



DIREITO COMPARADO

Ano Letivo 2022/2023

Exame - Época Normal

12 de janeiro de 2023

GRUPO I

Tendo em conta o que estudámos sobre o sistema de fontes de direito na família jurídica Romano Germânica e de *Common Law*, faça uma análise comparativa dos seguintes excertos e responda às questões que lhe são colocadas de seguida:

Decisão do Tribunal Constitucional Português:

“Pelos fundamentos expostos, O tribunal:

Declara, com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma do artigo 2, do Decreto Legislativo Regional n. 26/83/A, de 19 de Agosto, sobre o regime de fixação da renda e respectiva actualização nos arrendamentos urbanos para fins não substanciais na Região Autónoma dos Açores;
II - Declara, com força obrigatória geral a inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 1 a 6 e 8 a 12, do Decreto Legislativo Regional n. 26/86/A, de 25 de Novembro e, consequencialmente, da norma do art. 7 do mesmo diploma regional sobre a mesma matéria.
III - Limita os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em termos de salvaguardar a eficácia das portarias emitidas ao abrigo do artigo 2 do Decreto Legislativo Regional de 26/86/A e, bem assim, o resultado das avaliações realizadas, ao abrigo da legislação declarada inconstitucional, ate a data da publicação deste acórdão, salvo se a avaliação ainda for susceptível de recurso ou se encontrar dele pendente”.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 90-246-P

Lisboa, 11 de julho de 1990

Decisão de um Tribunal de Apelação dos Estados Unidos da América

“Stare decisis is the policy of the court to stand by precedent; the term is but an abbreviation of stare decisis et non quieta movere — ‘to stand by and adhere to decisions and not disturb what is settled.’ Consider the word ‘decisis’. The word means, literally and legally, the decision. Under the doctrine of stare decisis a case is important only for what it decides — for the “what,” not for the “why,” and not for the

"how." *Insofar as precedent is concerned, stare decisis is important only for the decision, for the detailed legal consequence following a detailed set of facts*".¹

United States Internal Revenue Serv. v. Osborne, 1996

1. Qual o papel da jurisprudência, enquanto fonte de direito, nos sistemas jurídicos que compõem a família jurídica Romano Germânica e nos Estados Unidos da América?

Manual, pp. 167-172 e 328 e ss

Em relação à família jurídica Romano Germânica, o aluno deve identificar a jurisprudência como fonte de direito, salientando, no que ao sistema jurídico português diz respeito:

As decisões de tribunais com força obrigatória geral:

- a) Os acórdãos do Tribunal Constitucional que declarem, nos termos do artigo 281.º da CRP, a inconstitucionalidade ou ilegalidade de quaisquer normas;
- b) Os acórdãos do STA que declarem, de acordo com o disposto no artigo 72.º, 73.º, n.º 3 e 76 do CPTA a inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas

Para além destes casos, o aluno devia referir que, pelo menos no que diz respeito ao sistema jurídico português, a jurisprudência não é fonte de direito imediata, salientando o papel da lei como fonte primordial de direito.

Podia ainda o aluno salientar a diferença que podemos encontrar nas decisões francesas, alemãs e portuguesas.

Pelo contrário, em relação ao sistema de fontes vigente nos EUA e, em especial, o papel da jurisprudência neste:

O aluno devia fazer referência às fontes de direito vigentes no ordenamento jurídico americano: (*statutory law*), tratados e jurisprudência (*case law*). Por outro lado, o aluno deve fazer referência à hierarquia das fontes e, em particular, ao papel detido pela jurisprudência: seria de salientar, neste caso, que ainda que a jurisprudência possa ser – ainda - considerada a fonte primordial de direito, a lei, quando exista, prevalece sobre aquela, exceto na medida em que a uma decisão judicial pode recusar a aplicação de uma lei por esta ser inconstitucional. Ainda assim, seria de valorizar o aluno que referisse que, tradicionalmente, os precedentes eram tidos como a fonte essencial de Direito, cabendo à lei um papel complementar. Nos últimos anos, no entanto, o centro

¹ Tradução livre: “O princípio do *stare decisis* consiste na obrigação de os tribunais se guiarem pelo precedente; o termo é uma abreviação dos princípios do *stare decisis* e do *non quieta movere* – ‘defender, respeitar e aderir às decisões e não interferir no que ficou decidido’. Considerando o termo *decisis* - a palavra significa, literal e legalmente, a decisão. Segundo a doutrina do *stare decisis*, um caso é importante somente pelo que decide – pelo ‘quê’, e não pelo “porquê” ou pelo “como”. No que respeita ao precedente, o *stare decisis* é importante só para a decisão, para a consequência legal fundamentada que se segue ao conjunto de factos”.

de gravidade do sistema deslocou-se em muitas matérias para a lei, que é agora o principal fator de renovação do direito vigente.

