

Ano letivo 2014/15

Sistemas Jurídicos Comparados

1º ano – 2º semestre

Índice

Sistemas Jurídicos Comparados.....	1
Questões Gerais de Direito Comparado	3
Noção e objeto de Direito comparado	3
Funções do Direito Comparado	4
Método do Direito comparado	6
Agrupamento dos sistemas jurídicos em famílias de Direitos	9
Sistemas jurídicos romano-germânicos.....	14
Fatores históricos comuns	14
Fontes de Direito.....	16
A lei.....	16
O costume.....	20
A jurisprudência	20
A doutrina	21
A descoberta do direito aplicável.....	22
Organização judiciária e sistemas de recurso	22
Profissões jurídicas.....	26
Síntese comparativa e âmbito da família de direitos romano-germânica.....	28
Diferenças entre os sistemas jurídicos português, francês e alemão	28
Semelhanças entre os sistemas jurídicos português, francês e alemão: características comuns dos direitos romano-germânicos;.....	28
Âmbito da família de direitos romano-germânica	29
Sistemas jurídicos de Common Law	30
Direito inglês.....	30
Direito dos Estados Unidos da América.....	40
Síntese comparativa e âmbito da família de direitos de Common Law	49
Comparação entre os sistemas romano-germânicos e de Common Law.....	51
Sistemas Jurídicos islâmicos	53
Comparação entre os sistemas jurídicos islâmicos e cristãos.....	58

Questões Gerais de Direito Comparado

Noção e objeto de Direito comparado

Diversidade dos sistemas jurídicos

Existem no mundo muitos países e, conseqüentemente, muitos ordenamentos jurídicos. Existem, até, Estados que, dentro de si, comportam vários ordenamentos jurídicos. (Ex: EUA).

Causas da diversidade dos sistemas jurídicos:

- Desenvolvimento económico, social e cultural;
- Vicissitudes históricas e religiosas;
- Fatores geográficos e demográficos;

O **Direito comparado** ajuda a classificar e organizar os vários ordenamentos jurídicos de modo a que os possamos compreender melhor. Esta não é uma ciência exata: a organização pode ser feita de forma diferente de autor para autor.

- Direito comparado = comparação de Direitos (sistemas jurídicos)



Comparação: atividade que consiste em estabelecer semelhanças e diferenças segundo um método adequado a um objetivo.

Sistemas jurídicos comparados: Comparação entre ordenamentos jurídicos;

Direito comparado: Comparação entre ordenamentos jurídicos e seus aspetos, elementos, figuras... elementos internos aos ordenamentos jurídicos. O Direito comparado é mais específico que os sistemas jurídicos comparados, englobando também a comparação de leis (direitos).

O objeto do Direito comparado

O objeto do Direito comparado é formado pela comparação, sincrónica e atual (é o que distingue o Direito comparado da História do Direito, por exemplo, que tem em conta o passado) entre ordens jurídicas podendo estas ser consideradas quer na sua totalidade quer em relação a aspetos mais específicos.

Neste segundo caso mais específico, o Direito comparado pode incidir em vários componentes dos sistemas jurídicos: normas jurídicas, regras e instituições jurídicas, ideias e instituições...

Comparação de Direitos: micro e macrocomparação

Macrocomparação: Comparação entre sistemas jurídicos na sua globalidade (conjuntos coerentes de normas e de instituições jurídicas que vigoram em relação a um dado espaço e/ou a uma dada comunidade).

- Critério que confere unidade aos sistemas jurídicos:
 - Organização política e estadual (Estado unitário, Estado federal, Estado federado)
 - Subsistência de autonomia jurídica no interior de um mesmo Estado (direito inglês e escocês no âmbito do Reino Unido)
 - Subsistência de direitos de comunidades tradicionais no âmbito de estados soberanos (direitos locais de base consuetudinária em países africanos)
 - Conjunto de normas emanadas de uma entidade supraestadual como a União Europeia.
- Tarefas da macrocomparação:
 - Comparação entre sistemas jurídicos
 - Classificação e/ou agrupamento dos sistemas jurídicos em famílias

- Comparação entre famílias de direitos

Microcomparação: Comparação entre institutos jurídicos (conjunto de normas, princípios, instituições e organizações de natureza jurídica) em ordens jurídicas diferentes e das soluções para problemas jurídicos concretos em ordenamentos jurídicos diversos.

- Elementos que conferem unidade aos institutos jurídicos:
 - A referência a uma questão social subjacente
 - A afinidade das questões jurídicas e respectivas soluções
 - A unidade conceitual ou de construção doutrinária

Megacomparação: Comparação entre famílias de Direitos (já não se compara os ordenamentos jurídicos na sua globalidade).

Mesocomparação: Comparação entre ramos do Direito (direito penal, direito constitucional...).

A análise de Direitos estrangeiros

O direito comparado pressupõe, pelo menos, o conhecimento de uma ordem jurídica estrangeira, para se proceder à comparação com o ordenamento jurídico nacional.

No entanto, não basta, simplesmente, conhecer o ordenamento jurídico estrangeiro, **é necessário utilizar o método comparativo e apresentar conclusões** – síntese comparativa.

Caso este método não seja adotado e as conclusões não seja apresentadas, ou seja, se apenas se expuser institutos comparáveis aos diversos ordenamentos o resultado será aquilo a que se chama **direito comparado imperfeito, incompleto ou implícito**.

Funções do Direito Comparado

Funções “utópicas” e funções “realistas”

Alguns comparatistas acreditam que o Direito comparado vai para lá da verificação e explicação das semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos, podendo contribuir para a descoberta de tendências universais e influenciar a transformação das instituições.

Estas funções do Direito comparado denominam-se **utópicas** e são, as seguintes:

- Verificação das tendências na evolução dos direitos
- Formação de uma ciência jurídica universal;
- Descoberta de um fundo comum (direito comum da humanidade civilizada);
- Determinação de instituições ideais;
- Contribuição para uma melhor compreensão entre as nações;

Por oposição, opiniões mais céticas defendem que o direito comparado apenas pode ter funções **realistas** – a investigação pode dirigir-se a finalidades utilitárias ou ter uma função “pura” de natureza cultural.

Funções relativas aos direitos nacionais

Os resultados da comparação entre ordenamentos jurídicos são postos ao serviço do direito nacional, com algumas das seguintes funções:

- Melhor **conhecimento** do sistema jurídico e seus institutos;
- **Interpretação** de normas jurídicas, sobretudo quando tenham sido inspiradas em estudos comparativos;

- **Aplicação** de regras de direito, com destaque para as de direito internacional privado;
- **Integração** de lacunas quando o julgador pode verificar nas tendências de outros direitos;
- Instrumento de política legislativa – “plágio feliz”;

As funções próprias do direito comparado só começam quando a criação, compreensão e aplicação do direito é feita após o confronto conclusivo entre as várias ordens jurídicas.

Conhecimento e aplicação de direitos estrangeiros

Os juristas que estudaram macrocomparação ficam com vantagens neste sentido, ficando mais bem preparados para:

- **Alegação e prova** de direitos estrangeiros perante tribunais nacionais;
- Negociação e interpretação de **contratos internacionais** ou redigidos numa língua estrangeira;
- Participação em **reuniões jurídicas internacionais** e em litígios resolvidos perante tribunais arbitrais internacionais;
- Desenvolvimento de ações de **cooperação jurídica**;

Funções relativas à uniformização e harmonização de direitos

Direito uniforme – existência de normas jurídicas iguais em ordens jurídicas diferentes devido a um ato de direito internacional.

O Direito uniforme pressupõe estudos comparativos em relação ao que se quer **uniformizar**. A partir dos resultados, procuram-se soluções de compromissos que eliminem as diferenças verificadas.

O direito comparado também se torna útil para **interpretar convenções de direito uniforme** pois ajuda a compreender a origem e o alcance das soluções adotadas, assim como o modo como são aplicadas nos diferentes ordenamentos jurídicos.

A **uniformização de direitos** tem como objetivos eliminar contrastes, mantendo-se algumas diferenças.

São exemplos de instrumentos de harmonização as diretivas da UE (vinculativas) e as leis modelo da CNUDCI (não vinculativas). Estas têm em comum o espaço de liberdade de que os estados gozam quanto à sua transposição.

Funções relativas à construção de regras de aplicação subsidiária

Certos tratados universais preveem a adoção de princípios gerais comuns que só são detetados aquando da comparação entre ordens jurídicas.

Por exemplo:

- “Princípios gerais de direito reconhecido pelas nações civilizadas” no estatuto do Tribunal Internacional de Justiça;
- “Princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros” pelo Tratado de Roma;

Funções de cultura jurídica

Esta é a mais importante função do direito comparado. Esta área é uma ciência auxiliar de todas as disciplinas jurídicas e de todas as outras ciências que têm como objeto o direito.

O direito comparado é uma **importante área de formação dos juristas** que permite alargar os seus horizontes através de uma perspectiva comparatista do direito. Confere, ainda, **cultura jurídica** sobre o Direito e as sociedades.

Método do Direito comparado

Ao contrário de outras disciplinas jurídicas que apenas se ocupam de um ordenamento jurídico, o direito comparado ocupa-se de, pelo menos, duas. Deste modo, o seu método de comparação jurídica origina alguns problemas. Estes são, essencialmente, dois:

- O que se compara (objeto da comparação)
- Como se compara (processo de comparação)

A comparação é sempre **plural**, isto é, exige sempre dois ou mais sistemas, dois ou mais institutos. A seleção dos termos de comparação coloca, também, o **problema da comparabilidade**.

A comparabilidade

Uma ideia existente em direito comparado é a de que, entre os ordenamentos jurídicos a comparar (*comparatum e comparandum*) devia existir qualquer coisa comum (*tertium comparationis*), que conferisse aos ordenamentos jurídicos uma certa homogeneidade.

No entanto, esta ideia é equívoca: as expressões acima entre parênteses levam a presunções imprecisas.

Podia-se, porém, adotar o significado das expressões, evitando-as. Mas a formulação de que entre os OJ a comparar deve haver algo comum é demasiado formal: a existência de um elemento em comum pode não ser suficientemente relevante para que se justifique a comparação.

Conclui-se que a comparabilidade deve ser entendida pela sua eficácia e não como um critério definidor de afinidade entre sistemas jurídicos.

Nota: O problema da comparação assume diferentes contornos quando se trata da micro ou da macrocomparação.

O método na macrocomparação: constituição de uma grelha comparativa

O modelo padrão adotado para a macrocomparação baseia-se no conjunto de elementos essenciais de uma grelha comparativa desenhada a três dimensões correspondentes a:

- Elementos internos (ou estritamente jurídicos)
- Elementos externos (ou metajurídicos)
- Elementos históricos

	E1	E2	E3	O
oA				
oB				
oX				
RC				

E1, E2, E3 – elementos a comparar

oA, oB, oX- objetos a comparar (ordens jurídicas)

O – somatório dos elementos selecionados

Rc – conjunto de relações comparativas entre elementos e objetos

O processo macrocomparativo consiste em preencher o interior da grelha, descobrindo em relação a cada um dos elementos do modelo, quais são os dados relevantes dos sistemas em comparação, considerados um por um.

