

DIREITO COMPARADO

Ano letivo de 2014/2015

Exame da época de recurso

22 de julho de 2015

Grupo I

À luz do que estudámos sobre as **fontes de Direito** e sobre o **método jurídico**, faça uma análise crítica e comparativa dos excertos das decisões que se seguem, explicando como evoluem, e podem evoluir, os Direitos de Portugal e dos Estados Unidos da América, no contexto das respetivas famílias jurídicas, através das decisões dos seus tribunais, em especial as do Supremo Tribunal de Justiça Português e as do *Supreme Court of the United States*, identificando, entre outros aspetos que considere relevantes:

- i) As vantagens do desenvolvimento jurisprudencial do Direito;
- ii) Os problemas e os riscos do ativismo judiciário;
- iii) Os princípios constitucionais mais relevantes para analisar este tipo de problemas, bem como os fundamentos de onde decorrem as diferentes relações entre julgador e legislador nos ordenamentos em causa.

Decisão do Supremo Tribunal de Justiça

«Os juízes têm independência para interpretar a CRP e a lei; mas nem tudo o que possam escrever nos autos constitui necessariamente aplicação do direito. Sobre o manto da função jurisdicional não podem estar incluídas posições pessoais estranhas ao objecto do processo, por isso se conclui que a concreta actuação do recorrente não se insere no âmbito da função jurisdicional (...) Aos juízes é devida efectiva obediência à deliberação do Conselho Superior da Magistratura de 23-04-2012, segundo a qual os mesmos “não podem indicar aos intervenientes processuais quais as normas ortográficas a aplicar”, sendo certo que se tem por líquido que a expressão “intervenientes processuais” assume um sentido amplo, abrangendo não só os sujeitos processuais (ou as partes), como todos os demais que a qualquer título intervêm no processo. (...) As expressões utilizadas pelo recorrente como “desconhecimento das leis que nos regem” como também “incapacidade de leitura”, são excessivas, desnecessárias e nada têm a ver com a finalidade visada com o despacho, questionando a capacidade profissional e intelectual da visada –, tendo por isso de se ter como violado o dever de correcção, na medida em que este tem que ser aferido como um dever objectivo correlacionado com a necessidade e proporcionalidade».

Processo n.º 7/15.3YFLSB
16 de junho de 2015, Juiz Conselheiro João Trindade (relator)

Decisão do Supreme Court of the United States

«The fundamental liberties protected by the Fourteenth Amendment’s Due Process Clause extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices defining personal identity and beliefs (...). Courts must exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect. History and tradition guide and discipline the inquiry but do not set its outer boundaries. When new insight reveals discord between the Constitution’s central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed. Applying these tenets, the Court has long held the right to marry is protected by the Constitution. For example, *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 12, invalidated bans on interracial unions, and *Turner v. Safley*, 482 U. S. 78, 95, held that prisoners could not be denied their right to marry. To be sure, these cases presumed a relationship involving opposite-sex partners, as

did Baker v. Nelson, 409 U. S. 810, a one-line summary decision issued in 1972, holding that the exclusion of same-sex couples from marriage did not present a substantial federal question (...). In assessing whether the force and rationale of its cases apply to same-sex couples, the Court must respect the basic reasons why the right to marry has been long protected. (...) Four principles and traditions demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples. The first premise of this Court's relevant precedents is that the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy. This abiding connection between marriage and liberty is why Loving invalidated interracial marriage bans under the Due Process Clause (...). Decisions about marriage are among the most intimate that an individual can make. This is true for all persons, whatever their sexual orientation»¹.

Obergefell v. Hodges , 576 U.S. (2015)
26 de junho de 2015, Justice Anthony M. Kennedy (delivered the opinion of the Court)

No primeiro grupo seria essencial os alunos identificarem as grandes diferenças em matéria de fontes entre o Direito português (Romano-germânico) e o Direito dos Estados Unidos da América (de *Common Law*), identificando a relevância da lei e da jurisprudência e o respetivo peso em cada uma das famílias, bem como a relevância do desenvolvimento jurisprudencial do direito, da jurisprudência constante (e das decisões com força obrigatória geral) em Portugal e da *judicial review* nos Estados Unidos da América.

