutrina cristã, uma vez que o Homem foi criado à imagem e semelhança de DEUS, Ser com personalidade, racionalidade e intencionalidade nas Suas ações, também o Homem, por via natural, acedeu a tais atributos, através do chamado livre-arbítrio. À parte da doutrina da salvação, ao Homem foi concedida a liberdade de pensamento, de escolha, de ação. Ainda que se admita a criação do Homem e mulher de acordo com a narrativa de Gn, não se afigura sensato concluir que, por existir um Criador que acompanha o Homem desde o período que antecedeu a sua formação biológica[1258], determinará unilateralmente todo o pensamento humano, interferindo na escolha racional diária do Homem. Desde os primórdios, ao Homem foi ditada a Lei no seu íntimo,

[1258] Jr 1:5.

permitindo-lhe conhecer o certo e o errado, de modo a tomar boas ou más decisões de acordo com o que entende ser o melhor caminho para a sua existência.

Tendo o Homem uma natureza caída e uma liberdade que tende, em certos momentos, a violar a Lei divina, entregando-se às concupiscências da carne[1259], entendeu DEUS colocar como mandamento final uma advertência quanto ao coração do Homem, de onde procedem as saídas da vida[1260], sobre a cobiça existente no mesmo, seja relativamente à mulher do próximo, seja relativamente aos bens do próximo:

> "*Não cobiçarás a casa do teu próximo. Não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem o seu servo, nem a sua serva, nem o seu boi, nem o seu jumento, nem coisa alguma que pertença ao teu próximo"*(Êx 20:17).

O indivíduo que tende a cobiçar, isto é, a alimentar desejos interiores por algo não aprovado por DEUS, transgride um ou vários mandamentos de forma a alcançar as vontades do seu coração, pois que "*do coração procedem maus desígnios, homicídios, adultérios, prostituição, furtos, falsos testemunhos, blasfémias. São estas as coisas que contaminam o homem*" (Mt 15:19-20).

Deste modo, o Decálogo termina com uma chamada de atenção para o bom relacionamento com o próximo pois que, aquele que ama o seu próximo, de acordo com Lv 19:18 e Mt 22:34-40, não permite a cobiça, não rouba, não mata, não mente sobre o próximo. Com efeito, nas palavras de S. PAULO, o amor é o cumprimento da lei:

> "*A ninguém fiqueis devendo coisa alguma, exceto o amor com que vos ameis uns aos outros; pois quem ama o próximo tem cumprido a lei. Pois isto: Não adulterarás, não matarás, não furtarás, não cobiçarás, e, se há qualquer outro mandamento, tudo nesta palavra se resume: Amarás o teu próximo como a ti mesmo. O amor não pratica o mal contra o próximo; de sorte que o cumprimento da lei é o amor*" (Rm 13:8-10).

[1259] Gl 5:13-4).
[1260] Pv 4:23.

# PARTE III

# DO DIREITO E DA RELIGIÃO:

# A NEUTRALIDADE RELIGIOSA DO ESTADO CONSTITUCIONAL

# CAPÍTULO I – A RELIGIÃO E O DIREITO CONSTITUCIONAL

*Há que sacudir o Mundo para o deixar*
*reduzido, antes de mais, ao que é inevitável.*
Ortega y Gasset

## § 30. A RELIGIÃO E O DIREITO: ENQUADRAMENTO RELIGIOSO NUMA COMUNIDADE CONSTITUCIONAL

### 30.1. EMERGÊNCIA HISTÓRICA DA RELIGIÃO

Na década de 1960, PETER BERGER dava como indubitável o declínio da Religião nas sociedades desenvolvidas. A Religião, para ele um mero registo antropológico das comunidades primitivas, consistia apenas num facto histórico das sociedades não alcançadas pelos ventos do secularismo, que contrastava com um futuro sem Religião, revelador dos feitos do Homem ao longo de vários séc. de progresso. Trinta anos após esta declaração, BERGER retratou-se, reconhecendo que a sua tese sociológica e antropológica havia sido moldada pelos pensamentos de WEBBER, para quem a Religião era um instrumento de controlo social. Em 1999, na obra *The Desecularization of the World: Resurgent Religion and Global Politics*, BERGER legitima que a Religião não constitui apenas uma marca histórica de todas as sociedades, mas é também (e principalmente) um bem essencial para o Homem contemporâneo: "argumento ser falsa a suposição de que vivemos num mundo secularizado. O mundo de hoje (…) é tão ferozmente religioso quanto antes, e até mais em certos lugares"[1261].

Na atualidade, o pluralismo religioso é marca característica da sociedade ocidental. Na Parte I observei a evolução histórica, jurídica e cultural de várias civilizações e compreendi que nelas ia crescendo, ainda que timidamente, o sentimento de diversidade, em várias áreas. Destaco, como ilustração desta afirmação, a inclusão dos estrangeiros na comunidade hebraica ou a promoção da liberdade religiosa no Império persa, pela mão de Artaxerxes I. Ainda assim, a pluralidade nem sempre foi acolhida pelo espírito de tolerância; nem sempre o chamado *discurso à tolerância* se mostrou tolerante perante a diversidade de confissões religiosas.

[1261] BERGER, *The Desecularization*, p. 2.

Prova da centralidade da liberdade religiosa na Europa moderna, a Paz de Westfália, celebrada em 1648, pôs fim a um vasto período de guerras religiosas que devastaram a Europa, "rematada pela Guerra dos Trinta Anos (1618-1648)"[1262]. Se, no plano jurídico-constitucional, os Tratados de Osnabruque e de Münster afirmaram a igualdade entre Estados soberanos, dando origem ao Direito Público Internacional[1263], no plano secular, graças às disposições baseadas no princípio *cuius regio, eius religio*[1264], concederam aos poderes seculares a legitimidade para reformar a Igreja local, colocando a tolerância religiosa como condição *sine qua non* do cumprimento dos Tratados.

Assim sucedeu na teoria. A Paz de Westfália parecia ser a resposta adequada aos conflitos religiosos, todavia os esforços efetuados mostraram-se débeis. Ainda que de um modo mais controlado, os conflitos entre religiões sucederam-se no tempo. O direito à liberdade religiosa, o dever de tolerância e as "limitações morais colocadas sobre os líderes [religiosos] entravam em conflito com o direito soberano de ditar a fé do reino"[1265], o que culminou numa divisão entre a Europa católica e a Europa protestante e no eterno debate sobre a relação entre o Estado e a Igreja[1266].

Perante a continuidade destes conflitos, LOCKE revelou-se como um verdadeiro vaticinador da separação entre o Estado e a Igreja, através da *Carta sobre a Tolerância*, que visava "distinguir, claramente, o que diz respeito ao governo civil do que diz respeito à Religião, fixando, deste modo, as fronteiras entre umas questões e outras"[1267]. Para o filósofo, o Estado consistia numa sociedade formada por homens, composta com o intento uno de "preservar e desenvolver os interesses de índole civil"[1268] [1269], enquanto a Igreja compreendia uma "sociedade de homens livres que se juntam voluntariamente para servir a Deus em público e prestar-lhe o culto que julgam ser-Lhe agradável e próprio para a salvação das suas almas"[1270]. Na destrinça que apresenta na supramencionada obra, LOCKE efetua, em breves linhas, uma caracterização do Estado e da Igreja (conceito que

[1262] LINDBERG, *História*, p. 167; WATSON, *The evolution*, pp. 182 ss.
[1263] BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional*, pp. 90-1.
[1264] De acordo com este princípio, facilmente associado às teses de HOBBES, a religião do Monarca católico ou protestante deve ser a religião dos seus súbditos, cabendo àquele o exercício do poder eclesiástico em exclusividade (HOBBES, *Leviathan*, p. 568).
[1265] VIEIRA DE JESUS, "O baile", p. 228.
[1266] GROSS, "The Peace", pp. 20 ss.
[1267] LOCKE, *Carta*, p. 15.
[1268] Tais como a vida, a liberdade, a saúde, o descanso e a posse de bens pecuniários, móveis e imóveis.
[1269] LOCKE, *Carta*, p. 15.
[1270] *Ibid*, p. 21.

facilmente se dilui no de Religião) que auxiliou na conceção da ideia de separação entre as duas esferas[1271]:

> - cumpre ao Estado assegurar, através da implementação de uma legislação geral e abstrata, a justa posse de bens correspondentes a cada indivíduo, não se imiscuindo em assuntos da alma humana, pois que o cuidado desta jamais poderá ser entregue ao Estado (magistrado civil) ou a terceiros. Tal legitimidade seria inadmissível, pois que "ninguém pode a tal ponto abandonar o cuidado da sua própria salvação que a deixe cegamente nas mãos de outro, seja príncipe ou súbdito, que lhe imponha a fé ou culto que deverá professar"[1272];
>
> - não está incumbida ao Estado a preocupação de cariz espiritual com a alma do Homem em razão de àquele pertencer somente um *poder exterior* ou temporal. Na conceção do filósofo, a Religião constitui "matéria da íntima convicção do espírito"[1273], à qual o Estado não pode aceder em caso algum, seja por coação, tortura ou prisão. O poder da espada estatal "não pode ser estendido às questões da fé ou formas de culto. Estas não podem ser ordenadas pela força das leis"[1274];
>
> - a Igreja, ao contrário do Estado, é uma sociedade livre e constituída por voluntários que se unem, em comunhão, pela fé que professam. LOCKE entendia que a Religião não se constituía por herança, cabendo antes a cada indivíduo a escolha da sua convicção religiosa ou Igreja; a iniciativa de professar determinada fé e de nela permanecer tinha apenas como escopo primordial a busca pela salvação e vida eterna, cabendo a cada crente a decisão intransferível de se unir ou de se desligar de forma voluntária[1275].

A tese lockiana deu o mote inicial para um debate que perdura até à atualidade: a relação que um Estado deve ter com a Religião e qual a sua posição face ao pluralismo religioso e não religioso. Se, numa fase inicial, poderia discutir-se sobre a legitimidade de tal relação, *que se quer separada, mas próxima*[1276], hodiernamente a questão parece

---

[1271] *Ibid,* pp. 15 ss.
[1272] *Ibid,* p. 17.
[1273] *Ibid,* p. 18.
[1274] *Ibid,* p. 19.
[1275] ALVES PRATAS, *O Direito*, pp. 51 ss.
[1276] Expressão utilizada por RAIMUNDO, "Direito Administrativo", p. 224. A expressão relembra as teses de Tocqueville sobre a essencialidade da Religião numa sociedade democrática, dando como exemplo a

ter ganho novos contornos, pois o que se torna relevante apreciar são os limites da mesma. Isto é, os limites da laicidade constitucionalmente consagrada.

Tal apreciação parte da convicção (e não preconceito) de que a Religião é, com efeito, um fenómeno de elevada expressão em Portugal, deixando de ser um assunto meramente social ou transcendente, em razão de, ao longo dos últimos dois séc. ter assumido uma colossal relevância jurídico-política[1277]: a de bem humano essencial protegido pelo direito fundamental à liberdade religiosa, nos termos dos art. 18.º, DUDH, art. 9.º, CEDH e art. 41.º.

### 30.2. DA INTOLERÂNCIA RELIGIOSA AO LAICISMO

A conceção de liberdade religiosa, ou até mesmo de tolerância religiosa, nem sempre foi linear. A IC cooperou, com elevado grau de nocividade, para o desenvolvimento da intolerância entre os povos, em especial através da Inquisição[1278], que promovia a violência contra o património cultural e religioso, de forma a punir os movimentos heréticos (como o maniqueísmo, valdismo e, mais tarde, o catarismo[1279]), a combater a pluralidade de opinião e crenças e a purificar a IC[1280]. Deste modo, a IC retomou a centralidade das decisões políticas, passando a influenciar o poder político[1281].

---

seguir o da diversidade religiosa da América. Cf. TOCQUEVILLE, *apud* NOONAN, *The Believer*, pp. 162 ss.

[1277] RAIMUNDO, "Direito Administrativo", p. 223.

[1278] "É preciso começar reconhecendo a amplitude do tema. De 1478 a meados do século XVIII, a Inquisição foi a mais poderosa instituição da Espanha e das suas colónias nas ilhas Canárias, na América Latina e nas Filipinas. A partir de 1536, no vizinho Portugal e nas colónias portuguesas na África, na Ásia e no Brasil, a Inquisição foi preeminente durante 250 anos. Isso quer dizer que foi uma força significativa em quatro continentes por mais de três séculos; estamos tratando de um período que se estende da unificação da Espanha sob Fernando e Isabel, no século XV, às guerras napoleónicas" (GREEN, *Inquisição*, p. 30).

[1279] CÁRCEL *L'inquisizione*, p. 6.

[1280] BENAZZI; D'AMICO, *Il libro nero*, p. 8.

[1281] "A sociedade antiga era de índole religiosa. Do mesmo modo o Estado antigo e o Estado medieval, com suas crenças religiosas, o primeiro dominado pelo paganismo e o segundo pelo catolicismo. A Idade Média assistiu ao domínio pleno da IC, inclusive atuando na esfera política, com a ideia da espada temporal e da espada espiritual, do poder sobre o mundo e sobre as almas. A religião católica teve predomínio intenso, impedindo a liberdade de crença e de culto, queimando nas fogueiras da Inquisição os hereges e os que discordavam de sua orientação. Basta lembrar o caso de Giordano Bruno, queimado em 1600, torturado lentamente na fogueira durante duas horas, por defender ideias que foram inclusive adotadas por Einstein. Inúmeras figuras pagaram com a morte as suas crenças, como um crime de lesa-religião. Guerras surgiram entre as nações e massacres entre as pessoas da mesma pátria, como na noite de S. Bartolomeu, na França, em 1572, quando os católicos trucidaram inúmeros huguenotes" (protestantes)" (FERREIRA, *Curso de Direito*, p. 102).

Estava em marcha um novo período, onde passou a conquistar novos territórios, a expandir o seu domínio sobre o poder político e a acumular riquezas e novos fiéis:

> "A visão de uma sociedade cristã unificada e ordenada era um ideal para os líderes da Igreja. A cristandade era concebida como um todo integrado e hierárquico. Qualquer pessoa ou grupo que levasse uma vida religiosa fora da estrutura eclesiástica estabelecida era, por definição, um herege e sujeito à disciplina punitiva das autoridades seculares à qual a Igreja recorria. Falhas morais ou indiscrições pessoais não eram consideradas como problemas religiosos de vulto dentro dessa estrutura. A Igreja tinha um conveniente sistema de absolvição, capaz de cuidar desses assuntos por parte do clero e do laicato igualmente. Repreensível era a vida religiosa praticada fora das ordens e da disciplina da Igreja"[1282].

A burguesia foi a classe social mais afetada pelo crescimento da IC, pois assistia, sem direito a contraditório, à expropriação das suas terras. Com o crescimento da burguesia, que contribuiu para uma mudança política em França, no período que antecedeu a Revolução Francesa, a situação sofreu um retrocesso. Após uma série de imposições do Governador francês à Igreja, cessou definitivamente a boa relação entre ambos, o que culminou numa separação definitiva entre o Estado e a Igreja, em 1905, com a proclamação do laicismo ou de uma *laicidade de combate*. Iniciou-se, então, um período de total intolerância à Igreja, que se consubstanciava num desprezo total ao fenómeno religioso, em particular através da implementação de normas que proibiam qualquer manifestação religiosa ou atos públicos de fé, quer em contexto de Igreja, a nível institucional, quer a título pessoal. Esta legislação obrigou a Religião a refugiar-se nos lares dos crentes, sendo suprimida da vida pública; aos fiéis era permitido o culto de acordo com a religião professada, conquanto fosse praticado sem perturbar a ordem social.

Esta é a conceção de laicismo: a total erradicação da Religião da vida pública. Um instrumento de restrição ou interdição da expressão do fenómeno religioso utilizado pelo Estado de modo a remeter a Religião para a esfera privada da sociedade[1283]. Ora, o laicismo constitui um modelo não aceitável, pois que acarreta, desde logo, uma não relação entre o Direito e a Religião: o Estado assume-se como antirreligioso.

---

[1282] IRVIN; SUNQUIST, *História do movimento*, p. 506.
[1283] CHELINI-PONT, "Is Laicite", 765 ss.

### 30.3. O MODELO DE RELAÇÃO DA RELIGIÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS VIGENTE

A CRP e a LLR, acompanhadas das normas internacionais já referidas, deixam, então, antever o modelo de relação da Religião com o Direito Constitucional português vigente. Na abordagem apresentada ao longo da tese, em especial na Parte II, ficou claro o princípio sustentador desta relação: o da separação entre as duas esferas, nos termos dos art. 41.º, n.º 4 e 288, al. c). É meu entender, porém, que este princípio não deve ser observado de forma simplista e taxativa, sem recurso a uma avaliação mais precisa.

Compreende-se que existem modelos relacionais incompatíveis com os princípios republicano e democrático consagrados na CRP, tais como os modelos inerentes ao Estado confessional (Teocracia ou Cesaropapismo), ou ao Estado laico com união entre este e uma religião oficial, como sucede com o Clericalismo ou o Regalismo[1284]. No que concerne ao modelo de separação, a sua natureza não se revela tão inequívoca quanto aparenta, pois que tal separação pode admitir o reconhecimento, por parte do Estado, "da transcendência, ou mesmo a assunção da confessionalidade, e o reconhecimento da liberdade religiosa"[1285]. Atente-se no ordenamento jurídico da Inglaterra, Estado confessional, que consagra concomitantemente os princípios da igualdade das religiões perante o Estado, da separação das igrejas do Estado e da liberdade religiosa e uma Religião oficial (*Church of England*), em que o monarca pertence obrigatoriamente à Igreja Anglicana e a Câmara dos Lordes agrega membros desta Igreja, nomeados pelo Chefe de Estado[1286].

No que diz respeito à CRP, consagra a separação inequívoca das Igrejas e comunidades religiosas e do Estado, sendo, por isso, livres na sua organização e modo de funcionamento, conforme o disposto no art. 41.º, n.º 4. Todavia, o artigo em questão e a LLR não se apresentam igualmente inequívocos quanto à natureza desta separação, deixando antever dois submodelos possíveis, que dividem a doutrina portuguesa[1287]:

---

[1284] CORRAL, "Sistemas atuais", pp. 145 ss; ADRAGÃO, *A liberdade*, pp. 31 ss; MIRANDA, "Estado, liberdade religiosa", pp. 187 ss.

[1285] RAIMUNDO, "Direito Administrativo da Religião", p. 268.

[1286] Destacam-se ainda outros países da UE, tais como a Dinamarca, que consagra a Igreja Evangélica Luterana como a Igreja nacional, ou a Grécia, que determina a Igreja Ortodoxa Oriental de Cristo como a religião dominante na Grécia.

[1287] BACELAR GOUVEIA, "Religião e Estado", p. 436.

1) *modelo de separação cooperativa ou relativa*, no qual o Estado colabora com as atividades desenvolvidas pelas Igrejas e comunidades religiosas, atendendo aos fins em comum;

2) *modelo de separação neutral ou absoluta*, no qual o Estado não intervém em qualquer atividade exercida pelas Igrejas e comunidades religiosas.

Esta divisão compreende-se na medida em que a CRP é omissa quanto à consagração, na letra da lei, do princípio da neutralidade religiosa do Estado como base do modelo de separação. Sem prejuízo dos autores que sustentam a separação absoluta, entendo que o sistema constitucional português admite um modelo de separação cooperativa, para efeitos do art. 5.º, LLR, atendendo à salutar relação de cooperação que o Estado mantém com as várias igrejas e comunidades religiosas radicadas em Portugal, nomeadamente através:

- da autonomia na organização e funcionamento das Igrejas e comunidades religiosas (arts. 20º a 23º, LLR);

- da utilização de meios de comunicação social (art. 25.º, LLR);

- da implementação de ensino religioso em instituições privadas, não públicas e cooperativas;

- da implementação de aulas de Educação Moral e Religiosa, de *cariz facultativo*, nas escolas de ensino público (art. 24.º, LLR )[1288];

- na fundação de Instituições Particulares de Solidariedade Social com cariz religioso ou de irmandades da Misericórdia, em acordo protocolar com a Segurança Social;

- na assistência religiosa e espiritual em estruturas de segregação como Estabelecimentos Prisionais, Hospitais e Forças Armadas (art. 13.º, LLR );

- no reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso (art. 19.º, n.º 1, LLR);

[1288] As disciplinas de ensino religioso confessional em contexto de escola pública tem de ser facultativa. Este carácter de escolha não olvida, contudo, que nas disciplinas obrigatórias se estudem outras dimensões das Religiões que promovam princípios ou valores inerentes a uma comunidade pluralista: dimensões históricas, sociológicas, filosóficas ou axiológicas e linguísticas. Na jurisprudência, *Zengin v. Turkey*, no. 1448/04 (ECHR 2007).

- na afetação de espaços a fins religiosos (Art. 25.º, Concordata);;

- no direito de participação e audiência das Igrejas e comunidades religiosas radicadas em Portugal em procedimentos de planeamento territorial (Art. 28.º, n.º 1, LLR.

- na utilização de prédios para fins de culto ou outras atividades eclesiásticas (art. 29.º, n.º 1, LLR.);

- na cedência de espaços públicos para fins de culto ou outras atividades eclesiásticas;

- no apoio do Estado a Igrejas e comunidades religiosas, através de um conjunto de benefícios fiscais (art. 32.º, LLR)[1289].

Uma cooperação do Estado com as confissões religiosas, nestes termos, seria inadmissível numa orla de neutralidade absoluta, que culminaria num distanciamento supremo entre as duas partes[1290]. Qualquer apoio direto ou indireto do Estado às várias confissões religiosas redundaria sempre numa identificação religiosa e ideológica, violando-se o disposto no art. 43.º, n.º 2.

Um Estado que se apresenta como neutro face à Religião é um Estado que não a ignora. Reconhece o fenómeno religioso, mas opta por uma posição de não identificação: laicidade. Nas palavras de MIRANDA, "o silêncio sobre a religião, na prática, redunda em posição contra a religião"[1291]. Quer isto significar que a neutralidade passa, conforme a realidade constitucional portuguesa, pela não identificação institucional ou simbólica com qualquer Igreja ou comunidade religiosa, sem que isso implique uma atitude de total indiferença ou aversão, como sucede no laicismo. Apenas garante a igualdade das Igrejas e comunidades religiosas perante o Estado e a Lei, mediante um conjunto de mecanismos que salvaguardam "um mínimo de condições fáticas e normativas para que a escolha religiosa dos seus cidadãos se possa exprimir em liberdade e em igualdade"[1292].

---

[1289] De acordo com MACHADO, "O regime", p. 161 ss, a concessão de benefícios fiscais a confissões religiosas nada tem que ver com subsídios específicos ou um aumento da carga fiscal indireta dos contribuintes. Esta concessão jaz no reconhecimento das confissões como entidades imateriais, morais, sociais e não económicas da existência humana e, portanto, isenta de tributação. Cf. igualmente ADRAGÃO, *A liberdade*, pp. 457 ss.

[1290] Com maior detalhe, HEINING, "Verschärfung", pp. 1136 ss.

[1291] MIRANDA, *Manual.* IV, p. 427.

[1292] AAVV, *Perspetivas constitucionais.* III, p. 397.

Assim, a não confessionalidade do Estado português jamais poderá confundir-se com indiferença, mas com uma não identificação religiosa cooperativa[1293]. Esta é a grande característica do modelo relacional português, que permite ao Estado guardião dos seus cidadãos, a parceria com as Igrejas e demais comunidades religiosas para fins de bem-estar social: "promoção dos direitos humanos, para o desenvolvimento integral da pessoa humana e para os valores da paz, da liberdade, da solidariedade e da tolerância"[1294].

## § 31. A RELIGIÃO NA ESFERA PÚBLICA

A comunidade político-constitucional portuguesa tem na CRP a sua Lei Fundamental, o ato constitucional que define "dos fins que prossegue, do esquema institucional de poderes, órgãos e competências necessários à prossecução daqueles fins e dos limites materiais e formais a que os mesmos obedecem"[1295]. A comunidade encontra-se fundada sobre valores e princípios constitucionais que promovem a dignidade da pessoa humana e a liberdade dos cidadãos, quer a título individual, quer a título coletivo, "procurando fornecer-lhes a mediação de uma razoável ordem de reciprocidade"[1296].

Tal comunidade, por pensar e dar corpo aos princípios constitucionais à luz da dignidade humana e da igualdade entre todos os cidadãos, rejeita qualquer pressão moral ou religiosa, como sucede em determinadas confissões de cariz religioso[1297]. Com efeito, permitir que a garantia efetiva dos direitos fundamentais dependa, em exclusivo, dessa

[1293] Também o TEDH tem apoiado a relação de cooperação ou tendencialmente neutra do Estado para com as confissões religiosas. Cf. *Refah Partisi v. Turkey*, no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98 (ECHR 2003).
[1294] ADRAGÃO, *A liberdade*, pp. 477.
[1295] MACHADO, *Liberdade*, p. 180.
[1296] *Ibid*.
[1297] Esta rejeição de qualquer pressão não determina um apagamento das bases históricas e culturais de uma sociedade, sejam elas de natureza religiosa, moral, ética ou outras. Na esteira de BOBBIO, *Teoria do ordenamento*, p. 56, "nenhum ordenamento nasce num deserto; metáforas a parte, a sociedade civil na qual se vem formando um ordenamento jurídico, como é, por exemplo, o do Estado, não é uma sociedade natural, destituída por completo de leis, senão uma sociedade na qual vigorem normas de variados géneros, morais, sociais, religiosas, costumeiras, consuetudinárias, convencionais e outras mais. O novo ordenamento que surge não elimina jamais por completo as estratificações normativas que o precederam". Quer isto dizer que qualquer ordenamento encontra, à partida, uma limitação pelos ordenamentos que o precedem; subsiste sempre um legado cultural, religioso, moral e ético de um povo (identidade) entre cada mudança ou reforma (as chamadas *bases pré-políticas*).

pressão ou instrumentalização do poder político, designada por PERRY como *política manipulativa*[1298], é inconciliável com os princípios basilares do constitucionalismo[1299].

As comunidades religiosas traduzem-se, assim, como não exclusivistas, alicerçadas em valores, princípios e estatutos de natureza moral e religiosa, com base nas suas tradições eclesiásticas ou étnicas. São comunidades governadas por um sentimento de pertença, alicerçado na fé em comum, quer por nascença, quer por conversão às regras doutrinárias e éticas. A sua raiz é estritamente teológica, ainda que, em certos casos, possam apresentar outros fins que não os religiosos[1300].

Esta moralidade (ou religiosidade) faz distinção entre uma comunidade política com uma matriz religiosa, detentora da *verdade*, e uma comunidade político-constitucional não confessional, firmada no respeito pelo princípio da separação do Estado das igrejas e da garantia constitucional de proteção da dignidade humana e do direito à liberdade e igualdade entre todos os cidadãos.

Como observado, alguns valores e princípios constitucionalmente consagrados têm a sua origem no Judaísmo e Cristianismo, devidamente explanados na interpretação de JESUS sobre a LM. Refiro-me à dignidade da pessoa humana, liberdade, justiça e solidariedade (art. 1.º), à igualdade (art. 13.º), à separação do Estado das confissões religiosas (art. 41.º), à preservação ambiental (art. 66.º). Constitui esta absorção de valores e princípios judaico-cristãos uma violação do princípio da separação do Estado das igrejas, devendo, por isso, proceder-se à sua rejeição? Deve um determinado valor ou princípio ser rejeitado devido à sua origem religiosa? Considero que não e recorro a RAWLS e HABERMAS para fundamentação, debatendo sobre a influência da Religião numa sociedade pós-secular, sem qualquer pretensão de exaustão na abordagem teórico-argumentativa e evolutiva dos dois autores. Contrastando o Liberalismo Político de RAWLS com as críticas de HABERMAS, apresento as duas teses como resposta à problemática da influência da Religião na esfera pública.

[1298] PERRY, *Morality*, pp. 151 ss.
[1299] MACHADO, *Liberdade*, p. 143.
[1300] Sobre a conceitualização e caracterização das confissões religiosas, ALVES PRATAS, *O Direito*, pp. 61 ss.

## 31.1. RELIGIÃO, RAZÃO PÚBLICA E PÓS-SECULARISMO: O DEBATE ENTRE RAWLS E HABERMAS

O debate sobre o papel da Religião na esfera pública da sociedade não é recente, antes remonta ao começo da Idade Moderna, em especial através da Reforma Protestante. Hoje, o grande desafio das sociedades democráticas é o de lidar com o pluralismo religioso, preservando a liberdade e igualdade dos cidadãos face às diferentes posições religiosas e morais, tantas vezes irreconciliáveis.

De modo a providenciar uma conceção política de justiça independente de doutrinas particulares, assente no consenso sobreposto (*overlapping consensus*) que assegura a convivência entre as várias religiões, RAWLS apresenta uma tese que procura apontar soluções de fundamentadas na tolerância sobre o debate histórico do pluralismo.

Na obra *Razão Pública Revista*, RAWLS apresenta a razão pública como parte fulcral de uma conceção de democracia constitucional bem organizada. Esta compreensão, de certo modo já apresentada em *O Liberalismo Político*, expõe a razão pública como a razão dos cidadãos em prol da cidadania e do bem público. RAWLS apresenta-nos, assim, uma razão pública com três características essenciais: em primeiro lugar trata-se de uma razão dos cidadãos; em segundo lugar, mostra o bem público como objeto da mesma; em terceiro e último lugar, quer os conceitos, quer a sua natureza são públicos já que são fundamentados por uma conceção política de justiça, e não por doutrinas abrangentes razoáveis. A sua fundamentação através de uma política de justiça é imperiosa em detrimento do pluralismo razoável, pois que "os cidadãos percebem que não podem chegar a um acordo ou mesmo aproximar-se da compreensão mútua com base em doutrinas abrangentes irreconciliáveis"[1301].

As doutrinas abrangentes são substituídas por uma conceção do *politicamente razoável* dirigido aos cidadãos, o que impõe que estas mesmas doutrinas aceitem os princípios de justiça inerentes às democracias constitucionais. O consenso sobreposto do autor oferece uma unidade social nos regimes democráticos a partir do próprio conceito político de justiça, concebendo-se o acordo entre as doutrinas abrangentes em sociedades pluralistas.

[1301] RAWLS, *O Direito*, p. 174.

HABERMAS, por sua vez, aborda a questão da religião na esfera pública através de uma doutrina abrangente, levando-a a discussão política. Todavia, traduz elementos não públicos para linguagem política. Partindo da ideia de razão pública de RAWLS e da alternativa de HABERMAS que apresenta uma igualdade cívica numa sociedade pós-secular, analisarei a questão da tradutibilidade das razões religiosas e das não religiosas (como as doutrinas filosóficas e morais) para uma razão pública.

### 31.1.1. RAWLS E A RAZÃO PÚBLICA: O LUGAR DA RELIGIÃO EM DEMOCRACIA

A tese de RAWLS aponta para a comunidade política e seus cidadãos como sendo aptos a coordenarem os meios e os fins dos seus procedimentos através de um processo de planeamento de prioridades de decisões, o qual se baseia na razão dos cidadãos e da comunidade política. Não obstante, importa denotar que nem todas as razões podem ser consideradas públicas, "pois temos as razões não-públicas de igrejas, universidades e de muitas outras associações da sociedade civil"[1302], o que não significa que os cidadãos que tomam parte da sociedade sejam privados da prática da razão pública, uma vez que "a razão pública é característica de um povo democrático, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual"[1303].

Para RAWLS, o conceito político de justiça assenta na efetivação do bem público, o propósito da razão pública. Esta razão pública manifesta-se, deste modo, através da razão dos cidadãos, cujo objeto é o bem público, sendo determinada pelos princípios do ideal de cidadania e justiça política da comunidade inserida numa democracia constitucional. Desta forma, o curso da razão pública vê no cumprimento de uma sociedade justa um dever-ser.

A noção de razão pública compreende uma componente liberal. A razão pública é a razão dos cidadãos que participam da força política da democracia liberal, através da execução do poder político, estendendo-se a assuntos atinentes a assuntos constitucionais essenciais e de justiça básica. O mesmo será dizer que somente os valores políticos se devem debruçar sob assuntos que digam total respeito à liberdade religiosa, ao direito de

[1302] RAWLS, *O Liberalismo*, p. 261.
[1303] *Ibid.*

voto, à equidade de oportunidades e ao direito de propriedade. RAWLS fixa taxativamente, deste modo, os assuntos passíveis de discussão política através da razão pública.

Um outro ponto relevante em relação à razão pública tem que ver com a sua não politização de assuntos particulares ou do foro privado. Os cidadãos participam da comunidade mediante uma argumentação política pública, pois que se utilizam da razão pública e de valores políticos para decidirem sobre questões constitucionais e de justiça. Neste sentido, não obstante a pluralidade de doutrinas filosóficas, morais e religiosas que estão na génese da conduta em sociedade dos cidadãos, o ideal da razão pública requer "que os cidadãos apelem somente para uma conceção pública de justiça, e não para a verdade como um todo, tal como a veem"[1304].

RAWLS pretende harmonizar, de acordo com o princípio de legitimidade liberal, a realidade das doutrinas filosóficas, morais e religiosas no que diz respeito à sua presença nos debates políticos. Em democracia, aquando do debate político de assuntos fundamentais, os cidadãos carecem do voto para legitimamente desempenharem o poder governamental da coerção, recorrendo a "uma constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de princípios e ideais aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais."[1305] E acrescenta: "Como o exercício do poder político deve ser legítimo, o ideal de cidadania impõe o dever moral (e não legal) – o dever de civilidade – de ser capaz de, no tocante a essas questões fundamentais, explicar aos outros de que maneira os princípios e políticas que se defende e nos quais se vota podem ser sustentados pelos valores políticos da razão pública"[1306].

