

VOLUME XLIV — N.ºs 1 e 2

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



2 0 0 3



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
XLIV — N.ºs 1 e 2 - 2003

COMISSÃO DE REDACÇÃO

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

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Janeiro de 2005

I Doutrina

<i>Adriano Moreira</i> — Sobre o Parlamento	9
<i>João Baptista Villela</i> — <i>Res utenda locata e res fruenda locata</i>	15
<i>J. Oliveira Ascensão</i> — A Teoria Geral do Negócio Jurídico e o negócio testamentário.....	31
<i>J. Oliveira Ascensão</i> — Intervenções no Genoma Humano — validade ético-jurídica	45
<i>J. Oliveira Ascensão</i> — Aspectos jurídicos da distribuição em linha de obras literárias, musicais, audiovisuais, bases de dados e produções multimédia	65
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — A perspectiva da Constituição europeia.....	73
<i>Luís de Lima Pinheiro</i> — Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional	83
<i>Paulo Câmara</i> — O Regime Jurídico das Obrigações e a Protecção dos Credores Obrigacionistas	109
<i>Rui Guerra da Fonseca</i> — Notas sobre o ensino do Direito Romano.....	143
<i>Eduardo Lucas Coelho</i> — Depoimento de uma bebé.....	153
<i>Antonio F. Perez</i> — The Impact of Economic Integration on Choice of Law Doctrine — Lessons from the Interaction of U.S. Federalism and Choice of Law for the Evolutions of Private International Law within the Context of EU Integration.....	159
<i>Germana de Oliveira Moraes</i> — A Reforma Previdenciária Brasileira e o direito adquirido. O conteúdo das regras de transição e seus destinatários	169
<i>Carlos Alberto Alvaro de Oliveira</i> — Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo.....	179

II Legislação

<i>J. Oliveira Ascensão</i> — Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (comércio electrónico).....	215
---	-----

<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre a Reforma do Sistema Eleitoral relativo à Assembleia Legislativa Regional dos Açores	253
---	-----

III Jurisprudência

<i>Daniel de Bettencourt Rodrigues Morais</i> — O Acórdão <i>Micheletti</i> e as suas repercussões em matéria de Direito da Nacionalidade dos Estados-membros	269
---	-----

IV Trabalhos de alunos

<i>Armando L. Silva Rocha</i> — O n.º 1 do artigo 11.º da Constituição da República Portuguesa: ausência de recepção normativa	351
<i>Pedro Delgado Alves</i> — O “meu” Deputado — Personalização e proporcionalidade na eleição da Assembleia da República.....	361

V Vida Universitária

<i>J. Oliveira Ascensão</i> — Palavras que proferi na homenagem que me foi prestada em sessão do conselho científico	415
<i>Jorge Miranda</i> — No doutoramento <i>honoris causa</i> do Prof. Doutor Giuseppe De Vergottini.....	417
<i>Jorge Miranda</i> — Relatório da actividade pedagógica e científica, no período de 1998 a 2002.....	421
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre o relatório de actividade científica e pedagógica da Doutora Maria Luísa da Conceição Duarte, respeitante ao quinquénio iniciado em 19 de Dezembro de 1997	451
<i>Jorge Miranda</i> — Resumo da apreciação oral do relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de Direito Constitucional II (Direitos Fundamentais) apresentado, em provas para obtenção do título de agregado, pelo Doutor Paulo Ferreira da Cunha	457
<i>Jorge Miranda</i> — Na atribuição do grau de Doutor <i>Honoris Causa</i> pela Universidade Católica de Lovaina	461
<i>Jorge Miranda</i> — Arguição da dissertação de doutoramento do Mestre Nuno Piçarra, intitulada <i>O inquérito parlamentar e os seus modelos constitucionais — O caso português</i>	465
<i>Maria da Conceição Freire Feiteiro</i> — Na abertura do ano Académico de 2002-2003.....	475
<i>Luís Menezes Leitão</i> — No Aniversário do Prof. Doutor Oliveira Ascensão	479

