FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

DIREITO COMPARADO

Exame final

13 de janeiro de 2022

À luz do que estudámos sobre os **tribunais superiores** e, em especial, sobre o **método jurídico** nas famílias jurídicas Romano-Germânica e de *Common Law*, faça uma análise crítica e comparativa dos excertos das decisões que se seguem, distinguindo e explicando, entre outros aspetos que considere relevantes:

i) A relevância da jurisprudência e da doutrina nas decisões tomadas por cada um destes tribunais e o peso destas fontes em cada um dos ordenamentos jurídicos considerados;
ii) A importância dos Supremos Tribunais, dos respectivos juízes e Constituições, da *judicial review*, e as principais diferenças em matéria de acesso e julgamento de recursos;
iii) Os principais fundamentos apresentados para justificar as diferentes relações entre julgador e legislador.

Tribunal Constitucional: ***Acórdão n.º 921/2021, 9 de dezembro de 2021,*** *relatado pelo JUÍZ CONSELHEIRO JOSÉ ANTÓNIO TELES PEREIRA*

«Uma parte desses autores entende que a norma do Governo não é inovadora quanto à configuração típica do crime. É o caso de André Lamas Leite ["a punição por desobediência nos decretos executivos do estado de emergência nem sequer se pode dizer, em nossa perspetiva, que apenas seja dotada de legitimidade de segundo grau, porquanto repousa diretamente na Lei n.º 44/86, ainda por cima matéria de competência legislativa exclusiva da AR [artigo 164.º, alínea e), da CRP]. Donde, se o Governo tivesse, p. ex., apresentado proposta de lei para criminalizar comportamentos como desobedientes, estaria a duplicar o título de legitimação sem qualquer necessidade jusconstitucional" *("'Desobediência em tempos de cólera': a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade", Revista do Ministério Público, número especial COVID-19: 2020, p. 189)], (...) Posição oposta, no sentido de o Governo ter excedido os seus poderes jurídico-constitucionais ao prever o crime de desobediência, designadamente no caso de violação da obrigação de confinamento, foi assumida por Miguel Prata Roque [*"apesar de a Lei do Estado de Sítio e do Estado de Emergência (aprovada pela Lei n.º 44/86, de 30 de setembro) prever, de modo demasiado genérico, que a violação das regras fixadas pelo decreto do estado de emergência ou pelo respetivo decreto de execução implica a prática de um crime de desobediência, certo é que não fixa os seus elementos típicos, com a necessária concretude e precisão, já que aparenta permitir que qualquer violação à referida lei ou àqueles decretos excecionais constitua a prática de crime" *("A desobediência convicta face a medidas de saúde pública intrusivas", Revista Julgar Online, junho de 2021, p. 28] (...). Deve ter-se presente que, neste recurso de fiscalização concreta, não está em causa toda e qualquer punição imaginável a partir do artigo 7.º do RESEE, mas apenas a que se prevê no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, do Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril. Por referência a esta, é por demais evidente que existe uma linha de continuidade lógico-jurídica – rectius, um encadeamento legitimador – entre o RESEE, o ato de autorização parlamentar, a Declaração do Estado de Emergência pelo Presidente da República e o Decreto do Governo que lhe dá execução, que permite estabelecer e compreender, sem desvios, uma relação entre a conduta proibida e os atos legislativos restritivos que, no quadro do Estado de Emergência, conduzem à proibição».*

Supreme Court of the United States: *Does et. al v. Mills, Governor of Maine et. al,* 595 U.S. 2021, *concurring opinion on injunctive relief [whether the Supreme Court should issue an injunction to prevent Maine from enforcing a COVID-19 vaccine mandate for health care workers that lacks religious exemption],* *JUSTICE AMY COMEY BARRETT*

