

VOLUME XLIX — N.ºs 1 e 2

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



2 0 0 8



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

Periodicidade semestral

XLIX — N.ºs 1 e 2 - 2008

*COMISSÃO DE REDACÇÃO*

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA  
Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO  
Vogais - PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA  
- PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ  
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS  
- PROF. DOUTOR MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO  
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE  
- MESTRE JORGE SILVA SANTOS

*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

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

Junho de 2009

<b>I</b>	<b>Doutrina</b>	Págs.
	<i>Isabel Banond</i> — Notas acerca da liberdade e o livre-arbítrio no pensamento setecentista oitocentista .....	7
	<i>Carla Amado Gomes</i> — Quality Education for All: Some General Remarks...	53
	<i>José de Melo Alexandrino</i> — A nova lei de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros .....	69
	<i>Miguel Nogueira de Brito</i> — Direitos e deveres dos utentes do Serviço Nacional de Saúde .....	101
	<i>Paula Vaz Freire</i> — A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência.....	117
	<i>Mark Kirkby</i> — Aspectos relativos à aplicabilidade objectiva e subjectiva das novas regras da contratação pública.....	141
	<i>António Guimarães Pinto</i> — D. Jerónimo Osório e D. Filipe I — a propósito de uma carta inédita e da sucessão da coroa de Portugal .....	171
	<i>Aziz Tuffi Saliba</i> — O Conselho de Segurança das Nações Unidas e o direito internacional: Uma análise das limitações jurídicas à atuação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas .....	291
	<i>Fredie Didier Jr.</i> — Sentença constitutiva e execução forçada .....	311
	<i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i> — Os princípios do processo constitucional .....	325
	<i>Marisa Caetano Ferrão</i> — A protecção diplomática — Contributo para a compreensão do seu Regime Jurídico.....	341
<b>II</b>	<b>Trabalhos de alunos</b>	
	<i>Vasco Freitas da Costa</i> — A indemnização em caso de resolução por incumprimento.....	399
<b>III</b>	<b>Legislação</b>	
	<i>Jorge Miranda</i> — Carreira universitária — Uma proposta de mudança...	429

**IV Vida universitária**

Págs.

<i>Jorge Miranda</i> — Na apresentação do livro <i>Maquiavel e Portugal – Estudos de história das ideias políticas</i> do Prof. Doutor Martim de Albuquerque .....	445
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do relatório com o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina de Direito Internacional e Relações Internacionais apresentado pela Doutora Cristina Maria Machado de Queiroz Leitão em provas de agregação .....	449
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação da dissertação de doutoramento do Mestre Luís Pereira Coutinho .....	459
<i>Jorge Miranda</i> — Constituição e Universidade — Oração de Sapiência...	471
<i>António Menezes Cordeiro</i> — Cátedra da Faculdade de Direito de Lisboa – 1.º Quinquénio (1998-2003).....	479
<i>António Menezes Cordeiro</i> — Cátedra da Faculdade de Direito de Lisboa – 2.º Quinquénio (2003-2008).....	491
<i>José Sérvulo Correia</i> — Última aula.....	505
<i>José Sérvulo Correia</i> — Apreciação crítica da lição de síntese em provas de agregação prestadas pelo Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier na Universidade Católica Portuguesa, no dia 04.07.2008.....	517
<i>António Pedro Barbas Homem</i> — Memorando: adaptação da Faculdade de Direito à nova legislação universitária, Plano Estratégico e novos Estatutos .....	529
<i>Maria da Glória F. P. D. Garcia</i> — Arguição da dissertação de mestrado de Carlos Eduardo Behrmann Rátios Martins .....	539
<i>Jorge Miranda</i> — Encontro de professores de direito público .....	549
<i>Pedro Romano Martínez</i> — Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão .....	551

**APRECIÇÃO  
DA DISSERTAÇÃO DE DOUTORAMENTO  
DO MESTRE LUÍS PEREIRA COUTINHO (\*)**

JORGE MIRANDA

I

1. O Mestre Luís Pereira Coutinho é um dos mais dedicados e valiosos elementos da jovem geração de juspublicistas da nossa Faculdade.

Vocacionado para o ensino e a investigação desde que concluiu a licenciatura tem aqui desempenhado funções, sucessivamente, de monitor, assistente estagiário e assistente e também, durante dois anos lectivos, prestou serviço no curso de Ciência Política e Relações Internacionais da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa.

