

VOLUME XLIII — N.º 1

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



2 0 0 2



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
XLIII — N.º 1 - 2002

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
- MESTRE LUÍS MORAIS

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

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Julho de 2003

I Doutrina

<i>José de Oliveira Ascensão</i> — A reserva da intimidade da vida privada e familiar	9
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Direitos humanos — Uma lacuna no Tratado de Amizade Luso-Brasileiro?	27
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — A via federal	31
<i>Luís de Lima Pinheiro</i> — Competência internacional em matéria de contratos com consumidores	41
<i>Maria Luísa Duarte</i> — União europeia e entidades regionais: as regiões autónomas e o processo comunitário de decisão.....	55
<i>Fernando Araújo</i> — O Tribunal Penal Internacional e o problema da jurisdição universal	71
<i>Ana Maria Guerra Martins</i> — Les valeurs communes et la place de la Charte en Europe	121
<i>Dário Moura Vicente</i> — Problemática internacional dos nomes de domínio.....	147
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto e Silvia Alves</i> — O “Caso da baixela Germain” os factos e o Direito.....	171
<i>Filipe da Boa Baptista</i> — Ainda a questão da distinção entre Acordos e Tratados internacionais na Ordem Constitucional Portuguesa.....	207
<i>David Duarte</i> — Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross: a crítica, a inexistência de permissões fracas e a completude do ordenamento em matéria de normas primárias	257
<i>Carla Amado Gomes</i> — Le risque cet inconnu.....	283
<i>Gaetano Mosca</i> — A classe política (António Araújo).....	313
<i>Madalena Marques dos Santos e Miguel Lopes Romão</i> — Diferenças encontradas na comparação entre os Livros I e II das Ordenações Manuelinas... ..	349
<i>Alexandre Nuno Capucha</i> — Da intimação para um comportamento e sua articulação com a defesa do ambiente (Contributo para o seu reconhecimento como instrumento privilegiado para uma tutela ambiental acrescida).....	377

<i>Paula Vaz Freire</i> — O comportamento económico e o imperialismo da Economia.....	417
<i>Ana Rodrigues da Silva</i> — A responsabilidade ambiental por actos de Direito Internacional Público.....	429
<i>Sofia Tomé D'Alte</i> — O Sigilo Fiscal: um direito da administração tributária e uma garantia dos administrados	491
<i>Ivo Miguel Barroso</i> — Sobre o regime da alteração substancial de factos, na fase de julgamento, em processo-crime.....	511
<i>Helena Margarida Pires de Sousa Nunes</i> — Anglicismos em textos jurídicos portugueses	527
<i>Lourival Vilanova</i> — Política e Direito — Relação normativa.....	547
<i>Maria do Carmo Puccini Caminha</i> — O acesso à jurisdição no espaço integrado do Mercosul	555
<i>Sérgio Resende de Barros</i> — A função do senado no controle difuso de constitucionalidade no Brasil.....	577

II Trabalhos de alunos

<i>Diogo Costa Gonçalves</i> — Da “auctoritas” como elemento constitutivo da juridicidade: a génese do jurídico	585
<i>Miguel Sousa Ferro</i> — A iniciativa legislativa popular.....	611

III Jurisprudência

<i>Maria Raquel Rei</i> — Acórdão da Relação de Lisboa de 5 de Fevereiro de 2002 (Anotação).....	689
--	-----

IV Legislação

<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — O regime jurídico-legal do Instituto Hidrográfico como laboratório de Estado: um projecto legislativo adiado que prejudica Portugal	707
<i>Luís Duarte D'Almeida, António Lamego e Sónia Reis</i> — Para reforma do direito penal e disciplinar da Marinha mercante.....	759
<i>Marco Alexandre Saias</i> — A Convenção sobre os direitos da criança.....	793

V Vida Universitária

<i>João Baptista Villela</i> — “Lectio Brevissima”	853
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de uma disciplina de Direito Constitucional	

(Justiça Constitucional) para um curso de mestrado, apresentado pelo Doutor Fernando Alves Correia em provas de agregação.....	857
<i>Pedro Ferreira Múrias</i> — Programa de Direito das Obrigações (turma da noite — ano lectivo de 2001-2002).....	865
VI Recensões	
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — Karl Galinsky, <i>Augustan Culture-An Interpretive Introduction</i> , Princeton-New Jersey, Princeton University Press, 1996, 474 pp. ISBN 0-691-05890-3 (pbk.)	905

