

TÓPICOS DE CORRECÇÃO

DIREITO COMPARADO, TAN (13.01.2020)

Regência: Professor Doutor Guilherme Machado Dray

Colaboração: Mestre João Lemos Esteves

GRUPO I (9 valores)

Responda fundamentadamente às seguintes questões:

1. Quais as diferenças e similitudes entre os sistemas da *common law* e da *civil law*? (3 valores)

Quanto aos elementos diferenciadores, impunham-se as seguintes referências:

- (i) diferente posição da lei e do costume no sistema de fontes de Direito (as decisões jurisprudenciais tendem a registrar uma maior preponderância no sistema da “common law”, enquanto que as leis tendem a prevalecer no sistema da “civil law”);
- (ii) o costume é uma fonte de direito mediata no sistema da “civil law”, ao passo que integra – até por razões históricas ligadas ao processo de formação desta família jurídica- a “common law”, desempenhando um papel decisivo em certas matérias;
- (iii) os Tribunais tendem a ser mais ativistas no sistema da “common law”, enquanto que os legisladores são tendencialmente mais interventivos no sistema da “civil law”, no processo de adaptação do Direito às novas realidades sociais;
- (iv) prevalência do princípio da autonomia privada no sistema da “common law”; maior enfoque dado aos princípios da igualdade e da solidariedade social (por alguns, designado princípio da socialidade ou princípio da justiça social) no sistema da “civil law”;
- (v) influência do Direito Romano no desenvolvimento da “civil law”, desconhecimento ou quase imunidade à influência do Direito Romano revelados pela família jurídica da “common law” .

Quanto aos elementos semelhantes, temos essencialmente:

- (i) o princípio democrático, que se traduz na prevalência da lei – vontade expressa pelas maiorias políticas democráticas - em matérias conflituantes com outras fontes de Direito, incluindo a jurisprudência;

- (ii) a consagração dos princípios da separação de poderes e do Estado de Direito;
- (iii) protagonismo do Estado-Administrativo, seja enquanto decorrência do Estado Social (ou pós-Social) que marca a generalidade dos Estados integrantes da família jurídica da “civil law”, quer enquanto consequência do Estado Regulador, com maior ou menor tonalidade social (como é dominante na generalidade dos países da “common law”) – o que se traduz no florescimento da distinção entre Direito Público e Direito Privado, importado do sistema da “civil law”, no sistema da “common law” ;
- (iv) a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana e do personalismo como critério inspirador de criação e aferidor de validade das soluções jurídicas.

2. Qual o papel dos precedentes no sistema das fontes de Direito nos ordenamentos jurídicos dos EUA e Inglês, bem como a relevância da história para a concretização do Direito? (2 valores)

Nos EUA e no Reino Unido, vigora o sistema do “stare decisis”: os tribunais encontram-se adstritos a decidir de acordo com critérios *jurisprudencialmente revelados* em casos anteriores; os precedentes desempenham, pois, um papel determinante no processo de criação-desenvolvimento do Direito. No Reino Unido, o sistema de precedentes é mais rígido do que aquele que se verifica no Direito estado-unidense, o que espelha a maior hierarquização da sua organização judiciária. Nos EUA, a vinculação dos tribunais aos precedentes partilha a complexidade da estrutura federal do Estado,

3. Defina e comente o designado “ativismo judiciário” estado-unidense (2 valores)

O “ativismo judiciário” (em sentido amplo) pode comportar uma dimensão ampla e uma dimensão restrita. A primeira dimensão corresponde a todas as manifestações de atividade criativa dos tribunais, incluindo-se aqui a concretização de conceitos indeterminados e o preenchimento de lacunas. Numa segunda dimensão – “ativismo judiciário” em sentido restrito - , inclui-se a atividade conformadora-criadora dos tribunais, a qual consiste na criação de novos parâmetros jurídico-decisórios; na modelação do conteúdo de leis vigentes; na invalidação de decisões do poder legislativo democraticamente

legitimado. A evolução constitucional estado-unidense processou-se, em larga medida, pelo “ court’s incremental approach” (por vezes, objeto de críticas por se tratar de um genuíno “judicial decision-making”) – decisões ativistas (sobretudo) da jurisdição federal (com destaque para o Supremo Tribunal dos EUA) e pela oposição que essas decisões geraram politicamente (quer na política institucional, quer na política inorgânica, com relevo para os movimentos sociais (falando-se mesmo em constitucionalismo popular no Direito estado-unidense). A este propósito, evoque-se decisões emblemáticas tidas como ativistas como *Dred Scott v. Sandford*, *Plessy v. Ferguson*, *Brown v. Board of Education* ou *Griswold v. Connecticut* – apenas para mencionar algumas que contribuíram para a afirmação do princípio da igualdade.

