

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

DIREITO COMPARADO

Prova de Exame, TA, 09.01.2020 (duração: 120m)

GRUPO I (12 valores)

Doc.1: Cour de Cassation, 11 Junho de 2009, 07-14.932: “Considerando que MY .. discorda da decisão que o declarou responsável pela contaminação da sra. X ... pelo vírus da hepatite C e o condenou a pagar uma certa quantia a título de indemnização, então, em consonância com os meios legais previstos, todos têm o direito de que a sua causa seja ouvida com justiça; que, conseqüentemente, **alguém que seja parte de um processo judicial não se pode ver confrontado com uma regra de Direito resultante de uma viragem da jurisprudência** quando a implementação desta levaria à negação de um julgamento equitativo; (...) Que a aplicação da viragem jurisprudencial operada em 29 de junho de 1999 quanto à responsabilidade dos médicos por atos cometidos antes dessa data tem como consequência privar o médico de um julgamento equitativo, uma vez que ele é acusado de não cumprimento de uma obrigação que, na data dos atos alegados contra si, não lhe era exigível; (...) **Em 1986, embora os actos tenham sido realizados antes da viragem da jurisprudência, a qual estabeleceu a existência de uma obrigação de resultado, o tribunal de recurso privou o Sr. Y ... do direito a um julgamento equitativo; Mas, atendendo a que da segurança jurídica, invocada com base no direito a um julgamento equitativo, a fim de contestar a aplicação imediata de uma nova solução resultante de uma evolução da jurisprudência, não pode decorrer um direito adquirido a uma jurisprudência rígida**, sendo que a parte que nela confia não é privada do direito de acesso ao juiz (...) Por estes estes motivos, rejeita-se o recurso (...)”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Versão original: “Attendu que M. Y... fait grief à l'arrêt de l'avoir déclaré responsable de la contamination de Mme X... par le virus de l'hépatite C et de l'avoir condamné à verser une certaine somme à titre de provision, alors, selon le moyen, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; qu'en conséquence, une partie à un procès ne peut se voir opposer une règle de droit issue d'un revirement de jurisprudence lorsque la mise en oeuvre de celle-ci aboutirait à la priver d'un procès équitable; (...) que l'application du revirement de jurisprudence du 29 juin 1999 à la responsabilité des médecins pour des actes commis avant cette date a pour conséquence de priver le médecin d'un procès équitable, dès lors qu'il lui est reproché d'avoir manqué à une obligation qui, à la date des faits qui lui sont reprochés, n'était pas à sa charge ; (...) en 1986, bien que ceux-ci eussent été réalisés avant le revirement de jurisprudence ayant consacré l'existence d'une obligation de sécurité de résultat, la cour d'appel a privé M. Y... du droit à un procès équitable; Mais attendu que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge (...) PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi (...)”

Doc. 2: Franchise Tax Board of California v. Hyatt, 587 US\_ (2019): “*Nevada v. Hall* é contrária ao nosso modelo constitucional e ao entendimento da imunidade soberana partilhada pelos estados que ratificaram a Constituição. **Stare decisis não obriga a uma permanente adesão a este precedente errónea.** (...) Ademais, um literalismo ahistórico prova demasiado. Há numerosas doutrinas constitucionais que não encontram expressão na Constituição mas que estão, não obstante, implícitas na sua estrutura e confirmadas pela prática histórica – incluindo, por exemplo, a judicial review, *Marbury v. Madison* (...) Com este registo histórico e precedente contra a sua pretensão, Hyatt defende *Hall* na base do *stare decisis*. Todavia, o *stare decisis* “**não é um comando inexorável**”, *Pearson v. Callahan, 555 U. S. 223, 233 (2009)*, e temos sustentado que “é mais débil quando interpretamos a Constituição, porque a nossa interpretação só pode ser modificada mediante revisão constitucional”. Os precedentes do Tribunal identificam um conjunto de factores a considerar, quatro dos quais merecem menção aqui: a qualidade da argumentação da decisão; a sua consistência com decisões que com ela se relacionam; os desenvolvimentos legais ocorridos desde a decisão; e a confiança na decisão”<sup>2</sup>.