**APRECIÇÃO DO RELATÓRIO SOBRE O PROGRAMA,
OS CONTEÚDOS E OS MÉTODOS DO ENSINO
DE UMA DISCIPLINA DE DIREITO CONSTITUCIONAL
(JUSTIÇA CONSTITUCIONAL)
PARA UM CURSO DE MESTRADO, APRESENTADO PELO
DOUTOR FERNANDO ALVES CORREIA
EM PROVAS DE AGREGAÇÃO (*)**

JORGE MIRANDA

1. A carreira universitária em Portugal encontra-se mal estruturada. Não é esta a primeira vez em que me tenho pronunciado, a par de tantos outros professores, pela reforma do estatuto de 1979-1980; mas, provavelmente, não será a última, frente à indiferença e ao imobilismo quer dos órgãos legislativos competentes quer mesmo dos órgãos universitários.

Um dos mais chocantes aspectos negativos dessa situação diz respeito às provas de agregação (por sinal, reguladas ainda em diploma avulso e desgarrado) e patenteia-se, em particular, numa prova como a que vai agora decorrer.

Que a apreciação de um relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de uma disciplina estivesse previsto aquando da passagem de assistente a professor seria bem conveniente, pois não basta ter demonstrado, em provas de doutoramento, elevada capacidade científica; um professor tem também de possuir maturidade pedagógica e a defesa de tal relatório poderia ser um meio, entre outros possíveis, de a avaliar.

Ou que havendo, como se sabe, uma exigência idêntica no concurso para professor associado, bem seria que então a prova fosse pública e contraditória — como impõem os mais elementares princípios académicos e do Estado de Direito — e que se evitassem duplicações em fase subsequente da carreira.

O que não se compreende, o que não se justifica de modo algum é que se realize no momento da agregação — quando o candidato leva anos e anos de professor, com sucessivas regências confirmadas pelo conselho científico; e, se, em simples hipótese académica, o resultado não fosse favorável, tal acaba-

(*) Na Universidade de Coimbra, em 28 de Maio de 2002.

ria por se reflectir não só sobre o passado do candidato como até sobre a própria Escola.

Por isso, tem toda a razão o Doutor Fernando Alves Correia quando afirma no início do relatório que teve de apresentar (a pág. 6) que mais valia exigir aos candidatos nas provas para professor agregado a elaboração de umas *lições*, onde fossem desenvolvidas as matérias constantes do programa da disciplina formulado no *relatório* do concurso para professor associado. Seria interessante, porque seria uma sequência natural e porque assim se iria habilitando diferentes disciplinas com textos escritos pelos respectivos professores.

2. Cumprindo, entretanto, a obrigação universitária que agora sobre mim impende, começarei por reconhecer que constitui direito do candidato escolher o objecto do seu relatório.

Mas se a preferência manifestada é, sem dúvida, legítima e insindicável, isso não obsta a que se suscitem algumas observações prévias,

3. Em primeiro lugar, optando por uma disciplina do mestrado, seria de esperar que o candidato desvendasse o seu pensamento acerca do presente e do futuro deste tipo de cursos em face de factos, com a recente criação de programas de doutoramento ou de doutorado na sua Faculdade e noutras Escolas e como a chamada Declaração de Bolonha (que aponta para licenciaturas de três anos seguidas de mestrados de dois anos).

Deve manter-se o mestrado tal como o conhecemos e temos praticado nos últimos vinte anos em Coimbra e em Lisboa? Pode haver mais de um modelo? Devem os melhores alunos, logo após a parte lectiva, ser encaminhados para a dissertação de doutoramento? Deverá este mestrado, pura e simplesmente, desaparecer? Ou poderá coexistir com os cursos de doutoramento? E tudo com que base legal?

Como encara o candidato a "Declaração de Bolonha"? Será extensível às Faculdades de Direito? E, a estender-se, quando será feita a investigação pós-graduada? Será uma mera mudança de nomes? Ou não haverá, por detrás do dito processo, um intuito uniformizador (maior, porventura, do que em qualquer Estado federal)? Ou um intuito de desinvestimento público no ensino superior? Ou mais uma tendência para a hegemonia de certos países?

Em suma: tendo em conta tantas interrogações e perplexidades, que destino poderá vir a ter, a médio prazo, o programa em análise?

