



DIREITO COMPARADO

Ano letivo de 2019/2020

Exame de recurso

12 de fevereiro de 2020

GRUPO I

Recorrendo à **pluralidade de métodos** a que deve obedecer a atividade comparativa e à luz do que estudámos sobre as **fontes de Direito** na família jurídica Romano-Germânica, faça uma análise crítica e comparativa das seguintes normas, contextualizando-as, fazendo referência ao momento da sua criação, e aos movimentos de codificação em que se inseriram:

Artigo 1.º do Código Civil Português

«*Artigo 1.º*

Fontes imediatas

1. *São fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas.*
2. *Consideram-se leis todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes».*

Artigo 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil alemão

«*Lei, na aceção do Código Civil e da Lei de Introdução ao Código Civil, é qualquer norma jurídica»¹.*

Artigo 7.º da Loi du ventôse an XII que aprovou o Código Civil francês

«*A partir do dia em que estas leis se tornem executórias as leis romanas, as ordenações, os costumes gerais ou locais, os estatutos, os regulamentos, deixam de ter força de lei geral ou particular nas matérias objetivo das referidas leis que integram o presente Código”².*

¹ Trad. livre de «*Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm*».

² Trad. livre de “*À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent code*”.

GRUPO I:

Identificar os problemas relacionados com as fontes de Direito no Direito Romano-Germânico (v. Manual, especialmente, as pp. 148 e ss.), refletir sobre a codificação (v., sobretudo as pp. 121 e ss.) e cruzar estas matérias com os princípios gerais

Relevância de critérios normativos e não normativos de decisão: desenvolvimento e relação entre o quadro de fontes e o método jurídico, contextualizando estas normas nos movimentos de codificação dos séculos XVIII e XIX.

GRUPO II

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

a) Será que a separação de poderes, e consequentemente a reserva de jurisdição, é entendida de forma mais rigorosa nos sistemas romano-germânicos do que nos de *Common Law*?

- (v. Manual, desde logo as pp. 142 e ss., as pp. 163 e ss., e tb. pp. 255 e ss. e pp. 339 e ss.)
- Conceito de separação de poderes decorrente da Revolução Francesa;
 - Necessidade de proteção dos direitos dos particulares perante a Administração;

Contraste com *Common Law*:

- Não existe repartição de competências: mesmos órgãos jurisdicionais;
- Direitos e deveres iguais para o Estado e outros entes públicos.
- Ausência, nos EUA de um entendimento tão rígido da separação de poderes como em França – ideia de controlo recíproco dos vários poderes constituídos;

b) Comente a proposta de KONRAD ZWEIGERT aos comparatistas: que se adote como princípio metodológico no Direito Comparado uma «presunção de semelhança» entre os sistemas jurídicos a comparar.

- (v. Manual, pp. 43 e 42)

Referir o afastamento desta metodologia, defendido por DÁRIO MOURA VICENTE, quatro razões:

- Distorção dos resultados da comparação, escamoteando as conexões entre as instituições jurídicas e os fatores históricos, sociais, económicos e culturais que explicam tal diversidade de valorações.
- Há institutos profundamente radicados em certos sistemas jurídicos para os quais não se encontra equivalente funcional em muitos outros sistemas;
- Relevância de vigorarem hoje em muitos países regras formalmente idênticas (como é o caso das disposições constitucionais relativas à estruturação do sistema político na base do princípio democrático ou à salvaguarda (dos direitos humanos, que a partir da Europa e da América do Norte se disseminaram por outros continentes, embora os resultados da sua aplicação sejam profundamente diversos.

- Mesmo quando os resultados imediatos do funcionamento de certas instituições jurídicas nacionais são idênticos, o seu espírito e o seu sentido último revelam-se não raro muito diversos.
 - Parece preferível partir na comparação jurídica de uma *praesumptio dissimilitudinis* ou de um *principium individuationis*.
- c) Por que razões podemos afirmar que o Direito muçulmano é, como o *Ius Romanum*, um “Direito de juristas”?

- v. Manual em geral e, em especial, pp. 365 e ss., sobre a ciência do Direito (*fiqh*) e ainda 375 e ss.:

Podemos afirmar, à luz do que estudámos, que os jurisconsultos têm no Direito muçulmano urna influência que apenas encontra paralelo na que lhes foi reconhecida pelo *Ius Romanum*. Ambos são, como se notou “Direitos de juristas”.

O que não significa que neste ou em qualquer outro aspecto o Direito muçulmano, surgido muito depois do ocaso do Direito Romano clássico, tenha sido por ele diretamente influenciado. O Islão é, como se sabe, tributário da cultura ocidental em aspectos capitais: as obras fundamentais dos pensadores gregos, por exemplo, já se achavam traduzidas para árabe na Idade Média. Mas as transferências culturais assim tornadas possíveis não se estenderam ao Direito. Por duas ordens de razões: primeiro, porque os grandes monumentos da cultura jurídica romana não foram concomitantemente traduzidos para árabe; segundo, porque a fortíssima ligação entre Direito e religião no mundo muçulmano sempre teria refreado a introdução neste dos conceitos jurídicos romanos.

Há ainda duas diferenças não despiciendas entre o papel dos juristas no Direito Romano e no Direito muçulmano. Por um lado, no Direito Romano a *auctoritas prudentium* coexistia com o Direito emanado dos órgãos legislativos do Estado: diferentemente, no Direito muçulmano o Estado não dispõe, ao menos na perspetiva mais ortodoxa, de poder para legislar, pelo que a autoridade dos juristas a fim de determinarem o Direito vigente não sofre sob este ponto de vista qualquer concorrência por parte dos poderes constituídos. Por outro lado, o jurista muçulmano goza de menos liberdade nessa função tio que o seu homólogo romano, uma vez que, como se sublinhou acima, no exercício do *ijtihad* lhe compete tão-somente declarar a vontade de Deus, tal como esta ressuma nos textos sagrados, sem poder modelar autonomamente o conteúdo das regras aplicáveis. A *iurisprudentia* não é, por conseguinte, no Direito muçulmano, um processo autônomo de criação de normas jurídicas: ela encontra-se inteiramente subordinada à vontade divina. A sua função consiste tão-só em determinar e dar execução aos fins assinalados por Alá à sociedade muçulmana. Por isso se pode dizer que o Direito muçulmano é simultaneamente Direito de juristas e Direito divino: estas duas facetas, longe de antitéticas, são mutuamente complementares.

Cotação:

Grupo I – 13 valores

Grupo II – 6 valores (3 valores cada)

Sistematização e domínio da língua portuguesa – 1 valor

Duração: 90 minutos