«When this Court is asked to grant extraordinary relief, it considers, among other things, whether the applicant ""is likely to succeed on the merits.'*"* Nken v. Holder, *556 U. S. 418, 434 (2009). I understand this factor to encompass not only an assessment of the underlying merits but also a discretionary judgment about whether the Court should grant review in the case. See, e.g.,* Hollingsworth v. Perry, *558 U. S. 183, 190 (2010) (per curiam); cf. Supreme Court Rule 10. Were the standard otherwise, applicants could use the emergency docket to force the Court to give a merits preview in cases that it would be unlikely to take – and to do so on a short fuse without benefit of full briefing and oral argument. In my view, this discretionary consideration counsels against a grant of extraordinary relief* [to prevent Maine from enforcing a COVID-19 vaccine mandate for health care workers that lacks religious exemption], *in this case, which is the first to address the questions presented»*[1].

O principal objectivo da questão consistia em que os alunos identificassem as semelhanças entre os dois excertos, discutindo e identificando o problema da **jurisprudência como fonte de Direito** nos EUA (na lógica de *Common Law*) e em Portugal (contra a lógica romano-germânica).

Em Portugal**, identificar a jurisprudência como fonte**:

Decisões de tribunais com força obrigatória geral:

a) Os acórdãos do TC que declarem, nos termos do art. 281.º da CRP, a inconstitucionalidade ou ilegalidade de quaisquer normas;
b) Os acórdãos do STA que declarem, em conformidade com o disposto nos arts. 72.º, 73.º, n.º 3 e 76.º do CPTA.

Referir a *jurisprudência constante* dos tribunais superiores, correntes jurisprudenciais formadas pela reiteração de determinado princípio ou máxima de decisão, ou de certa interpretação de uma norma jurídica. E consciência de que os tribunais superiores podem anular ou modifica as decisões dos tribunais de primeira instância impele naturalmente estes últimos a observar a jurisprudência constante dos primeiros. Referir e diferenciar os acórdãos uniformizadores de jurisprudência do STJ.

[1] Tradução livre: Opinião concordante [sobre um pedido de medida cautelar sobre se o Supremo Tribunal dos EUA deve emitir uma ordem que impeça o Maine de fazer cumprir uma exigência de vacina COVID-19 para trabalhadores da saúde com base numa isenção religiosa]

*«Quando se pede a este Tribunal que decida de forma cautelar, provisória e extraordinária, ele considera, entre outras coisas, se o requerente "*é susceptível de ter sucesso com base no mérito da causa*".* Nken v. Holder, *556 U. S. 418, 434 (2009). Compreendo este factor para englobar não só uma avaliação dos méritos subjacentes mas também uma decisão discricionária sobre se o Tribunal deve conceder recurso no caso. Veja-se, por exemplo, o caso* Hollingsworth v. Perry, *558 U. S. 183, 190 (2010) (per curiam); cf. Regra 10 do Supremo Tribunal. Caso contrário, os requerentes poderiam utilizar os recursos de emergência para forçar o Tribunal a dar uma previsão dos méritos em casos que dificilmente poderia tomar – e fazê-lo com uma margem curta sem o benefício de uma informação completa e argumentação oral. Na minha opinião, esta consideração discricionária aconselha que se decida contra uma concessão de medida cautelar que impeça* [a exigência de vacina COVID-19 para trabalhadores da saúde com base numa isenção religiosa] *neste caso, que é o primeiro a abordar as questões apresentadas».*

Nos dois excertos também é possível identificar alguma personalização das sentenças (afastando-se Portugal do que se passa em França, na *Cour de Cassation).*

Recurso aos tribunais, em Portugal: p. 205

Fiscalização da constitucionalidade: em Portugal (p. 165 a 167)

Acesso ao SCOTUS: *rule of four* e pequeno número de casos efectivamente apreciados pelo Supremo Tribunal dos EUA.