O princípio da legitimidade liberal vem, então, postular o direito que os cidadãos têm de se escutar entre si, de modo equilibrado e íntegro, com o intuito de se chegar a um consenso sobre a atitude a tomar, numa espécie de mediação de conflitos em torno das várias óticas sobre a razão pública[1307]. Como consequência, o cidadão torna-se apto a admitir um argumento político referido por um outro cidadão como representante da razão pública - como se ele próprio fosse o seu autor do argumento. O autor pretende, desta forma atestar o próprio liberalismo político, mediante o qual "direitos e deveres, assim como os valores em questão, têm peso suficiente para que os limites da razão pública

[1304] *Ibid*, p. 265.
[1305] *Ibid*, p. 266.
[1306] *Ibid*.
[1307] VALLIER, *Liberal*, p. 262.

sejam justificados pelas avaliações globais das doutrinas abrangentes razoáveis, uma vez que essas doutrinas tenham se adaptado à conceção de justiça"[1308].

Contudo, a complicação surge quando os cidadãos religiosos tomam parte do debate público sobre assuntos do foro público, pois que estão proibidos, por respeito à laicidade do Estado, de invocar razões não-públicas em debates públicos. Por isso RAWLS disserta sobre a tradução de razões não-públicas em razões públicas aquando da admissão, por parte dos cidadãos religiosos, de fundamentos religiosos na esfera política.

#### 31.1.1.1. RELIGIÃO E DEMOCRACIA

A liberdade dos cidadãos, livres, iguais e razoáveis, é um axioma das democracias constitucionais liberais, pois, na verdade, trata-se de um regime com génese na conceção de razão pública. Através da razão pública, RAWLS efetua uma intervenção entre a doutrina maioritária dos cidadãos crentes e a doutrina maioritária dos cidadãos não crentes, em situação de debate público.

Seguindo este pensamento, apresentam-se dois pontos de vista que concernem ao papel da Religião na esfera pública: de um lado, o secularismo dogmático, e, de outro lado, o fundamentalismo religioso. Entendo, todavia, que RAWLS adota um terceiro ponto de vista, ao levantar fortes críticas quanto à estreiteza da estratégia de argumentação, recorrendo à "tradutibilidade dos conteúdos religiosos", reivindicação pura dos cidadãos religiosos. Ainda que não queira abrir mão dos princípios da liberdade de consciência e da igualdade cívica, RAWLS acha-se numa posição ingrata, pois entende que o princípio da laicidade do Estado deve ser igualmente conservado.

Na sua obra inicial, o autor defendia que o consenso sobreposto podia resultar numa convivência aceitável entre as doutrinas abrangentes razoáveis e uma ideia política de justiça. Contudo, reconhecendo o pluralismo razoável, bem como a forma como um Estado democrático organiza o leque de direitos e deveres dos cidadãos crentes e não crentes, reformula toda a questão: "como é possível para os que sustentam doutrinas religiosas, alguns baseados na autoridade religiosa, a Igreja ou a Bíblia, por exemplo,

[1308] *Ibid*, p. 268.

assumir ao mesmo tempo uma conceção política razoável que sustente um regime democrático constitucional razoável?"[1309]

Ao procurar solucionar os problemas levantados pela coexistência e cooperação entre cidadãos crentes e não crentes, RAWLS relembra um outro ponto de vista da política pública, segundo a qual

> "doutrinas abrangentes razoáveis, religiosas ou não-religiosas, podem ser introduzidas na discussão política pública, contanto que sejam apresentadas, no devido tempo, razões políticas adequadas – e não razões dadas unicamente por doutrinas abrangentes – para sustentar seja o que for que se diga que as doutrinas abrangentes introduzidas apoiam. Refiro-me a essa injunção de apresentar razões políticas adequadas como *proviso*, e ela especifica a cultura política pública em contraste com a cultura política de fundo"[1310].

O *proviso* propõe, então, a tradução de razões não públicas das doutrinas abrangentes razoáveis religiosas, ou não religiosas, em razões públicas, sempre que os cidadãos crentes ou não crentes manifestem intenção de participar do debate público. Trata-se de um processo que incumbe o cidadão religioso a fundamentar-se em conceções políticas de forma a poder participar de discussões públicas. Deste modo, o autor não tenciona impedir os cidadãos religiosos e não religiosos de participarem ativamente no debate público nem, tão pouco, ignorem os valores e princípios filosóficos, morais e religiosos que norteiam as suas ações.

A ideia de razão pública estende-se, neste sentido, a questões inerentes ao fórum político comum (cultura política pública), dividindo-se em três partes distintas: *a)* o discurso dos juízes nos debates, em especial os juízes do Supremo Tribunal; *b)* o discurso dos funcionários do Governo, sejam executivos ou legisladores; *c)* o discurso dos candidatos a cargos públicos e chefes de campanha. O ideal da razão pública materializa-se no cidadão que age como um legislador, recorrendo somente à razão pública, e não a razões não públicas. Apresentada esta restrição, RAWLS reforça a obrigação de se destrinçar a razão pública da cultura de fundo[1311], onde figuram as doutrinas abrangentes, como as Igrejas, escolas, universidades e sociedades científicas; e da cultura política não pública (constituída pelos meios de comunicação).

[1309] RAWLS, *O Direito*, p. 196.
[1310] *Ibid*, 200-1.
[1311] Ou cultura da sociedade civil.

Sintetizando, o ideal de razão pública assenta na conceção de que juízes, legisladores, executivos e outros funcionários do Estado, ou candidatos a tal, ajam de acordo com a ideia de razão pública, explicando à sociedade, através da razão pública, as posições e medidas tomadas (o dever de civilidade para com os cidadãos).

### 31.1.2. A RELIGIÃO NA SOCIEDADE PÓS-SECULAR DE JÜRGEN HABERMAS

Nas sociedades democráticas contemporâneas o pluralismo religioso é uma realidade. Mas qual é o papel do Estado perante os múltiplos fenómenos religiosos que vão ganhando, a cada dia, mais força? Tal crescimento coloca na ordem do dia o debate sobre a falácia da secularização da sociedade moderna. Se é verdade que com o aparecimento da sociedade moderna a secularização se tornou uma realidade, quer pela perda de poder da IC, que vê os seus bens passarem para a propriedade do Estado, quer pela diminuição da sua influência na sociedade, ao se empurrar a fé para a orla privada do individuo, é igualmente verdade que, actualmente, o fenómeno religioso persevera, tendo vindo a ganhar mais adeptos. Igual persistência surge, ainda, em contextos seculares da vida contemporânea. É neste sentido que HABERMAS aborda uma nova sociedade pós-secular, debatendo as consequências da secularização para a esfera pública política. Para o autor, "uma cultura política que (...) se polariza (...) coloca em cheque o *commonsense* dos cidadãos, mesmo dos que residem numa das mais antigas democracias. O etos do cidadão liberal exige, de ambos os lados, a certificação reflexiva de que existem limites, tanto para a fé como para o saber"[1312].

HABERMAS, com uma posição genericamente análoga ao Liberalismo Político de RAWLS, inicia a sua hipótese afirmando que apenas o exercício do poder secular estruturado de um Estado de direito, que se pretende neutro face ao fenómeno religioso, tem condições de asseverar a convivência e a tolerância entre confissões religiosas distintas e culturas irreconciliáveis em plena igualdade de direitos. Para o filósofo, a "secularização do poder do Estado e as liberdades positivas e negativas do exercício da Religião constituem os dois lados da mesma medalha"[1313]. Ao Estado de direito está incumbida a proteção dos seus cidadãos de acordo com o princípio da igualdade cívica dos mesmos, independentemente de professarem uma religião ou não. É imperioso que

[1312] HABERMAS, *Entre Naturalismo e Religião*, pp. 8-9.
[1313] *Ibid*, p. 9.

estes percebam que o Estado entende e se compromete a aceitar as suas formas de estar em sociedade. Esta solidariedade (cidadã) que HABERMAS expressa, vem no resultado de uma sociedade de indivíduos que se respeitam como livres e iguais entre si[1314]. No entanto, a origem desta solidariedade não está balizada no direito, pelo que propõe que a "secularização cultural e social seja entendida como um processo de aprendizagem dupla que obriga tanto as tradições do Iluminismo quanto as doutrinas religiosas a refletirem sobre seus respetivos limites"[1315].

Na esteira de HABERMAS, o debate público entre cidadãos religiosos e não religiosos só poderá suceder mediante a exigência, por parte dos Estados, de orientações cognitivas e expectativas normativas que permitirão aos cidadãos uma saudável convivência. Assim, o que pretende explicar é de que forma o processo democrático é visto como um processo legítimo de criação do direito e como a democracia e os direitos humanos se conectam com a mesma primordialidade no processo constituinte, recorrendo, assim, ao poder comunicativo como a chave da equiprimordialidade entre o sistema de direitos e a soberania popular[1316]. As democracias permitem, desta forma, procedimentos políticos que incluem os cidadãos no momento da formação da opinião e da vontade política, tornando-os autores e destinatários do direito. Com maior rigor, HABERMAS acrescenta:

> "A co originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da auto legislação através da teoria do discurso que ensina serem os destinatários do direito simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica"[1317].

Assim, entende-se que a autonomia política e jurídica garante que a Constituição é fruto do povo para si próprio, cumprindo, deste modo, à soberania popular, aclarar os direitos no momento da formação do Estado e da sua Constituição, por via do poder comunicativo dos cidadãos.

A cooperação entre cidadãos crentes e não crentes é, notoriamente, fundamental para a estabilidade dos Estados democráticos e é esperado que ambos possam exercer os

---

[1314] *Ibid*.
[1315] HABERMAS; RATZINGER, *Dialética*, pp. 25-6.
[1316] *Ibid*, p. 29.
[1317] HABERMAS, *Direito e Democracia,* p. 139.

seus direitos, liberdades e garantias dentro dos limites normativos e que se tolerem enquanto participantes do procedimentos legislativo. HABERMAS entende, contudo, que para tal terá de existir uma motivação, sugerindo que a Religião pode oferecer um determinado conteúdo racional traduzível em princípios que iluminam a constituição da solidariedade entre cidadãos, acrescentando que "as tradições religiosas não são simplesmente emocionais ou absurdas. Somente sob tal pressuposto, os cidadãos não-religiosos podem tomar como ponto de partida a ideia de que as grandes religiões mundiais poderiam carregar consigo intuições racionais e momentos instrutivos de exigências não quitadas, porém, legítimas"[1318] .

Esta é a motivação existente nas formulações pré-políticas que englobam projetos éticos, "entre cidadãos, qualquer solidariedade abstrata e juridicamente intermediada só pode surgir quando os princípios de justiça conseguem imiscuir-se na trama bem mais densa das orientações de valores culturais"[1319], onde a Religião opera de modo construtivo, na apresentação de argumentos morais ao debate público, através das liberdades comunicativas dos cidadãos.

#### 31.1.2.1. RELIGIÃO E RAZÃO NA SOCIEDADE PÓS-SECULAR

De acordo com HABERMAS, da proximidade entre o Cristianismo e as tradições da metafísica helénica resultou uma absorção de conceitos morais originais do Cristianismo pela Filosofia. Esta deu um novo significado às concepções de Justiça, responsabilidade, autonomia, comunidade, entre outras[1320]. A existência e permanência da Religião e costumes na sociedade pós-secular é tida como um desafio cognitivo e não uma forma irracional e primitiva de estar ou pensar; é uma prova de que, quer o *homo religiosus*, quer o cidadão não religioso, devem apostar num processo de aprendizagem que permita ao processo legislativo angariar meios de responder aos problemas que o progresso social e cultural acarretam. A secularização permitirá, assim, envolver crentes e não crentes, os quais reconhecerão os prós e contras quer da razão, quer da Religião, em matéria de interesse coletivo.

[1318] HABERMAS, *Entre Naturalismo*, p. 12.
[1319] HABERMAS; RATZINGER, *Dialética*, p. 39.
[1320] Pense-se, por ex., na ideia do Homem feito à imagem e semelhança de DEUS, o pensamento cristão que concede igual dignidade a todos os homens.

Em razão da neutralidade dos Estados em matéria religiosa, da secularização dos conhecimentos e da liberdade de religião, a Religião foi separada da vida pública, embora HABERMAS entenda que o Estado e a Religião permanecem ligados.

Os cidadãos que professam uma Religião têm conhecimento de que a Constituição e o Direito Civil protegem os seus interesses. Através da esfera pública informal[1321], as comunidades religiosas podem, de algum modo, intervir no procedimento público político, através, como já vimos, da opinião pública e da vontade política. Exige-se, tão somente, que as questões em apreço sejam tomadas com uma enorme carga de tolerância, um pressuposto não negociável em democracia. Sem esta tolerância jamais poderá existir uma relação entre crentes e não crentes. Os debates só poderão ter lugar mediante uma compreensão mútua durante os trabalhos de apropriação das matérias religiosas, já que nem sempre a Religião e a razão apontam para o mesmo resultado moral. Pense-se nas questões atinentes ao casamento entre pessoas do mesmo, à despenalização da interrupção voluntária da gravidez, à eutanásia, entre outros.

O ideal de tolerância, enquanto princípio limitador de uma doutrina compreensiva, só é alcançável quando a razão reconhece que a religião não se baseia numa irracionalidade primitiva, pelo que a esfera pública política não pode admitir a supremacia do discurso naturalista sobre o discurso confessional[1322].

### 31.1.3. AVALIAÇÃO CRÍTICA

A postura de HABERMAS no atual palco do debate político sobre a relevância do fenómeno religioso na esfera pública vai além das ultrapassadas posições clássicas do exclusivismo e do inclusivismo *tout court*. O seu tratamento relativo aos conceitos de cidadania democrática e de razão pública é efetivamente uma marca notável em relação ao tema. Todavia, uma crítica poderá ser feita à tese rawlsiana: refiro-me, pois, à exigência da tradução das razões não-públicas patente na doutrina abrangente de cidadãos crentes. Tal vai significar uma distribuição irregular dos deveres dos cidadãos entre os cidadãos religiosos e os cidadãos não religiosos (estes mais identificados com o modelo de argumentação da razão pública). As cargas de juízo em tese repartidas equitativamente

[1321] HABERMAS, *Entre Naturalismo*, p. 147.
[1322] HABERMAS; RATZINGER, *Dialética*, p. 57.

entre os cidadãos irão restringir a liberdade política e de consciência dos cidadãos crentes, ofendendo a *liberdade* e a *igualdade* defendidas pela democracia.

De acordo com a prudência hermenêutica, importa olhar ao reconstrutivismo kantiano presente no *proviso* com cuidado. Em matéria referente à posição da Religião na esfera pública política, pode ser seguida uma de duas posições: a exclusivista (ou separatista) e a inclusivista (ou integracionista). A primeira afirma que as esferas da Religião e da Política são distintas e incomunicáveis, ao contrário da posição inclusivista, que admite a intervenção da Religião no espaço público da política democrática, sem haver qualquer tipo de restrição quanto à inserção de conteúdos religiosos nos debates públicos. RAWLS acompanha a segunda teoria, ainda que de modo bastante reservado. O *proviso* determina a exigência de tradutibilidade, quer para as doutrinas abrangentes religiosas, quer para doutrinas abrangentes não-religiosas, de maneira tal que os cidadãos religiosos e cidadãos não religiosos se sentem obrigados a prestar contas publicamente das razões que sustentam os seus argumentos, sem limitar o papel da Religião na esfera pública. Assim, RAWLS salvaguarda o critério da reciprocidade democrática e o dever de civilidade, já que todos os cidadãos, independentemente da sua visão abrangente, são convidados a justificar a conceção política de justiça que entendam ser a mais razoável.

O liberalismo rawlsiano parece reconhecer às religiões e doutrinas abrangentes uma restrição no seu papel, a ética discursiva de HABERMAS, assente no uso público da razão, desconsiderando a necessidade de afastamento de argumentos religiosos na esfera pública, pois que a fronteira entre as razões religiosas e não religiosas são fluídas. Para o filósofo, a inclusão de detalhes de cariz religioso no debate público entre cidadãos é relevante, já que obrigam à cooperação entre as duas camadas societárias, que culminará numa atividade legislativa produzida por todos os cidadãos[1323].

Ainda que apresentem contrariedades no que concerne ao exercício da influência da religião na esfera pública política, RAWLS e HABERMAS concordam quanto à questão da admissão do processo de justificação normativa de toda e qualquer conceção política de justiça reiterar sempre razões públicas, independentemente do conteúdo normativo das doutrinas compreensivas ou das visões de mundo.

A conceção da esfera pública política defendida por HABERMAS propõe uma tradução cooperativa bem-sucedida de conteúdos religiosos que permite impulsionar as

[1323] YATES, "Rawls and Habermas", p. 884.

deliberações políticas do Estado, de forma a motivar no processo político decisório, o que requer uma harmonia do uso público da razão e determinadas pressuposições de fé.

HABERMAS invoca, assim, o aspecto motivacional dos conteúdos religiosos inerentes ao mundo da vida, elementos presentes em qualquer reflexão teórica sobre os processos de aprendizagem social), revelando, deste modo, o papel da Religião na esfera pública política das sociedades pós-seculares.

O surgimento de sociedades pós-seculares obrigou HABERMAS a rever criticamente a sua posição adotada em *The Theory of Communicative Action* quanto à função social da religião. Para ARAUJO, a ideia de pós-secularismo na conceção de HABERMAS tem que ver sobretudo com motivações de natureza teórico-prática:

> "Do ponto de vista teórico, eu destacaria a defesa promovida por Habermas do ideal democrático da igualdade cívica do liberalismo político de Rawls e também os intensos debates na atualidade acerca da tese weberiana do desencantamento do mundo como resultado de um processo universal de racionalização. Do ponto de vista prático, as tendências a uma possível instrumentalização da natureza humana em decorrência dos recentes avanços da biotecnologia, particularmente no campo da engenharia genética, e a um recrudescimento da influência política de ortodoxias religiosas em choque com padrões ocidentais de modernização social e cultural, sendo o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 por militantes fundamentalistas um evento emblemático"[1324].

Na sociedade pós-secular, o debate entre a filosofia pós-metafísica e a Religião permite a existência do princípio da igualdade cívica, pois que guia a comunicação entre crentes e não crentes, abrindo um diálogo reflexivo em torno dos conteúdos religiosos. A *Religionstheorie* habermasiana revela um autodistanciamento da visão secularista da *Disckurstheorie*[1325], explicando como surge a ligação entre a razão não transcendente e pragmática universal e o agnosticismo metodológico.

A observação da modernização sociocultural e as soluções aos dilemas dos processos de integração e estabilização social, no que toca à tensão política entre cidadãos religiosos e cidadãos não religiosos, encontram-se na "reflexivização da consciência religiosa, como também na superação autorreflexiva de enfoques epistémicos"[1326] enquanto processos de aprendizagem social, o que determina, por outro lado, "uma

[1324] ARAUJO, *Pluralismo e Justiça*, p. 183.
[1325] *Ibid*, p. 185.
[1326] HABERMAS, *Entre Naturalismo*, p. 164.

consciência crítica acerca da posição não exclusiva que ela [a fé] assume no nível de um discurso, que é limitado pelo saber profano e compartilhado com outras religiões"[1327]. A *Religionstheorie* de HABERMAS associa uma teoria da evolução social, e os seus próprios processos de aprendizagem, a uma teoria política normativa inclusivista, capaz de consolidar o processo democrático. Por isto, parece lógico afirmar que são os cidadãos os "culpados" pela resposta às interrogações seguintes: "será que uma fé "modernizada" continua sendo fé "verdadeira"? E será que, de outro lado, um secularismo fundamentado à maneira cientificista não tem, no final das contas, melhores razões do que o conceito compreensivo de razão, delineado pelo pensamento pós-metafísico?"[1328].

O problema do papel da Religião na democracia persiste, mas os cidadãos religiosos e não religiosos devem procurar "saber interpretar, cada um na sua respetiva visão, a relação entre fé e saber, porquanto tal interpretação prévia lhes abre a possibilidade de uma atitude autorreflexiva e esclarecida na esfera pública política"[1329], de forma a elaborar um procedimento político passível de articular o reconhecimento e a tolerância. Deste modo, todos os cidadãos são chamados a agir na defesa dos seus direitos de comunicação e de participação política, não visando interesses individuais, fechados em si mesmos, mas em prol do bem comum, na promoção do modelo kantiano de democracia, em que cada cidadão se torna parte ativa do processo legislativo.

Esta chamada do *homo religiosus* à ação, em prol do bem comum, que se verte na auscultação do sagrado na esfera pública, tem sido amplamente defendida pela IC, que vê o fechamento do espaço público ao religioso como algo negativo para o desenvolvimento societário. Com efeito,

> "a doutrina social da Igreja nasceu para reivindicar este "estatuto de cidadania" da religião cristã. (…) A exclusão da religião do âmbito público e, na vertente oposta, o fundamentalismo religioso impedem o encontro entre as pessoas e a sua colaboração para o progresso da humanidade. A vida pública torna-se pobre de motivações, e a política assume um rosto oprimente e agressivo. Os direitos humanos correm o risco de não ser respeitados, ou porque ficam privados do seu fundamento transcendente ou porque não é reconhecida a liberdade pessoal"[1330].

[1327] HABERMAS, *Era das transições*, p. 201.
[1328] HABERMAS, *Entre Naturalismo*, p. 164.
[1329] *Ibid*, p. 167.
[1330] BENTO XVI, *Caritas in veritate*, p. 106.

A expropriação do sagrado do espaço público culminaria, assim, numa lacuna eternamente vazia, pois que a Religião traz em si mesma valores, princípios e estilos de vida (ética) que cooperam para o progresso civilizacional. A Religião alcança setores societários que nenhuma outra ordem normativa alcança. Isto não a torna formalmente superior face às restantes, mas demonstra a sua utilidade material em muitas esferas societárias. Por isso, seja no reconhecimento de valores ou princípios de cariz religioso, seja através de uma argumentação em debate político, a Religião tem o seu papel na legitimação do poder político e do Direito. A cada cidadão deve ser garantido o direito de fundamentar o seu debate político na sua convicção religiosa, sob pena de o Estado violar o direito à liberdade religiosa dos cidadãos[1331]. Para o *homo religiosus*, tal como sucedia na LM, a sua religião ou convicção de fé não está dissociada da sua existência moral e política, pelo que não deve ser vedada do espaço público por se fundamentar no sagrado[1332]. JOÃO PAULO II, na Carta aos bispos da França, reconhece

> "a dimensão religiosa das pessoas e dos componentes da sociedade francesa, significa querer associar esta dimensão às outras dimensões da vida nacional, para que contribua com o seu dinamismo para a edificação social e para que as religiões não se refugiem num sectarismo que poderia representar um perigo para o próprio Estado. A sociedade deve poder admitir que as pessoas, no respeito do próximo e das leis da República, possam manifestar a sua pertença religiosa. Em caso contrário, corre-se sempre o risco de um fechamento de identidade e sectário, e do incremento da intolerância, que impede a convivência e a concórdia no seio da Nação"[1333].

Mais: numa posição semelhante à de HABERMAS, reconhece nos fiéis a chamada

> "a intervir regularmente nos debates públicos sobre as grandes questões da sociedade. De igual modo, em nome da sua fé, os cristãos, pessoalmente ou em associações, devem poder tomar a palavra publicamente para expressarem as suas opiniões e manifestar as suas convicções, contribuindo assim para os debates democráticos, interpelando o Estado e os seus concidadãos sobre as responsabilidades de homens e mulheres, principalmente no campo dos direitos fundamentais da pessoa humana e do respeito da sua dignidade, do progresso da humanidade que não pode ser obtido a qualquer preço, da

[1331] AUDI exemplifica a fundamentação religiosa, na sua linguagem peculiar, no debate pública com um grupo de ativistas cristãos em defesa do meio ambiente que se uniram em Washington como forma de protesto contra as ações que prejudicam ou enfraquecem a proteção da criação de DEUS. Na sua argumentação, o grupo citou diversos vv o que, segundo o mesmo autor, não violou a ética dos cidadãos em democracia, pois que "se uma razão é ou não apropriada para defender uma posição depende não somente da posição, mas do propósito" (AUDI, *Religion*, p. 112).
[1332] AUDI, *Religion*, p. 105.
[1333] CARTA DO PAPA JOÃO PAULO II A D. JEAN-PIERRE RICARD.

> justiça e da igualdade, assim como da proteção do planeta, são âmbitos que dizem respeito ao futuro do homem e da humanidade, e à responsabilidade de cada geração. Eis por que a laicidade, longe de ser o lugar de um confronto, é verdadeiramente o espaço para um diálogo construtivo, no espírito dos valores de liberdade, igualdade e fraternidade, que são justamente muito queridos ao povo da França"[1334].

Esta posição corresponde, em suma, ao pensamento neorepublicano, que vê o processo político como *deliberativo-transformativo*, e não *manipulativo*. Os cidadãos são chamados a uma participação ativa "no processo deliberativo de procura do bem comum [como] o ato por excelência de autorrealização (*self-realization*) e autodeterminação (*self-government*)"[1335]. O que se pretende é a inclusão de valores ou interesses coletivos (valores ou interesses individuais inerentes à comunidade) na esfera pública, mediante um "processo público de deliberação racional em que os mesmos são ponderados e transformados"[1336]. Cumpre ao Estado, todavia, uma ação fiscalizadora na observância do princípio constitucional de imparcialidade, rejeitando a pressão das confissões religiosas e dando espaço ao debate racional isento e à proteção do bem comum. Afinal, o Estado não deve ceder a pressões de espiritualização do discurso jurídico-constitucional, por melhores que sejam intenções das confissões religiosas[1337].

[1334] *Ibid*.
[1335] MACHADO, *Liberdade*, p. 143.
[1336] *Ibid*.
[1337] Sobre a pressão das confissões religiosas com um discurso desprovido de racionalidade ou de argumentação não religiosa (simplista), ANDERSON, *The Kindness*.

## CAPÍTULO II – A NEUTRALIDADE RELIGIOSA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

*A história da Humanidade*
*é inseparável da história da Religião.*
Engle V. Vitale

### § 32.º A INFLUÊNCIA DA LEI MOSAICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1976

#### 32.1. INTRODUÇÃO

O Direito é uma ordem normativa mutável; a Religião não. Ainda que determinadas normas eclesiásticas tenham sofrido alterações, a espiritualidade ou transcendência que lhe serve de pilar permanece inalterável. Ambas acompanham o Homem desde o princípio da sua existência, mas têm-se desenvolvido (ou surgido) com base na evolução das civilizações. Parece indubitável o facto de a cultura ter contribuído para a transformação da Religião, nomeadamente na civilização ocidental[1338]. Mas é também incontestável o facto de a Religião ter conseguido, ao longo de milhares de anos, manter a sua expressão no mundo. Tem penetrado toda a cultura mundial, e o Direito não foi exceção. Atualmente várias legislações ocidentais consagram direitos fundamentais que outrora se traduziam em valores e princípios mosaicos, trazidos até nós pelo Cristianismo. E não o fazem por intermédio de uma total influência religiosa de conteúdos ou estruturas, de uma imposição do sagrado como elemento legitimador da Religião na vida em sociedade, mas através de um acolher de *valores naturais*, consagrados no Decálogo. Como observo nesta Parte, ainda que a Religião e o Direito sejam duas ordens autónomas, a influência da moral judaico-cristã continua viva os ordenamentos jurídico-constitucionais.

#### 32.2. A LEI DE DEUS E O DIREITO OCIDENTAL: BREVE PERCURSO HISTÓRICO

Apresentado o estudo comparativo entre o Decálogo e os art. constitucionais correspondentes, importa agora indagar sobre o grau de influência que a LM exerceu no

[1338] IPIÑA, *Nova criminologia*, p. 157.

Direito Ocidental. Discernir as semelhanças e dissemelhanças entre as duas Leis não obsta à compreensão do processo histórico de influência da primeira Lei sobre a segunda. Carece, por isso, demonstrar uma causalidade histórica de eventos religiosos, filosóficos e jurídicos em que a LM serviu de *pano de fundo*, quer direta, quer indiretamente, para novos textos de cariz religioso, filosófico e jurídico utilizados nos trabalhos jurídico-legislativos dos ordenamentos ocidentais que sucederam o DH.

### 32.2.1. AS PRIMEIRAS COMUNIDADES CRISTÃS

Analisada a formação do povo hebreu e constituição da LM e a sua influência na Igreja Primitiva, principio o processo histórico com o Cristianismo, a religião de raiz judaica composta, primeiramente, por uma agregação de judeus[1339] seguidores do Messias e, *a posteriori*, de gentios. As primeiras comunidades são constituídas maioritariamente por pessoas de origens modestas, como testifica S. PAULO (I Co 1:26), e vivem à margem da sociedade, mostrando uma "nova secessão teocrática"[1340].

Instantes antes da Sua assunção aos céus, JESUS transmite o último mandamento que dá o mote inicial à formação da Igreja: *esperar a promessa do Pai*, em Jerusalém (At 1:4). Trata-se da promessa da descida do Espírito Santo sobre os discípulos que lhes garante a autoridade (*exousia*) e o poder (*dunamis*) necessários para a pregação do Evangelho (*Eu-angelion*) em todo o mundo (At 1:8).

Cumprida a promessa divina, os apóstolos dão início aos seus ministérios, anunciando JESUS, o ungido de DEUS e o Senhor da Igreja. As primeiras comunidades eclesiásticas surgem em Jerusalém[1341], expandindo-se, através dos discípulos e outros viajantes, pela Judeia, Galileia, cidades da Ásia Menor e da Grécia, Fenícia, Síria, Transjordânia, Arábia e por todo o Império Romano. O grande destaque vai para as viagens missionárias de S. PAULO e S. PEDRO que, indubitavelmente, foram as catalisadoras da expansão e estabelecimento do Cristianismo no Ocidente. De acordo com

[1339] Os primeiros judeus convertidos ao Cristianismo não cortaram com todos os costumes e leis mosaicas, sendo a observância do *sabbat* e a oração no Templo são ex. disso. Reuniam-se igualmente ao domingo (*Yom Rishon*), o primeiro dia da semana, lembrando o corpo e o sangue de Cristo, em Sua memória. Com a expansão do Cristianismo aos gentios, passou a observar-se apenas o domingo como o *dies Domini* (GÓMEZ, *Historia*, pp. 35 ss).
[1340] MADDOX, *Religion*, p. 50.
[1341] Em diversas cidades, no séc. I, as comunidades cristãs reuniam-se secretamente nas casas dos crentes. Apenas no término do séc. II as comunidades passaram a adquirir propriedades destinadas a culto religioso, com espaço próprio destino à construção de cemitérios cristãos.

os textos neotestamentários[1342], os dois apóstolos viajaram até Roma, onde consolidaram uma comunidade cristã com relativa facilidade, em grande parte devido à *Pax Romana*, um estágio de tempo de transição do período republicano para o período imperial, caracterizado pela aparente paz e prosperidade. A segurança das vias terrestres e marítimas, o comércio e a comunicação entre o norte de África, Península Ibérica e Próximo Oriente simplificaram a expansão do Cristianismo por todo o Império Romano[1343].

Não obstante, entre o séc. I e o séc. IV, as comunidades cristãs enfrentam perseguições por parte do governo romano[1344], fruto da recusa de adoração aos deuses da *religião oficial do Império* e de reconhecimento do estatuto divino do Imperador[1345]. Mas não só. Também no seio das comunidades as heresias começam a surgir, levando a tensões internas. Ainda assim, a Igreja continua a crescer quanto à sua organização, funcionamento, esclarecimento e consolidação da doutrinas do NT, penetrando, assim, gradativamente nas várias organizações da sociedade romana. "Nem o incêndio de Roma, as carnificinas do Coliseu e as trágicas perseguições dos imperadores pagãos conseguiram amortecer a chama divina do Cristianismo"[1346].

Após séc. de perseguição aos cristãos[1347], através do Édito de Milão, promulgado por CONSTANTINO em 13 de junho de 313, o Cristianismo deixa de ser religião perseguida – o seu magistério torna-se lícito. Inicia-se um segundo período, de liberdade religiosa no Império, que termina em 27 de fevereiro de 380, pelo Édito de Tessalónica (*Cunctos Populos*), de GRACIANO e VALENTINIANO II, Imperadores Romanos no Ocidente, e de TEODÓSIO I, Imperador Romano no Oriente, que eleva o Cristianismo a religião oficial

---

[1342] JEDIN, *Manual*, pp. 189 ss.

[1343] LLORCA, *Historia*, pp. 4 ss.

[1344] O historiador TÁCITO, na obra *Anais* (115 d.C.) exibe a primeira prova escrita por não cristãos de perseguição por parte do governo romano. Nela pode ler-se o modo como NERO, o Imperador, culpabilizou os cristãos pelo incêndio em Roma, em 64 d.C.: "Nero prendeu os culpados e infligiu as maiores torturas a uma classe odiada pelas suas abominações [cristãos] (…) foram aprisionados todos os que confessaram e, na sequência das informações que deram, foi condenada uma imensa multidão, não tanto pelo crime de fogo posto, como por odiar a humanidade" (HOLMES; BICKERS, *História*, p. 27).

[1345] Ainda assim, o Cristianismo já havia conquistado alguns Imperadores romanos. Destaco, entre outros, ADRIANO, que intentou levantar templos a JESUS, embora sem sucesso, SEPTÍMIO SEVERO, que entregou a educação do seu filho ao cristão PRÓCULO, e FILIPE, o árabe, que terá confessado a fé cristã (LOBO, *Curso*, p. 261).

[1346] *Ibid*, p. 252.

[1347] O primeiro Imperador a perseguir os cristãos terá sido NERO. Seguiram-se DOMICIANO, em 96, MARCO AURÉLIO, em 177 e TRAJANO, em 211. Em 246 DÉCIO inicia uma política de perseguição organizada e em 303 DIOCLECIANO enceta uma nova campanha de perseguição global, sem conseguir, porém, atingir o seu fim. Em 311, GALERA revoga as políticas de perseguição.

do Império Romano[1348]. Funda-se um novo tempo de relação entre o Estado e a Igreja, marcado pelo *cosmos* judaico-cristão[1349]. O Cristianismo passa a transportar elementos judaicos para a sociedade ocidental, mesclando-se com os constituintes greco-romanos que já existiam na cultura europeia[1350].