Elementos internos:

- Conceção do Direito
- Estrutura das regras jurídicas
- Instituições constitucionais
- Fontes de Direito
- Organização judiciária
- Profissões jurídicas
- Formação de juristas

Elementos externos:

- Elementos culturais
- Organização económica e social
- Valores fundamentais
- Relação entre o direito e a religião

Método na Microcomparação: aproximação funcional e enquadramento jurídico

O critério de comparabilidade é **concreto, funcional e social**. Segundo este critério, comparáveis são os sistemas que dão respostas jurídicas diferentes a um mesmo problema social, político, económico ou criminológico.

A ideia consiste em apurar funções sociais comuns em diferentes sistemas jurídicos, a partir de “segmentos da vida” e questioná-los. A comparação far-se-á com base nas respostas obtidas, que indicam a forma como cada sistema jurídico reage às situações.

Na investigação microcomparativa os “factos” que servem como estímulo para a comparação são selecionados a partir de casos reais ou de casos meramente hipotéticos. Em qualquer das hipóteses, o critério de seleção e o modo de descrição dão origem a um feixe de factos que pressupõem a referência a conjuntos de normas jurídicas ou institutos funcionalmente comparáveis.

A praticabilidade destes métodos exige a formação de grupos constituídos por juristas de diversos países. Os comparatistas isolados ter-se-ão de contentar com processos mais modestos.

Modelos microcomparativos

O progresso da metodologia no que diz respeito à microcomparação está muito menos evoluído no que diz respeito à macrocomparação. Deste modo, não existe um modelo comparativo que sirva para todas as investigações microcomparativas. Pode-se, todavia, construir modelos comparativos-tipo, comuns a institutos com semelhanças estruturais.

Enquanto a situação não evoluir, o recurso à experiência e saber alheios desempenham na microcomparação um papel muito inferior àquele que é possível na macrocomparação.

O método geral pode ser aplicado a qualquer processo comparativo. No caso da microcomparação, adotando a grelha comparativa, os eixos abordarão:

- Os elementos a considerar nos institutos selecionados;
- As variações desses elementos em cada uma das ordens jurídicas contempladas;

Consequências do carácter limitado e fragmentário dos institutos jurídicos que formam o objetivo próprio da microcomparação:

- Para delimitar e compreender, na respetiva ordem jurídica, cada um dos institutos jurídicos em comparação é quase sempre indispensável analisar também outros institutos jurídicos que com eles estão em relação de:
 - Inclusão – por serem mais amplos;
 - Interseção – por haver coincidência parcial dos seus campos de aplicação;Este enquadramento sistemático é revelador de semelhanças e diferenças entre os institutos dos sistemas jurídicos em comparação.
- A relativa a-sistematicidade dos institutos jurídicos torna inviável o recurso à sua divisão estrutural em elementos determinantes

Na microcomparação considera-se ainda:

- A relevância da seleção de elementos a comparar;
- O objeto tem que ser comparável;
- O **critério funcional**: a comparação em função do problema que se pretende resolver;

Processo comparativo: cânones metodológicos comuns à macro e à microcomparação

Para o método macrocomparativo podem destacar-se três fases comuns a qualquer estudo de direito comparado:

Método dos 3 C:

- Conhecimento (fase analítica)
 - Utilização de fontes originárias
 - Atenção à complexidade das fontes no sistema jurídico a comparar
 - Utilização do método da ordem jurídica a comparar
 - Identificar o direito aplicável (interpretação realista do direito)
- Compreensão (fase integrativa):
 - Importância da macrocomparação para a microcomparação
 - Necessidade de compreender o direito estrangeiro na sua globalidade
 - Interligação entre elementos e institutos do direito a comparar
- Comparação (síntese comparativa):
 - Os resultados obtidos devem ser, por último, objeto de reelaboração com vista à realização das mais nobres funções do comparatista:
 - Ensaio de **explicação** das semelhanças e diferenças encontradas
 - **Exposição**, de preferência em texto escrito, do conjunto de dados apurados e respetivas conclusões

Tradução e linguagem comparativa

A tradução tem particular relevo no direito comparado, uma vez que é, muitas vezes, necessário transpor para outra língua um determinado texto jurídico que se enquadre na pesquisa.

As dificuldades na tradução relacionam-se com:

- O facto de as linguagens jurídicas se formarem a partir de outros sistemas de línguas, tendo de se considerar ambos aquando de uma tradução;
- A complexidade das relações semânticas;
- Os equívocos que a equivalência linguística pode originar;
- A incapacidade de traduzir certas expressões ou palavras de um dado sistema jurídico;

Para estas dificuldades existem, também, soluções:

- Renunciar à tradução mantendo o termo na linguagem original;
- Referir o termo original e explicar o seu sentido e origem;
- Criar neologismos jurídicos;
- Procurar uma palavra de sentido próximo, advertindo sobre a diferença de significados;

Na síntese comparativa, a unidade do discurso implica a expressão numa só língua base escolhida pelo expositor, que represente a transposição de uma língua para outra.

↓
Linguagem comparativa

Linguagem comparativa: sistema de comunicação constituído pelo vocabulário e pela sintaxe especiais que o processo de comparação exige.

Linguagem jurídica uniforme: Linguagem utilizada em convenções de direito uniforme, em textos da *lex mercatorum* e em alguns atos de direito europeu.

Nestes textos, a estrutura geral e o léxico devem estar desprendidos de linguagens nacionais, embora se notem influências das respetivas linguagens jurídicas nacionais.

Seleção das ordens jurídicas a comparar

- Adequação ao objetivo da comparação: comparar OJ's que sejam pertinentes para os elementos em causa;
- Relevância dos sistemas jurídicos que "lideram" famílias de direitos normalmente pela sua importância política e económica;

Agrupamento dos sistemas jurídicos em famílias de Direitos

Primeiras classificações de famílias de Direitos

As primeiras classificações de famílias de Direitos tiveram influência:

- Do Direito Romano
- Dos critérios genéricos de raça/evolução Humana

A partir da II Guerra Mundial, o Direito Comparado evoluiu muito no sentido de compreensão mútua entre os povos. Acreditava-se que esta era essencial para a paz.

- **René David, 1950**

Critério: Ponto de vista ideológico e ponto de vista técnico



Compara aspetos ideológicos (Guerra fria, por exemplo)

- Sistemas de direito ocidentais
 - Sistemas de direito socialistas
 - Sistemas de direito islâmico
 - Sistemas de direito hindu
 - Sistemas de direito chinês
- **Inocência Galvão Telles, 1999**

Critério: duplo critério de René David: ideológico e técnico

- Sistema romanista
- Sistema anglo-americano
- Sistema muçulmano
- Sistema hindu
- Sistema chinês

- **Oliveira Ascensão, 1997**

Critério: Distingue entre direitos primitivos e direitos civilizados

- Sistema ocidental
 - Subsistema romanístico
 - Subsistema anglo-americano
 - Direito dos países da África subsariana
- Sistema socialista
 - Subsistema soviético
 - Subsistema chinês
- Sistema muçulmano

- **Arminjon, Nolde e Wolff, 1950**

Critério da substância: comparação através dos elementos internos técnico-legais

- Família germânica
- Família francesa
- Família escandinava
- Família inglesa
- Família de direitos islâmicos
- Família de direito hindu
- Família russo-soviética

Nesta altura Portugal pertence à família francesa. Mais tarde passa a integrar-se na germânica porque o CC segue o modelo do BGB alemão.

- **René David, 1964**

Abandono do ponto de vista ideológico e adoção de uma postura pragmática.

Critério: elementos variáveis e constantes do direito

- Família romano germânica
- Família anglo-americana
- Família dos direitos socialistas
- Grupos de outros sistemas

Caráter pragmático

Afinal os sistemas ocidentais distinguiam-se noutros aspetos que pediam a sua maior divisão. Aqui vai-se mais a fundo, por isso retira-se as famílias mais gerais que não se tem capacidade de compreender (em comparação com o critério de René David em 1950)

- **Zweigert e Kötz, 1971**

Critério: Teoria do estilo – distingue-se por:

- Origem e desenvolvimento histórico
- Modo de pensar o direito
- Instituições especialmente distintas
- Fontes de direito
- Ideologia

-
- Família de direitos romanistas
- Família de direitos germânicos
- Família de direitos nórdicos
- Família de direitos dos países comuns de Common Law
- Família de direitos da família socialista
- Família de direitos asiáticos
- Família de direitos islâmicos
- Família de direitos hindus

Esta é uma classificação essencialmente eurocêntrica: na Europa distinguem-se inúmeras famílias de Direito, enquanto na Ásia, por exemplo, engloba todos os ordenamentos jurídicos numa só família.

Não existe, também, tanta capacidade de conhecimento do Direito asiático.

Críticas a Zweigert e Kötz (Constantinesco):

- Limitação ao Direito privado
- Sobrevalorização do elemento histórico
- Autonomia dos direitos nórdicos
- Instituições especialmente distintivas (filiação ilegítima, contrato planificado)

- **Constantinesco**

Dificuldades da macrocomparação:

- Impossibilidade de comparação de todos os elementos
- Necessidade de englobar todos os sistemas jurídicos (seriam necessárias famílias muito amplas)

Aspetos a considerar:

-
- Conceção e tipos de Direito
- Ideologia e o seu papel
- Constituição económica e social
- Liberdades e direitos fundamentais
- Fontes de direito
- Posição e papel dos juízes
- Interpretação e modo de pensar
- Família romano-germânica
- Família de Common Law
- **Michael Bogdan, 1994**

Critério: A integração de ordenamentos jurídicos em famílias serve, essencialmente, para efeitos pedagógicos. Assim, deve fazer-se uma rápida panorâmica da diversidade de sistemas jurídicos.

Os autores anteriores tinham uma perspetiva idealista: pensavam que estavam a cumprir um bem essencial para o mundo. Bogdan veio dizer o contrário, que a comparação e organização servia apenas para conhecer os ordenamentos jurídicos.

- **Rodolfo Sacco e Antoni Gambaro**

Crítica ao eurocentrismo das classificações anteriores: é impossível ignorar a China, por exemplo, que tem hoje grande preponderância no mundo. O mesmo quanto ao direito indiano, entre outros.

Uma vez que outros ordenamentos jurídicos ganharam relevância no mundo, já não se vê como correto englobá-los em famílias exageradamente abrangentes como seria a família asiática.

Pluralismo jurídico: coexistência da influência europeia e dos modelos tradicionais numa mesma sociedade.

