

DIREITO COMPARADO

Ano lectivo de 2014/2015

Exame final

8 de Janeiro de 2015

Grupo I

Tendo em conta o que estudámos sobre o **método jurídico** em Portugal, em França, na Alemanha e em Inglaterra, faça uma análise crítica do excerto, situando o ordenamento jurídico português no quadro das famílias jurídicas que analisámos ao longo do semestre, abordando, entre outros pontos:

- a) As **diferenças que poderíamos encontrar** em decisões *francesas, alemãs e inglesas* a partir dos mesmos problemas;
- b) As **principais características das decisões judiciais** em cada um dos ordenamentos;
- c) Os mais importantes **fundamentos** apresentados para justificar as diferentes **relações entre julgador e legislador** nos quatro ordenamentos.

Analise, também, nos ordenamentos jurídicos em causa, a evolução, ao longo das últimas décadas, em matéria de fontes e de forma de as interpretar e explique de que formas podem as decisões dos tribunais portugueses, franceses, alemães e ingleses inovar ou representar novas criações *jurisprudenciais* do Direito.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

«A fundamentação consiste na indicação das razões de facto e de direito que conduzem o julgador, num raciocínio lógico a decidir em determinado sentido. Mas essa indicação não pode ser feita por simples adesão para os fundamentos indicados pelas partes – n.º 2 do preceito [isto é, do art. 154.º do Cód. Proc. Civil]. Proíbe-se, deste modo, esta fundamentação passiva, por simples adesão: as razões hão-de ser expostas num discurso próprio, assente numa análise e ponderação também próprias.

Assim, decidida a causa através de sentença, sem se ter assentado expressamente os factos provados e não provados e respectiva fundamentação, tal decisão é de anular, atento o disposto no artigo 662.º, n.º 2, alínea c), do Cód. Proc. Civil».

20 de Outubro de 2014, Processo n.º 756/13.0TTVNG.P1 (rel. por António José Ramos)

Os alunos deveriam distinguir as decisões francesas, alemãs e inglesas reconhecendo o estilo e as características próprias de cada uma delas (explicando que as decisões portuguesas se aproximam mais do estilo alemão), traduzindo um método jurídico próprio.

As **decisões francesas** caracterizam-se por serem mais sintéticas, impessoais, “elípticas”, contendo uma interpretação subjectivista da lei, procurando-se a vontade do legislador e socorrendo-se de vários elementos com esse fim (estudos preparatórios, directivas a serem transpostas). São decisões curtas, com pouco desenvolvimento na fundamentação, sem votos de vencido. Perante todas as outras distinguir-se-

iam por serem as mais curtas, por não apresentarem (ou apresentarem muito poucas) citações doutrinárias ou de jurisprudência anterior. São decisões que traduzem a lógica do silogismo judiciário, muito formalistas, iniciadas pela fórmula clássica «*Attendu que...*». Quanto às fontes, serão também as decisões que mais seguem o “culto da lei”, e traduzem preocupações de separação de poderes mais estritas. Poderia ainda ser feita referência às reviravoltas da jurisprudência, às necessidades de actualização de um Código Civil com mais de dois séculos e à importância que a jurisprudência foi tendo em alguns campos do Direito (seria valorizada a referência a casos específicos, dos problemas de responsabilidade civil ao direito internacional privado). Seria relevante o reconhecimento da atenuação do método exegético e a evolução da chamada *école de l'exegèse* para a denominada *école scientifique*.

Deveriam apontar também as **decisões alemãs** como as mais semelhantes às decisões portuguesas (procurando seguir também as preocupações expostas no excerto). Seriam valorizadas referências ao(s) «*Direito de Professores*» e à importância da técnica jurídica, da linguagem, e também ao facto de serem mais comuns citações de doutrina e jurisprudência, a existência de votos de vencido e alguma identificação dos juízes, apesar de muito distante do personalismo judiciário inglês. Seria importante referir a força persuasiva da jurisprudência dos tribunais superiores, o costume jurisprudencial e os campos em que a jurisprudência se assumia como fonte de direito (a começar nas decisões com força obrigatória geral, em Portugal). Quanto à interpretação da lei e evolução no tempo, seria importante referir os vários elementos, comuns na Alemanha e em Portugal e seriam valorizadas referências à Jurisprudência dos Valores e à Jurisprudência dos Interesses, explicando a importância e a possibilidade das redução e extensão teleológicas e às possibilidades de desenvolvimento jurisprudencial do Direito.