Os excertos apresentados são boa ilustração disso mesmo: a referência na decisão portuguesa à lei escrita, constitucional e ordinária - «Os juízes têm independência para interpretar a CRP e a lei» - por oposição ao lugar destacado que é dado aos tribunais americanos - «Courts must exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect».

No entanto, as posições aqui referidas são temperadas, e em ambos os ordenamentos assistiu-se a uma evolução, ao longo dos últimos dois séculos, em matéria de fontes e de método relevante, que os alunos deveriam identificar, referir e desenvolver no corpo da sua resposta.

Para tal, deviam identificar a importância e influência em Portugal da separação de poderes em França (e o papel da revolução francesa, v. pg. 122 do Manual proposto²) numa visão mais restritiva que contrasta com a visão americana e mesmo a consagração constitucional dos *checks and balances*, bem como da soberania do parlamento em Inglaterra (sobre a jurisprudência em *Common Law*, v. pg. 262, sobre a lei, pg. 255, sobre as fontes de direito nos EUA, v. pg. 311 e sobre a *judicial review*, em especial, v. pg. 314).

¹ Tradução livre: «As liberdades fundamentais protegidas pela *Due Process Clause* decorrente da Décima Quarta Emenda abrangem determinadas escolhas pessoais centrais à dignidade e autonomia individual, incluindo escolhas íntimas que definem a identidade e crenças pessoais (...). Os tribunais devem exercer um juízo fundamentado na identificação dos interesses da pessoa que são tão fundamentais que o Estado deve conceder-lhes o seu respeito. A História e a tradição orientam e disciplinam esta análise, mas não definem os seus limites exteriores. Quando uma nova visão revela discordância entre proteções centrais da Constituição e a estrutura jurídica recebida, uma reivindicação de liberdade deve ser analisada. Aplicando estes princípios, o Tribunal considera desde há muito, o direito de se casar como sendo protegido pela Constituição. Por exemplo, no caso *Loving v. Virginia*, 388 US 1, 12, invalidou-se a proibição de uniões inter-raciais, e no caso *Turner v. Safley*, 482 US 78, 95, decidiu-se que não podia ser negado aos prisioneiros o direito a casar. Para ser preciso, nestes casos, presumia-se uma relação entre parceiros de sexo oposto, assim como no caso *Baker v. Nelson*, 409 US 810, uma decisão de uma linha emitida em 1972, sustentando que a exclusão dos casais do mesmo sexo de casamento não era uma pergunta federal substancial (...). Ao avaliar se a força e os fundamentos desses casos se aplica a casais mesmo sexo, o Tribunal deve respeitar as razões essenciais pelas quais o direito de se casar tem sido protegido. (...) Quatro princípios e tradições demonstram que as razões que fazem do casamento fundamental nos termos da Constituição se aplicam com igual força para casais do mesmo sexo. A primeira premissa dos precedentes relevantes deste Tribunal é que o direito de escolha pessoal sobre o casamento é inerente ao conceito de autonomia individual. Esta ligação permanente entre o casamento e a liberdade foi a razão por que o caso *Loving* invalidou as proibições de casamento inter-racial, nos termos da *Due Process Clause* (...). As decisões sobre o casamento estão entre as mais íntimas que um indivíduo pode fazer. Isto é verdade para todas as pessoas, independentemente da sua orientação sexual».

² DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, vol. I, 3.^a edição, Coimbra: Almedina, 2013.

Quanto ao ativismo judiciário, os alunos deveriam reconhecer e criticar o fenómeno, explicando que o sistema jurídico dos Estados Unidos sempre foi de ativismo judiciário, decorrendo mesmo os poderes do próprio tribunal daquela "criatividade" (a que alguns chamariam "ativismo"), logo nas primeiras décadas de aplicação da Constituição dos EUA, constituição que também não previa a *judicial review* nos moldes que vieram a ser reconhecidos pelo próprio *Supreme Court of the United States* (SCOTUS).

