

DIREITO COMPARADO
Exame de Época de Finalistas
16 de setembro de 2015

Grupo I

À luz do que estudámos sobre a importância da **jurisprudência** como fonte de direito nas famílias jurídicas Romano-Germânica e de *Common Law*, faça uma análise crítica e comparativa dos seguintes excertos:

Decisão do Tribunal Constitucional Português:

“Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional, decide:

b) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral¹, por violação do n.º 2 do artigo 229.º da Constituição:

b1) Da alínea c) do artigo 13.º da Lei n.º 90/2009, de 31 de Agosto, na parte em que revoga os artigos 2.º a 4.º do Decreto Legislativo Regional n.º 21/92/A;

b2) Da alínea d) do mesmo artigo 13.º da Lei n.º 90/2009, de 31 de Agosto, que revoga o Decreto Regulamentar Regional n.º 9/93/A, de 6 de Abril”.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 304/2011

Lisboa, 21 de Junho de 2011

Decisão de um Tribunal de Apelação dos Estados Unidos da América

“Stare decisis is the policy of the court to stand by precedent; the term is but an abbreviation of stare decisis et non quieta movere – ‘to stand by and adhere to decisions and not disturb what is settled.’ Consider the word ‘decisis’. The word means, literally and legally, the decision. Under the doctrine of stare decisis a case is important only for what it decides – for the “what,” not for the “why,” and not for the “how.” Insofar as precedent is concerned, stare decisis is important only for the decision, for the detailed legal consequence following a detailed set of facts.”²

United States Internal Revenue Serv. v. Osborne, 1996

¹ “As decisões do Tribunal Constitucional (...) dispõem de força obrigatória geral na medida em que o seu conteúdo e os seus efeitos se traduzem em obrigações de comportamentos positivos e negativos para todas as entidades públicas e privadas; [e] são fontes formais de direito, através do qual são criados critérios de decisão de que os operadores de direito se irão servir na sua actividade quotidiana. (...) A expressão ‘todas as entidades públicas e privadas’ não pode deixar de abranger todos os órgãos constitucionais e órgãos do poder no geral (incluindo os judiciais (...))”. Cfr. VITALINO CANAS, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., AAFDL, 1994, pp. 115-116.

² Tradução livre: “O princípio do *stare decisis* consiste na obrigação de os tribunais se guiarem pelo precedente; o termo é uma abreviação dos princípios do *stare decisis* e do *non quieta movere* – ‘defender, respeitar e aderir às decisões e não interferir no que ficou decidido’. Considerando o termo *decisis* - a palavra significa, literal e legalmente, a decisão. Segundo a doutrina do *stare decisis*, um caso é importante somente pelo que decide - pelo ‘quê’, e não pelo “porquê” ou pelo “como”. No que respeita ao precedente, o *stare decisis* é importante só para a decisão, para a consequência legal fundamentada que se segue ao conjunto de factos”.

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. Explicar como se processa o recurso aos tribunais, em Portugal: p. 205

Fiscalização da constitucionalidade: em Portugal (p. 165 a 167)

Acesso ao SCOTUS: *rule of four* e pequeno número de casos efetivamente apreciados pelo Supremo Tribunal dos EUA.

Ativismo judiciário EUA (v. Manual, p. 366).

Entre outros fatores, os seguintes:

- Os diferentes **sistemas de recrutamento dos magistrados** vigentes nos dois países (muito mais politizado o norte-americano do que o inglês)
- 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 efetuado em Inglaterra;
- O **divergente entendimento do *stare decisis*** prevalecente nos dois países (resultante, nomeadamente, da maior abertura dos tribunais norte-americanos ao *overruling* de precedentes;
- As **diferentes orientações** que têm vingado em Inglaterra e nos Estados Unidos **em matéria de interpretação da lei** (mostrando-se os tribunais ingleses, de um modo geral, mais apegados ao sentido literal dos textos legais);
- O distinto modo de relacionamento entre os poderes legislativo e judiciário nos dois 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.

O que não significa que o Direito tenha menor relevância social nos Estados Unidos do que em Inglaterra: a demonstrá-lo está a latitude com que há muito se admite além-Atlântico a *judicial review* dos atos normativos emanados do poder legislativo, sem paralelo no sistema jurídico inglês.

Grupo II

Partindo de uma comparação das seguintes normas aplicáveis à liberdade de expressão e demonstrando diferentes influências da religião no Direito, e a **título de síntese comparativa**, compare a **autonomia do Direito perante a religião** nos diversos sistemas jurídicos por nós analisados, e também a **utilização deste critério** da delimitação metodológica e sistemática em **Direito Comparado**.

