



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

EXAME ESCRITO

ANO LECTIVO 2015/2016

12 de Janeiro de 2016

Direito Comparado

2.º ANO (NOITE)

Grupo I

À luz do que estudámos sobre a importância da *Equity* no Direito Inglês, indique no que consiste esse conceito, em especial a forma como se relaciona com as outras fontes de direito, no que é que se distingue do conceito de equidade dos sistemas jurídicos romano-germânicos e eventuais semelhanças ou diferenças face ao *Ius Praetorium* do Direito Romano.

- v. Manual em geral e, em especial, pp. 139 e ss. e 237 e ss.. Era requerido aos alunos que realçassem que a tipicidade das acções teve como consequência a criação de outro sistema normativo, destinado a complementar e corrigir o Common Law em sentido estrito, na medida em que a rigidez e o formalismo daquele sistema de tipicidade levou a que, a partir do século XV, os litigantes inconformados com as decisões proferidas na base do Common Law se dirigissem pessoalmente ao rei a fim de lhe pedirem justiça. O chanceler, decidindo em nome do monarca, passou então a conceder remédios jurídicos que visavam corrigir a eventual injustiça resultante da recusa de um *writ* fundada em a pretensão deduzida pelo autor não corresponder, segundo o Common Law, a qualquer acção típica. Deverá ainda ser referido que estes remédios jurídicos, aos quais foi atribuída a designação de Equity, não se confundem com a equidade dos sistemas romano-germânicos (explicar no que consiste a equidade nos sistemas romano-germânicos, em especial v. Manual pp. 139 e ss.), pois trata-se, pelo menos actualmente, de um conjunto de normas jurisprudenciais fixadas em precedentes, que em caso de conflito primam sobre as do Common Law (estrutura dualista do Direito Inglês). Explicar as semelhanças com o Direito Romano, em especial o facto de o pretor poder, se a justiça ou a equidade o reclamassem,

negar uma *actio* ou criar uma *actio* própria, integrando ou corrigindo desse modo o *Ius Civile* (*Ius Praetorium*). Causas dessa semelhança: desajustamento das regras do Direito comum às necessidades sociais e a impossibilidade de recorrer à lei a fim de corrigir esse desajustamento. Explicitar, por outro lado, as diferenças entre os dois sistemas (em especial o facto de o *Common Law* e a *Equity* constituírem dois sistemas jurídicos distintos aplicados por tribunais diferentes e o valor de precedentes).

Os alunos deverão ainda explicitar: os contributos fornecidos pela *Equity*, em especial a figura do *trust*; a evolução ao longo do tempo da entidade competente para aplicar a *Equity*, bem como as consequências ao nível da sua autonomização que tal evolução acarretou; e, por fim, as relações hierárquicas entre o *Common Law*, a *Equity* e o *Statute Law* (em especial v. pp. 240 do Manual).

Grupo II

À luz do que estudámos sobre a importância do conceito de direito subjectivo na Família Romano-Germânica e nos Sistemas Jurídicos Africanos, comente a seguinte afirmação:

“O ideal ocidental da luta pelo direito subjectivo, proclamado por Jhering no século XIX, não tem correspondência neste continente (continente africano)”.

Dário Moura Vicente

- v. Manuel em geral e, em especial, pp. 145 e ss. e pp. 389 e ss.. Deve ser realçado pelos alunos a diferença entre direito objectivo e direito subjectivo na família jurídica romano-germânica e o entendimento deste último como poder jurídico: o poder atribuído pela ordem jurídica ao respectivo titular de prosseguir autonomamente interesses juridicamente protegidos. Deve ser explicado o conceito de pretensão introduzido por Bernhard Windscheid e a ligação da *actio* com o direito subjectivo, o qual constitui as mais das vezes o seu *prius*, sendo a pretensão o elemento que permite delimitar o objecto do litígio em processo civil e o ponto de partida metodológico da resolução do caso singular. A importância do humanismo renascentista para a revalorização do individuo e do Direito Natural ao sustentar certos direitos inatos da pessoa humana. Por fim, os

alunos deverão explicar a importância que o jusracionalismo teve para o conceito de direito subjectivo, cuja preocupação com o sistema e os conceitos inevitavelmente afastou os juristas de um pensamento baseado em acções e a importância que o grau em que os diversos sistemas jurídicos acolhem o princípio da autonomia privada tem para as diversas concepções de direito subjectivo.