Seriam valorizadas as respostas que reconheçam a dificuldade de compatibilizar este grau de ativismo judicial com os direitos português, francês, alemão e mesmo inglês – onde será difícil imaginar que tais desenvolvimentos passassem sem a intervenção do Parlamento. No entanto, a realidade dos EUA, histórica, cultural, sociológica e jurídica aponta para a admissibilidade (e eventualmente necessidade, tendo em conta as limitações na aprovação de leis no Congresso) de soluções deste tipo.

Os alunos poderiam discutir os perigos do fenómeno de ativismo judicial, tendo em conta a ideia de separação de poderes, e as decisões estudadas e discutidas ao longo do semestre, não apenas do Supremo Tribunal americano, como do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional portugueses, identificando as diferentes realidades e contextos em que aqueles tribunais decidem. O ordenamento jurídico português não parece estar construído para uma preferencial criação jurisprudencial do Direito, enquanto o americano estará - constitucional, sistemática e historicamente. O SCOTUS foi responsável por algumas das maiores conquistas e avanços jurídicos americanos nos séculos XIX, XX (e agora XXI).

A constituição americana prevê um Congresso em que é difícil, e excepcional, fazer leis (até como forma de assegurar o princípio federal e a regra da competência dos Estados), enquanto na Constituição portuguesa, de matriz romano-germânica, se prevê que o Direito evolui preferencialmente por via legislativa, com Parlamentos muito produtivos e não por incrementos jurisprudenciais como os dos *common lawyers*. Assim, no Direito dos Estados Unidos da América, o risco de uma maioria de juizes de determinada orientação tomar o poder será mais reduzido (ainda que exista sempre, mas terá mais contrapesos do que em Portugal).

Sobre a evolução das fontes ao longo das últimas décadas, os alunos poderiam ainda referir o movimento codificador dos séculos XVIII e XIX (v. pg. 121) seguido de uma tendência de atenuação da vinculação à letra da lei, na família romano-germânica, referindo as principais escolas e tendências (v. pp. 177 e ss.), fazendo uma relação entre o quadro de fontes, critérios normativos e não normativos de decisão, e o método jurídico, e o desenvolvimento da ideia de compatibilidade do desenvolvimento jurisprudencial do Direito com a separação de poderes, em especial na Alemanha. Quanto a este aspeto, seriam valorizadas referências ao entendimento do Tribunal Federal Alemão (v. art. 20.º 3 da Lei Fundamental, no contexto do Caso *Soraya*), à possibilidade de se aceitar o costume jurisprudencial, ao desenvolvimento da responsabilidade delitual e aos fenómenos de constitucionalização do direito privado, podendo, eventualmente, traçar-se aqui uma distinção entre os precedentes judiciais de *Common Law* e a jurisprudência constante *jurisprudência constante* dos tribunais superiores de *Civil Law*, referindo correntes jurisprudenciais formadas pela reiteração de determinado princípio ou máxima de decisão, ou de certa interpretação de uma norma jurídica, a 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 (sobre o método romano-germânico, v., em especial, as pp. 173 e ss.).

Por fim, dever-se-ia reconhecer a aproximação entre os sistemas que privilegiam o recurso à *via judicial* para a resolução de litígios, o papel e a relevância do discurso argumentativo, fazendo 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 receção daquele e a sua importância na autonomização do Direito Inglês.

Grupo II

Será correto considerar o Direito Comparado apenas como “*estudo de direitos estrangeiros*”? Partindo da noção de Direito Comparado estudada ao longo do semestre, enuncie as principais funções da comparação jurídica e critique a utilização do conceito de *família jurídica*.

(Sobre a noção, funções e metodologia, v. Manual, sobretudo as pp. 20 e ss.)

Segundo o Professor DÁRIO MOURA VICENTE, o Direito Comparado é o “ramo da ciência jurídica que tem por objeto o Direito na sua pluralidade e diversidade de expressões culturais e procede ao estudo comparativo destas”. Talvez melhor fosse designada por Comparação de Direitos – o que, desde logo, deixaria claro que não estamos perante um ramo de Direito.

