

VOLUME XLI — N.º 1

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



2 0 0 0



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
fundada em 1917
Periodicidade semestral
XLI — N.º 1 - 2000

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
- MESTRE LUÍS MÁXIMO DOS SANTOS
- MESTRE EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Secretário)
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 217 977 053/54 — Telecópia 217 950 303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telefs. 239 82 3372 / 239 82 5459 — Fax 239 83 7531

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Dezembro de 2000

I Doutrina

<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Os impulsos federais na Construção Europeia	7
<i>Jorge Miranda</i> — Sobre a <i>Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia</i> . Parecer Breve.....	17
<i>Eduardo Paz Ferreira</i> — Desenvolvimento e Direitos Humanos.....	23
<i>António Pedro Barbas Homem</i> — A organização institucional das relações internacionais, dos descobrimentos ao liberalismo.....	35
<i>Ana Ferenanda Neves</i> — Os “desassossegos” de regime da função pública...	49
<i>Bernardo Diniz de Ayala</i> — Monismo(s) ou Dualismo(s) em Direito Administrativo (?). Gestão Pública, Gestão Privada e Controlo Jurisdicional da Actividade Administrativa	71
<i>Luís Pedro Pereira Coutinho</i> — As Duas Subtracções. Esboço de uma Reconstrução da Separação entre as funções de Legislar e de Administrar	99
<i>Jorge Bacelar Gouveia</i> — Autonomia Regional, Procedimento Legislativo e Confirmação Parlamentar	135
<i>Leonel Severo Rocha</i> — Teoria do Direito e Transnacionalização.....	183
<i>Edson Xavier Lucena de Araújo</i> — Serviços Públicos e Tutela do Consumidor	189
<i>Cláudio Brandão</i> — Inconsciência de Antijuridicidade — Sua visão na dogmática penal e nos tribunais brasileiros.....	251

II Jurisprudência

<i>Frederico Lacerda da Costa Pinto</i> — Tendências da Jurisprudência sobre contra-ordenações no âmbito dos Mercados de Valores Mobiliários ..	299
---	-----

III Legislação

<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Parecer sobre a “Proposta de Alteração ao Código da Propriedade Industrial”	317
--	-----

IV Vida Universitária

<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Parecer sobre o relatório apresentado pela Doutora Fernanda Palma no Concurso para professor associado da Faculdade de Direito de Lisboa.....	339
<i>Ruy de Albuquerque</i> — Evocação de Raúl Ventura	345

<i>Ruy de Albuquerque</i> — Apreciação crítica do Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino apresentado pelo Prof. Doutor António dos Santos Justo no Concurso para Professor Agregado.....	365
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Elogio do Doutorando, Sua Eminência o Cardeal Dom Alexandre do Nascimento	373
Discurso de Sua Eminência o Cardeal Dom Alexandre do Nascimento...	381
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Elogio ao Professor Sir Alan Peacock.....	387
<i>Alan Peacock</i> — Economics and law: An irresistible combination	391
<i>Jorge Miranda</i> — A Constituição Laboral ou do Trabalho — Súmula da lição proferida no 1.º Curso de Pós-Graduação de Direito do Trabalho — 5 de Janeiro de 2000.....	395
<i>Jorge Miranda</i> — Curso de pós-graduação de Ciências Jurídico-Ambientais. Ano Lectivo 1999/2000. Direito Constitucional do Ambiente. Programa.....	399
<i>Jorge Miranda</i> — Universidade dos Açores e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Curso de Direito Regional — Módulo de Justiça Constitucional — 31 de Março de 2000	403
<i>Maria Luísa Duarte</i> — Direito Administrativo Europeu — Programa e Bibliografia.....	409
<i>Paulo Otero</i> — Sumários de um Curso de Direitos Fundamentais.....	417
<i>José de Melo Alexandrino</i> — Das insuficiências do direito disciplinar aplicável aos estudantes universitários.....	433
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — A formação de quadros administrativo-parlamentares sobre direitos humanos, democracia e sociedade plural em Cabo Verde — Relatório	443
<i>Florbela Pires</i> — Faculdade de Direito de Lisboa — Faculdade de Direito de Bissau. Direito Internacional Privado 1997/1998 — Março de 2000.....	485
<i>Airi Rovio-Johansson</i> — Institutional Audit of the University of Lisbon...	491
Memorando sobre a insuficiência do número de docentes na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	509
Memorando (relativo a um novo edifício para os Institutos de Investigação)...	515
Protocolo com vista à reconstrução de Timor	517
Convénio entre o Conselho Nacional de Resistência Timorense e a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	519
Timor e o Direito	521

v **Trabalhos de Alunos**

<i>Gabriel António Órfão Gonçalves</i> — Da Personalidade Jurídica do Nascituro	525
---	-----

SOBRE A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

PARECER BREVE (*)

JORGE MIRANDA

1. A problemática dos direitos fundamentais tem que ver com as relações das pessoas com o poder.

Até agora, ela tem-se posto essencialmente quase só nas relações com o Estado e com poderes sociais e poderes fácticos dentro dele.