A Patrística, fundamentada nos ensinos do NT, sem olvidar a herança da *escola platónica* (cultura e filosofia helenística), apoiada pelos Imperadores do Baixo Império, leva a um rápido aumento do número de crentes, acabando por influenciar vigorosamente o Direito:

> "Santo Agostinho foi o primeiro a introduzir um conceito subjetivista ao Direito Romano. Para ele somente seria justa a lei que se conformasse com a Lei Divina, pois a justiça verdadeira provém de Deus, é uma ordem inerente ao amor de Deus para com os homens, e não proveniente de um direito puramente natural. É Deus quem imprime na alma do homem, já ao nascer, as suas leis, dotando-o de razão e capacidade de discernimento para escolher entre o bem e o mal. A lei moral e a lei do amor cristão devem, portanto, sempre estar situadas acima das leis temporais humanas (e, obviamente, dos princípios e regras do Direito Romano)"[1351].

Em 438, no seio de um Império Romano cristianizado, o Imperador romano do Oriente TEODÓSIO II publica o *Codex Theodosianus*, constituído pelas leis dos Imperadores desde CONSTANTINO I até TEODÓSIO II[1352], entrando em vigor no território do Oriente e, um ano depois, no do Ocidente, por decreto do Imperador VALENTINIANO III. Para além de *positivar* a receção do dogma cristão[1353], o código manifesta a influência de princípios judaico-cristãos, visível em muitas das suas normas. A título de exemplo destaco:

---

[1348] Em 392, TEODÓSIO proíbe o culto a deuses pagãos. Apesar do Cristianismo ser a religião oficial do Império, o Judaísmo continua a ser *religio licita*.

[1349] "Queremos que todos os povos, regidos pelo Império da nossa clemência, professem aquela religião que ensinou aos romanos o divino apóstolo PEDRO, segundo declara até hoje a própria religião pelo mesmo pregada, que é manifesta e que segue o Pontífice Damásio, e pelo Bispo de Alexandria, varão de apostólica santidade, isto é, que creamos conforme a disciplina apostólica e a doutrina evangélica em um só DEUS pai e Filho e ESPÍRITO SANTO, com igual Majestade e piedosa Trindade" (SANTOS, *Direito Romano*, p. 92).

[1350] BERMAN, *Direito*, p. 13.

[1351] ROLIM, *Instituições*, p. 107.

[1352] *Ab initio*, TEODÓSIO II tinha a ambição de elaborar uma compilação das *leges* e dos *iura* mas, por escassez de juristas devidamente capacitados para a tarefa, o *CdT* foi reduzido a um código de *constituições* desde CONSTANTINO I (ALVES, *Direito*, p. 45).

[1353] Decreta o Imperador: "todos os povos governados pela administração da nossa clemência professem a religião que o divino apóstolo Pedro deu aos romanos, que até hoje foi pregada como a pregou ele próprio, e que é evidente que professam o pontífice Damásio e o Bispo de Alexandria".

- a (re)consagração das cidades de refúgio, aqui invocadas como o direito de refúgio nas igrejas (*direito de santuário*) atribuído aos indivíduos acusados da prática de crime, a quem era vedada a retirada à força, atendendo à santidade do local (9.45.4);

- a concessão de indultos a condenados na *Pessach*, a principal festa cristã (9.38.3,4,6,8);

- o direito de resgate da escravidão atribuído aos pais que pretendam, através do pagamento de uma quantia monetária, resgatar um filho previamente vendido quando recém-nascido, originariamente previsto em Lv 25:48 (5.10.1; 3.3.1);

- a proibição de separação de famílias de escravos após a divisão de terras entre proprietários distintos, uma clara alusão às leis de Lv 25:48-9 (2.25.1);

- a simplificação da libertação de escravos quando feita na presença de sacerdotes da Igreja (4.7.1);

- a aquisição de liberdade por parte do escravo quando não reivindicado pelo seu proprietário no espaço de dezasseis anos, recordando as leis de libertação de Dt 15:12 (4.8.7);

- a inserção do Livro XVI, um livro dedicado ao *Direito da Igreja*, sendo de destacar as disposições normativas sobre as infrações contra a fé cristã, como a apostasia e heresia, ambas punidas pela LM (Lv 24:16).

Por fim, no período de Justiniano, observa-se o breviário do influxo judaico-cristão no Baixo Império. O *Corpus Iuris Civilis* torna-se no legado imperial sem o qual o Direito Romano teria sido esquecido no tempo[1354]. A união do Direito Civil ao Direito Canónico revela ser herança imprescindível (em especial em matérias de Direito da Família e, com menor intensidade, de Direitos Reais), formando a base do Direito medieval e moderno[1355]:

> "A importância do Direito Romano para o mundo atual não consiste só em ter sido, por um momento, a fonte ou origem do direito: esse valor foi só passageiro. Sua autoridade reside na profunda revolução interna, na transformação completa que causou em todo nosso pensamento jurídico,

[1354] HESPANHA, *Panorama, pp. 67 ss.*
[1355] DI CICCO, *História*, p. 39; ALVES, *Direito*, p. 52.

> e em ter chegado a ser, como o Cristianismo, um elemento da Civilização Moderna"[1356].

### 32.2.2. AS INVASÕES BÁRBARAS E A IDADE MÉDIA

A cronologia da chegada dos judeus à Península Ibérica não está isenta de especulação. Na Carta de S. PAULO aos romanos, o apóstolo manifesta o seu desejo de visitar Espanha (15:24-8), facto que reitera o costume de visitar as comunidades judaicas já instituídas noutras partes do mundo, levando-lhes as *Boas Novas* do Cristianismo. POLIAKOV propõe que a presença dos judeus na Península remonta à época posterior da conquista da África do Norte pelos fenícios, no séc. X a.C.[1357], mas a maior prova sugere a presença judaica na vigência do Império Romano no Ocidente, através de um conjunto de leis que restringem o relacionamento com judeus, datadas do séc. IV.

Após a destruição de Cartago, em 146 a.C., a Península Ibérica é agregada como província ao Império Romano. Em 476 o Imperador RÓMULO é deposto pelos bárbaros, o que leva à queda do Império Romano no Ocidente. A Igreja, porém, permanece como instituição, focando-se na inclusão dos valores ocidentais na cultura dos povos bárbaros que haviam conquistado a Europa Ocidental. *Como uma mãe*, a Igreja eleva-se como defensora da "base moral do caráter e da sociedade por meio de sanções sobrenaturais e apoio aos preceitos de ordem social e infundir nos rudes bárbaros, por meio de um credo imbuído de milagres, mitos, medo, esperança e amor, uma ideia de conduta mais elevada"[1358]. Sem um Imperador, o bispo de Roma é, para muitos, o líder nas diferentes áreas da sociedade, desde o espiritual ao civil:

> "A conexão criada entre a Igreja e o Império no século IV explica como se estabeleceram conexões particulares e intrincadas na administração da justiça. Constantino permitiu que os litigantes escolhessem (em acordo conjunto) serem julgados pelo bispo em vez do juiz leigo e governador da província; sentenças episcopais não podiam ser apeladas e eram dotadas de poder executivo; no que diz respeito aos assuntos eclesiásticos, o bispo recebeu jurisdição exclusiva. Além disso, Justiniano autorizou apelos dos governadores provinciais ao bispo, cujo

[1356] VON IHERING *apud* GIORDANI, *História de Roma*, p. 254.
[1357] POLIAKOV, *De Maomé*, p. 14
[1358] DURANT, *História*, p. 63.

> pronunciamento só poderia ser reexaminado naquele momento pelo imperador. Os bispos receberam assim uma importante função civil"[1359].

No território que atualmente se conhece como Portugal, ainda antes da queda no Império Romano no Ocidente, os bárbaros germânicos suevos e alanos já haviam conquistado a região de duas províncias romanas: Galécia (409) e Lusitânia (411)[1360]. Anos mais tarde, os bárbaros visigodos, aliados do Império Romano, subjugam uma parte do território, fundando reinos bárbaros em cooperação com os suevos. Dos primórdios da fundação destes reinos conservam-se somente alguns fragmentos do *Código de Eurico*, de 476, a mais antiga compilação visigótica redigida por juristas romanos que consagra não apenas o Direito Romano aplicado nos reinos visigóticos, mas também outras normas *bárbaras*[1361].

Em 506, no reino visigótico da Península Ibérica surge a coleção jurídica *Lex romana visigothorum*, constituída por normas de Direito Romano com aplicação no reino governado por ALARICO II. O *Codex Theodosianus* continua em vigor e, por isso, é incluso na *Lex romana visigothorum*, juntamente com novas constituições imperiais de TEODÓSIO II, VALENTINIANO III, MARCIANO, MAJORIANO e LÍBIO SEVERO. Em 654, no reinado de RECESVINDO, publica-se o *Lex Wisigothorum* (Código Visigótico). Trata-se de um dos mais revelantes documentos jurídicos da Idade Média, que prima pela fusão de influências tão dissemelhantes entre si: eclesiástica, romana e germânica. Desde logo, o influxo eclesiástico sobressai, pois que a sua confirmação teve lugar no VIII Concílio Eclesiástico de Toledo, prova da união entre o poder político e o poder religioso. Mas não só. Os aspetos materiais e formais do Código não escondem a influência da Igreja, tendo em conta o estilo do latim aplicado na sua redação (muito idêntico ao utilizado na IC), com frases sumptuosas sobre a política e a moral, e a tentativa, por parte do legislador, de inserir no corpo normativo regras mais justas e menos hediondas, moderando, assim, os costumes bárbaros[1362]. A saber:

- a proibição de adultério e de práticas sexuais ou matrimónios entre ascendentes, descendentes, colaterais e parentes por afinidade, uma medida baseada em Lv 18:6-17 (Livro III, Título V);

[1359] PADOA-SCHIOPPA, *A History*, p. 17.
[1360] De acordo com HIDÁCIO, *Cronicon*, XVII, os bárbaros tiraram à sorte a divisão da conquista da Península Ibérica: "*sorte ad inhabitantum sibi provinciarum dividunt regiones*".
[1361] GILISSEN, *Introdução*, p. 176.
[1362] CAETANO, *História*, pp. 101 ss.

- a proteção jurídica dos órfãos (para muitos, uma incumbência de *grande piedade*) baseada no mandamento judaico-cristão de proteção dos mais vulneráveis, consagrado em Êx 22:22-4; Is 1:17; Jr 7:5-7; Zc 7:9-10; Tg 1:27 (Livro IV, Título III);

- o *direito de santuário* (Livro IX, Título III);

- as disposições normativas sobre as infrações contra a fé cristã (Livro XII, Título II);

- o direito de recurso para a autoridade religiosa contra *sentenças iníquas* da autoridade civil local (Livro XII, Título I).

Entre os séc. VIII e XI, os *vikings*, povos germânicos oriundos das zonas setentrionais da Europa, dão início ao seu movimento de expansão, chegando a regiões do norte de França, do Leste europeu e ilhas britânicas. A conversão dos *vikings* ao Cristianismo ocorre neste tempo, nomeadamente através de campanhas missionárias, fortificando-se apenas a partir do séc. XII, com a criação das primeiras arquidioceses nos países nórdicos[1363].

Nos territórios pertencentes ao Império Bizantino (Império Romano do Oriente até à sua queda em 1453, diante da expansão dos turcos otomanos), que se estendem até ao Leste Europeu, Grécia e Balcãs, a IC oriental detém uma forte presença, ainda que distinta da IC ocidental, em especial no que toca aos ritos, costumes, língua e disciplinas eclesiásticas.

Em 1054 ocorre o *Grande Cisma do Oriente*, a rutura oficial da IC em dois organismos eclesiásticos distintos: a IC Romana e a IC Ortodoxa. Dois séc. de lutas internas, desentendimentos sobre a autoridade da IC no Ocidente e no Oriente e acesos debates teológicos e eclesiásticos deixavam já antever uma futura divisão[1364]. Em 879, a realização de um Sínodo em Constantinopla parecia retomar a boa relação entre as partes, mas um ponto da ordem de trabalhos veio anular essa possibilidade. Trata-se da cláusula *filioque*, que dá origem a um controverso debate teológico sobre a proveniência do ESPÍRITO SANTO: o Oriente defende que o *Espírito Santo procede do Pai*, enquanto o

[1363] Chamo a atenção para a antiga legislação da Suécia (com forte influência da LM), fruto do trabalho da IC, que almejava um compromisso com os governos locais. Também na Dinamarca o Direito Canónico influiu na legislação civil, nomeadamente na tutela do matrimónio (TAMM, "How Nordic", pp. 20-1).
[1364] Nos séc. X e XI assiste-se a sucessivas tensões no seio da IC: uma reconciliação na ocasião do Concílio de Constantinopla, em 899, uma divisão em 912 e uma nova conciliação em 923.

Ocidente ampara a tese um aditamento ao credo de Constantinopla de 381, defendendo que *procede também do Filho*. A IC Oriental rejeita por completo esta tese por considerar ser teologicamente improcedente[1365]. A Igreja continua a afastar-se ao nível interno, agindo como se existissem já duas Igrejas distintas. O clímax das dissensões dá-se quando MIGUEL CERULÁRIO, o Patriarca de Constantinopla, ignora pedidos de ajuda da Igreja do Ocidente e tenta impor o rito oriental nas igrejas ocidentais de Constantinopla. Em 1054, o Papa LEÃO IX envia o cardeal HUMBERTUS CANDIDA ao Oriente, de modo a resolver a contenda, mas sem efeito: a 16 de julho desse ano deixa, no grande altar da Igreja Ayasofya, uma bula de excomunhão dirigida ao Patriarca MIGUEL[1366]. A 24 de julho o Patriarca de Constantinopla lança, como resposta, uma outra bula de excomunhão. Era o fim da IC como até então se conhecia.

Quanto ao Direito, os bizantinos, ainda que preservando o Direito Romano, criam novas regras jurídicas e religiosas (Direito Canónico bizantino). Desde logo, amplificaram o cariz religioso de determinadas normas, *cristianizando* alguns institutos jurídicos civis já existentes – casamento, herança, cuidado das mulheres e crianças e pena de morte.

A Idade Média na Europa é igualmente marcada pela presença judaica, ainda que sem grande representatividade populacional quando comparada com outros povos. Destaco dois rabinos judaicos que marcaram a história europeia pelo legado deixado sobre a *(auto)compreensão* do Judaísmo, em geral, e da LM, em particular: o Rabi SHLOMO ITZCHAKI (RASHI) e o Rabi MOSES BEN MAIMON (MAIMONIDES). RASHI (1040-1105) distingue-se pelos seus Comentários ao *Tanakh* e *Talmud*. A sua erudição e precisão nos comentários aos textos judaicos auxiliam a compreensão e estudo da Bíblia hebraica, em especial no entendimento das doutrinas dos *Sábios* e das decisões de jurisprudência. A sua obra torna-se notória junto de muitos teólogos cristãos, de entre os quais destaco NICOLAU DE LIRA (1270-1349), frade menor e exegeta, Doutor em Teologia, com especialização em interpretação bíblica. O teólogo *faz-se discípulo* de RASHI pelo estudo em torno dos seus comentários, amplamente invocados nos seus escritos. A obra *Postillae perpetuae in universam Sacram Scripturam*, baseada em RASHI, serve de influência na vida e obra de LUTERO.

[1365] HOLMES; BICKERS, *História*, p. 81.
[1366] Estendia-se igualmente ao Arcebispo de Acridas LEÃO, ao Patriarca SAKELARIOS NIKIFOROS, aos clérigos da Igreja de Constantinopla e aos demais patriarcados ortodoxos em harmonia com CERULARIO.

MAIMONIDES (1135-1204) nasce trinta anos depois do óbito de RASHI em Córdova, no Império Almorávida (atual Espanha, à data reino islâmico). Rabino, filósofo e médico, é, para muitos, um dos maiores estudiosos da LM, *um segundo Moisés*[1367]. Autor de várias obras, destaco aquela que é a sua obra-prima: *Mishnah Torah* (*Yad ha-Ḥazaḳah*, segundo os seus discípulos). Trata-se da suprema codificação com anotação das normas jurídicas judaicas (*Halakah*) presentes na *Torah* escrita e no *Talmud*. Enquanto filósofo enceta a missão de conciliar a filosofia aristotélica ao Judaísmo: para ele, não há paradoxo entre a *verdade* que DEUS revela e a *verdade* que a mente humana conhece, pois esta última é poder originário de DEUS. Pare ele, o choque entre a Religião e a Filosofia tem apenas origem na má interpretação da Lei de DEUS; apesar de distintas, são harmonizáveis.

O entendimento judaico de base aristotélica chama a atenção de TOMÁS DE AQUINO, que, mais tarde, apresenta uma tese conciliadora entre a filosofia de ARISTÓTELES e o Cristianismo – a *Summa Theologiae.* Para além da dissertação sobre questões filosóficas e espirituais, o AQUINATE reflete sobre as questões jurídicas de então, destacando a relevância da LM, orientado pela obra *Moreh Nevuchim*, de MAIMONIDES (uma *Suma de Teologia Escolástica Judaica*)[1368]. Tal como o seu discipulador, não se apresenta como um filósofo desligado de um pensamento acerca do *cosmos*; como teólogo, contempla as Escrituras e reparte com os outros as verdades dessa contemplação[1369]. A sua obra une a Filosofia à Religião e "tal perspectiva não significa uma confusão de objetos, uma anexação da filosofia pela Teologia. Significa apenas a transcrição em termos de organização intelectual da visão de mundo, da situação existencial do pensador medieval, situação que se torna particularmente nítida no caso de SANTO TOMÁS"[1370]. Refletindo sobre ARISTÓTELES[1371] e alguns conceitos do Direito Romano, a *Summa* tem como ponto de partida a *Torah*, que vem diretamente de DEUS a toda a criatura racional como uma *ética revelada*.

Nas questões 96 a 108 da *Prima Secundae* que o Aquinate apresenta um vigoroso influxo da LM, que denomina de *Lei Antiga* e do NT (*Lei Nova*)[1372]. Não pretendo, neste

[1367] Na lápide do seu túmulo, em Israel, consta a célebre frase judaica "De Moisés [da *Torah*] a Moisés [Maimonides], não houve outro igual a Moisés".
[1368] GILSON, *A Filosofia*, p. 460.
[1369] LOBATO, "El horizonte", pp. 57 ss; GILSON; BOEHNER, *História*, pp. 449 ss.
[1370] VAZ, *Escritos*, p. 31.
[1371] GILSON, *A Filosofia*, pp. 511 ss.
[1372] A *Lei Antiga* apresenta uma função didática de orientação do povo até *YAHWEH*, que se revela por completo se revela na *Lei Nova* (NT), através de JESUS (Q 99, 6; Q. 107, 1).

ponto, apresentar um estudo exegético detalhado sobre o assunto, mas deixo sintéticas demonstrações da influência jurídica da LM:

- sobre as *leis injustas*, invoca trechos do Profeta ISAÍAS (10:1-2): "Ai dos que decretam leis injustas, e dos escrivães que prescrevem opressão. Para desviarem os pobres do seu direito, e para arrebatarem o direito dos aflitos do meu povo; para despojarem as viúvas e roubarem os órfãos". Conclui que o Homem não se encontra obrigado a observar leis injustas, leis que *oprimem os cidadãos* (Q. 96, 4);

- sobre o *direito de dispensa* de determinados cidadãos no cumprimento de leis humanas, invoca Dt 1:17: "Não sereis parciais no juízo (…) porque o juízo é de DEUS". Aqui, num primeiro olhar, parece que AQUINO considera a dispensa de um cumprimento legal como um ato ilícito perante a Lei de DEUS, pois que assenta numa parcialidade ou numa *aceção de pessoas*. Todavia, ele continua a sua arguição, proferindo que "não é aceção de pessoas se não se observam normas iguais para pessoas desiguais. Quando a condição de alguma pessoa requer que racionalmente se observe nela algo especial, não é aceção de pessoas se a ela é feita uma graça especial" (Q. 97, 4);

- A *Lei Antiga*, em especial o Decálogo, apela à consciência do Homem sobre a submissão a DEUS, em primeiro lugar, e à sociedade, de acordo com a hierarquia instituída pelos governantes. Para AQUINATE, o Homem tem obrigações essenciais para com os governantes: a fidelidade (*honra a quem honra*)[1373] e a reverência, praticando o bem, em cumprimento dos mandamentos, e reconhecendo as bênçãos de DEUS (Q. 100, 3-6);

- Os mandamentos têm como função a erradicação dos vícios encontrados na sociedade. Por conterem a máxima *razão divina*, ao Homem não é permitida a dispensa do cumprimento do Decálogo: todos são ordenamentos diretamente de DEUS e, por isso, inerentes à natureza humana (Q. 100, 6-7).

[1373] Rm 13:7.

### 32.2.3. O DIREITO DAS ORDENAÇÕES

O Direito da Península Ibéria avança na sua elaboração e a herança romano-germânica é irrefutável. Ainda assim, "repousam, aqui e ali, quase que impercetivelmente nas entrelinhas, elementos tipicamente judaicos que foram rececionados nos direitos privados de Portugal e Espanha"[1374]. Em 1446 surge a primeira codificação portuguesa: as Ordenações Afonsinas[1375]. Tratam-se de uma compilação de leis, com várias fontes de Direito, promulgadas no reinado de D. AFONSO V. Constituem-se como a primeira coleção oficial de Direito do Reino, inserindo-se no período de influência do *direito comum*, onde o rei legisla para esclarecer, completar e inovar[1376].

Com inspiração nas Decretais de GREGÓRIO IX, dividem-se em cinco livros e não apresentam uma técnica legislativa homogénea: O Livro I possui um estilo legislativo, enquanto os restantes um estilo de coleção de fontes precedentes. A sua composição passa pela inserção de textos originais e antigos, Concordatas, bulas, respostas a dúvidas, normas dos Direitos Romano e Canónico, costumes, entre outros. À exceção do Livro I, todos os outros apontam diversas leis de raiz judaica e cristã. Vejamos:

- os Títulos I a XXIII, Livro II, estabelecem a relação entre o Reino (poder civil) e a Igreja. No Título IX, consagram-se normas de mediação de conflitos, que apontam para a superioridade integral do Direito Canónico sobre a *Ley do Regno* em matéria religiosa e em questões do foro civil cujas regras possam *trazer pecado*;

- o Título XXXVI, Livro III institui como dias de férias (isto é, feriados), os dias abnegados ao culto e serviço religioso (Natal, Páscoa e Pentecostes);

- o Título XIX, Livro IV, consagra a proibição da prática da usura, interdição cuja génese remonta aos textos da *Torah* (Êx 22:24; Lv 25:36-7; Dt 23:20). A usura nas Ordenações Afonsinas revela-se de maior complexidade do que a usura na LM, que vai desde a práxis de emprestar dinheiro a juros a uma prática contratual em que se prova a má-fé de uma das partes, para obtenção de benefícios. A usura não é, assim, definida concetualmente, mas através das

[1374] PALMA, *Manual*, p. 21
[1375] Versão consultada: PORTUGAL, *Ordenações Afonsinas*.
[1376] GOMES DA SILVA, *História*, p. 17.

exceções que o Direito Canónico e o Direito Civil permitem. O que se se almeja proibir é o benefício económico iníquo que a usura garante. Para BACHET, "os teólogos admitem, no entanto, que o empréstimo a juros possa ser tolerado em certos casos, em particular se ele é útil ao bem comum (empréstimo às autoridades) ou se é praticado por necessidade e a uma taxa moderada"[1377]. LE GOFF justifica essa tolerância através da tradição escolástica, que define cinco *desculpas* que permitem a prática da usura: "As duas primeiras dependem da noção de indenização: é o *damnunemergens*, o aparecimento inesperado de um dano devido ao atraso no reembolso. Este justifica a percepção de um juro que não é mais usura. É também o caso do *lucrumcessans*, o impedimento de um lucro superior legítimo que o usurário teria podido ganhar consagrando o dinheiro emprestado com usura numa colocação mais vantajosa. A terceira, a mais importante, a mais legítima nos olhos da Igreja, é quando a usura pode ser considerada como um salário, a remuneração do trabalho. Enfim, as duas últimas desculpas provêm de um valor relativamente novo na sociedade cristã: o risco (...) Este novo risco é de ordem económica, financeira, e toma a forma do perigo de perder o capital emprestado (*periculum sortis*), de não ser reembolsado, seja por causa da insolvência do devedor, seja por causa de sua má-fé"[1378];

- o Livro V, dedicado ao Direito Penal, contém, no Título I, a previsão do crime de heresia, uma questão frequentemente invocada na LM e na legislação cristã da Europa pré-modernidade. A introdução deste Livro apresenta a heresia como *o crime mais grave*, dado ser perpetrado diretamente contra DEUS (crime lesa-majestade divina), mas é igualmente um crime político, por atentar contra a ordem social. Qualquer delito contra a religião cristã é tido um crime contra a sociedade. Ao Rei, cuja *ratio* de governação assenta na Leis de DEUS, está incumbido o dever de proteção da religião oficial. Uma vez que recebe poder diretamente de DEUS, é missão do Rei proteger os *direitos de DEUS*, impedindo que o Seu nome e da Sua Igreja sejam desvenerados no Reino. O julgamento dos casos é da competência dos juízes eclesiásticos (à semelhança do que ocorria em Israel), mas caso a sentença *seja de sangue* (pena capital), não se permite à Igreja

[1377] BACHET, *A Civilização*, p. 313.
[1378] LE GOFF, *A bolsa*, pp. 72 ss.

que a execute, transferindo-se a sua execução para o poder civil[1379]. As penas variam consoante a gravidade do crime perpetrado e o *status* do infrator. *E.g.*, os nobres, isentos legalmente de *penas vis*, ainda assim recebem uma pena pública; a sentença é pública, como reconhecimento do erro, e o poder da Igreja é legitimado. As penas vis são reservadas a todos os outros, devendo ocorrer nas igrejas ou praças, para que todos vejam: "*e leixarom de peccar os boõs por fuas virtudes, e os maaos por temor da juftiça, receando as penas, que acuftumarom de padecer os que de femelhantes peccados ufarom*" (Livro V, Título I).

- o Título LXI, Livro V consagra as cidades de refúgio (aqui designadas de *cidades de couto*)[1380], de acordo com as regras da LM;

- o Título LXX, Livro V demonstra uma preocupação com a vertente espiritual dos réus condenados com pena capital. À semelhança do que ocorria em Israel, com a oferta de sacrifícios e expiação de pecados de terceiros por parte do Sacerdote, as Ordenações Afonsinas conferem ao condenado o direito de confissão de pecados e absolvição por um ministro cristão antes da execução da sentença.

Em 1513 as Ordenações Afonsinas são substituídas pelas Ordenações Manuelinas[1381], do rei D. MANUEL II, editadas e publicadas de acordo com a prática tipográfica de Gutenberg. Delas constam um vasto número de normas jurídicas das predecessoras Ordenações[1382].

Às Ordenações Manuelinas sucederam-se as Ordenações Filipinas[1383], do rei D. FILIPE I (rei de Espanha e Portugal), em 1595. Entraram em vigor em 1603, sob o reinado de D. FILIPE II[1384].

[1379] Nestes casos, o Tribunal Eclesiástico apresenta o condenado ao Tribunal Régio para confirmação dos juízes da Corte. A execução é autorizada sempre em conformidade com o Direito do Reino.
[1380] A saber, Marvom, Noudal, Sabugal, Caminha, Miranda e Freixo d'Espada-Cinta.
[1381] Versão consultada: PORTUGAL, *Ordenações Manuelinas*.
[1382] Uma nota especial diz respeito ao instituto do casamento, que as Ordenações não consagravam, remetendo-se a sua tutela ao Direito Canónico, que segue norteado pela influência judaica. Após o Concílio Ecuménico de Trento, que veio reformar o Direito Matrimonial Canónico, através do *Decreto de Tametsi*, de 1563, o Cardeal D. HENRIQUE despacha o Alvará de 1564, ordenando a aplicação dos Decretos do Concílio em todos os domínios da monarquia portuguesa. A norma do Alvará surge devidamente consagrada nas Ordenações Filipinas, no Título XLVI do Livro IV.
[1383] Versão consultada: PORTUGAL, *Ordenações Filipinas.*
[1384] As Ordenações substitutas das Ordenações Afonsinas não sofreram alterações significativas quanto à matéria aqui abordada, pelo que não se justifica uma análise das mesmas.

### 32.2.4. A TEORIA POLÍTICA DO PROTESTANTISMO E A INFLUÊNCIA DA *TORAH*

No séc. XVI a IC volta a sofrer transformações no seio, passando por aquela que é, até à data, a maior revolução eclesiástica: a Reforma Protestante. A Reforma tem um rosto: MARTINHO LUTERO, o monge (católico, na época) que afixa as *95 Teses* críticas ao Catolicismo de Roma (*Disputatio pro declaratione virtutis indulgentiarum)*, na porta da Capela do Castelo de Wittenberg, a 31 de outubro de 1517. Neste tempo, a venda de indulgências como forma de financiamento da construção da *Basilica Sancti Petri*, em Roma, desencadeia a sua revolta. Recorrendo a um método universitário, afixa as 95 Teses em latim, de forma a iniciar um debate sobre vários temas, entre os quais a autoridade papal e episcopal, a restrição da leitura e interpretação da Bíblia a alguns privilegiados, a ilegitimidade papal de unção e coroação de reis e imperadores e outros dogmas e ritos católicos[1385].

As Teses passam a circular por várias cidades, conquistando novos prosélitos. Em 1518, depois de fracassadas tentativas de silenciar o Reformador, LUTERO é convidado pela IC a retratar-se, mas não o faz, asseverando que as Escrituras são superiores ao Papado. Coloca-se sob proteção do príncipe da Saxónia. Após o debate de Leipzig, onde discute com JOHANN ECK sobre a Lei de DEUS, a primazia do Papa, a autoridade dos concílios e outros assuntos teológicos, e, após diversas publicações de libelos e outras obras[1386], é excomungado em janeiro de 1521. Meses depois, CARLOS V cita LUTERO a apresentar-se na Dieta de Worms (*Reichstag zu Worms*). Na sua arguição, a 18 de abril, LUTERO renova o seu entendimento: "Sou obrigado pelas Escrituras que citei e minha consciência é prisioneira da palavra de DEUS. Não posso e não irei renegar nada, pois não é nem seguro e nem correto agir contra a consciência. Que DEUS me ajude. Amém".

A 26 de maio é proscrito do Império, juntamente com os seus seguidores, e ordena-se a destruição de obras de cariz luterano.

Ainda que a Reforma tenha um rosto, não se fez num dia: 31 de outubro de 1517 é o princípio da Reforma Protestante, um longo intervalo de tempo que vai até 1555 e à *Paz Religiosa de Augsburg*. Na Alemanha, em reação à ampla aceitação das Teses de LUTERO por diversos grupos que se vão afirmando como *luteranos*, o Imperador CARLOS V convoca, em 1521, várias dietas, que espelham a dualidade de então: por um lado, os príncipes luteranos impõem liberdade religiosa e, por outro lado, os princípios católicos

[1385] Respetivamente, LUTERO, *Obras*. 2, pp. 277 ss, 341 ss, 435 ss.
[1386] A saber, *Uma Carta aberta à Nobreza alemã*, *O cativeiro babilónico da Igreja* e *A liberdade do Cristão*.

refutam as *exigências heréticas* daqueles. O Édito de Worms contra LUTERO é renovado. Em 1530, na Dieta de Augsburg, o reformador PHILLIP MELANCHTLON pronuncia a confissão de fé que se tornará na base do Luteranismo. Perante a perseguição do Imperador, em 1529 os luteranos formam, com o apoio de uma aliança armada (*Aliança de Smalkalde*) contra a liga fundada pelos príncipes católicos. O Imperador concede, pela primeira vez, paz religiosa mas, em 1532, declara guerra aos luteranos. A *Aliança protestante* sai vitoriosa em 1552, declarando-se paz definitiva entre os principados germânicos em 1555, em Augsburg.

O Luteranismo espalha-se por toda a Alemanha, Boémia, Áustria e Escandinávia. Neste estágio, o Papado e a sua primazia sobre o Cristianismo Ocidental desmorona-se. A Cristandade polariza-se em várias ortodoxias (Catolicismo Romano, o Luteranismo, o Calvinismo, o Anglicanismo[1387] e o Puritanismo) e novas heterodoxias (Anabatistas, Menonitas, Quacres e os *cristãos sem igreja*).

A Reforma Protestante (e consequente revolução destes principados) não foi apenas uma reforma teológica ou eclesiástica, mas também uma reforma do Direito[1388]: dá origem a uma reformulação da IC, que estabelecia, até então, os direitos secular e eclesiástico. O luteranismo desvinculou o Direito da Moral, contestando a legitimidade da IC em *produzir o Direito* – passa a ser vista como apolítica, invisível e alegal. O único Direito era o do principado ou reino secular[1389] (secularização). A visão luterana permitiu, assim, um avanço na Teoria do Estado, em especial graças ao surgimento do positivismo jurídico, que contempla o Estado como moralmente neutro, dotado de soberania e com meios coercitivos ao seu dispor que assegurem o cumprimento da lei.

A Reforma constitui não só um corte com a espiritualidade católica, mas (e principalmente) o *reinício* do Cristianismo, centrado numa individualidade da consciência religiosa e espiritual entre o crente e DEUS, sem recurso à obrigatória mediação de membros eclesiásticos, símbolos e instituições. Não se pense, todavia, que

---

[1387] Em 1534, após o aproveitamento do seu primeiro divórcio, o rei HENRIQUE VIII rompe formalmente com a IC através do Ato de Supremacia, onde se declara como o Chefe Supremo da Igreja e do Clero de Inglaterra. Influenciado pelas doutrinas protestantes em ascensão, surge o Anglicanismo, a religião oficial da Inglaterra até à atualidade.