2. Como funciona o sistema de fiscalização da constitucionalidade das normas no sistema jurídico português e nos Estados Unidos da América? Explícite as diferenças fundamentais entre um e outro.

Manual, pp. 334 e ss.

No que diz respeito aos EUA, o aluno deve identificar que a Constituição dos EUA é o elemento nuclear do Direito deste país e um dos seus principais fatores de unidade jurídica. Todavia, não se confere nela ao Supremo Tribunal, de modo expresso, o poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis e de recusar a aplicação destas com fundamento em serem contrárias às disposições constitucionais (*judicial review*).

O aluno deveria fazer referência ao caso *Marbury v. Madison*, julgado pelo Supremo Tribunal em 1803, que consumou o sistema de «freios e contrapesos».

A fiscalização judicial da constitucionalidade, que constitui hoje parte integrante da conceção norte-americana do Estado de Direito e é realizada de forma difusa e concreta ainda que, a última palavra neste domínio, seja sempre da Suprema Corte.

Manual, pp. 160 e ss

Já no que diz respeito ao sistema jurídico português, o aluno deve identificar desde logo a existência de uma Constituição onde são introduzidos os mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, destinados a assegurar o primado daquela sobre as normas da lei ordinária com ela incompatíveis.

O aluno deve identificar que a fiscalização pode processar-se de diversos modos: concentrada e difusa; abstrata e concreta; a título principal ou a título incidental; preventiva e sucessiva. Em Portugal, a fiscalização da constitucionalidade pode revestir qualquer das modalidades mencionadas, tendo em atenção que a fiscalização abstrata bem como a preventiva se acham exclusivamente cometidas a um Tribunal Constitucional, que julga igualmente os recursos das decisões dos outros tribunais que procedam à fiscalização concreta.

Em suma, o sistema português apresenta-se como um sistema híbrido.

3. É correto afirmar que a jurisprudência é a fonte primordial de direito nos sistemas de *Common Law*, sobrepondo-se sempre e em qualquer caso às demais fontes de direito?

A afirmação não é correta. Tal como se adiantou na primeira pergunta, a jurisprudência, apesar de ter um papel fundamental entre as fontes de direito nos sistemas de *Common Law*, não se sobrepõe sempre nem em todos os casos. Nomeadamente, o aluno deve identificar o papel da Constituição entre as fontes, bem como explicar que, sempre que exista lei, esta prevalece sobre a jurisprudência, salvo na medida em que os tribunais podem recusar a aplicação de uma lei com fundamento na sua inconstitucionalidade.

GRUPO II

Comente a seguinte afirmação à luz do que estudou sobre o desenvolvimento jurisprudencial do Direito na família jurídica Romano Germânica, distinguindo a este propósito os ordenamentos jurídicos português, francês e alemão:

“Referimos que vigora nos sistemas jurídicos em apreço o primado da lei – rectius: das normas e princípios que compõem o ordenamento jurídico- sobre as concepções pessoais de justiça e razoabilidade do julgador. Não significa isso, no entanto, que os tribunais se limitem nesses sistemas jurídicos (inclusive o nosso) a aplicar Direito preexistente; é, pelo contrário, muito relevante a sua atividade criadora, mormente por via do chamado desenvolvimento jurisprudencial do Direito, cuja imprescindibilidade no Estado moderno é hoje amplamente reconhecida”.

Dário Moura Vicente

Direito Comparado, Vol. I, 5.^a edição, p. 188

Manual, pp. 173 e ss. e pp. 182 e ss

Os alunos deveriam explicar no que consiste desde logo o modelo dedutivo de decisão judicial. Nesse contexto, referir que é em França onde esse modelo silogístico é levado mais longe, onde, inclusive são omitidas citações de obras doutrinárias ou de decisões jurisprudenciais, assim como votos de vencido. Em suma, que são omitidas nas sentenças dos tribunais franceses quaisquer considerações valorativas. Fenómeno que em muito se deve a determinada ideia de separação de poderes que remonta a Montesquieu, conforme a qual ao legislador competiria criar o Direito e aos tribunais exclusivamente aplica-lo.

