

DIREITO COMPARADO

Exame de época normal

12 de junho de 2024

À luz do que estudámos sobre os tribunais superiores e as suas decisões, a importância da lei escrita, o peso do originalismo, do textualismo ou da interpretação histórica, em Portugal e nos Estados Unidos da América, faça uma análise comparativa dos excertos abaixo, distinguindo, entre outros aspetos relevantes:

- i) A importância das decisões no quadro eleitoral e a relevância da vontade do legislador na determinação do sentido da decisão judicial;
- ii) A referência a diferentes fontes e a autovinculação que existe, ou não, em cada um dos tribunais, a juízos anteriores dos mesmos;
- iii) A relevância das respetivas Constituições em cada país e a forma como podem (e devem) ser utilizadas para assegurar a o exercício de direitos políticos em períodos eleitorais.

Tribunal Constitucional: Acórdão n.º 68/2023, 8 de março de 2023, relatado pelo JUIZ CONSELHEIRO JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS

«Na verdade, de acordo com o Acórdão n.º 678/2021, «[a]o proibir a publicidade a “atos, programas, obras ou serviços”, o n.º 4 do artigo 10.º da Lei n.º 72-A/2015, de 23 de julho, tem em vista afastar atos de divulgação que, as mais das vezes, serão abertos à interpretação dos destinatários. Fruto da natural ambiguidade das mensagens desta natureza, poderão ser vistos por alguns cidadãos com indiferença (...). É a potencialidade dessa leitura favorável – como expressão de uma desigualdade à partida entre quem pode expor aos cidadãos resultados, porque teve oportunidade de os atingir no período em curso, e quem não os pode projetar, porque não teve essa oportunidade, a diferença, enfim, entre o que já foi feito por uns e o que outros só podem especular que teriam feito – que a lei pretende afastar, sendo certo que a informação objetiva pode servir o propósito de promover a uma luz favorável a ação de quem realizou certa obra ou serviço. É por esse motivo que a intenção meramente informativa não constitui causa de justificação – a conduta só seria justificada perante a urgente necessidade pública (...) ou o estrito cumprimento de um dever legal de divulgação, sendo que nenhum dos referidos fundamentos foi invocado ou decorre dos factos provados nos presentes autos».

Como foi posto em evidência no Acórdão n.º 764/2021, «[o] n.º 4 do artigo 10.º da Lei n.º 72-A/2015, de 23 de julho, proíbe a publicidade (...) com um claro intuito de evitar que atos de divulgação, abertos à livre e individual interpretação de cada destinatário, possam induzir a uma promoção (in)direta, quer de quem as concretizou efetivamente, quer dos atuais dirigentes (...) Ora, ao contrário do que é alegado pelo recorrente, foi precisamente isto – que a lei pretende afastar – que o ora recorrente pretendeu fazer, por intermédio do anúncio às obras, infraestruturas e iniciativas, uma vez que elas eram claramente suscetíveis de influenciar os cidadãos-eleitores, sendo evidente a probabilidade – ou, ao menos, a potencialidade – da associação das obras e iniciativas publicitadas, nomeadamente através das imagens respetivas, à “obra feita” pelos respetivos titulares, no momento de concorrerem a um ato eleitoral com vista à sua reeleição. (...) Por esta razão, a deliberação da CNE, no segmento decisório contido na respetiva alínea b), não fez uma errada interpretação da factualidade sub judice nem, tão-pouco, uma incorreta subsunção e aplicação da legislação aplicável, razão pela qual deve ser confirmada, com a consequente improcedência do recurso».

Supreme Court of the United States: *Alexander v. South Carolina State Conference of the NAACP*, U.S. 602, 2024, *concurring opinion*, JUSTICE CLARENCE THOMAS

«The historical record compels this interpretation of the Elections Clause’s text. Gerrymandering and vote dilution are not new phenomena. The founding generation was familiar with political districting problems from the American colonial experience. See *Vieth*, 541 U. S., at 274 (collecting examples). But the Framers nowhere suggested the federal courts as a potential solution to those problems. Instead, they relied on congressional oversight. The Framers’ considered choice of a nonjudicial remedy is highly relevant context to the interpretation of the Elections Clause. See *New York State Rifle & Pistol Assn., Inc. v. Bruen*, 597 U. S. 1, 26–27 (2022).

