

Amílcar Mesquita

**FRANCISCO VELASCO DE GOUVEIA
E A DUALIDADE PODER
IN HABITU – PODER IN ACTU
NA TEORIA POLÍTICA**

**Separata
Revista Jurídica**

10

UNIVERSIDADE PORTUCALENSE – INFANTE D. HENRIQUE
PORTO • 2003

FRANCISCO VELASCO DE GOUVEIA e a dualidade poder *in habitu* – poder *in actu* na teoria política*

AMÍLCAR MESQUITA **

1. FRANCISCO VELASCO DE GOUVEIA nasceu em Lisboa, no ano de 1580 e morreu nesta cidade, em 1659. Seu pai, o Doutor Álvaro Vaz, natural de Évora, era lente de leis na Universidade de Coimbra. Descendendo de pais e avós, cristãos-novos, a *impureza de sangue* vai trazer-lhe na Universidade a perseguição por denúncia de colegas e, finalmente, o afastamento da cátedra na Faculdade de cânones, em 1633, ano em que foi jubilado, compulsivamente, em consequência da sentença de prisão decretada pelo Tribunal do Santo Ofício.

Francisco Velasco de Gouveia, doutor em cânones, foi professor de 1607 a 1633 e, em 29 de Fevereiro de 1649, nomeado desembargador do Tribunal Superior *Casa da Suplicação*. Sendo clérigo em *ordens menores*, recebeu nesta qualidade o benefício eclesiástico do múnus de Arcediago de Vila Nova de Cerveira, no Arcebispado de Braga.

A sua obra científica pode ser encarada na tríplice faceta de mestre de cânones, de jurisconsulto e de filósofo da política e do direito.

Como lente de cânones são conhecidas as lições manuscritas, sobre títulos das *Decretais de Gregório IX* e do *Livro Sexto de Bonifácio VIII: De in integrum restitutione* (*Liber Extra ou Decretais de Gregório IX* (1234), L.1, T.41); *De Oficio et Potestate Judicis delegati* (*Ibidem*, L.1, T.29); *De Fidejussoribus* (*Ibid.*, L.3, T.23); e *De alienatione judicii mutandi causa facta* (*Ibid.*, L.1, T.42); capítulo *Is qui conqueritur*, final *De solutionibus* (*Ibid.*, L.3, T.23, c.4); *De Regulis Juris* (*Liber Sextus de Bonifácio VIII*) sobre os comentários às Regras seguintes: *Qui prior* (*Ibidem*, n.54), *Is qui in jus* (*Ibid.*, n.46), *In alternativis* (*Ibid.*, n.70).

Como jurisconsulto conhecem-se estadas em Madrid, entre 1610 e 1625, e alegações e pareceres de que destacamos *Allegaçam de direito por o duque de Torres Novas Dom*

* Intervenção no Colóquio *Bracara Augusta e o Direito ao Longo dos Tempos* organizado pela Associação Jurídica de Braga nas Comemorações do Bimilénio de Braga, em 2000.

** Professor do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

Raimundo contra o Marques de Porto Seguro, seu tio, sobre a sucessão do estado da Casa de Aveiro, por falecimento da Senhora Duquesa Dona Juliana (1637).

Mas é como jurista e pensador de teoria política, que ultrapassa a barreira do tempo com a publicação das suas duas principais obras: a *Justa Acclamação do Serenissimo Rey de Portugal Dom João o IV* (editada em português e latim) e a *Perfidia de Alemania y de Castilla en la prision, entrega, accusacion y processo del Serenissimo Infante de Portugal Dom Duarte, Fidelidad de los Portugueses en la Acclamacion de su legitimo Rey, el muy Alto y muy Poderoso Dom Iuan Quarto deste Nombre, Nuestro Señor Padre de la Patria, Restaurador de la libertad* (editada em espanhol).

A autenticidade da *Justa Acclamação* foi questionada na *Dedução Cronológica e Analítica* de José Seabra da Silva, repositório do pensamento político do Marquês de Pombal que repudiava a teoria da soberania popular, considerando-a invenção dos monarcómacos e ser inverosímil que tão letrado jurista compusesse um tratado com tantos erros grosseiros e respeitantes ao direito e subordinado às ideias de Belarmino. Suarez, Molina, Mendonça, Azor e Valença.