Funções epistemológicas:

- Compreensão do lugar que o Direito nacional ocupa;
- Perspetiva funcional;
- Fator de enriquecimento cultural do jurista e reforço do seu espírito crítico;

Funções heurísticas (descoberta de soluções para os problemas postos pela regulação da convivência):

- Interpretação;
- Desenvolvimento jurisprudencial do Direito nacional;
- Reformas legislativas;
- DIP;
- Determinação da lei mais favorável;
- Transposição de um direito subjetivo;
- Descoberta de princípios comuns;
- Harmonização e unificação dos Direitos nacionais (por ex., UE);

(Sobre o conceito de família jurídica para comparação de Direitos, v. Manual, pp. 64 e ss.):

Procura designar um conjunto de sistemas jurídicos que possuem afinidades entre si quanto a certos aspetos fundamentais.

1.^a Impossibilidade de reconduzir às famílias jurídicas identificadas todos os sistemas jurídicos vigentes (sistemas híbridos, mistos...);

2.^a Classificação de um sistema nem sempre é válida para todos os ramos do Direito;

3.^a Há sistemas que refletem uma particular conceção do Direito, mas que não se inserem numa determinada família jurídica).

(eventualmente referir as vantagens: pedagógicas e de compreensão do fenómeno de pluralidade e diversidade).

(Sobre as civilizações como critério, v. Manual, sobretudo as pp. 67 e ss.).

Civilizações como critério fundamental de repartição dos sistemas jurídicos por famílias ou categorias análogas. Explicar que, para se caracterizar um sistema jurídico na sua globalidade, se considerarmos tão-só estes elementos temos apenas a forma, o estilo, do sistema jurídico, mas não o seu conteúdo ou, se quisermos, o seu espírito. Pelo que se tem que recorrer aos factores determinantes da formação desse sistema (onde se inclui a religião, a ideologia e a mentalidade colectiva), os conceitos estruturantes, o método de resolução usados pelos tribunais dos casos singulares e os meios de resolução extrajudicial de litígios.

- (v. Manual, pp. 23 e ss.):

Grupo III

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

- a) Caracterize e compare as principais influências e os traços distintivos do *Code Civil* e do *BGB*, partindo da tese de NEUMAYER, que defendia que as diferenças fundamentais entre os códigos civis francês e alemão residem não em questões de fundo, mas na forma e no modo de apresentação.
- (v. Manual, pp. 126 e ss.).

Código Civil francês, de 1804:

Ponto de partida do movimento codificador e ideia de unificação do direito francês

Sistematização em 3 livros (Das Pessoas; Dos bens e das diferentes modificações da propriedade; Das diferentes formas pelas quais se adquire a propriedade)

Falta de rigor vs. elegância do texto legal (mais acessível a leigos que o alemão)

O espírito do Código é o da Revolução Francesa: ideário iluminista e princípios fundamentais da igualdade civil, liberdade individual, separação de poderes e garantia da propriedade privada.

Traços distintivos: individualismo liberal, laicismo, preferência pela família patriarcal.

Código Civil alemão (publicado em 1896, entrada em vigor em 1900):

Fruto tardio do movimento codificador (discussão Thibaut v. Savigny)

Sistematização: Parte Geral + 4 livros (Obrigações, Coisas, Família e Sucessões)

Princípio de economia normativa (como o Direito Romano), ideias de abstração e subsunção

Orientações fundamentais semelhantes às francesas, estilo oposto: linguagem tecnicamente mais precisa, requer mais formação jurídica. Triunfo do “formalismo jurídico”?

Inspiração no individualismo liberal do séc. XIX (como o Direito francês): exaltação das liberdades de contratar, de dispor dos bens e de testar; prevalece também a concepção patriarcal.

- b) 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 proteção 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)
8. Direitos e deveres iguais para o Estado e outros entes públicos.

- c) 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 em causa (Em França, na Alemanha e em Portugal)?

- v. Manual, pp. 200 e ss., p. 231

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).

- d) Indique os princípios centrais que dominam a hierarquia das fontes de Direito nos Estados Unidos da América e sublinhe uma diferença para com o esquema inglês.