<i>Luís Menezes Leitão</i> — Evocação do Prof. Doutor António Marques dos Santos	481
<i>Luis Menezes Leitão</i> — Palavras de Recepção à Presidente da Irlanda	485
Relatório do Conselho Directivo — Março de 2002 / Janeiro de 2003 ...	487
Apresentação: Colóquio	495
<i>Adriano Moreira</i> — A jurisdição penal internacional.....	499
<i>José Medeiros Ferreira</i> — Os acontecimentos do 11 de Setembro: que leituras?.....	507
<i>Moustafa Y. Soliman</i> — The September 11 events. Causes and Consequences	513
<i>Christian Walter</i> — Zur völkerrechtlichen Beurteilung der Reaktion der USA auf die Terroranschläge auf New York und Washington.....	523
<i>Eduardo Correia Baptista</i> — A Nova Tipologia dos Conflitos Internacionais: O uso da força contra grupos armados e os conflitos no Afeganistão e no Iraque	533
<i>Ana Maria Guerra Martins</i> — Algumas implicações do 11 de Setembro de 2001 na ordem jurídica internacional.....	581
<i>Peter Weiss</i> — Terrorism, counterterrorism and international Law	611
<i>Maria Fernanda Palma</i> — Tribunal Penal Internacional — Evoluções previsíveis ante os problemas da guerra de agressão, da “legítima defesa preventiva” e do terrorismo	627
<i>Frank Schorkopf</i> — Kampf gegen den Terrorismus, Afghanistankrieg und Völkerrecht — Juristische Aspekte der Bekämpfung des Terrorismus mit nicht-militärischen Massnahmen.....	643
<i>Jorge Miranda</i> — Os Direitos Fundamentais e o Terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para o outro.	649
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Em busca de uma nova ordem económica internacional.....	663

NOTA DA REDACÇÃO: Por razões alheias ao Autor (Prof. Doutor Ruy de Albuquerque) o artigo “Para uma revisão da ciência jurídica medieval: a integração da *auctoritas* poética no discurso dos juristas (*ars inveniendi*)”, será publicado na íntegra no próximo número da Revista.

SOBRE O PARLAMENTO

ADRIANO MOREIRA (*)

A problemática do parlamento, nos termos assumidos pela teoria política contemporânea, é geralmente limitada temporalmente entre a Revolução Francesa e os incertos dias da entrada do terceiro milénio em que nos encontramos.

Todavia, nos países europeus, os vários regimes históricos tiveram instituições que corresponderam, ao menos formalmente, aos parlamentos do constitucionalismo moderno.

As designações foram variadas, frequentemente Estados Gerais, ou, como na tradição da monarquia portuguesa, as Côrtes.

O corte revolucionário de 1789 não consente facilmente o estabelecimento de uma genealogia que certifique a continuidade histórica da instituição, mas é pelo menos fundada a referência ao Modelo de Westminster, com a sua estrutura bicameral dos Lordes e Comuns, desde cedo dotada dos seus princípios constitucionais fundamentais formulados no Reinado de Eduardo III (1327-77), e que são os seguintes: não são lícitos os impostos não votados pelo parlamento, ás duas Câmaras devem concorrer nos actos legislativos, as Câmaras podem inquirir sobre a gestão administrativa e sobre as contas, e derrubar o governo com fundamento na má administração (*Scruton*).

Trata-se certamente do único caso europeu em que todas as mudanças ocorridas ao longo dos séculos, sobretudo o aparecimento dos partidos e o alargamento sucessivo da cidadania responsável, não cortaram com as raízes, nem com a história constitucional.

De facto foi o regime *The checks and balances*, formalmente apoiado numa divisão constitucional de poderes, que se desenvolveu, opondo assim resistência normativa a uma circunstância corrente em todos os modelos políticos, que é o de existirem poderes de facto que se equilibram numa balança instável. Mesmo os governos despóticos não escapam a esta última forma de limitação do poder, e também é certo que as definições constitucionais podem ser afectadas, em processo de degenerescência, por uma balança de poderes de facto.

(*) Presidente do Conselho Nacional de Avaliação do Ensino Superior. Professor Emérito da Universidade Técnica de Lisboa.

Foi Maurizio Cotta um dos estudiosos que procurou o eventual laço de continuidade entre o que podemos chamar parlamentos anteriores à Revolução e os que caracterizam os regimes democráticos, identificação que ajudaria a prognosticar sobre o futuro da instituição. Pondo em evidência que a diferente radical concepção do Estado toma improváveis tradições relevantes, não deixa de salientar que se aproximaram o princípio medieval — *quod omnes tangit ab omnibus probetur* e a exigência actual da *participação*, e que existem permanências do núcleo duro funcional.

