



Direito Comparado
Ano letivo de 2023/2024
Exame final
11 de janeiro de 2024

GRUPO I

Tendo em conta o que estudámos sobre **fontes de Direito** e sobre **desenvolvimento jurisprudencial do Direito**, analise os seguintes trechos, identificando e analisando as diferenças entre os sistemas da família jurídica Romano-Germânica e de *Common Law*:

«Considerando a natureza e a transversalidade dos problemas jurídicos em causa – no que diz respeito à Procriação Medicamente Assistida –, o aumento da mobilidade das pessoas, a universalidade de um dos parâmetros – o da dignidade humana – e a abertura constitucional ao direito convencional internacional amparada no artigo 8.º e 16.º n.º 1 da Constituição Portuguesa, é devida especial atenção ao direito internacional e ao Direito Comparado.

Não há dúvida de que no que diz respeito a temas ligados a problemas humanos tão universais como os relacionados com a procriação medicamente assistida há interesse em saber o que se passa noutras experiências jurídicas (sem perder a noção da autonomia de cada ordenamento jurídico) e dela recuperar conclusões, especialmente quando é possível extrair princípios jurídicos dessas experiências (...)»

Decisão do Tribunal Constitucional 225/2018, de 07 de maio de 2018

«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.¹»

¹ «O réu alegou, e o peticionário não contesta, que apenas sete países, além dos Estados Unidos, executaram delinquentes juvenis desde 1990: Irão, Paquistão, Arábia Saudita, Iémen, Nigéria, República Democrática do Congo e China. Desde então, cada um destes países aboliu a pena capital para menores ou tornou público o repúdio à prática(...). Em suma, é justo dizer que os Estados Unidos estão agora sozinhos num mundo que virou a cara contra a pena de morte juvenil».

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

Case of the American Supreme Court Roper v. Simmons of 2005, 543 U.S. 551

O aluno deve identificar as semelhanças e dissemelhanças entre os dois excertos, discutindo e identificando o problema da jurisprudência como fonte de Direito nos EUA (*Common Law*) e em Portugal (família jurídica romano-germânica).

Em **Portugal**, identificar que só em certos casos a jurisprudência é fonte de direito:

Decisões de tribunais com força obrigatória geral:

- a) Os acórdãos do TC que declarem, nos termos do art. 281.º da CRP, a inconstitucionalidade ou ilegalidade de quaisquer normas;
- b) Os acórdãos do STA que declarem, em conformidade com o disposto nos arts. 72.º, 73.º, n.º 3 e 76.º do CPTA.

Recordar que, nos sistemas romano-germânicos, não há precedentes judiciais, mas que isso não significa que as decisões dos tribunais no passado sejam irrelevantes. Quando um tribunal no caso concreto segue o entendimento de um tribunal no passado, contribui, em tese, para uma maior igualdade e segurança jurídica.

Assinalar que em muitos casos a jurisprudência conseguiu identificar e resolver questões jurídicas não previstas nem reguladas no momento da decisão. A isto se seguiu, muitas vezes, o acolhimento desses entendimentos pelo legislador.

No caso do excerto apresentado, é de discutir a ideia de desenvolvimento jurisprudencial do Direito. Referir que, apesar de não ser fonte de Direito – exceto nos casos identificados -, quando deparado com um problema a que o sistema não dá imediatamente resposta, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, do CC, o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio. Isto leva a que muitas vezes os tribunais tenham de decidir mesmo quando os critérios de resolução do caso não são claros ou inexistem. O aluno há que questiona se as decisões dos tribunais, nestes casos, *criam* verdadeiro direito.

Nos termos do artigo 203.º da CRP os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei. Mas lei, nos termos deste preceito, abrange, naturalmente, as normas sobre método jurídico, nomeadamente o artigo 9.º e 10.º do CC.

Neste sentido, quando deparado com um problema que não tem aparentemente uma resposta no sistema, o tribunal deve interpretar as normas existentes (para potencialmente daí retirar corolários para a resolução do caso), socorrendo-se igualmente do Direito comparado de forma a analisar como o mesmo problema é resolvido noutros sistemas, onde exista regulação.

