

DIREITO COMPARADO

Ano lectivo de 2014/2015

Exame de Recurso

12 de Fevereiro de 2015

Grupo I

Recorrendo à **pluralidade de métodos** a que deve obedecer a actividade comparativa e à luz do que estudámos sobre as **fontes de Direito** na família jurídica Romano-Germânica, faça uma análise crítica e comparativa das seguintes normas, contextualizando-as, fazendo referência ao momento da sua criação, e aos movimentos de codificação em que se inseriram:

Artigo 1.º do Código Civil Português

“Artigo 1.º

Fontes imediatas

- 1. São fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas.*
- 2. Consideram-se leis todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes.”*

Artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil alemão

“Lei, na acepção do Código Civil e da Lei de Introdução ao Código Civil, é qualquer norma jurídica.”

Artigo 7.º da Loi du ventôse an XII que aprovou o Código Civil francês

«A partir do dia em que estas leis se tornem executórias as leis romanas, as ordenações, os costumes gerais ou locais, os estatutos, os regulamentos, deixam de ter força de lei geral ou particular nas matérias objectivo das referidas leis que integram o presente Código”¹.

Identificar os problemas relacionados com as fontes de Direito no Direito Romano-Germânico (v. Manual, especialmente, as pp. 148 e ss.), reflectir sobre a codificação (v., sobretudo as pp. 121 e ss.) e cruzar estas matérias com os princípios gerais

Relevância de critérios normativos e não normativos de decisão: desenvolvimento e relação entre o quadro de fontes e o método jurídico, contextualizando estas normas nos movimentos de codificação dos séculos XVIII e XIX.

¹ Trad. livre de *“À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent code”.*

Grupo II

À luz do que estudámos sobre a formação e as características do *Common Law* em Inglaterra e nos Estados Unidos da América, comente a seguinte afirmação, dando exemplos de institutos concretos neste ordenamento jurídico:

«O common law mostrou-se insuficiente para resolver satisfatoriamente todos os casos concretos, pelo que no Século XV o Chanceler passou a decidir, em nome do Rei, certos casos que não podiam ser resolvidos pela common law (...). Com a colonização da América do Norte, o sistema anglo-saxónico passou para os Estados Unidos da América (onde, aliás, recebeu um elemento que não constava da sua matriz (...))»

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA²

- v. Manual em geral e, em especial, pp. 237 e ss., desenvolver a importância da *Equity* no *Common Law* inglês, explicar o sentido amplo de *common law*, como incluindo o *common law* em sentido estrito, a *Statute law* e a *Equity*. Explicar o contexto em que surge, como forma de complementar e corrigir o *Common Law* em sentido estrito. Relacionar o desenvolvimento da *Equity* com a tipicidade das acções. Referir e desenvolver pelo menos o espírito da máxima «*Equity is available when there is no adequate remedy at Law*». Explicar e referir a evolução no tempo, com as funções do *Court of Chancery* (no século XV) e alargamento a todos os tribunais ingleses através dos *Judicature Acts*, no final do século XIX.

Referir a criação mais significativa, o *trust* ou dar outros exemplos, como as *injunctions*, *A specific performance*, a anulabilidade dos contratos concluídos sob *undue influence* ou a *discovery*.

Abordar, ainda, a importância da colonização inglesa e a recepção do *Common Law* nos Estados Unidos da América, apontando a manutenção do *approach*, dos conceitos e dos princípios fundamentais, incluindo-se aí a distinção entre *Common Law* e *Equity*. (ver ainda, no Manual, as pp. 280 e ss.).

Grupo III

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

- a) Será que a separação de poderes, e consequentemente a reserva de jurisdição, é entendida de forma mais rigorosa nos sistemas romano-germânicos do que nos de *Common Law*?

- (v. Manual, desde logo as pp. 142 e ss., as pp. 163 e ss., e tb. pp. 255 e ss. e pp. 339 e ss.)

² V. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 123-124.

- Conceito de separação de poderes decorrente da Revolução Francesa;
- Necessidade de protecção dos direitos dos particulares perante a Administração;

Contraste com *Common Law*:

- Não existe repartição de competências: mesmos órgãos jurisdicionais;
- Direitos e deveres iguais para o Estado e outros entes públicos.
- Ausência, nos EUA de um entendimento tão rígido da separação de poderes como em França – ideia de controlo recíproco dos vários poderes constituídos;

- b) Comente a proposta de KONRAD ZWEIGERT aos comparatistas: que se adopte como princípio metodológico no Direito Comparado uma «presunção de semelhança» entre os sistemas jurídicos a comparar.