Ex: ex-colónias africanas europeias.

- Sistemas jurídicos de Direito condicionados pelo pensamento religioso
- Sistemas jurídicos de Direito condicionados pelo poder de um partido político
- Sistemas jurídicos de Direito em que o Direito evolui de forma autónoma submetendo-se a governantes e governados.

- **Tendências recentes**

Crítica das classificações dos sistemas jurídicos em famílias:

- Multiplicidade de normas aplicáveis em cada ordenamento jurídico;
- Falta de neutralidade política;

- **Ugo Mattei, 1997**

Normas que afetam o comportamento dos indivíduos provêm de três fontes: política, direito e religião (ou tradição filosófica).

- Direitos profissionais (direitos ocidentais)
- Direitos políticos (ex-estados socialistas e Estados africanos/americanos menos desenvolvidos)
- Direitos tradicionais (países islâmicos, de Direito Hindu e outras concepções de direitos asiáticas ou confucianas)

- **Husa**

Distinção entre esferas culturais – qualidades neutras de “fortalecimento” e “enfraquecimento” em cada esfera cultural.

- Esfera cultural ocidental
- Esfera cultural não ocidental
- Esfera cultural híbrida

- **Rui Pinto Duarte**

Dificuldades e limitações das classificações:

- Impossibilidade de abranger todos os sistemas jurídicos (perda de interesse)
- Não abranger todas as áreas de Direito: diferença na família entre diferentes áreas do direito (Ex: Direito privado e Direito constitucional)

O agrupamento deve ser o resultado da aplicação da grelha comparativa.

- Mundo ocidental
 - Família romano-germânica
 - Família de Common Law

- **Carlos Ferreira de Almeida**

Síntese dos critérios que têm sido propostos.

Critérios simples:

- Genéticos: baseados em preconceitos ou de limitada aplicação;
- Tipológicos (critério da civilização): dependente da aceitação da dicotomia entre civilizado e primitivo;

Critérios complexos:

- Cumulativos: ideologia e técnica;
- Estruturais: semelhança entre elementos característicos/determinantes
- **Dário Moura Vicente**

Síntese dos critérios que têm sido propostos:

- Características técnico-jurídicas;
- Filiação cultural e ideológica;
- Combinação dos critérios referidos – critério compósito;

Critérios de classificação

Fazer parte de uma família pressupõe que os ordenamentos jurídicos que dela fazem parte partilhem **traços gerais** (características comuns tendenciais). A inserção de um ordenamento jurídico numa família depende dos elementos escolhidos por quem faz a comparação. Deste modo, não existe apenas uma forma de comparar: podemos fazê-lo recorrendo a vários elementos.

Os mais diferentes critérios de agrupamento têm sido propostos:

Critérios simples: Só utilizam um elemento como base da classificação. Podem ser:

- Genéticos: raça, influência do direito romano, de um modelo de codificação...
- Tipológicos: critérios como o da civilização e o da ideologia (capitalista, socialista...)

Critérios complexos: Recorrem a mais do que um elemento como base da classificação. Pode ser de natureza:

- Cumulativa: Por exemplo a combinação da ideologia e da técnica proposta por René David.
- Estruturais: Critérios que assentam na semelhança entre elementos característicos das ordens jurídicas.

Critério adotado: Agrupamento em famílias de ordens jurídicas que tenham semelhanças mais relevantes do que as suas diferenças. Esta tarefa depende do método utilizado na macroeconomia, o da grelha comparativa: este é um critério complexo que integra os elementos a considerar.

As grandes famílias jurídicas contemporâneas

A divisão dos ordenamentos jurídicos é uma questão muito complexa, uma vez que exige que se conheça um grande número de ordens jurídicas, de características muito diversificadas.

Como tal, é necessária uma atitude relativista e humilde face ao escasso conhecimento de ordens jurídicas mais longínquas, em especial à africana e asiática.

Em bom rigor, o critério complexo só deve ser adotado para os direitos europeus e para aqueles que receberam a sua influência, uma vez que são aqueles sobre os quais temos mais conhecimento.

Dentro dos países de raiz europeia temos duas principais famílias.

Para além destes, os autores referem-se, frequentemente, a famílias de direito islâmico, hindu, africano e do Extremo-orient. Estas classificações não obedecem a um critério uniforme.

Sistemas jurídicos híbridos

São sistemas jurídicos híbridos aqueles que não podem ser integrados numa dada família de direitos, uma vez que os seus elementos determinantes correspondem a elementos característicos de mais do que de uma família.

Sistemas jurídicos romano-germânicos

Fatores históricos comuns

O Sistema jurídico romano-germânico surge de uma evolução histórica, da qual se retiram alguns momentos e períodos considerados especialmente importantes para a definição das características desta família de Direitos.

Ainda que dentro da família se integrem outros ordenamentos jurídicos, a macrocomparação recairá sobre os ordenamentos português, francês e alemão.

Países que, apesar de algumas diferenças, correspondem, no essencial, às características do sistema romano-germânico:

- Países nórdicos ou escandinavos
- Países do sudeste europeu: Grécia e Turquia
- Países da América Latina
- Outros países colonizados pelos anteriores (sistemas híbridos)

O direito dos povos germânicos

Durante a Idade Média, no espaço correspondente ao Império romano, formaram-se vários reinos de origem germânica, o que explica a justaposição dos diferentes tipos de direito e as suas semelhanças.

O Direito romano era adotado, em grande parte da Europa como Direito subsidiário. A receção do direito romano foi feita através do seu estudo e aplicação como constava na compilação elaborada pelo Imperador, o *corpus iuris civilis*. Também as universidades europeias desempenharam um importante papel na difusão do Direito romano.

Em França, durante o antigo regime, coexistiram dois sistemas jurídicos:

1. A sul, o *pays du droit écrit*, onde à vigência do direito visigodo romanizado sucedeu, com a receção, o domínio do direito romano justiniano;
2. A norte, o *pays des coutumes*, onde a principal fonte de direito continuou a ser formada por costumes de origem germânica, que a partir do século XV foram objeto de compilações escritas;

Na Alemanha, a receção ao direito romano foi tardia (séc. XV mas mais extensa e intensa. Um dos motivos que justifica a receção do direito romano foi a (pretensa) continuidade do Império Romano no Sacro Império Romano-Germânico.

Assim, diz-se que, na Alemanha, a receção do direito romano se fez em razão do Império, enquanto nos outros países se fez por força da razão.

Elementos históricos

A civilização grega também influenciou o Direito romano, conferindo-lhe algumas das suas principais ideias:

- Propensão para o racionalismo

- Direito como obra humana e não divina
- Ideia de Estado

A revolução francesa, o liberalismo e a codificação

A revolução francesa foi um dos mais importantes para a convergência dos vários ordenamentos jurídicos numa família de Direito. A sua importância relaciona-se com os princípios difundidos, nomeadamente:

- **Separação de poderes:** marcando a estrutura e o novo funcionamento das instituições constitucionais que se dividem pelo poder legislativo, executivo e judicial.
- **Estrutura político-administrativa e organização judiciária:** possibilitada pela unidade política, centralização, e pelo princípio da soberania popular.
- **Relevância da lei:** a ideia da liberdade mostrou que só a lei, votada pelas assembleias representativas do povo, exprime a sua vontade. Foi, por isso, considerada uma das principais fontes de Direito.
- **Propriedade, contratos e igualdade sucessória:** sustentadas pelas ideias de liberdade e igualdade, estas ideias surgiram como pilares do direito patrimonial privado.

A codificação

A concretização destes princípios na lei deu-se através da codificação que dava a lei a conhecer a todos.

↓
Compilação sistemática, sintética e científica das normas legais

O movimento de codificação iniciou-se em França, com o Code Civil, que data de 1806. Apesar de inúmeras alterações, mantém-se, ainda hoje, em vigor, reproduzindo o espírito da revolução francesa.

A codificação tem várias vantagens:

- Torna o direito mais acessível
- Facilita o cumprimento da lei
- Facilita a interpretação da Lei
- Permite uma maior coerência das soluções e decisões.

Primeiras Codificações Portuguesas	Primeiras Codificações Alemãs
Código Comercial (1833)	Código Penal (1871)
Código administrativo (1836)	Código de Processo Civil (1877)
Código Penal (1852)	Código Civil (1896)
Código Civil (1867)	Código Comercial (1897)
Código de Processo Civil (1876)	

Outras ideias trazidas pela revolução francesa foram: a **propriedade**, o **laicismo**, e a **família patriarcal**.

Códigos Civis Portugueses

O primeiro Código Civil Português, o de **1876**, é conhecido como **Código de Seabra** por ter sido elaborado por António Luís de Seabra. Foi inspirado no Code Civil, em especial na sua visão individualista, e conferiu, ainda, maior relevância à religião católica.

O atual Código Civil Português data de **1966**, apesar de os seus trabalhos se terem iniciado em 1944, por uma comissão composta essencialmente por professores universitários.

Caracterizou-se pela reação contra o individualismo, pelo coletivismo nacionalista e pelo personalismo cristão. Contudo, estes traços foram atenuados na reforma de 1976/77, em que se implementaram os valores da recente revolução dos cravos.

O código civil foi aprovado em anexo a um decreto-lei, portanto pode dizer-se que o Código Civil é um decreto-lei.

A colonização

A **colonização** serviu como meio de transporte do direito das metrópoles para as colónias. Apesar de, inicialmente, este direito ser imposto, após a descolonização, a generalidade dos países recém-independentes adotou, em maior ou menor grau, este direito como nacional.

Fontes de Direito

Elenco e hierarquia

Reconhecem-se dois tipos de fontes de direito: as mediatas e as imediatas. As fontes **mediatas** são aquelas cuja força vinculante depende da lei que para elas remete. As fontes **imediatas** são aquelas que por si só são consideradas fonte de direito. Considere-se a doutrina e a jurisprudência como fontes de direito mediatas, e o costume e a lei como fontes imediatas.

Apesar de a lei ser a fonte de direito de eleição, o costume também é aceite, sobretudo na Alemanha, que a reconhece com eficácia equivalente à lei.

O costume tem mais importância na família romano-germânica do que na de Common Law. Por exemplo, em Inglaterra, para invocar o costume, este precisa de ser anterior a 1200, o que torna quase impossível a sua aplicação. Na família de Common Law prevalece a jurisprudência.

Este é um tema controverso que, no entanto, se desenrola de forma semelhante nos três sistemas jurídicos em estudo: Francês, Alemão e Português.

A lei

As Constituições escritas e o controlo da constitucionalidade das leis

Em qualquer um destes sistemas jurídicos existe uma Constituição escrita que é colocada no topo da hierarquia das fontes de Direito:

- Constituição da República Federal da Alemanha (1949) alterada pelo tratado da unificação (1990)
- Constituição francesa de 1958
- Constituição portuguesa de 1976

Todas elas incluem regras sobre a organização do poder e um elenco de direitos fundamentais. No caso francês, os direitos fundamentais são apresentados por remissão, no preâmbulo, para a DDHC.