Foi meu aluno, e excelente aluno; e tive o gosto de presidir ao júri das suas provas de mestrado, nas quais foi aprovado com classificação muito elevada.

A dissertação então discutida, *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária*, constitui um contributo excelente, na linha de anteriores estudos dos Professores Marcelo Rebelo de Sousa e José Casalta Nabais, para o aprofundamento e a elaboração dogmática desse sector interdisciplinar que é o Direito Universitário.

Assim como merecem ser citados os três outros escritos, de média dimensão, que constam do seu currículo: *Regulamentos independentes do Governo, As duas subtracções — Esboço de uma reconstrução da separação entre a função de legislar e a de administrar*; e *Regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias e determinação normativa — Reserva do Parlamento e Reserva de Acto Legislativo*.

2. Apresenta-se agora o Mestre Luís Pedro Dias Pereira Coutinho a prestar provas de doutoramento com uma dissertação intitulada *A autoridade moral*

---

(\*) Em provas públicas realizadas na Reitoria da Universidade de Lisboa em 3 de Novembro de 2008.

*da Constituição — Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*, de 637 páginas de texto, 2520 notas de rodapé e 45 páginas de bibliografia (a que correspondem cerca de 1000 referências, algumas, porém, com pouca relação com a temática escolhida).

Trata-se de uma densa investigação em que se cruzam Filosofia, História das Ideias Políticas, Teoria do Direito e Direito Constitucional. Densa pelos problemas considerados, pelas imensas leituras e reflexões em que assenta, pelo conhecimento das obras dos filósofos e juristas mais significativos da modernidade, desde HOBBS e LOCKE a HANNAH ARENDT, KELSEN, HART, RAWLS, ALEXY, etc., sem esquecer ARISTÓTELES e TOMÁS DE AQUINO.

O Candidato não se cinge a indicar as posições dos Autores (quase sempre no original). Trava com eles diálogo, analisa essas posições e contrapõe-lhes a sua própria visão, mais ou menos bem fundamentada. E tudo com independência crítica, e, ao mesmo tempo — como deve ser timbre do verdadeiro universitário — humildade e probidade intelectual.

Numa Faculdade, onde não têm abundado os docentes com propensão filosófica, regozijo-me muito por Luís Pereira Coutinho revelar-se um desses docentes, a juntar-se a alguns professores do grupo de Ciências Jurídico-Políticas, que o mesmo têm demonstrado em diversos momentos dos seus percursos académicos. A Filosofia do Direito, pelo seu carácter geral, não pode ficar acantonada num só grupo de disciplinas e, legitimamente, esses professores, como outros, podem aspirar a que lhes seja conferida responsabilidade na sua regência.

3. Se, no plano substantivo, a dissertação merece encómios, não obstante as observações e as reservas que, adiante, irei fazer, já no plano formal suscita os maiores reparos. Fiquei surpreendido até pelo contraste com os anteriores trabalhos do Doutorando.

Na minha experiência, que vai sendo longa, esta foi uma das leituras mais penosas que, alguma vez, tive de fazer. São páginas e páginas recheadas de períodos enormes, onde só com grande esforço se encontra o predicado ou onde nem sequer há predicado; são repetições constantes dos termos *parametrização* e *parametrizador*; são repetições quase obsessivas das mesmas ideias; são construções de sabor germânico, com advérbio e adjectivo antes do substantivo; é a falta de conclusões nos vários capítulos.

A isso acrescem deficiências graves no uso da língua portuguesa, com erros de sintaxe e de virgulação e com estrangeirismos, que nem por serem recorrentes, devem deixar de ser evitados em tese de doutoramento.

Antes de a tese vir a ser publicada — e justifica-se, inteiramente, que o seja — carece de uma profunda revisão formal, com vista a um texto mais enxuto e claro.

## II

4. Entendo que quem assiste a provas desta natureza tem o direito de conhecer as linhas nucleares da dissertação que vai ser discutida.

Todavia, como a minha se segue à da Professora Maria Lúcia Amaral e tendo em conta a divisão de trabalho que previamente estabelecemos, vou circunscrever-me aos principais pontos atinentes à Teoria da Constituição e ao Direito Constitucional positivo.