[1388] Não posso deixar de referir ainda o peso que a Reforma teve no pensamento científico, nomeadamente pelo surgimento de escolas e academias laicas, livres do pensamento confessional católico, pela defesa entre a fé e a razão, a natureza e a religião, a política e a Igreja (defende-se a observação e o raciocínio experimental e lógico, longe da religiosidade que havia bloqueado o pensamento medieval, pelo substituição do saber contemplativo pela ciência ativa e pela passagem do Teocentrismo (Deus como princípio e fim de todas as coisas) para o Antropocentrismo (sistema naturalista e humanista). Cf., entre outros, VERGER, *Cultura*, pp. 177 ss; TILLICH, *História*, pp. 166 ss; MONDIN, *Curso*, pp. 8 ss.

[1389] BERMAN, *Direito*, p. 42.

a ótica protestante promove a submissão da Bíblia à livre interpretação do crente – apenas expõe uma interpretação bíblia tão inequívoca e descomplicada que se torna acessível a qualquer leitor. Para isso, fundam-se Escolas Protestantes para alfabetização dos crentes, com o escopo de incentivar ao estudo bíblico e divulgação da *nova fé*. O senso de religiosidade institucional não perde sentido, mas ganha uma nova face, mais comunitária e próxima do crente e unicamente fundamentada nas Escrituras (a singular fonte de autoridade para o cristão) – uma tentativa de recuperar o Cristianismo da Igreja Primitiva, focalizado em JESUS, sem qualquer interferência espiritual da IC e de interpretações dos *Pais da Igreja*. Indubitavelmente, a Reforma foi bem sucedida na sua missão, pois que fez regressar a espiritualidade à essência do Judaísmo e do Cristianismo Primitivo, buscando no *Tanakh* o fundamento para a sua visão da sociedade política europeia (e não só)[1390] e da Igreja.

Sem fazer um corte abrupto com a tradição escolástica católica, a Teoria do Estado de vários países protestantes da Europa foi manifestamente influenciada pelas interpretações de filósofos e teólogos protestantes do *Tanakh*. HOBBES assume-se como um deles ao dissertar frequentemente sobre a temática religiosa, em especial associada ao anglicanismo e às ideias de THOMAS CROMWELL (consolidadas em Erasmo e Lutero). Na obra *Leviathan* chega a reservar a Parte III para meditar, entre outros assuntos, sobre:

- o *Estado cristão*, o modelo de Estado assente na Palavra de DEUS proferida pelos *homens de DEUS*, a base da política cristã (cap. XXXII);

- a composição, autoridade e autoria dos livros da Bíblia (cap. XXXIII);

- o Espírito de Deus no AT e NT (cap. XXXIV);

- a conceção de Reino de DEUS (Reino de Israel), assente no Pacto entre *YAHWEH* e o Seu povo, através de Abraão, renovado com Moisés (cap. XXXV);

- a missão dos profetas do AT (cap. XXXVI)

- os milagres relatados no NT (cap. XXXVII)

- a autonomia do soberano face ao poder de Roma, nomeadamente em quesitos religiosos. De ABRAÃO à monarquia, HOBBES apresenta um *estudo bíblico* que reforça a baseando-se na exegese e hermenêutica bíblica, que fundamentam as consequências políticas e religiosas da Reforma. Munido de trechos do AT e do NT, HOBBES invalida teses (como a do Papa BELARMINO)

[1390] Pense-se, por ex., na forma como o Calvinismo Puritano, uma vertente confessional do Protestantismo, foi o catalisador espiritual da colonização e constituição da moralidade cristã nos Estados Unidos da América, através dos *Pilgrim Fathers*.

que propõem a supremacia do poder religioso sobre o poder civil, recordando frequentemente as palavras de JESUS: "O meu Reino não é deste mundo" (Jo 18:36). Para o filósofo, JESUS nunca incitou a humanidade à desobediência civil, antes reiterando que o Seu Reino era um Reino futuro, que viria noutro mundo, pelo que o cumprimento das Leis seculares e o respeito ao soberano não só é necessário, como bíblico (cap. XL).

Também LOCKE contribui para a Filosofia Política através de princípios judaico-cristãos. Em *Dois Tratados sobre o Governo* o filósofo inglês dedica o *Primeiro Tratado* ao relato da criação de ADÃO e a sua influência no desempenho da autoridade política nas sociedades, como resposta à obra *O Patriarca ou o Poder Natural dos Reis*, de *Sir* ROBERT FILMER, que defende o Direito Divino do soberano.

FILMER baseia a sua tese em Gn 1:28: "*E DEUS os abençoou e lhes disse: Sede fecundos, multiplicai-vos, enchei a terra e sujeitai-a; dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus e sobre todo animal que rasteja pela terra*". Para ele, no momento em que DEUS criou ADÃO, concedeu-lhe soberania e autoridade suprema sobre todas as coisas, territórios, seres viventes e até família. Por *herança divina* (pois que esta autoridade veio diretamente de DEUS), determinados homens possuem a mesma soberania e autoridade suprema sobre certos territórios (soberanos absolutos). Face a esta tese, LOCKE inicia um estudo bíblico sobre Gn 1:28, chegando a conclusões opostas:

- o domínio concedido por DEUS a ADÃO não seria transmissível aos seus herdeiros;

- a ideia de que os soberanos seriam sucessores diretos de ADÃO na delegação de autoridade divina recebida é impossível de aceitar, pois que não há como traçar uma linha temporal de sucessão entre ADÃO e os soberanos;

-se tal linha fosse traçada, chegar-se-ia à conclusão de que a existir um descendente direto de ADÃO, seria apenas um soberano com autoridade sobre toda a terra;

- ADÃO apresenta-se como o *pai da humanidade* (comum a todos os homens), pelo que a tese de FILMER implicaria uma propriedade comum a todos os homens;

- a ADÃO foi dado domínio apenas sobre a terra e os animais, e não sobre os seres humanos (o que refuta uma legitimação teológica da escravatura).

Também JOHN SELDEN apresenta forte influência judaica no seu pensamento, através da invocação de um elevado número de trechos do *Tanakh* e *Talmud*. Esquecido por muitos, em grande parte porque muitas das suas obras foram redigidas em latim, sem tradução para os idiomas modernos, SELDEN dedica-se ao estudo do Judaísmo e das suas instituições. Em 1618, publica *The History of Tithes*, onde analisa a figura do dízimo como tributo eclesiástico, desde a sua génese judaica até à sua instituição no Anglicanismo. Em 1631, SELDEN publica *De successionibus in bona defuncti secundum leges Ebraeorum* um aprofundado estudo sobre as regras judaicas das sucessões. Ainda em 1631, publica *De successione in pontificatum Ebraeorum*, examinando as normas de sucessão no ofício de Sumo Sacerdote. Em 1646, redige *Uxor Ebraica*, um tratado sobre as leis de casamento e divórcio no Judaísmo. Entre 1650 e 1655, publica a trilogia *De synedriis et prefecturis juridicis veterum Ebraeorum*, em que investiga a composição e organização do *Sanhedrim* , dela extraindo protótipos para o exercício de um Parlamento.

A sua obra mais notável terá sido escrita em 1640 - *De iure naturali et gentium iuxta disciplinam Ebraeorum*. Nela, SELDEN propõe a existência de uma Lei Natural de carácter moral com aplicação universal, não seguindo, contudo, o Decálogo como bússola, mas as Leis de NOÉ, de acordo com a tradição do *Talmud*. Na conceção *talmudiana*, o pacto universal de *YAHWEH* com a humanidade refere-se à Aliança com NOÉ, e não ao Decálogo, a "Aliança específica" com o povo de DEUS (Israel):

> "A universalização dos direitos, por sua vez, princípio característico e primordial dos direitos humanos, também pode ser encontrada na Lei Mosaica, por meio das denominadas 'Sete Leis de NOÉ'. Trata-se de princípios e valores a serem perseguidos por todos aqueles que não desejavam se filiar ao código de normatização de valores éticos judaicos, independentemente de raça, cor, sexo, língua, religião, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza. Essas sete leis básicas, das quais decorrem normatizações específicas, visavam resguardar a dignidade humana e a valorização da pessoa como indivíduo, sem a necessidade de extinção e homogeneização das culturas e demais religiões. E são elas: *(i)* Não manter relações sexuais com uma mulher casada; *(ii)* Não praticar idolatria; *(iii)* Não matar; *(iv)* Não comer parte de um animal vivo; *(v)* Abençoar Deus; *(vi)* Não roubar; *(vii)* Instituir normas e tribunais"[1391].

[1391] AAVV, *Diálogos*, p. 48.

### 32.2.5. OS VALORES CRISTÃOS NO DIREITO MODERNO

A LM apresenta um conteúdo moral, jurídico e religioso com uma única fonte (DEUS), comunicada a MOISÉS, o líder e libertador dos hebreus. Todavia, compreende-se que a Lei, na sua vertente cerimonial, serviu de guia ao povo por um período de tempo (Jo 1:17): até à crucificação e ressurreição de JESUS. O Messias veio *cumprir* os rituais expiatórios, vencendo o arcaísmo das doutrinas religiosas dos judeus. Não veio contrariar MOISÉS como legislador, mas mostrar a Sua supremacia face a este (Hb 3:3-6) e ao sacerdócio levítico (Hb 8:6-7). A Sua ação não consistiu numa mera revogação, mas no cumprimento da Lei: se é verdade que "*o fim da Lei é Cristo*" (Rm 10:1-4), é igualmente verdade que Ele não veio "*abolir a Lei ou os Profetas; não [veio] abolir, mas cumprir*" (Mt 5:17). O cumprimento da Lei na cruz deu término à sua vigência temporária[1392].

A Lei apenas aponta o problema, não a solução. No entendimento de S. PAULO, a Lei revela a necessidade humana de um Salvador que possibilite ao Homem agir corretamente (Rm 8:1-4). A Lei não salva o Homem, pois que este, na sua natureza caída, não consegue observar, *per se*, as regras divinas. A salvação vem do *presente de Deus* à humanidade: JESUS, o CRISTO. Se a LM revelava a Justiça de DEUS, agora a cruz revela que a Justiça vem de JESUS, *o fim da Lei*.

A mudança de sacerdócio (do levítico para a pessoa de JESUS), implica uma modificação na Lei (Hb 7:12). E o *Mashiach* surge para alinhar o Homem com a moralidade divina, e não a uma interpretação equivocada desta: a moralidade assente no perdão e no amor ao próximo. A mentalidade primitiva e escravizada dos hebreus foi transformada por JESUS de forma a reconciliar os homens com DEUS e, por conseguinte, a promover uma sociedade mais justa, livre, igualitária e fraterna.

Indubitavelmente, a liberdade, a igualdade e a fraternidade são valores cristãos que, pela evolução histórico-cultural do Ocidente, foram sendo incorporados e aprimorados nos sistemas normativos. As palavras de JESUS, promotoras destes valores, parecem ter sido esquecidas até à Modernidade. Afirmar a igualdade entre todos os indivíduos era impensável. As comunidades políticas garantiam direitos aos seus

[1392] SUBIRÁ, *Graça*, pp. 57 ss.

cidadãos, mas não direitos iguais, embora DEUS já tivesse aberto esse caminho, através de JESUS: "*Porque para com Deus não há aceção de pessoas* (Rm 2:11)[1393].

O caminho entre os ensinamentos cristãos e a positivação de alguns dos seus valores foi penoso e demasiado longo. Pense-se na Declaração de Independência Americana, de 1776, onde se lê, pela primeira vez, "consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais". De modo similar, a DDHC declara que "Os homens nascem e são livres e iguais em direitos". É a Revolução Francesa que encerra um longo período medieval e de absolutismo monárquico, ressuscitando e consagrando valores judaico-cristãos que serviram de inspiração a Declarações e Tratados de Direito Internacional[1394] e Constituições ocidentais[1395]. O Constitucionalismo português é prova disso. Portugal, enquanto Estado republicano e democrático, deve, em geral, as suas origens à Revolução Francesa de 1789 e, em especial à DDHC, assente em três pilares fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade.

No séc. XIX, os direitos dos cidadãos eram o objeto central do Direito Constitucional, ficando, de certo modo, esquecidos ao nível do Direito Internacional e do direito dos povos. Os vários regimes totalitários que marcaram o séc. XX, a negação de valores e princípios morais universais e as políticas externas agressivas dessas ditaduras totalitárias voltaram a colocar os direitos humanos como tema central dos ordenamentos jurídicos ocidentais. Após a verificação de inúmeros crimes de genocídios e outras atrocidades, entendeu-se finalmente a necessidade de refletir sobre a segurança dos povos e a paz mundial. Em 1945 é criada a ONU, através da Carta de S. Francisco, com o escopo de manutenção da paz, sendo a sua atuação coordenada sob os pilares da harmonia, do desenvolvimento e da cooperação. Em 1946, na Assembleia Geral da ONU, surge o esboço preliminar da DUDH que, depois de remetida à Comissão de Direitos Humanos, foi oficialmente apresentada, na sua versão final, em 1948. A Declaração que, nas palavras do Papa JOÃO XIII, na Encíclica *Pacem in Terris* constitui um "ato de altíssima

[1393] A ideia de igualdade está patente ao longo de todas as Escrituras: Gn 1:27; Lv 19:15; Dt 10:17; Pv 22:2; Mt 7:12, Lc 10:27, At 10:34, Gl 3:28, I Tm 5:21, Tg 2:9 e Hb 1:8.

[1394] O Cristianismo é o precursor dos vários conceitos internacionais de direitos humanos, tendo consagrado "as cláusulas pétreas dos instrumentos universais de aceitação tácita ou aqueles aderidos e ratificados pelos governos (ver Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU–1948; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ONU–1966; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA–1969; Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, ONU–1965; Convenção sobre os Direitos da Criança, ONU–1989), entre tantos outros" (MAIA NETO, "Jesus Cristo").

[1395] A doutrina *imago Dei* é o fundamento das teorias da dignidade, igualdade e liberdade de, entre outros, FRANCISCO DE VITÓRIA, FRANCISCO SUAREZ, HUGO GRÓCIO, JOHN MILTON, JOHN LOCKE, JAMES MADISON e THOMAS JEFFERSON, a base do Constitucionalismo (STARK, *Jurisdiccion*, pp. 236 ss).

relevância", serve, desde então, como base de várias Constituições e diversos Tratados Internacionais. A CRP é uma dessas, sendo a DUDH a base de muitos preceitos constitucionais aqui observados.

Face ao exposto, em jeito de conclusão, não posso, contudo, omitir que esta positivação de valores e princípios marcadamente cristãos, de herança judaica, não se deu por influência direta do Cristianismo, mas através de um processo histórico milenar que desencadeou diversas ações de cariz religioso, político, jurídico, económico e sociocultural que manifestaram a necessidade de criação de novas formas de pensar e fazer o Direito, adaptando-o a novas realidades históricas que se sucederam no tempo. O Direito contemporâneo é fruto de um avanço civilizacional e científico de várias ordens que, em muito, se contrapõem aos ideais cristãos. Ainda assim não negligencia verdades que outrora saíram diretamente (*e primeiramente*) da mais relevante pessoa de todos os tempos: JESUS. É de refletir, portanto, por que motivo a positivação de valores e princípios judaico-cristãos aconteceu apenas após um dos mais desumanos eventos da história recente, o Holocausto. A positivação de valores defendidos pelo Messias como a dignidade humana, igualdade, a fraternidade e a solidariedade surge apenas como a resposta possível às atrocidades cometidas pelo regime nazi (e para que não ocorram novamente) ou porque é o melhor (e único) caminho a seguir na defesa dos direitos humanos e da paz mundial? Apoio-me nesta última hipótese, atendendo à imutabilidade e universalidade dos mesmos valores e princípios que após dois mil anos, teimam em sobreviver na consciência, na moral e nas reformas político-sociais que vão tendo lugar no Ocidente.

## 32.3. A RELIGIÃO JUDAICO-CRISTÃ COMO FUNDAMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Atendendo às influências indiretas da LM sobre a CRP, urge colocar as seguintes questões: *i)* em que se consubstancia a influência mosaica na CRP?; *ii)* a consagração de princípios e direitos fundamentais, outrora valores e princípios judaico-cristãos, lesa a neutralidade religiosa do Estado Constitucional laico? É meu objetivo, neste cap., apresentar um conjunto de ideias não exaustivas sobre as implicações jurídico-constitucionais no princípio da neutralidade (ou laicidade) decorrentes de uma argumentação judaico-cristã (ou teísta) do Estado Constitucional.

A neutralidade religiosa imanente do princípio da separação do Estado das confissões religiosas constitui um importante traço do Estado Constitucional. Não obstante, a sua verificação revela-se paradoxal: o Estado que prima pela neutralidade religiosa é o mesmo que apresenta influências mosaicas e, portanto, não neutras.

A doutrina constitucional tem-se debruçado sobre esta questão, em especial num momento em que o fenómeno religioso ganha novas tendências, sejam elas tentativas secularizantes ou não, como sucede, por ex., com o crescimento do Islamismo e sua influência política. Mas o facto é que a neutralidade religiosa do Estado, num *status* puro do termo, é inexequível (um mito, para muitos)[1396]. Para MACHADO, a neutralidade religiosa *per se* não é religiosamente neutra[1397], pois que o Estado não é axiologicamente neutro. Autores existem que propõem um repensar do princípio da neutralidade de um modo que, por um lado, garanta a proteção da liberdade religiosa e, por outro, confronte as confissões religiosas com as exigências do mundo moderno, com tratamentos distintos, se necessário[1398]. Ainda assim, os defensores desta linha de pensamento não admitem que o Cristianismo, enquanto produtor cultural de valores, pensamentos e padrões de comportamento, possa ser integralmente secularizado[1399].

Esta questão não é recente e foi colocada em 1964 pelo alemão BÖCKENFÖRDE como um teorema:

> "O Estado liberal secularizado vive de pressupostos, que ele próprio não pode garantir. É este o grande risco em que incorre por amor da liberdade. Por um lado, como Estado liberal, só pode existir se regula a liberdade, que garante aos seus cidadãos, a partir da substância moral de cada indivíduo e da homogeneidade da sociedade. Por outro lado, não pode procurar garantir estas forças internas da regulação a partir de si próprio, isto é, pelos meios da coação jurídica e do comando da autoridade, sem sacrificar o seu carácter liberal (*freiheitlichkeit*) e, ao nível secular, recair naquela pretensão totalitária que tinha abandonado ao sair das guerras civis de religião"[1400].

O dilema de BÖCKENFÖRDE, ainda que incompreendido por muitos, ganha sentido quando se olha à matriz judaico-cristã que fundamenta as sociedades ocidentais e fundamenta as Constituições[1401]. Com efeito, a influência de valores e princípios

[1396] LADEUR; AUGSBERG, "The Myth", pp. 143 ss.
[1397] MACHADO, *Estado*, p. 29.
[1398] *Ibid*.
[1399] LADEUR; AUGSBERG, "The Myth", pp. 147 ss.
[1400] BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung*, p. 93.
[1401] FINNIS, *Natural*, pp. 378 ss.

mosaicos, herdados pelo Cristianismo, no Estado Constitucional faz questionar a neutralidade religiosa do Estado laico. Indo mais longe na afirmação, partilho da tese de MACHADO sobre esta influência judaico-cristã: "o Estado Constitucional repousa em pressuposições que só um Deus entendido como Ser racional, verdadeiro, justo, bom e omnipresente, nos termos da tradição judaico-cristã, é que tem condições de garantir em última instância"[1402].

No Estado Constitucional democrático, a consagração do principio da neutralidade religiosa do Estado implica a sua neutralidade em sede confessional – só assim o Estado garante a igual liberdade religiosa de todos, uma sociedade onde impera a paz e a ordem pública, de modo a conservar a imparcialidade face a todas as confissões religiosas existentes no seu ordenamento jurídico[1403].

Como observado, o facto de o Estado se encontrar fundamentado em valores de matriz judaico-cristã inviabiliza a possibilidade de se revelar verdadeiramente neutro. Contudo torna-se inexequível a separação destes valores da sua raiz teísta, o que coloca em causa a neutralidade religiosa do Estado. Mas em momento algum se poderia pensar que a neutralidade religiosa ou a separação do Estado dos igrejas deveria assentar num pensamento nietzschiano de que DEUS *está morto* ou num total afastamento da Religião da esfera pública (laicismo). Ora, "se uma visão do mundo ateísta e materialista não consegue justificar racionalmente os valores do Estado Constitucional, de forma coerente e consistente, também não tem sentido que este pressuponha uma visão ateísta e materialista"[1404]. A verdade é que o Decálogo, a base do Judaísmo e do Cristianismo, a lei escrita pelo dedo do próprio DEUS, que demonstra, por pensamentos humanamente compreensíveis, a natureza deste DEUS, é uma lei milenar anterior ao Estado. Como observado, na sua forma não escrita, colide com o início da existência humana. Não se pode, por isto, falar de uma nova legislação que a matriz judaico-cristã intenta introduzir na História Constitucional. A Lei de DEUS permanece imutável, perpétua e universal (olhando à universalidade da sociedade, mas também à individualidade do ser

[1402] MACHADO, *Estado*, p. 30.
[1403] Na jurisprudência, *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 107, ECHR 2005-XI: "O Tribunal tem frequentemente enfatizado o papel do Estado como o organizador neutro e imparcial do exercício de várias religiões, credos e crenças, e afirmou que este papel é favorável à ordem pública, harmonia religiosa e tolerância numa sociedade democrática. Também considera que o dever de neutralidade e imparcialidade do Estado é incompatível com qualquer poder do Estado para avaliar a legitimidade das crenças religiosas ou as formas como essas crenças são expressas".
[1404] MACHADO, *Estado*, p. 150.

humano)[1405]. São o guia de sobrevivência das sociedades e é por isto que se difundiu globalmente: pretende dar um sentido de vida ao Homem sem que isso implique uma mudança no *reino secular*. Ora, o Cristianismo é uma religião e, de acordo com BRAGUE, "é a única religião que é apenas uma religião; todas as outras juntam à dimensão religiosa uma dimensão suplementar"[1406]. O Islão é um sistema religioso e político; o Judaísmo é uma religião e um povo. O Cristianismo é *apenas* uma religião, que promove valores e princípios universais sem desejo de domínio político ou jurídico. Toda a influência (e não domínio) que o Cristianismo pode exercer remete-se à esfera moral ou ética das ações e à esfera espiritual dos crentes.

O Estado Constitucional português não se apresenta absolutamente neutro, quer do ponto de vista religioso, quer do ponto de vista ético, pois que apresenta, no corpo da CRP, a consagração de valores assumidamente judaico-cristãos. Pensar que isto não corresponde à verdade seria *per se* um *constitucionalismo contraditório*, pois implicaria a negação dos valores ou pilares constitucionais da dignidade, liberdade, igualdade, justiça, solidariedade, entre outros [1407]. O Estado não pode deixar de positivar estes valores com base na sua génese teísta, devendo *protegê-los*, tendo em conta a sua identidade e/ou razão de ser[1408].

O facto de o Estado não ignorar a identidade cultural e religiosa do seu povo não determina, porém, que se mostre teocrático ou confessional[1409]. A não neutralidade absoluta jamais poderá permitir que o Estado possa interferir em quesitos atinentes à religião, culto e liberdade de consciência dos indivíduos ou das comunidades religiosas. A CRP, no art. 41.º, consagra inequivocamente uma limitação constitucional que o Estado não pode saltar, salvo os casos previstos. Do Estado espera-se apenas que, enquanto protege os cidadãos e as comunidades religiosas de possíveis políticas discriminatórias, garantindo-lhes a efetivação de direitos fundamentais que protegem a liberdade religiosa, não interfira nas questões religiosas individuais ou coloque em causa a autonomia dessas

[1405] HABERMAS, *Auch eine Geschichte*, p. 525.
[1406] BRAGUE, *Sobre a religião*, p. 32.
[1407] *Ibid*, p. 164.
[1408] Por isso existe no ordenamento jurídico português legislação que vincula a existência de feriados e dias religiosos (como o sábado ou o domingo), de festas cristãs, onomástica e símbolos religiosos.
[1409] SANTOS JR., "O modelo de laicidade", p. 29.

comunidades, independentemente da representatividade ou popularidade que possam ter[1410].

Nas próximas pp. apresento um conjunto de ideias que atestam da influência mosaica (porque refletem a natureza de DEUS e as suas leis) em três pilares do ordenamento jurídico-constitucional português: valores, princípios e direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e separação do Estado das confissões religiosas.

### 32.3.1. Valores, princípios e direitos fundamentais no Estado Constitucional

O Estado Constitucional está fundamentado num conjunto de valores e direitos pré-políticos (e, portanto, pré-jurídicos), superior a todos os tipos de poder e reconhecidos por todos os indivíduos. MACHADO defende que esta realidade encaixa-se na existência de um Deus criador, racional, justo, verdadeiro, bom e omnipresente, a fonte primária destes valores, princípios e direitos universais com vista ao bem-estar social[1411].

Esta convicção surgiu, nas sociedades ocidentais, junto dos defensores dos direitos fundamentais que estiveram na base das Revoluções americana e francesa, bem como as restantes revoluções que se seguiram. O mote era apenas um: o reconhecimento de princípios superiores à vontade do rei e do povo e a defesa de direitos naturais, devidamente consagrados na Constituição. Veja-se, por ex., na Declaração da Independência de 1796 que se consideravam como "incontestáveis as seguintes verdades: que todos os homens foram criados iguais; que foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que entre esses direitos se devem colocar em primeiro lugar a vida, a liberdade e busca da felicidade". A letra da lei não deixa dúvidas quanto à presença de um moralidade judaico-cristã constitucionalmente consagrada[1412]. Atualmente, os mesmos valores, princípios e direitos fazem-se presentes nas Constituições ocidentais, em especial após o período pós II Guerra, época em que os valores constitucionais ganharam proteção do Direito Internacional que, através de mecanismos universais e regionais, alavancou extraordinariamente na defesa dos direitos humanos através da

[1410] LEVY, *The Establishment Cause*, pp. 3 ss
[1411] *Ibid.*
[1412] VELEZ, "Constituição", p. 124.

criação do Tribunal de Nuremberga[1413], e da CNU, DUDH e CB, que assentam na declaração expressa da existência de valores universais, com um "padrão de moralidade absoluto, imaterial, intemporal e universal"[1414], aos quais as leis internas, as Constituições e os Tratados Internacionais não podem opor-se, seja por fatores político-económicos, religiosos, socioculturais, seja por lacunas normativas. Trata-se de um padrão que, na sua essência, revela a natureza de DEUS, cuja omnipresença (imaterial, intemporal e universal), bondade e justiça se divulgam nesses valores igualmente superiores e universais (valores absolutos)[1415]. O problema surge quando os Estados, as organizações de Direito Internacional, os tribunais e as várias religiões não se entendem quanto ao grau de apreciação desses valores. Não colocam em cheque a sua existência, mas divergem quanto à matéria, ponderação jurídico-constitucional e aplicabilidade dos mesmos, originando, *e.g.*, entendimentos contraditórios sobre a proteção da dignidade da mulher (de um lado, a luta pela igualdade de género, de outro, a insistência na imposição do uso de véu).

### 32.3.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DE DEUS E DA CONSTITUIÇÃO

A CRP consagra, no seu art. 1.º, o princípio da dignidade da pessoa humana, base da República soberana portuguesa, com vista à promoção de uma sociedade livre, justa e solidária[1416]. A positivação da dignidade humana constitui uma marca característica das Constituições democráticas, em especial após a promulgação da DUDH, que perpetuou, no seu art. 1.º[1417], a necessidade de reconhecimento internacional da dignidade da pessoa humana como valor absoluto e pilar do Estado de Direito democrático e da vida em sociedade[1418].

---

[1413] "A matriz judaico-cristã foi expressamente invocada para justificar a primazia de determinados valores fundamentais sobre os textos constitucionais e convencionais à época existentes e que não davam cobertura positiva formal à realização do pretendido julgamento dos nazis. Como então afirmou o eminente jurista Robert H. Jackson, no seu relatório preparatório do Tribunal de Nuremberga, de 1945, "tais atos são considerados crimes desde o tempo de Caim", numa clara alusão ao livro de Génesis" (MACHADO, *Estado*, p. 60).

[1414] *Ibid*, p. 32.

[1415] O Preâmbulo da CB espelha a convicção da existência de um Ser Criador destes valores: "Consciente da sua responsabilidade perante Deus e os homens".

[1416] Uma sociedade caracterizada pela igualdade e fraternidade (REALE, *Questões de Direito*, p. 9).

[1417] Cf. art. 1.º, PIDESC.

[1418] "Uma autêntica democracia só é possível num Estado de direito e sobre a base de uma recta conceção da pessoa humana. Aquela exige que se verifiquem as condições necessárias à promoção quer dos indivíduos através da educação e da formação nos verdadeiros ideais, quer da «subjetividade» da sociedade, mediante a criação de estruturas de participação e corresponsabilidade (…) Uma democracia sem valores

A DUDH parte da premissa de que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e em direitos", devendo estes "agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade", marcando, assim, uma conquista histórica da consciencialização e defesa dos direitos humanos que manifestamente espelha a inspiração judaico-cristã[1419]. Exige-se, assim, que todos os seres humanos sejam tratados segundo uma *regra isonómica* que decorre do reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos, protegendo-se as qualidades que constituem a sua natureza e que os distingue de todos os outros seres[1420].

Com efeito, o conceito de dignidade humana não pode ser dissociado da compreensão de *o que é o Homem* ou a natureza humana, o que extravasa qualquer perspectiva meramente jurídica que se possa ter deste conceito. Há que ter em conta também uma perspectiva "psíquica e espiritual, voltada para o transcendente, indissociável de sua natureza"[1421], que não olvida a problemática da pessoa humana relacionada com a ética, a filosofia, a psicologia, a antropologia, a sociologia e a teologia[1422]. Assim, o reconhecimento da dignidade humana e a sua positivação constitucional não pode olhar apenas aos elementos jurídicos do conceito em questão, antes devendo reconhecer os atributos inerentes à sua natureza humana (Direito Natural) que qualquer indivíduo possui pelo simples facto de existir[1423]. O Direito não cria nem atribui a dignidade aos homens, antes a reconhece como um valor inato, prévio à existência da sociedade e do Direito. E porque ao Direito (ou ao Estado) não incumbe o dever de fundamentação da natureza do Homem ou do seu valor, deve permitir que outras áreas do saber sejam incorporadas no seu seio. É neste ponto que se evidencia a religião judaico-cristã, pois que consegue ir à origem da problemática humana e apresentar um

converte-se facilmente num totalitarismo aberto ou dissimulado, como a história demonstra" (Papa JOÃO PAULO II, *Centesimus Annus).*

[1419] "Professamos que todo homem e toda mulher, por mais insignificantes que pareçam, têm em si a nobreza inviolável que eles próprios e os demais devem respeitar e fazer respeitar, incondicionalmente; professamos também que toda vida humana merece por si mesma, em qualquer circunstância, sua dignificação; e que toda convivência humana tem que fundar-se no bem comum, que consiste na realização cada vez mais fraterna da dignidade comum e que exige não se instrumentalizem uns em favor de outros e que todos estejam dispostos a sacrificar até bens particulares" (CONFERÊNCIA GERAL).

[1420] MAGALHÃES FILHO, *Hermenêutica*, p. 136.

[1421] ALVES, *O princípio*, p. 160.

[1422] MARTINS, *Comentários*, pp. 4-5.

[1423] "Deve superar-se e eliminar-se, como contrária à vontade de Deus, qualquer forma social ou cultural de discriminação, quanto aos direitos fundamentais da pessoa, por motivo de sexo, raça, cor, condição social, língua ou religião. É realmente de lamentar que estes direitos fundamentais da pessoa ainda não sejam respeitados em toda a parte" (CONCÍLIO VATICANO II).

conjunto de ideias que reúnem elementos jurídicos, morais e religiosos explicativos da própria natureza humana.

A dignidade da pessoa humana constitui-se como um princípio amplamente defendido e divulgado pelo Cristianismo, que não olha para o Homem como um número ou um objeto, mas como uma pessoa dotada de unicidade e valor:

> "O Cristianismo representou uma grande revolução no sentido exato e extenso dessa palavra. Sua mensagem irradiou-se para a humanidade toda, seus princípios éticos tornaram as pessoas melhores, mais solidárias, mais pacíficas (…) contribuiu para tornar as pessoas mais felizes, introduzindo o princípio da esperança, na cultura de milhões e milhões de seres humanos. Em nome dele têm sido feitas obras sociais e humanitárias que mitigam dores e sofrimentos, levam a educação às crianças e adultos, ensinam o reto caminho. Os ensinamentos cristãos irradiaram-se não só no campo da moral, mas igualmente no campo do Direito"[1424].

Na Antiguidade, os indivíduos eram destrinçados entre cidadãos e escravos[1425]. JESUS fez cessar a distinção, reconhecendo o caráter de ser humano a todos os homens, tidos por iguais diante de Deus, de acordo com At 10:34 e Gl 3:28.

#### 32.3.2.1. A DIGNIDADE HUMANA E O JUDAÍSMO

A expressão "dignidade da pessoa humana" é figura ausente das fontes clássicas do Judaísmo. Certamente a expressão mais utilizada refere-se à *imagem e semelhança* de DEUS (*Tzelem Elohim*) mas existe um termo que aponta para dignidade, glória, honra ou respeito: *kavod* (Êx 20:12; II Cr 32:33; Sl 24:10; Ez 3:23). Apesar do uso de *kavod* no AT, com a DUDH traduziu-se a expressão "dignidade da pessoa humana" no hebraico moderno como *kvod ha-adam* (*kvod*, «dignidade» e "*adam*", «homem»), consagrando-se no art. 1.º da Lei Fundamental: Dignidade Humana e Liberdade, aprovada pelo *Knesset* em 1992.