Mas as transformações aceleradas em curso levaram a deslocá-la também para outras áreas: para a das empresas transnacionais (sobretudo por causa da globalização), para a de certas organizações internacionais e para a das Comunidades e da União Europeia.

2. O aumento da atribuição das Comunidades e a formação da União Europeia colocam na ordem do dia a necessidade de subordinação dos comportamentos dos seus órgãos a normas precisas de garantia e efectivação dos direitos fundamentais.

O crescente número de actos comunitários, com crescente densidade normativa, tem de ser acompanhada de um reforço da vinculatividade jurídica. Só assim poderá falar-se em "Comunidades de Direito", por coerência com os Estados de Direito que as integram.

3. Por isso, o artigo 6.º do Tratado de Amesterdão (artigo F do Tratado de Maastricht) prescreve com clareza:

"A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais...".

"A União respeitará os direitos fundamentais, tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais de Direito Comunitário".

4. A partir desta cláusula e dos princípios para que apela pode considerar-se já existir um quadro suficientemente preciso de garantia. E, por certo, o Tribunal de Justiça

(*) Parecer solicitado pela Assembleia da República.

— à semelhança do que tem feito em todas as outras questões submetidas à sua apreciação — tem todas as condições para formular uma jurisprudência criativa e abrangente com respostas adequadas aos problemas que se suscitirão.

Assim como Tribunal de Justiça traçou as grandes linhas de desenvolvimento e de eficácia do Direito Comunitário, também será capaz de encontrar as soluções substantivas de afirmação de direitos fundamentais perante os poderes comunitários e da União.

5. Admitindo sem conceder que se entenda menos idónea esta perspectiva (por não se querer confiar demasiado no Direito pretoriano nesta matéria), poderá defender-se a adopção de um texto articulado de preceitos — de explicitação dos grandes princípios — que, desde logo, se imponham a todos os órgãos e agentes das Comunidades.

Mas que tipo de texto articulado?

6. Três vias se deparam aqui:

- a) Ou o aditamento ao Tratado da União Europeia, em próxima reforma, de um novo título sobre direitos fundamentais (a incluir na parte II, a qual passaria a versar sobre "cidadania europeia e direitos fundamentais" e sendo certo que os direitos compreendidos na "cidadania europeia" têm como sujeitos passivos tanto as Comunidades como os Estados-membros);
- b) Ou a adesão das Comunidades à Convenção Europeia dos Direitos do Homem;
- c) Ou a aprovação de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

7. E esta terceira via que, aparentemente, pretende seguir-se, através dos trabalhos de uma *convenção* (composta por representantes do Parlamento Europeu, dos Parla-mentos nacionais, da Comissão e dos Governos dos Estados-membros) e com possível (segundo alguns sugerem) sujeição a um referendo europeu.

E é ela que nos merece as mais sérias objecções, pelos motivos que a seguir se enun- ciam sinteticamente.

8. Em primeiro lugar, se estão apenas em causa direitos perante ou contra as Comunidades e a União, e não também perante ou contra os Estados-membros, mal se compreende por que motivo o respectivo catálogo e os inerentes mecanismos de garan- tia ficam fora dos Tratados (afastados de normas — como as relativas à defesa dos consumidores, à educação ou ao ambiente — de não pouca relevância para os direitos fundamentais).

Se estão apenas em causa direitos perante ou contra os órgãos das Comunidades e da União, mal se compreende como a "Carta" contém proclamações de carácter geral, redundantes em face do referido artigo 6.º do Tratado de Amesterdão, e até garantias de direitos (por exemplo, em matéria penal) que não fazem sentido senão perante ou con- tra os Estados-membros.

9. Bem pelo contrário, o intuito subjacente à Carta afigura-se ser o de represen- tar um passo para a *constitucionalização* e, mediante esta, para a federalização europeia.

O nome e o conteúdo são inequívocos, tal como o procedimento em curso e o que, porventura, virá depois a culminar num pretense acto constituinte.

Não cabe neste parecer apreciar a problemática da Constituição europeia e do federalismo. Cabe, porém, salientar um postulado: o da transparência e da autenticidade. Ora, não é transparente um procedimento em que se afirma visar determinada finalidade, relativamente circunscrita, e, ao mesmo tempo, se produzem factos que indiciam outra finalidade.

A construção europeia, rumo a mais e mais coesão e a mais e mais união política — a fazer-se — deverá fazer-se assumindo, em cada momento, o que se almeja alcançar; não recorrendo a procedimentos preparatórios de factos consumados.

10. Em segundo lugar e precisamente por causa da dimensão que, de modo implícito, se vem a conferir à Carta, ela envolve a ideia, senão da substituição das Constituições nacionais, pelo menos de prevalência sobre elas. Será esta prevalência que o Tribunal do Luxemburgo (na esteira da sua conhecida tese) cedo virá a afirmar, arredando as posições dos Tribunais Constitucionais nacionais.

