



DIREITO COMPARADO

Ano Letivo 2018/2019

Época Normal

11 de junho de 2019

GRUPO I

Tendo em conta o que estudámos sobre a função heurística do Direito Comparado como esteio do desenvolvimento jurisprudencial do Direito, faça uma análise dos seguintes excertos:

“Dada a natureza e transversalidade dos problemas jurídicos em causa – a Procriação Medicamente Assistida - a crescente mobilidade das pessoas, a universalidade de um dos parâmetros convocados - a dignidade humana - e a abertura constitucional ao direito internacional convencional por via do artigo 8.º e do artigo 16.º, n.º 1 da Constituição Portuguesa, justifica-se uma atenção especial dedicada ao direito internacional e ao direito comparado.

Não há dúvida de que em matérias que se ligam a problemas humanos tão universais como os relacionados com a procriação medicamente assistida poderá ter interesse saber o que sucede no âmbito de outras experiências jurídicas e (sem perda do sentido de autonomia de cada sistema jurídico) tirar daí porventura conclusões, em especial quando seja possível induzir princípios jurídicos comuns de tais experiências (...)”

Acórdão do Tribunal Constitucional 224/2018 de 24 de Abril de 2018, Processo 95/17
[Declara-se neste aresto a inconstitucionalidade de algumas normas da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho que regulamenta a Procriação Medicamente Assistida]

“O Demandado apresentou ao Tribunal e o Demandante não contesta, prova de que apenas sete países para além dos Estados Unidos executaram jovens delinquentes desde 1990: Irão, Paquistão, Arábia Saudita, Iémen, Nigéria, República Democrática do Congo e China. Desde então cada um destes países aboliu a pena de morte para jovens delinquentes ou

rejeitou publicamente tal prática. (...) Em suma, é justo dizer que os Estados Unidos estão isolados num mundo que condena a pena de morte de jovens delinquentes.¹”

Caso do Supremo Tribunal Americano *Roper v. Simmons* de 2005, 543 U.S. 551

[Neste caso, este Tribunal julgou (por 5 votos contra 4) que a VIII e a XIV Emendas à Constituição Americana proíbem a imposição da pena de morte a menores de 18 anos]

O Direito Comparado auxilia o jurista na descoberta de soluções para os problemas postos pela regulação da convivência social. Daqui as suas funções heurísticas. O Direito Comparado é desde logo imprescindível à determinação do sentido e alcance das normas e institutos de Direito nacional, sempre que estes reflitam princípios igualmente consagrados no Direito de outro ou outros países ou que hajam sido recebidos deles: o Direito Comparado é, nesta medida, um elemento interpretativo da lei.

Em acréscimo e com particular relevo para a análise destes excertos, o Direito Comparado, na medida em que favorece a denominada circulação dos modelos jurídicos, é o esteio do desenvolvimento jurisprudencial do direito nacional: na busca de soluções para os problemas novos que a vida em sociedade constantemente suscita, os tribunais apelam muitas vezes à lição de outros sistemas jurídicos, extraindo deles orientações relevantes quanto ao modo ou modos possíveis de resolvê-los. É o que sucede há muito em Portugal sobretudo em questões fraturante como a que preside ao Acórdão do TC *supra* citado e onde estão em análise princípios transversalmente aceites, institutos amplamente discutidos e em certos casos regulamentados por ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Noutros arestos, quando o Supremo Tribunal de Justiça procura concretizar, por exemplo, a cláusula geral de boa fé na formação e na execução dos contratos, não hesita em referir-se a experiências jurídicas estrangeiras, mormente a dos países que mais diretamente influenciaram os preceitos do Direito nacional sobre a matéria.

Mas não só em Portugal o Direito Comparado contribui para o desenvolvimento jurisprudencial do sistema jurídico: mesmo num país cuja jurisprudência é tradicionalmente muito mais relutante do que a portuguesa em recorrer ao Direito Comparado, como é o caso dos Estados Unidos da América, a experiência jurídica estrangeira não tem deixado, nos últimos anos, de ser tida em conta em importantes arestos do Supremo Tribunal como aquele que é ilustrado pelo caso *Roper v. Simmons* citado *supra*, em que se decide a questão central

¹ Texto Original (EN): *Respondent submitted, and petitioner does not contest, that only seven countries other than the United States have executed juvenile offenders since 1990: Iran, Pakistan, Saudi Arabia, Yemen, Nigeria, the Democratic Republic of Congo, and China. Since then each of these countries has either abolished capital punishment for juveniles or made public disavowal of the practice.(...). In sum, it is fair to say that the United States now stands alone in a world that has turned its face against the juvenile death penalty.*

de aplicação da pena de morte a jovens delinquentes. Também aqui se verifica o apelo de exemplos estrangeiros na decisão de questões fraturantes para o sistema norte-americano.