[1424] BRAGA, "O Cristianismo", p. 93.

[1425] Lembrando a cronologia histórica da Parte I, outros povos já reconheciam alguns direitos de personalidade, de compensação indemnizatória, amplamente assente na LT (como o CH) e de proteção aos órfãos e viúvas. Contudo, nos povos antigos não se conhecia o conceito de pessoa humana. *Eg.*, na filosofia grega, o homem era um animal político – para Aristóteles, a identidade do homem era indissociável do conceito de cidadania, de pertença ao Estado que, por sua vez, tinha conexão ao *cosmos*.

Na *Mishnah* encontra-se uma expressão idêntica "*kvod ha-beriyot*", traduzida como «honra ou dignidade da criação»[1426]. Surge com a indagação sobre a possibilidade de a dignidade (da criação) permitir o afastamento de uma proibição consagrada na *Torah*. Um dos rabinos entendeu que a dignidade humana não poderia afastar uma proibição constante da *Torah*, porquanto se trata da Palavra de DEUS revelada aos homens, mas admitiu um atenuação na aplicação de uma proibição rabínica, palavra de homens, e não de DEUS.

O respeito pela dignidade da pessoa humana, seja na *imagem e semelhança* de DEUS, seja na *dignidade da criação*, consta de diversos vv. da *Torah*, nomeadamente:

- na estatuição do descanso semanal e da guarda do *sabbat* (Êx 20:8-11), com vista à recuperação de energia corporal utilizada durante o trabalho e à oportunidade de ter um tempo de oração e conexão com DEUS. A preocupação com o corpo, mente e espírito da pessoa humana era evidente neste mandamento;

- na preocupação com os mais carenciados, órfãos, viúvas ou estrangeiros, obrigando-se a que a parte dos cantos dos campos cultivados fosse propositadamente deixada para que estes se alimentassem (Lv 19:9-10; Dt 24:19-22). Tratava-se de uma forma de assistência social bastante inovadora na Antiguidade[1427], que passava também pela proibição de usura e penhor de roupas ou bens indispensáveis à sobrevivência humana (Êx 22:25-7);

- na obrigação de remunerações justas e no tempo acordado, de forma a garantir o sustento dos trabalhadores, evitando-se, assim, possíveis furtos (Lv 19:13);

- no respeito pela terceira idade (Lv 19:32);

- no amor pelo próximo, conforme Lv 19:18, um mandamento citado por JESUS no NT. No AT, este princípio era aplicado especialmente aos estrangeiros, de acordo com Lv 19:33-4: "*e o estrangeiro peregrinar na vossa terra, não o*

[1426] TALMUD. Tratado *Brachot*, 19b.

[1427] "O direito à assistência em situações em que a pessoa não consegue atender às suas necessidades básicas é essencialmente um direito que envolve um dever individual. O mandamento básico "Ama o próximo como a ti mesmo" (Lv 19:18), como já vimos, é aquele cujo sujeito, o seu eu (*kamokha*), é designado como singular. Na verdade, a forma mais imediata de tal assistência, como atender às necessidades dos doentes, é o que os rabinos chamam de "atos de bondade pessoal" (*gemilut hasadim*). Esses atos não podem ser delegados a outra pessoa, mas devem ser realizados pessoalmente" (OVAK, *Covenantal Rights*, p. 192).

*oprimireis. Como o natural, será entre vós o estrangeiro que peregrina convosco; amá-lo-eis como a vós mesmos, pois estrangeiros fostes na terra do Egito*";

- na proteção dos animais, proibindo-se a imposição de sofrimentos. Ex. disso são as obrigações relativas ao dia de descanso, igualmente aplicável aos animais (Êx 23:12), à obrigação de auxílio de um animal com carga excessivamente pesada (Êx 23:5) e de utilização de métodos de abate animal que causassem o menor sofrimento possível (Dt 12:23-4). É de referir ainda que os animais vivos não podiam servir de alimento e o seu sangue, representativo da vida, não podia ser ingerido (Lv 17:13-4).

#### 32.3.2.2. A DIGNIDADE HUMANA, O CRISTIANISMO E A CONSTITUIÇÃO

A divulgação da visão judaica da dignidade da pessoa humana como imagem e semelhança de Deus deve-se à inerente expansão mundial do Cristianismo. Com efeito, a expressão "*Tzelem Elohim"* foi traduzida no grego, a língua da Igreja Primitiva, como "*eikona tou Theou*" e, mais tarde, no latim como "*imago Dei*": DEUS criou o homem e a mulher, à sua imagem e semelhança, para comunhão perpétua[1428].

Ao contrário do Judaísmo, a religião cristã tinha um alcance universal, visível no *ide*, a grande comissão que Jesus ordenou aos seus discípulos, com o intuito de irem por todo o mundo, fazendo discípulos de todas as Nações, batizando-os em nome do Pai, do Filho e do ESPÍRITO SANTO, ensinando-os a guardar os mandamentos por Ele ordenados, sem aceção de pessoas (Mt 28:19-20). Esta ordenança consistiu num corte abrupto com a mentalidade nacionalista judaica que distinguia entre os judeus e os gentios, passando o Cristianismo a reconhecer todos os seres humanos na sua igualdade perante DEUS e os homens, criando aquele que é hoje o berço da conceção dos direitos fundamentais universais. O Cristianismo tornou-se o garante da proteção dos direitos fundamentais inatos a qualquer ser humano. Na tese de COMPARATO,

> "o que se conta nestas páginas [da Bíblia] é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes do mundo capazes de amar, de descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de

[1428] A conceção de *imago Dei* não se faz presente no Islamismo, cuja doutrina defende a superioridade do homem face à mulher (*al-Qurʾān*. 2:228, 282; 4:34).

> que, em razão desta radical igualdade – nenhum indivíduo, género, etnia, classe social, grupo ou Nação – pode afirmar-se superior aos demais"[1429].

JESUS, através de uma mensagem simples, providenciou aos homens a concreta interpretação da LM, conferindo-lhe uma orientação filosófica e espiritual assente na igualdade, solidariedade, liberdade e inclusão, reiterando o seu carácter perpétuo e universal aplicável a todos os seres humanos: a dignidade humana decorre da própria natureza do homem, ser de essência digna e de valor absoluto porque criado pelo próprio DEUS [1430].

S. PEDRO disseminou a Sua doutrina, asseverando que reconhecia que "*Deus não faz aceção de pessoas*" (At 10:34); S. PAULO, reiterou as palavras do Apóstolo dos Gentios, referindo que "*não há distinção entre judeu e grego, uma vez que o mesmo é o Senhor de todos*" (Rm 10:12) e que "*não pode haver judeu nem grego; nem escravo nem liberto; nem homem nem mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus*" (Gl 3:28). Através de um processo de evangelização mundial, o Cristianismo implantou o conceito *imago Dei*, explicando que cada pessoa, em igualdade, tem um valor absoluto para DEUS. "Nesse sentido, o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos"[1431]. LÖWITH reconhece a matriz cristã da dignidade humana como um

> "o mundo histórico que deu origem à convicção de que todos os que tenham qualidade humana têm, em simples virtude desse facto, a "dignidade" e o "destino" de seres humanos não é, em primeira instância, o mundo (que agora se dissipa) da mera humanidade, que teve a sua origem no "*uomo universale*" e também terrível da Renascença; antes é o mundo do Cristianismo, no qual o homem divino, Cristo, é a medida da relação do homem consigo mesmo e com o seu próximo. A imagem que converteu o *homo* do mundo europeu em ser humano é fundamentalmente determinada pela ideia que o cristão tem de si mesmo à imagem e semelhança de Deus. Assim, a afirmação de que "todos" somos seres humanos encontra-se presa à conceção de humanidade produzida pelo Cristianismo"[1432].

O art. 1.º da CRP revela, ainda que implicitamente, que os valores universais cristãos foram influência na sua redação: "Portugal é uma República soberana, baseada

---

[1429] COMPARATO, *A afirmação*, p. 1. O pensamento de Jesus cessou a legitimação do ódio entre povos, inimigos e estrangeiros – a tolerância a e fraternidade entre povos passou a ser um dos pilares do Cristianismo.
[1430] TOBEÑAS, *Los Derechos*, p. 4.
[1431] LAFER, *A reconstrução*, p. 119.
[1432] LÖWITH, *From Hegel*, p. 327.

na *dignidade da pessoa humana* e na vontade popular e empenhada na construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*"[1433]. Ou seja, a verdade parametrizadora da República soberana portuguesa passa, em primeiro lugar, pela dignidade humana como valor pré-racional. Trata-se de uma "igualdade fundamental de todos na humanidade comum (…) com origem numa qualquer região superior ou transcendente"[1434]. Na esteira de PEREIRA COUTINHO, "a assunção do valor da dignidade humana enquanto base das contemporâneas Repúblicas europeias – incluída a República portuguesa – não relevou de um momento de decisão"[1435]. A dignidade humana não é, pois, resultado da vontade popular, mas a soma de um conjunto de axiomas judaico-cristãos pré-constitucionais que promovem a igualdade entre todos os indivíduos, a liberdade, a justiça e a solidariedade. Juntamente com a dignidade humana, a vontade popular constitui o pilar fundacional da soberania da República portuguesa. A soberania não se concentra, assim, na individualidade da pessoa (família, maioria ou minoria), mas no povo, a "pluralidade de indivíduos ligados a diferentes grupos sociais por vínculos de ordem pessoal, religiosa, filosófica, cultural, política, ideológica, etc., e ao Estado pelo vínculo da cidadania"[1436].

É de notar que desde o AT ao NT, as questões de justiça social eram de particular interesse para DEUS: para os profetas do AT, a opressão dos mais desprotegidos social e economicamente e a exploração moral por parte das instituições eclesiásticas e políticas consistia numa ofensa a DEUS (Pv 14:31)[1437]; para JESUS, a manifestação de amor ao próximo passa pelo dever de cuidado dos necessitados, estrangeiros e prisioneiros (Mt 25:40). O Messias parece invocar a célebre questão veterotestamentária que aponta para uma sociedade não solidária: "*sou eu tutor de meu irmão?*" (Gn 4:9). Após o assassinato de ABEL, o seu irmão CAIM responde a DEUS que desconhece o paradeiro daquele, de quem não se considera guardião. O juízo divino que se seguiu deixa patente que, aos olhos de DEUS, subsiste um dever de cuidado do homem para com o seu próximo. Mas JESUS vai além da *Torah* e, como resposta à questão "*Mestre, que farei para herdar a vida eterna?*", apresenta uma Parábola que testifica da necessidade de contribuição para uma *sociedade livre, justa e solidária*: a Parábola do Bom Samaritano (Lc 10:25-37). Trata-se

[1433] A universalidade do Cristianismo e a dignidade humana por ele defendido tiveram a sua influência na DUDH e outros instrumentos internacionais que consagraram a defesa da dignidade humana como ponto universal. Cf. art. 1º e 2.º.
[1434] PEREIRA COUTINHO, "Do que a República é", p. 10.
[1435] *Ibid*, p. 18.
[1436] MACHADO, *O regime*, p. 29
[1437] SHAFFER, "The Biblical Prophets", pp. 15 ss.

de uma alegoria passada num caminho entre Jerusalém e Jericó, onde um homem, assaltado e espancado, foi deixado para morrer. Um sacerdote e um levita, passando por aquele local, ignoraram a necessidade do homem, todavia, um samaritano, discriminado pelos judeus por questões religiosas e étnicas, parou e auxiliou o necessitado. A sua consciência moral reconhecedora da dignidade do próximo, em necessidade, falou mais alto do que qualquer limite transfronteiriço, religioso ou étnico. Certamente, a Parábola inspirou a consagração de um dever moral e jurídico de solidariedade, atualmente visível nas relações entre os Estados em Tratados de Direito Internacional, nomeadamente em assuntos de guerra e paz e nos momentos de catástrofe natural à escala regional, nacional ou global[1438].

### 32.3.3. SEPARAÇÃO DO ESTADO DAS CONFISSÕES RELIGIOSAS: A MATRIZ CRISTÃ

A separação das confissões religiosas do Estado é um produto do Cristianismo que, de forma concisa e inequívoca, teve nas palavras de Jesus a dessacralização do Estado teocrático de Israel: "*Dai a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus*" (Mt 22:21)[1439].

A narrativa bíblica de Mt 22:15-22 invoca o debate ardiloso em torno do pagamento do tributo[1440] em Jerusalém, entre os *p'rushim*, defensores da restauração da Teocracia judaica, por oposição a Roma, e os partidários de HERODES[1441], defensores de Roma e da Dinastia de Herodes[1442]. Num confronto direto, "consultaram entre si como [surpreenderiam JESUS] em alguma palavra, dizendo: "*Mestre, bem sabemos que és verdadeiro e ensinas o caminho de Deus, segundo a verdade, sem te importares com quem quer que seja, porque não olhas à aparência dos homens. Dize-nos, pois, que te parece: é lícito pagar o tributo a César ou não?*" (Mt 22:15-7, ARC).

Jesus foi rápido a interpretar a malícia intrínseca à interrogação, e depressa fez cessar a polémica, inquirindo: "*Mostrai-me a moeda do tributo (…) De quem é esta efígie e esta inscrição?*" (Mt 22:19-20, ARC). Tratava-se de um denário de prata do qual

[1438] MACHADO, *Estado*, p. 50.
[1439] Mc 12:17 e Lc 20:25.
[1440] Imposto anual sobre bens imobiliários, pago por cabeça (*tributum capitis*), instituído c. de 6 d.C.
[1441] Força política e não religiosa.
[1442] As duas partes uniram-se de modo a transmitirem, *a posteriori*, a Roma a declaração hostil a CÉSAR que esperavam por parte do Messias.

constava a imagem de César e uma inscrição sobre o Imperador TIBÉRIO CÉSAR, "filho do divino AUGUSTO" (*Ti[berivs] Caesar Divi Avg[vsti] F[ilivs] Avgvstvs*)[1443]. Após a resposta por parte dos inquisidores, reiterando que se tratava da imagem do Imperador de Roma, Jesus respondeu: "*Dai* (*Ἀπόδοτε*, ou *apodidomi*), *pois a César o que é de César e a Deus , o que é de Deus*". O vocábulo grego significa literalmente «devolvei» ou «dai de volta», o que legitima a inscrição na moeda como um reconhecimento da dívida a CÉSAR. JESUS entendia, pois, que o imposto não constituía uma ilicitude ou violação dos mandamentos de DEUS, mas sim o pagamento pecuniário pela Lei e Ordem romanas e pela utilização de infraestruturas viárias e comerciais. Para Ele, tal moeda representava a aceitação da autoridade e benefícios do poder de Roma, pelo que o povo judaico devia, sem reservas, "prestar-lhe a homenagem da sua obediência e a contribuição dos seus bens, sem prejuízo do que devem naturalmente à autoridade superior de Deus"[1444].

Na conceção teocrática de Israel, vigorava, à data, na sua plenitude tridimensional, a LM, pelo que o poder religioso e o poder político estavam unificados. Com o início do ministério de JESUS e a expansão do Cristianismo enquanto religião universal, o conceito de Israel (e outras nações com raízes cristãs), como Estado teocrático, perde o seu sentido inicial[1445]. Se com MOISÉS assistimos à génese da nação de Israel e à escolha deste como líder político e religioso, com o advento da Monarquia essa legitimidade passa para o Rei, igualmente escolhido por DEUS, que lhe outorga o poder de Chefe de Estado com suprema autoridade religiosa[1446]. Com o advento e crescimento do Cristianismo em território judaico e consequente expansão da Igreja Primitiva, assente nas palavras de JESUS, "na nova proposta política sobre a relação do indivíduo-polis, que ela fortemente justifica e lança como um desafio ao pensamento antigo, a autonomia da pessoa em relação ao mundo, ao Estado, ao Direito, pôde afirmar-se por ter o seu fundamento numa entidade real, não ficticiamente diversa do mundo, do Estado, do Direito: em DEUS, ser subsistente por si próprio"[1447].

Ora, a existência de um DEUS que se fez homem entre os homens para com estes habitar perpetuamente, dando cumprimento ao seu desejo revelado a MOISÉS[1448],

[1443] ROBERTSON, *Comentário*, p. 247.
[1444] VBJ, p. 1743.
[1445] MARNOCO E SOUSA, *Direito*, p. 454.
[1446] HERA; SOLER, "Historia", p. 38.
[1447] *Ibid*, p. 38.
[1448] Êx 19: 3-6.

legitima, assim, "a subtração da ordem religiosa ao império do chefe político e constitui, por isso, um pressuposto essencial para a afirmação, inédita na história humana, da liberdade religiosa"[1449]. Quer isto dizer que as supracitadas palavras de JESUS deram início a uma nova terminologia jurídica, hoje consagrada na CRP: a separação do Estado da Religião (Igrejas e comunidades religiosas), consubstanciada numa total autonomia das pessoas (crentes e não crentes) e das instituições de cariz religioso face ao Estado.

Deste modo, considero que este princípio constitucional é um produto do pensamento cristão[1450] e nisto não se contempla qualquer transgressão aos primeiros mandamentos do Decálogo (Êx 20: 1-8). Como explicado na Parte II, estes mandamentos implicam a total obediência a DEUS, em detrimento da adoração a outros deuses. Observámos que, mediante tais imposições divinas, DEUS proibiu o culto a outros deuses, sendo vasta a legislação sobre as sanções aplicáveis. Todavia, importa ter em mente o contexto em que Deus proferiu tais palavras, um contexto de génese de uma Nação sacerdotal e santa, de acordo com Êx 19:6. Israel, povo escolhido por Deus, foi fundada para ser um Reino santificado como o seu DEUS, libertador, fundador e Rei eterno; nunca foi fundada como Nação secular, mas inteiramente espiritual. A desobediência às Leis de DEUS tornaram-na numa Nação semelhante às demais, com uma estrutura teocrática semelhante em todo o mundo Antigo. Cristo veio, então, esclarecer o plano inicial de DEUS para Israel, que recusou veemente (Jo 1:10). Desta forma, DEUS expandiu o Seu Reino além fronteiras, chegando a todos os homens e mulheres *gentio*s através da mensagem do Cristianismo[1451], oferecendo-lhe a possibilidade de se tornarem filhos de Deus (Jo 1:12-3), de acordo com as profecias abraâmicas (Gn 12:3; 17:4). Deste modo, o pensamento de DEUS, através do Cristianismo, deixou de ser pertença de uma única Nação, de acordo com Jo 4:23; Gl 3:28 e Ef 2:13-16.

Para lá da separação do Estado da Religião, o Cristianismo apresenta ainda outros importantes princípios, atualmente direitos fundamentais consagrados na CRP:

- liberdade de consciência e de religião (art. 41.º, n.º 1), assente na autonomia da vontade inerente a qualquer indivíduo, patente dos seguintes vv.:

[1449] ADRAGÃO, *A liberdade*, pp. 33.
[1450] ARENDT, *A condição*, p. 265.
[1451] Mc 16:15; At 2:8.

"*Porém, se vos parece mal servir ao SENHOR, escolhei, hoje, a quem sirvais: se aos deuses a quem serviram vossos pais que estavam dalém do Eufrates ou aos deuses dos amorreus em cuja terra habitais. Eu e a minha casa serviremos ao SENHOR*" (Js 24:15);

"*Oferecer-te-ei voluntariamente sacrifícios; louvarei o teu nome, ó SENHOR, porque é bom"* (Sl 54:6);

*"[Jesus] dizia a todos: Se alguém quer vir após mim, a si mesmo se negue, dia a dia tome a sua cruz e siga-me"* (Lc 9:23)

"*Se alguém quiser fazer a vontade dele [Deus], conhecerá a respeito da doutrina, se ela é de Deus ou se eu falo por mim mesmo"* (Jo 7:17).

Nos vv. apresentados, torna-se claro o princípio adjacente ao Cristianismo: ele não se impõe ao Homem, antes deve ser por este escolhido ou rejeitado. Contrariamente à posição de várias Igrejas ou denominações, cumpre ao Homem, de acordo com as suas convicções morais, éticas ou religiosas, a escolha de uma Religião ou Igreja;

- liberdade de organização religiosa (art. 41.º, n.º 4), de acordo com os princípios e regras bíblicas sobre organização da Igreja (Ef 4:7-14), função e deveres do Episcopado (I Tm 3:1-16) e Presbíteros (Tt 1:5-11), sanções (I Co 5) e repreensões (Tt 3:10-11), Comunhão do Corpo de Cristo (I Co 11). Constituem ex. de normas religiosas que regulam as formas de organização e funcionamento das Igrejas em total independência com o poder político.

Com estas palavras, JESUS esclarece a existência de dois Reinos distintos: o Reino de CÉSAR (Estado) e o Reino de DEUS, que, erradamente, se reduz unicamente à figura da Igreja na Terra[1452]; dois Reinos que coexistem no tempo e no espaço, mas que assumem jurisdições distintas. Se, para Ele, o denário cunhado com o rosto e inscrição de César legitimam a sua soberania civil ou terrena, a Palavra de DEUS (JESUS, o Verbo encarnado) legitima a chegada de um novo Reino: o Reino de DEUS (Reino dos Céus). O respeito e submissão a um Reino não anulam, em si mesmos, o respeito e a submissão a outro Reino. Com efeito, "os encarregados [do] regime secular têm a obrigação de

[1452] O Reino dos Céus revela-se como algo *superior* à Igreja, não se confundindo com esta. A Igreja surge no séc. I d.C., enquanto o Reino de DEUS remonta à existência (atemporal) do próprio DEUS.

administrar o direito e de punir, ordenar as diferenças que existem entre os diferentes estados e pessoas, administrar e distribuir bens (…) O Evangelho, porém, não deve preocupar-se com essas coisas, pois ele ensina a respeito da relação correta do coração para com Deus"[1453].

LUTERO inspira-se no texto de Rm 13 para distinguir entre os dois Reinos e a necessidade (obrigação imposta por DEUS) de respeito às autoridades estatais. Para ele, corpo, alma e espírito humanos pertencem a DEUS, mas a obediência e a submissão pertencem a CÉSAR (Estado). S. PAULO, na Carta aos Romanos, reitera a destrinça entre o poder religioso e o poder político, reiterando que todo o Homem, independentemente da convicção religiosa que professe, deve submeter-se ao Estado, no cumprimento de todas as normas por Ele decretadas, sob pena de ser devidamente sancionado.

Na relação entre o Estado e a Religião, as palavras de JESUS quanto à separação de *reinos* não deixam margem para dúvida: ao *Mashiach* importa mais a transformação espiritual e mental dos crentes (*metanoia*) do que um controlo efetivo das estruturas do poder governativo. E esta é a mensagem proclamada pela Igreja no mundo. Todavia, não olvido que, na difusão da sua missão, importa que esta observe princípios orientadores na relação com o Estado. O facto de ser uma instituição com natureza e funções espirituais não a isenta do cumprimento de normas jurídicas, conforme os mandamentos de Rm 13: obediência às autoridades estabelecidas segundo decreto divino, cooperação com o Estado e oração intercessora pelas instituições estatais[1454].

Face ao exposto, urge deixar uma última nota: as palavras de JESUS dão o mote para a relação de separação entre o Estado e as confissões, princípio constitucionalmente consagrado que não se confunde com o princípio teológico da *libertas ecclesiae*. Este constitui-se como um conceito específico e exclusivista, de matriz teológica e católica, assente na premissa da IC como a *ekklesia* verdadeira, herdeira legítima da cátedra de S. PEDRO, detentora de determinados poderes elitistas face ao poder político, e, portanto, não extensíveis às restantes comunidades religiosas[1455]. Da dialética de JESUS patente nos Evangelhos não se pode presumir uma relação de identificação do Estado para com a IC,

[1453] LUTERO, *Obras.* 9, p. 116.
[1454] MINNERATH, *La liberté*, pp. 26 ss.
[1455] MACHADO, *O regime*, p. 10.

mas sim uma separação entre o religioso e o político, com respeito pela esfera individual religiosa de cada pessoa[1456].

## 32.4. RISCOS DA APROXIMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA À LEI MOSAICA RELIGIOSA

Observei a influência mosaica, na sociedade ocidental, quanto aos seus valores universais e perpétuos, reconhecidos atualmente como princípios basilares dos Estados de Direito democráticos e direitos fundamentais. São valores ou princípios não religiosos, antes morais, que refletem a natureza do DEUS legislador. Não obstante, a LM está impregnada de valores, princípios e regras (mandamentos) de cariz religioso ou espiritual que, sob pena de violação da laicidade do Estado, não podem ser transformados em Direito. Ao cidadão é lícita a utilização de uma linguagem religiosa na esfera pública, mas do Estado não se pode permitir o mesmo. Tendo por base o princípio da separação do Estado das confissões religiosas, importa pensar sobre os dois grandes riscos inerentes a uma aproximação da CRP à LM.

Em primeiro lugar, uma aproximação da CRP aos valores religiosos da LM implicaria uma transformação do Estado em igreja. O Estado deixaria de ser uma comunidade político-constitucional de cidadãos livres e iguais entre si, que não se identifica com uma Religião, e passaria a ser uma comunidade de santos ou crentes com fins exclusivamente religiosos[1457]. A ideia de Estado como organização jurídica de uma comunidade de cidadãos perderia a sua identidade, pois que o estatuto de cidadania em nada se revê no estatuto de voluntariedade que jaz no meio dos fiéis.

Em segundo lugar, a apropriação de valores religiosos violaria o princípio da separação do Estado das igrejas e comunidades religiosas, pois que tornaria o Estado como o *salvador dos cidadãos*[1458]. Ora, não é da competência estatal o combate à natureza pecaminosa dos indivíduos, a expansão de doutrinas evangelísticas ou prosélitas ou a divulgação de mensagens apologéticas. Ao Estado deve ser vedada qualquer prossecução de escopo espiritual ou religioso, constando apenas do seu elenco de competências a garantia dos direitos fundamentais e a execução de meios económicos, sociais e culturais

[1456] MINNERATH, *La liberté*, pp. 25 ss; NOONAN, *The Believer*, pp. 8 ss.
[1457] MACHADO, *Liberdade*, p. 356.
[1458] HOLLERBACH, "Das Staatskirchenrecht", p. 339.

com vista à continuidade de uma comunidade constitucional que promove a liberdade e igualdade entre todos os cidadãos[1459]. A par disto, acrescenta PARLATO, o sistema jurídico não pode caminhar em consonância com ideias transcendentes ou religiosas – o legislador não pode ser motivado, em exclusivo, por valores religiosos ou morais[1460]. A permissão do fenómeno religioso na esfera pública não pode ser confundida com uma permissão de legislar unicamente fundamentada em doutrinas religiosas ou morais, sob pena de se contaminar todo o processo legislativo do Estado de Direito e se ferir de morte o princípio da separação. Este princípio não é absoluto, tal como o direito à liberdade religiosa não o é. Mas tem de ser resistente, sobretudo quando o que está em causa é a igual liberdade religiosa de todos os indivíduos. E é assim que o Estado protege o pluralismo religioso: garantindo uma efetiva proteção do direito fundamental à liberdade religiosa em consonância com uma neutralidade religiosa.

Concluo, assim que, não obstante a crença ou não crença em DEUS constituir um direito constitucionalmente consagrado, com vista à proteção do direito à liberdade de consciência, de religião e de culto, seria inconstitucional o próprio Estado deixar-se tutelar por uma religiosidade dominante. Ao Estado incumbe a proteção da liberdade religiosa dos seus cidadãos, e não a tutela da Religião.

### § 33.º SÍNTESE CONCLUSIVA

Apresenta-se uma síntese organizada e não exaustiva das mais revelantes conclusões desenhadas ao longo da tese:

1. A Bíblia, o livro com maior relevância no Ocidente, contém, nos seus primeiros cinco livros, a *Torah*, a Lei de DEUS aos homens, a base fundacional do Judaísmo e do Cristianismo.

2. De acordo com a antiga tradição do Judaísmo e do Cristianismo, a *Torah* é da autoria de MOISÉS.

3. Gn contém as narrativas referentes ao começo do Universo, à criação e queda do Homem (pecado), à chamada de ABRAÃO e projeção da futura Israel e à Aliança de DEUS com os homens; Êx relata os eventos relativos à saída dos hebreus do Egito e à

[1459] MACHADO, *Liberdade*, *p. 357*.
[1460] PARLATO, "Legislazione statuale", p. 594

outorga da Lei de DEUS a MOISÉS; Lv constitui um manual religioso ou espiritual para os Sacerdotes e povo de Israel; Nm é um livro complexo, nele estando consignados os Censos de Israel, leis, instruções, rituais religiosos, narrativas e literatura épica; Dt funciona como uma cópia da Lei de DEUS - uma memória da Lei para as gerações antigas e um reafirmar da legislação para as gerações hebraicas mais jovens.

4. O Mundo Antigo foi fortemente influenciado pela Religião que, de acordo com a totalidade dos casos analisados, se sobrepunha ou imiscuía com o poder político.

5. A noção de lei ou de codificação na Antiguidade era equívoca, não correspondendo às conceções atuais dos termos. A lei confundia-se com os textos jurisprudenciais dos reis e as codificações não apresentavam uma estrutura normativa sistemática ou uniformizadora.

6. Os hebreus não foram pioneiros na codificação de leis, outras civilizações havendo que os antecederam no tempo: egípcios, sumérios, acádios, babilónicos.

7. No período pós-mosaico outras civilizações merecem destaque quanto ao seu Direito: hititas, assírios, persas e gregos.

8. A legislação mosaica teve elevada influência em três ordenamentos jurídicos: romano, canónico e islâmico.

9. A Lei Mosaica apresenta uma estrutura tripartida: Moral (Decálogo), Cerimonial (ou Sacrificial) e Civil (ou Judicial).

10. O NT, após um período de aparente silêncio divino, apresenta novas narrativas bíblicas (Evangelhos), que auxiliam na interpretação da Lei de DEUS. A chegada do *Mashiach* traz consigo uma transformação da mente dos crentes (metanoia), fruto do conhecimento divino de Jesus sobre a correta interpretação legal dos temas abordados por DEUS na outorga da Lei nos trechos do AT. JESUS surge como o Messias detentor das boas-novas (Evangelho), com um propósito salvífico e de expansão do Reino de DEUS, um reino espiritual separado do reino secular.

11. O Decálogo, enquanto código ético universal, consiste num conjunto de valores e princípios éticos gerais e abstratos provenientes de uma única fonte: DEUS.

12. A ética cristã assenta na máxima de vida que JESUS deixou aos seus discípulos: "*Amarás o próximo como a ti mesmo*" (Mt 22:39). Esta ética corresponde ao disposto na

segunda seção do Decálogo, referente à ação do Homem em sociedade. A ética cristã não é fruto do Judaísmo ou do Cristianismo, mas tem na Lei Natural a sua fonte.

13. A Lei Natural é anterior à formação da nação de Israel e da entrega da Lei no seu formato físico. Os valores e princípios nela patentes existem desde o início da criação – a prova jaz no facto de, desde o primeiro homem, segundo as Escrituras, existir já uma consciência entre o bem e o mal, o certo e o errado, o justo e o injusto. O Decálogo é Direito Natural escrito por DEUS, que entrega ao Homem para cumprimento perpétuo.

14. A Justiça para DEUS apresenta dois significados distintos: o primeiro, de cariz espiritual, é o de *justiça de DEUS*, referente à justiça divina sobre os crentes regenerados (graça); o segundo é o conceito de "justiça divina", que mescla o jurídico e o religioso. Trata o modo como DEUS executa o juízo sobre aqueles que não observam a Sua Lei.

15. O conceito de Constituição per se não se mostra imutável, tendo apresentado, entre o período estatal grego e o período moderno, diversos sentidos institucionais. Com o Estado Medieval originou-se um conceito de Constituição mais próximo do atual: a Constituição como elemento unificador e superior ao próprio Estado.

16. O Estado de Direito assenta na premissa de que o Direito preexiste ao Estado, limitando-o.

17. A Constituição situa-se numa posição hierarquicamente superior às restantes fontes de Direito, funcionando como bitola para todas as regras e princípios jurídicos (princípio da constitucionalidade).

18. O poder constituinte antecede o período constitucional. A sua origem remonta à génese das sociedades políticas. O poder constituinte inexiste sem o Estado; não existe Constituição sem Estado.

19. O princípio constitucional funciona como um mandamento essencial de um sistema. Caracteriza-se pelo seu carácter vago, abstrato e grande amplitude hermenêutica.

20. Os conceitos de valor e princípio não podem ser confundidos: os princípios jurídicos conferem uma essência jurídica aos valores, encarnando-os na ordem jurídica como algo que pode ser exigido através de múltiplas condutas adstritas ao princípio.

21. As normas (regras) constitucionais diferem dos princípios pela estrutura dualista que oferecem: previsão e estatuição.

22. Quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, importa reter duas classificações: as normas preceptivas e programáticas e as normas auto exequíveis e as hetero exequíveis.

23. Os direitos fundamentais não surgiram apenas com as primeiras Declarações ou Constituições liberais. Desde o período da Antiguidade, nomeadamente com os hebreus e, *a posteriori*, com os gregos e os romanos, desenharam-se alguns *direitos* (numa conceção jurídica que não se confunde com o termo constitucional atual de direito fundamental) que atualmente estão consagrados nas Constituições ocidentais. Só na Modernidade, com as Revoluções Inglesa, Americana e Francesa, entre os séc. XVII e XVIII, se vislumbrou a afirmação dos direitos fundamentais.

24. O surgimento e expansão global do Cristianismo pela Ásia e Europa, fundamentado no *ide* de Jesus, em muito contribuiu para a base doutrinária do que viria a ser o conceito de direito fundamental, através da propagação da máxima de JESUS: "*ama o próximo como a ti mesmo*".