Activismo judiciário EUA (v. Manual, p. 366).
Entre outros factores, os seguintes:
-Os diferentes **sistemas de recrutamento dos magistrados** vigentes nos dois países (muito mais politizado o norte-americano do que o inglês e português)
- Os diversos **regimes de controlo**, por parte dos supremos tribunais, das decisões proferidas pelas instâncias (sendo aquele que é levado a cabo pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos muito mais limitado do que o efectuado em Inglaterra, em Portugal e, mais ainda, França);
- O **divergente entendimento do *stare decisis*** prevalecente nos diversos sistemas (resultante, nomeadamente, da maior abertura dos tribunais norte-americanos ao *overrruling* de precedentes do que em Inglaterra, e maior inovação jurisprudencial do que em Portugal ou mesmo na Alemanha);
- As **diferentes orientações** que têm vingado em Portugal e nos Estados Unidos **em matéria de interpretação da lei**;
- O distinto modo de relacionamento entre os poderes legislativo e judiciário nos vários países (sendo a ideia inglesa de soberania do Parlamento fundamentalmente estranha ao Direito Constitucional dos Estados Unidos, o qual se caracteriza antes pela instituição de um sistema de *freios e contrapesos*, mais propenso a admitir a utilização pelos tribunais *policy reasons* na fundamentação das suas decisões, em contraste com a *separação de poderes* francesa, alemã e portuguesa.

O que não significa que as decisões dos Tribunais superiores (e respectivo Direito) tenha menor relevância social nos Estados Unidos: a demonstrá-lo está a latitude com que há muito se admite além-Atlântico a *judicial review* dos actos normativos emanados do poder legislativo, sem paralelo no sistema jurídico inglês.

Os alunos deveriam ainda explicar o princípio do *stare decisis* e a sua importância na Família jurídica de *Common Law*, apontando as principais diferenças em matéria de vinculação a precedentes.

Os alunos deveriam ainda desenvolver a importância da jurisprudência como fonte de Direito em Inglaterra e nos Estados Unidos da América, explicando as diferenças quanto à vinculação dos juízes ingleses e americanos, mais rígida no primeiro caso. Seria importante, ainda, referir o peso e importância da Constituição americana (até pela referência no excerto do texto).

São valorizadas referências a outros pontos, como a distinção de *ratio decidendi* e de *obter dicta*, aos precedentes persuasivos, e à complexidade do sistema jurídico dos EUA.

Nos dois excertos também era possível identificar alguma personalização das sentenças (afastando-se Portugal do que se passa em França, na *Cour de Cassation).*

Os alunos deveriam referir (e comparar) as Constituições americana e portuguesa, eventualmente referindo as respectivas emendas e revisões, bem como demonstrar conhecimentos quanto aos tribunais superiores dos diversos sistemas estudados.

Aproximação entre os sistemas que privilegiam o recurso à *via judicial*, resolução de litígios e métodos jurídicos. Papel e relevância do discurso argumentativo e referência à diferente importância dada à estabilidade e segurança jurídica. Eventualmente referir pontos de aproximação entre o Direito romano germânico e o Direito de *Common Law*, explicando a não recepção daquele e a sua importância na autonomização do Direito Inglês.

Nos EUA, o poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis e recusar a aplicação destas com esse fundamento (*judicial review*), afirmado no caso *Marbury v. Madison*, concretizando o sistema de «freios e contrapesos» em que assenta a Constituição americana – o Tribunal rejeitou o pedido por entender que havia contrariedade com a Constituição; e extensão à legislação estadual no caso *Fletcher v. Peck*.

Referir que esta fiscalização da constitucionalidade cabe a todos os tribunais na decisão de questões que lhes sejam submetidas: é difusa e concreta; é "condição existencial" do sistema federal; eventualmente referir diferenças, e suas razões, para com o direito inglês; características em contraste: carácter descentralizado e inexistência de uma jurisdição especializada incumbida de proceder a esse controlo – ausência de entendimento rígido da separação de poderes, força vinculativa dos precedentes judiciais, alto grau de discricionariedade de que goza o Supremo na selecção dos recursos que efectivamente julga: permite concentração nas causas de maior relevo jurídico e político.

