

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

DIREITO COMPARADO, TAN

Critérios de Correção /Exame de Recurso 2020

Regência: Professor Doutor Guilherme Machado Dray

Colaboração: Mestre João Lemos Esteves

GRUPO I (9 valores)

Responda fundamentadamente às seguintes questões:

**1. O que significado o princípio federalista consagrado na Constituição dos EUA?
(3 valores)**

O aluno deveria explicitar que os EUA encontram-se organizados em estrutura política federal, sendo este federalismo “bottom-up” (ou “bottom-top”) e não “up-bottom”. Assim sendo, há uma repartição de competências constitucionais entre a Federação e os estados, sendo que a regra é a competência destes últimos (“the rights retained by the people...”, na formulação da 9.ª Emenda Constitucional). Assim sendo, não estando os poderes em causa enumerados no Artigo I, Secção VIII da Constituição dos EUA, o qual define a competência do poder federal, dever-se-á reconhecer um poder de intervenção aos estados federados. No entanto, a prática constitucional tem revelado que a aplicação do princípio federalista suscita mais problemas do que a teoria aparenta, falando-se mesmo em mutações constitucionais por via da intervenção do Supremo Tribunal dos EUA enquanto árbitro da distribuição de competência entre o poder federal e os poderes estaduais. De facto, primeiro, tem-se aventado a possibilidade de, por via da interpretação da Constituição dos EUA *como um todo*, dela resultarem *poderes implícitos* federais; a própria criação da “judicial review” (pelo poder judiciário federal, através das decisões dos casos *Marbury v. Madison* e *Fletcher v. Peck*) implicou uma supremacia do poder federal – concretamente: do poder judiciário federal – sobre as estruturas de poder dos estados (os seus actos estão sujeitos ao escrutínio do

Supremo Tribunal dos EUA); a interpretação das disposições constitucionais – incluindo-se aqui mesmo as “constitutional amendments” – implica saber se o seu âmbito de aplicação abrange o poder federal, os poderes estaduais ou ambos; a lei federal prevalecerá sobre lei estadual contrária em matérias que sejam da competência federal (os estados poderão, no entanto, alegar a inconstitucionalidade da intervenção do poder federal – o que é, em si mesmo, mais uma manifestação típica do federalismo norte-americano). Seria, ainda, valorada positivamente a referência pelos alunos de disposições constitucionais dos EUA em que seja evidente a discussão do sentido e alcance do princípio federalista, bem como decisões dos tribunais norte-americanas que efetuassem a sua interpretação-aplicação.

2. Qual o papel das decisões jurisprudenciais no sistema das fontes de Direito do Direito britânico? (2 valores)

O(A) aluno(a) deveria iniciar a sua resposta pela distinção entre “common law” em sentido amplo e “common law” em sentido restrito. A jurisprudência (“case law”), ainda, assume hoje o papel de principal fonte jurígena no Direito Britânico, vigorando aqui o sistema do “stare decisis”. Ao invés do que sucede nos sistemas romano-germânicos, a resolução de um caso submetido aos tribunais deverá sempre ancorar-se em decisões jurisprudenciais anteriores (mesmo que haja uma lei sobre a matéria em causa, importa apurar se os tribunais britânicos já se pronunciaram sobre essa matéria, interpretando ou desenvolvendo o regime legal, no passado). Note-se, no entanto, que as decisões jurisprudenciais comportam, na maioria das vezes, uma parte que constitui o precedente vinculativo e outra parte que é apenas precedente persuasivo. Por último, assim como há uma hierarquia judiciária, também se poderá falar numa hierarquia de vinculatividade dos precedentes (“hierarchy of binding precedents”).

3. Defina e comente o designado “Direito dos Juristas” alemão (2 valores)

A doutrina desempenha uma função relevante na concretização e desenvolvimento do Direito alemão: as construções teóricas, comentários, teses e monografias dos mais conceituados juristas alemães tendem a ser seguidos pelos tribunais na resolução dos casos *decidendos*. A própria jurisprudência usualmente cita e aplica doutrina nas suas decisões. Embora a doutrina seja uma fonte de Direito mediata, trata-se de uma fonte essencial para a compreensão do Direito alemão.

