

DIREITO COMPARADO

Exame de coincidências de recurso

26 de julho de 2023

À luz do que estudámos sobre **tribunais superiores** e, em especial, sobre as diferentes abordagens dos seus juízes em Portugal e nos Estados Unidos da América, 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 das decisões tomadas anteriormente por cada um destes tribunais e a autovinculação que existe, ou não, em qualquer um deles, a juízos anteriores;
- 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) O peso das respetivas Constituições, em cada país e nas suas famílias jurídicas, e a forma como podem (e devem) ser afastadas normas contrárias às mesmas, para defesa dos particulares.

Tribunal Constitucional: Acórdão n.º 314/2023, 26 de maio de 2023, relatado pelo JUÍZ CONSELHEIRO JOSÉ ANTÓNIO TELES PEREIRA

«O juízo de inconstitucionalidade – no pressuposto da equiparação atrás referida entre mensagens lidas e não lidas – dirigiu-se unicamente à falta de intervenção do juiz de instrução para assegurar um controlo judicial prévio, “destinado a aferir, à semelhança do que ocorre com a realização de buscas domiciliárias, a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, o nível de indiciação da participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da convicção de que a diligência pretendida é indispensável para a descoberta da verdade dos factos ou de que a prova tida em vista seria impossível ou muito difícil de obter por meios alternativos, menos intrusivos para os direitos do(s) visado(s)”.

Pois bem, colocada assim a questão, são de acolher integralmente os fundamentos do Acórdão n.º 91/2023, os quais se dão por reproduzidos e que assim se repercutirão, inevitavelmente, sobre a norma sub judice enquanto fundamentos da sua inconstitucionalidade. Se não há que distinguir entre mensagens lidas e não lidas, designadamente para efeitos de proteger menos intensamente estas últimas, então o seu estado é irrelevante para efeitos de enquadramento jurídico-constitucional.

Assim resultam, necessariamente, afastados os argumentos apresentados nas contra-alegações, seja por assentarem na ideia de relevância da distinção entre correio lido e não lido (aliás, não refletida no enunciado normativo que é objeto do recurso), como sustentou a Autoridade da Concorrência, seja por via de se afirmar que “a eventual apreensão de meros documentos armazenados em equipamentos ou sistemas informáticos, bem como a norma que a autorize, não se revelam violadoras do disposto nos n.ºs 1 e 4, do artigo 34.º, da Constituição”, posição em que se fundou, também, a conclusão dos recorridos no sentido da desnecessidade de controlo judicial.

Consequentemente, a norma segundo a qual se admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de (qualquer) correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio, é violadora do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição (...) Resulta do exposto que há razões de censura jurídico-constitucional da norma contida nos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (...), com a consequente procedência do recurso, sendo os autos remetidos ao Tribunal da Relação de Lisboa, para que reforme a decisão em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade agora afirmado (artigo 80.º, n.º 2, da LTC)».

Supreme Court of the United States: *Torres v. Madrid*, 592 U.S. 2021, *leading opinion* CHIEF JUSTICE JOHN ROBERTS JR.

«The Fourth Amendment protects “[t]he right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures.” This Court’s precedents have interpreted the term “seizure” by consulting the common law of arrest, the “quintessential” seizure of the person. *Payton v. New York*, 445 U. S. 573, 585; *California v. Hodari D.*, 499 U. S. 621, 624. In *Hodari D.*, this Court explained that the common law considered the application of physical force to the body of a person with the intent to restrain to be an arrest—not an attempted arrest—even if the person does not yield (...) A review of the pertinent English and American decisions confirms that the slightest touching was a constructive detention that would complete the arrest. See, e.g., *Genner v. Sparks*, 6 Mod. 173, 87 Eng. Rep. 928»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.

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 do Manual (“Manual”) do Professor Doutor Dário Moura Vicente)

¹ Tradução livre: Decisão do tribunal (Opinião maioritária): «A *Quarta Emenda* protege “[o] direito de as pessoas estarem protegidas de violações dos seus corpos, casas, papéis, pertences e propriedade, contra buscas e apreensões irracionais”. Os precedentes deste Tribunal interpretaram o termo “apreensão” consultando o direito comum da detenção, a apreensão “quintessencial” da pessoa. *Payton v. New York*, 445 U. S. 573, 585; *California v. Hodari D.*, 499 U. S. 621, 624. Em *Hodari D.*, este Tribunal explicou que o direito consuetudinário considerava que a aplicação de força física ao corpo de uma pessoa com a intenção de a imobilizar constituía uma detenção - e não uma tentativa de detenção - mesmo que a pessoa não cedesse (...) Uma análise das decisões inglesas e americanas pertinentes confirma que o mais pequeno toque era uma detenção construtiva que completaria a detenção. Ver, por exemplo, *Genner v. Sparks*, 6 Mod. 173, 87 Eng. Rep. 928».