As principais diferenças que pode ser retiradas das Constituições são:

- A **estrutura unitária francesa e portuguesa** em oposição com a **estrutura federal da RFA**, onde para além da Constituição federal existem Constituições dos Länder;
- O **modelo semipresidencial vigente em França e em Portugal**, contraposto ao **parlamentar da RFA**;
- A caracterização da **RFA e de Portugal como Estados de direito social**, em comparação com o **pendor mais clássico e liberal da constituição francesa**;

Controlo da constitucionalidade

Relativamente ao **controlo da constitucionalidade**, Portugal e a RFA apresentam alguns aspetos em comum:

- A competência da **generalidade dos tribunais** para tomarem conhecimento, em concreto da inconstitucionalidade;
- A existência de uma **jurisdição especializada** para decidir, em abstrato a constitucionalidade das leis;

Os dois sistemas divergem os seguintes aspetos:

- Em **Portugal só existe um tribunal Constitucional** enquanto que **na Alemanha, para além do Tribunal Constitucional Federal, existem também os Länder**: tribunais constitucionais com competência para o controlo da constitucionalidade perante as respetivas Constituições;
- A **competência dos tribunais alemães** em matéria de constitucionalidade é simplesmente **incidental**: cabe-lhes apenas admitir o incidente e depois remeter a decisão para os tribunais constitucionais. Os **tribunais portugueses têm competência para conhecer e decidir**, ainda que haja sempre recurso para o tribunal Constitucional;

Este aspeto, no Direito francês, é muito diferente, sobretudo devido ao **rígido princípio da separação dos poderes**. Deste modo:

- Não é atribuída aos tribunais competência para reconhecer ou decidir questões de constitucionalidade;
- A **fiscalização da constitucionalidade** exerce-se apenas **em abstrato e por um órgão específico** – o Conselho Constitucional.
- A **fiscalização da constitucionalidade é limitada** a controlo preventivo e aos domínios da inconstitucionalidade orgânica e da garantia dos direitos fundamentais;

Competência legislativa

Em qualquer um destes sistemas, o órgão legislativo de eleição são as assembleias parlamentares.

RFA:

- Os Länder têm competência naquilo que não está estabelecido à Federação;
- Existe um grande conjunto de **matérias reservadas à competência federal**, o que não deixa muito espaço de atuação aos Länder;
- Algumas **matérias** pertencem ao âmbito **da competência concorrente**, em que o predominante exercício da competência legislativa federal preclude a dos órgãos estaduais;
- Os órgãos federais podem definir **leis-quadro com as quais os Länder têm de se conformar** no exercício da sua própria competência legislativa;

Portugal:

- A **autonomia político administrativa das regiões autónomas** é definida e reconhecida na CRP, com implicações ao nível da competência legislativa;
- A **competência legislativa das RA é reservada** às matérias definidas e limitada na medida em que as regiões só têm competência em matérias que não são reservadas aos órgãos de soberania;

França:

- Os *départements d'outre-mer* e as *collectivités d'outre-mer* como Saint-Martin ou a Polinésia francesa, dispõem de **autonomia legislativa**, maior ou menor consoante o respetivo regime político-administrativo;

Código Civil Francês

O Código civil francês é o resultado da revolução francesa. O seu projeto foi elaborado por 4 juristas de diferentes formações: dois formados em direito do *pays des coutumes*, e dois formados no direito romanístico *du droit écrit*.

O Código Civil francês foi escrito com uma linguagem simples e acessível, mas tem sido criticado por ser inexato e ambíguo.

O Code Civil foi promulgado em 1804 e para além de um livro preliminar com 6 artigos está dividido em 3 partes:

Livro I – Das pessoas

Livro II – Dos bens e das diferentes modificações da propriedade

Livro III – Das diferentes formas como se adquire a propriedade

Uma vez associado ao espírito da revolução francesa, o espírito burguês revela-se no individualismo liberal, na proteção do direito de propriedade, na amplitude dos poderes do proprietário e na omissão de um regime coletivo aplicável às pessoas coletivas.

As relações familiares eram encaradas de uma forma laica mas tradicionalista.

Código Civil Alemão – BGB

O Código civil Alemão, comumente conhecido como BGB, resultou do 3º Projeto de Código Civil e foi aprovado em 1896. Foi votado contra pelos sociais-democratas, que o consideravam um instrumento de proteção das classes ricas.

O BGB entrou em vigor em 1900, manifestando-se como um Código Civil rigoroso, de linguagem técnica e jurídica, não sendo, por isso, acessível a leigos.

É dotado de cláusulas gerais assentes em conceitos indeterminados que têm facilitado a sua adaptação à evolução económico-social.

O BGB está estruturado segundo o modelo de divisão germânica usada nas Pandectas:

Livro I – Parte Geral

Livro II – Direito das Obrigações

Livro III – Direito das Coisas

Livro IV- Direito da Família

Livro V – Direito das Sucessões

O BGB é considerado conservador mas só porque, apesar de ter quase mais um século que o Código Civil francês, não inovou no conteúdo das instituições civis.

Código Civil Português de 1867

Este Código Civil ficou conhecido como Código de Seabra por ter sido um projeto do qual estava encarregue o Visconde António Luís de Seabra. Apesar de ter sido influenciado por alguns Códigos iluministas, a sua maior influência foi o Código civil Francês.

Semelhanças:

- Ideologia (liberalismo moderado)
- Simplicidade do estilo
- Coincidência das soluções

Diferenças:

- A estrutura do Código de Seabra é quadripartida:
 - Parte I – Da capacidade civil
 - Parte II – Da aquisição de direitos
 - Parte III – Do direito de propriedade
 - Parte IV – Da ofensa dos direitos e da sua reparação
- Os títulos das suas grandes divisões refletem uma conceção em que a visão dinâmica e técnico-jurídica dos direitos do Homem substitui a relação entre o Homem e o mundo do Código Francês.

- Em vez do laicismo radical do Código Civil Francês, o Português reconhecia duas formas legais de casamento: católico ou civil.
- O Código de Seabra revelou alguns institutos que tinham sido ignorados pelo Code Civil: a personalidade coletiva, a propriedade literária, artística e científica... Em contrapartida, manteve outros considerados arcaicos, como o compáscuo e a enfiteuse.

Código Civil Português de 1966

Apesar da época em que foi elaborado, o Código Civil Português não ficou marcado pela ideologia corporativa, prosseguindo, pelo contrário, no caminho do liberalismo económico e da conceção católica e patriarcal da família.

Este código civil foi influenciado pelo BGB alemão, apresentando em relação a ele algumas semelhanças:

- Estrutura
- Técnica legislativa
- Opções escolhidas para os institutos regulados na “Parte Geral” e nas “Obrigações em geral”

As principais diferenças verificam-se:

- No âmbito dos direitos reais e da família, em que se manteve, até à revisão de 1977, o essencial da tradição incorporada na versão inicial

Influência dos códigos civis francês, alemão e português noutros códigos

Estes códigos civis influenciaram fortemente não só códigos europeus, como também códigos de outras zonas do mundo.

O Código Civil Francês influenciou quase todos os códigos do século XIX, permanecendo alguns deles ainda em vigor. A influência francesa notou-se nos seguintes códigos:

-
- Código romeno (1865)
- Código espanhol (1889)
- Américas central e do sul
- Código do Haiti (1825)
- Código da Bolívia (1830)
- Código da Argentina (1869)
- Código do Chile (1855)
- Código Civil do Uruguai (1868)
- Código Civil da Louisiana (1808)
- Código Civil Egípcio (1949)
- Outros países por influência destes

O BGB exerceu a sua maior influência nos seguintes códigos:

- Código Civil Grego (1940)
- Código Civil Japonês (1898)
- Código Civil Suiço (1912)
- Código Civil Italiano (1942)
- Código Civil Português (1966)

O Código Civil Português de 1966 mantém-se em vigor, com alterações em Angola, Moçambique, Cabo Verde, Guiné-Bissau e S. Tomé e Príncipe. Foi também fonte de inspiração para os Códigos de Macau (1999) e Timor-Leste (2011).

O costume

Tradicionalmente, não é dada grande importância ao costume enquanto fonte de direito. São, no entanto, diferentes as opiniões dos juristas franceses, portugueses e alemães.

Em **França**, a lei da aprovação do Code Civil revogou expressamente o costume enquanto fonte de direito. Isto deve-se sobretudo à importância que o costume tivera durante o Ancien Régime.

Em **Portugal**, por um lado, a tradição legalista mostra uma certa “fobia” ao costume; por outro a tese que sustenta que a lei não tem legitimidade para fixar as fontes da lei tem vindo a ganhar adeptos. Assim, conclui-se pela equivalência, no plano hierárquico, das normas legais e consuetudinárias.

Na **Alemanha**, o BGB dá valor de lei a “qualquer norma jurídica”, parecendo, assim, reconhecer o costume como fonte de direito.

A jurisprudência

O papel da jurisprudência como fonte de direito é, nestes três países, alvo de discussão, sendo as três opiniões mais generalizadas:

- A jurisprudência não é fonte imediata de direito: as decisões dos tribunais só interessam no caso concreto, valendo apenas como meio mediato ou derivado do conhecimento do direito;
- Quando uniforme, a jurisprudência constitui precedente meramente persuasivo;
- Quando constante, a jurisprudência tem valor de costume jurisprudencial;

Jurisprudência em França

Em França encontram-se várias inovações no ramo da jurisprudência, existindo institutos que foram, quase na totalidade, criados e desenvolvidos pela jurisprudência. É o caso da responsabilidade civil extracontratual decorrente da guarda de coisas.

Em contrapartida, a criação de normas pela jurisprudência é contrária aos princípios da Revolução Francesa e, pelo artigo 5º do Code Civil, “os juízes regem-se por qualquer disposição geral de regulamentação sobre as coisas que lhe são apresentadas”.

Jurisprudência na Alemanha

Na Alemanha, a jurisprudência tem também um papel criativo quanto à criação de certos institutos que se foram desenvolvendo à margem das normas legais. São exemplos a *culpa in contrahendo* e a inversão do ónus da prova em matéria de responsabilidade civil do produtor.

A jurisprudência tem também a função evolutiva do direito através da integração dos conceitos indeterminados contidos nas várias cláusulas gerais do BGB.

Por fim, a jurisprudência tem importância no cumprimento do princípio da igualdade e da segurança jurídica.

Jurisprudência em Portugal

No Direito Português, após a revogação dos assentos, em 1995, pela sua inconstitucionalidade, o grande destaque da jurisprudência portuguesa são os acórdãos uniformizadores de jurisprudência.