Este método de resolução dos casos [interpretando a lei (analisando, justamente, a sua razão justificativa, elemento sistemático, teleológico e histórico); socorrendo-se do direito internacional e comparado o sistema em causa com sistemas onde a mesma matéria é regulada], não *cria* verdadeiro Direito, mas antes *desenvolve* o direito existente. A diferença reside no facto de, no primeiro caso (*criar*), o tribunal ao decidir desconsidera as normas sobre método jurídico, alcançando uma solução nova de princípio; no segundo caso (*desenvolver*), o tribunal vai além do que o sistema consagra, mas aplicando normas existentes no sistema que visam, justamente, fornecer critérios sobre método quando o sistema não tenha resposta para determinado problema.

Em suma, o desenvolvimento o Direito por parte dos tribunais portugueses, é sempre feito respeitando a lei.

Nos EUA, identificar que a jurisprudência é a principal fonte de direito, ao contrário dos sistemas romano-germânicos.

A descoberta do Direito aplicável ao caso *sub judice* centra-se, em razão do princípio *stare decisis*, na determinação dos precedentes judiciais relevantes.

Activismo judiciário EUA (v. Manual, p. 366).

Entre outros fatores, os seguintes:

-Os diferentes sistemas de recrutamento dos magistrados vigentes nos dois países (muito mais politizado o norte-americano do que o português)

- Os diversos regimes de controlo, por parte dos supremos tribunais, das decisões proferidas pelas instâncias (sendo aquele que é levado a cabo pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos muito mais limitado do que o efetuado em Portugal);

- O divergente entendimento do *stare decisis* prevalecente nos diversos sistemas (resultante, nomeadamente, da maior abertura dos tribunais norte-americanos ao *overruling* de precedentes do que em Inglaterra, e maior inovação jurisprudencial do que em Portugal);

- As diferentes orientações que têm vingado em Portugal e nos Estados Unidos em matéria de interpretação da lei;

- O distinto modo de relacionamento entre os poderes legislativo e judiciário nos vários países (sendo a ideia inglesa de soberania do Parlamento fundamentalmente estranha ao Direito Constitucional dos Estados Unidos, o qual se caracteriza antes pela instituição de um sistema de freios e contrapesos, mais propenso a admitir a utilização pelos tribunais *policy reasons* na fundamentação das suas decisões, em contraste com a separação de poderes francesa, alemã e portuguesa). Recordar que tal não significa que as decisões dos Tribunais superiores (e respetivo Direito) tenham menor relevância social nos Estados Unidos: a demonstrá-lo está a latitude com que há muito se admite além Atlântico a *judicial review* dos atos normativos emanados do poder legislativo, sem paralelo no sistema jurídico inglês.

GRUPO II

Comente a seguinte afirmação, tendo em conta aquilo 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)

Na resposta a esta questão, os alunos devem desenvolver-se os seguintes tópicos:

- Começar por referir que a *case law* assume uma importância significativa nos países da *common law* e muito mais relevante do que em países que integram outras famílias jurídicas.
- O fundamento da força vinculativa dos precedentes judiciais assenta nos valores da segurança jurídica e da liberdade individual.
- Em Inglaterra e nos EUA a descoberta do Direito aplicável ao caso *sub judice* centra-se, em razão do princípio *stare decisis*, na determinação dos precedentes relevantes. Recordar que, segundo o princípio do precedente vinculativo, ou *stare decisis*, todos os tribunais estão obrigados a seguir as decisões proferidas por tribunais superiores noutros casos com os mesmos factos relevantes. Os tribunais superiores também estão, em regra, vinculados às suas decisões anteriores.
- O *stare decisis* não significa, contudo, que os juízes estejam vinculados a todo o teor de uma sentença emitida por um tribunal superior; só as *ratio decidendi* (*the holding of the case*) constituem precedentes vinculativos. O mesmo não sucede com os factos provados, os *obiter dicta* e a decisão final;
- A determinação do teor do direito aplicável ao caso singular não pode ser feita independentemente dos factos.
- Valorização de resposta que explicita devidamente o conteúdo do *stare decisis*, quadro o excerto supra e explicita a relevância na operação de analogia da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*.

