

CATÓLICA LAW REVIEW

VOLUME I \ n.º 1 \ jan. 2017

DOCTRINA

Axel Gosseries

Chaire Hoover d'Éthique Économique et Sociale
Université Catholique de Louvain

J. J. Gomes Canotilho

Professor Catedrático Jubilado
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Mattias Kumm

Inge Rennert Professor of Law – NYU School of Law
Research Professor – Humboldt University Berlin

Neil Walker

Regius Professor of Public Law and the Law of Nature and Nations
Edinburgh Law School

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Mário Aroso de Almeida

Professor da Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa

RECENSÃO

Luís Fábrika

Professor da Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA

Proprietário

Católica Research Center for the Future of Law
Católica Law Review
VOLUME I \ n.º 1 \ jan. 2017

Conselho de Direção

Rui Medeiros
Catarina Santos Botelho
Elsa Vaz de Sequeira
Gonçalo Almeida Ribeiro
Maria d'Oliveira Martins
Sofia Pais

Redação e Administração

Católica Research Center for the Future of Law
Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 21 721 41 78 | Fax. (351) 21 721 41 77
catolicallawreview.fd@ucp.pt | www.fd.lisboa.ucp.pt

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto Ref.ª UID/DIR/04859/2013.

© Universidade Católica Editora

Revisão Editorial	António Brás
Capa e conceção gráfica	Ana Luísa Bolsa 4 ELEMENTOS
Paginação	acentográfico
Impressão	Sersillito – Empresa Gráfica, Lda.
Depósito Legal	0
Data	janeiro 2017
Tiragem	300 exemplares
Periodicidade	quadrimestral
ISSN	2183-9336



Universidade Católica Editora
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020 | Fax. (351) 217 214 029
uce@uceditora.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

ÍNDICE

9 Nota da Direção

DOCTRINA

11 As gerações, o rio e o oceano **Axel Gosseries**

Resumo: Seguindo a sugestão de Jefferson¹, propomo-nos analisar a comparação entre nações e gerações no quadro de uma teoria filosófica de justiça e democracia, que se debruça sobre os nossos deveres para com os membros de outras gerações. Concentramo-nos em três das características comuns às relações intergeracionais, através de uma comparação com situações internacionais específicas. A primeira consiste na imobilidade temporal das pessoas além do período entre o seu nascimento e a sua morte. Esta imobilidade leva a que certos recursos específicos a certos períodos se tornem inacessíveis às gerações de outros períodos, o que pode ser relevante para certas teorias de justiça. Em seguida, apreciamos as características de enclave que cada geração possui. A transmissão intergeracional de bens depende pois da colaboração passiva e ativa das gerações de trânsito. Mostramos em que medida este aspeto é relevante para a definição das nossas obrigações de justiça intergeracional. Por fim, insistimos no carácter unidirecional da passagem do tempo – desta feita através de uma analogia com as nações ribeirinhas – e o seu efeito sobre a distribuição temporal dos custos e benefícios e das vulnerabilidades. Examinamos as suas implicações normativas possíveis para a definição de uma distribuição justa do poder entre gerações. Através das três ilustrações esperamos mostrar a pertinência desta abordagem anatômico-analógica para o entendimento daquilo que devemos às outras gerações e, em particular, às gerações futuras.

Palavras-chave: relações entre gerações; justiça intergeracional; transmissibilidade temporal de bens; consumo e transmissão extraperiódicos de bens

Abstract: Following Jefferson's suggestion, we seek to examine the analogy between nations and generations within a philosophical theory of jus-

1 «We seem not to have perceived that, by the law of nature, one generation is to another as one independent nation to another» (Jefferson to Madison, Sept 6, 1789).

tice and democracy concerned with our duties towards the members of future generations. We focus on three features common to intergenerational relations through a comparison with distinctive international situations. The first concerns the temporal immobility of persons beyond the period ranging from their birth to their death. This immobility implies that certain resources particular to certain periods are inaccessible to the generations living in other periods, and that might be a significant fact within certain theories of justice. We consider next the enclave traits unique to each generation. The intergenerational transference of resources is thus dependent on the active and passive cooperation of generations-in-transit. We show the way in which this feature matters to define our intergenerational duties. Finally, we stress the unidirectional nature of the passage of time (through an analogy with seaside states) and its effect on the temporal distribution of costs and benefits, and vulnerabilities. We examine its potential normative implications for the definition of a just distribution of power among generations. Through these three illustrations we hope to show the pertinence of this anatomic-analogical approach for the understanding of what we owe other (and in particular future) generations.

Keywords: relationships between generations; intergenerational justice; temporal transferability of resources; extra-periodic consumption and transmission of goods.