Em geral, os alunos deveriam reconhecer que as decisões judiciais representam, na França, na Alemanha e em Portugal, silogismos judiciais, que têm como premissa maior a norma aplicável e como premissa menor os factos dados como provados no processo.

Ver, quanto a todos os problemas e em particular quanto à estrutura formal das sentenças, o Manual (3.^a ed.), em especial as pp. 173 e ss. Os alunos poderiam, ainda, distinguir os métodos de recurso de substituição e cassação nos vários ordenamentos, bem como associar o fenómeno do “culto da lei” aos movimentos codificadores e à centralidade que os códigos assumem em França, na Alemanha e em Portugal.

Quanto às **decisões inglesas**, os alunos deveriam reconhecê-las como as mais extensas, caracterizando-se por, diferentemente das decisões francesas e alemãs, com um método estritamente dedutivo, traduzirem raciocínios de analogia através de *distinguishing*. As decisões resultam de um conjunto de pareceres (referir *leading, concurring e dissenting opinions*), com um estilo personalizado que resulta da posição e do papel dos juízes. As decisões inglesas caracterizam-se pelas referências a decisões anteriores, traduzindo-se o princípio do *stare decisis* e a máxima do “*like cases must be decided alike*”, em decisões com uma explicação minuciosa de conceitos e uma interpretação da lei característica, por vezes com recurso a

dicionários. O método jurídico inglês caracteriza-se por uma interpretação objectivista, mais agarrada à letra da lei (apesar das evoluções mais recentes – valorizando-se referência, por exemplo, à *golden* ou a à *mischief rule*), pela importância do princípio da soberania do Parlamento). Seria também importante contextualizar o princípio do *stare decisis* e a sua importância na Família jurídica de *Common Law*, apontando as principais características em matéria de vinculação a precedentes em Inglaterra, apontando os seus elementos, em especial a *ratio decidendi* e os *obiter dicta*.

Os alunos deveriam ainda referir as possibilidades de inovação, mas não esquecendo a tendência inglesa de não recorrer ao *overruling*, mantendo-se o sentido das decisões e traduzindo-se a ideia de continuidade tão própria deste ordenamento jurídico. Ver, quanto estes problemas em Inglaterra e em particular quanto à estrutura das sentenças, à relevância do precedente e ao *distinguishing* o Manual (3.^a ed.), em especial as pp. 270 e ss.

Seriam ainda valorizadas a identificação da pertença às famílias Romano-Germânica (França, Alemanha e Portugal) e de *Common Law* (Inglaterra) e características comuns.

Grupo II

Comente a seguinte afirmação, tendo em conta aquilo que estudámos sobre o Direito dos Estados Unidos da América e, em geral, sobre a importância dos Tribunais Superiores e da jurisprudência na família de *Common Law*.

«*In our federal system, the National Government possesses only limited powers; the States and the people retain the remainder. Nearly two centuries ago, Chief Justice Marshall observed that “the question respecting the extent of the powers actually granted” to the Federal Government “is perpetually arising, and will probably continue to arise, as long as our system shall exist.” McCulloch v. Maryland, 4 Wheat. 316, 405 (1819). In this case we must again determine whether the Constitution grants Congress powers it now asserts, but which many States and individuals believe it does not possess. Resolving this controversy requires us to examine both the limits of the Government’s power, and our own limited role in policing those boundaries*».

CHIEF JUSTICE JOHN ROBERTS^{1/2}

¹ V. Decisão do Supreme Court em *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012) (*most provisions of the Patient Protection and Affordable Care Act and the Health Care and Education Reconciliation Act*), opinion of Roberts, C. J., p. 2.

² Proposta de tradução livre: «No nosso sistema federal, o Governo nacional dispõe apenas de poderes limitados; os Estados e as pessoas retêm o restante. Há quase dois séculos, o Chief Justice Marshall observou que “a questão relativa à extensão dos poderes realmente conferidos” ao Governo Federal “vem perpetuamente emergindo, e, provavelmente, continuará a emergir, enquanto existir o nosso sistema” *McCulloch v. Maryland*, 4 trigo. 316, 405 (1819). Neste caso, devemos novamente determinar se a Constituição concede os poderes ao Congresso que este agora afirma deter, mas que muitos Estados e pessoas acreditam que não possui. Decidir esta controvérsia obriga-nos a analisar tanto os limites do poder do Governo, como os limites do nosso próprio papel a policiar esses limites».