Tendo em conta os documentos apresentados *supra*, proceda a uma análise comparativa do lugar das decisões jurisdicionais no sistema das fontes de Direito nos ordenamentos jurídicos francês e norte-americano, atendendo, designadamente, aos seguintes aspectos:

- (i) A vinculatividade dos tribunais a decisões jurisprudenciais anteriores, bem como a relação entre estas e os actos legislativos;
- (ii) A estrutura das decisões jurisprudenciais, bem como o lugar dos Tribunais autores das decisões *supra* na hierarquia judiciária dos respectivos países;
- (iii) O método de realização (*interpretação-aplicação*) do Direito, com relevo para os elementos literal e histórico;
- (iv) Os valores dominantes que caracterizam os ordenamentos jurídicos em causa (extensíveis à família jurídica em que se inserem) em confronto com a relevância aí reconhecida às decisões jurisprudenciais.

(i) Neste grupo, exigir-se-ia que o(a) aluno(a) referisse que, no sistema jurídico francês, os tribunais não se encontram, em regra, sujeitos às decisões jurisprudenciais anteriores; não vigora, neste ordenamento jurídico, o princípio da vinculatividade dos precedentes. Isto percebe-se atendendo à evolução político-jurídica francesa: a desconfiança dos revolucionários de 1789 face ao juízes, tidos como apologistas do Antigo Regime

---

<sup>2</sup> Versão original: “*Nevada v. Hall* is contrary to our constitutional design and the understanding of sovereign immunity shared by the States that ratified the Constitution. **Stare decisis does not compel continued adherence to this erroneous precedent.** (...) Moreover, Hyatt’s ahistorical literalism proves too much. There are many other constitutional doctrines that are not spelled out in the Constitution but are nevertheless implicit in its structure and supported by historical practice—including, for example, judicial review, *Marbury v. Madison* (...) With the historical record and precedent against him, Hyatt defends *Hall* on the basis of *stare decisis*. **But *stare decisis* is “not an inexorable command,”** *Pearson v. Callahan, 555 U. S. 223, 233 (2009)*, and we have held that it is “at its weakest when we interpret the Constitution because our interpretation can be altered only by constitutional amendment. **The Court’s precedents identify a number of factors to consider, four of which warrant mention here: the quality of the decision’s reasoning; its consistency with related decisions; legal developments since the decision; and reliance on the decision**”.

deposto, e a sua tentação de usurpar o poder legislativo, conduziram à afirmação de um entendimento rígido do princípio da separação de poderes. O Código Civil francês dispõe mesmo, no seu artigo 5.º, que os juízes se encontram interditos de se pronunciarem por “via de disposições gerais e regulamentares” .

A intenção era evitar que os juízes subvertessem a vontade popular, expressa pelo poder legislativo, invalidando ou transformando o sentido das disposições constantes das leis democraticamente aprovadas. Os juízes devem assumir uma postura de aplicação mecânica das leis (“a boca que pronuncia as palavras da lei”, na formulação de Montesquieu). Cumpre, todavia, diferenciar os *arrêts d’espèce* dos *arrêts de principe* : os primeiros limitam-se a julgar os *casos decidendo*, aplicando as regras legais, ou invocando uma decisão anterior do Tribunal, sem conteúdo inovador; já os *arrêts de principe*, enunciam princípios de aplicação geral, os quais são susceptíveis de se aplicarem a casos análogos futuros. Um exemplo de um *arrêt de principe* é o histórico acórdão *Jand’heur c. Les Galeries Belfortaises*, de 13 de Fevereiro de 1930, o qual afirmou o princípio da responsabilidade objectiva do condutor pelos danos causados pelo veículo em movimento.

Em domínios específicos – como no Direito Administrativo ou no Direito Internacional Privado – os *arrêts de principe* têm assumido uma relevância não despreciada no desenvolvimento destes ramos jurídicos (*vide*, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, Almedina, p. 164-165). No entanto, nem mesmo os *arrêts de principe* se identificam com os precedentes vinculativos, à semelhança do *stare decisis* que pauta o Direito da *Common Law*; a sua eficácia decorre da repetição de julgados. Neste sentido, uma decisão, por si só, não cria uma norma de aplicação geral, nem impede os tribunais de se pronunciarem de forma diversa em casos posteriores que suscitem a mesma questão jurídica; interpretação diversa seria, aliás, contrária ao entendimento rígido do princípio da separação de poderes dominante em França. Certa orientação seguida pelos tribunais poderá ser alterada posteriormente, através das designadas “reviravoltas jurisprudenciais”.