- (v. Manual, pp. 43 e 42)

Referir o afastamento desta metodologia, defendido por DÁRIO MOURA VICENTE, quatro razões:

- Distorção dos resultados da comparação, escamoteando as conexões entre as instituições jurídicas e os factores históricos, sociais, económicos e culturais que explicam tal diversidade de valorações.
- Há institutos profundamente radicados em certos sistemas jurídicos para os quais não se encontra equivalente funcional em muitos outros sistemas;
- Relevância de vigorarem hoje em muitos países regras formalmente idênticas (como é o caso das disposições constitucionais relativas à estruturação do sistema político na base do princípio democrático ou à salvaguarda (dos direitos humanos, que a partir da Europa e da América do Norte se disseminaram por outros continentes, embora os resultados da sua aplicação sejam profundamente diversos.
- Mesmo quando os resultados imediatos do funcionamento de certas instituições jurídicas nacionais são idênticos, o seu espírito e o seu sentido último revelam-se não raro muito diversos.
- Parece preferível partir na comparação jurídica de uma *praesumptio dissimilitudinis* ou de um *principium individuationis*.

- c) Por que razões podemos afirmar que o Direito muçulmano é, como o *Ius Romanum*, um “Direito de juristas”?

- v. Manual em geral e, em especial, pp. 365 e ss., sobre a ciência do Direito (*fiqh*) e ainda 375 e ss.:

Podemos afirmar, à luz do que estudámos, que os jurisconsultos têm no Direito muçulmano uma influência que apenas encontra paralelo na que lhes foi reconhecida pelo *Ius Romanum*, Ambos são, como se notou “Direitos de juristas”.

O que não significa que neste ou em qualquer outro aspecto o Direito muçulmano, surgido muito depois do ocaso do Direito Romano clássico, tenha sido por ele directamente influenciado, O Islão é, como se sabe, tributário da cultura ocidental em aspectos capitais: as obras fundamentais dos pensadores gregos, por exemplo, já se achavam traduzidas para árabe na Idade Média, Mas as transferências culturais assim tornadas possíveis não se

estenderam ao Direito, Por duas ordens de razões: primeiro, porque os grandes monumentos da cultura jurídica romana não foram concomitantemente traduzidos para árabe; segundo, porque a fortíssima ligação entre Direito e religião no mundo muçulmano sempre teria refreado a introdução neste dos conceitos jurídicos romanos.

Há ainda duas diferenças não despiciendas entre o papel dos juristas no Direito Romano e no Direito muçulmano. Por um lado, no Direito Romana a *auctoritas prudentium* coexistia com o Direito emanado dos órgãos legislativos do Estado: diferentemente, no Direito muçulmano o Estado não dispõe, ao menos na perspectiva mais ortodoxa, de poder para legislar, pelo que a autoridade dos juristas a fim de determinarem o Direito vigente não sofre sob este ponto de vista qualquer concorrência por parte dos poderes constituídos. Por outro lado, o jurista muçulmano goza de menos liberdade nessa função tio que o seu homólogo romano, uma vez que, como se sublinhou acima, no exercício do *ijtihad* lhe compete tão-somente declarar a vontade de Deus, tal como esta ressuma nos textos sagrados, sem poder modelar autonomamente o conteúdo das regras aplicáveis. A *iurisprudencia* não é, por conseguinte, no Direito muçulmano, um processo autônomo de criação de normas jurídicas: ela encontra-se inteiramente subordinada à vontade divina. A sua função consiste tão-só em determinar e dar execução aos fins assinalados por Alá à sociedade muçulmana. Por isso se pode dizer que o Direito muçulmano é simultaneamente Direito de juristas e Direito divino: estas duas facetas, longe de antitéticas, são mutuamente complementares.

- d) Será possível afirmar não haver divergências relevantes em matéria de organização judiciária e de recursos para os tribunais superiores dentro da Família Romano-Germânica? Quais as principais semelhanças e disparidades entre os ordenamentos jurídicos estudados (Em França, na Alemanha e em Portugal)?

- v. Manual, pp. 186 e ss., p. 215

Os três ordenamentos:

- Consagram a existência de três graus na organização judiciária;
- Distinguem a jurisdição civil da administrativa;

Variações:

- O sistema de recursos varia entre o da cassação (em França) e o da substituição (em Portugal) – com reflexos inevitáveis;
- Fiscalização da constitucionalidade: difusa (em Portugal, embora não exclusivamente) e concentrada (em França cometida a um órgão político, e na Alemanha e em Portugal a um órgão jurisdicional).

Cotação

I Grupo – 6 valores

II Grupo – 5 valores

III Grupo – 8 valores (cada questão, 4 valores)

Sistematização e domínio da língua portuguesa – 1 valor

Duração

90 minutos