35 Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas nos sistemas jurídicos multinível

J. J. Gomes Canotilho

Resumo: O texto refere-se à incomensurabilidade de discursos. Parte-se do contexto atual marcado por discursos económicos e financeiros, por narrativas da dívida e por estados de necessidade financeira. Neste quadro, caracterizado pelos discursos em torno das crises financeiras, dos limites à dívida pública ou das dificuldades de financiamento do Estado Social, a análise incide, de modo particular, na incomensurabilidade dos discursos dos economistas (de alguns economistas) e dos juristas (de alguns juristas) em torno dos problemas suscitados pelas políticas de austeridade em vários países da União Europeia. O confronto das narrativas discursivas conduz a uma incontornável suspensão reflexiva acerca das fontes de direito nos sistemas jurídicos internormativos e impõe uma reflexão sobre as hierarquias entrelaçadas entre normas – regras e princípios – desenvolvidas no cenário normativo do estado de direito constitucional democrático e “decisões de *governance*” precipitadas pela necessidade de resolver problemas coletivos urgentes (endividamento excessivo dos estados, políticas de desvalorização fiscal).

Palavras-chave: Incomensurabilidade de discursos. Sistemas jurídicos

multinível. Crise da dívida. Sustentabilidade do Estado Social. Normatividade e *governance*. Direito, política e economia.

Abstract: The article concerns the incommensurability of discourses. It proceeds from the present-day context marked by economic and financial discourses, debt-related narratives, and states of financial exception. Within this framework, characterized by discourses around financial crises, debt ceilings, or the difficulties of financing the welfare state, the analysis focuses particularly on the incommensurability of the discourses of economists (some economists) and lawyers (some lawyers) around the issues raised by the austerity policies of various countries within the European Union. The confrontation of discursive narratives leads to an unavoidable reflective halt concerning the sources of the law in inter-normative legal systems, and entails a reflection about the intertwined hierarchies between norms – rules and principles – unfolding in the normative scenario of the constitutional democratic state and ‘governance decisions’ precipitated by the need to tackle urgent collective problems (excessive indebtedness, policies of fiscal devaluation).

Keywords: Incommensurability of discourses. Multilevel legal systems. Debt crisis. Sustainability of the welfare state. Normativity and governance. Law, politics, and the economy.

55 Constitutional Courts and Legislatures: Institutional Terms
of Engagement
Mattias Kumm

Abstract: The debate about the legitimacy of judicial review has arguably been misframed. The question is not whether judicial review can be justified, but how judicial institutions need to be designed and how the relationship between the judicial and the legislative branches must be structured in order for it to be legitimate. After briefly describing the point of judicial review and introducing a normative standard for its legitimate institutionalization, the article analyzes a number of variables that, taken together, determine whether or not such standard is met. A third part briefly illustrates the usefulness of the established framework by analyzing and assessing the institutionalization of judicial review in the US and in the UK. As will become clear, both are problematic outlier cases: In the US the institutional position of the Supreme Court is too strong in its relationship with the legislature, effectively enabling juristocracy. In the UK the position of the courts is too weak, effectively enabling electoral authoritarianism.

Keywords: Judicial Review. Democratic Legitimacy. Authorial and Editorial Role of Citizens. Institutional Design. Strong and Weak Review. United States and United Kingdom.

Resumo: O debate sobre a legitimidade da justiça constitucional tem

sido porventura mal colocado. A questão não é a de saber se é possível legitimar a justiça constitucional, mas a de como arquitetar as instituições judiciais e como estruturar as relações entre os poderes judicial e legislativo de forma a assegurar essa legitimidade. Após uma breve referência ao valor da justiça constitucional e articulação de um parâmetro normativo para sua institucionalização legítima, o artigo percorre um conjunto de variáveis que determinam a observância ou não desse parâmetro. A terceira parte ilustra sucintamente a utilidade deste modelo através da análise e do exame da institucionalização da justiça constitucional nos Estados Unidos e no Reino Unido. Como se tornará claro no decurso dessa análise, ambos consubstanciam casos peculiares e problemáticos: nos Estados Unidos a posição institucional do Supremo Tribunal é demasiado forte na sua relação com o poder legislativo, o que permite a implantação de uma juristocracia. No Reino Unido a posição dos tribunais é demasiado débil, o que permite a implantação de um autoritarismo eleitoral.

Palavras-Chave: Justiça Constitucional. Legitimidade Democrática. Função Autoral e Editorial dos Cidadãos. Arquitetura Institucional. Controle Judicial Forte e Débil. Estados Unidos e Reino Unido.

67 Federalism in 3D: The Reimagination of Political Community
in the European Union

Neil Walker

Abstract: In this paper, I consider the mixed virtue of the federal perspective in relation to certain key recent developments in the 3D (i.e. sub-state, state, supranational) territorial politics of the EU. I argue that, on account of its statist legacy, the invocation of federalism considered either as a technique of government or as a direct expression of an affective relationship between people and supranational polity is of limited or even negative value in EU. Yet federalism, when drawing on its deeper historical roots and considered instead as a basis for imaginative reflection on the nature and proper trajectory of an unprecedented political configuration, fares rather better. Here, indeed, the federal imagination continues to provide a direct challenge to the sovereigntist perspective with its emphasis on the ultimate authority of either state or supranational levels, but does so with complex, unpredictable and as yet unresolved effects, given the still powerful drag of that sovereigntist perspective. In pursuing this point, I focus on a particularly topical and challenging part of the European federal puzzle. I concentrate on the third sub-state dimension of the EU's 3D 'federated' structure, as evidenced in recent developments in Scotland and Catalonia in particular, and on how the development of the EU's federal imaginative example should and can alter the spirit in which new sovereignty claims at this level are both made and received.