25. Discutir os direitos fundamentais é discutir sobre a própria ideia de dignidade humana. São eles que abordam os detalhes mais valorados da existência humana.

26. Os direitos fundamentais apresentam quatro características essenciais: universalidade, fundamentalidade, inalienabilidade e interdependência.

27. A CRP distingue entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, entre os quais destaco, na Parte II, os art. 24.º, 25.º, 26.º, 36.º e 41.º, e os direitos sociais e culturais, destacando os art. 59.º, n.º1, al d), 62.º. 66.º e 72.º.

28. A CRP, no seu elenco normativo da Parte I, mescla os direitos e deveres fundamentais, não consagrando um elenco de deveres fundamentais à semelhança dos direitos fundamentais.

29. A CRP consagra Portugal como uma República e soberana (princípio republicano), baseada na dignidade da pessoa humana, princípio basilar de um Estado de Direito que funciona como um instrumento de incorporação e hermenêutica constitucional de todas as normas jurídicas, do qual irradiam todos os direitos fundamentais, e na vontade popular.

30. Um estudo comparativo procura um reconhecimento dos traços mais significativos do "direito estrangeiro" (Decálogo) e do direito nacional (CRP), isto é, os

elementos jurídicos (conceção do Direito, a estrutura de princípios e normas jurídicas e fontes de Direito), metajurídicos (a língua, a cultura, a relação da Religião e da Moral com o Direito e valores que influenciam a ordem jurídica) e históricos (com especial destaque para a evolução histórico-social Israel e Portugal) que norteiam os ordenamentos hebraico e português.

31. O estudo assenta essencialmente no sistema jurídico hebraico da Antiguidade e no sistema jurídico-constitucional de Portugal atual, tomando como ponto de análise central os Dez Mandamentos e a sua correspondência na CRP.

32. A escolha dos sistemas para comparação assenta na premissa de que o DH influenciou, ao longo dos séc., diversos sistemas, nomeadamente o sistema jurídico-constitucional português.

33. O foco do processo juscomparativo é procurar os contornos da matriz judaico-cristã como fundamento do Estado Constitucional português, comparando a LM e a CRP.

34. Para a correta compreensão do Decálogo importa recorrer a duas ferramentas: a exegese e a hermenêutica. A primeira busca o sentido inicial das Escrituras, olhando ao seu contexto histórico e cultural e aos desígnios de cada palavra usada. A hermenêutica é a segunda etapa da interpretação bíblica e almeja a relevância contemporânea do texto bíblico, com o escopo primordial de aplicá-los, de uma forma prática, à vida quotidiana.

35. Os primórdios da fundação de Israel iniciam-se com ABRAÃO e família, eleitos por DEUS para fundar a Nação dotada forte cunho monoteísta, num corte com os antepassados de ABRÃAO.

36. A lei de Deus a MOISÉS não foi o primeiro momento legislativo da Antiguidade, outros povos existindo que apresentaram leis e codificações bastante desenvolvidas para a época em questão. O CH é o maior ex. de todos, para muitos considerado a base legal da LM. Todavia, a semelhança entre ambos deve-se a uma herança cultural e intelectual em comum.

37. Semelhanças entre a LM e o CH: regras relativas à LT, às penas por ofensas corporais, ofensas contra os pais, adultério, violação e incesto; destrinças: as regras jurídicas do CH não possuíam o elevado padrão moral e humanitário da LM, o conteúdo do CH era meramente jurídico, e não religioso ou cerimonial e, por fim, as fontes de Direito eram distintas.

38. A CRP é fruto de uma história constitucional que se iniciou no séc. XIX.

39. Quanto aos Preâmbulos nota-se que à semelhança de um Estado de Direito que se utiliza da CRP para garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, Deus utiliza-se da Sua Lei para garantir a proteção divina e social do seu povo. Ambos recordam, no seu corpo preambular, a recente história de escravidão/ditadura que afetou os povos.

40. O Decálogo compõe-se de leis casuísticas (mishpatim) e apodíticas; a CRP, relativamente aos art. correspondentes ao Decálogo, compõe-se de normas preceptivas auto exequíveis e hetero exequíveis e de normas programáticas hetero exequíveis.

41. Da adoração a DEUS e da liberdade religiosa: a LM apresenta um quadro confessional, onde a ideia de liberdade de escolha de religião e de culto não existia. DEUS condena a adoração a outros deuses (idolatria). Por oposição, a CRP, no art. 41.º, consagra o direito à liberdade de consciência, de religião e de culto e a separação do Estado das confissões religiosas (laicidade), espelhando os ensinamentos de JESUS no NT. Trata-se de um ponto de comparação que apresenta claras desigualdades face ao AT.

42. Do sábado - o descanso, o culto religioso e a proteção do ambiente: a LM apresenta um quadro de valorização do descanso para todos os seres humanos e animais, através de fundamentos ecológicos e religiosos. A CRP, neste ponto, segue alguns valores da LM, consagrando o direito constitucional ao descanso (art. 59º, n.º 1, al d)), o direito à liberdade de culto (através da leitura conjunta dos art. 41.º e 59.º, n.º 1, al. d) e do art. 14.º, n.º 1, LLR) e o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (art. 66.º). Na comparação deparou-se, ainda, com uma dissemelhança relativa à escravidão: a CRP, ao contrário da realidade mosaica, proíbe qualquer tipo de trabalho escravo.

43. Da honra e proteção da Terceira Idade: a CRP consagra no art. 72.º o valor de matriz judaico-cristã – o de honra e proteção na velhice. Apresenta, contudo, um trabalho de evolução histórica na forma como o faz: o legislador constitucional considera que a proteção por parte das familias nem sempre é eficaz pelo que, em certos casos, substitui-se a estas, garantindo, assim, uma proteção mais efetiva dos direitos dos idosos.

44. Da proibição do homicídio e do direito à vida: a LM e a CRP consideram que a vida humana é inviolável, apresentando, contudo, uma argumentação diferenciada e limites distintos quanto à inviolabilidade da vida. Apesar de ser notória a influência

judaico-cristã, é igualmente tangível a evolução até à atualidade na apreciação da vida humana como bem jurídico supremo.

45. Da proibição do adultério e da proteção da família: a valorização da família, bem de extremo valor na cultura judaico-cristã, ganha um especial destaque no ordenamento jurídico português, que parece ir buscar maior inspiração ao Direito Canónico, sobretudo na formalização matrimonial sem deixar de prever, contudo, modelos não teístas de casamento, no respeito pela liberdade religiosa dos cidadãos. É de destacar a importância do casamento na cultura judaico-cristã, o bem que a LM pretende proteger com o mandamento "*não adulterarás*". A severidade das penas por adultério deixam patente isso mesmo, facto que contrasta, e bem, com a realidade portuguesa na atualidade.

46. Da proibição do furto e da proteção constitucional da propriedade privada: as semelhanças na análise deste mandamento e do preceito constitucional correspondente resumem-se à proteção da propriedade privada como bem jurídico, pois que ao nível do conceito de furto, das penas aplicadas e do próprio conceito de propriedade, as diferenças somam-se.

47. Da proibição da mentira ao direito à honra: o mandamento e o preceito constitucional (art. 26.º) tocam-se quanto à proteção do bem jurídico "honra", vedando qualquer possibilidade de violação do bom nome, ou dos direitos pessoais em geral. Comparativamente, a CRP apresenta um leque de direitos mais abrangentes que garantem uma maior proteção das pessoas individuais e coletivas.

48 Do mandamento "*não cobiçarás*": trata-se de um mandamento sem correspondência na CRP, pois que abrange questões morais não suscetíveis de consagração jurídico-constitucional.

49. A CRP consagra o Estado Constitucional português como laico, determinando, assim, a sua neutralidade face ao fenómeno religioso ou não identificação com uma ou mais confissões religiosas, num quadro de separação cooperativa ou relativa, no qual o Estado com as atividades desenvolvidas pelas Igrejas e comunidades religiosas, atendendo aos fins em comum.

50. O Estado Constitucional apresenta uma matriz judaico-cristã pela apropriação de alguns valores e princípios teístas constitucionalmente consagrados como a dignidade

da pessoa humana, liberdade, justiça e solidariedade (art. 1.º), a igualdade (art. 13.º), aa separação do Estado das confissões religiosas (art. 41.º), e a preservação ambiental (art. 66.º).

51. Numa sociedade secularizada, debate-se frequentemente sobre o papel da Religião na esfera pública: RAWLS e HABERMAS contribuíram com relevantes teses sobre a temática.

52. A Razão Pública, para RAWLS, demonstra como uma sociedade marcada por um pluralismo religioso leva a que os cidadãos possam viver de forma harmoniosa e íntegra.

53. Para HABERMAS, o Estado deve incentivar a participação dos cidadãos e comunidades religiosas na esfera pública, não lhes incutindo o dever de alterar a sua linguagem religiosa (privada) para uma linguagem secular (pública).

54. A neutralidade religiosa do Estado (laicidade) não pode significar um afastamento da Religião do espaço público, antes deve garantir que os cidadãos se pronunciem, no uso da razão pública, de acordo com as suas convicções morais, filosóficas ou religiosas. Não pode, todavia, o Estado, enquanto comunidade político-constitucional, por pensar e dar corpo aos princípios constitucionais à luz da dignidade humana e da igualdade entre todos os cidadãos, aceitar e submete-se a qualquer pressão moral ou religiosa.

55. A LM contribuiu, quer direta, quer indiretamente, para novos textos de cariz religioso, filosófico e jurídico utilizados na formação do Direito Ocidental. Desde o aparecimento das primeiras comunidades cristãs até ao Direito Moderno, a LM influenciou o Direito, desde a inserção de mandamentos mosaicos até à inclusão de valores e princípios judaico-cristãos em Constituições e Tratados, destacando-se a DUDH como base internacional de variados preceitos constitucionais.

56. A LM consagra variados objetos, de teor moral, jurídico e religioso que atualmente se encontram consagrados na CRP. A LM não fazia distinção entre as áreas mencionadas. Não obstante, diversos assuntos relevantes na época mosaica não o são hoje nas sociedades ocidentais – a religiosidade afeta a esses objetivos não se encontra hoje consagrada nas Constituições.

57. A matriz judaico-cristã do Estado Constitucional não determina que o Estado se revele confessional. No entanto, depara-se com uma situação paradoxal: o Estado que prima pela neutralidade religiosa é o mesmo que apresenta influências mosaicas e, portanto, não neutras.

58. No Estado Constitucional democrático, a consagração do principio da neutralidade religiosa do Estado implica a sua neutralidade em sede confessional e a fundamentação teísta do Estado não viola a não confessionalidade deste: a fundamentação é de teor valorativo, e não religioso. A apropriação de valores estritamente religiosos afetaria toda a essência de um Estado de Direito democrático, tornando-o numa instituição de cariz religioso.

59. O Estado Constitucional assenta em três pilares teístas: a proteção de valores, princípios e direitos pré-políticos fruto de um DEUS criador, racional, justo, verdadeiro, bom e omnipresente. Deus revela-se, assim, como a fonte primária destes valores, princípios e direitos universais com vista ao bem-estar social; a consagração da dignidade humana, produto das palavras proféticas do Cristianismo, e da separação do Estado das confissões religiosas.

60. Conclui-se, assim, que o afastamento destes pilares teístas culminariam na negação dos próprios pilares do Estado Constitucional (Rm 13). Poderá o Estado negar a legitimidade e a validade da Constituição?

# ANEXOS

## ANEXO I – DIVISÃO DO DECÁLOGO

| LXX | FDA | SPT | TAV | AHV | CRV | LTV | PRC | MANDAMENTO |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| - | - | - | 1 | - | 1 | - | (1) | "Eu sou o SENHOR, teu Deus, que te tirei da terra do Egipto, da casa da servidão." |
| 1 | 1 | 1 | 2 | 1 | 1 | 1 | 1 | "Não terás outros deuses diante de mim." |
| 2 | 2 | 1 | 2 | 1 | 1 | 1 | 2 | "Não farás para ti imagens de escultura." |
| 3 | 3 | 2 | 3 | 2 | 2 | 2 | 3 | "Não tomarás o nome do SENHOR, teu Deus, em vão." |
| 4 | 4 | 3 | 4 | 3 | 3 | 3 | 4 | "Lembra-te do dia de sábado, para o santificar." |
| 5 | 5 | 4 | 5 | 4 | 4 | 4 | 5 | "Honra a teu pai e a tua mãe." |
| 6 | 7 | 5 | 6 | 5 | 5 | 5 | 6 | "Não matarás." |
| 7 | 6 | 6 | 7 | 6 | 6 | 6 | 7 | "Não adulterarás." |
| 8 | 8 | 7 | 8 | 7 | 7 | 7 | 8 | "Não furtarás." |
| 9 | 9 | 8 | 9 | 8 | 8 | 8 | 9 | "Não dirás falso testemunho contra o teu próximo." |
| 10 | 10 | 9 | 10 | 10 | 10 | 9 | 10 | "Não cobiçarás a casa do teu próximo." |
| 10 | 10 | 9 | 10 | 9 | 9 | 10 | 10 | "Não cobiçarás a mulher do teu próximo." |
| 10 | 10 | 9 | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 | "Não cobiçarás o seu servo, nem a serva, nem o seu boi, nem o seu jumento nem coisa alguma do teu próximo." |
| - | - | 10 | - | - | - | - | - | "Edificarás estas pedras, que Eu te ordeno, no Monte Gerizim." |

**Tradições:**

- Todas as citações das Sagradas Escrituras acima são retiradas da Bíblia Sagrada (ARC)
- LLX: Versão Septuaginta
- FDA: Versão de Filo de Alexandria
- SPT: Versão da *Torah*; contém mandamento adicional sobre o Monte Gerizim
- TAV: Versão do Talmude Judaico
- AHV: Versão de Agostinho de Hipona
- CRV: Versão da Igreja Católica Apostólica Romana
- LTV: Versão da Igreja Luterana
- PRC: Versão da Igreja Calvinista

## ANEXO II – QUADRO DE CORRESPONDÊNCIA - LEI MOSAICA | CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976

| DECÁLOGO | CRP' 76 |
|---|---|
| "Eu sou o SENHOR, teu Deus, que te tirei da terra do Egipto, da casa da servidão." **(Êxodo 20:2; Deuteronómio 5:6)** | - |
| "Não terás outros deuses diante de mim." **(Êxodo 20:3; Deuteronómio 5:7)** | Direito à liberdade de consciência, de religião e de culto **(art.41.º)** |
| "Não farás para ti imagens de escultura." **(Êxodo 20:4-6; Deuteronómio 5:8-10)** | Direito à liberdade de consciência, de religião e de culto **(art. 41.º)** |
| "Não tomarás o nome do SENHOR, teu Deus, em vão." **(Êxodo 20:7; Deuteronómio 5:11)** | Direito à liberdade de consciência, de religião e de culto **(art. 41.º)** |
| "Lembra-te do dia de sábado, para o santificar." **(Êxodo 20:8-11; Deuteronómio 5:12-15)** | Direito à liberdade de consciência, de religião e de culto **(artigo 41.º);** Direito ao descanso **(art. 59.º, n.º 1, al d));** Direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado **(art. 66.º)** |
| "Honra a teu pai e a tua mãe." **(Êxodo 20:12; Deuteronómio 5:16)** | Direito à proteção na Terceira Idade **(art. 72.º)** |
| "Não matarás." **(Êxodo 20:13; Deuteronómio 5:17)** | Direito à vida **(art. 24.º)** |
| "Não adulterarás." **(Êxodo 20:14 Deuteronómio 5:18)** | Direito à família e casamento **(art. 36.º)** |
| "Não furtarás." **(Êxodo 20:15; Deuteronómio 5:19)** | Direito de propriedade **(art. 62.º)** |
| "Não dirás falso testemunho contra o teu próximo." **(Êxodo 20:16; Deuteronómio 5:20)** | Direitos pessoais **(art. 26.º)** |
| "Não cobiçarás a casa do teu próximo." **(Êxodo 20:17a; Deuteronómio 5:21a)** | Direito de propriedade **(art. 62.º)** |
| "Não cobiçarás a mulher do teu próximo." | - |

| **(Êxodo 20:17b; Deuteronómio 5:21b)** | |
|---|---|
| “Não cobiçarás o seu servo, nem a serva, nem o seu boi, nem o seu jumento nem coisa alguma do teu próximo.” **(Êxodo 20:17c; Deuteronómio 5:21c)** | - |

## ANEXO IV – GRELHA COMPARATIVA

| Pontos de análise | LM (Decálogo)[1461] | CRP[1462] |
|---|---|---|
| **Autoria do texto** | Deus | Parlamentar e constituinte |
| **Extensão** | Decálogo: 10 mandamentos<br>LM: 613 preceitos | 296 artigos |
| **Revisões** | 0 | 7 |
| **Vigência** | 1 (perpétua) | 1 |
| **Estado e Religião** | Teocracia | Estado Laico |
| **Língua** | Hebraico | Portuguesa |
| **Direitos fundamentais** | Direitos e deveres (Lei Natural) | Plenitude de direitos |
| **Liberdade de religião** | Não (só no NT) | Sim |
| **Liberdade de culto** | Sim | Sim |
| **Direito ao descanso semanal** | Sim | Sim |
| **Direito/dever ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado** | Sim | Sim |
| **Direito/dever de proteção à Terceira Idade** | Sim | Sim |
| **Inviolabilidade da vida humana** | Sim | Sim |
| **Proteção do casamento/família** | Sim | Sim |
| **Proteção da propriedade privada** | Sim | Sim |
| **Proteção da honra (bom nome)** | Sim | Sim (direitos de personalidade) |
| **Dever de *não cobiça*** | Sim | Não se aplica |

[1461] No momento da entrega da Lei a Moisés.
[1462] Na redação atualizada.

# ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

**MONOGRAFIAS E PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS:**


- **AAVV**,

- _____, *A origem da Bíblia* (org. Philip W. Comfort), Rio de Janeiro: CPAD, 1998.

-_____, *Atlas Bíblico* (org. Yohanan Ahoroni), Rio de Janeiro: CPAD, 1999.

-_____, *Comentário Bíblico Beacon* (org. George Livingston [et al.]). Vol. I. Rio de Janeiro: CPAD, 2005.

-_____, *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte especial* (org. Jorge Figueiredo Dias). Tomo I e II, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012 (AAVV, *Comentário conimbricense*)

-_____, *Diálogos em direitos humanos, Estado e cidadania: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Reis Friede (coord. André Fontes; Cleyson de Moraes Mello; Sónia Guerra).* Rio de Janeiro: Processo, 2018.

-_____, *Dicionário Enciclopédico da Bíblia*. Petrópolis: Editora Vozes, 1977.

-_____, *Direito Natural, Religiões e Culturas* (org. Paulo Ferreira da Cunha). Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

-_____, *Ética e eutanásia*. Simpósio Medicina e Direito. 2003.

-_____, *Família, consciência, secularismo e Religião* (coord. Guilherme de Oliveira; Jónatas Machado; Rosa Martins). Coimbra: Wolters Kluwer, 2010.

-_____, *História Crítica da Filosofia Moral e Política* (coord. Alain Caillé; Christian Lazzeri; Michel Senellart). Lisboa: Editorial Verbo, 2001.

-_____, *História de Portugal* (org. José Mattoso). Bauru: EDUSC/ São Paulo: UNESP/ Portugal: Instituto Camões, 2000.

-_____, *Perspetivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976* (org. Jorge Miranda). Vols. I, II, III. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

- **ADRAGÃO**, PAULO PULIDO, *A liberdade religiosa e o Estado*. Lisboa: Almedina, 2002.

- **ADRIANI**, MAURILIO, *História das religiões*. Lisboa: Edições 70, 2000.

- **AGOSTINHO DE HIPONA**, SANTO, *A Cidade de Deus*. Vol. III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

- _____, *Contra Faustum Manichaeum*. 400. [Consultado em 30 de setembro de 2022]. Disponível em https://shre.ink/mvib. 400.

- **ALBRIGHT**, WILLIAM F., *The Archaeology of Palestine*. Baltimore: Penguin Books, 1963.

- **ALBUQUERQUE**, PAULO PINTO, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Almedina, 2015.

- **ALEXANDRE JR.**, MANUEL, *Hermenêutica Bíblica*. Lisboa: Loja da Bíblia Editorial, 2010.

- **ALEXANDRINO**, JOSÉ DE MELO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2000.

- _____, *Direitos fundamentais: Introdução geral*. Parede: Principia, 2007.

-_____, *O discurso dos direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

- **ALEXY**, ROBERT, *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

- **ALT**, ALBRECHT, *Essays on Old Testament History and Religion*. Oxford: Blackwell, 1966.

- **ALTAVILA**, JAYME DE, *Origem do Direito dos povos*. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964.

- **ALTER**, ROBERT, *A arte da narrativa bíblic*a. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

- **ALVES**, CLEBER, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- **ALVES**, JOSÉ MOREIRA, *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

- **ALVES PRATAS**, CLÁUDIA, *O Direito da Religião – A proteção das minorias protestantes*. Lisboa: Chiado Editora, 2014.

-_____, "As Testemunhas de Jeová e a discriminação no acesso a tratamentos isentos de sangue". *e-Pública.* Vol. 3 No. 2, Novembro 2016 (160-193).

- **AMARAL**, MARIA LÚCIA, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

- **ANDERSON**, DIGBY C., *The Kindness that Kills*: *The Churches' Simplistic Response to Complex Social Issues*. London: SPCK, 1984.

- **ANDRADE**, CLAUDIONOR CORRÊA DE, *Dicionário teológico*. Rio de Janeiro: CPAD, 1998.

- **ANDREAU-GUITRANCOURT**, PIERRE, *Introduction Sommaire L'étude du Droit em Général et du Droit Canonique Contemporain en Particulier*. Paris: Sirey, 1963.

- **ANGLADA**, PAULO, *Sola Scriptura: A doutrina reformada das Escrituras*. São Paulo: Editora, 1998.

- _____, *Introdução à Hermenêutica reformada. Correntes históricas, pressuposições, princípios e métodos linguísticos*. Ananindeua: Knox Publicações, 2006.

- **ANTUNES**, ANA FILIPA MORAIS, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil: Direitos de personalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012.

- **ANTUNES VARELA**, JOÃO DE MATOS, *Direito da família: direito matrimonial*. Lisboa: Petrony, 1982.

- **ANTUNES VARELA**; **PIRES DE LIMA**, *Código Civil Anotado*. Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

- **ARAUJO**, LUIZ LEITE, *Pluralismo e Justiça: estudos sobre Habermas*. São Paulo: Loyola, 2010.

- **ARCHER JR.**, GLEASON, *Merece confiança o Antigo Testamento*? São Paulo: Edições Vida Nova, 1986.

- _____, *Enciclopédia de temas bíblicos*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Vida, 2001.

- **ARENDT**, HANNA, *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

- **ARISTÓTELES**, *Ética a Nicómaco*. Lisboa: Quetzal Editores, 2004

- _____, *Política*. Lisboa: Vega, 1998.

- **ARMSTRONG**, KAREN, *Muhammad: A Biography of the Prophet*. London: Harper Colins Books, 1993.

-_____, *Islam. A Short Story*. New York: Modern Library, 2002.

- **ASSMAN**, JAN, *Of God and Gods: Egypt, Israel, and the Rise of Monotheism*. Wisconsin: University of Wisconsin Press, 2008.

- _____, *Cultural Memory and Early Civilization. Writing, Remembrance, and Political Imagination*. New York: Cambridge University Press, 2011.

- **ASTRUC**, JEAN, *Conjectures sur les memoires originaux dont il paroit que Moyse s'est servi pour composer le Livre de la Genese : avec des remarques, qui appuient ou qui éclaircissent ces Conjectures.* Bruxelles: Frick, 1753.

- **AUDI**, NICHOLAS, *Religion in the public square: the place of religious convictions in political debate*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997.

- **AYER**, ALFRED, *Language, Truth and Logic*. London: Penguin Books, 1971.

- **BACELAR GOUVEIA**, JORGE, "A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa". *Brasília* a. 35 n. 139 jul./set. 1998, 261-281.

- _____, *O estado de exceção no Direito Constitucional – entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição.* Vol. II. Coimbra: Almedina, 1999.

- _____, *Manual de Direito Constitucional*, Vols. I e II, Lisboa: Almedina, 2005.

- _____, *Manual de Direito Internacional Público*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

-_____, "Religião e Estado de Direito – uma visão panorâmica". *In Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. II. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

- _____, *Direito, Religião e Sociedade no Estado Constitucional*. Lisboa: Instituto do Direito de Língua Portuguesa, 2012.

- **BACHET**, JÉRÔME, *A Civilização Feudal: Do ano mil à colonização da América*. São Paulo: Globo, 2006.

- **BACHOF**, OTTO, *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

- **BARBAGLIO**, GIUSEPPE, *Dios, violento?*. Estella: Verbo Divino, 1992.

- **BARNES**, JONATHAN, *Aristotle: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

- **BARRETO**, JOÃO, "*Envelhecimento e qualidade de vida: o desafio atual"*. *Sociologia - Revista da Faculdade de Letras do Porto*, série I, vol. XV, n.º 15, 2005, pp. 289-302.

- **BARROSO**, IVO MIGUEL "Casamento entre pessoas do mesmo sexo: um «direito fundamental» à medida da lei ordinária?". *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, ano 7, n.º 13, 2010, 57-82.

- **BARROSO**, LUÍS ROBERTO, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

-_____, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- **BASKIN**, JUDITH, *The Cambridge Dictionary of Judaism and Jewish Culture*. New York, Cambridge University Press, 2011.

- **BATISTA MACHADO**, JOÃO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina, 1997.

- **BAUMAN**, ZYGMUNT, *Vida em Fragmentos. Sobre a ética pós-moderna*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

- **BAUMGARTNER**, MIREILLE, *A Igreja no Ocidente. Das origens às reformas do século XVI*. Lisboa: Edições 70, 2015.

- **BEAUCHAMP**, TOM L.; **CHILDRESS**, JAMES F., *Princípios da ética biomédica.* São Paulo: Loyola, 2002.

- **BEAUVOIR**, SIMONE DE, *A velhice*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

- **BEVILACQUA**, CLOVIS, *Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

- **BENAZZI**, NATALE; **D'AMICO**, MATTEO, *Il libro nero dell'inquisizione*. Milão: Piemme, 2002.

- **BENTO XVI**, PAPA EMÉRITO, *Caritas in veritate*. São Paulo: Paulinas, 2009.

- **BENTZEN**, AAGE, *Introduction to the Old Testament*. Vol II. Copenhagen: G.E.C. Gad Publisher, 1952.

- **BERGER**, PETER, *The Desecularization of the World: Resurgent Religion and Global Politics*. Washington: Eerdmans, 1999.

- **BERGER**, PETER; **LUCKMANN**, THOMAS, *A construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 1990.

- **BERKHOF**, LOUIS, *Teologia Sistemática*. Campinas: Luz Para o Caminho, 1990.

-_____, *Princípios de Interpretação bíblica*. São Paulo: Cultura Cristã, 2004.

- **BERMAN**, HAROLD, *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

- **BERTOLA**, ARNALDO, "Diritto Canonico". *In Nuovo Digesto Italiano.* Vol. IV. Turim: UTET, 1938.

- **BETTENCOURT**, ESTEVÃO, *Para entender o Antigo Testamento*. Rio de Janeiro: Agir, 1956.

- **BETTENSON**, HENRY, *Documentos da Igreja cristã*. 2.ª ed. São Paulo: ASTE, 1967.

- **BILLIER**, JEAN-CASSIEN; **MARYOLI**, AGLAÉ, *História da Filosofia do Direito*. Barueri, SP: Manole, 2005.

- **BIONDI**, BIONDO, *Il diritto romano cristiano. La Famiglia Romana- Raporti Patromoniali Diritto Publico*. Vol. III. Milano: Dott A. Giuffe Editore, 1954.

- **BITTAR**, EDUARDO, *Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da Flosofia do Direito*. São Paulo: Imprenta, 2000.

- **BITTAR**, EDUARDO; **ALMEIDA**, GUILHERME, *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2009.

- **BLUMENFELD**, YAACOV ISRAEL, *Judaísmo: visão do universo – a vida, o mundo e o homem segundo a Torah*. Rio de Janeiro: Imago, 1989.

- **BOBBIO**, NORBERTO, *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

-_____, *Teoria Geral do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2008.

-_____, *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011.

- **BOBBIO**, NORBERTO; **BOVERO**, MICHELANGELO, *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

- **BOBBIO**, NORBERTO; **MATTEUCCI**, NICOLA; **PASQUINO**, GINAFRANCO, *Dicionário de Política*. Vol. I. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

-_____, *Dicionário de Política*. Vol. II. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

- **BÖCKENFÖRDE**, ERNST-WOLFGANG, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*. *Säkularisation und Utopie. Erbracher Studien.* Stuttgart: Kohlhammer, 1967.

- **BOFF**, LEONARDO, *Sustentabilidade: o que é: o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012.

- **BONAVIDES**, PAULO, Curso *de Direito Constitucional*. São Paulo, Imprenta, 2003.

- **BORGES**, ANSELMO, *Religião e diálogo inter-religioso*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

- **BOTTÉRO**, JEAN, *Mésapotamie. L'écriture, la raison et les dieux*. Paris: Gallimard, 1987.

- **BOUZON**, EMANUEL, *As Leis de Eshunna*. Petrópolis: Editora Vozes, 1981.

- _____, "O trabalho escravo à luz dos contratos paleobabilónicos de Larsa". *In Modo de produção asiático. Nova visita a um velho conceito* (org. de Ciro Flamiron), Rio de Janeiro: Editora Campus, 1990.

- _____, *Ensaios babilónicos. Sociedade, economia e cultura na Babilónia pré-cristã*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 1998.

- _____, *Uma coleção de direito babilónico pré-hammurabiano. Leis do Reino de Esnunna*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

-_____, "Origem e natureza das coleções do Direito Cuneiforme". *Justiça & História*, Porto Alegre, v. 2, 2002, 17-54.

- _____, *O Código de Hammurabi*. 10.ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

- **BOVATI**, PIETRO, *Ristabilire la giustizia.* Roma: Pontificio Istituto Biblico, 1986.

- **BRAGA**, PEDRO, "O Cristianismo e o Direito: a revolução cristã no campo jurídico". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002, 93-108.

- **BRAGUE**, RÉMI, *A Lei de Deus. História filosófica de uma aliança*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

- _____, *Sobre a religião e a sua relação com a razão, a liberdade e a violência*. Cascais: Lucerna, 2019.

- **BRANDÃO**, NUNO, "Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso". *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade (org. de José Faria da Costa)*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017.

- **BRETONE**, MARIO, *Storia del Diritto Romano*. Roma: Laterza, 1997.

- **BROWN**, RAYMOND; **FITZMYER**, JOSEPH; **MURPHY**, ROLAND, *Novo comentário bíblico São Jerónimo – Antigo Testamento*. São Paulo: Academia Cristã/ Paulus, 2007.

- **BRUCE**, FREDERICK FYVIE, *Romanos. Introdução e comentário*. São Paulo: Edições Vida Nova, 1979.

- **BRUEGGEMAN**, WALTER, *Deuteronomy*. Nashville, Abingdon Press, 2001.

- **BRUNNER**, EMIL, *The Christian Doctrine of the Church, Faith and Consummation*. Vol. III. Philadelphia: Westminster Press, 1962.

- **BURDEAU**, GEORGES, *O Estado*. Póvoa do Varzim: Edições Europa-América, s/d.

- _____, *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*. 20.ª ed. Paris: LGDJ, 1984.

-_____, *Les libertés publiques*. Paris: LGDJ, 1966.

- **BURNSIDE**, JONATHAN, "The Spirit of Biblical Law". *Oxford Journal of Law and Religion*, (2012) 1-24.

- **BUSWELL**, JAMES O., *A Systematic Theology of the Christian Religion*. Vol. I. Grand Rapids, Michigan: Zondervan, 1962.

- **CABRAL DE MONCADA**, LUÍS, *Lições de Direito Civil.* 2.ª ed. Coimbra: Imprenta, 1954.

-_____, *Filosofia do Direito e do Estado. Parte histórica*. Vol. II. Coimbra: Atlântida Editora, 1966.

-_____, *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

- **CABRITA**, ISABEL, *Direitos humanos: um conceito em movimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

- **CAETANO**, MARCELLO, *Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Verbo, 1977.

- _____, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1989.

-_____, *História do Direito Português (séculos XII-XVI)*. Lisboa: Verbo, 2000.

- **CALVINO**, JOÃO, *Institutes of the Christian Religion*. James Clark & Co., 1962.

- **CAMPOAMOR**, ALFONSO, "Estado laico e libertad religiosa". *Revista de Estudios Políticos*. N.º 6, nov/dic. Madrid: Nueva Época, 1978, 57-80.

- **CAMPOS**, HÉBER CARLOS DE, *O Ser de Deus e os seus atributos*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2002.

- **CANAS**, VITALINO, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016. Tese de Doutoramento.

- **CANOTILHO**, GOMES, *Direito Constitucional*. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

- _____, *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

- _____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

- **CANOTILHO**, GOMES; **MACHADO**, JÓNATAS, *"*Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa", in *Revista do Ministério Público*, Ano 16.º (1996) n.º 64.

- **CANOTILHO**, GOMES; **MOREIRA**, VITAL, *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

-_____, *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

- **CAPELO DE SOUSA**, RABINDRANATH, *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1993.

- **CARAM**, DALTO, "A legitimidade da Torá e do Direito Canónico". *Revista de Cultura Teológica* – v.11 – n.º 45 – out/dez 2003, 127-134.

- **CARDOSO**, CIRO, "Algumas visões da mulher na literatura do Egito faraónico". *História*, São Paulo, v. 12, p. 103-113, 1993.

- **CÁRCEL**, RICARDO GARCIA, *L'inquisizione*. Milão: Fenice, 2000.

