

DIREITO COMPARADO

Exame de época normal

11 de janeiro de 2024

À luz do que estudámos sobre os tribunais superiores e a importância dos respetivos juízes, em especial, sobre a diferente utilização das fontes de Direito em Portugal e nos Estados Unidos da América, faça uma análise comparativa dos excertos que se seguem, distinguindo, entre outros aspetos que considere relevantes:

- i) A importância dos juízes e da sua opinião perante as fontes e a autovinculação que existe, ou não, em cada um dos tribunais, a juízos anteriores dos mesmos;
- ii) O peso do *due process*, do direito ao recurso e dos direitos de defesa, da *judicial review*, e as principais diferenças em matéria de acesso e julgamento de recursos nos ordenamentos considerados;
- 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 587/99, 20 de outubro de 1999, relatado pela JUÍZA CONSELHEIRA MARIA DOS PRAZERES BELEZA

«Corridos os vistos, cumpre decidir. E a verdade é que o Tribunal Constitucional não pode conhecer do presente recurso, porque, como só foi possível depreender com segurança das suas alegações, a norma impugnada não foi interpretada com o sentido que a recorrente acusa de ser inconstitucional.

Desde logo, não é da aplicação do disposto no n.º 1 do artigo 1311º do Código Civil que se poderia retirar a conclusão de que os "factos integrantes dos pretensos direitos da ora recorrida" deveriam ser levados à especificação, "sem se conceder à recorrente, rectius negando-se-lhe, o exercício do seu direito do contraditório".

Tal consequência, que o Tribunal Constitucional não pode discutir, decorreria antes do disposto no n.º 3 do artigo 784º (cominação aplicável em processo sumário, em caso de litisconsórcio, ao réu não contestante, e continuação da acção quanto ao que contestou) e no artigo 511º, relativo à selecção entre os factos a levar ao questionário ou à especificação, ambos na versão aplicável do Código de Processo Civil.

Note-se, aliás, que o Tribunal da Relação de Coimbra salientou que considerava transitada em julgado a condenação da ré não contestante, uma vez que não fora impugnada por via de recurso.

Da leitura atenta do acórdão recorrido resulta que o Tribunal da Relação de Coimbra apenas utilizou o regime previsto na norma impugnada para o efeito de confirmar a decisão de absolvição da instância, dela não tendo retirado nenhum efeito relativamente aos factos que a recorrente considera terem sido indevidamente especificados, impedindo-a de os contraditar.

Ora o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas interposto ao abrigo do disposto na al. b) do n.º 1 do artigo 70º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, tem como pressuposto que a norma impugnada tenha efectivamente sido aplicada na decisão recorrida, como resulta expressamente da referida al. b) e o Tribunal tem repetidamente afirmado. Nestes termos, decide-se não conhecer do presente recurso».

Supreme Court of the United States: *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 2004, leading opinion
JUSTICE SANDRA DAY O'CONNOR

«Even in cases in which the detention of enemy combatants is legally authorized, there remains the question of what process is constitutionally due to a citizen who disputes his enemy-combatant status. *Hamdi* argues that he is owed a meaningful and timely hearing and that “extra-judicial detention [that] begins and ends with the submission of an affidavit based on third-hand hearsay” does not comport with the Fifth and Fourteenth Amendments (...) The Government counters that any more process than was provided below would be both unworkable and “constitutionally intolerable” (...). Our resolution of this dispute requires a careful examination both of the writ of habeas corpus, which *Hamdi* now seeks to employ as a mechanism of judicial review, and of the Due Process Clause, which informs the procedural contours of that mechanism in this instance (...)

Hamdi asks us to hold that the Fourth Circuit also erred by denying him immediate access to counsel upon his detention and by disposing of the case without permitting him to meet with an attorney. (...) Since our grant of certiorari in this case, *Hamdi* has been appointed counsel, with whom he has met for consultation purposes on several occasions, and with whom he is now being granted unmonitored meetings. He unquestionably has the right to access to counsel in connection with the proceedings on remand. No further consideration of this issue is necessary at this stage of the case. The judgment of the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit is vacated, and the case is remanded for further proceedings»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.

¹ Tradução livre: «Mesmo nos casos em que a detenção de combatentes inimigos é legalmente autorizada, temos de saber que tipo de processo é constitucionalmente devido a um cidadão que contesta o seu estatuto de “combatente inimigo”. No seu recurso, *Hamdi* argumenta que lhe é devido um direito de audiência prévia, contraditório significativo e tempestivo e afirma que “a detenção extrajudicial [que] começa e acaba com a apresentação de uma declaração juramentada baseada em relatos de terceiros não é conforme com o que decorre da Quinta e Décima Quarta Emendas da Constituição” (...) O Governo contra-argumentou que qualquer outro processo para além daquele do que foi fornecido abaixo seria não só impraticável como “constitucionalmente intolerável” (...) A nossa resolução desta disputa requer uma análise cuidadosa tanto do writ of habeas corpus, que *Hamdi* procura agora empregar como mecanismo de revisão judicial, como da Cláusula do Devido Processo, que informa os contornos processuais desse mecanismo nesta instância (...).