- (v. Manual, p. 335 e pp. 271 e ss.).

Princípios que dominam a hierarquia das fontes nos EUA:

1.º A lei prevalece sobre a jurisprudência;

2.º O Direito federal prima sobre o Direito estadual (*supremacy clause*);

3.º Os tratados celebrados pelos EUA têm o mesmo nível hierárquico que as leis federais, apenas estando subordinados à Constituição.

Referir o princípio *stare decisis* inglês e a decorrente importância sem paralelo da jurisprudência em Inglaterra – as suas regras legais, quando existem têm reduzido grau de abstração e são tradicionalmente encaradas como um complemento ou, pontualmente, como uma correção do Direito Comum formado a partir dos precedente judiciais.

- e) Que fases podemos distinguir na evolução do Direito Muçulmano e quais as características de cada uma dessas etapas?

- (v. Manual, pp. 379 e 380).

1. *Formação*: redução a escrito da *Xaria* e sistematização do Direito pelos especialistas;

2. *Estabilização e disseminação*: Fixação do direito até ao séc. X, pelo menos para os sunitas; aplicação em todo o mundo muçulmano, apogeu do Império Otomano, séc. XV, e Mongol, séc. XVII.

3. *Declínio*: ocupação por potências estrangeiras, retraimento da *Xaria*, em muitos países passa a cingir-se à regulação das relações familiares e sucessórias.

4. *Renascimento*: desde a crise petrolífera (1973), consciência de poderio económico e tensões militares (Israel, 1967; Afeganistão e Iraque depois do 11 de Setembro de 2001), algumas Constituições passam a proclamar a *Xaria* como fonte primária de Direito, referência ao fundamentalismo islâmico, apelo à *jihad* e maior rigor em matéria de costumes.

- f) Refira quais são os principais elementos do sistema de castas na Índia, a sua relevância social e jurídica e os reflexos nas relações entre o Direito de origem estadual (nomeadamente o Direito constitucional indiano) e o Direito Hindu.

- (v. Manual, pp. 462 e ss.).

Referência às quatro castas (ou *varnas*): *brâmanes*, *xátrias*, *vaixias* e *sudras* (eventualmente também *párias*, à margem do sistema); relação com o *karma* e acções praticadas em encarnações anteriores.

Sistema de castas correspondente a uma hierarquia social e política e com carácter sagrado Rigorosa separação dos respectivos membros na comensalidade, no casamento e na vida.

- Elemento étnico (os *brâmanes* descendem dos povos arianos que se instalaram no subcontinente indiano no segundo milénio a.C., as restantes castas resultam da miscigenação desses povos com os de raça dravidiana);

- Elemento económico: corresponde determinada divisão do trabalho entre os membros da sociedade (*brâmanes*: sacerdócio e ensino; *xátrias*: exército e administração; *vaixias*: agricultores, comerciantes e criadores de gado; *sudras*: operários);

- Elemento ético: *brâmanes* estão vinculados mais estritamente à observância de deveres de conduta religiosos e jurídicos.

MAX WEBER considerou este sistema a instituição fundamental do Hinduísmo (justificação e eventual ref. ao tempo da administração portuguesa).

(Constituição indiana) art. 15 proibiu toda a discriminação em razão da casta, o art. 17 aboliu a «intocabilidade». Lei ordinária qualificou como ilícito criminal toda a discriminação baseada nestas figuras. Contudo, as instituições permanecem na Índia contemporânea – exemplo dos casamentos entre pessoas de castas diferentes. Não se aboliram propriamente as castas nem se revogou o Direito anterior á sua entrada em vigor, o art. 26 consagra, com ressalva da ordem pública, um princípio de autonomia das confissões religiosas que pode servir de base à imposição por estas de sanções religiosas pelo incumprimento dos deveres impostos aos membros de cada casta.

Cotação

I Grupo - 7,5 valores

II Grupo - 4 valores

III Grupo - 7,5 valores (2,5 valores cada)

Sistematização e domínio da língua portuguesa - 1 valor

Duração:

100 minutos