GRUPO II

Considere os seguintes excertos e responda às questões subsequentes:

«Os cavalos são animais grandes e pesados. Mas não foi esta característica física inata do cavalo dos réus que provocou o acidente rodoviário. Os cavalos escaparam, porque estavam assustados. Eles ainda não estavam a comportar-se normalmente quando atravessaram a estrada, colidindo com os veículos – e não o inverso. Hale LJ concluiu que foi precisamente porque os cavalos se estavam a comportar desta forma anormal causada pelo seu pânico que o acidente rodoviário ocorreu (...). Esta conclusão, sobre a prova, parece-me irrefutável e determinante para o caso (...).»²

Mirvahedy v. Henley, House of Lords (2003)

«Em Livingstone v. Armstrong, um condutor colidiu com uma vaca que se tinha escapulado de um campo bem vedado situado a cerca de meia milha da estrada. Notavelmente, a vaca tinha saltado sobre uma cerca de aproximadamente cinco pés de altura antes de alcançar a estrada. (...) O juiz de comarca distinguiu o caso do Mirvahedy com o fundamento de que os cavalos nesse caso ainda estavam a correr quando se deu o acidente. Aqui, a vaca estava simplesmente parada no meio da estrada, não se metendo com ninguém. Não estava, afirmou o juiz, a apresentar qualquer característica anormal.»³

«Mirvahedy – Three Years on», Susan Rodway QC e James Todd

² No original: «I also agree with the decision of the Court of Appeal on the facts in the present case. Horses are large and heavy animals. But it was not this innate physical characteristic of the defendants' horses which caused the road accident. The horses escaped because they were terrified. They were still not behaving ordinarily when they careered over the main road, crashing into vehicles rather than the other way about. Hale LJ concluded that it was precisely because they were behaving in this unusual way caused by their panic that the road accident took place (...). That conclusion, on the evidence, seems to me irrefutable and to be fatal to the case (...).»

³ No original: «In Livingstone v. Armstrong, a driver hit a cow that had strayed from a well-fenced field some ½ mile away from the road. Remarkably, the cow had jumped a 5 foot high fence to reach the road. (...) The district judge distinguished the case from Mirvahedy on the basis that the horses in that case were still fleeing when the accident happened. Here, the cow was simply standing still in the middle of the road minding its own business. It was, said the judge, displaying no characteristic at all.»

- a) De que modo diferem as principais fontes de Direito nos sistemas da família de Common Law dos da família Romano-Germânica?

A lei é hoje, na família romano-germânica a fonte de direito predominante. A preeminência da lei nos sistemas da família romano-germânica reflete uma tendência comum a esses ordenamentos jurídicos que despontou no século XIX, graças ao advento do constitucionalismo democrático e à preponderância conferida por este aos Parlamentos na emanação de normas, e se adensou no II pós-guerra, devido à intensa intervenção do Estado na vida social que neles se regista desde então: a elevação da lei à condição de principal modo de produção de regras jurídicas.

A jurisprudência nos sistemas romano-germânicos tem fundamentalmente um papel de desenvolvimento do direito legislado, assumindo-se genericamente como uma fonte mediata de Direito. Já nos sistemas de Common Law, e em particular em Inglaterra, a jurisprudência também dita *case law* é a principal fonte de Direito: o modo normal de produção e revelação de regras jurídicas.

Tradicionalmente, a lei não tem em Inglaterra a mesma relevância que possui nos sistemas romano-germânicos: a sua função consiste essencialmente em integrar o *Common Law* e, eventualmente, em corrigi-lo.

Neste papel secundário reservado à lei reflete-se o empirismo característico dos anglo-saxónicos, que em geral preferem lidar com os problemas da vida em sociedade

- b) Em que consiste o precedente judicial e em que medida é que é vinculativo para outras instâncias judiciais?