Era mais um ataque do 1º Ministro de D. José desferido contra os jesuítas que acusava de **monarcomaquia**. À excepção da *Dedução Cronológica e Analítica*, não há outro texto ou autor que defendam o carácter apócrifo da *Justa Acclamação*. Ao contrário, está consagrada na literatura política portuguesa sobre a doutrina e a ideologia da Restauração.

A *Perfidia de Alemania y de Castilla* que é mais um dos livros a agrupar no número dos da doutrina e ideologia política da Restauração, foi uma resposta ao que Nicolás FERNANDES DE CASTRO, senador de Milão e titular da cátedra pequena de Código na Universidade de Salamanca, escreveu em 1651, no livro intitulado *Portugal convencida con la razon, para ser vencida con las Catholicas y potentissimas armas de Don Felipe Quarto*. Fernandes de Castro pretende justificar a prisão, entrega, processo e sentença contra o Infante D. Duarte e defender os pretensos direitos do Rei Católico Filipe II a este Reino.

Na resposta que dá contra os pretensos direitos da Coroa castelhana, Velasco de Gouveia quer, por um lado, mostrar ao mundo «la inocencia del Infante, la perfidia de su prision, la tyrania de su entrega y de otra parte la justicia que infatigablemente assiste a la causa comun deste Reyno y particular del invencible derecho de V. Magestad».

2. No *Assento* das Cortes de Lisboa, congregadas em 28 de Janeiro de 1641, para proclamação da legitimidade e aclamação de D. João IV ao trono – cujo texto é atribuído a Francisco Velasco de Gouveia – transparece o princípio da *soberania popular* quando aí se admite que o Reino, isto é, a nação pode eximir-se da sujeição do Rei quando pela injustiça do seu governo se torna tirano e (citando o *assento*) «se fez indigno de reinar, porquanto [o] poder lhe ficou quando os povos a princípio transferiram o seu [poder] no Rei para os governar [com

justiça]...» e (prosegue a citação) «ainda que os Reinos transferissem nos Reis todo o seu poder e império para os governar, foi debaixo de uma tácita condição de os regerem e mandarem com justiça e sem tirania. E tanto que no modo de governar, usarem delas, podem os Povos privá-los dos Reinos...».

Depois do argumento do tratado, a *Justa Acclamação* abre com o *assento* – o qual Lopes Praça classifica de «acto nacional em que se afirma ou ratifica a independência de Portugal e a forma monárquica do seu governo», (in *Direito Constitucional Português*, ed. fac simile, Coimbra Editora, 2000) – cujo objecto o jurista da Universidade de Coimbra desenvolve para demonstrar o direito de D. João IV à coroa portuguesa e, conseqüentemente, a legitimidade da rebelião do povo português na deposição do rei intruso e tirano (Filipe IV de Espanha). É, especialmente, na primeira parte do tratado analítico que se encontra a defesa da teoria da soberania popular, aliás numa orientação teórica que se afasta da posição dominante da filosofia política da Escolástica, sem, todavia, deixar de se basear nos seus princípios e pressupostos doutrinários.

Uma das realidades emergente das ideias do Renascimento foi o Estado Moderno, construído sobre uma nova concepção de poder político e uma nova estrutura social subjacente à sociedade política. Aquela vem dar origem ao princípio da soberania teorizada por Jean Bodin e esta ao conceito de comunidade nacional.

Nascem estas novas ideias num dos campos onde se desenvolveu a filosofia humanista, ou seja a filosofia política e a filosofia da história. A primeira aparece, regra geral, como sucede na cultura dos Reinos da Hispânia, num prolongamento da filosofia ética e da moral (daí um humanismo cristão contra o humanismo laico de Maquiavel); a segunda surge num quadro temporal ligado a um dado espaço de base nacional face à Cristandade e ao Mundo.

Mas, a ideia que está na base do conceito de soberania já aparece na Escolástica medieval, traduzida em expressões latinas como *rex est imperator in regno suo* e *princeps superiorem non recognoscens*, que, por sua vez, se fundamentam no conceito de *imperium* e *dominium* do direito romano justiniano, compilado nos textos do *Corpus juris civilis*. Poder que, todavia, pelo seu lado externo, segundo o pensamento medieval por influência do cristianismo – *nulla potestas nisi a Deo* – é de origem divina.

Se, contudo, a ideia não é nova, nova é, no entanto, a noção de soberania trabalhada por Bodin para realizar, por sua vez, a ideia de unidade política a fim de superar toda e qualquer fragmentação do poder, como aparecia no regime feudal.