A jurisprudência é também importante para nos dar a conhecer o direito que, por vezes, só é compreensível quando analisando as decisões dos tribunais.

Conclusões

- Deve distinguir-se entre discurso dominante e oficial (sobre a jurisprudência, que tende a recusar-lhe qualquer função de criação normativa) e a sua efetiva importância, enquanto meio indispensável para o conhecimento do direito e da sua adequação à evolução das sociedades.
- A jurisprudência vale, nestes países, como precedente persuasivo: apesar de não constituírem precedente vinculativo, as decisões dos tribunais não deixam de tomar em consideração decisões anteriores sobre casos semelhantes.
- Nestes países nota-se novação jurisprudencial: em áreas limitadas, os tribunais têm decidido em conformidade com regras de origem jurisprudencial que não são parte das fontes legais e que, por vezes, contrariam as regras legais.

O estilo das sentenças

As sentenças proferidas pelos tribunais destes três sistemas jurídicos apresentam estilos bem característicos:

- **Portugal:** As sentenças são geralmente extensas, podendo variar o grau de desenvolvimento e a profundidade da discussão das questões legais. As decisões são sempre fundamentadas em preceitos legais, mas as referências jurisprudenciais e doutrinárias são abundantes. É até vulgar, invocar como argumentos de autoridade, obras de professores de direito.
É ainda frequente, a expressão motivada de votos de vencido.
- **Alemanha:** As sentenças alemãs também são extensas mas numa menor escala que a portuguesa. Algumas decisões são motivadas em estilo de dissertação, sendo obrigatória a indicação dos fundamentos legais e bastante comum a citação de precedentes jurisprudenciais e a referência a obras doutrinárias.
Os votos de vencido só são permitidos no Tribunal constitucional.
- **França:** As sentenças francesas são, geralmente, curtas e concisas. Em regra, as frases começam por *attendu* (considerando), o que lhes confere uma certa monotonia. A fundamentação legal é sempre mencionada. São raras as menções jurisprudenciais e também as citações doutrinárias.

A doutrina

Apesar de ser considerada uma fonte mediata, a doutrina é uma fonte do direito com bastante relevância. Relevância esta que se explica pela tradição proveniente do direito romano, onde grande parte dos trabalhos se relacionavam, de algum modo, com a doutrina.

Tanto na **Alemanha** como em **Portugal**, a doutrina é uma grande influência para os juristas. Os textos doutrinários são, na grande maioria, manuais destinados ao ensino universitário e dissertações apresentadas em provas de pós-graduação. A grande diferença nestes dois países quanto à doutrina é a quantidade e densidade das obras especializadas: na Alemanha estas existem em muito mais quantidade e em muitas mais variadas formas (revistas, tratados, comentários aos códigos...).

Por sua vez, em Portugal destaca-se a abertura a direitos estrangeiros e ao direito comparado que, na Alemanha, constitui um ambiente muito mais fechado.

Associando a doutrina à jurisprudência, em Portugal a doutrina influencia a produção legislativa e ainda as decisões judiciais.

Em **França**, a produção doutrinária é também elevada, caracterizando-se pelos textos de índole prática em que a descrição sistemática dos institutos se baseia mais na informação do que na sua análise.

A doutrina tem, sobretudo, relevância na clarificação e sistematização do direito vigente.

Relativamente à jurisprudência, desta não fazem parte muitas citações doutrinárias.

A descoberta do direito aplicável

Nestes ordenamentos, a descoberta do direito aplicável é, em princípio, reconduzida à descoberta de uma norma contida no sistema legal. Por isso, o processo centra-se na interpretação da lei e, na falta de lei diretamente aplicável, na sua integração.

Interpretação da Lei

Em comparação com outras famílias jurídicas, pode dizer-se que os cânones de interpretação da lei na família romano-germânica se mantêm inalteráveis desde a sua formulação por Savigny.

Este método – **método pluralista** – tem várias orientações e elementos.

As suas orientações variam de tempo para tempo: subjetivista, objetivista, atualista e historicista.

Os seus elementos, reconhecidos em **Portugal** pelo artigo 9º do Código Civil são: o elemento literal/gramatical, o elemento histórico, o elemento teleológico e o elemento sistemático.

Há que ainda considerar, na interpretação da lei, a sua conformidade para com o direito da União Europeia.

- Em **França**, no século XIX, o método adotado era o exegético: determinar a vontade subjetiva do legislador. Porém, em especial devido às limitações que o Code Civil começava a manifestar, deu-se uma evolução para o atual método pluralista.
- Na **Alemanha** existe uma especial relevância atribuída ao elemento sistemático, nomeadamente a interpretação em função de valores constitucionais. O elemento teleológico tem também uma maior abertura, quando comparado à França.

Integração da lei

Visão positivista: integração da lei com referência ao sistema legislativo.

Regra preferencial em caso de lacuna: aplicação analógica de uma norma legal (Artigo 10º do CC)

- Não sendo possível a aplicação analógica, aplica-se a norma que o intérprete criaria “dentro do espírito do sistema” (artigo 10º, nº3, CC) – criação e aplicação de uma norma hipotética.

Importância de outras fontes no método de integração da lei:

- **Costume:** admitido na Alemanha e relevante nos outros ordenamentos jurídicos;
- **Jurisprudência e Doutrina:** relevantes para determinar os princípios gerais de Direito;

Organização judiciária e sistemas de recurso

Organização judiciária portuguesa

A organização judiciária portuguesa compõe-se de:

- **Tribunais judiciais:** é-lhes atribuída competência para decidir ações que não estejam afetas a tribunais especiais. As suas principais competências são em matéria cível (incluindo a comercial) e criminal; (Direito Público)
- **Tribunais especiais:** administrativos e fiscal;
- **Tribunal de Contas e Tribunal Constitucional;** (Direito Privado)

Os tribunais judiciais estão escalonados em três níveis:

- **1ª instância:** É constituída por tribunais das comarcas. Agrupam-se em círculos judiciais e são compostos por juizes de Direito, juizes profissionais integrados na magistratura judicial. São exceções os juizes sociais em tribunais de trabalho e de menores. A intervenção de um júri, restrita ao julgamento de alguns crimes mais graves, só se verifica quando requerida pelo Ministério Público, pelo assistente ou pelo arguido.
- A maioria destes tribunais dispõe de competência genérica, mas também existem tribunais cuja competência é especializada em função da matéria e/ou do valor.
Ex: Tribunais cíveis, tribunais criminais, juizes de execução, tribunais de menores, tribunais de família...
- Os Julgados de Paz, tribunais em alguns concelhos portugueses, têm competência em matéria cível para julgar pequenos litígios.
- **2ª instância:** é formada pelos Tribunais da Relação, que correspondem aos distritos judiciais, cuja principal competência consiste no julgamento de recursos de sentenças proferidas pelos tribunais de 1ª instância.
- Os juizes têm o nome de desembargadores.
- **Supremo Tribunal de Justiça: (Tribunal de Revista)** É o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais que compreende quatro secções especializadas: duas de jurisdição cível, uma de jurisdição criminal e uma de jurisdição social.
- A esta secção compete-lhe principalmente decidir recursos restritos a matéria de direito e interpostos acórdãos das Relações e, em certos casos criminais, diretamente de decisões de tribunais de 1ª instância.
- Em plenário, o STJ profere acórdãos de uniformização da jurisprudência.

Organização judiciária francesa

A organização judiciária francesa divide-se em duas ordens de jurisdições:

- **Jurisdição judiciária:** tribunais com competência em matéria cível, comercial, social e penal
- **Jurisdição administrativa**

A jurisdição judiciária está escalonada em três níveis.

1ª instância: Os tribunais têm competência especializada, designadamente em função das seguintes matérias:

- **Jurisdição civil**
 - **Tribunaux d'instance:** julga os litígios de menor valor, nomeadamente aqueles em que a alçada é inferior a 7600€.
 - **Tribunaux de grande instance:** julga os litígios de maior valor. Em particular, julga litígios relativos ao direito de propriedade e ao direito da família.
- **Jurisdição especializada**
 - **Tribunaux de commerce:** compete-lhe a matéria comercial. Não são compostos por juizes de carreira mas por comerciantes eleitos por outros comerciantes.

- **Conseil des prud' hommes:** (Tribunal do Trabalho) julga os litígios entre empregado e empregador.
- **Jurisdição penal**
 - **Cours d'assises:** Julga os crimes considerados infrações mais graves.
 - **Tribunaux correctionnels:** nome que tomam os tribunaux de grande instance quando julgam crimes.
 - **Tribunaux de police:** nome dado aos tribunaux d'instance quando julgam contravenções.

2ª instância

- **Cours d'appel:** a sua principal competência consiste no juizamento de recursos de sentenças proferidas, em primeira instância, com exceção das cours d'assises.

Cour de Cassation: sediada em Paris está dividida em cinco câmaras civis e uma câmara criminal.

Compete-lhe apreciar recursos restritos a matéria de direito, interpostos de decisões das cours d'appel e das cours d'assises. Não julga novos litígios, apenas verifica se a lei foi bem aplicada.

É especialmente relevante pela sua função de uniformização da jurisprudência.

A jurisdição administrativa também se divide em três níveis.

1ª instância

- **Tribunal administratif:** ocupa-se dos litígios entre os cidadãos e o Estado.

2ª instância

- **Cour administratif d'appel:** ocupam-se dos recursos pedidos em relação aos litígios julgados no Tribunal administrativo.

Conseil d'État: É o equivalente ao Cour de Cassation da ordem administrativa.

Organização judiciária alemã

A **nível constitucional**, a Alemanha é composta por um Tribunal Constitucional Federal e Tribunais constitucionais inferiores, os dos Länder.

A organização judiciária alemã compreende cinco níveis de jurisdição: Cada uma delas tem uma estrutura própria, cujo órgão máximo é sempre um Tribunal Federal Supremo.

- Ordinária
- Administrativa
- Financeira
- Laboral
- Social



Os tribunais de **jurisdição ordinária** têm competência em matéria cível, incluindo matéria comercial, criminal e de jurisdição voluntária.

Estão hierarquizados em três níveis, sendo que os dois pertencem ao âmbito dos Länder, e apenas o mais elevado tem natureza federal.

1ª instância

- **Amtsgerichte (AG)** – Tribunais cantonais
- **Landgerichte (LG)** – Tribunais regionais – têm competência para julgar as ações cíveis de maior valor e os crimes de maior gravidade. Decidem os recursos interpostos de certas decisões dos AG. Não há júri.

2ª instância

- **Oberlandesgerichte (OLG)** – Tribunais regionais superiores – A sua principal competência é julgar recursos de sentenças proferidas pelos LG e, em certos casos, diretamente dos AG.

Bundesgerichtshof (BGH – Tribunal Federal de Justiça) – é o Tribunal Supremo da jurisdição ordinária.