4. Como se desenvolve o sistema de fiscalização de constitucionalidade nos ordenamentos jurídicos da *civil law*? (2 valores)

Nos sistemas da “civil law”, podemos distinguir, antes de mais, os sistemas jurídicos dos sistemas mais politológicos de controlo de constitucionalidade das leis. Na Alemanha, o sistema de controlo da constitucionalidade é jurídico; concentrado (no Tribunal Constitucional alemão); abstrato, a título principal ou incidental. Diversamente, em França, o controlo da constitucionalidade está atribuído a um órgão de natureza mais política (o Conselho de Estado) e, desde 2008, ao Conselho Constitucional. Já em Portugal, o sistema de controlo da constitucionalidade é matricialmente jurídico, prevendo a Lei Fundamental a fiscalização abstrata e concreta, difusa (a cargo de todos os tribunais) e concentrada (a cargo do Tribunal Constitucional). Síntese conclusiva e brevíssima referência comparativa aos efeitos das decisões da jurisdição constitucional nos três ordenamentos referidos da “civil law”.

GRUPO II (9 valores – 3x3 valores)

Responda fundamentadamente às seguintes questões:

- 1) Do ponto de vista legal, existe plena igualdade jurídica entre homens e mulheres nos sistemas jurídicos muçulmanos e africanos. Concorda?

O princípio da igualdade (e a própria ideia de igualdade) é estranho, no essencial, ao Direito muçulmano. Isto porque o Direito não provém do Estado, tendo antes uma base religiosa. A *Xaria* domina a regulação das relações sociais e familiares. A posição da mulher encontra-se em subordinação face à do marido, devendo-lhe obediência e não podendo repudiá-lo (por via do *talaq*). A poligamia é genericamente admitida, no que diz respeito ao marido. A mulher mais do que sujeito de direitos é *objeto* de direitos e *sujeito de deveres*. A tal não é indiferente, por outra banda, o carácter transpersonalista dos direitos muçulmanos. Esta conceção da igualdade acabaria por influenciar também os sistemas africanos na medida em que alguns países africanos, como a Mauritânia, acolhem a *Xaria* como fonte de Direito. Por outro lado, a base tradicionalista dos sistemas africanos ainda conservam estruturas de organização social tribais, de natureza patriarcal.

- 2) A *Xaria* equivale, no fundo, à tradição judaico-cristã dos sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*. Concorda?

A *Xaria* não se confunde com a tradição judaico-cristã: esta última traduz-se num conjunto de crenças e valores religiosos que moldaram o desenvolvimento da família jurídica ocidental. A tradição jurídico-cristã (nem na família da “civil law”, nem na família da “common law”) não é Direito, podendo apenas fornecer o substrato valorativo das regras jurídicas. A *Xaria*, por sua vez, é a principal fonte de Direito da família jurídica muçulmana, incluindo-se as regras jurídicas que decorrem dos versículos do Corão; a *Suna* (o conjunto das regras que resultam da conduta do profeta Maomé) e o *ijma*, que pode ser definido como o consenso da comunidade muçulmana relativamente a questões que carecem de resposta jurídica e sejam suscitadas a propósito da interpretação das fontes primárias de Direito Muçulmano. Tão pouco poderá a *Xaria* ser confundida com o Direito Canónico (que regula apenas uma comunidade de crentes), dando lugar a sanções canónicas e espirituais; ou com o Direito Natural, ainda que de inspiração religiosa (aqui trata-se de teoria jusfilosófica que visa criar ou corrigir soluções jusnormativas, apelando a uma ordem ideal de valores; já a *Xaria* é Direito cogente para aqueles que professam a religião muçulmana – base pessoal do Direito muçulmano).

- 3) Em que consiste o pluralismo jurídico dos sistemas jurídicos africanos?

O pluralismo jurídico africano consiste na diversidade das influências externas que influenciaram a criação do seu Direito, bem como na diversidade das suas

fontes de Direito, fruto da colonização dos seus territórios por potências europeias. Estas fontes de direito abrangem Direito consuetudinário, Direito religioso, Direito legislado e precedentes judiciais, nos casos dos Estados que acolheram o sistema do “stare decisis”, por influência inglesa, bem como instrumentos de harmonização jurídica de organizações supranacionais (como a OHADA).