5. Assim, na parte II do seu trabalho, o Doutorando escreveu que paradigmáticos de um constitucionalismo normativo são a experiência norte-americana (marcada por um “Deus da natureza” e por “verdades de per si evidentes”) (págs. 262 e segs.) e, no segundo pós-guerra, a de Bona (em que a legitimidade do Povo alemão radica na “consciência das suas responsabilidades perante Deus e perante os homens”, com o reconhecimento da sacralidade da dignidade humana (págs. 298 e segs.); daqui irradiaria para grande parte da Europa.

A respeito dos Estados Unidos, consagra ainda uma demorada atenção ao seu dinamismo constitucional, às grandes transformações que a sua Constituição conheceu (págs. 344 e segs.).

No tocante a Portugal (págs. 304 e segs.), o que o preocupa é a “parametrizadora significação” da Revolução — porque “os momentos fundadores devem apreender-se, não a partir das vicissitudes históricas, mas a partir do alcance parametrizador interiorizado por aqueles que se reconhecem numa normatividade constitucional”. Ultrapassa as dúvidas afirmando que o nosso credo enquanto povo — enquanto “vontade geral” ou “comunidade de participantes morais” — ainda é o mesmo da Declaração de Independência dos Estados Unidos, embora o seu repositório simbólico se encontre na Declaração Universal dos Direitos do Homem. E, já na parte III, reportando-se ao sistema de governo, qualifica a obra constitucional de verdadeiro “património nacional” (pág. 512).

A autoridade da Constituição não se explica por via de uma imputação à vontade outrora expressa por um Povo (págs. 307-308). Aliás, opções fundamentais foram questionadas independentemente das revisões constitucionais de 1982 e 1989, pois estas se limitaram a confirmar uma “prática legislativa e política” desenrolada à margem de qualquer texto (págs. 394 e segs.). E também a jurisprudência revelou uma escrupulosa atenção à normatividade constitucional à qual o Povo exerceu a função de se subordinar. Tão pouco podia haver no texto de 1976 a sobreposição de dois lugares parametrizadores.

6. Passa depois Luís Pereira Coutinho a considerar os problemas do costume *contra constitutionem*, apenas explicável através da negação de um pretenso

poder constituinte soberano (a que voltará numa terceira parte) e o da vinculação das gerações futuras.

A autoridade do Povo (págs. 315 e 316) não deriva da sua existência num dado momento histórico, mas de um “compromisso constantemente actualizado e renovado em cada geração”, de uma perspectiva moralmente parametrizadora que se reconhece numa normatividade constitucional. A autoridade do Povo é filha da autoridade moral da Constituição, e não o contrário.

Ao Estado constitucional (pág. 319) está subjacente uma “comunidade de participantes morais”, que se não reconhece a si mesma soberana. Nem mesmo o poder constituinte — o que afirma a normatividade escrita “originária” — é soberano — ele só tem relevância instrumental ou arquitectónica.

Como depois aduz na parte III, o senhor último da autoridade da Constituição não pode ser o poder constituinte, ainda que sujeito a limites (pág. 549). Importa não confundir a normatividade escrita com o mero produto normativo de um poder, importa não confundir autoridade-poder e autoridade jurídica (pág. 556).

7. A parte II termina com um excuro, a meu ver algo deslocado, acerca da integração europeia (págs. 410 e segs.), no qual sustenta, designadamente:

- que o Estado-nação já não garante as necessidades de representação/participação multinivelada que hoje se impõem;
- que a Europa, não sendo uma nação, é outro tipo de politeia;
- que uma Constituição europeia, longe de reproduzir um modelo clássico, significará, porventura, a ausência de retumbantes momentos constituintes.

E continua, mais à frente, na parte III, acrescentando:

- que a um compromisso constitucional pode sobrepor-se um compromisso constitucional mais amplo;
- que as normas europeias, primárias ou derivadas, não podem entrar em conflito com as normas que reflectem compromissos constitucionais mais restritos, como os princípios constitucionais do Estado de Direito democrático;
- que o Direito constitucional português da integração europeia não pode ser o *locus* normativo em que pensamos a integração europeia;
- que aquilo que originalmente tenha sido adoptado sob a forma de tratado pode ser ou vir a ser um “documento-Constituição” de pleno direito.

## III

8. Referido isto, caberia suscitar uma questão prévia.

O problema da autoridade moral da Constituição é um problema só da Constituição? Muito mais do que isso, não é um problema de autoridade moral do Direito, por a Constituição ser Direito? As proposições que defende não são aplicáveis a todo o ordenamento jurídico estatal e a qualquer ordenamento jurídico?