“A liberdade de expressão e divulgação do pensamento na rádio e na televisão e na televisão da República Islâmica do Irão é garantida de acordo com o critério islâmico e com os interesses do país.”

Artigo 175.º da Constituição da República Islâmica do Irão

“Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (...).”

Artigo 37.º da Constituição da República Portuguesa

- v. Manual em geral e, em especial, pp. 512 e ss.

Análise da pertinência da autonomização de uma Família Jurídica de Direitos Religiosos; Explicitação e definição do âmbito de aplicação do Direito muçulmano e a coexistência e relação com outros direitos; o “critério islâmico” patente no texto iraniano como manifestação da religião na ideia de direito; o contraste com a ideia de laicização do Estado e a enunciação das razões porque tal não significa uma ausência da influência da religião no direito; a distinção entre direito muçulmano e direito canónico; a omissão da expressão “direitos” no texto iraniano como manifestação de uma diferente ordem jurídica assente no dever.

Enquanto que para muçulmanos e hindus o Direito não se distingue da religião (não dispondo de sistema próprio de sanções), nos sistemas jurídicos Romano-Germânicos e de *Common Law*, deu-se um processo gradual de laicização desde o século XVII: há, portanto, um alto grau de autonomia perante a religião e outros sistemas normativos (como a moral), encontrando a sua legitimação principalmente na legitimação nas ideias de democracia e soberania popular.

Nas sociedades africanas tradicionais as regras jurídicas têm um papel meramente subsidiário, aplicando-se apenas quando falhem outras formas de disciplinar as relações sociais.

Grupo III

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

- a) Será correto afirmar que, em macrocomparação, se devem apenas considerar as fontes de direito, o sistema judiciário, o ensino do Direito e as profissões jurídicas? 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.
- 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 protecção 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 auto-regulação)
8. Direitos e deveres iguais para o Estado e outros entes públicos.
- c) 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.

d) A título de síntese comparativa, indique a principal característica quanto à formação e qualificação exigida aos juristas para o exercício de funções jurisdicionais nos sistemas ocidentais, família Romano-Germânica e de *Common Law*, e nos Direitos muçulmano e tradicional africano.

- (v. Manual, pp. 515 e ss.).

- Sistemas ocidentais, juristas como classe profissional distinta das demais;

- Sistemas romano-germânicos, formação especializada;

- Família de *Common Law*, distinção prévia em outras profissões jurídicas;

- Direito muçulmano, necessidade de qualificação teológica;

- Direito tradicional africano, posições de chefia na comunidade (por inerência)

Ausência, no *Common Law*, como nos demais sistemas, de uma ideia de separação de poderes como a que vingou nos Direitos romano-germânicos.

e) Será possível afirmar que, na Alemanha, o princípio da separação de poderes não se opõe ao desenvolvimento jurisprudencial do direito?

- v. Manual, pp. 195 e ss.:

Não oposição

- Referência ao entendimento do Tribunal Federal Alemão, art. 20 n.º 3 da Lei Fundamental;

- Possibilidade de se aceitar o costume jurisprudencial;

- Caso *Soraya*;

- Desenvolvimento da responsabilidade delitual;

- Constitucionalização do direito privado (Herrenreiter e Soraya).

(eventualmente, distinção dos precedentes judiciais).

f) O costume é fonte de Direito de forma semelhante na Índia e Inglaterra? Enuncie e compare as características e critérios de aplicação do costume no Direito hindu e no Direito inglês.

- v. Manual, pp. 471 e ss. e 283 e ss.:

Sobre o costume como fonte, Direito hindu:

- *Consagração nas escrituras;*

- *Referência a conflitos com o Dharma;*

- *Relação com a hierarquia social (campo de aplicação);*

- *Simbiose quando haja conformidade com o Dharma (instrumento de positivação e legitimação);*

(o costume como fonte, Common Law inglês:

- *Liberdade individual e consentimento;*

- *4 Requisitos para aplicação nos tribunais;*

- *Direito comercial;*

- *Distinção face às convenções;*

- *Conflitos com outras fontes (lei, jurisprudência)*

Cotação

I Grupo - 7 valores

II Grupo - 5 valores

III Grupo - 7 valores (cada questão, 3,5 valores)

Sistematização e domínio da língua portuguesa - 1 valor

Duração

90 minutos