



DIREITO COMPARADO

Ano Letivo 2019/2020

Coincidências

24 de Janeiro de 2020

Grupo I

Comente a seguinte afirmação à luz do que estudámos sobre as funções do Direito Comparado:

” O Direito Comparado tem outras funções que não se esgotam no intercâmbio internacional de temas jurídicos e que podem aqui apenas ser consideradas sumariamente. Dilui preconceitos de carácter nacional e permite-nos compreender as sociedades e culturas do mundo promovendo um entendimento internacional; tem-se revelado extremamente útil na reforma legislativa em países em desenvolvimento; e para o desenvolvimento dos demais sistemas jurídicos, dado que o espírito crítico que encerra promove mais do que disputas doutrinárias locais¹.“

K. Zweigert / H.Kötz

In An introduction to Comparative Law

R: 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.

¹ Original em EN: *Like the lively international exchange on legal topics to which it gives rise, comparative law has other functions which can only be mentioned here in the briefest way. It dissolves unconsidered national prejudices, and helps us to fathom the different societies and cultures of the world and to further international understanding; it is extremely useful for law reform in developing countries; and for the development of one's own system the critical attitude it engenders does more than local doctrinal disputes*

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, extraíndo deles orientações relevantes quanto ao modo ou modos possíveis de resolvê-los.

Não menos significativo é o papel desempenhado pelo Direito Comparado – referido no excerto supra – na reforma legislativa a qual é muitas vezes precedida de estudos comparativos acerca dos regimes consignados noutros ordenamentos jurídicos quanto às matérias que tem por objeto. Isto é sobretudo relevante em sistemas que estão em processo de edificação do seu sistema jurídico. Foi o que sucedeu, por exemplo, em Portugal aquando da elaboração do Código Civil de 1966, como o atestam os trabalhos preparatórios.

Grupo II

Comente o seguinte excerto à luz do que estudámos sobre o princípio do *Stare Decisis* no *Common Law*:

Acórdão do Supremo Tribunal Norte Americano:

“A superação de um precedente judicial não é questão despicienda. Stare decisis – em Inglês, a ideia de que os tribunais de hoje estão vinculados pelas decisões de ontem – é a pedra basilar do Estado de Direito. A aplicação desta doutrina embora não seja um comando absoluto, é a atuação que se considera mais correta pois promove o previsível, consistente e imparcial desenvolvimento de princípios jurídicos, fomenta a confiança nas decisões judiciais e contribui para a integridade dos processos judiciais. Reduz igualmente os incentivos à tentativa de superação de precedentes estabelecidos evitando-se os custos da litigância infundável.”

Kimble v Marvel Entertainment, LLC (2015)

R: Ao decidirem os casos que lhes são submetidos, os tribunais norte-americanos enunciam não raro regras ou princípios jurídicos nos quais baseiam as suas decisões, cujo alcance transcende esses casos, pois no futuro situações semelhantes terão de ser julgadas pelos tribunais inferiores em conformidade com as mesmas regras ou princípios (*stare decisis*).

² Original em EN: Overruling precedent is never a small matter. Stare decisis—in English, the idea that today’s Court should stand by yesterday’s decisions—is a foundation stone of the rule of law. Application of that doctrine, although not an inexorable command, is the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process. It also reduces incentives for challenging settled precedents, saving parties and courts the expense of endless relitigation

A favor do princípio de *stare decisis* depõem três argumentos fundamentais expostos no excerto *supra*: 1. O postulado da justiça conforme o qual a situações jurídicas iguais é devido tratamento igual, 2. A previsibilidade do Direito daí resultante e 3. A eficiência do sistema judiciário que é fomentada por os tribunais, ao julgarem casos que lhes são presentes não terem de julgar de novo questões de Direito já decididas.

Os tribunais superiores observam geralmente os seus próprios precedentes. Admite-se, no entanto, a revogação (*overruling*) de precedentes com as cautelas também referidas no excerto *supra*.

Atualmente, embora a predisposição dos tribunais norte-americanos para revogarem precedentes seja mais acentuada do que a dos ingleses, tal não é muito frequente visto que o afastamento de um precedente pode também fazer-se honrando o *stare decisis*, por via do *distinguishing*.

A conceção prevalecente nos Estados Unidos quanto ao *stare decisis* pode assim dizer-se menos rígida do que a inglesa. Para tal contribuem fundamentalmente duas circunstâncias. Por um lado, a multiplicidade de jurisdições existentes nos Estados Unidos e o enorme manancial de novas soluções por elas constantemente produzidas, as quais são rapidamente assimiladas pelos *Restatements* e através destes divulgadas junto dos tribunais, que são assim estimulados a associarem-se a tendências mais recentes. Por outro lado, a centralidade da Constituição no sistema jurídico norte-americano e a necessidade de adequar a sua interpretação ao espírito do tempo em que é aplicada.

O que vale como precedente é, em todo o caso, somente a regra de Direito que serviu de base à decisão, à qual se chama nos Estados Unidos *the holding of the case*.

Grupo III

Escolha e comente, fundamentando sucintamente, **a apenas duas** das seguintes alíneas (máximo 15 linhas).

- a) A codificação, traço característicos dos sistemas romano-germânicos, com o sentido que desde então se lhe atribui nos sistemas romano-germânicos (compilação sistemática, sintética e científica de normas legais), foi a fórmula encontrada para assegurar a concentração e divulgação da lei e o instrumento jurídico para lhe conferir primazia entre as fontes de direito.