A construção teórica da soberania servia, no plano da filosofia da história, para defender a ideia de nação (com um sentido, ainda, diferente daquele que surgiria no século XVIII) articulada com a formação do Estado Moderno. Ideia que seria a força aglutinadora para o nascimento do Estado Moderno constituído sobre a comunidade nacional. A ideia e conceito de soberania foram instrumentos importantes à criação da unidade de nação. Por sua vez, esta

concepção política adapta-se aos objectivos expansionistas das monarquias europeias, melhor servindo a marcha dos Estados no sentido da centralização e fortalecimento do poder. Nesta linha, ainda no campo da filosofia política constitui-se uma outra ideia nova com respeito ao poder do príncipe: o absolutismo.

3. O pensamento filosófico-político de Velasco de Gouveia nesta matéria entronca na filosofia tomista da origem e da natureza do poder, em consonância com a orientação da Contra-reforma cuja reafirmação da tradição doutrinária significou, também, o retorno ao tomismo e teve nas Escolas de Salamanca e de Coimbra os melhores centros do seu estudo renovado. Assim, contra as ideias políticas do reformismo, aí defendeu-se a proveniência do poder régio do povo, que o recebe imediatamente de Deus «*ex natura rei*», isto é, pela natureza social do homem; poder régio que no temporal não reconhece outro que lhe seja superior e cujo exercício no governo faz-se com justiça em obediência ao bem comum, sob pena se o não fizer, de o rei converter-se em tirano. Defendeu-se o direito de resistência dos povos contra a tirania do príncipe, que pode ser deposto por quebra do pacto social.

A Escolástica renovada é um regresso à doutrina tomista do século XIII que, em relação ao poder conforme vai defender Velasco de Gouveia, o considera, em abstracto, de origem divina (concepção metafísica) – aquilo a que ele chama «poder in habitu» – e, em concreto, de origem humana e popular (concepção positiva e histórica) – aquilo a que chama «poder in actu». Em relação à convivência social reafirma, de novo, o conceito cristão de concórdia, traduzido no «*pactum subjectionis*»; em relação ao fim da sociedade política sustenta que lhe cabe prosseguir o bem comum, mediante o poder-função (o que é, em natureza, o «poder in actu» do príncipe) e que a subversão desta função conduz, claramente, à distinção entre rei e tirano. Que a situação de tirania desencadeia o direito do povo à resistência contra o governo injusto.

Foi legitimado nestes princípios que em Portugal se gerou o movimento da rebelião de 1640 e que na *Justa Acclamação* o jurista da Universidade de Coimbra defende e desenvolve, baseado neles, a tese da teoria da soberania popular. O seu pensamento gira em torno de uma construção teórica de concepção do poder político. Essa concepção apoia-se na dualidade *poder in habitu* – *poder in actu*, cujos termos parece que foram utilizados, pela primeira vez, pelo Doutor Navarro (da Universidade de Salamanca veio, em 1538, ensinar na de Coimbra) ao comentar o *Digesto* sobre o poder político imanente, por natureza, na comunidade da forma seguinte: «*Non obstat, quod multi populi videntur carere omnino iurisdictione, ut notatur in dicta [...] quia non careant omnino iurisdictione, sed eius usu: habent enim illam, saltem in habitu, licet careant actu...*». Ideia que se encontra, também, na tese do «*Communis Hispaniae Magister*» (título dado a Martin Azpicuelta, o doutor Navarro) nos termos seguintes: «*El Reino no es del Rey, sino de la comunidad, y la misma potestad, por derecho natural, es de la Comunidad y no*

del Rey; por esta causa no puede la Comunidad abdicar totalmente de su poder». Com o mesmo sentido, Bellarmino emprega poder *in habitu*, isto é, o povo conserva-o desta forma para ter o direito de exercê-lo, directamente, em certos casos.

4. A expressão poder *in habitu*, etimologicamente, significaria o poder que como princípio ou propriedade se contém e guarda, necessariamente de forma inalienável, no povo. Que como potência está no povo para, por manifestação da sua vontade, ser determinado, formalmente, em poder-função, ou seja, poder *in actu*, para uso e exercício na realidade política concreta.