Pois bem, são precisamente os efeitos jurídicos decorrentes de uma “reviravolta jurisprudencial” – mais concretamente, a sua inadmissibilidade – que constituem o objecto do recurso, apreciado na decisão da “Cour de Cassation”, 11 de Junho de 2009, apresentada no documento 1 do enunciado do exame. Alega a parte recorrente que não poderia ser confrontada com uma mudança de critério decisório quanto à apreciação jurídica de factos por si praticados antes de tal viragem, sob pena de lhe ser negado o direito a um processo equitativo (curiosamente, a argumentação da parte aproxima-se da apologia do sistema de “*stare decisis*” do direito da *Common Law*...). A “Cour de Cassation” decide, no entanto, que ninguém pode invocar o direito a uma jurisprudência rígida, isto é, um direito à não reversão da jurisprudência. Evidencia-se, pois, no doc.1., a inexistência de um sistema de precedentes vinculativos no ordenamento jurídico francês.

Das considerações aí constantes, é admissível concluir-se que a decisão da “Cour de Cassation” de 11 de Junho de 2009 é um arrêt d’éspece (porque concretiza princípio já exarado em acórdão anterior), sendo a decisão de 29 de Junho de 1999, referenciada pela “Cour de Cassation”, um “arrêt de principe” (porque aí se havia operado a viragem de jurisprudência, impondo-se uma obrigação de resultado aos médicos). Acrescente-se que, face ao que ficou dito, a margem do poder judiciário para efectuar “viragens jurisprudenciais” é bem mais ampla no sistema jurídico francês do que superar um precedente no sistema do “stare decisis” que marca o Direito da Common Law.

Diferentemente, no que concerne ao Direito dos EUA (para o qual remete o doc. 2), já vigora o sistema do “stare decisis”, constituindo as decisões dos tribunais verdadeiros precedentes vinculativos. Os tribunais encontram-se, pois, vinculados a seguir orientações jurisprudenciais anteriores, sobre os mesmos factos e questões jurídicas suscitadas. O Direito dos EUA patilha, no essencial, os traços reconhecíveis à família da “common law”; um destes traços é precisamente a preponderância dos precedentes no sistema das fontes de Direito.

A explicação para a recepção no direito norte-americano do “stare decisis” pode ser situada na própria história da nação norte-americana: os EUA nasceram das treze ex-colónias britânicas, pelo que os seus *pais fundadores* não desconheciam (pelo contrário) o Direito britânico, seus princípios, fontes de Direito e dinâmica própria – os quais já se encontravam, de resto, bem enraizados nas colónias norte-americanas em 1776. Após a Declaração da Independência, os juristas mais marcantes no recém-criado Estado norte-americano eram ainda Sir William Blackstone e Lord Cocke, os quais escreveram longamente, entre outras matérias, sobre a função do precedente, seus limites, bem como, em termos mais gerais, sobre a natureza e funções do poder judiciário. Note-se que nem todas as considerações incluídas nas decisões jurisdicionais constituem precedentes vinculativos; esta vinculatividade abrange somente o “holding of the case”; os *dicta* da decisão jurisprudencial terão valor persuasivo.

Esta vinculatividade dos tribunais aos precedentes não é, porém, absoluta: pelo contrário, os tribunais norte-americanos poderão superar decisões anteriores (“overruling of the precedent”), ou adequar a sua aplicação a novos casos, através do mecanismo do “distinguishing”. Acrescente-se, ainda, que a organização judiciária norte-americana é descentralizada, inexistindo aqui uma hierarquia rígida entre os tribunais. Destaquem-se duas razões explicativas para este facto: i) os tribunais de apelação federais dispõem de uma margem de escolha dos casos que são por si apreciados (não há, pois, em rigor, um direito ao recurso, no Direito dos EUA); ii) o princípio do federalismo impõe que os estados disponham de um poder judiciário próprio, cuja delimitação de competências face à jurisdição federal, na prática, não é isenta de dúvidas, funcionando mais em *complementaridade* ou competição do que verdadeiramente em *conflito* (*vide*, para mais desenvolvimentos, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado, I*, Almedina, p. 293).