- **CARMELLA**, ANGELA, "Linking Religion, Land Use, Ownership and the Common Good". *Albany Government Law Review*, 2009, 485-535.

- **CARVALHO FERNANDES**, LUÍS, *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. II. Lisboa: AAFDL, 1983.

- **CASALTA NABAIS**, JOSÉ, "A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direito". *Revista Direito Mckenzie*, São Paulo, a.3, n.º 2, (2000) 9-30.

-_____, *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.

-_____, *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

- **CASTANHEIRA NEVES**, *A revolução e o direito. A situação de crise e o sentido do direito no atual processo revolucionário.* Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976.

-_____, "O princípio da legalidade criminal". *In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. Vol. I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989.

- **CASTRO**, CARLOS SIQUEIRA, *A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- **CASTRO**, FLÁVIA LAGES DE, *História do Direito Geral e do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.

- **CAVEDON**, FERNANDA, *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

- **CHAMBERS JR.**, HENRY L., *Biblical Interpretation, Constitutional Interpretation and Ignoring Text*, 69, Maryland Law Review, 92 (2009) 92-114.

- **CHAMPLIN**, RUSSELL NORMAN, *Enciclopédia de Bíblia, Teologia e Filosofia*. São Paulo: Editora Hagnos, 2002.

- **CHELINI-PONT**, BLANDINE, "Is Laicite the Civil Religion of France?", *George Washington International Law Review*, 41, 2010.

- **CHILDRESS**, JAMES; MACQUARRIE, JOHN, *A New Dictionary of Christian Ethics*. London: SCM Press, 1986.

- **CHILDS**, BREVARD, *Old Testament Theology in a Canonical Context*. Philadelphia: Fortress Press, 1985.

- **CHINEY**, ELY, *Sociedade: uma introdução à Sociologia*. São Paulo: Cultrix, 2005.

- **CHULVI**, CRISTINA, *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.* Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitutionales, 2001.

- **CÍCERO**, *De Re Publica*, *De Legibus*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

- **CID**, NUNO DE SALTER, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*. Coimbra: Almedina, 2005.

- **CLOTET**, JOAQUIM, *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006.

- **COELHO**, FRANCISCO PEREIRA; OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*. Vol. I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

- **COELHO**, VALNICE MILHOMENS, *O jejum e a redenção do Brasil*. São Paulo: Palavra da Fé, 2020.

- **COHEN**, ARMANDO CHAVES, *Comentário bíblico: Êxodo*. Rio de Janeiro: CPAD, 1998.

- **COHEN**, BOAZ, *Law and Tradition in Judaism*. New York: The Jewish Theological Seminary of America, 1959.

- **COHN-SHERBOCK**, DAN, *Judaism. History, Belief and Practice*. Abingdon: Taylor & Francis Group, 2005.

- **COHN**, HAIM, *O julgamento e a morte de Jesus*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

- **COLEMAN**, WILLIAM L., *Manual dos Tempos e Costumes Bíblicos*. Belo Horizonte: Editora Betânia, 1991.

- **COMPARATO**, FABIO KONDER, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- **CONDE**, ENRIQUE ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1993.

- **COOKE**, TONY, *Graça: o DNA de Deus*. Campina Grande: Rhema Brasil, 2015.

- **COON**, CARLET, *A História do Homem – dos primeiros humanos aos que podem ser os últimos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1960.

- **CORRAL**, CARLOS, "Sistemas atuais de relações entre a Igreja e Estado". *Brotéria*, 1987.

- **CORREIA**, ALEXANDRE; SCIASCIA, GAETANO, *Manual de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1957.

- **CORREIA**, EDUARDO, *Direito Criminal*. Vol. I. Lisboa: Almedina, 2014.

- **COSTA ANDRADE**, MANUEL DA, "A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 2, fasc. 1, jan./mar. 1992.

-_____, *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspetiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

- **CROSA**, EMILIO, *Lo Stato democrático*. Turim: Utet, 1946.

- **CRÜSEMANN**, FRANK, *A Torá: teologia e história social da lei do Antigo Testamento*. 2.ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

- _____, *Preservação da Liberdade: O Decálogo numa Perspectiva Histórico-Social*. 2.ª ed. São Leopoldo: Sinodal: Centro de Estudos Bíblicos, 2006.

- **CRUZ**, MANUEL BRAGA DA, *Monárquicos e republicanos no Estado Novo*. Lisboa: Dom Quixote, 1986.

- **CUPIS**, ADRIANO DE, *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

- **DALLARI**, DALMO DE ABREU, *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- **DAVID**, RENÉ, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- **DETTER**, INGRID, *The Law of War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

- **DEVER**, MARK, *A mensagem do Antigo Testamento*. Rio de Janeiro: CPAD, 2008.

- **DIAS**, AUGUSTO SILVA, *Relevância jurídico-constitucional das decisões de consciência*. Coimbra: Almedina, 1986.

- **DI CICCO**, CLÁUDIO, *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

- **DINSTEIN**, YORAM, *Guerra, agressão e legítima defesa*. Barueri: Manole, 2004.

- **DOBSON**, KENT, *Ensinamentos da Torá. Conciliando a história judaica com a fé cristã*. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2019.

- **DOCKERY**, DAVID, *Manual bíblico*. São Paulo: Edições Vida Nova, 2011.

- **DODD**, CHARLES, *According to the Scriptures*. London: Nisbet and Co., 1953.

- **DONNER**, HEBERT, *História de Israel e dos Povos Vizinhos – Dos primórdios até à formação do Estado*. Vol. I. São Leopoldo: Sinodal, 1997.

- **DRIVER**, G.R.; **MILES**, JOHN, *The Babylonian Laws*. Vol. I. Oxford: Clarendon Press, 1952.

- **DUARTE PINHEIRO**, JORGE, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais. Coimbra*: Almedina, 2004.

- **DURANT**, WILL, *História da civilização. A Idade da fé*. Tomo I. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1957.

- **DURKHEIM**, ÉMILE, *De la division du travail social*. Paris: F. Alcan, 1926.

- **DWORKIN**, RONALD, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- _____, *Life's Dominion. An Argument about Abortion and Euthanasia and Individual Freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 1993.

- **ECHEGARAY**, JOAQUÍN G., *O crescente fértil e a Bíblia*. Petrópolis: Vozes, 1995.

- **EDZARD**, DIETZ-OTTO, *Die "Zweite Zwischenzeit" Babyloniens*. Wiesbaden: Harrassowitz, 1957.

- _____, "Die Altorientalischen Reiche". *Fischer Weltgeschichte*, n.º 2. Frankfurt, 1965. (EDZARD, "Die Altorientalischen Reiche")

- **EHRMAN**, BART D., *The Apostolic Fathers*. Vol. I. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

- **EIRÓ**, PEDRO, *Noções elementares de direito*. 3.ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2002.

- **EISSFELDT**, OTTO, *The Old Testament*. New York, Harper & Row, 1965.

- **ENGELS**, FRIEDRICH, *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Global, 1985.

- _____, *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. São Paulo: Global, 1988.

- **ESPÍRITO SANTO**, MOISÉS, *A Religião na mudança. A Nova Era*. Lisboa: ISER/UNL, 2002.

- **FARIA COSTA**, JOSÉ DE, *Noções fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

- **FEE**, GORDON; **STUART**, DOUGLAS, *Entendes o que lês?* São Paulo: Edições Vida Nova, 2011.

- **FERNANDEZ**, DIONISIO, "Libertad de Conciencia y Matrimonio, Derecho de Familia y Libertad de Conciencia en los Países de la Unión Europea y el Derecho Comparado". *In Actas del IX Congresso Internacional de Derecho Eclesiastico del Estado*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000.

- **FERREIRA DA CUNHA**, PAULO, *Filosofia Jurídica Prática*. Lisboa: Quid Juris, 2009.

- **FERREIRA DE ALMEIDA**, CARLOS, *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 1998.

- _____, "Direitos islâmicos e "Direitos cristãos". *In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles* (coord. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes). Vol. V, Lisboa: Almedina, 2003.

- **FERREIRA DE ALMEIDA**, CARLOS; **CARVALHO**, JORGE MORAIS, *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2013.

- **FERREIRA E SILVA**, SERAFIM DE SOUSA, "O Código de Direito Canónico: alguns apontamentos". *In O Direito Canónico ao Serviço da Igreja. Os 25 anos do Código de Direito Canónico (1983-2008)*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

- **FERREIRA FILHO**, MANOEL GONÇALVES, *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

- **FERREIRA**, PINTO, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

- **FIGUEIREDO DIAS**, JORGE DE, "Para uma dogmática do Direito Penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 117.º ano, 1984, n.º 3718, pp.7-12.

-_____, *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

- **FILLION**, LOUIS-CLAUDE, *Enciclopédia popular de cultura bíblica*. Rio de Janeiro: Editora Central Gospel, 2003.

- **FINNIS**, JOHN, "Law, Morality and "Sexual Orientation". 69, *Notre Dame Review*, (1994) 1049-1076.

- _____, *Natural Law & Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

- **FIOVIRANTI**, MAURIZIO, *Constitución. De la Antiguidad a nuestros dias*. Madrid: Trota, 2001.

- **FOLQUE**, ANDRÉ, "Portugal a caminho da liberdade religiosa", *Forum Canonicum*, IV, (1-2), 2009.

- **FROMM**, ERICH, *Do Ter ao Ser*. São Paulo: Manole, 1992.

- **FROMONT**, MICHEL, *Grands Systèmes de Droit Étrangers*. Paris: Dalloz, 2005.

- **FULLER**, LON, *The Morality of Law*. New Haven, 1964.

- **GABRIEL**, ANTÓNIO, "Direitos humanos e globalização: conquistas e desafios". *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 19, jan/jun, 2004, 37-63.

- **GALVÃO TELLES**, INOCÊNCIO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

- **GARRAFA**, VOLNEI, "Bioética e ética profissional: esclarecendo a questão". *Jornal do Conselho Federal de Medicina*, 1998, 8(97):28.

- **GAVAZZONI**, ALUISIO, *História do Direito; dos sumérios até a nossa era*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

- **GEISLER**, NORMAN, *Thomas Aquinas*. Grand Rapids: Baker, 1991.

- **GIERKE**, OTTO, *Political theories of the Middle Age*. Boston: Beacon, 1958.

- **GILISSEN**, JOHN, *Introdução histórica ao Direito*. 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

- **GILSON**, ETIENNE, *A Filosofia na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

- **GILSON**, ETIENNE; **BOEHNER**, PHILOTHEUS, *História da filosofia cristã*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1995.

- **GIORDIANI**, MÁRIO CURTIS, *História de Roma*. Petrópolis: Vozes, 1968.

- _____, *História da Antiguidade Oriental*. Petrópolis: Vozes, 2008.

- **GLASMAN**, JANE BICHMACHER, "Amor, Casamento e Sexo no Judaísmo". *Nearco* (Rio de Janeiro), Vol. 4 (2011) 50-71.

- **GLOTZ**, GUSTAVE, *La cité grecque.* Paris: A. Michel, 1968.

- **GOMES DA SILVA**, NUNO, *História do Direito português – Fontes Direito Público (1140-1495)*. Lisboa: Editorial Verbo, 1981.

- **GÓMEZ**, JESÚS ÁLVAREZ, *Historia de la Iglesia – Edad Antigua*. Tomo I. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

- **GREEN**, TOBY, *Inquisição. O reinado do medo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

- **GREENAWALT**, KENT, *Religious Convictions and Political Choice*. New York: Oxford University Press, 1998.

- **GREENGUS**, SAMUEL, "Law: Biblical and ANE Laws". *In Anchor Bible Dictionary* (ed. Noel Freedman). New York: Doubleday, 1992.

- **GRESCHAT**, HANS-JÜRGEN, *O que é a Ciência da Religião*. São Paulo: Paulinas, 2005.

- **GRÓCIO**, HUGO, *O Direito da Guerra e da Paz*. Vol. I. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

-_____, *O Direito da Guerra e da Paz*. Vol. II. Ijuí: Editoria Unijuí, 2005.

- **GROSS**, LEO, "The Peace of Westphalia", 1648-1948, *American Journal of International Law*, 42, 1948.

- **GRÜNWALDT**, KLAUS, *Olho por olho, dente por dente? O direito no antigo testamento*. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

- **GUIMARÃES**, PAULA, "Famílias e envelhecimento - como reinventar a história do capuchinho vermelho". *A pessoa idosa e a sociedade - Perspetiva Ética*, Lisboa, Coleção Bioética VI, Atas do VI Seminário nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2000, 93-101.

- **GUNKEL**, HERMANN, *The Legends of Genesis*. New York: Schocken Books, 1964.

- **GUSMÃO**, PAULO DOURADO, *Introdução à Ciência do Direito*. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

- **HÄBERLE**, PETER, "Die entwicklung der heutigen Verfassungstaates", *Rechtstheorie*, 22. Band, Heft 4, 1991.

- **HABERMAS**, JÜRGEN, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

-_____, *Era das transições.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

-_____, *Entre Naturalismo e Religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

-_____, *Auch eine Geschichte der Philosophie*. Vol. I. Berlin: Suhrkamp, 2019.

- **HABERMAS**, JÜRGEN; **RATZINGER**, JOSEPH, *Dialética da Secularização: sobre razão e Religião*. São Paulo: Ideias & Letras, 2007.

- **HADAS-LEBEL**, MIREILLE, *Flávio Josefo: O Judeu de Roma*. Rio de Janeiro: Imago Edições, 1991.

- **HALL**, HENRY, *História antiga do Oriente Próximo – Desde os tempos mais remotos até à Batalha de Salamina*. Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 1948.

- **HANSON**, JOHN; HORSLEY, RICHARD, *Bandidos, Profetas e Messias: Movimentos populares no tempo de Jesus*. São Paulo: Paulus, 1995.

- **HARRIS**, LAIRD, *Inspiração e canonicidade da Bíblia*. São Paulo: Cultura Cristã, 2004.

- **HAYEK**, FRIEDRICH VON, *Law, Legislation and Liberty.* Vol. I. London, Routledge, 1973.

- _____, *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Visão, 1983.

- **HEINING**, HANS, "Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität?", 23, *Juristen Zeitung*, 2009.

- **HELLER**, HERMAN, *Teoría del Estado*. México: FCE, 1987.

- **HENDRIKSEN**, WILLIAM, *Comentário do Novo Testamento. 1 e 2 Timóteo e* Tito. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2001.

- **HERA**, ALBERTO DE LA; SOLER, CARLOS, "Historia de las Doctrinas sobre las Relaciones entre la Iglesia y el Estado". *In Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, EUNSA, 1994.

- **HERÓDOTO**, *Historia*. Libros III-IV. Madrid: Gredos, 1979.

- **HERVADA**, JAVIER, *Lecciones propedeuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona: Eunsuna, 2000.

- **HESPANHA**, ANTÓNIO MANUEL, *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2.ª ed. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1998.

- _____, *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e lei no Liberalismo monárquico português*. Coimbra: Almedina, 2004.

- **HESSEN**, JOHANNES, *Filosofia dos Valores*. 3.ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1967.

- **HIDÁCIO**, *Cronicon*. La Coruña: Editorial Touxosoutos, 2004.

- **HOBBES**, THOMAS, *Leviathan*. London: Penguin Classics, 1986.

- **HODGE**, ARCHIBALD A., *The Confession of Faith: A Handbook of Christian Doctrine Expounding the Westminster Confession*. London: The Banner of Truth Trust, 1992.

- **HOEKEMA**, ANTHONY, *Criados à imagem de Deus*. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 1999.

- **HOLLERBACH**, ALEXANDER, "Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts". *Archiv des öffentlichen Rechts.* 106, 1981, 9.

- **HOLMES**, DEREK J.; **BICKERS**, BERNARD W., *História da Igreja Católica*. Lisboa: Edições 70, 2006.

- **HOLMES**, STEPHAN, *The Anatomy of Antiliberalism*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

- **HORTA**, JOSÉ, *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2010.

- **IPIÑA**, ANTONIO BERISTAIN, *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Edições UnB, 2000.

- **IRVIN**, DALE; **SUNQUIST**, SCOTT, *História do movimento cristão mundial*. Vol. I. São Paulo: Paulus, 2004.

- **ISIDORO DE SEVILHA**, SANTO, *Etymologyarum sive originum*. Libri XX. Oxford: Oxford University Press, 1911.

- **JEDIN**, HUBERT, *Manual de Historia de la Iglesia*. Tomo I. Barcelona: Herder, 1966.

- **JELLINEK**, GEORG, *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2000.

- **JEREMIAS**, ALFRED, *The Old Testament in the Light of the Ancient East*. Vol. I. New York: G. P. Putnam's Sons, 1911.

- **JIMENEZ DE ASÚA**, LUIS, *Tratado de Derecho Penal*. Vol. IV. Buenos Aires: Losada, 1950.

- **JONAS**, HANS, *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

- **JOSEFO**, FLÁVIO, Seleções *de Flávio Josefo: Autobiografia; Resposta a Ápio; Antiguidades Judaicas; As Guerras Judaicas*. São Paulo: EDAMERIS, 1974.

- _____, *A história do povo hebreu*. Rio de Janeiro: CPAD, 2004.

- **JUSTINO**, *Justino de Roma: I e II apologias. Diálogo com Trifão*. São Paulo: Paulus, 1995.

- **KAISER JR.**, WALTER, *Teologia do Antigo Testamento*. 2.ª ed. São Paulo: Edições Vida Nova, 2007.

- **KANT**, IMMANUEL, *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1995.

- _____, *Critique of Pure Reason*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

- _____, *Critique of the Power of Judgement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

- _____, *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

- **KEEGAN**, JOHN, *Uma história da guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

- **KELSEN**, HANS, *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1984.

-_____, *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1997.

- _____, *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- **KASER**, MAX, *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

- **KIRSOPP**, LAKE, *The Apostolic Fathers*. Vol. I. Cambridge: Harvard University Press, 1912.

- **KITCHEN**, KENNETH, *On the Reliability of the Old Testament*. Michigan: Wm. B. Eerdmam Publishing, 2003.

- **LADEUR**, KARL-HEINZ; **AUGSBERG**, INO, "The Myth of the Neutral State: The Relationship between State and Religion in the Face of the New Challenges", 8, *The German Law Journal*, 2, 2007.

- **LAFER**, CELSO, *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

- **LAFONT**, SOPHIE, "Codification et subsiriarité dans les droits du Proche-Orient ancient". *La Codification des lois dans l'Antiquité*. Actes du Colloque de Strasbourg 22-29 novembre 1977, 49-64.

- **LARA**, VALTER LUÍS, *A Bíblia e o desafio da interpretação sociológica: introdução ao primeiro testamento à luz de seus contextos históricos e sociais*. São Paulo: Paulus, 2009.

- **LARENZ**, KARL, *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

- **LASSALE**, FERDINAND, *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

- **LEBEN**, CHARLES, "Hebrew Sources in the Doctrine of the Law of Nature and Nations in Early Modern Europe". *The European Journal of International Law*, Vol. 27, n. 1, 2016.

- **LE GOFF**, JACQUES, *A bolsa e a vida: a usura na Idade Média*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

- **LEITE**, ANTÓNIO, "Acordos entre a Santa Sé e Portugal anteriores à Concordata de 1940". *Brotéria*, vol. 132, 1991, 493-509.

- **LEITE DE CAMPOS**, DIOGO "Eu-tu: o amor e a família (e a comunidade) ((Eu-tu-eles). *In* AAVV, *Comemorações 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

- **LEMINSKI**, PAULO, *Vida: Cruz e Souza, Bashô, Jesus e Trótski – 4 biografias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

- **LÉVY**, JEAN-PHILIPPE, *História da propriedade*. Lisboa: Estampa, 1973.

- **LEVY**, LEONARD, *The Establishment Cause: Religion and the First Amendment*. Chapel Hill: UNC Press, 1994.

- **LÉVY-VALENSI**, ÉLIANE, *Les niveaux de l'être: la connaissance et le mal*. Paris: Presses Universitaires de France, 1962.

- **LIMA**, MAURÍLIO CÉSAR DE, *Introdução à história do Direito Canónico*. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

- **LIMA VAZ**, HENRIQUE, *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica*. São Paulo: Loyola, 1999.

- **LINDBERG**, CARTER, *História do Cristianismo.* Lisboa: Editorial Teorema, 2006.

- **LLORCA**, BERNARDINO, *Historia de la Iglesia Católica. Edad Antigua*. Tomo I. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1955.

- **LOBATO**, ABELARDO, "El horizonte estético del hombre medieval: La perspectiva tomista." *Revista española de filosofía medieval*, n. 6, 1999, 57-68.

- **LOBINGIER**, CHARLES, "The Bible as a Law Book". *The Open Court*: Vol. 1913: Iss. 12, Article, 738-742.

- **LOBO**, ABELARDO, *Curso de Direito Romano*. Brasília: Senado Federal, 2006.

- **LOCKE**, JOHN, *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. São Paulo: IBRASA, 1963.

- _____, *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- _____, *Carta Sobre a Tolerância.* Lisboa: Padrões Culturais Editora, 2014.

- **LOEWENSTEIN**, KARL, *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

- **LOPES PRAÇA**, JOSÉ, *Direito Constitucional Portuguez*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

- **LOSANO**, MÁRIO, *Os grandes sistemas jurídicos. Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- **LOURENÇO**, JOÃO DUARTE, *O mundo judaico em que Jesus viveu*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005.

- **LÖWITH**, KARL, *From Hegel to Nietzsche – The Revolution in Nineteenth Century Thought*. New York: Columbia University Press, 1991.

- **SUBIRÁ**, LUCIANO, *Graça transformadora*. São Paulo: Editora Vida, 2021.

- _____, *A cultura do jejum*. São Paulo: Hagnos, 2022.

- **LUND**, E.; NELSON, P.C., *Hermenêutica – Regras de interpretação das Sagradas Escrituras*. Miami: Editorial Vida, 1968.

- **LUNÕ**, ANTONIO PÉRES, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

- **LUTERO**, MARTINHO, *Obras selecionadas*. 12 vols. São Leopoldo: Sinodal e Porto Alegre: Concórdia, 1987-2015.

- **MACHADO**, JÓNATAS, *O regime concordatário entre a «libertas ecclesiae» e a liberdade religiosa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

-_____"Povo". *In Dicionário Jurídico da Administração Pública* (coord. José Pedro Fernandes e Afonso Rodrigues Queiró). Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

-_____, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos.* Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

-_____, *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora: 2010.

-_____, *Estado Constitucional e neutralidade religiosa – entre o Teísmo e o (neo) Ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 (E-book).

-_____, "O regime jurídico-tributário da doação de imóveis para fins religiosos". AAVV, *Novos estudos sobre liberdade religiosa, risco e segurança no século XXI* (coord. Davide Argiolas). Lisboa: Petrony, 2018.

- **MACHINGURA**, FRANCIS; **MUSEKA**, GODFREY, "Blood as the Seat of Life: The Blood Paradox among Afro-Christians". *Perichoresis* 14/1 (2016).

- **MADALENO**, AURORA, "Breve introdução ao estudo das leis canónicas". *Gaudium Sciendi*, N.º 4, Julho 2013, 69-99.

- **MADDOX**, GRAHAM, *Religion and the Rise of Democracy*. London: Routledge, 1996.

- **MAGALHÃES COLLAÇO**, JOÃO TELLO, "O regímen de separação". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano IV (1917-1918), 654-706.

- **MAGALHÃES FILHO**, GLAUCO, *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

- **MAIA GONÇALVES**, MANUEL LOPES, *Código Penal Português*. Coimbra: Almedina, 2007.

- **MAIA NETO**, CÂNDIDO, "Jesus Cristo e os Direitos Humanos". 2008. Artigo. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis/SC. [Consultado em 01 outubro de 2022]. Disponível em https://shre.ink/mviD.

- **MAISONNEUVE**, DOMINIQUE DE LA, *L'hébreu biblique par les textes*. Vol. 2. Paris: Desclée, 1991.

- **MARITAIN**, JACQUES, *O Direito Natural e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1942.

- **MARNOCO E SOUSA**, JOSÉ, *Direito Eclesiástico Português*. Coimbra: Typographia França Amado, 1910.

- **MARRAMAO**, GIACOMO, *Céu e terra: genealogia da secularização*. São Paulo: Unesp, 1995

- **MARTINS**, IVES, *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

- **MARX**, KARL, *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. 2.ª ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

-_____, *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010.

- **MATOS**, FILIPE DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. Coimbra: Almedina, 2011.

- **MCGRATH**, ALISTER, *Paixão pela verdade: a coerência intelectual do evangelicalismo*. São Paulo: Shedd, 2007.

- **MELLO**, CELSO DE, *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1980.

- **MELLO**, LEONEL, "John Locke e o individualismo liberal". *In Os clássicos da política* (org. Francisco Weffort). Vol. I. São Paulo: Ática, 2006.

- **MELO**, BARBOSA DE, "A família na Constituição. Breve apontamento". *In Communio – Revista Internacional Católica*, ano III. 1986.

- **MENDES**, JOÃO DE CASTRO, *Direito Comparado: Revisto e Atualizado*: Lisboa: AAFDL, 1982-83.

- **MENEZES CORDEIRO**, ANTÓNIO, *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1994.

-_____, *Tratado de Direito Civil*. Vol. VIII. Lisboa: Almedina, 2017.

- METZGER, BRUCE, *Canon of the New Testament*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

- **MILLARD**, ALLAN; **HOFFMEIER**, JAMES; **BAKER**, DAVID, *Faith, Tradition and History*. Winona Lake: Eisenbrauns, 1994.

- **MILLER**, CHAIM, *Sefer Bereshit: O Livro de Génese*. São Paulo: Maayanot, 2008.

- **MINNERATH**, ROLAND, *La liberté religieuse dans l'histoire de l'Église, la liberte religieuse dans le monde*. Campin: Ed. D'Onorio, 1991.

- **MIRANDA**, JORGE, *Fontes e trabalhos preparatórios da Constituição*. Vol. I. Lisboa: INCM, 1978.

- _____, *Manual de Direito Constitucional. Introdução à teoria da Constituição*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

- _____, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais.* Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

-_____, "A Concordata e a Ordem Constitucional Portuguesa". *In* AAVV, *A Concordata de 1940 Portugal – Santa Sé*. Lisboa: Didaskalia, 1993.

- _____, *Manual de Direito Constitucional. O Estado e os sistemas constitucionais.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

-_____, *Direitos fundamentais: introdução geral*. Lisboa: Almedina, 1999.

- _____, *Manual de Direito Constitucional. O Estado e os Sistemas Constitucionais.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

-_____, *As Constituições portuguesas: de 1822 ao texto atual da Constituição*. Lisboa: Petrony, 2004.

- _____, *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- _____, *Escritos Vários sobre direitos Fundamentais*. Parede: Principia, 2006.

-_____, "O sistema português de direitos fundamentais – brevíssima nota". *Revista de Direito Público*, n.º 1 (2009) 129-137.

- _____, "Estado, liberdade religiosa e laicidade". *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 60, abr./jun. 2016, 187-204.

- **MIRANDA**, JORGE; **MEDEIROS**, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

- **MOISAN**, DOROTHÉE, *Rançons – Enquête sur le business des otages*. Paris: Fayard, 2013.

- **MOMMSEN**, THEODOR, *Disegnio del Diritto Pubblico Romano*. Milano: CELUC, 1973.

- **MOLTMANN**, JÜRGEN, *La dignidad humana*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1979.

- **MONDIN**, BATTISTA, *Curso de Filosofia*. Vol. 2. São Paulo: Paulus, 1986.

- _____, *Os valores fundamentais*. Bauru: Edusc, 2005.

- **MONTESQUIEU**, CHARLES DE SECONDAT, *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

- **MOORE**, THOMAS, *Utopia*, Brasília: Editora Universidade de Brasília/Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

- **NADER**, PAULO, *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

- **NEVES**, HENRIQUE, "Escravidão e tráfico de seres humanos para fins de exploração laboral : o "fenómeno criminal" da exploração laboral de cidadãos nacionais em Espanha : case study, reflexões e propostas (na ótica) de um investigador criminal". *Investigação Criminal*, Lisboa, Nº 5 (Maio 2013), p. 120-150-

- **NEWMAN**, JOHN HENRY, *On the Scope and Nature of University Education*. London: Dent, 1933.

- **NICHOLS**, ROBERT HASTINGS, *História da Igreja cristã*. São Paulo: Casa Editora Presbiteriana, 2000.

- **NIETZSCHE**, FRIEDRICH, *Genealogia da moral: uma polémica*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

- **NOGUEIRA DA SILVA**, CRISTINA, *A cidadania nos trópicos. O Ultramar no Constitucionalismo Monárquico português (1820-1880)*. Lisboa: Almedina, 2004.

- **NOONAN**, JOHN, *The Believer and the Powers that Are*. New York: MacMillan, 1987.

-_____, *The Lustre of our Country. The American Experience of Religious Freedom*. Berkeley: University of California Press, 1998.

- **NORTON**, DAVID, *The History of the English Bible as Literature*. New York: Cambridge University Press, 2004.

- **NUNES**, ANTÓNIO AVELÃS, *Economia Política. Introdução à história da Ciência Económica e do Pensamento Económico*. Coimbra: Almedina, 2004.

-_____, *A Constituição europeia: A constitucionalização do Neoliberalismo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

- **NUNES**, RUI; **MELO**, HELENA PEREIRA DE, *Testamento vital*, Lisboa: Almedina, 2011.

- **OEHLER**, GUSTAV, *Theology of Old Testament*. New York: Funk & Wagnalls, 1883.

- **OHLER**, ANNEMARIE; MENZEL, TOM, *O Atlas da Bíblia*. São Paulo: Editora Hagnos, 2013.

- **OLIVEIRA ASCENSÃO**, JOSÉ DE, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*. Lisboa: Almedina, 2005.

-_____, "A reserva de intimidade da vida privada e familiar". *RFDUL*, Vol. XLIII, n.º 1 (2002) 9-25.

- _____, "O casamento de pessoas do mesmo sexo". *In Estudos de Direito da Bioética*. Vol. IV, Coimbra: Almedina, 2012.

- **OTTO Y PARDO**, IGNACIO DE, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1999.

- **OTTO**, RUDOLPH, *O sagrado*. Lisboa: Edições 70, 1992.

- **OVAK**, DAVID, *Covenantal Rights: A Study in Jewish Political Theory*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

- **PADOA-SCHIOPPA**, ANTONIO. *A History of Law in Europe: from the Early Middle Ages to the Twentieth Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

- **PAIM**, MARIA AUGUSTA FONSECA, "*Direitos Humanos e Meio Ambiente"*. *Revista Jurídica*. Campinas: Faculdade de Direito da PUC de Campinas, v. 19, n. 1, 2003.

- **PAIS DE VASCONCELOS**, PEDRO, *Direito de Personalidade*. Lisboa: Almedina, 2006.

- **PALMA**, RODRIGO FREITAS, *Leis Ambientais na Bíblia*. Goiânia: Kelps, 2002.

- _____, *História do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

-_____, *Direito Hebraico*. Curitiba: Juruá, 2020.

- **PARLATO**, VITTORIO, "Legislazione statuale in matéria religiosa e normazione pattizia". *Il Diritto Ecclesiastico*, 94, 1983, 586-632.

- **PAWSON**, DAVID, *The Challenge of Islam to Christians*. London: Hodder and Stoughton, 2003.

- **PELIKAN**, JAROSLAV, *The Christian Tradition. The Emergence of the Catholic Tradition (100-600).* Vol. I. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

- **PELIKAN**, JAROSLAV; **HELMUT**, LEHMAN T., *Luther's Works.* Eds. 56 vols. Saint Louis: Concordia Publishing House, 1955.

- **PEREIRA COUTINHO**, LUÍS PEDRO, *A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

-_____, "Do que a República é: uma República baseada na dignidade humana". [Consultado em 30 de setembro de 2022]. Disponível em https://shre.ink/mvi3.

- **PEREIRA DA SILVA**, VASCO, "O património cultural da Igreja na Concordata de 2004". *In* AAVV, Estudos sobre a nova Concordata Santa Sé – República Portuguesa (18 de maio de 2004) – Atas das XIII Jornadas de Direito Canónico 4-6 de Abril de 2005. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2007.

- **PERRY**, MICHAEL, *Morality, Politics and Law*. New York: Oxford University Press, 1988.

- **PETERS**, J. T., "The Religion of Moses". *Journal of Biblical Literature*, Vol. 20, No. 2 (1901) 101-128.

- **PFEFFER**, LEO, *Church, State and Freedom*. Boston: Beacon Press, 1967.

- **PFEIFFER**, CHARLES F.; VOS, HOWARD F.; REA, JOHN, *Dicionário Bíblico Wycliffe*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: CPAD, 2007.

- **PIMENTEL**, LUÍSA, *O lugar do idoso na família: Contextos e trajetórias*. Coimbra: Quarteto, 2005.

- **PINTO DUARTE**, RUI, *Curso de Direitos Reais*. 2.ª ed. Estoril: Princípia Editora, 2007.

- **PINTO JR.**, JOÃO, *Curso Elementar de Direito Romano*. Pernambuco: Typographia Económica, 1888.

- **PINTO**, LUZIA, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

- **PIXLEY**, JORGE, *A história de Israel a partir dos pobres*. Petrópolis: Editora Vozes, 1990.

- **PLATÃO**, *Diálogos. O banquete. Fédon. Sofista. Político*. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

-_____, *A República*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

- **POLIAKOV**, LÉON, *De Maomé aos Marranos*. São Paulo: Perspectiva, 1984.

- **POPPER**, KARL, *Conjectures and Refutations*. 3d ed. London: Routledge & Kegan Paul, 1969.

- **PORTUGAL**, *Ordenações Afonsinas*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1792.

_____, *Ordenações Manuelinas*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797.

_____, *Ordenações Filipinas.* Rio de Janeiro: Typografia do Instituto Philomathico, 1870.

- **PREUS**, ROBERT D., *Doctrine is Life*. Saint Louis: Concordia Publishing House, 2006.