É a possível identificação de traços de continuidade que orienta no sentido de conseguir organizar um conceito formal abrangente da variedade desconcertante de manifestações da instituição, crescente em vista da multiplicação de Estados em todas as áreas culturais que antes não tinham autonomia nem voz internacional, e também resultante de fenómenos de incidência variável que se multiplicam, como a democracia de massas, os partidos de perfis múltiplos, os autoritarismos e totalitarismos que não dispensaram a imagem.

São estes desvios que apontam para que o procurado conceito formal defina o parlamento como uma assembleia baseada num *princípio representativo*, com variantes, tendo uma atribuição funcional abrangente, destinada a garantir a *vontade popular*, e que essencialmente se analisa em estimular ou exercer a criação legislativa, na discussão e deliberação sobre os interesses da comunidade, no inquérito e controlo da execução governativa, no apoio ou censura do executivo em vista de precaver a legitimidade. Em resumo, seguindo Norberto Bobbio e Gianfranco Pasquino, *representação, legislação, controlo do executivo, legitimação*.

Lembradas estas referências conceituais, a pergunta suscitada pela evolução mundializada do constitucionalismo democrático é a de saber em que medida tal variada mudança afecta o estatuto real dos parlamentos na estrutura política democrática, eventualmente retirando-lhe a proeminência de valor de referência e de centro interventor.

Talvez seja um método aceitável o de começar por relacionar a possível alteração de estatuto, com a *teoria dos inimigos da democracia*, corrigida embora pelas observações de Carl Schmitt. Este ensinou que a tolerância, como valor do modelo, procura transformar o inimigo em simples adversário, usando a palavra para vencer o debate moral e intelectual.

Por isso, daquela teoria, referenciaremos apenas a inquietante relação entre a palavra parlamentar e a revolução dos meios de comunicação.

Na competição das perspectivas múltiplas que caracterizam as sociedades democráticas, a *persuasão* é o objectivo do discurso que procura reagrupar as adesões ou consolidar as existentes, no sempre vasto campo das indecisões dos cidadãos em face dos problemas que excedem a sua experiência consolidada.

Não pode entregar-se o método à falência adoptando a confissão de Paul Henri Spaak, que admitia ter ouvido muitos discursos que tinham alterado a sua opinião, mas nenhum que mudasse o seu voto.

A capacidade de persuadir tem relação directa com a disponibilidade dos cidadãos para avaliar a mensagem, o que significa dizer que o civismo está envolvido. O notável Johan Rawls observou que “quando apresentamos a qualquer pessoa uma versão suficientemente atraente, de um ponto de vista intuitivo, do seu sentido de justiça... é bem provável que reveja as suas opiniões para as harmonizar com novos princípios...”.

Um dos expoentes da renovação democrática da Europa depois da guerra de 1939-1945, Simone Weil, avaliou profundamente esta questão, tendo como desafio a tensão entre Vichy e a libertação nacional, e a necessidade de um *discurso público* que levasse a uma adesão sólida.

Parece inegável o papel das lideranças, capazes de socorrer as dificuldades individuais de abranger as temáticas, de ajudar no chamado *salto de qualidade* das opiniões correntes, oferecendo racionalidade e consistência dos valores.

Foi John Lock quem primeiro reivindicou a importância dessa variável, mas não previu que a revolução dos meios de comunicação viesse a reflectir-se estruturalmente em obstáculos ao diálogo que Kant imaginava directo entre o iluminista e o seu público.

A intermediação está ocupada pela televisão, pela imprensa, que não são apóstolos do discurso parlamentar, são instrumentos que multiplicam as instâncias da compreensão entre as origens das intervenções e os destinatários.

Não apenas por isto, mas muito por isto, o discurso evoluiu para uma *mise-en-scène* em busca de uma *prise-en-charge* pelos destinatários, aprofundando o fenómeno do *Estado Espectáculo* descrito por Schwartzberg, a cenografia que influi na eficácia dos resultados, isto é, expectativas criadas, confiança obtida, deveres implantados, agressividade causada.