Em virtude do entendimento mais flexível do princípio da separação de poderes, vigente nos EUA – fala-se mais em divisão e interdependência de poderes do que propriamente em separação de poderes -, os tribunais dispõem de uma margem maior de criação jurisprudencial, quer enunciando novos critérios decisórios (o que é particularmente visível em matéria de interpretação constitucional), quer invalidando normas emanadas do poder legislativo. Em caso de conflito entre a lei (“statute”) e um precedente, prevalece a lei; fruto do princípio republicano. Em França, face ao entendimento rígido da separação de poderes e ao princípio democrático, a lei prevalecerá sobre as decisões jurisprudenciais, tendo os tribunais, neste caso, um poder limitadíssimo para invalidar actos do poder legislativo (a fiscalização da Constitucionalidade, em França, está reservada ao Conselho Constitucional, com limitações várias). Nos EUA, no entanto, a aprovação de actos legislativos pelo poder federal é mais complexa em virtude da organização federal do Estado e do procedimento político-legislativo (o qual é influenciado até pela própria dinâmica do princípio da separação de poderes e do sistema político-eleitoral aí vigente).

(ii) Relativamente à estrutura das decisões judiciais, conviria salientar que, em França, estas apresentam uma estrutura silogística (iniciam-se sempre pela fórmula “Attendu que..”), sendo enxutas, claras, sem citações doutrinárias ou considerações mais teóricas por parte dos juízes e, por isso, curtas. Já no Direito dos EUA, as decisões dos tribunais são extensas, com vastas referências aos factos (“findings”) e a decisões jurisprudenciais anteriores (consequência do sistema do “stare decisis”), sem esquecer o apelo a elementos extra-jurídicos, frequente sobretudo nos tribunais de apelação federais (considerações históricas, político-sociais ou económicas, consoante o método jurídico perfilhado pelos juízes que compõem o tribunal).

A “Cour de Cassation” é o órgão de cúpula do sistema judiciário francês em matéria comum (com exclusão de matérias administrativas e constitucionais); o “Supreme Court of the United States” desempenha as funções de órgão máximo do poder judiciário federal, dispondo de competências heterogéneas; no entanto, é indiscutível o seu papel na concretização-desenvolvimento da Constituição Federal dos EUA.

(iii) Quanto ao método: em França, segue-se o modelo normativista puro, cingindo-se o Direito à aplicação das normas aos factos concretos, por via do método dedutivo. Prevalece, pois, o elemento literal sobre elementos extra-literais (o que explica, aliás, a estrutura das decisões jurisprudenciais atrás indicada). Nos EUA, mais do que um método, há métodos; dependerá da opção dos juízes que componham os tribunais em cada momento. Daí que a própria escolha dos juízes – os quais são, a nível federal, nomeados pelo Presidente e aprovados pelo Congresso – seja motivo de contenda político-eleitoral.

Assim, podemos ter juízes que perfilhem doutrinas que encaram o Direito como produto das relações de poder sociais, pelo que a transformação da sociedade terá que ser operada pela transformação, por via interpretativa do Direito (grosso modo, é o que defendem os defensores do realismo jurídico, com destaque para as “Critical Legal Studies”); juízes que entendem que o Direito deve ser interpretado com o apelo à história e à letra da lei

(originalistas, quanto à interpretação constitucional, e textualistas, quanto à interpretação dos “statutes” - vide o pensamento de Antonin Scalia); ou que encaram o Direito como uma realidade viva, especialmente a Constituição, ajustando-se e sendo produto das exigências sociais de cada momento histórico-social (os defensores das teorias reconduzíveis à “Living Constitution”).