- Está dividido em secções especializadas (civis, criminais e outras)
- Em matéria cível compete-lhe apreciar recursos restritos a matéria de direito interpostos de decisões dos OLG e, per saltum, diretamente dos LG, quando as partes nisso acordem.
- Em matéria criminal, aprecia recursos de sentenças proferidas em 1ª instância pelos OLG e, em certos casos, per saltum, de sentenças dos LG.

<i>Jurisdição</i>	Administrativa	Tributária	Do Trabalho	Social
<i>Tribunal Federal</i>	Tribunal Administrativo Federal	Tribunal Tributário Federal	Tribunal do Trabalho Federal	Tribunal Social Federal
<i>Tribunal Supremo Regional</i>	Tribunal de 2ª instância	Tribunal Tributário	Tribunal do Trabalho de 1ª instância	Tribunal Social de 1ª instância
<i>1ª instância (regional)</i>	Tribunal Administrativo		Tribunal do Trabalho	Tribunal Social

Os sistemas de recurso

Consistem na apreciação de um litígio por um tribunal hierarquicamente superior. Baseia-se na garantia de um duplo grau de jurisdição. Basear-nos-emos nos recursos interpostos para os supremos tribunais.

- Os recursos desta natureza são julgados, em **França**, pela **Cour de Cassation**, sendo conhecidos por **pourvoi en cassation**.

Em França, o pourvoi de cassation não depende de limite mínimo de valor: o recurso é sempre admitido, tanto em matéria de Direito como de facto. Assim, para evitar a excessiva acumulação de recursos, têm sido ensaiadas outras formas de filtragem: quer pela apreciação preliminar da seriedade do recurso, quer pela exigência de cumprimento prévio da decisão recorrida.

O sistema francês é um **sistema de cassação**. Isto é, quando é interposto um recurso para o Cour de Cassation, este não julga o litígio, julga a sentença de que se recorre. Quando entende que esta violou o direito aplicável, cassa-a, ou seja, anula-a, sem proferir qualquer decisão definitiva quanto ao litígio. A ação vai, assim, ser novamente julgada pelo tribunal inferior. Se esta segunda decisão incorrer também em violação do direito, o caso será julgado pela Cour de Cassation reunida em assembleia plenária. O litígio pode, assim, ser definitivamente decidido ou o processo reenviado, mais uma vez, para uma terceira cour d'appel.

- Os recursos desta natureza são julgados, na **Alemanha**, pelo **Bundesgerichtshof**, tomando a designação de **Revision**.

O recurso para o Tribunal superior só pode ser feito em matéria de Direito e está dependente do valor da causa. O recurso de revision é admitido a menos que o BGH entenda que a questão se não reveste de particular importância.

O sistema alemão é um modelo intermédio entre a cassação e a substituição. A sentença que dê lugar ao recurso tem por efeito a anulação da sentença recorrida, implicando o reenvio do litígio para o tribunal inferior, cuja nova decisão tem de se conformar com a orientação do BGH. Este pode, como no sistema de substituição, decidir definitivamente logo no recurso inicial, se o processo lhe fornecer todos os elementos.

- Os recursos desta natureza são julgados, em **Portugal**, pelo **Supremo Tribunal de Justiça**, sob o nome de **recurso de revista**.

No direito português admite-se a interposição para recurso de revista, desde que o valor da ação seja superior ao da alçada da relação. Às ações sobre o estado das pessoas e valores imateriais é legalmente atribuído o valor mínimo necessário para que se possa interpor recurso.

O recurso não é admitido, em regra, se a decisão do tribunal de 1ª instância for confirmada, aplicando-se o princípio da “dupla conforme”.

O sistema português é um **sistema de substituição**, segundo o qual, o STJ profere decisões definitivas sobre as questões recorridas.

“O processo só volta ao tribunal recorrido quando o Supremo entenda que a decisão de facto pode e deve ser ampliada em ordem a constituir base suficiente para a decisão de direito ou que ocorrem contradições na decisão sobre a matéria de facto que inviabilizam a decisão jurídica do pleito” (CPC, artigo 729º, nº3).

Profissões jurídicas

Formação de juristas

As profissões jurídicas no sistema jurídico romano-germânico alcançam-se por intermédio de um curso universitário em Direito.

Portugal – Licenciatura de 4 anos + Mestrado de 1,5/2 anos

- O acesso às profissões jurídicas depende de uma formação complementar que varia conforme o candidato se destina à magistratura (Centro de Estudos Jurídicos) ou à advocacia.

França – Licenciatura de 3 anos + Mestrado de 2 anos

- O acesso às profissões jurídicas depende de uma formação complementar que varia conforme o candidato se destina à magistratura (École National d’Administration e École National de la Magistrature) ou à advocacia.

Alemanha – Licenciatura de 3,5 anos + Exame de Estado (Erstes Staatsexam) com incidência em quase todas as matérias curriculares.

- O acesso às profissões jurídicas depende de uma formação complementar através de um estágio com a duração de cerca de 2 anos. Este termina com um segundo exame de Estado que confere habilitação para qualquer profissão jurídica.

As magistraturas judicial e do Ministério Público

Nas ordens jurídicas em comparação existem **duas ordens de magistratura: a judicial e a do ministério Público**. Em França, a carreira profissional é comum às duas magistraturas, enquanto em Portugal e na Alemanha é separada.

Magistratura judicial

- É constituída pelo conjunto dos juízes, magistrados independentes a quem compete a função jurisdicional.
- Em **Portugal** são recrutados os juristas formados no centro de estudos Judiciários;
- Na **França**, são recrutados os juristas formados na École National de Magistrature;
- Na **Alemanha** são recrutados os juristas aprovados no segundo exame de Estado;
- Em **Portugal**, é o Conselho Superior de Magistratura que tem competência para nomear os juízes;
- Na **França**, é o PR que tem competência para nomear os juízes;

- Na **Alemanha**, os juízes dos tribunais federais são nomeados pelo ministro federal da área em questão em conjunto com as comissões compostas pelos ministros dos Länder e personalidades escolhidas pelo Bundestag. O processo de nomeação de juízes varia de Land para Land.

Ministério Público

- Conjunto de Magistrados a quem compete representar o Estado e defender a legalidade democrática.
- A sua principal e comum competência consiste no exercício da ação penal.
- O exercício do Ministério Público atinge maior amplitude em Portugal, onde o MP assume também a direção da investigação criminal, o patrocínio judiciário do estado e a proteção de certos interesses coletivos ou difusos.

A profissão de advogado

A advocacia é exercida, nestes três países como uma profissão liberal. Cabe aos advogados o patrocínio judiciário e o aconselhamento jurídico dos seus clientes.

Em Portugal e **França**, o acesso à profissão é precedido de estágios controlados pela Ordem. Já na **Alemanha**, como vimos anteriormente, a formação feita é comum à dos magistrados, sendo apenas necessária a inscrição numa associação profissional (Rechtsanwaltskammer)

Em França existem algumas diferenciações entre os advogados:

- **Avocats** – Competência genérica para o aconselhamento jurídico e representação forense. Só nos tribunais de 1ª instância podem exercer a plenitude das suas funções.
- **Avoués** - Representação forense junto das Cours d'appel;
- **Avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation** – representação forense junto do Conseil d'État e da Cour de Cassation.

Solicitadores

Historicamente, até ao século XVIII tinham o monopólio da representação forense. Hoje em dia, são profissionais independentes que exercem funções no âmbito da administração da justiça. Têm, em geral, poderes próximos mas mais limitados do que os advogados.

Agentes de execução

Podem ser solicitadores ou advogados e têm um papel fundamental no âmbito do processo civil executivo.

Notários

“O notário é o jurista cujos documentos escritos, elaborados no exercício da sua função, é conferida fé pública.”

“O notário é simultaneamente, um oficial público que confere autenticidade aos documentos e assegura o seu arquivamento e um profissional liberal que atua de forma independente, imparcial e por livre escolha dos interessados”.

Conservadores

É uma profissão autónoma que exige formação jurídica e que se baseia na responsabilidade pelos registos (predial, civil, comercial, de automóveis...).

Funcionários de Justiça/Oficiais de Justiça

São funcionários públicos que trabalham junto da secretaria de um tribunal ou dos serviços do Ministério Público. Não cabe aos oficiais de justiça resolver problemas, pelo que não têm de ser juristas.

Síntese comparativa e âmbito da família de direitos romano-germânica

Diferenças entre os sistemas jurídicos português, francês e alemão

- Estádios mais evoluídos dos sistemas económicos, sociais e culturais na França e na Alemanha;
- A receção do direito romano foi mais tardia na Alemanha, mas encontrou aí condições favoráveis para ser mais extensa e profunda;
- A estrutura federal alemã em contraposição à estrutura unitária de Portugal e França;
- Maior preocupação, em França, com o princípio da separação de poderes;
- Mais ampla fiscalização da constitucionalidade das leis em Portugal e na Alemanha e, em consequência, maior influência nestes dois países da Constituição sobre o modo de conformação do sistema jurídico;
- Diferentes estruturas e estilos dos códigos civis vigentes: “modelo napoleónico” do código francês em contraste com o “modelo pandectístico” dos códigos alemão e português;
- Maior receptividade, na Alemanha, ao reconhecimento do costume como fonte de Direito;
- Maior influência, mais elevado grau de abstração e tecnicismo da doutrina na Alemanha e em Portugal;
- Subsistência, em França, de tribunais de comércio compostos por juízes escolhidos entre profissionais das atividades económicas;
- Sistema de cassação em França, em contraposição ao sistema de substituição português quanto aos recursos para o supremo tribunal da jurisdição comum;
- Formação profissional dos juristas na Alemanha;
- Maior amplitude das funções e da autonomia do Ministério Público, em Portugal;

Semelhanças entre os sistemas jurídicos português, francês e alemão: características comuns dos direitos romano-germânicos;

- A influência da religião e da moral cristãs: distinção entre direito e outras ordens normativas (moral...);
- As tradições culturais de humanismo e racionalismo;
- A economia de mercado;
- Influência do direito consuetudinário dos povos germânicos;
- Receção do direito românico;
- Influência da Revolução francesa, sentida especialmente nas concepções liberais e no movimento de codificação;
- Colonização, como meio de expansão da matriz dos direitos romano-germânicos europeus, em especial dos direitos francês, espanhol e português;
- Conceção de Direito como regra de conduta tendente à realização da justiça;
- Estrutura da regra jurídica concebida com elevado grau de generalidade e abstração;
- Primazia do direito substantivo sobre o direito processual (pelo menos no discurso jurídico oficial); o direito de ação como meio de efetivação de direitos subjetivos;
- Distinção entre direito público e direito privado; a subdivisão do direito objetivo e da ciência jurídica em ramos de direito;
- Estado como base da organização política; coincidência tendencial entre ordem jurídica e normas de origem estadual;
- Organização do poder político em conformidade com Constituições escritas; separação de poderes; democracia política representativa;
- Consagração constitucional de direitos, liberdades e garantias individuais;
- Fiscalização da constitucionalidade das leis;