Hamdi recorreu da decisão do Tribunal do Quarto Circuito considerando que este também cometeu um erro ao negar-lhe o acesso imediato a um advogado aquando da sua detenção ao decidir o caso sem lhe permitir reunir-se com um advogado (...) Desde a nossa concessão de certiorari neste caso, foi nomeado um advogado para defender *Hamdi*, com quem este teve reuniões não monitorizadas, para assegurar o seu direito de defesa. É inquestionável que o recorrente tem o direito de ter acesso a um advogado no âmbito do processo de detenção preventiva. Não é necessário analisar mais esta questão nesta fase do processo. Assim, a decisão do Tribunal de Recurso do Quarto Circuito é anulada e o caso é encaminhado para novos procedimentos».

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)

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 do que estudou este semestre quanto ao **princípio da soberania do parlamento** em Inglaterra, a importância do seu Supremo Tribunal e as recentes decisões envolvendo o processo de saída da União Europeia, comente o seguinte excerto do caso *Miller and another v Secretary of State for Exiting the European Union*, decidido pelos Lord Neuberger (Presidente), Lady Hale (Vice-Presidente), Lord Mance, Lord Kerr, Lord Clarke, Lord Wilson, Lord Sumption, Lord Reed, Lord Carnwath, Lord Hughes, Lord Hodge:

«The EU Treaties as implemented pursuant to the 1972 Act were and are unique in their legislative and constitutional implications. In 1972, for the first time in the history of the United Kingdom, a dynamic, international source of law was grafted onto, and above, the well-established existing sources of domestic law:

Parliament and the courts. And, as explained in paras 13-15 above, before (i) signing and (ii) ratifying the 1972 Accession Treaty, ministers, acting internationally, waited for Parliament, acting domestically, (i) to give clear, if not legally binding, approval in the form of resolutions, and (ii) to enable the Treaty to be effective by passing the 1972 Act. Bearing in mind this unique history and the constitutional principle of Parliamentary sovereignty, it seems most improbable that those two parties had the intention or expectation that ministers, constitutionally the junior partner in that exercise, could subsequently remove the graft without formal appropriate sanction from the constitutionally senior partner in that exercise, Parliament. (...) It is instructive to see how the issue was addressed in ministers' response to the 12th Report of Session 2009-10 of the House of Lords Select Committee on the Constitution (Referendums in the United Kingdom): (...): "[B]ecause of the sovereignty of Parliament, referendums cannot be legally binding in the UK, and are therefore advisory. However, it would be difficult for Parliament to ignore a decisive expression of public opinion"»².

- v. Manual do Professor Doutor Dário Moura Vicente. vol. I, pp. 252 e ss. e 278 e ss.:

Grupo III

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

- a) Identifique os principais pontos de contacto e divergência entre o Direito Comparado, a dogmática jurídica, a antropologia jurídica e a sociologia jurídica.

b)

- v. Manual do Professor Doutor Dário Moura Vicente. vol. I, pp. 31 e ss.

c)

- d) Será possível falar de um "Direito grego" nos primórdios da família romano germânica? Quais são os principais legados de gregos, romanos e germânicos até ao século X, nesta família jurídica?

e)

- v. Manual do Professor Doutor Dário Moura Vicente. vol. I, pp. 99 e ss.

- f) Como é que se processou a receção do Direito de *Common Law* nos Estados Unidos da América? É possível encontrar, na História e na atualidade, pontos de contacto com os Direitos da Europa continental?

g)

- v. Manual do Professor Doutor Dário Moura Vicente. vol. I, pp. 298 e ss.

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

Grupo II – 5 valores

Grupo III – 5 valores
Duração: 90 minutos

² Tradução livre: «Os Tratados da UE, tal como aplicados nos termos do Act de 1972, foram e são únicos nas suas implicações legislativas e constitucionais. Em 1972, pela primeira vez na História do Reino Unido, uma nova, dinâmica e internacional fonte de Direito foi enxada sobre as fontes de Direito interno existentes e bem estabelecidas e esta fonte alterou o papel do Parlamento e dos tribunais. E, tal como explicado nos pontos 13-15 supra, antes de (i) assinar e (ii) ratificar o Tratado de Adesão de 1972, os ministros, atuando a nível internacional, aguardaram que o Parlamento os autorizasse a assinar o Tratado de Adesão de 1972, agindo internamente, e (i) lhes desse uma aprovação clara, ainda que não juridicamente vinculativa, sob a forma de resoluções, e (ii) para permitir que o Tratado se tornasse efetivo através da aprovação do Act de 1972. Tendo em conta este historial único e o princípio constitucional da soberania parlamentar, parece muito improvável que essas duas partes tivessem a intenção ou a expectativa de que os ministros (constitucionalmente o "parceiro menor" nesse exercício constitucional), pudessem subsequentemente remover o enxerto de Direito sem o consentimento formal adequado do parceiro constitucionalmente sénior do parceiro nesse exercício: o Parlamento. (...) É muito pedagógico instrutivo ver como a questão foi questão foi abordada na resposta dos ministros ao 12.º relatório da sessão de 2009-10 da Comissão de Seleção da Câmara dos Lordes sobre a Constituição (Referendos no Reino Unido): (...): "Devido à soberania do Parlamento, os referendos não podem ser juridicamente vinculativos no Reino Unido, pelo que têm carácter consultivo. No entanto, será difícil para o Parlamento ignorar uma expressão decisiva da opinião pública"».