Não apenas o Parlamento, mas todo o aparelho do Estado enfrenta esta situação, na qual avulta o desafio da concentração do domínio empresarial sobre os aparelhos, que tendem para mundializados, da comunicação social, com revolta dos países em desenvolvimento contra o predomínio do norte rico e reclamando uma nova ordem da informação, com visíveis fenómenos de submissão do ritual político aos obstáculos dessa evolução, com inquietantes sinais de domínio abusivo como se presente em Itália.

O comentário tem mais espaço e acutilância que o discurso, os parlamentares sentem a necessidade de ocupar as cadeiras de comentadores, de subordinar a formulação das mensagens ao tempo que lhes será consentido, e à hora em que será útil enunciá-las.

Parece evidente a necessidade de repensar o exercício da função do parlamento em relação à opinião pública que lhe cumpre estimular, informar, moti-

var para apoiar as políticas públicas, para mudar os apoios, para ser uma trave mestra do Estado de direito. Independentemente do modelo democrático estadual, a evolução demonstrada da relação autónoma dos meios de comunicação com o eleitorado, e da relação intermediada do parlamento com a opinião pública, terá efeitos sobre a autoridade da instituição, com tendência para que seja diminuída em favor de sedes não institucionais.

A este propósito deve sublinhar-se que se trata de sedes com responsabilidades em relação aos efeitos que as suas intermediações venham a causar nas políticas públicas, designadamente quando produzem realidades virtuais que pesam nos movimentos cívicos. Na vida internacional, a primeira guerra do Golfo foi um caso de estudo, porque cada avanço no conhecimento histórico vai mostrando que a guerra transmitida não coincide com a que foi combatida no terreno. A investigação sobre a segunda guerra do Golfo ameaça produzir evidências mais preocupantes.

Esta dependência das sedes políticas das instâncias de intermediação tem, entre outros efeitos erosivos, o de provocar uma torrente continua de esclarecimentos e rectificações pedidos pelos parlamentares às instâncias intermediárias, de negações e de contradições, finalmente da fixação de imagens e conceitos repetidos e monotonamente usados para fixar na realidade virtual a identidade do interventor.

Em suma, o parlamento, como de resto todas as instâncias que se dirigem à opinião pública, precisam de encarar seriamente o fenómeno da realidade virtual que tende para danificar a interposição entre a sua palavra e o destinatário.

Este embaraço da intervenção parlamentar, a intermediação que de facto assume a gestão da criação de opinião pública, tem alguma relação com o fenómeno da *redundância* que ameaça frequentemente os órgãos do poder, e designadamente os parlamentos.

O ponto crítico em que estamos, marcado pela chamada Constituição Europeia, é um oportuno tema de referência.

A evolução do projecto europeu foi excessivamente marcado por uma política furtiva, afastada do conhecimento das populações, isenta da participação efectiva dos parlamentos nacionais, dependente de uma eurocracia submissa à lógica tecnocrática, esta propiciadora das friezas regulamentares e afastada dos pluralismos culturais em que se desenvolve a unidade europeia.

A inevitabilidade do projecto europeu, que nasceu filiado na doutrinação secular dos Projectistas da Paz, com as inerentes transferências de competências que o princípio da subsidiariedade manda entregar a instâncias supranacionais, foi mais conhecido dos eleitorados pelos resultados do que por intimidade com os debates e procedimentos.

O facto experimentado é que a dependência dessas instâncias supranacionais, a frequência com que necessidades locais se mostram condicionadas por autoridades sediadas em lonjuras que os interessados mal conhecem, com súbitas

explosões de inquietações como são a ameaça de ruptura do pacto de estabilidade, ou a percepção repentina da abertura da zona económica exclusiva à exploração predatória de frotas estrangeiras, ou o anúncio da transferência metódica dos centros de decisão económica para fora do país, influem na percepção cívica da *redundância* do aparelho do poder nacional.

Não tendo acompanhado nem participado na definição das políticas, o eleitorado nota a importância da ponte aérea que liga o aparelho da governação nacional aos afastados centros de decisão comunitária, e tende para julgar os agentes políticos mais pela capacidade de negociar resultados de que pela autoridade com que percebem à conjuntura, definem as políticas e executam.

Este grave problema de redundância atinge mais severamente a autoridade do parlamento, com escassa intervenção na condução do projecto europeu, com a sua legislação submissa às leis comunitárias, agora em transe de decidir se também a Constituição da República ficará reduzida a tal condição.