Pois o Direito, qualquer Direito, sem se confundir com a Moral, não tem com ela inafastáveis conexões? Pois não representa a igual dignidade de todos os homens (eu preferiria dizer *de todas as pessoas*), no âmbito da comunidade a que pertencem, um comando, ou melhor, um valor presente em todos os ramos de Direito público e de Direito privado? Falar em igualdade não implica pensar em justiça, que é o sentido do Direito? E a interiorização do respectivo sentido parametrizador não equivale a interiorização da justiça?

Não quereria insistir e quero dar por resolvida a questão prévia, pressupondo que Luís Pereira Coutinho quis situar-se no terreno do Direito Constitucional. É deste prisma que vou apreciar a sua dissertação, exclusivamente.

9. Para lá das pré-compreensões que possa ou não perfilhar-se, a dissertação procura, na esteira de PAULO OTERO, colocar o homem, a pessoa, no centro do Direito Constitucional; e apercebe-se (mesmo sem propor uma teoria dos direitos fundamentais, o que seria outra empresa) que o constitucionalismo moderno surgiu todo orientado para a sua protecção.

No entanto, não basta configurar a pessoa na sua dignidade igual à das demais pessoas. A comunidade, em que vive, conforma e é conformada por um poder. Na base do constitucionalismo encontra-se a limitação do poder político, para que ele não ofenda os direitos inalienáveis à vida, à liberdade e à busca da felicidade. Daí, ter de se considerar (o que o Candidato não faz), ao lado da Declaração de 1776, a Declaração de 1789 (que, ao mesmo tempo, que proclama que todos os homens são livres e iguais em direitos, estabelece que uma sociedade só tem Constituição quando exista separação de poderes).

Nem basta a interiorização dum princípio parametrizador de igualdade de todos os homens na sua humanidade comum. Torna-se, não menos, imperiosa a interiorização da necessidade de limites de poder — e *tanto por governantes como por governados*. Só assim o Direito há-de ser um “Direito correcto”, com uma “Moral correcta” (nas expressões do Autor). Até porque se conhecem os desvios e as perversões que, em nome da igualdade — da igualdade sem liberdade civil e política — se cometeram desde o século XVIII aos nossos dias.

Ora, o Autor não desconhece as relações entre instituições e ideologias (págs. 76 e segs.), assevera que as normas definidoras do estatuto do poder se

destinam a assegurar que ele não seja exercido contra os deveres e direitos que reflectem a humanidade comum a todos (pág. 534) e alude às instituições contramajoritárias de controlo (pág. 533, nota). No entanto, quase incidentalmente, em escassas páginas, sem lhes consagrar o relevo que se esperaria. A autoridade moral da Constituição exige a autoridade moral de quem assume o poder, em cada tempo, em seu nome.

10. De qualquer sorte, fica-se sem conhecer o conteúdo desse princípio de igualdade ou de igual dignidade de todos os homens; falta alguma densificação do princípio e das suas implicações jurídico-constitucionais.

E pergunto se a igualdade parametrizada é apenas a igualdade perante a lei, e não também a igualdade social, real, efectiva, incindível dos direitos sociais. Na dissertação está implícita uma resposta positiva. Mas não fica clara a associação a que se procede entre o Estado social de Direito e a ética jusnaturalista (págs. 139 e 140).

11. Compreendo a opção do Doutorando por uma teoria da Constituição que tome por paradigmáticas as Constituições norte-americana e de Bona, embora gostasse que tivesse tomado em conta outras como a italiana, a suíça ou a sul-africana.

O que acho redutor é ignorar completamente os restantes tipos constitucionais e as restantes Constituições materiais. Apesar de não respeitarem, de todo ou em parte, aquele princípio parametrizador, ainda assim assumiram ou assumem uma pretensão de constitucionalidade.

12. Mais grave, muito mais grave vem a ser, porém, ter Luís Pereira Coutinho pensado a sua construção no âmbito circunscrito do “homem ocidental” ou da “civilização ocidental” (pág. 161), à luz do binário “Atenas-Jerusalém” (rejeitando, sem dizer porquê, Roma) e “Sócrates-Cristo” (pág. 645).