Keywords: territorial politics of the European Union; sub-state; state and supranational; federal imagination; political configuration

Resumo: No presente artigo, explanam-se as virtudes da perspectiva federal em relação a significativos e recentes desenvolvimentos na política territorial 3D da UE (ou seja, subestado, estado, supranacional). Defendo que, devido à sua herança estatista, a invocação do federalismo, considerada quer como uma técnica de governo ou como uma expressão direta de uma relação afetiva entre as pessoas e política supranacional, é limitada ou mesmo um valor negativo na UE. No entanto, o federalismo, uma vez exploradas as suas raízes históricas mais profundas e entendido como base de reflexão imaginativa sobre a natureza e trajetória de uma configuração política sem precedentes, afigura-se bastante melhor. Neste ponto, a imaginação federal continua a desafiar a perspectiva soberana com a sua ênfase na autoridade última dos níveis estaduais ou supranacionais, mas fá-lo com efeitos complexos, imprevisíveis e não definitivos, devido à forte atração que a perspectiva soberana ainda exerce. Relativamente a esta questão, focar-me-ei num tópico particular e numa parte desafiadora do *puzzle* federal europeu. Concentrar-me-ei na terceira dimensão subestadual da estrutura federal 3D da UE, tal como se tem vivenciado nos recentes desenvolvimentos na Escócia e na Catalunha, e sobre a forma como o desenvolvimento de exemplo federal imaginativo da UE deverá e poderá alterar o espírito em que as novas reivindicações de soberania realizadas e recebidas.

Palavras-chave: política territorial 3D da União Europeia; subestado, estado, supranacional; imaginação federal; configuração política

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

- 91 Atos de aplicação de Sanções Contratuais: Sua Natureza Jurídica e Regime Processual
Mário Aroso de Almeida

RECENSÃO

- 101 *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*
Luís Fábrica

Nota da Direção

A *Católica Law Review* nasce da ambição de querer fundar uma revista jurídica de referência, divulgando escritos de elevada qualidade selecionados segundo os mais exigentes padrões internacionais de revisão pelos pares.

O número que ora se lança, dedicado ao Direito Público, é o primeiro de três. A ele seguir-se-ão mais dois, a publicar ainda em 2017. Um sobre matérias de Direito Privado e outro de Direito Penal.

A *Católica Law Review* é uma revista bilingue promovida pelo Católica Research Centre for the Future of Law, aberta a autores nacionais e internacionais. Assume-se como um fórum de debate científico e cosmopolita, proporcionando aos leitores uma perspetiva esclarecida, crítica, inovadora e sem fronteiras sobre os temas mais relevantes da investigação no âmbito do Direito.

A lista de revisores da *Católica Law Review* conta com a colaboração de destacados académicos, tanto nacionais como internacionais, assegurando assim a continuidade deste projeto, para além dos volumes iniciais.

O presente número inclui contributos de Professores de reconhecido mérito. Na parte doutrinal, a revista reúne artigos de Axel Gosseries (Lovaina), J. J. Gomes Canotilho (Coimbra), Mattias Kumm (Nova Iorque/Humboldt) e Neil Walker (Edimburgo). Conta ainda com uma análise de jurisprudência feita por Mário Aroso de Almeida (Católica-Porto) e uma recensão da autoria de Luís Fábrika (Católica-Lisboa).

Por se tratar do primeiro número da revista, optou-se por convidar pessoalmente cada um dos autores, adiando para 2018 a realização de uma *call for papers*. Tal decisão permitiu agregar num só volume importantes e desafiantes textos sobre questões de inegável interesse. O estudo de Gosseries cruza a dimensão temporal com a espacial na análise da solidariedade intergeracional. O artigo de Gomes Canotilho lança um olhar crítico sobre o confronto das narrativas da crise económico-financeira, refletindo-as nos temas das fontes de direito e do pluralismo normativo. A reflexão de Mattias Kumm aborda o tema do equilíbrio de relações entre o poder legislativo e o judicial, procedendo para

o efeito à comparação entre o modelo juristocrático e o autoritarismo eleitoral. Neil Walker, por seu turno, propõe um imaginativo desafio de índole federalista à perspectiva soberana dos países da União Europeia.

A pronta aceitação dos convites endereçados, com uma contribuição final tão expressiva, deixa-nos muito entusiasmados, mas também com a convicção de que temos entre mãos um projeto com capacidade de crescer e de ganhar vida. A adesão de autores das mais diversas proveniências vem ainda demonstrar que a aspiração da criação de um fórum cosmopolita, a partir da Católica, é possível e está ao nosso alcance.