4. Como se desenvolve o sistema de fiscalização de constitucionalidade no ordenamento jurídico francês? (2 valores)

O sistema de fiscalização da constitucionalidade no ordenamento jurídico francês caracteriza-se por uma maior politicidade face a outros ordenamentos jurídicos, mesmo integrantes da mesma família jurídica. Isto porque é cometida, em regra, ao Conselho Constitucional, o qual tem uma composição mais política do que jurisdicional. Até 2008, a fiscalização da constitucionalidade era feita de forma concentrada e abstracta, a título principal e preventivo. Após 2008, foi introduzida no ordenamento jurídico francês a questão prejudicial de constitucionalidade, permitindo que o Conselho Constitucional se pronuncie pela constitucionalidade das leis a título concreto e sucessivo, tendo, no entanto, que existir uma intervenção prévia do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação.

GRUPO II (9 valores – 3x3 valores)

Responda fundamentadamente às seguintes questões:

1) Qual a relevância da cisão entre sunismo e xiismo para a compreensão do Direito Muçulmano?

A cisão entre sunismo e xiismo marcou (e marca) o desenvolvimento do mundo islâmico; o Direito, enquanto produto cultural que também é, não lhe ficou

naturalmente indiferente. Em traços gerais, pode-se afirmar que o sunismo reduz o islamismo ao Alcorão e à tradição revelada pelas falas e actos do profeta (a designada *Suna*); já o xiismo inclui ainda a interpretação do Direito islâmico empreendida pelos doze imãs que sucederam a Maomé, depois de Ali (o termo xiismo provém mesmo de *Shi'at Ali*). Para os xiitas, apenas são vinculativas para os crentes as condutas do profeta que foram transmitidas por um seu familiar ou pelos imãs (este é, pois, um requisito de autenticidade dos *hadites*, ou seja, dos relatos feitos pelos doutores do Islão sobre a conduta do profeta). Para os xiitas, ainda, o próprio exemplo dos doze imãs é parte integrante da *Suna*.

2) O Constitucionalismo é incompatível com as fontes e os princípios estruturantes do Direito Muçulmano?

O(A) aluno(a) deverá explicitar o sistema de fontes do Direito Muçulmano, em especial, desenvolver o que entende por *Xaria* e o que a compõe. Sendo a *Xaria* a revelação da vontade divina, tendo uma índole religiosa, pessoal e transpersonalista (seria valorizada a explicação de cada uma destas características), dificilmente se revela compatível com a ideia de constitucionalismo. Contudo, casos há de ordenamentos jurídicos que, integrando a família jurídica muçulmana, dispõem de uma Constituição escrita: pense-se no Irão (Constituição de 1979) ou na Arábia Saudita (Lei Básica de 1992). Restará, no entanto, discutir, apelando aos conceitos de “constitucionalismo formal” e “constitucionalismo material”, se tais leis escritas poderão ser qualificadas como “constituições materiais”: no caso particular do Irão, trata-se de uma repartição de poderes entre autoridades seculares e autoridades religiosas com predomínio destas (*Ayatollahs*), consagrando-se a prevalência (jurídica e prática) da *Xaria*. Este factor, acrescido da ausência de protecção de direitos fundamentais e princípios basilares do constitucionalismo (como o princípio da igualdade e mesmo o princípio da separação de poderes), colocam em causa a compatibilidade da *Xaria* com o conceito de «Estado Constitucional». Isto sem prejuízo de novos fenómenos político-sociais de reforço das autoridades seculares face às autoridades religiosas poderem

conduzir a uma *flexibilização* da Xaria em prol de uma maior normatividade da Constituição, lei fundamental produto de autoridades políticas electivas não religiosas (será, por exemplo, o caso da Tunísia com a Constituição de 2004).

3) Pronuncie-se sobre a base consuetudinária do sistema jurídico africano.

O costume desempenha um papel preponderante na convergência entre os sistemas jurídicos africanos: as regras de convivência social baseiam-se, em larga medida, no exemplo da tradição e de práticas ancestrais dos antepassados. Contudo, a necessidade de afirmação dos novos Estados criados na sequência de movimentos de descolonização levou a uma certa relativização do costume em prol da Constituição e de leis escritas; algumas leis, não obstante, reconheceram efeitos jurídicos a situações fácticas decorrentes da aplicação de regras costumeiras (é o caso da Lei das Terras de Angola). Será valorada positivamente a indicação de outros exemplos, indicados nas aulas ao longo do semestre, pelos(as) alunos(as).

Apreciação Geral: 2 valores