No comentário a esta afirmação, os alunos deveriam identificar o papel central do *Supreme Court* e referir a importância da *judicial review* e da Constituição (v. Manual, 3.^a ed., em especial as pp. 314). Seria importante reconhecer as raízes no caso *Marbury v. Madison*, e a definição do próprio espaço de actuação e intervenção daquele Tribunal pela sua jurisprudência, mesmo mais recentemente, a importância do activismo judiciário nos EUA, e a ideia de unidade conferida ao Direito dos EUA por esta jurisprudência, apesar do reduzido acesso (referir, por exemplo, a *rule of four*).

O comentário deveria ainda revelar conhecimento da estrutura e composição do tribunal, processo de nomeação pelo Presidente e confirmação pelo Senado, como reflexo da ideia de *checks and balances* própria do princípio da separação de poderes nos EUA.

A afirmação poderia chamar ainda o princípio da competência por regra pertencer aos Estados e, só quando decorra da Constituição, à União, cabendo ao *Supreme Court* reconhecer essas áreas de competência e intervenção.

Seriam valorizadas referências concretas à jurisprudência deste tribunal estudada ao longo do semestre e ao seu peso central na vida jurídica dos EUA, identificando diferenças quanto ao outro *Supreme Court* da família de *Common Law* estudado este semestre, o *Supreme Court of the United Kingdom*, referindo a sua origem na *House of Lords* e as transformações relativamente recentes em matéria de organização judiciária e estrutura no direito inglês.

Grupo III

Escolha e responda, fundamentando sucintamente, a **apenas duas** das seguintes alíneas:

- a) Explique a relevância do costume no *Common Law* inglês, identificando os domínios em que assume maior relevância, bem como os requisitos necessários para que seja aplicado pelos tribunais ingleses.

Sobre o costume como fonte no *Common Law* inglês (v. Manual, 3.^a ed. pp. 265 e ss.):

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

- b) Aponte os aspectos comuns à sua formação jurídica e à “formação dos juristas” nos países europeus estudados, referindo as principais diferenças quanto ao que sucede nos Estados Unidos da América.

Sobre a formação pré e pós-graduada dos juristas na família Romano-Germânica (v. pp. 206 e ss. do Manual), e, na família de *Common Law*, nos EUA (v. pp. 307 e ss. do Manual).

Seria ainda valorizado o reconhecimento das especificidades, nos países europeus, da formação dos juristas ingleses (v. pp. 250 e ss. do Manual)

- c) Enumere as fontes ou «raízes» do Direito islâmico (ou *Xaria*), explicando o conteúdo das denominadas fontes primárias.

Para o Islão, o Direito corresponde à expressão normativa da vontade divina, identificando a teoria jurídica clássica quatro “manifestações” dessa vontade, que correspondem a fontes, raízes ou *usul*, do Direito (v. Manual, 3.^a ed. pp. 355 e ss.), só as duas primeiras são fontes primárias:

- *A palavra de Deus vertida no Corão;*
- *A conduta exemplar do profeta (Suna);*
- *O consenso da comunidade islâmica (Ijma);*
- *A analogia – apenas do particular para o particular (Qiyas).*

- d) Explique quatro das *funções heurísticas* do Direito Comparado, ilustrando-as com exemplos práticos da relevância deste ramo da ciência jurídica.

Sobre as funções heurísticas (de descoberta de soluções para os problemas postos pela regulação da convivência), v. Manual, 3.^a ed. pp. 21 e ss. Entre elas, conta-se a importância do Direito Comparado para:

- *A interpretação da lei;*
- *O desenvolvimento jurisprudencial do Direito nacional;*
- *Reformas legislativas;*
- *No campo do Direito internacional privado (em especial para os problemas de qualificação);*
- *A determinação da lei mais favorável no Direito penal;*
- *A transposição de direitos subjectivos;*
- *A descoberta de princípios comuns;*
- *A harmonização e unificação dos Direitos nacionais (por ex., UE).*

Cotação

I Grupo – 8 valores

II Grupo – 5 valores

III Grupo – 6 valores (3 valores, cada)

Sistematização e domínio da língua portuguesa – 1 valor

Duração:

90 minutos