A *redundância* que ameaça o parlamento não tem apenas causas externas, ou da maneira como é conduzida a política externa, igualmente tem comprovada causa no tipo de relações das maiorias absolutas com as minorias parlamentares.

A questão do *diálogo* parlamentar transformou-se historicamente num tema a exigir grande reflexão, designadamente numa época não irrepetível, a da maioria absoluta cavaquista, quando tive a oportunidade de sugerir a esta Câmara que o regime político estava de facto a evoluir para o *presidencialismo do Primeiro Ministro*.

A questão merece um estudo académico independente, a partir da experiência, para que a natureza do diálogo seja repensada, em termos de não ser transformado numa simples troca de intervenções sem qualquer efeito na definição das políticas em apreço.

Para, que o chamado debate não seja a negação da dialéctica socrática, que não exclui a paixão, não se exige que a frieza do analista seja posta no lugar da acutilância oratória, mas isso não dispensa que se procure convergir na evidência da melhor decisão, para que o interesse público esteja sempre presente na inquietação dos interventores.

Existem outras circunstâncias que não necessitam ser lembradas, e que, submetidas às instâncias da intermediação com a opinião pública, facilmente contribuem para agravar esse fenómeno da redundância que precisa de ser assumido, enfrentado, e dominado para salvaguardar a autenticidade indispensável do parlamento.

Com isto tocamos aquilo que nos parece ser a responsabilidade mais indeclinável do parlamento, para além das reduções inevitáveis no exercício da função legislativa, e da revisão inadiável da sua participação no processo europeu em particular, e da progressiva abrangência do princípio da subsidiariedade em relação a todas as instâncias supranacionais que lidam com o multifacetado globalismo.

Trata-se de assegurar que a comunidade nacional é uma *sociedade de confiança*: confiança na contratualização da sociedade civil, confiança na segurança e justiça que guardam a liberdade daquela sociedade, confiança na intervenção dos aparelhos políticos no sentido de assegurarem a legalidade de intervenção, confiança na legitimidade de exercício na área da criatividade que o sistema jurídico deixa livre à governação, confiança na vigilância da integridade de um lugar independente na comunidade das nações.

Na genealogia dos parlamentos, com este ou diferente nome, antes e depois da revolução que criou o Estado moderno, este é um dos valores sempre presentes, como evidencia Alain Peyrefitte num estudo de 1995.

Começa o texto invocando François de Forbonnais, que em 1753, próximo da Revolução, escreveu: “o grande objectivo de um Estado deve ser a confiança, e jamais a circulação das moedas é mais abundante do que quando nenhuma espécie de interesses leve os homens a esconder as suas propriedades ou a sua indústria”. Uma citação que certamente interessa aos Ministros das Finanças preocupados com a cobrança fiscal, mas que de facto expressa um conceito extensível a todas as áreas do desempenho cívico.

E por isso que na vida presente dos Estados, desafiados por uma mundialização cujo tecido conjuntivo todos os dias aperta as malhas, é sem dúvida importante a legitimidade de origem do poder, mas esta é de facto ultrapassada pela *legitimidade de exercício*. Um exercício diariamente avaliado pelos observatórios de opinião, pelos fazedores de opinião, pelas intermediações dos meios de comunicação, e sempre pelos parlamentos.

É o exercício do poder que assegura ou faz perder a legitimidade, por esmagadora que tenha aparecido originariamente no escrutínio. Um exercício avaliado pelas maiorias flutuantes do eleitorado, de que depende ver repetida ou negada nova investidura, e também pelas minorias que esperam que a sua voz tenha presença na dialéctica socrática que deve ser exercitada no parlamento.

Na data em que as sociedades evoluem de novo para cosmopolitas, repondo um tecido de pluralismo cultural que volta a recordar a circunstância medieval, e que desenha uma moldura concorrente da moldura das diferenças partidárias, a responsabilidade pela manutenção, fortalecimento, e garantia do modelo de sociedade de confiança, é talvez a responsabilidade emergente mais desafiadora da função do parlamento.

Até porque a sociedade de confiança é aquela que garante o ambiente indispensável para que o exercício da cidadania seja uma responsabilidade assumida pelo eleitorado. As variações da abstenção nos actos eleitorais, são um barómetro da medida em que a confiança é um valor assumido pela comunidade.