Contudo, esta concepção cedo demonstrou ser irrealista, dada a inevitável incompletude dos textos legais e a frequente existência de momentos criadores na própria determinação da premissa maior do silogismo judiciário, além de a experiência nefasta

da II Guerra Mundial e dos regimes totalitários que estiveram na sua origem terem posto em evidência os perigos do positivismo e a necessidade de temperar a sujeição do julgador à norma legal pela referência a outros comandos jurídicos, nomeadamente a critérios não-normativos de decisão. Exemplos de correntes que pugnaram pela revolta contra o formalismo foram a Escola do Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores.

Devido à influência destas correntes, tende hoje a prevalecer a ideia de que a obtenção do Direito do caso singular não é uma pura e simples operação lógica, mas antes a adequação ou adaptação de um comando geral ao caso singular, caracterizando-se o sistema jurídico como cibernético, atribuindo-se às proposições que o integram validade limitada pelo seu escopo e resultados que concitem. Além do mais, a decisão do caso concreto não tem de ser estritamente deduzida da lei, podendo antes fundar-se num juízo de valor sobre a aptidão da consequência jurídica nela estatuída à realização, no caso de espécie, dos fins práticos e morais através dela prosseguidos. Enunciar os exemplos no Direito positivo desta orientação (artigo 4º/2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais e o artigo 20º/3 da Lei Fundamental Alemã, ao admitir, implicitamente, a determinação concreta do Direito *contra lege* desde que *intra ius*).

Não obstante isto, mantém-se nesses sistemas jurídicos o princípio da sujeição dos juízes à lei, que aliás transparece nas próprias sentenças judiciais: estas tomam geralmente como ponto de partida as normas legais aplicáveis, delas se afastando apenas quando o sistema faculte ao julgador outros critérios de solução ou nos raros casos em que a sua aplicação conduza a um resultado que repugne visivelmente aos critérios de justiça do sistema ou ainda quando seja de presumir que o legislador não pensou nesses casos ao elaborar a norma, nisto se distinguindo o método de resolução do caso concreto observado nesses sistemas jurídicos daquele que é correntemente adoptado nos sistemas do Common Law e em outras famílias jurídicas.

Este papel criador dos tribunais é especialmente importante quando estes preenchem lacunas “rebeldes à analogia” ou “decidem com recurso a cláusulas gerais”. Mas os tribunais exercem também esse papel criador quando interpretam a lei, na medida em que a referência ao sistema jurídico importa o reconhecimento de que é legítimo extrair dele normas que a lei não enuncia expressamente. Sendo certo que aquilo se cria nas decisões assim proferidas é tão-só a máxima de decisão do caso *sub judice* e não uma norma aplicável a casos futuros, não havendo, nesta medida, precedentes judiciais nos sistemas jurídicos romano-germânicos, a verdade é que indiretamente essas decisões podem exercer influência para além do caso em que foram proferidas, na medida em que sejam tomadas como modelos de decisão em casos semelhantes julgados posteriormente, podendo, da repetição de julgados resultar, como frequentemente sucedeu na Alemanha ao longo do século XX, a formação de costume jurisprudencial, exigindo-se para tal, além da repetição de decisões, a convicção de obrigatoriedade, por parte dos tribunais, da observação de tais modelos de decisão.

O princípio da separação de poderes não se opõe a este desenvolvimento jurisprudencial do Direito dentro dos parâmetros definidos por uma regra geral. De facto, apesar de a

Constituição conferir ao poder legislativo uma posição dominante na criação do Direito, ela não lhe atribui em exclusivo essa função. Os alunos deverão ainda fazer referência ao caso Soraya. Deverá ser realçada a importância do papel desempenhado pela jurisprudência na adaptação de sistemas jurídicos, como o francês e o alemão, dotados de códigos centenários, às novas necessidades sociais. Por fim, deverão ser realçados os limites da atividade interpretativa dos tribunais, nomeadamente a inadmissibilidade da correção pelos tribunais das opções jurídico-políticas efetuadas pelo legislador, excetuando-se apenas deste limite os casos de recusa permanente do legislador e em que devido a tal recusa sobreviesse um autêntico estado de necessidade jurídico.

Cotação

I Grupo - 12 valores (4 valores cada questão)

II Grupo - 7 valores

Organização das respostas e correção formal destas - 1 valor

Duração: 90 minutos