- **PRITCHARD**, JAMES B., *Ancient Near Eastern Texts Relating to the Old Testament*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1969.

- **PROUDHON**, PIERRE-JOSEPH, *O que é a Propriedade.* São Paulo: Martins Fontes, 1988.

- **QUEIROZ**, CRISTINA, *Poder constituinte, democracia e direitos fundamentais. Uma via constitucional para a Europa?* Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

- **RACHEWILTZ**, BORIS DE, *A vida no Antigo Egipto*. Círculo de Leitores, s/d.

- **RAD**, GERHARD, *Teologia do Antigo Testamento*. Vols. I e II. 2.ª ed. São Paulo: ASTE/Targumim, 2006.

- **RAIMUNDO**, MIGUEL ASSIS, "Direito Administrativo da Religião". *In Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, coord. de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Lisboa: Almedina, 2012.

- **RATZINGER**, JOSEPH, *Europa – os seus fundamentos hoje e amanhã*. São Paulo: Paulus, 2005.

- **RAWLINSON**, GEORGE, "Exodus". *In The Pulpit Commentary* (org. H. D. M. Spence; Joseph E. Exell). Vol. I. Grand Rapids: William B. Eerdmans Publishing Co., 1950.

- **RAWLS**, JOHN, *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

-_____, *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

-_____, *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- **REALE**, MIGUEL, *Questões de Direito Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

- _____, *Filosofia do Direito*. 19.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- **REBELO DE SOUSA**, MARCELO, *Direito Constitucional I. Introdução à Teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1979.

- **REBELO DE SOUSA**, MARCELO; ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*. Lisboa: LEX, 2000.

- **REIFLER**, HANS ULRICH, *A ética dos Dez Mandamentos*. São Paulo: Edições Vida Nova, 1992.

- **REIMER**, HAROLDO, *Toda a criação. Ensaios de Bíblia e Ecologia*. São Leopoldo: Oikos, 2006.

- _____, *Bíblia e Ecologia*. São Paulo: Editora Reflexão, 2010.

- **REINHARDT**, WOLFGANG, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfämgen bis zur Gegenwart*. München: C. H. Beck, 1999.

- **REIS NOVAIS**, JORGE, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

- **RENGER**, JOHANNES, "Hammurabis Stele König der Gerechtigkeit". *Welt des Orients* 8 (1975-1976) 228-235.

- **RICHARD**, LIONEL, *A República de Weimar (1919- 1933)*. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

- **RINTELEN**, FRITZ VON, "Valor y existência". *In Actas del Primer Congresso Nacional de Filosofia.* Tomo III. Buenos Aires: Universidad Nacional de Cuyo, 1950.

- **ROBERTS**, ALEXANDER; DONALDSON, JAMES, *The Writings of the Fathers down to A. D.325.* Grand Rapids: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 1954.

- **ROBERTSON**, ARCHIBALD THOMAS, *Comentário Mateus e Marcos à luz do Novo Testamento Grego*. Rio de Janeiro: CPAD, 2011.

- **ROCHA**, ALESSANDRO, *Uma introdução à Filosofia da Religião: um olhar da fé cristã sobre a relação entre a filosofia e a religião na história do pensamento ocidental*. São Paulo: Editora Vida, 2010.

- **ROCHA**, IVAN E., *A Vida Cotidiana na Palestina do Século I na Visão de Flávio Josefo*. São Paulo: Annablume, 2014.

- **RODOTÀ**, STEFANO, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Bologna: Il Mulino, 2013.

- **ROLIM**, LUIZ, *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- **ROMPUY**, HERMAN VAN, *Christemtum und Moderne: Werte für die Zukunft Europas*. Herausgeber: Butzon & Bercker, 2010.

- **ROUSSEAU**, JEAN-JACQUES, *The Political Writings of Jean-Jacques Rousseau*. Vol. I. Cambridge University Press, 1915.

-_____, *Escritos sobre la paz y la guerra*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1982.

-_____, *O contrato social. Princípios do Direito Político*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- **ROWLEY**, HAROLD HENRY, *Men of God*, London, T. Nelson, 1963.

- **ROXIN**, CLAUS, "A apreciação jurídico-penal da eutanásia". *Revista Brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 32, outubro/dezembro, 2000, 9-38.

-_____, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*. Bd I. Münche: Verlag C. H. Beck, 2006.

- **RUFFINI**, FRANCESCO, *Corso di Diritto Eclessiastico*. Torini: Fratelli Boca, 1924.

- **SÁ PEREIRA**, VICTOR DE; LAFAYETTE, ALEXANDRE, *Código Penal Anotado e Comentado*. Legislação Conexa e Complementar, Lisboa: Quid Iuris, 2008.

- **SANDEL**, MICHAEL, *Justiça: O que é fazer a coisa certa.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

- **SANDERS**, JAMES, *Torah and Canon*. Philadelphia: Fortress, 1972.

- **SANTOS**, SEVERINO, *Direito Romano. Tutela de idade (Tutela Impuberum)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- **SANTOS JR.**, ALOISIO, "O modelo de laicidade estatal na Constituição brasileira e a sua repercussão na hermenêutica do direito fundamental à liberdade religiosa". *Diálogos constitucionais de Direito Público e Direito Privado*. 11, Porto Alegre, RS, 2011.

- **SARLET**, INGO, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

- _____, *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais da perspetiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- **SARLET**, INGO; **MARINONI**, LUIZ; **MITIDIERO**, DANIEL, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- **SCHACHT**, JOSEPH, *An Introduction to Islamic Law*. Oxford: Oxford University Press, 1964.

- **SCHELLER**, MAX, *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético.* Madrid: Caparrós, 2001.

- **SCHMIDT**, FRANCIS, *O Pensamento do Templo: de Jerusalém a Qumran*. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

- **SCHMITT**, CARL, *Legalité et Légitimité*. Paris: LGDJ, 1936.

- _____, *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2001.

- _____, "Grundrechte und Grundplichten". *In Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

-_____, "Reflexiones de un jurista sobre la filosofía del valor". *La tiranía de los valores*. Buenos Aires: Hydra, 2009.

- **SCHÜLER**, ARNALDO, *Livro da Concórdia. As Confissões da Igreja Evangélica Luterana*. São Leopoldo: Sinodal, 1981.

- **SCHWANTES**, MILTON, *História de Israel*. São Leopoldo: Oikos Editora, 2008.

- **SEGRE**, MARCOS. *Situação ético-jurídica das Testemunhas de Jeová e do médico e/ou instituição hospitalar que lhe presta atenções à saúde, face à recusa do paciente-religioso na aceitação de transfusões de sangue*. Parecer. CREMESP, 1991.

- **SHAFFER**, THOMAS, "The Biblical Prophets as Lawyers for the Poor", *Fordham Urban Law Journal*, 31, 2003.

- **SHEDD**, RUSSEL, *Autoridade e poder*. São Paulo: Shedd Publicações, 2013.

- **SHEUNER**, ULRICH, "Konkordat". *In Schriften zum staatskirchenrecht*. Berlin: Duncker Chumblot, 1973.

- **SHIRES**, HENRY, *Finding the Old Testament in the New*. Philadelphia: Westminter Press, 1974.

- **SICKER**, MARTIN, *The Judaic State. A Study in Rabinical Political Theory*. New York: Praeger, 1988.

- **SILVA**, AMÉRICO LUÍS DA, *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: RT, 1999.

- **SILVA**, HELENA RESENDE DA, *Direito. As melhores citações*. Braga: Diário do Minho, 2004.

- **SILVA**, JOSÉ AFONSO DA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 1990.

- _____, "Fundamentos Constitucionais da Proteção do Meio Ambiente". *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 7, jul./set. 2002.

- _____, *Direito Ambiental Constitucional*. 4.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

- **SILVA**, MANUEL GOMES DA, *Esboço de uma conceção personalista do Direito*. Lisboa: Petrony, 1965.

- **SILVA**, PLÁCIDO E, *Vocabulário Jurídico*. 27.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- **SINDE MONTEIRO**, JORGE, "Responsabilidade Civil", *Revista de Direito e Economia*, Ano IV, n.º 2, Julho/Dezembro, 1978.

- **SINISCALCO**, MARCO, "Ratio di 'certeza' e ratio di 'garanzia' nella riserva di legge dell'art. 25, comme della Costituzione". *In Giurisprudenza Costituzionale*. Tomo I, ano 14, 1969.

- **SKA**, JEAN-LOUIS, "O direito de Israel no Antigo Testamento". *In Bíblia e direito: o espírito das leis* (org. Françoise Mies). São Paulo: Loyola, 2006.

-____, *O Antigo Testamento explicado aos que conhecem pouco ou nada dele*. São Paulo: Paulus, 2015.

- **SMITH**, RALPH, *Teologia do Antigo Testamento. História, método e mensagem*. São Paulo: Edições Vida Nova, 2001.

- **SOARES MARTINEZ**, PEDRO, *Comentários à Constituição da República de 1976*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1978.

- **SÓFOCLES**, *Antígona.* Braga: Edições Humus, 2011.

- **SOURDEL**, DOMINIQUE; **SOURDEL**, JANINE, *Dictionnaire historique de l'Islam*, Paris: PUF, 1996

- **SOUSA FRANCO**, ANTÓNIO DE, "A liberdade religiosa e o Projeto de Código Civil". *In Scientia Iuridica*, Tomo XVI (1967).

- **STARK**, CHRISTIAN, *Jurisdiccion Constitucional e Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2011.

-**STEELE**, FRANCIS R., "The Code of Lipit-Ishtar". *American Journal of Archaeology*, Vol. LII, no. 3, July-September, 1948.

- **STEGEMANN**, EKKEHARD; **STEGEMANN**, WOLFGANG, *História Social do protocristianismo. Os primórdios no judaísmo e as comunidades de Cristo no mundo mediterrâneo*. São Paulo: Paulus, São Leopoldo: Sinodal, 2004.

- **STEIN**, ROBERT, *Guia básico para a interpretação da Bíblia.* Rio de Janeiro: CPAD, 1999.

- **STERN**, KLAUS, *Das Staatrecht des Bundesrepublick Deutchland*. V. III/I, München: C. H. Beck, 1988.

- **STOCO**, RUI, *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

- **SWOMLY**, JOHN, *Religious Liberty and the Secular State*. New York: Prometheus Books, 1987.

- **TAMM**, DITLEV, "How Nordic are the Old Nordic laws?" *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 74, 2004.

- **TAVARES**, ANTÓNIO AUGUSTO, "Os hebreus perante a ofensiva assíria desde 746 a 722 a.C. (Queda da Samaria)". *Didaskalia*, Lisboa, 12.1. (1982).

- **TEJA**, RAMÓN, *El cristianismo primitivo en la sociedad romana*. Madrid: Ediciones Istmo, 1990.

- **TENÓRIO**, OSCAR, *Direito Internacional Privado*. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

- **TERTULIANO**, *An Answer to the Jews*. [Consultado em 30 de setembro de 2022]. Disponível em https://shre.ink/mvic.

- **THEISSEN**, GERD; MERZ, ANNETTE, *O Jesus Histórico. Um manual*. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

- **THOMAS**, GORDON; *O julgamento de Jesus: Um relato jornalístico sobre os acontecimentos que levaram à crucificação*. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2013.

- **THOMAZ**, LUÍS, "A Bíblia e a expansão portuguesa". *Didaskalia*, XX (1990), 223-240.

- **TILLICH**, PAUL, *Teologia Sistematica*. *La razon y la revelacion el ser y Dios*. Salamanca: Ediciones Sigueme, 1982.

- _____, *História do pensamento cristão*. São Paulo: ASTE, 2000.

- **TOBEÑAS**, JUAN, *Los Derechos del Hombre*. Madrid: Editora Reus, 1969.

- **TOCQUEVILLE**, ALEXIS, *Da democracia na América*. Cascais: Principia, 2001.

- **TOMÁS DE AQUINO**, SANTO, *Summa Theologiae*. [Consultado em 30 de setembro de 2022]. Disponível em https://bit.ly/35SMjbZ.

- **TORRES**, RICARDO LOBO, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. II. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

- **TOURNEAU**, DOMINIQUE LE, *O Direito na Igreja: iniciação ao Direito Canónico*. Lisboa: Diel, 1998.

- **TRAIL**, WILLIAM, *The Decalogue of Sinai: It's Characteristics as Law of Morals*. Edinburgh: John McLaren, 1867.

- **UNGER**, MERRIL, *Arqueologia do Velho Testamento*. São Paulo: Imprensa Batista Regular, 1980.

- **VALLIER**, KEVIN, *Liberal Politics and Public Faith: Beyond Separation*. New York: Routledge, 2014.

- **VARANDA**, ISABEL, "Deus, História, Cosmos". *Didaskalia* XXXVII, no. 2 (2007), 79-95.

- **VATTIMO**, GIANNI, *A sociedade transparente*. Lisboa: Relógio d'Água, 1992.

- _____, *Acreditar em acreditar*. Lisboa: Relógio d'Água, 1998.

-_____, *Depois da Cristandade: Por um cristianismo não religioso*. Rio de Janeiro: Record, 2004

- **VAUX**, ROLAND DE, *Les sacrifices de l' Ancien Testement.* Paris: Cahiers de la Revue Biblique, 1964.

- _____, *Instituições de Israel no Antigo Testamento*. São Paulo: Editora Teológica, 2002.

- **VAZ**, ARMINDO DOS SANTOS, "Justiça e misericórdia na Bíblia hebraica*". Didaskalia* XLI (2011)1. 221-234.

- **VAZ**, HENRIQUE LIMA, *Escritos de Filosofia III – Problemas de Fronteira*. São Paulo: Loyola, 1986.

- **VAZ**, ISABEL, *Direito Económico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

- **VERGER**, JACQUES, *Cultura, ensino e sociedade no Ocidente nos séculos XII e XIII*. São Paulo: Edusc, 2001.

- **VIEIRA DE ANDRADE**, JOSÉ, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ª ed, Coimbra: Almedina, 2004.

- **VIEIRA DE JESUS**, DIEGO SANTOS, "O baile do monstro: o mito da Paz de Vestfália na história das relações internacionais modernas". *História* (São Paulo) 2010, vol. 29, n.2, 2010, 221-232.

- **VOEGELIN**, ERIC, "Order and History". *In The Collected Works of Eric Voegelin*. Vol. 14. Columbia: University of Missouri Press, 2001.

-_____, *As religiões políticas*. Lisboa: Vega Limitada, 2002.

- **VOS**, GEERHARDUS, *Teologia bíblica*. São Paulo: Cultura Cristã, 2010.

- **VOUGA**, FRANÇOIS, *Jésus et la Loi selon la Tradition Synotique*. Genève: Éditions Labor et Fides, 1988.

- **WALTON**, ROBERT, *A história da Igreja em quadros*. São Paulo: Editora Vida, 2000.

- **WALZER**, MICHAEL, *Guerras justas e injustas. Uma argumentação moral com exemplos históricos*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- **WARFIELD**, BENJAMIN, *The Inspiration and Authority of the Bible*. Philadelphia: Presbyterian and Reformed Pub. Co., 1948.

- **WATSON**, ADAM, *The evolution of international society: a comparative historical analysis*. New York: Routledge, 1992.

- **WEGNER**, JUDITH, "Islamic and Talmudic Jurisprudence: The Four Roots of Islamic Law and Their Talmudic Counterparts". *The American Journal of Legal History*, vol. 26, n. 1, jan. 1982, 25-71.

- **WEISSMAN**, MOSHE, *El Midrash dice: el libro de Shemot*. Buenos Aires: Bnei Sholem, 2009.

- **WELLHAUSEN**, JULIUS, *Prolegomena to the History of Israel*. Edinburgh: Adam & Charles Black, 1885.

- **WIERSBE**, WARREN, *Comentário bíblico expositivo.* Santo André: Geográfica, 2007.

- _____, *Comentário bíblico expositivo. Poéticos*. Santo André: Geográfica, 2010.

- **WILLMINGTON**, HAROLD, *Dicionário de referências bíblicas*. Rio de Janeiro: CPAD, 2003.

- **WITTGENSTEIN**, LUDWIG, *Tractatus logico-philosophicus*. London, 1988.

- **VELEZ**, PEDRO*, "Constituição e Religiosidade*". ReDIP, N.º 14, Julho/Dezembro (2015) 105-133.

- **WOLKMER**, ANTÓNIO CARLOS, *Fundamentos da História do Direito*. 4.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

- **YATES**, MELISSA, "Rawls and Habermas on Religion in the Public Sphere". *Philosophy & Social Criticism*, v. 33, 2007, 880-891.

- **ZAGREBELSKY**, GUSTAVO, *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- **ZIPPELIUS**, REINHOLD, *Teoria geral do Estado*. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

- **ZUCK**, ROY, *Teologia do Antigo Testamento*. Rio de Janeiro: CPAD, 2009.

- **ZUMSTEIN**, JEAN, *Mateus, o teólogo*. São Paulo: Edições Paulinas, 1990.

- **ZWEIGERT**, KONRAD; **KÖTZ**, HEIN, *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

**PUBLICAÇÕES RELIGIOSAS:**

- ***al-Qurʾān***. Tilford: Islam International Publications, 2015.

- **BÍBLIA COM ANOTAÇÕES A.W. TOZER**. Rio de Janeiro: CPAD, 2013 (ARC)

- **BÍBLIA DE ESTUDO DA REFORMA**. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2017 (ARA)

- **BÍBLIA JEFFREY**. Niterói/Rio de Janeiro: BV Books, 2020 (KJV)

- **BÍBLIA DE JERUSALÉM**. 1.ª ed. São Paulo: Paulus, 2002 (VBJ).

- **CARTA DO PAPA JOÃO PAULO II A D. JEAN-PIERRE RICARD**, Arcebispo de Bordéus e Presidente da Conferência Episcopal Francesa proferida no Vaticano a 11 de fevereiro de 2005 [Consultado em 30 de setembro de 2022]. Disponível em https://bit.ly/3o7VZvL.

- **CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA.**

- **CONCÍLIO VATICANO II**, *Constituição Pastoral Gaudium et Spes*, 1965.

- **CONFERÊNCIA GERAL DO EPISCOPADO LATINO-AMERICANO**. Puebla, México, l982.

- **CONFISSÃO DE FÉ DE WESTMINSTER.**

- **CONIC**, *Campanha da Fraternidade*, 2000.

- **DOUTRINA SOCIAL DA IGREJA** .

- **JOÃO PAULO II**, PAPA. Carta Encíclica *Centesimus Annus.*

- **TALMUD BABILÓNICO**. [Consultado em 30 de setembro de 2022]. Disponível em https://www.sefaria.org/texts/Talmud.

## ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA[1463]

JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

***Tribunal Constitucional***

Ac TC, n.º 25/84, proc. n.º 38/84 (COSTA AROSO)

Ac TC, n.º 85/85, Proc. n.º 95/84 (VITAL MOREIRA)

Ac TC n.º 423/87, proc. n.º 110/83 (MONTEIRO DINIS).

Ac TC, n.º 581/95, proc. n.º 407/88 (ASSUNÇÃO ESTEVES)

Ac TC, n.º 134/89, proc. n.º 148/88 (RAUL MATEUS)

Ac TC, n.º 64/91, proc. n.º 117/91 (RIBEIRO MENDES)

Ac TC, n.º 128/92, proc. n.º 260/90 (MESSIAS BENTO)

Ac TC, n.º 256/92, proc. n.º 405/92 (BRAVO SERRA)

Ac TC, n.º 479/94, proc. n.º 208/94 (MONTEIRO DINIS)

Ac TC, n.º 368/97, proc. n.º 21/95 (MARIA FERNANDA PALMA)

Ac TC, n.º 288/98, proc. n.º 340/98 (LUÍS NUNES DE ALMEIDA)

Ac TC, n.º 635/99, proc. n.º 1111/98 (VÍTOR NUNES DE ALMEIDA)

Ac TC, n.º 509/02, proc. 768/02 (LUÍS NUNES DE ALMEIDA)

Ac TC n.º 545/2014, proc. n.º 52/2014 (CARLOS FERNANDES CADILHA)

***Supremo Tribunal de Justiça***

Ac STJ, proc. n.º 035906, de 04-06-1980 (ARELO MANSO)

Ac STJ, proc. n.º 080067, de 26-06-1991 (RICARDO DA VELHA)

Ac STJ, proc. n.º 98A1195, de 03-02-1999 (GARCIA MARQUES)

Ac STJ, proc. n.º 03P1677, de 09-07-2003 (LEAL HENRIQUES)

Ac STJ, proc. n.º 1054/06.6TBALM.L1.S1, de 04-05-2010 (URBANO DIAS)

Ac STJ, proc. n.º 2612/07.2TVLSB.L1.S1, de 15-05-2013 (FONSECA RAMOS)

Ac STJ, proc. n.º 941/09.0TVLSB.L1.S1, de 21-10-2014 (GREGÓRIO SILVA JESUS)

Ac STJ, proc. n.º 7613/09.3TBCSC.L1.S1, de 29/11/2016 (ALEXANDRE REIS)

Ac STJ, proc. n.º 24555/17.1T8LSB.L1.S1, de 02-12-2020 (FÁTIMA GOMES)

[1463] A lista de jurisprudência dos ordenamentos de *Common Law* está disposta por ordem alfabética; dos restantes ordenamentos está disposta por ordem cronológica – do caso mais antigo ao mais recente.

***Tribunais das Relações***

Ac TRL, proc. n.º 5787/2004-7, de 23-11-2004 (ROSA MARIA COELHO)

Ac TRE, proc. n.º 267/08.6TAVRS.E1, de 14-02-2012 (EDGAR VALENTE)

Ac TRP, proc. n.º 355/15.2 GAFLG.P1, de 11-10-2017 (NETO DE MOURA)

OUTRAS JURISPRUDÊNCIAS

***Tribunal Europeu dos Direitos do Homem***

*Lautsi v. Italy*, no. 30814/06, IHRL 3688 (ECHR 2011)

*Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, (ECHR 2005)

*Refah Partisi v. Turkey*, no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98 (ECHR 2003)

*Zengin v Turkey*, Appl no. 1448/04 (ECHR 2007)

***Jurisprudência norte-americana***

*Davis v. Beacon*, 133 U.S. 333 (1890)

*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 19-1392, 597 U.S. (2022)

*McCreay County v. American Civil Liberties Union of Ky* [2005] 545 US 844

*Prince v. Massachussets*, 321, U.S., 158, 166 (1943)

*Reynolds v. USA*, 98 U.S. 145 164 165 (1878)

*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

***Jurisprudência alemã***

*BverfGE*, n.º 30, 1971

**ÍNDICE GERAL**

AGRADECIMENTOS
MODO DE CITAR
ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS
ABREVIATURAS DAS REFERÊNCIAS BÍBLICAS

INTRODUÇÃO

PARTE I – EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOGMÁTICA: A LEI MOSAICA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976……..1

CAPÍTULO I – A *TORAH* COMO BERÇO DO JUDAÍSMO E CRISTIANISMO……..3

§ 1.º A Bíblia Sagrada: do discurso teológico-confessional do *Tanakh*…….3
1.1. Nota introdutória……..3
1.2. A Bíblia…….……..…….4
1.3. A canonicidade dos textos sagrados…….8
1.4. Dados cronológicos……...….12
1.5. A autoridade e inspiração da Bíblia……14

§ 2.º A fundamentação teológico-confessional da *Torah*……..…...……16
2.1. A Hipótese Documentária……...……...……16
2.2. Moisés: do Egito ao Monte Sinai……23
2.3. A *Torah*……...……..…….25
2.2.1. Génesis……..30
2.2.2. Êxodo……...…….31
2.2.3. Levítico…….……32
2.2.4. Números……32
2.2.5. Deuteronómio ……...33

CAPÍTULO II – O DIREITO HEBRAICO: AS ORIGENS DA LEI MOSAICA……...37

§ 3.º O Direito no período do Antigo Testamento…….37
3.1. O Período Pré-Mosaico……..39
3.1.1. O Direito Egípcio……..40
3.1.2. Os Direitos Cuneiformes……...……42
3.1.2.1. O Direito Sumério……45
3.1.2.1.1. O Código de Ur-Nammu…….45
3.1.2.1.2. As Leis de Eshnunna……...…47
3.1.2.1.3. O Código de Lipit-Ishtar…….…….48
3.1.2.1.4. O Código de Hammurabi…….……48

3.2. O Período Pós-Mosaico……..…….…...54
3.2.1. O Direito Hitita…….…..……54
3.2.2. O Direito Assírio……...57
3.2.3. O Direito Persa……..60
3.2.4. O Direito Grego…….63
3.2.5. O Direito Romano…….65
3.2.6. O Direito Canónico……...69
3.2.7. O Direito Islâmico…….73
3.3. A estrutura da Lei Mosaica…….78

§ 4.º A Lei Mosaica no Novo Testamento……83
4.1. Enquadramento histórico-social…….83
4.2. A Lei Mosaica no Novo Testamento: das continuidades e revogações……88
4.3. A Lei Mosaica no Novo Testamento: o esclarecimento legal…….98

CAPÍTULO III – A LEI MOSAICA COMO LEI MORAL…….……..101

§ 5.º O Decálogo como código ético……...…101
5.1. Pressupostos filosóficos introdutórios……..101
5.2. A ética cristã……103
5.3. A Justiça e a Bíblia……...106

§ 6.º Lei Mosaica, *Ius Divinum* e *Ius Naturale*……110

CAPÍTULO IV – A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976 – A AUTORIDADE CONSTITUCIONAL …….……...…….103

§ 7.º A Constituição como principal fonte de Direito Constitucional……119

§ 8.º A Teoria da Constituição – breve abordagem…….119

§ 9.º A autoridade da Constituição…….126
9.1. Introdução……126
9.2. A titularidade e a legitimidade do poder constituinte……...127
9.3. Os limites do poder constituinte……...130
9.4. O poder constituinte e a Constituição da República Portuguesa de 1976……..…132

CAPÍTULO V – DA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS……...…136

§ 10.º Os princípios e as normas constitucionais……136
10.1. Dos princípios ……....136
10.2. Das normas …….....139
10.3. Da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais……140

§ 11.º Os direitos fundamentais……..142
11.1. Evolução histórica……..…142
11.2. Conceitualização e categorização de direitos fundamentais……..148

§ 12.º A Constituição da República Portuguesa de 1976 e os direitos fundamentais….153
12.1. Nota preliminar…….. 153
12.2. O artigo 16.º e os direitos fundamentais……..153

§ 13.º Os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos e deveres económicos e sociais em especial……..156
13.1. Introdução……..156
13.2. Direitos, liberdades e garantias pessoais *vs* direitos e deveres económicos e sociais……..…….……...157

§ 14.º Os deveres fundamentais……..……160

§ 15.º A dignidade da pessoa humana na Constituição da República Portuguesa de 1976…….……..166

PARTE II – LEI MOSAICA E CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO…….……....171

CAPÍTULO I – OS PRESSUPOSTOS DA COMPARAÇÃO……..173

§ 16.º Do Direito Comparado ……173
16.1. Noção e objeto da juscomparação……..173
16.2. A escolha e classificação dos sistemas a comparar…….175
16.3. Grelha fundamental de questões substantivas a analisar…….176

§ 17.º A importância da exegese e hermenêutica bíblicas na análise da Lei Mosaica…..178

CAPÍTULO II – A ANÁLISE COMPARATIVA…….183

§ 18.º Elementos históricos e sociológicos…….183
18.1. A Lei Mosaica: da língua oficial e da fundação de Israel……..183
18.2. A Constituição da República Portuguesa: caracterização sumária do Estado de Portugal……..……188

§ 19.º A originalidade das Leis……..……193
19.1. A Lei Mosaica e o Código de Hammurabi……..……..193
19.2. O Decálogo como Lei Natural escrita……...197
19.3. Da originalidade da Constituição da República Portuguesa……....198
19.3.1. A evolução do Constitucionalismo português: elementos introdutórios…..198
19.3.2. Da Revolução Liberal à Constituição Fascizante de 1933……199

§ 20.º Os Preâmbulos……205
20.1. A Lei Mosaica……..….205
20.2. A Constituição da República Portuguesa.....207

§ 21.º Os mandamentos e os direitos e deveres fundamentais……209

CAPÍTULO III – O CONFRONTO DE LEIS……215

§ 22.º Da adoração a Deus e da liberdade religiosa……215
22.1. "Não terás outros deuses diante de mim. Não farás para ti imagem de escultura. Não tomarás o nome do SENHOR, teu Deus, em vão"……..215
22.2. O direito fundamental à liberdade religiosa……219
22.3. A consagração constitucional do direito à liberdade religiosa……..220
22.4. Dos limites à liberdade religiosa……226
22.5. A Concordata de 2004 e a liberdade religiosa…….……..228

§ 23.º Do sábado: o descanso, o culto religioso e a proteção do ambiente…….211
23.1. "Lembra-te de santificar o dia de sábado"……..…231
23.1.1. Fundamentos religiosos……..……..232
23.1.2. Fundamentos ecológicos……..235
23.2. O direito constitucional ao descanso……..240
23.2.1. A escravidão no modelo mosaico e na Constituição……..……..…..242
23.3. Do dia de descanso e do culto religioso: a proteção constitucional……..…....246
23.4. Da proteção constitucional ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado…248

§ 24.º Da honra e proteção da Terceira Idade……..250
24.1. "Honra teu pai e mãe"……250
24.2. Da velhice……...……253
24.3. Regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais da Terceira Idade…254

§ 25.º Da proibição do homicídio e do direito à vida……259
25.1 "Não matarás"……..……..…….259
25.2. O mandamento constitucional do direito à vida……261
25.3. A proteção constitucional da vida humana……263
25.3.1.Aborto…….……..265
25.3.2. Eutanásia……..268
25.3.3. Recusa de tratamento médico……..….272
25.3.4. Suicídio……275
25.3.5.Pena de morte……..…..276
25.4. Exceções mosaicas do direito à vida……..277
25.4.1. Os crimes de guerra……..278
25.4.2. A vingança de sangue (*goel had'dam*)……283
25.4.3. A pena de morte……285

25.5. A proporcionalidade na Lei de Talião e na Constituição……..285
25.6. A Constituição e o Direito Penal…….291

§ 26.º Da proibição do adultério e da proteção da família…….295
26.1. " Não adulterarás"…….295
26.2. O adultério: ontem e hoje……..……298
26.3. As raízes mosaicas do casamento…….…….300
26.4. A proteção constitucional da família e do casamento……...……..305
26.5. Casamento e liberdade religiosa……..…309
26.6. Princípios constitucionais e casamento: conclusões……..313

§ 27.º Da proibição do furto à proteção da propriedade privada..…….…..……..315
27.1. "Não furtarás"……...…….....315
27.2. A garantia constitucional do direito de propriedade privada…….319
27.3 A evolução do conceito de propriedade…….323
27.4. A propriedade na Lei Mosaica e na CRP: conclusões……..……328
27.5. Breve enquadramento jurídico-penal do crime de furto……..…..330
27.5.1. Do furto…….……330
27.5.2. Do rapto ao tráfico de pessoas……...…….…..333

§ 28.º Da proibição da mentira ao direito à honra……..……335
28.1. "Não mentirás"……..….335
28.2 A proteção mosaica da honra……..……338
28.3. A garantia constitucional dos direitos de personalidade……340

§ 29.º "Não cobiçarás"……...……345

PARTE III – DO DIREITO E DA RELIGIÃO: A NEUTRALIDADE RELIGIOSA DO ESTADO CONSTITUCIONAL……349

CAPÍTULO I – A RELIGIÃO E O DIREITO CONSTITUCIONAL……351

§ 30. A Religião e o Direito: enquadramento religioso numa comunidade constitucional…….351
30.1. Emergência histórica da Religião……351
30.2. Da intolerância religiosa ao laicismo……..354
30.3. O modelo de relação da Religião com o Direito Constitucional português vigente……..……. 356

§ 31. A Religião na esfera pública……..359
31.1. Religião, razão pública e pós-secularismo: o debate entre Rawls e Habermas……...……361
31.1.1. Rawls e a razão pública: o lugar da Religião em democracia……..…362

31.1.1.1. Religião e Democracia……...364
31.1.2. A religião na sociedade pós-secular de Jürgen Habermas…….366
31.1.2.1. Religião e razão na sociedade pós-secular…….....368
31.1.3. Avaliação crítica…….369

CAPÍTULO II – A NEUTRALIDADE RELIGIOSA NO ESTADO CONSTITUCIONAL……..……..375

§ 32.º A influência da Lei Mosaica na Constituição da República de 1976……375
32.1. Introdução……...……375
32.2. A Lei de Deus e o Direito Ocidental: breve percurso histórico……..375
32.2.1. As primeiras comunidades cristãs……..…376
32.2.2. As Invasões Bárbaras e a Idade Média……..380
32.2.3. O Direito das Ordenações……..…….386
32.2.4. A Teoria Política do Protestantismo e a influência da *Torah*…….389
32.2.5. Os valores cristãos no Direito Moderno…….394
32.3. A religião judaico-cristã como fundamento do Estado Constitucional……396
32.3.1. Valores, princípios e direitos fundamentais no Estado Constitucional……..400
32.3.2. Dignidade da pessoa humana: de Deus e da Constituição……..401
32.3.2.1. A dignidade humana e o Judaísmo…….403
32.3.2.2. A dignidade humana, o Cristianismo e a Constituição……..405
32.3.3. Separação do Estado das confissões religiosas: a matriz cristã……..406
32.4. Riscos da aproximação da Constituição da República Portuguesa à Lei Mosaica religiosa……. 413

§ 33.º Síntese conclusiva……....414

ANEXOS
ANEXO I – DIVISÃO DO DECÁLOGO
ANEXO II – QUADRO DE CORRESPONDÊNCIA LEI MOSAICA | CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976
ANEXO III – GRELHA COMPARATIVA

ÍNDICES
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA
ÍNDICE GERAL