A priori essa prevalência não deveria afectar as normas constitucionais internas mais favoráveis ou normas que outorguem mais direitos ou maior concretização de direitos (conforme sucede no Direito internacional dos Direitos do Homem). Receamos bem, no entanto, que tal não se verifique necessariamente, em face das orientações integracionistas daquele Tribunal.

Um confronto entre a Carta e uma Constituição como a portuguesa pode, nestas circunstâncias, conduzir a um grave empobrecimento quer de muitos direitos, liberdades e garantias quer da maior parte dos direitos económicos, sociais e culturais. E a isso acresce a redacção extremamente deficiente das primeiras (e, espera-se, provisórias) disposições da Carta.

11. Em terceiro lugar, ainda nessa óptica, a Carta envolve o risco de um cavar do fosso entre os países comunitários e os restantes países europeus.

Estes continuariam partes na Convenção Europeia — com uma lista relativamente curta de direitos, mesmo depois dos Protocolos Adicionais (sem embargo da enorme importância do acesso directo possível dos indivíduos ao Tribunal de Estrasburgo). Ao invés, os cidadãos dos países membros da União beneficiariam tanto da tutela atribuída pela Convenção quanto da tutela adicionada pela Carta (embora com as dificuldades da sobreposição e da compatibilização a efectuar).

Nada justificaria esta separação. Se há fortes razões económicas e políticas para o alargamento das Comunidades se realizar por fases e, quiçá, sem ter de abarcar todo o Continente, nenhuma razão se divisa para o sistema de direitos fundamentais, *a nível convencional*, não ser o mesmo para todos os Estados europeus. Se há património comum a todos eles, esse é o dos valores subjacentes aos direitos da pessoa humana. Não falam até alguns autores num *jus cogens* regional europeu, a essa luz?

12. Sendo, pelo exposto, descabida e inconveniente a Carta (no mínimo, nos moldes como aparece), restam as duas outras pistas: a inserção no Tratado da União de normas (ou de mais normas) sobre direitos fundamentais ou a adesão das Comunidades à Convenção Europeia.

São duas hipóteses que podem ser postas em alternativa ou cumulativamente. Por nós, preferiríamos a adesão à Convenção, não nos parecendo, de jeito algum, invencíveis os obstáculos que se levantam quanto à repartição de competências jurisdicionais.

13. Em vez da Carta, seja-nos permitido lembrar, não exaustivamente, outras áreas em que os países comunitários poderiam e deveriam empenhar-se neste momento:

- A actualização da Convenção Europeia, incorporando os direitos ligados a progressos científicos e tecnológicos (como os concernentes à informática e à genética) e ao ambiente, bem como os direitos económicos, sociais e culturais consignados na Carta Social Europeia;
- A simplificação, pela integração dos Protocolos Adicionais no seu texto;
- A celebração de Convenções sobre problemas candentes como o da protecção dos imigrantes e o combate ao racismo;
- A aprovação e a ratificação urgentíssima do Estatuto de Roma, de 1998, do Tribunal Penal Internacional.

Seria nestas áreas, muito mais do que na Carta, que os Quinze da Europa comunitária poderiam e deveriam dar testemunho da sua crença na dignidade da pessoa humana.

14. As considerações acabadas de aduzir condicionam, naturalmente, as respostas ao questionário enviado pela Assembleia da República.

- a) Não se recomenda a celebração da Carta; não obstante, a ser celebrada, ela deverá, pela sua lógica própria, possuir carácter vinculativo e tutela jurisdicional.
- b) Tendo em conta as atribuições das Comunidades e da União e o princípio da subsidiariedade, a haver uma Carta, ela deve confinar-se aos direitos que podem ser vulnerados, por acção ou omissão, pelos seus órgãos; não deve ser uma declaração de direitos globalizante e com cláusula aberta.
- c) A haver Carta e, se ela não se contiver num âmbito razoável, só um diálogo paciente entre os Tribunais de Estrasburgo e do Luxemburgo permitirá ultrapassar os conflitos; à partida, não é possível definir os termos da relação entre a Carta e a Convenção.
- d) A integração de direitos sociais depende das mesmas premissas.
- e) Algo de semelhante se diga quanto aos direitos "novos".
- f) Ao invés, para efeito de novas competências e de novas formas de cooperação, é que se justificarão mecanismos de garantia — os previstos na Convenção Europeia (insista-se), com maiores ou menores adaptações.
- g) A Carta não trará nenhum valor acrescentado em direitos, liberdades e garantias clássicas, nem no plano constitucional interno, nem no jurídico-internacional.
- h) A Carta, como se disse, será sempre um *minus* diante da Constituição portuguesa.

- i)* A Carta poderá vir a ser, como tudo denuncia, um elemento para a "constitucionalização" da União Europeia.
- j)* Por imperativo ético indeclinável, os direitos fundamentais garantidos na Europa devem ser direitos dos europeus e dos não europeus que aqui residam.

Lisboa, 18 de Abril de 2000