R: Referência à Revolução Francesa, facto histórico decisivo para os elementos internos convergentes das ordens jurídicas integradas na família romano germânica. Em termos gerais, o processo iniciado com a Revolução Francesa explica as seguintes características dos direitos romano-germânicos. A estrutura e o funcionamento das instituições constitucionais ficaram marcados pelo princípio da separação de poderes, com especial influência nas competências relativas à produção legislativa e na relutância em reconhecer qualquer eficácia normativa à função jurisdicional.

A ideia de liberdade revelou-se determinante na convicção de que só a lei votada por assembleias representativas do povo exprime a vontade geral. Por isso e por ser o melhor veículo das ideias revolucionárias, lhe foi conferido o primado, quando não a exclusividade, entre as fontes de direito.

A codificação foi, como refere o excerto, a fórmula encontrada para assegurar a concentração e divulgação da lei e o instrumento preferido para lhe conferir primazia entre as fontes de direito.

O verdadeiro ponto de partida do movimento codificador e o seu fruto mais duradouro, viria a ser o Código Civil francês de 1804.

A codificação francesa colocou a Alemanha perante a questão da oportunidade de uma codificação do seu próprio Direito Civil tendo triunfado a posição favorável à codificação.

A primeira codificação civil Portuguesa foi o código civil de 1867.

A codificação representa um elemento genético da família romano-germânica entendendo-se que a codificação tem um valor intrínseco que decorre da maior acessibilidade, coerência e inteligibilidade que ela confere ao sistema jurídico; enquanto corpo de normas comuns a todos os cidadãos promove igualmente a efetiva observância do princípio da igualdade perante a lei.

- b) A primeira nota a salientar sobre o método de determinação do Direito aplicável nos Estados Unidos é a complexidade de que esta operação se reveste neste país.

R: A complexidade na determinação do Direito aplicável nos EUA deve-se a duas ordens de razões. Por um lado, a distinção entre Direito Federal e Direito Estadual e entre *Statutory Law* e *Common Law*. Por outro a necessidade de determinar o Direito estadual aplicável nas situações que suscitem um conflito de leis no espaço, tarefa ela própria de considerável dificuldade em razão da inexistência de um Direito de Conflitos uniforme, de âmbito federal.

Não obstante isso, há fatores de convergência no Direito deste país, que tendem a atenuar a dita complexidade. Entre eles destacam-se a Constituição federal e a *judicial review* dos Direitos estaduais, as quais, dentro de certos limites, tendem a aproximar estes últimos uns dos outros.

No mesmo sentido, concorrem os códigos-modelo ou códigos uniformes. Estes porém não eliminam a diversidade das legislações dos Estados que as adotam, visto que não raro a sua incorporação no Direito Estadual se dá através de leis locais que introduzem neles modificações e adaptações; sendo, por outro lado, que a interpretação e a aplicação das suas disposições é feita com autonomia pelos tribunais estaduais, não havendo qualquer instância judicial supraestadual que possa assegurar, *maxime* em sede de recurso, a uniformidade dessa interpretação e aplicação.

Outros fatores que operam no sentido de uma aproximação dos Direitos estaduais são os *restatements of the law* e a influência exercida pela jurisprudência de certos Estados sobre a dos demais. Mas tanto aqueles como esta têm uma eficácia essencialmente persuasiva e não vinculativa pelo que também o seu alcance é, em certa medida, limitado. Mantém-se, não obstante estes fatores, o caráter pluralista e conseqüentemente complexo pelos motivos expostos, do direito dos Estados Unidos da América.

- c) O Direito Muçulmano não é um sistema jurídico de aplicação territorial mas antes de escopo pessoal.

R: No Direito Muçulmano não há uma rigorosa correspondência com certo ou certos Estados. O Direito Muçulmano não é, conseqüentemente, um sistema jurídico de aplicação territorial, mas antes de escopo pessoal: trata-se de um conjunto de preceitos que regulam as condutas dos muçulmanos e as relações destes entre si, a que também se chama *Xaria*. Esta tem como bases fundamentais o livro sagrado do Islamismo – o Corão ou Alcorão – e as tradições relativas aos ditos e atos do profeta Maomé (a *Suna*).

O Direito muçulmano é pois, essencialmente, o Direito de uma comunidade de crentes: a dos que professam o islamismo (a *umma*).

- d) O Direito inglês contemporâneo formou-se gradualmente na base da experimentação de soluções pelos tribunais e não a partir de um sistema de princípios gerais a que o legislador houvesse decidido dar expressão normativa.

R: Subjaz ao Direito Inglês a ideia de que o desenvolvimento do Direito se faz por pequenos ajustamentos, um *incremental approach* a que se contrapõe um *principled approach* característicos dos sistemas jurídicos continentais.

O Direito Inglês e nesta medida mais um produto da história do que o resultado de um esforço de sistematização das instituições jurídicas na base de certas máximas da razão previamente definidas.

Não quer isto dizer que não exista no Direito inglês uma racionalidade própria, no sentido de que as suas disposições servem eficazmente determinadas finalidades, que podem ser inferidas quer a partir do respetivo teor quer na base de elementos a elas extrínsecos. Racionalidade essa que explica inclusive a falta de sistematicidade do Direito Inglês.

Pelos motivos expostos, observou William Geldart (1870.1922) que «O *Common Law* cresceu em vez de ser criado».

Cotação

I Grupo - 7 valores

II Grupo - 7 valores

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

Organização das respostas e correção formal destas - 1 valor

Duração

90 minutos