4. Quanto a incidir a disciplina sobre a justiça constitucional, essa vem a ser decisão a que não regateio todo o aplauso, pela inultrapassável relevância que ela ocupa como banco de ensaio de efectividade da Constituição (conforme venha sustentando desde o *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*,

vindo a lume em 1968, em contexto político-constitucional muito diferente do de hoje): a Constituição só será garantia, se for ela própria garantida.

E essa relevância fica excelentemente demonstrada pelo Doutor Fernando Alves Correia nas páginas introdutórias do seu relatório, ao referir-se à acção imediata das decisões de inconstitucionalidade na vida jurídica e sobre as tarefas do legislador, o seu papel interpretativo-concretizador das normas constitucionais, os efeitos sobre a tutela dos direitos fundamentais, o equilíbrio dos poderes do Estado e o consenso constitucional, a sua irradiação para o Direito ordinário, enfim as suas repercussões nas revisões constitucionais.

Tão-pouco se suporia questionar (muito pelo contrário) o candidato — que vem leccionando as matérias da justiça constitucional em sucessivos cursos de mestrado desde 1994-1995 — por ter querido oferecer a sua experiência docente ao juízo crítico da comunidade académica.

Todavia, se é insindicável a escolha do objecto, já não o é a definição do programa e dos conteúdos. Se não estão em causa a dignidade científica e a importância didáctica do estudo da justiça constitucional, já se oferece contestável o modo como a disciplina aparece estruturada, tendo em conta a sua localização e a sua função.

5. O programa proposto abrange duas partes: uma primeira, de linhas gerais do sistema português de justiça constitucional; e uma segunda parte, ocupada com temas de jurisprudência. E ali, tudo assenta numa exposição a cargo do professor, embora, com a participação dos alunos; aqui em trabalhos individuais destes, submetidos a debate.

Ora, se o programa da primeira parte se enquadraria muito bem no curso de licenciatura — fosse no âmbito de uma primeira cadeira de Direito Constitucional, fosse como programa de uma disciplina de especialização ou de pré-especialização — em contrapartida não se enxerga como se ajusta a um curso de mestrado.

Nenhum aluno pode formar-se em Portugal, nos nossos dias, sem dominar as matérias relativas à garantia da constitucionalidade na tríplice vertente teórica, histórico-comparativa e de Direito positivo (e o que se diz de Portugal vale similarmente para alunos vindos do Brasil e de outros países). Num curso de mestrado — cuja nota distintiva deve ser a investigação — elas devem considerar-se pressupostas ou adquiridas. Não carecem de ser ministradas de novo ou como novidade.

Isso mesmo reconhece o próprio candidato (a pág. 7):

«Tendo como destinatários normais os titulares de licenciatura em Direito, ou habitação equivalente, com classificação mínima de 14 valores, aquele curso não deve prosseguir um objecto meramente *quantitativo*,

traduzido num *alargamento* ou *extensão* dos conhecimentos dos alunos em matérias não leccionadas, por carência de tempo no curso conducente à licenciatura; antes deve ser orientado para um fim essencialmente *qualitativo*, que se expresse num *aprofundamento* em domínios científicos mais restritos e especializados...».

Mas o propósito assim declarado não tem concretização na primeira parte. Basta ler as rubricas das suas sete divisões: origens, antecedentes históricos, jurídicos e políticos e legitimidade da justiça constitucional; órgãos de justiça constitucional; caracterização do Tribunal Constitucional; âmbito, objecto e padrões de fiscalização da constitucionalidade; modalidades e vias processuais; o Tribunal Constitucional e outros Poderes do Estado; o Tribunal Constitucional e os Tribunais Europeus. A contradição afigura-se nítida.

Quanto à segunda parte, concedo que a dilucidação de algumas importantes questões à luz da jurisprudência seja um caminho interessante e útil. Contudo, ela representa um certo corte no travejamento do programa e, sobretudo, pergunto se tal tarefa não terá sido já, em larga medida, obtida nas cadeiras da licenciatura, porquanto ninguém pode conhecer o Direito constitucional português sem prestar a devida atenção às grandes orientações jurisprudenciais.

6. Do travejamento menos adequado do *programa* — sobretudo na primeira parte e com reflexos na segunda — decorre a índole essencialmente descritiva dos *conteúdos*, a qual ressalta à vista desarmada e aparentando, em vários passos, ser mais própria de uma espécie de comunicação ou relatório dirigido a um colóquio internacional (e com pormenores excessivos como os atinentes ao regime financeiro e à secretaria do Tribunal).