Distinção face aos sistemas jurídicos africanos: explicar que em África o recurso ao Direito na disciplina das relações sociais é tradicionalmente encarado com relutância e, por vezes, até tido como indesejável, havendo, em caso de conflito, uma harmonia que tem de se restabelecida, não sendo muitas vezes a via jurídica a mais apropriada para o efeito; relevância do costume como fonte de Direito: onde assim sucede, o Direito, tomado como *corpus* de regras gerais e abstractas, tende a assumir muito menor relevo na regulação da vida em sociedade do que os processos informais de resolução de litígios; realçar a circunstância de nos sistemas jurídicos africanos os deveres de cada um perante a comunidade serem antepostos aos direitos individuais, pois mais do que realizar a justiça, dando a cada um o que é seu, procura-se assegurar a coesão do grupo social, restaurando a paz e a concórdia entre os seus membros em caso de conflito; desconhecimento da ideia de liberdade individual, gozando quanto muito de liberdade, e apenas de forma mitigada, o patriarca; importância da conciliação como meio de resolução dos litígios nos sistemas tradicionais africanos; conceito de comunitarismo, que tem como corolário o primado do grupo sobre os indivíduos que o compõem, assumindo mesmo, por vezes, a condição de sujeito de direitos, exercendo o indivíduo, não raro, apenas direitos colectivos; ideia de *status*, isto é, na atribuição ao indivíduo de certa posição no grupo social a que pertence, a qual determina a sua condição jurídica (explicitar a crença de certos povos numa ligação fundamental entre todos os seres vivos e mortos, assente na ideia de que a força vital de uns condiciona a dos outros, pelo que, sendo a força dos vivos determinada pela dos seus antepassados, os direitos e obrigações dos primeiros dependem necessariamente da sua relação com os segundos e da sua posição no grupo formado a partir deles (culto dos antepassados)).

Grupo III

Escolha e responda, fundamentando de forma sucinta, a apenas dois dos seguintes pontos (máximo 20 linhas):

Ponto I) Indique alguns dos corolários do Confucionismo no Direito Chinês.

- v. Manual em geral e, em especial, pp. 447 e ss.. Deve ser referido que a civilização chinesa foi profundamente marcada pelo sistema de pensamento a que se chama Confucionismo, tendo mesmo chegado a ser doutrina de Estado, influenciando, ainda hoje, muito significativamente a mentalidade chinesa. O confucionismo preocupa-se essencialmente com a coexistência harmoniosa dos Homens, devendo esta resultar do *Li*, isto é, os ritos e as regras de conduta não escritas, consagrados pelos usos e conformes à posição de cada um nas relações sociais, cuja observância é assegurada pelo sentimento de desonra ou de “perda de face” que resulta do seu incumprimento, tanto para o infractor como para a sua família, permitindo o *Li* prevenir os conflitos e assegurar a paz social. O recurso para o mesmo efeito ao *Fa*, ou seja, ao Direito, bem como a um sistema institucionalizado de sanções é indesejável dado que não permitiria evitar os conflitos e por conseguinte assegurar com a mesma eficácia a harmonia na vida social. O domínio do *Li* transcende aquele que entre nós corresponde ao Direito, pois legou à China um conjunto de preceitos morais, destacando-se, entre eles, o da piedade filial, da lealdade e da humanidade no tratamento ao próximo. O Confucionismo envolve também o desprezo por todas as actividades tendentes à acumulação de riqueza, pois era entendido que a ambição do lucro e dos bens materiais geraria instabilidade social. São ainda corolários do Confucionismo no plano jurídico: a diferenciação dos deveres de conduta, em razão do status de cada um, não havendo lugar para o princípio da igualdade neste sistema de pensamento; a descrença no Direito, pois a aplicação de regras gerais e abstractas não permitiria tomar em devida conta as especificidades de cada situação, mormente a posição social dos interessados; a reprovação do recurso aos meios judiciais, tido por desonroso e atentatório da paz social, devendo a conciliação bastar para a resolução dos litígios; e a desvalorização dos direitos subjectivos, prevalecendo a ideia de que a paz social não se alcança por via da invocação de direitos individuais, que são potencialmente fonte de conflitos, devendo a sociedade organizar-se não na base de direitos, mas antes de deveres.

Ponto II) Explique como é perspectivada a analogia (*qiyas*) enquanto modo de descoberta do Direito aplicável aos casos singulares na Família Jurídica Muçulmana.

- v. Manual em geral e, em especial, pp. 367 e ss.. Deve ser realçado pelos alunos que entre os modos de descoberta do Direito aplicável aos casos singulares desempenha um papel fulcral a analogia (*qiyas*), sendo por via dela que se dá solução a muitas situações não previstas no Corão e na Suna. Inclusive, para os sunitas, a analogia é a quarta fonte da *Xaria*, a par do Corão, da Suna e do *ijma*. A importância da analogia deriva do carácter revelado do Direito muçulmano. Com efeito, aos juristas é vedado criar novas regras de Direito muçulmano, mas por meio da analogia pode-se aplicar Direito revelado a situações por ele originariamente não abrangidas, adquirindo a razão humana desse modo um papel complementar da vontade divina na formação do Direito Muçulmano, sendo, contudo, imperioso que desse modo não se contrarie o Corão, a Suna ou o *ijma*. Deverão ser elencados os elementos da analogia (o caso previsto numa das fontes da *Xaria*, o caso omissis naquelas fontes, a causa eficiente do caso previsto a qual deverá ser também procedente no caso omissis e a regra disciplinadora do caso previsto que será estendida ao caso omissis). Por fim deverão os alunos explorar o conceito de casuismo, em especial a circunstância de o Direito Muçulmano ter evoluído de forma essencialmente não sistemática, por via da aplicação das regras contidas no Corão e na *Suna* a casos não previstos nestas fontes, com a particularidade de a solução dada ao caso singular não se induzir no Direito Muçulmano (ao contrário do que sucede, por exemplo, na família jurídica de Common Law) qualquer princípio da solução válido para outros casos, procedendo apenas do particular para o particular, sem generalizar a solução que por via da analogia se alcance. Na verdade, uma coisa são as regras gerais que constam dos textos sagrados; outra, completamente diferente dela, seriam as regras gerais formuladas a partir desses textos. Por fim, realçar que, ao contrário do que sucede nos sistemas jurídicos romano-germânicos, as normas penais são, segundo o entendimento dominante, susceptíveis de aplicação analógica.