O constitucionalismo moderno nasceu no espaço geográfico euro-atlântico e, por certo, para a sua génese doutrinal contribuíram, em graus variáveis, muitos dos filósofos, teólogos, pensadores que aponta (com interpretações por parte do Candidato, tenho de frisar, por vezes demasiado ousadas ou pouco consistentes). Nasceu nesse espaço, e tem vindo a projectar-se para todos os continentes e tem vindo a universalizar-se. Não se encontram hoje Constituições normativas em todas as partes do Mundo? E não é a prova disso mesmo a Declaração Universal, a que o Candidato apela em diversos passos (págs. 63, 125, 140, 163), mormente para salientar como “são correlativas” as noções de direito e de limite moral (págs. 146-147)?

Sou dos que acolhem como irrecusável, com Luís Pereira Coutinho, a inspiração — talvez, no início, mais subterrânea ou menos conscientizada do que

parece hoje — da mundividência cristã (págs. 153, 161, 164) em 1776 e 1949, tal como, acrescento, em 1789 e 1948. Mas julgo que ela pode ser — e tem sido — objectivada e, de certa sorte, laicizada de modo a tornar-se susceptível de influenciar, ainda que indirectamente e em contacto com outras mundividências e culturas, o Direito constitucional em qualquer país, assim como o imponente acervo de instrumentos internacionais de salvaguarda dos direitos do homem produzidos pelas Nações Unidas.

13. A este propósito, outro reparo que não posso omitir é a completa desconsideração da cultura como substrato de vivência colectiva e da identidade constitucional de cada povo ou da Constituição também como expressão de cultura. São esparsas e vagas as menções à cultura no texto (págs. 318, 404, 415, 423, 425).

A interiorização da parametrização normativa de igual dignidade de todos os homens, sem uma amarra à cultura de cada povo como parcela do património cultural da Humanidade, corre o risco de redundar em subjectivismo mais ou menos difuso.

14. Na dissertação, insiste-se em que o fundamento da obrigatoriedade e da validade da Constituição, com as suas normas escritas e não escritas, reside, não num poder constituinte historicamente localizado, e sim no princípio parametrizador de igualdade e de dignidade interiorizada pelos homens dentro de comunidades de que são participantes morais.

Não haverá, contudo, nesta contraposição ao poder constituinte alguma indistinção de planos e conceitos? Pois uma coisa é o fundamento valorativo e lógico-sistemático da Constituição, de qualquer Constituição *qua tale*; e outra coisa o mero fundamento histórico ou origem de certa e determinada Constituição.

O poder constituinte tem que ver com relações entre as normas por ele criadas — as normas constitucionais originárias, ou as normas constitucionais escritas (como diz Luís Pereira Coutinho) — e as demais normas do ordenamento estatal — as de Direito ordinário. A Constituição não obriga por ter sido emanada em determinado momento histórico; obriga, porque é um conjunto de normas jurídicas — passe esta aparente trivialidade. E a ela subordina-se o Estado, porque ela *constitui*, juridicamente, o Estado e, assim, a validade de todos os actos deste depende da sua conformidade com as suas normas (conforme se lê no art. 3.º, n.º 3, da nossa Constituição).

A Constituição obriga e as suas normas são directamente aplicáveis contra a lei ou sem lei — e aí está o maior contributo de Bona. A diferença específica do constitucionalismo normativo ou de Estado de Direito democrático a que somos fiéis reside nisto.

A Constituição *constitui* juridicamente o Estado. Mas é o poder constituinte que *constitui* a Constituição. Uma autoridade moral de Constituição sem poder constituinte seria uma autoridade moral sem Constituição.

15. Por outro lado, o poder constituinte a que o Candidato se refere é o *poder constituinte formal* — o de elaborar, redigir e aprovar um texto, uma *constitucionalidade escrita* — ficando ignorado o poder que o precede necessariamente, o *poder constituinte material* — o que decorre da ideia de Direito que triunfa num dado tempo histórico sobre outra ideia de Direito ou do desígnio colectivo que substitui outro desígnio, por via de revolução ou de transição.