Não seria bem melhor, em vez de uma explanação do sistema português vigente de fiscalização da constitucionalidade, tomar como alvo de análise algum ou alguns dos grandes problemas com que se defronta a justiça constitucional, seja na Europa e no mundo, seja, mais concretamente, no nosso País? Não seria bem melhor, para os alunos, em vez de os dispersar por um rol de assuntos, empreender com eles uma análise monográfica com contributos inovadores para o progresso da ciência?

Assim, dentro do vastíssimo campo da justiça constitucional, por certo poderiam ser aprofundados e discutidos um problema recorrente como o do seu fundamento; ou o da sua conexão com as concepções de democracia e de Estado de Direito; ou o da sua interdependência do regime de direitos fundamentais; ou o dos tipos de decisões de fiscalização em face do legislador; ou o dos valores jurídicos da inconstitucionalidade; ou daquilo a que determinados Autores vão chamando interconstitucionalidade; ou o do contencioso eleitoral e partidário; ou o do processo constitucional.

Qualquer destas questões poderia, depois, ser decomposta em subtemas para efeito de investigação e exposição pelos alunos.

7. Aliás, mesmo admitindo como base de referência o esquema adoptado pelo candidato, não seriam dispensáveis a problematização e a tomada de posições pessoais. Tal não se verifica, no entanto, ou apenas se verifica muito timidamente, mesmo quando se alude à contraposição entre as teses de KELSEN e de CARL SCHMITT ou à contraposição entre o modelo difuso de matriz norte-americana e o modelo concentrado de matriz austríaca.

O leitor fica sem saber, por exemplo, como o Doutor Fernando Alves Correia encara a legitimidade da justiça constitucional (apesar de serem apontadas várias vias de solução) ou como conjuga a força jurídica da Constituição — de que o juiz constitucional é instrumento — com o primado do Direito internacional ou com a atitude federalista do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

O papel primário dos tribunais em geral na fiscalização concreta e a temática das suas relações com o Tribunal Constitucional não merecem o devido relevo no relatório (demasiado centrado neste Tribunal). Assim como, por outro lado, ficam de fora pontos incontornáveis como o da inconstitucionalidade das decisões do próprio Tribunal ou o da inconstitucionalidade da revisão constitucional.

Finalmente, não se ponderam perspectivas de evolução ou de eventual reforma do sistema (que há muito vêm sendo aventadas por agentes políticos ou por especialistas), como a adopção ou não do sistema de incidente de inconstitucionalidade na fiscalização concreta, a subsistência ou não do controlo preventivo ou do controlo da inconstitucionalidade por omissão ou o enxerto neste de elementos de fiscalização concreta, a fiscalização da inconstitucionalidade de actos políticos ou alterações na designação dos juizes do Tribunal Constitucional; a única excepção depara-se a respeito do recurso de amparo (págs. 21-22, nota).

Acresce que os apoios doutrinários procurados nem sempre se mostram os mais significativos ou os que mais contribuiriam para uma pesquisa actualizada e actualizadora. E a bibliografia correspondente ao sistema português, indicada a final, não é completa: faltam os importantes livros de VITALINO CANAS, *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional e Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, e de PAULO OTERO, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, bem como a obra colectiva *La justice constitutionnelle au Portugal*. Causa também estranheza que só se mencione um livro de autor brasileiro, quando, nos últimos anos, no Brasil se assiste a um intenso surto de valiosas publicações de Direito constitucional.

Ainda à margem disto, lamento que o candidato não tenha incluído na bibliografia, nem tenha utilizado nenhum estudo sobre o ensino do Direito constitucional.