Ponto III) Indique em que medida a ética protestante contribuiu de forma decisiva para a formação do Direito norte-americano.

- v. Manual em geral e, em especial, pp. 286 e ss. Devem os alunos referir que entre os primeiros colonos da América do Norte contavam-se muitos membros das seitas protestantes calvinistas, onde fundaram comunidades que se regeram, no século XVII, por cartas, pactos ou alianças, em

que se consagravam, por um lado, a ideia de soberania popular e, por outro, diversas formas de autogoverno. Deve ser feita referência à teleologia do pacto e a João Calvino para quem a lei, nas suas diferentes manifestações, não é, senão, uma especificação do pacto eterno estabelecido entre Deus e os Homens aquando da Criação. É ainda um corolário a profunda hostilidade do puritanismo relativamente a todas as formas de centralização do poder, civil ou religioso, a qual teve a sua expressão máxima na rejeição do Papado e da supremacia do monarca na Igreja Anglicana. Inspiração para os redactores da Constituição norte-americana ao gizarem as instituições democráticas e o sistema de governo federal, sendo que a própria Constituição no preâmbulo se refere aos poderes constituídos que se fundam num pacto social que constitui a base da comunidade política. Além do mais, ao puritanismo encontra-se associado, além do rigor nos costumes, do culto do trabalho árduo, da austeridade, da frugalidade e da autodisciplina, um certo utilitarismo, que está bem patente nas máximas que procuram justificar determinados postulados da moral por apelo a finalidades a ela estranhas, como por exemplo a expressão “time is money”. Esse utilitarismo foi, aliás, determinante do não acolhimento de um genérico princípio de boa-fé. Contributos para o *american way of life*, desde a exaltação do indivíduo até aos vários proibicionismos que, sucessiva ou concomitantemente, têm vigorado nos Estados Unidos. Através da sua valorização do trabalho profissional e da reprovação do consumo excessivo, discute-se se a ética protestante está na origem do espírito capitalista moderno, na medida em que o protestantismo sustentou a inexistência de qualquer nexo entre a acção terrena e o prémio eterno.

Ponto IV) No que consiste o *karma* no Direito Hindu e qual a sua relação com o sistema de castas?

- v. Manual em geral e, em especial, pp. 425 e ss.. É exigido aos alunos que refiram que para o Hinduísmo (caracterização geral do Direito Hindu, em especial o seu carácter religioso), todo o ser vivo é um espírito eterno, cuja alma, após a morte, se transfere de um corpo para outro, reencarnando neste, pelo que, de acordo com a doutrina do *karma*, cada acto humano produz certos efeitos nesta ou noutras encarnações da mesma alma, os quais reflectem a sua conformidade ou desconformidade com os preceitos do Hinduísmo, sendo Deus quem faz o *karma* juntar-se à alma que lhe corresponde aquando da reencarnação. Os alunos deverão explicar que esta doutrina só é possível porque não há no Hinduísmo a noção ocidental da pessoa

enquanto ser único, irrepetível e dotado de livre-arbítrio, sendo o personalismo e os seus corolários jurídicos estranhos ao Hinduísmo.

Relação com o sistema de castas: a sociedade hindu divide-se na Índia em quatro castas, compreendendo cada casta, por seu turno, diversas subcastas. Ponto que deve ser realçado com maior importância é o de que a pertença a uma casta é fixada à nascença (salvo no caso de conversão ao Hinduísmo), por via hereditária, e é imutável, decorrendo, segundo a tradição hindu, do *karma* de cada um, pois só pelas acções praticadas enquanto membro de uma casta se pode passar a outra, de nível superior, numa futura encarnação, sendo que, em contrapartida, a prática de certas acções (em especial, a actuação em desconformidade com o *Dharma* da própria casta) implica a descida na hierarquia das castas ou a perda de casta.

Cotação:

Grupo I – 6 valores

Grupo II – 6 valores

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

Sistematização, síntese, clareza, fundamentação e português – 1 valor

Duração:

120 minutos