A Constituição escrita provém do poder constituinte formal — seja quem for que o exerça (assembleia, referendo, monarca, ditador, partido) — mas este só aparece por força do poder constituinte material, porquanto (como se queira) a ideia de Direito determina a regra de Direito, o valor comanda a norma, a legitimidade a legalidade. Ora, como entender a interiorizada parametrização normativa, tantas vezes convocada, sem a ligar ao aparecimento dessa ideia de Direito? Como entender a subordinação de um povo a uma Constituição “em que se reveja” à margem de qualquer projecto comum assumido a partir de certa vicissitude fundamental do Estado? Como entender a passagem de uma parametrização interiorizada à Constituição sem uma vontade constituinte?

Lê-se na dissertação (pág. 549, nota) que a existência de limites ao poder constituinte mostra que ele tem mera relevância instrumental, e não validante. Será assim em relação ao poder constituinte formal, não em relação ao poder constituinte material. Mais uma vez o Autor não discerne legitimidade e limitação de poder.

Tal como a vinculação das gerações futuras à Constituição decretada no passado — tema que remonta aos doutrinários do século XVIII e que esteve patente na Constituição francesa de 1793 — pode explicar-se, justamente, pela permanência — com actualizações e adaptações — da mesma ideia de Direito e do mesmo princípio de legitimidade.

Por que é que a Constituição de 1787, apesar das inflexões ou adaptações que sofreu após a guerra de secessão e com o *New Deal* (descritas por BRUCE ACKERMAN e por outros Autores examinados pelo Candidato), continua a ser a Constituição dos Estados Unidos? E por que é que a Constituição de 1976, apesar das querelas à sua volta e das sucessivas revisões, continua a ser (contra o que escreve a pág. 391) a Constituição de Portugal? Antevê-se a razão: porque, ali, continuam a ser “de per si evidentes” as “verdades” constantes da Declaração de Independência de 1776 e porque, aqui, o princípio democrático representativo e os direitos e liberdades fundamentais proclamados em 25 de Abril de 1974 e confirmados em 25 de Abril de 1975 e em 2 de Abril de 1976 conseguiram prevalecer e estabilizar a sociedade.

Nenhum povo, nenhuma “comunidade de participantes morais” abdica da faculdade de mudar de sistema constitucional e nenhuma manifestação do poder constituinte o esgota de uma vez por todas. Há sempre um poder constituinte material latente, pronto a emergir quando circunstâncias imprevisíveis e irrepetíveis ocorram. Mas estas circunstâncias não se situam na simples esfera dos factos; estão sempre envolvidas pelo Direito ou pela “luta pelo Direito”; e nada há de mais jurídico do que uma revolução.

16. Luís Pereira Coutinho concede uma importância desmedida ao costume, à “constitucionalidade não escrita” em detrimento do poder constituinte e do poder de revisão por este constituído. Não é o primeiro Autor que o faz (recordo, entre nós, um interessante, embora não convincente estudo, de EDUARDO CORREIA BAPTISTA, de 1998).

Sem repetir o que escrevi noutro lugar, pergunto: alguma Constituição moderna terá surgido por costume ou terá cessado de vigorar por desuso? Não, o costume constitucional — como o costume em qualquer ramo do Direito estatal desde o século XVIII — só se forma por referência a esta ou àquela norma constitucional escrita preexistente ou para dar tratamento a esta ou àquela matéria não contemplada em norma escrita. Em qualquer caso (e, neste aspecto, concordo com o Autor), longe de traduzir uma pretensa força normativa dos factos, é expressão directa de normatividade.

O costume *contra Constitutionem scriptam* não se torna possível senão quando esteja em sintonia ou, pelo menos, quando não seja discrepante da ideia de Direito e do princípio de legitimidade da Constituição. Admitir, por exemplo, que “a transição para o socialismo” consignada em alguns artigos do texto inicial da Constituição portuguesa, tenha caído por virtude de costume (como foi sugerido por MARCELO REBELO DE SOUSA) somente faz sentido porque ela não integrava o seu cerne e dependia, para ser concretizada, do princípio democrático, da “vontade do povo português”.

A imensa maioria das normas constitucionais consuetudinárias surge no domínio das competências e das interdependências dos órgãos do Estado e são raríssimas as que afectam os direitos fundamentais. Por isso, e embora se requeira tanto a convicção de obrigatoriedade dos titulares desses órgãos quanto a dos cidadãos, elas não adquirem um peso decisivo para uma parametrização normativa consistente com a igual dignidade dos homens. E as normas jusfundamentais, que lhe correspondem, são normas inscritas no “documento-Constituição” pela autoridade jurídica do poder consistente e do poder de revisão.