Because the Elections Clause attracted considerable criticism during the ratification debates, ample contemporaneous discussion sheds light on the original understanding of the Clause. As a delegate to the Virginia ratifying convention observed, Congress’s power to regulate the time, place, and manner of elections drew objections that “echoed from one end of the continent to the other.” 3 *Debates on the Constitution* 9 (J. Elliot ed. 1836) (*Elliot’s Debates*). Opponents of ratification attacked the Clause as a radical expansion of national power and a grave danger to liberty. Patrick Henry argued: “What can be more defective than the clause concerning the elections? The control given to Congress over the time, place, and manner of holding elections, will totally destroy the end of suffrage”».

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).

Os alunos deviam referir o poder persuasivo de decisões anteriores dos tribunais (até dos próprios), o costume jurisprudencial e a ideia de jurisprudência constante. Deviam explicar as diferenças quanto às regras de interpretação de leis nos EUA e em Portugal, explicando, se possível, as diferenças entre textualismo e originalismo.

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 modificar 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 às razões para a autonomização do Direito de *Common Law* inglês,, comente o seguinte excerto de *A mais breve História de Inglaterra*, de JAMES HAWES.

«INVASÃO OU CONVITE?»

As legiões romanas deixaram por fim a Britânia em 407 A. D., para irem combater em guerras civis intermináveis. Os britânicos do Sul davam agora por si sujeitos a impostos, mas indefesos, pelo que sentiram a necessidade de se revoltarem contra o Império, e não mais viverem segundo o Direito Romano (Zósimo). A nossa única fonte credível sobre o que aconteceu a seguir é A Ruína da Britânia (c. 540 A. D.) do monge romano-britânico Gildas. Escrevendo em latim, Gildas regista o lamento do seu povo por tão brusco corte

com o Império e a sua derradeira súplica por auxílio romano, conhecida sob o título *The Groans of the Britons* [Os Gemidos dos Britânicos] cerca de 450 A. D.: “Os bárbaros empurram-nos para o mar, o mar empurra-nos para os bárbaros, e entre as duas formas de morte ou somos abatidos ou afogados.”

Mas estes bárbaros não eram os saxões. Gildas não faz qualquer referência a germânicos nestes anos. Os inimigos mortais da civilização na Britânia eram duas nações estrangeiras, os Escoceses do Noroeste [ou seja, os Irlandeses], e os Pictos do Norte, que desembarcavam em canoas. E como Roma já não podia ajudá-los, os Romano-britânicos viraram-se para outro povo europeu: “443 A. D. Este ano levou os Britânicos a Roma e rogaram auxílio contra os Pictos, mas nenhum lhes prestaram, pois que guerreavam com Átila, Rei dos Hunos, e depois apelaram aos Ingleses e seus parentes nobres”, Anglo-Saxon Chronicle'»¹.

- v. Manual do Professor Doutor Dário Moura Vicente, pp. 255 e ss.:

Grupo III

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

- a) Distinga *Common Law*, *Equity* e *Statute Law*, no Direito inglês, dando exemplos de diferentes soluções jurídicas criadas por cada um destes sistemas.

- (v. Manual, pp. 252 e ss.):

- b) Quais são os principais critérios que devem presidir, em França e na Alemanha, à interpretação da lei e integração de lacunas? Refira algum caso judicial em que foi necessário os tribunais ultrapassarem limitações decorrentes da antiguidade dos Códigos dos respetivos ordenamentos jurídicos.

- (v. Manual, pp. 189 e ss.).

- c) O que pode sintetizar quanto ao âmbito pessoal, geográfico e material de aplicação do Direito hindu? Coincide e prevalece perante o Direito indiano? Há algumas matérias em que haja conflito? Quais?

- v. Manual do Professor Doutor Dário Moura Vicente, pp. 441 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

¹ Cf. JAMES HAWES, *A mais breve História de Inglaterra*, (trad. José Mendonça da Cruz), Alfragide: D. Quixote, pp. 24-25.