8. Há vários passos no capítulo dos conteúdos que me suscitam ora reparos ora divergências. Entre outros:

- Ao dar conta da fiscalização da constitucionalidade no primeiro período de vigência da Constituição de 1976 (págs. 48-49 e nota), aparece muito subalternizada a Comissão Constitucional, precursora do Tribunal Constitucional e aí com intervenção muito mais significativa do que a do Conselho da Revolução e esquece-se que para a Comissão havia também recurso quando qualquer tribunal aplicasse norma por ela anteriormente julgada inconstitucional;
- Não foram só os constitucionalistas citados a pág. 54, nota, que preconizaram a impossibilidade de renovação dos mandatos dos juízes do Tribunal Constitucional; outros já a defendiam desde a sua criação;
- É pena não se explicar a função dos votos de vencido e das declarações de voto (pág. 57);
- Parece pouco elucidativa a classificação das competências do Tribunal Constitucional em *competências nucleares* e *outras competências* (págs. 59 e segs.); seria preferível classificá-las em competências contenciosas e não contenciosas ou em competências estrita e não estritamente jurisdicionais;
- Não existe um princípio “implícito” de proibição da retroactividade das leis (ao contrário do que se lê a pág. 79); para além das normas expressas (arts. 18.º, n.º 3, 29.º, n.º 2, 32.º, n.º 9, e 103.º, n.º 3), tal princípio só existe (como tem sido entendimento constante do Tribunal) como corolário do princípio da protecção da confiança;
- Não se vislumbra como distinguir normas interpostas e normas constantes de leis de valor reforçado (págs. 88-89) e é, no mínimo, muitíssimo duvidoso que estas leis e as leis gerais da República sejam leis de hierarquia superior a outras leis (pág. 89);
- Ao noticiarem-se as críticas às decisões aditivas, citam-se alguns Autores italianos (págs. 107-108, nota) e esquecem-se as páginas vigorosas (e com as quais, de resto, eu próprio não concordo) que ao assunto dedica RUI MEDEIROS em *A decisão de inconstitucionalidade*;
- Admite-se (a pág. 109, mas não a pág. 115) que as decisões de inconstitucionalidade na fiscalização preventiva adquiram força geral;
- Em nome do princípio do pedido, mas sem fundamentar, nega-se ao Tribunal Constitucional o poder de conhecer *ex officio* de normas repristinandas (pág. 125, nota).

9. O candidato divide o ano lectivo em três períodos um primeiro, preenchido com a exposição pelo professor e indo desde meados de Outubro a fins

de Janeiro; um segundo, durante o qual os alunos devem concluir os seus trabalhos e em que as aulas são interrompidas, abrangendo os meses de Fevereiro e Março; e um terceiro, constituído pela discussão e pela apreciação desses trabalhos e que se estende até meados de Julho.

Parece-me excessivo o primeiro período — três meses — não apenas por vir em detrimento do terceiro como ainda por ser consagrado a matérias, dentro do programa acolhido, em que os alunos, sendo alunos de mestrado (permita-se-me a insistência), pela natureza das coisas já devem mover-se com facilidade.

Quanto à interrupção das aulas a meio do ano e ao seu prolongamento, de seguida, até Julho, há aí vantagens e inconvenientes. Vantagens: contanto que obtida a coordenação com as outras disciplinas que os alunos têm que frequentar, eles ficarem com tempo livre para preparar e redigir os seus trabalhos. Inconvenientes: as aulas vão, a partir de certa altura, sobrepor-se à época de exames, na qual estarão envolvidos o professor e talvez alguns alunos (que sejam, simultaneamente, assistentes); e, muitos destes (senão a maior parte) chamados a aperfeiçoar ou a refundir os seus estudos para uma versão final, após a apreciação, terão perturbadas as suas férias e encurtados os dias para se voltarem para as respectivas dissertações.

Julgo maiores os inconvenientes do que as vantagens e nas regências de mestrado a meu cargo tenho adoptado um perfil diverso. Mas creio também que a decisão aqui pertence à esfera de liberdade do professor e ao âmbito de organização da Escola.

10. Resta dizer algumas brevíssimas palavras acerca dos métodos, para manifestar inteira concordância:

- Concordância com o princípio da participação activa de todos os alunos em todas as fases do ensino da disciplina; com a metodologia de apresentação dos trabalhos dos alunos; e com os critérios de avaliação.

Senhor Doutor Fernando Alves Correia

Tenho por V. Ex.^a muita consideração e apreço. O seu percurso académico é um exemplo de esforço sério, perseverante e tenaz. As suas obras, com alguns contributos significativos no Direito urbanístico, revelam um estudioso atento a alguns dos maiores problemas jurídicos de que depende a qualidade de vida no nosso tempo e um estudioso que sabe conciliar a teoria com a visão prática. Durante anos desempenhou uma missão de carácter público como Juiz do Tribunal Constitucional.

As reflexões críticas que — por dever de ofício — acabo de emitir acerca do seu relatório não diminuem os méritos que ele outrossim ostenta, desde a justeza na escolha do objecto da disciplina à clareza da escrita e à preocupação pedagógica de constante diálogo e interacção com os alunos. Tome-as, por conseguinte, como aquilo que representam: um estímulo à persistência na pesquisa, um desafio para ir mais longe, um incentivo para que continue a servir, mais e melhor, a Universidade.