A designação poder *in habitu* emprega-a Velasco de Gouveia para significar o poder político que está, de forma necessária e em razão da natureza, no povo como direito natural para sua defesa e conservação tornando-se, em consequência, possível reassumi-lo nos casos em que precisamente lhe seja necessário para sua conservação. Pois sempre fica no povo o poder, *habitualmente*, reservado para privar o rei da função de governo e jurisdição, embora não «*ad libitum*», mas sempre que a ordem da sua natural defesa e conservação o exige.

A origem e o fundamento do poder *in habitu* inserem-se na ordem universal: na divina quanto à origem e na natural quanto à existência e acção. A teoria do poder de Velasco de Gouveia desenvolve-se nestas duas ordens, entendidas como distintas mas profundamente correlacionadas. Assim, o poder é criado por Deus e posto imediatamente, por força da natureza social do homem, na comunidade ou povo, em virtude de ser princípio de ordem necessário à conservação humana e à convivência social com justiça. Esse poder estaria e permaneceria nos povos e comunidades como um direito próprio e originário, isto é, como direito natural. Ora, tudo o que é de direito natural procede de Deus, como Autor da Natureza.

Deduz-se, daqui, que o poder tem fundamento no direito natural e por causa deste fundamento lhe convém, enquanto poder *in habitu*, os caracteres da irrenunciabilidade, inalienabilidade, legitimidade «*per se*» e legítima defesa. Irrenunciável por os povos não poderem abjurar o que lhes é próprio por natureza. Inalienável por não poderem transmitir ou delegar o que neles, necessariamente, se conserva e mantém. Legítimo «*per se*» por o possuírem de si mesmo, independentemente, de vontade humana. Legítima defesa por terem o direito público de defesa da sua conservação e liberdade, ou seja, a garantia da sua soberania como povos livres e independentes.

Em conclusão, no pensamento político do lente de Coimbra, o poder *in habitu* define-se como poder abstracto supremo e livre, uno, irrenunciável e legítimo «*per se*», fonte da legitimidade dos poderes-função que, por meio de pacto, são concedidos para uso e exercício em ordem ao bem comum.

Parece poder afirmar-se que antes de Rousseau (1712-1778), Velasco de Gouveia defendeu na teoria política o princípio da inalienabilidade do poder enquanto poder *in habitu* e o

da transmissibilidade enquanto poder *in actu*, baseado, embora, em concepção distinta. Assim, para o genebrino a sua concepção assenta no «*pacto social*» – que é um contrato de sociedade – e na «*vontade geral*», enquanto que para o canonista português assenta no *direito natural* e «*pactum unionis*», por um lado, e no «*consensus populi*», por outro. O movimento do constitucionalismo português de 1821 recebeu em relação ao princípio da soberania nacional, influência das ideias subjacentes à teoria do poder de Velasco de Gouveia. Na verdade, nas Cortes Constituintes de 1821, o deputado Trigozo a respeito da soberania nacional fazia a distinção entre soberania *habitual* e soberania *actual*. A primeira, definia-a, precisamente como fazia o jurista de Coimbra: «o direito essencial às nações de reassumir os poderes políticos quando lhe forem necessários» – isto é o mesmo que poder *in habitu*. A segunda, era definida como a que «residiria nos órgãos constituídos, legalmente, para o exercício dos poderes políticos segundo a lei orgânica» – isto, por sua vez, é o mesmo que poder *in actu*. (Cf. cit. de Lopes Praça, in *Direito Constitucional Português*, vol. II).

5. No citado comentário do doutor Navarro ao *Digesto*, encerra-se a concepção do poder *in actu* que é aquele, imediatamente, transmitido pela vontade do povo a quem escolhe – príncipe ou rei – para o governo do reino ou república. Essa transmissão ou concessão faz-se, por meio de pacto e com pacto, para o exercício do poder por quem foi designado pelo povo: mediante a eleição ou a conjugação desta com a hereditariedade ou por outra forma de escolha.

Estamos diante da concepção escolástica do acto e da potência aplicada ao pacto político na teoria da soberania popular segundo Velasco de Gouveia, na medida em que o poder «*ex natura rei*» indeterminado como autoridade monárquica, aristocrática ou democrática na comunidade do povo mas determinável, determina-se *em acto* pela vontade da comunidade do povo, ou seja, torna-se actual e concreto no seio da forma histórica do *ser* político: monarquia ou reino, aristocracia ou principado, democracia ou república.