De todo o momento, podemos concluir: em França, há uma clara prevalência (senão, domínio) do elemento literal, a qual não poderá ser desligada do entendimento rígido do princípio da separação de poderes; nos EUA, há uma incidência significativa, no método jurídico, do elemento histórico, nem que seja por via dos precedentes vinculativos; o que não poderá ser desligado do sistema do “stare decisis” (mesmo os originalistas são hoje, essencialmente, *originalistas de precedente*, como é o caso do juiz Brett Kavanaugh).

(iv) Por fim, cumpre referir que a diferente percepção sobre o papel dos precedentes não deixa de reflectir alguns dos valores dominantes em cada família jurídica. Assim, em França, que integra a família da “Civil Law”, salvaguarda-se a independência, a imparcialidade e a liberdade de julgamento dos juízes na realização da Justiça, não o vinculando a decisões pretéritas dos tribunais, e reforçando-se, por outra banda, o princípio da separação de poderes, pela reserva ao legislador democraticamente legitimado do poder de emanar normas gerais e abstractas.

Já nos EUA, que integram classicamente a família jurídica da “Common Law”, a vinculatividade aos precedentes realiza os princípios da igualdade, da certeza e segurança jurídicas, tidos aí como prevalentes (note-se que, como podemos verificar pelo confronto entre os documentos apresentados no enunciado do exame, os limites para operar uma viragem de jurisprudência são bem mais exigentes nos EUA do que em França, o que não deixa, igualmente, de espelhar os valores que referimos *supra*).

## **GRUPO II (2 x 3,5 valores)**

Responda fundamentadamente a **DUAS** das seguintes questões, à sua escolha:

- 1) A doutrina, quer na família jurídica da *common law*, quer na família jurídica muçulmana, tem uma relevância meramente residual. Concorda?

A doutrina, no âmbito da família da “common law” tem uma relevância claramente inferior em confronto com influência desta fonte de direito mediata na família da “civil law”. Em Inglaterra, a doutrina nem sequer é tida como fonte de Direito, optando os tribunais por não citar obras doutrinárias nas suas decisões, excepto aquelas que reproduzem ou comentam precedentes anteriores dos tribunais. Nos EUA, até em função dos métodos jurídicos dominantes, a importância da doutrina é superior, sendo que não é raro papers de académicos influenciarem as decisões dos juízes. Por outro lado, muitos académicos acabam por ser nomeados para os tribunais, pelo que a influência da doutrina no processo de decisão dos tribunais se mostra superior em comparação com a experiência britânica.

Já no Direito Muçulmano, a ciência do Direito (fiqh) desempenhou um papel importante no desenvolvimento deste Direito, pois uma parte importante das normas que o integram foram deduzidos pela doutrina, partindo das fontes da *Xaria*, sendo o *ijma* (o consenso dos juristas) o critério da sua validade. A doutrina conservou – não obstante ter passado a seguir o *taqlid* a partir do século X – um protagonismo essencial na aplicação da lei aos casos singulares e na fixação do conteúdo das leis que concretizam a *Xaria*.

- 2) A Análise Económica do Direito (*Law and Economics*) é, essencialmente, produto do Direito dos EUA, tendo, mesmo aí, uma relevância apenas teórica. Concorda?

A Análise Económica do Direito (*Law and Economics*) consiste na aplicação de instrumentos e mecanismos da ciência económica para explicar e resolver problemas jurídicos. É verdade que a “*Law and Economics*” nasceu e se desenvolveu, sobretudo, nos EUA – a própria formação dos juristas é propícia a este entrecruzamento entre Direito e outras ciências auxiliares -, tendo, no entanto, registado uma expansão não negligenciável para outras latitudes e longitudes (incluindo-se aqui o Brasil e certos países europeus). A “*Law and Economics*” tem manifestado uma aplicação quase universal aos vários problemas jurídicos, mobilizando os ensinamentos da ciência económica para propor soluções jurídicas que maximizem a eficiência económico-social na *adjudicação* (“*adjudication*”) de regras jurídicas. Desde o problema do incumprimento eficiente do contrato, passando pelo impacto das normas e mecanismos de regulação económica, até à interconexão entre as regras de responsabilidade civil e regras de propriedade privada como mecanismos eficientes de *internalização* de problemas sociais, os cultores da “*Law and Economics*” têm-na transformado num programa de *Direito total*. Nos EUA, a sua influência não tem sido meramente teórica, na medida em que os seus mais reputados cultores ocupam hoje importantes posições na magistratura norte-americana: pense-se em GUIDO CALABRESI, Professor da Yale Law School, nomeado pelo Presidente BILL CLINTON para o “USA Court of Appeals for the 2nd Circuit” e um dos pais, juntamente com RONALD COASE, da “*Law and Economics*”; e de RICHARD POSNER, Juiz do USA Court of Appeals for the Seventh Circuit, nomeado pelo Presidente RONALD REAGAN. As críticas que têm sido dirigidas à “*Law and Economics*” consistem, essencialmente, na sua redução metodológico-valorativa do Direito à eficiência económica, em prejuízo de outros valores que o Direito deve prosseguir.