Tal como referido, a jurisprudência é o modo normal de produção e revelação de regras jurídicas nos sistemas de *Common Law*. A produção de regras por via jurisprudencial obedece contudo a um conjunto de regras e princípios. Vigora, com efeito, nos sistemas jurídicos de Common Law, *in casu*, no Direito Inglês o princípio do precedente vinculativo ou *stare decisis* (expressão latina que significa ater-se ao que foi decidido).

De acordo com este princípio, todos os tribunais se encontram obrigados a seguir, nos casos que lhes forem submetidos, as decisões sobre questões de Direito proferidas noutros casos com factos relevantes análogos pelos tribunais situados acima deles na hierarquia judiciária, estando os próprios tribunais de recurso (salvo o Supremo Tribunal e anteriormente a Câmara dos Lordes (que ainda era o Supremo Tribunal à data do caso *Mirhavedy*) bem como o *Court of Appeal* em certas hipóteses) vinculados às suas decisões anteriores.

Eis por que em matérias nucleares do Direito Privado é quase exclusivamente por referência a precedentes judiciais que os tribunais ingleses resolvem os litígios que lhes são submetidos.

O *stare decisis* não significa, todavia, em Inglaterra que os juízes ao julgarem um caso estão vinculados a tudo o que se declarou numa sentença anterior sobre um caso igual ou semelhante. Nas sentenças inglesas há, com efeito, que distinguir quatro elementos: a) os factos provados, b) a *ratio decidendi*, também denominada por *holding of the case*, ou seja, a razão de decidir – a regra jurídica, geralmente obtida por um processo de abstração, em que o tribunal se baseou a fim de resolver em certo sentido o caso *sub judice*, c) os *obiter dicta*, i.e. quaisquer proposições jurídicas aduzidas pelo tribunal, que não hajam sido decisivas para o julgamento do caso e d) a decisão propriamente dita.

Só as *rationes decidendi* constituem precedentes vinculativos e têm, por isso, de ser observadas em casos posteriores nos termos acima referidos. Já os *obiter dicta* não obrigam para o futuro. Mas, devem ser tomados em consideração em casos iguais ou semelhantes podendo influir, pelo prestígio de quem os formula ou pela bondade das regras neles contidas, sobre a decisão desses casos. São, *hoc sensu*, precedentes persuasivos.

- c) Como se designa a atividade metodológica de resolução do caso efetuada pelo juiz no caso *Livingstone v. Armstrong* (relatada no segundo excerto) e em que consiste essa atividade?

Em Inglaterra a descoberta do Direito aplicável ao caso centra-se, em razão do princípio *stare decisis*, na determinação dos precedentes relevantes. Nesse princípio, está, a raiz das principais diferenças no método observado pelos juízes ingleses e aquele que é seguido pelos seus homólogos no continente.

A aplicação da *ratio decidendi* de um caso anterior a um caso novo depende da semelhança dos factos relevantes em ambos os casos. Há, por conseguinte, que averiguar se as diferenças inevitavelmente existentes entre os dois casos são juridicamente irrelevantes («*immaterial*» na terminologia inglesa). Só na hipótese afirmativa devem os tribunais estender a proposição contida na sentença anterior à nova situação.

O método inglês funda-se na base da indução e da analogia e é com base nestas operações que se descobre a solução do caso *sub judice*.

Na ponderação da aplicabilidade de um precedente a um caso novo os tribunais ingleses procedem frequentemente a distinções (*distinguishing*). Esta operação pode visar diferentes finalidades. Desde logo, a destrição entre a *ratio decidendi* e os *obiter dicta* contidos na mesma sentença. Não é esta a aceção empregue no caso *Livingstone v. Armstrong*. Nesse caso, afasta-se o precedente ínsito no caso *Mirvahedy* ao sublinhar-se a existência, no caso decidendo, de um ou mais factos relevantes que não se verificavam naquele que originou o precedente, restringindo-se o âmbito de aplicação deste e legitimando uma decisão de sentido diverso da que foi proferida anteriormente.

Através do *distinguishing* que se verifica ter sido operado no caso *Livingston v. Armstrong* é possível formular uma exceção a uma regra jurisprudencial, que não foi anteriormente considerada. É a combinação do *distinguishing* com a força vinculativa dos precedentes que confere ao Direito Inglês, a um tempo, a segurança e a capacidade de adaptação a novas necessidades sociais que o caracterizam.

Cotação

I Grupo – 7 valores

II Grupo – 12 valores (4 valores cada questão)

Organização das respostas e correção formal destas – 1 valor

Duração: 90 minutos