Se é de direito natural a comunidade humana e, bem assim, aquilo que tende à sua conservação como o poder político, todavia já não o é a forma como a sociedade, politicamente, se organiza, ou seja, o modo como nela se estrutura e exerce o poder, visto que as formas clássicas de governo – monarquia, aristocracia, democracia – resultam da vontade dos povos, que através do pacto social dão existência histórica a uma realidade política mediante a concessão formal e *em concreto* do poder de governo a uma só pessoa (reino), a um grupo aristocrático (principado) ou à maioria da comunidade na democracia (república).

O poder político transmitido ou delegado é, assim, poder formal e concreto, ou seja, determinado, positivo e actual.

Na linguagem dos liberais portugueses que receberam influência de Velasco de Gouveia para a compreensão do princípio de soberania nacional, aparece a designação desta forma de

poder sob a expressão de soberania ordinária e actual, que à luz do princípio da separação de poderes «residiria nos órgãos constituídos, legalmente, para o exercício dos poderes políticos segundo a lei orgânica» (cit. de Lopes Praça).

As expressões que o lente de Coimbra utiliza para significar o poder *in actu* são: «poder dos reis», «poder régio e principado político», «poder régio político», «poder de governar», «poder de jurisdição», «poder supremo», «poder temporal dos reis».

O povo ao conceder ou delegar o poder para a instituição da forma de governo, não se priva do que, materialmente por natureza, dele não pode ser despojado, nem substancialmente alienado, mas tão só transmite o que se traduz no modo de organização e exercício do poder.

Quanto à origem o poder *in actu* é de proveniência humana visto que, imediatamente, procede da vontade do povo: «*consensus populi vel tacitus vel expressus*». Estando a sua fonte na causa da vontade ou consentimento comum do povo, o seu fundamento encontra-se no corpo político do povo. Mas, para Velasco de Gouveia a comunicação ou transmissão desta forma de poder faz-se por um acto não de alienação mas de concessão ou delegação de um poder-função, ou seja, do uso e exercício do poder de direcção e governo (aquilo que é o poder «*in actu*»). Este acto implica, por isso, transmissibilidade, mas não alienabilidade. É poder que se delega, mas inalienável. Quer dizer, a transmissão do poder político não se faz de forma definitiva e irrevogável. Velasco de Gouveia que na teoria política reflecte uma forte influência de Francisco Suarez, neste ponto afasta-se do doutor Exímio e, também logicamente, de Jean Bodin.

Em conclusão, poder *in actu* é, na realidade política histórica, jurisdição de governo e defesa da liberdade e independência dos povos. É poder que, legitimado pela vontade do povo, tem a função de assegurar a convivência social e política na concórdia e na justiça para a paz.

Pode, finalmente, definir-se como o poder soberano que organiza, sob quadros jurídicos, a sociedade civil numa unidade de ordem política para a prossecução do bem comum. Em suma, é (como hoje diríamos) o poder soberano como poder do Estado.

6. Logicamente, gera-se uma relação entre o poder *in habitu* e o poder *in actu*, na medida em que nasce da vontade da comunidade a relação do poder abstracto com o poder concreto baseada no pacto político. Na mesma vontade radica a legitimidade do poder *in actu*, isto é, do poder em concreto. Nesta relação se constitui o princípio da representação política, pelo qual a delegação do poder se faz de harmonia com o «*consensus populi*», ou seja, com o consentimento do povo em obediência ao bem político. O poder que pelo facto da transmissão consensual é delegado em poder *in actu* é um poder-função exercido como *officium* ou *ministerium*. O que, de facto, se concretiza na relação do poder é a criação do *cargo* que o órgão político instituído exercerá obedecendo à vontade comum.

Deste modo, também aqui se encontra, no poder *in habitu*, a ideia de poder constituinte e, no poder *in actu*, a de poder constituído que, pouco mais de um século e meio depois, o Abade Seyès (1748-1836) vai defender na fase mais moderada da revolução francesa.

Em conclusão, diremos que Velasco de Gouveia foi, entre nós, um precursor das doutrinas democráticas do poder político.

Cabral Moncada, em 1948, afirmava no seu opúsculo *1640 – Restauração do pensamento político português*: «A nossa consolação ao encararmos a história destes factos e destas ideias, [...] deve estar no verificarmos que, um século antes de Rousseau, século e meio antes da Revolução francesa, Portugal dava ao mundo uma lição [...] de *liberdades públicas* e de limitação do poder dos reis, que povo nenhum da Europa, se exceptuarmos a Inglaterra [...] tinha ainda aprendido ou era, muito menos, capaz de dar nesse preciso momento».