- Competência legislativa distribuída entre as instituições parlamentares e as governamentais;
- Primado da lei, tanto no plano hierárquico como no da sua importância relativa, enquanto fonte de direito aplicável a todas as áreas jurídicas;
- Concentração de uma parte significativa das regras legais em códigos organizados de modo sistemático e segundo critérios doutrinários;
- Declínio da importância do costume;
- Contraste entre o discurso dominante e oficial, que recusa à jurisprudência o valor da fonte de criação normativa, e a sua efetiva importância enquanto meio de conhecimento e de evolução do direito.
- Influência da doutrina na construção e compreensão dos sistemas jurídicos, nas reformas legislativas e, em diferentes graus, no modo de aplicação do direito.
- Utilização, na interpretação da lei, de um pluralismo metodológico em que, segundo combinações variáveis, são atendíveis os elementos literal, teleológico, histórico e sistemático.
- Aplicação analógica como meio privilegiado de integração de lacunas da lei;
- Organização judiciária ordinária ou comum hierarquizada em três níveis: tribunais de 1ª e de 2ª instância dispersos no território; tribunal supremo vocacionado para a uniformização da jurisprudência;
- Jurisdição administrativa composta por tribunais administrativos com competência para o controlo de legalidade dos atos de Administração Pública;
- Formação universitária em direito como requisito geralmente exigido para o exercício de profissões jurídicas superiores (magistraturas e advocacia).
- Dualidade das magistraturas – judicial e do Ministério Público – compostas na sua quase totalidade por magistrados integrados em carreiras profissionais;
- Tendencial unidade da profissão de advogado, a quem incumbe o patrocínio e o aconselhamento jurídico dos clientes;

Âmbito da família de direitos romano-germânica

Podem considerar-se pertencentes à família romano-germânica os seguintes Estados:

- Estados latinos do Ocidente (Portugal, Espanha, França e Itália);
- Estados de cultura germânica (Alemanha e Áustria);
- Suíça e Estados do Benelux (Bélgica, Holanda e Luxemburgo);
- Estados do Sudeste (Grécia e Turquia, que apesar das diferenças religiosas, adotou codificação civil transposta do Código Civil Suíço e do Código suíço das obrigações);

A este conjunto podem juntar-se os Estados eslavos e outros Estados de leste que, após a queda do muro de Berlim consagraram uma democracia representativa.

Mais duvidosa é a inclusão dos países escandinavos e dos outros países nórdicos, que apesar das diferenças na codificação, contêm as principais características definidoras desta família de direitos.

Sendo assim, é legítimo concluir que a família de direitos romano-germânica abrange atualmente a totalidade dos sistemas jurídicos europeus continentais, excluindo as ilhas britânicas.

Pertencem ainda a esta família os países Americanos que foram colónias da Espanha, de Portugal e da França.

Outras ex-colónias dos Estados europeus são consideradas sistemas híbridos, à semelhança de alguns países asiáticos nos quais as influências romano-germânicas não são suficientes para serem integrados nesta família de Direitos.

Sistemas jurídicos de Common Law

No estudo da família de Direitos de Common Law não é possível fazer uma comparação direta entre os seus ordenamentos jurídicos uma vez que um deles, o britânico, constitui o antecedente de outro, o dos EUA. Isto é, o ordenamento jurídico norte-americano foi influenciado pelo britânico através da colonização.

Direito inglês

Evolução

Período anglo-saxónico

As ilhas britânicas foram colónias romanas até ao século VI d.C. Porém, o direito romano nunca se vinculou devido às invasões dinamarquesas e dos anglo-saxões.

Deste modo, a principal fonte do direito passou a ser o costume, dando-se também importância ao direito eclesiástico.

O costume e a falta de leis escritas não possibilitaram, neste período inicial, um direito comum a toda a Inglaterra: o direito era variável e a sua aplicação incerta.

A formação do Common Law na Inglaterra

As origens do direito inglês moderno remontam à conquista normanda em 1066. A partir daqui, o rei Guilherme I de Inglaterra prometeu respeitar as leis saxónicas e deu início ao processo de organização feudal que teve por efeito a atribuição à Coroa de toda a propriedade fundiária.

Nos primeiros tempos do domínio normando era na **Curia Regis** que se concentravam as funções legislativas, executivas e jurisdicionais. A sua autonomização iniciou-se no século XII, dando lugar à instituição de três tribunais reais:

- *Court of Exchequer* (Tribunal do Tesouro) – Competência ordinária e fiscal
- *Court of Common Pleas* (Tribunal dos Pleitos comuns) – Resolução de litígios fundiários
- *Court of King's Bench* (Tribunal do Banco do Rei) – Matéria criminal

Estes tribunais começaram por ser instâncias de exceção mas com o tempo a sua especialização foi-se esfumando e a competência ampliando. Desta evolução beneficiaram os interesses dos povos, o interesse da Coroa na regulação da paz pública e os interesses dos próprios tribunais que se tornaram autossuficientes.

Os tribunais aplicavam a Common law, apesar de, em retrospectiva, se considerar que esta não existia realmente. Aplicavam-se sim regras consuetudinárias e outras inspiradas pelo direito romano e canónico. As decisões eram tomadas, sobretudo, com base da razoabilidade, no bom senso, e nos precedentes, que estabilizaram e deram coerência ao direito aplicado. O Common Law é portanto, desde a origem, direito jurisprudencial e não direito consuetudinário.

As ações iniciavam-se com uma petição ao Chancellor (conselheiro do Rei) que, mediante remuneração, emitia um writ: carta emitida em nome do rei e dirigida à entidade policial do condado, contendo uma breve descrição da matéria de litígio e ordenando a comparência do réu perante um juiz.

A cada writ correspondia uma **form of action** em que se repetia o encadeamento da marcha do processo e prefixava o conteúdo da decisão que desse provimento à ação.

A partir do século XIII, os writs passaram a ser registados e admitir uma certa flexibilidade. Passaram a aplicar-se a casos análogos e a casos de ficção de semelhança fáctica atribuída a situações efetivamente diferentes.

O desenvolvimento da Common Law e a formação da equity

Com o decorrer do uso do precedente, o Common Law foi-se consolidando, e algumas insuficiências foram sendo visíveis. Nomeadamente:

- O formalismo
- O âmbito restrito das soluções
- A permeabilidade às influências dos mais poderosos

As petições dirigidas ao rei eram sempre reencaminhadas para o Chancellor, que disfrutava de grande confiança do rei. Apesar de conhecedor da Common Law, pela sua estreita ligação aos tribunais o Chancellor começou a resolver estes casos recorrendo à equidade. A sua autonomia enquanto juiz foi-se tornando cada vez maior, de tal modo que se criou um novo tribunal real, o **Court of Chancery**.

As decisões segundo a equidade vão evoluir para decisões fundamentadas em regras jurídicas extraídas de decisões fundamentais. A **equity** deixa, portanto, de corresponder à equidade propriamente dita para constituir um *sistema de regras formadas a partir do precedente, conhecidas através da publicação das sentenças*.

As soluções originadas pela equity apresentam algumas diferenças em relação às consagradas pelos tribunais de Common Law. Nomeadamente:

- A admissibilidade da **specific performance** (execução específica) como meio de cumprimento coercivo do contrato. Na Common Law a indemnização era a única pretensão admitida para o incumprimento do contrato.
- **Discovery**: uma parte pode exigir à outra a revelação de informações relevantes para o processo.

O sistema jurídico inglês tornou-se dualista: coexistência de regras de Common Law e regras de equity, geradas e aplicadas por tribunais reais diferentes. A sua compatibilização deu-se a partir do momento em que o Rei Jaime I determinou o reconhecimento das regras aplicadas pelo Tribunal da Chancelaria.

O período moderno (a partir de 1823)

Uma reforma judiciária é iniciada em 1832 através de sucessivos **Acts of Parliament**, dos quais se destacam os Judicature Acts de 1873-75. As alterações de maior relevo incidiram sobre os seguintes pontos:

- Os tribunais foram reorganizados, constituindo-se um único Supreme Court of Jurisdiction, formado pelo Court of Appeal, tribunal de recurso então criado, e pelo High Court of Justice, subdividido do seguinte modo:
 - Queen's Bench Division
 - Common Pleas Division
 - Exchequer Division
 - Chancery Division
 - Probate, Divorce and Admiralty Division
- Institucionalizou-se o Appellate Commite da Câmara dos Lordes que permitiu estabelecer um sistema claro de recursos;
- Eliminou-se a distinção entre tribunais de Common Law e de Equity;
- Adotou-se um só writ os summons (equivalente à citação) e aboluiu-se as forms of action;

Outra grande evolução do período moderno deu-se a nível da crescente relevância da legislação já que, anteriormente, só a jurisprudência era relevante. A produção legislativa foi aumentando à medida que se verificava necessária para a reforma de certas instituições sociais. Também a adesão do Reino Unido às comunidades Europeias exigia a produção legislativa, já que esta era a única forma de proceder à transposição das diretivas da UE.

A atenção concedida à legislação justificou a criação da **Law Commission**, encarregue de preparar os projetos de reforma legislativa.

O **Constitutional Reform act de 2005** representou uma mudança profunda na organização judiciária inglesa. Nomeadamente a nível da afirmação do poder judicial face ao poder legislativo, com a criação da Supreme Court of UK que veio substituir o Appellate Comitee da Câmara dos Lordes como tribunal de última instância.

O Supreme Court é totalmente separado da House of Lords.

Organização Judiciária e Sistema de recursos

Características gerais

A organização judiciária inglesa não tem uma estrutura lógica e organizada como na família romano-germânica. Como nunca passou por nenhum acontecimento equivalente à revolução francesa para os romano-germânicos, o sistema judiciário inglês foi evoluindo e sendo adaptado, guardando-se sempre a tradição e o passado em alguns aspetos.

- **Tribunais superiores (Superior Courts)**

- **Supreme Court of the United Kingdom** – é a última instância de recurso de decisões proferidas, em matéria cível, por todos os tribunais do Reino unido e, em matéria criminal pelos tribunais de Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte. É composto por 12 Justices of the Supreme Court, que também participam no Judicial commitee of Privy Council (emite pareceres não vinculativos em relação a tribunais das ilhas Canal, Ilha de Man, das subsistentes colónias inglesas e de alguns países que pertenceram à Commonwealth). Nestes últimos casos o Judicial commitee é geralmente assistido por um juiz ou jurista do país de onde foi proferida a sentença.