Servindo-me até de uma fórmula feliz de Luís Pereira Coutinho (pág. 102): uma teoria do Direito sem política nada pode contra uma teoria da política sem Direito.

## IV

17. Não posso deixar, na especialidade, de chamar a atenção para alguns pontos de discordância, entre vários, e para algumas incorrecções que encontrei na dissertação:

- a) A crítica dirigida ao iluminismo (págs. 53, 133 e segs., 155 e segs.) justifica-se na esfera filosófica, enquanto ele conforma a autonomia do Homem como “auto-suficiência moral”, desprovido os direitos do homem de um fundamento sólido, ético ou valorativo. Não pode, porém, obliterar-se o seu grande contributo histórico para a implantação positiva desses direitos não só nos textos constitucionais como, talvez mais ainda, nas leis penais, processuais penais e penitenciárias, com preocupações humanizadoras em contraste flagrante com o Antigo Regime.
- b) Afirma o Candidato que a Declaração Universal é a herdeira directa, no plano histórico e filosófico, da Declaração de Independência dos Estados Unidos (pág. 63, nota). Não vislumbro como, por serem muito diversos os contextos e por a Declaração Universal, designadamente, proibir a escravatura (art. 4.º) e consagrar o direito à nacionalidade (art. 15.º) e os direitos económicos, sociais e culturais (arts. 22.º e segs.).
- c) Afirma que JACQUES MARITAIN foi o fundamental arquitecto da Declaração Universal (pág. 134) e parece atribuir a *Ética a Nicómaco* a TOMÁS DE AQUINO (pág. 619, nota). Não é exacta a primeira asserção e a segunda deve ser um lapso.
- d) Ao confrontar as concepções de soberania popular na Revolução americana e na Revolução francesa (págs. 266 e segs.), não questiona as conexões que existe entre o princípio democrático e os princípios da maioria e da representação política.
- e) O Doutorando sustenta que as revisões constitucionais de 1982 e 1989 se limitaram a comprovar uma “prática legislativa e política” que havia decorrido à margem de qualquer texto (pág. 392). Não foi tanto assim, como o mostra a história dessas revisões.
- f) Congratula-se por a jurisprudência constitucional antes de 1982 e 1989, sem sucumbir aos factores reais do poder, ter reconhecido a sobreposição de uma normatividade não escrita a uma normatividade escrita, a que o “povo português”, enquanto “vontade geral”, exercia a força de se subordinar, distinguindo-a daquela que o legislador constituinte de 1976 havia meramente posto (pág. 394).

Rejeito este entendimento: 1.º porque é demasiado vaga essa tal “vontade geral”; 2.º porque a jurisprudência trabalhou sempre sobre os preceitos e princípios constitucionais, procurando nunca exceder as

- balizas da hermenêutica jurídica; 3.º) porque nunca a jurisprudência se socorreu de qualquer norma de origem consuetudinária não escrita.
- g) Sustenta que o Direito constitucional português da integração europeia não pode ser o *locus* normativo em cujo âmbito se pense a integração europeia (pág. 540). Eis uma perspectiva só concebível quando se configure a integração europeia em moldes de federalismo — e de federalismo já realizado, o que não se verifica.
- h) Enxerga no n.º 2 do art. 16.º da Constituição uma expressão de positivismo (págs. 564-565, nota). Não, nunca poderia ser, pela abertura ao Direito internacional, pela recepção, logo, no n.º 2, da Declaração Universal como critério de interpretação e integração dos preceitos respeitantes a direitos fundamentais e por a base destes ser a dignidade da pessoa humana. A jusfundamentalidade depende da Constituição material.
- i) Segundo se lê (a pág. 402), eu teria escrito que, após a entrada em vigor do texto de 1976, estavam ainda por resolver problemas nucleares sobre “aspectos globais da obra constitucional” e “sobre o sentido normativo fundamental da Constituição, em especial da Constituição económica” (pág. 402). Não, o que digo é que à volta desses aspectos e desse sentido se abriu um debate com relevo inédito (na ed., a 7.ª, citada do tomo I do *Manual de Direito Constitucional*, pág. 375).

## V

18. Termino, reiterando ao Mestre Luís Pedro Dias Pereira Coutinho todo o meu muito apreço pelas suas qualidades universitárias e pela obra que me coube apreciar, com votos de todas as felicidades neste momento e na continuação da sua carreira.