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 *overruling* 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).

Recordar que tal não significa que as decisões dos Tribunais superiores (e respetivo Direito) tenham 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 devem também 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 devem 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 *obiter 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 devem 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

Partindo de uma comparação das seguintes normas aplicáveis à liberdade de expressão e demonstrando diferentes influências da religião no Direito, e a **título de síntese comparativa**, compare **autonomia do Direito perante a religião** nos diversos sistemas jurídicos por nós analisados, e também a **utilização deste critério** da delimitação metodológica e sistemática em **Direito Comparado**.

“A liberdade de expressão e divulgação do pensamento na rádio e na televisão e na televisão da República Islâmica do Irão é garantida de acordo com o critério islâmico e com os interesses do país.”

Artigo 175.º da Constituição da República Islâmica do Irão

“Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (...).”

Artigo 37.º da Constituição da República Portuguesa

- v. Manual em geral e, em especial, pp. 512 e ss.

Análise da pertinência da autonomização de uma Família Jurídica de Direitos Religiosos;

Explicitação e definição do âmbito de aplicação do Direito muçulmano e a coexistência e relação com outros direitos; o “critério islâmico” patente no texto iraniano como manifestação da religião na ideia de direito; o contraste com a ideia de laicização do Estado e a enunciação das razões porque tal não significa uma ausência da influência da religião no direito; a distinção entre direito muçulmano e direito canónico; a omissão da expressão “direitos” no texto iraniano como manifestação de uma diferente ordem jurídica assente no dever.

Enquanto que, para muçulmanos e hindus, o Direito não se distingue da religião (não dispendo de sistema próprio de sanções), nos sistemas jurídicos Romano-Germânicos e de Common Law, deu-se um processo gradual de laicização desde o século XVII: há, portanto, um alto grau de autonomia perante a religião e outros sistemas normativos (como a moral), encontrando a sua legitimação principalmente na legitimação nas ideias de democracia e soberania popular.

Nas sociedades africanas tradicionais as regras jurídicas têm um papel meramente subsidiário, aplicando-se apenas quando falhem outras formas de disciplinar as relações sociais.

Grupo III

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

- a) 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 autorregulação de interesses)
8. Direitos e deveres iguais para o Estado e outros entes públicos, à luz de uma conceção formal do princípio da igualdade.

- b) A título de síntese comparativa, indique a principal característica quanto à formação e qualificação exigida aos juristas para o exercício de funções jurisdicionais nos sistemas ocidentais, família Romano-Germânica e de *Common Law*, e nos Direitos muçulmano e tradicional africano.

- (v. Manual, pp. 515 e ss.).

- Sistemas ocidentais, juristas como classe profissional distinta das demais;
- Sistemas romano-germânicos, formação especializada;

- Família de Common Law, distinção prévia em outras profissões jurídicas;
- Direito muçulmano, necessidade de qualificação teológica;
- Direito tradicional africano, posições de chefia na comunidade (por inerência)

Ausência, no Common Law, como nos demais sistemas, de uma ideia de separação de poderes como a que vingou nos Direitos romano-germânicos.

c) Será possível afirmar que, na Alemanha, o princípio da separação de poderes não se opõe ao desenvolvimento jurisprudencial do direito?

- v. Manual do Professor Doutor Dário Moura Vicente, pp. 195 e ss.:

Não oposição

- Referência ao entendimento do Tribunal Federal Alemão, art. 20 n.º 3 da Lei Fundamental;
 - Possibilidade de se aceitar o costume jurisprudencial;
 - Caso Soraya;
 - Desenvolvimento da responsabilidade delitual;
 - Constitucionalização do direito privado (Herrenreiter e Soraya).
- (eventualmente, distinção dos precedentes judiciais).

d) O costume é fonte de Direito de forma semelhante na Índia e Inglaterra? Enuncie e compare as características e critérios de aplicação do costume no Direito hindu e no Direito inglês.

- v. Manual, pp. 471 e ss. e 283 e ss.:

Sobre o costume como fonte, Direito hindu:

- *Consagração nas escrituras;*
- *Referência a conflitos com o Dharma;*
- *Relação com a hierarquia social (campo de aplicação);*
- *Simbiose quando haja conformidade com o Dharma (instrumento de positivação e legitimação);*

(o costume como fonte, Common Law inglês:

- *Liberdade individual e consentimento;*
- *4 Requisitos para aplicação nos tribunais;*
- *Direito comercial;*
- *Distinção face às convenções;*
- *Conflitos com outras fontes (lei, jurisprudência)*

Cotação: Grupo I – 9 valores (3 valores para cada aspeto)
Sistematização e domínio da língua portuguesa – 1 valor

Grupo II – 5 valores

Grupo III – 6 valores (3 cada)
Duração: 90 minutos