GRUPO II

Escolha e responda, fundamentando sucintamente, a **apenas uma** das seguintes alíneas *(máximo 15 linhas):*

a) Explique em que consistiu a polémica entre ANTON FRIEDRICH THIBAUT e FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, no princípio do século XIX.

Os alunos deveriam explicar a polémica que ocorreu na Alemanha, no séc. XIX, entre os Professores de Direito, que teve como objecto a questão da necessidade ou não da codificação, nomeadamente, da realização de um Código Civil para a Alemanha (cujos textos mais ilustrativos, ambos de 1814, em que se consubstanciou a polémica foram: *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* – Sobre a necessidade de uma lei comum para a Alemanha, de Thibaut, e *Vom Beruf unserer Zeit für Gezetzgebung und Rechtswissenchaft* – Da vocação do nosso tempo para a legislação e a ciência do Direito, de Savigny). Thibaut defendia a codificação e Savigny opunha-se: não tanto à ideia de codificação, mas à sua concretização no imediato ou no curto prazo, tendo em conta a sua concepção do Direito como uma emanação do "*espírito do povo*" (para ele, a historicidade Direito, ou, em geral da cultura, teria sido

posta em causa em França, através do CC francês de 1804, que, diga-se – e tal não teria seria indiferente à posição de Savigny – se afigurava um código revolucionário, defensor do igualitarismo, contrastante com o conservadorismo de Savigny e que, para mais, vigorava também em certos territórios germânicos. Na verdade, a ideia de codificação triunfaria, como se sabe, mas apenas dezenas de anos depois da polémica, com o BGB.

b) Indique duas características que aproximam e duas que afastam o Direito português do Direito alemão.

Os alunos deveriam localizar o direito português na matriz germânica ou pandectistica, identificando as grandes semelhanças entre o direito civil português e alemão (desde logo pelas proximidades entre o BGB e o Código Civil de 1966), poderia desenvolver-se a importância da doutrina nos dois sistemas, as próprias influências alemãs no direito português, referindo, por exemplo, o caso mais recente da lei da arbitragem voluntária. Como pontos de afastamento poderiam ser referidos o sistema de recursos, o sistema de fiscalização da constitucionalidade, eventuais diferenças em matéria de primado da lei (v., em conclusão, as pp. 214-215).

c) Será correcto afirmar que, em macrocomparação, se devem apenas considerar as fontes de direito, o sistema judiciário, o ensino do Direito e as profissões jurídicas?

Explicar que, para se caracterizar um sistema jurídico na sua globalidade, se considerarmos tão–só estes elementos temos apenas a forma , o estilo, do sistema jurídico, mas não o seu conteúdo ou, se quisermos, o seu espírito. Pelo que se tem que recorrer aos factores determinantes da formação desse sistema (onde se inclui a religião, a ideologia e a mentalidade colectiva), os conceitos estruturantes, o método de resolução usados pelos tribunais dos casos singulares e os meios de resolução extrajudicial de litígios.

d) Indique as principais razões de diferenciação entre Direito Público e Direito Privado na Família Jurídica Romano-Germânica e explique o contraste particularmente nítido com a família de *Common Law*.

- (v. Manual, pp. 148 e ss.), em especial:

Razões de diferenciação:

1. Conceito de separação de poderes decorrente da Revolução Francesa;
2. Tradição liberal do séc. XIX e escassa intervenção do Estado nas relações entre Privados;
3. Alguns conceitos fundamentais do Direito Privado moderno;
4. Necessidade de protecção dos direitos dos particulares perante a Administração;
5. Crença nas virtualidades da especialização dos juízes;

Contraste com *Common Law*:

6. Não existe repartição de competências: mesmos órgãos jurisdicionais;
7. Desenvolvimento mais modesto do Direito Público e menor intervenção (preferência pela auto-regulação)
8. Direitos e deveres iguais para o Estado e outros entes públicos.

Cotação: Grupo I – 15 valores (5 valores para cada aspeto)
Sistematização e domínio da língua portuguesa – 1 valor

Grupo II – 4 valores
Duração: 90 minutos