GRUPO III

Escolha e responda, fundamentando sucintamente, a **apenas uma** das seguintes alíneas (*máximo 25 linhas*):

a) Que fases podemos distinguir na evolução do Direito Muçulmano e quais as características de cada uma dessas etapas?

1. Formação: redução a escrito da *Xaria* e sistematização do Direito pelos especialistas.
2. Estabilização e disseminação: fixação do direito até ao séc. X, pelo menos para os sunitas; aplicação em todo o mundo muçulmano, apogeu do Império Otomano, séc. XV, e Mongol, séc. XVII.
3. Declínio: ocupação por potências estrangeiras; retraimento da *Xaria* - em muitos países passa a cingir-se à regulação das relações familiares e sucessórias.
4. Renascimento: desde a crise petrolífera (1973), consciência de poderio económico e tensões militares (Israel, 1967; Afeganistão e Iraque depois do 11 de setembro de 2001); algumas Constituições passam a proclamar a *Xaria* como fonte primária de Direito; referência ao fundamentalismo islâmico, apelo à *jihad* e maior rigor em matéria de costumes.

b) Identifique quatro das funções heurísticas do Direito Comparado, ilustrando-as com exemplos e distinguindo-as das funções epistemológicas, caracterizando estas últimas.

Sobre as funções heurísticas (de descoberta de soluções para os problemas postos pela regulação da convivência), v. Manual, pp. 21 e ss. Entre elas, conta-se a importância do Direito Comparado para:

- A interpretação da lei;
- O desenvolvimento jurisprudencial do Direito nacional;
- Reformas legislativas;
- No campo do Direito internacional privado (em especial para os problemas de qualificação);
- A determinação da lei mais favorável no Direito penal;
- A transposição de direitos subjectivos;
- A descoberta de princípios comuns;
- A harmonização e unificação dos Direitos nacionais (por ex., UE).

- c) Comente a seguinte afirmação: A evolução dos sistemas jurídicos sempre dependeu, em alguma medida, de fenômenos de recepção ou transplante de ordens jurídicas estrangeiras ou passadas. Vários fenômenos dessa natureza tiveram por objeto o Direito português.

Manual (pp. 84 e seguintes)

A afirmação é verdadeira, podendo identificar-se vários fenômenos de recepção ou transplante cujo objeto foi o Direito português.

Entre outros:

- caso do Brasil após a independência, onde as Ordenações Filipinas permaneceram em vigor permanecendo em vigor, em matéria civil, até 1917.

- Goa, Damão e Diu: foram mantidas em vigor as disposições do Código Civil português de 1867, enquanto não fossem modificadas ou revogadas. Têm ainda aplicação naqueles territórios, regras relativas à capacidade civil, às coisas e à sua ocupação, posse e propriedade, às relações familiares e à responsabilidade civil.

- Países africanos de expressão oficial portuguesa: foi preservado, por força de disposições constitucionais transitórias, o Direito português anterior à independência. Mesmo apesar de terem sido adotadas novas leis, em muitos casos essas leis eram inspiradas, pelo menos em parte, no Direito português e acompanham ainda a evolução recente deste.

Os sistemas jurídicos dos Estados membros da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), bem como os de Goa, Damão e Diu, apresentam hoje importantes traços de união que permitem configurá-los, sob este prisma, como um grupo dotado de certa autonomia e coesão.

Vigora hoje um Direito em larga medida comum a estes territórios, constituindo esses sistemas jurídicos um subgrupo no seio da família jurídica romano-germânica: resulta da existência de uma comunhão de institutos, valores e soluções para determinados problemas jurídicos, a qual reflete laços históricos, culturais, sociais e afetivos existentes entre os mesmos

Cotação: Grupo I – 12 valores

Grupo II – 4 valores

Grupo III – 3 valores

Sistematização e domínio da língua portuguesa – 1 valor

Duração: 90 minutos