- 3) O princípio da supremacia do Parlamento é uma decorrência lógica do funcionamento do sistema de governo parlamentarista, não se evidenciando qualquer diferença entre as experiências jurídico-constitucionais portuguesa e britânica. Concorda?

O princípio da supremacia do Parlamento caracteriza logicamente a estrutura e o funcionamento do sistema de governo parlamentarista. Esta supremacia verifica-se quer no plano político, quer no plano jurídico; neste último aspecto, traduz-se no primado da função legislativa a cargo do Parlamento, bem como na

insusceptibilidade de outros órgãos se ingerirem no exercício dos poderes legiferantes do Parlamento. Destaque-se, quanto a este último aspecto, no modelo parlamentarista de Westminster, a impossibilidade de os tribunais declararem inválidas as leis emanadas do Parlamento, com fundamento em violação da Constituição.

Do que ficou dito anteriormente, torna-se claro que o modelo parlamentarista de Westminster não foi replicado por todos os sistemas de governo parlamentaristas (vários exemplos poderiam ser aqui evocados).

No caso português, no plano jurídico, para além da querela de saber se a Constituição Portuguesa consagra verdadeiramente um sistema de governo parlamentarista, a Lei Fundamental declara a primazia do exercício da função legislativa pelo Parlamento (artigo 161.º, c)) – embora, na prática, se tenha registado uma centralidade do Governo no exercício desta função. Não obstante, no modelo constitucional português, o sistema de fiscalização da constitucionalidade dos actos legislativos abrange quer a fiscalização difusa, quer a fiscalização abstracta, bem como a fiscalização concreta e a fiscalização abstracta (a título incidental ou principal). Isto já para não referir uma componente presidencialista (ou presidencializante, ou, segundo alguns autores, um correctivo presidencial ao sistema parlamentar) do sistema de governo pátrio, consistente na faculdade de o Presidente da República suscitar a fiscalização preventiva da constitucionalidade dos actos legislativos do Parlamento.

- 4) Os *Restatements of the Law* são verdadeiros “Códigos Civis”, que procedem a uma unificação do Direito. Concorda?

Os “Restatements of the Law” não são codificações ao estilo europeu – não são «códigos civis» -: trata-se aqui de um conjunto de regras, enunciadas sequencialmente em parágrafos numerados, que os seus autores entendem ser as mais adequadas para as matérias sobre as quais incidem. Os “Restatements” são elaborados sob a égide de uma entidade privada – a “American Law Institute” - , sobre matérias, essencialmente, de Direito Privado. O seu objectivo é o de contribuir para a harmonização do Direito aplicável nos EUA, em matérias civis e comerciais, nos diferentes estados que integram aquela realidade político-soberana: evoque-se aqui que a maioria das questões civilísticas e comerciais (por exemplo, sobre Contratos e Direitos Reais) é da competência dos estados federados, o que não raras vezes coloca questões delicadas de apuramento da lei aplicável (inclusivamente, para as próprias partes, por exemplo, na formação de um contrato). As regras constantes dos “Restatements of the Law” não são obrigatórias, nem vinculativas para os tribunais nas suas decisões; pese embora tenham um valor persuasivo, podendo os tribunais a elas recorrer para fundar o seu juízo decisório.

#### **SISTEMATIZAÇÃO E PONDERAÇÃO GLOBAL (1 valor)**