Senior Courts:

- Court of Appeal, tribunal de recurso
 - Civil Division
 - Criminal Division
- High Court of Justice- Tribunal civil com competência para julgar em primeira instância das questões que não sejam de tribunais inferiores e também para o recurso de algumas decisões por estes proferidas. É composto por três divisões:
 - Chancery Division – decide em 1ª instância ações em que predomine a aplicação de equity;
 - Family Division – em 1ª instância julga ações associadas à vida familiar e, em recurso, ações decididas em 1ª instância por tribunais inferiores;
 - Queen's Bench Division – decide assuntos de responsabilidade civil contratual e extracontratual em 1ª instância ou em recurso, conforme o valor da causa. A intervenção do júri é restrita a um conjunto muito restrito de situações. Integra:
 - Admiralty Court – direito marítimo
 - Commercial Court – direito comercial
- Crown Court – Julga, em 1ª instância os crimes mais graves. Quando o réu declara estar inocente, o julgamento da matéria de facto fica, salvo raras exceções, ao cargo de um júri composto por 12 pessoas que decide por unanimidade. Também tem competência em recursos interpostos pelos tribunais inferiores em matéria criminal. Funciona de forma descentralizada.

- **Tribunais inferiores (inferior courts)**

- **Country courts** – São cerca de 200 e decidem litígios de natureza civil. A sua competência abrange os mesmos casos que o High Court of Justice, mas com um valor inferior. Julga, ainda, algumas ações no âmbito do direito da família.
- **Magistrates' courts** – São cerca de 350 tribunais com competência para julgar pequenos delitos, assegurando 95% dos casos criminais. Tem ainda intervenção em matéria civil, no domínio das dívidas e da família. Das suas decisões cabe sempre recurso apesar de 90% das vezes isto não se verificar.

São tribunais de primeira instância com competência civil e criminal de menos importância e complexidade. Existem em grande número, libertando os tribunais superiores para o julgamento dos casos mais importantes.

- Na sequência do Constitutional Reform act 2005, o Courts and Enforcement Act 2007 integrou na organização judiciária os **Tribunais** (órgãos de natureza híbrida em matéria fiscal, social e económica) como órgãos de natureza judicial com competência para resolver litígios em áreas específicas.
 - First-tier Tribunal – competências ligadas à impugnação das decisões dos órgãos administrativos
 - Upper Tribunal – trata dos recursos interpostos das decisões dos First-tier em matéria de direito e executa as suas decisões. Divide-se em seis câmaras
 - The General Regulatory Chamber
 - Health, Educational and Social Care Chamber
 - Immigration and Asylum Chamber
 - Social Entitlement Chamber
 - Tax Chamber
 - War Pensions and Armed Forces Compensation Chamber

Nos direitos anteriormente estudados, a distribuição dos tribunais era feita através de uma pirâmide: o número de tribunais ia diminuindo à medida que se subia de instância.

A estrutura dos tribunais ingleses, pelo contrário, tem a forma de um T invertido: a base é composta por um grande número de tribunais inferiores e a haste pelos tribunais superiores, ordenados em três escalões hierárquicos diferentes, cada um com apenas um Tribunal.

Sistema de recursos

- Os recursos só são admitidos se for obtida permissão do tribunal recorrido ou do próprio Supreme court, que é concedida quando se entender que o caso envolve uma questão de Direito de importância Geral e Pública.
- As decisões são restritas à matéria de Direito e, quando o recurso seja julgado procedente, contém decisão final.
- Trata-se de um sistema de substituição.

Barristers e solicitors

As funções dos Barristers e dos Solicitors correspondem, em conjunto, às exercidas pelos Magistrados e pelos advogados nos sistemas jurídicos continentais.

Em Inglaterra não existem carreiras autónomas de magistrados porque estes são nomeados de entre os Barristers. Também não existe Ministério Público.

Barristers:

- Pleitam os tribunais superiores, participando nas audiências de julgamento em defesa de uma das partes;
- A ligação com os clientes é feita por intermédio dos Solicitors;
- São, geralmente, especialistas em certas matérias, sendo por estas consultados;
- São cerca de 15mil organizados em quatro associações em Londres;

Solicitors:

- Tradicionalmente, só nos tribunais inferiores podem exercer o pleno das suas funções. Nos tribunais superiores preparavam os processos para apresentação ao Barrister;



A exclusividade dos Barristers para o exercício desta função foi perturbada a partir de 1990 – Courts and Legal Services Act

- Redigem testamentos e contratos, asseguram a gestão de trusts e prestam aconselhamento jurídico;
- Rondam os 120mil organizados numa única associação em Londres;

Formação de juristas

Na tradição inglesa não é necessário um curso superior de direito para se exercer uma profissão jurídica. A formação de profissionais é feita em exercício.

Isto explica-se pelo afastamento existente entre a Common Law e o Direito romano, no qual subsistia grande parte do curso de Direito. Assim, tornava-se dispensável o curso.

Apesar de não haver necessidade de formação, o número de juristas graduados tem aumentado.

Com ou sem estudos universitário em direito, a formação para acesso a qualquer uma das profissões é feita sobre a supervisão de algum dos Inns of Court ou da Law Society, conforme se destine à profissão de barrister ou de solicitor.

A admissão de candidatos depende da aprovação prévia em cursos de índole prática com a duração de 1 ou 2 anos em que são lecionadas matérias consideradas nucleares.

Recrutamento e estatuto dos juízes

Até 1990 os juízes dos tribunais eram barristers com um mínimo de dez anos de experiência na profissão.

O Constitutional Reform Act de 2005 criou uma entidade independente, a Judicial Appointment Commission, com competência no processo de seleção dos juízes.

Formalmente, os juízes superiores e dos country courts são nomeados pela rainha na sequência de recomendação da Comissão.

Após a nomeação continuam a pertencer à associação de origem o que não prejudica a sua independência, de direito e facto.

Os justice of peace ou lay magistrates, que servem nos magistrates' courts são, no geral, leigos (pessoas sem formação jurídica), com outras profissões e ocupações.

Os lay magistrates tomam decisões em grupos de três, criando um só speech no qual explicam a sua tomada de decisão.

Só para alguns tribunais de maior movimento são nomeados stipendiary magistrates, escolhidos entre barristers ou solicitors, que trabalham a tempo integral e são remunerados

Os Justices of Peace são nomeados pelo Lord Chancellor, por indicação de comissões locais para o efeito constituídas.

Outras profissões

Prosecutors – Exercem funções na investigação criminal, a par da polícia, e no acompanhamento de processos criminais, nomeadamente deduzindo a acusação. São funcionários públicos recrutados entre barristers e solicitors.

Clerks of the Court – Funcionários judiciais

Bailiffs – Funcionários com poderes de autoridade acrescidos e funções variadas

Fontes de Direito

Elenco e hierarquia

As fontes de direito principais são:

- A lei (statue, statutory law ou legislation)
- A jurisprudência (case law, Common law)

As fontes de direito subsidiárias são:

- O costume (Costum)
- A doutrina (Doctrine, books of authority)

Na linha hierárquica, a lei foi sempre a primeira fonte de Direito, mas a jurisprudência continua a principal uma vez que é o modo normal de produção ou revelação do Direito.

O valor atual da distinção entre Common Law e equity

Apesar de a distinção entre equity e a Common law ter sido atenuada pelos Judicature Acts do final do século XIX, este continua a ser um critério de divisão do direito inglês.

- A **equity** é formada por um conjunto de regras cuja origem radica naquelas que, no passado, foram geradas pelo tribunal da Chancelaria.

Campos preferenciais de aplicação: regulação do trust e certas soluções como a specific performance e as injunctions.

A compatibilização com as regras de Common Law está assegurada pelo princípio segundo o qual a equity não contraria, mas completa e aperfeiçoa, a Common law – “**equity follows the law**” – e pela possibilidade de aplicação alternada ou conjunta dos dois sistemas no mesmo processo.

A jurisprudência

A doutrina do precedente (regras do precedente vinculativo)

A atitude de **stare decisis** é o princípio segundo o qual, na resolução de um litígio, se tem em conta os casos semelhantes anteriormente julgados.

Foi segundo este processo que os tribunais criaram as normas de Common Law, em primeiro lugar, e depois as de equity.

A aplicação destas regras pressupõe uma partição e análise das sentenças. Qualquer sentença se divide em quatro partes:

- Os factos (provados)
- Obter dicta
- Ratio Decidendi
- Decisão

Ratio decidendi: argumento no raciocínio do autor da sentença. É a premissa maior do silogismo judiciário, em que os fatos são a premissa menor e a decisão é a conclusão. Normalmente não é explícita, tendo de ser descoberta através da interpretação da sentença em que se insere. Constitui o precedente vinculativo.

Obter dicta: são regras ou outras considerações que não foram decisivas na conclusão ou que não se reportam aos factos relevantes. Têm influência meramente persuasiva.

- Não é rigoroso referir uma sentença como precedente porque o que constitui precedente vinculativo é a regra de direito que constituiu a ratio decidendi, e não a sentença no seu todo.

Para verificar se dois casos são análogos e se a ratio decidendi de um caso anterior constitui precedente verifica-se a **comparabilidade dos termos.**

Inversamente, utiliza-se a chamada **técnica das distinções** para distinguir os factos semelhantes de dois casos, não havendo lugar para a aplicação da regra do caso anterior.

O carácter vinculativo do precedente depende da natureza do tribunal que proferiu a sentença onde se insere a ratio decidendi e da **relação hierárquica** entre esse tribunal e aquele perante o qual se apresenta o litígio atual. Assim:

- Só são vinculativos os precedentes de tribunais hierarquicamente superiores. Os de tribunais inferiores são apenas persuasivos.
- Os precedentes do Supreme Court vinculam todos os tribunais exceto ele próprio.
- Os precedentes do Court of Appeal vinculam todos os tribunais exceto, em matéria criminal, o próprio.
- Os precedentes do High Court of Justice vinculam tribunais inferiores e o próprio quando a sentença tenha sido proferida em recurso.
- Os precedentes do Crown Court são vinculativos para os tribunais inferiores e para o próprio em situações limitadas e imperfeitamente definidas.
- O peso do precedente é maior consoante a posição hierárquica do tribunal donde provém, a reputação dos juízes que nela intervieram, a proximidade temporal, a inexistência de votos de vencido, a compatibilidade com outras regras jurídicas...

Existem duas principais exceções à doutrina do precedente:

- A existência de dois precedentes inconciliáveis que tenham a mesma autoridade
- A sentença emitida per incuriam, isto é, obviamente errada por não ter tomado em conta normas aplicáveis ao caso



Não se verificando nenhuma destas exceções, basta uma só decisão para constituir precedente vinculativo, não havendo qualquer limite quanto ao tempo em que foi proferida

O estilo das sentenças

As sentenças dos tribunais ingleses são participadas por mais do que um juiz e são geralmente constituídas por speeches ou opinions formuladas em separado por cada um deles. A decisão forma-se, assim, pela verificação maioritária das conclusões.

Os textos são normalmente **extensos**, com uma **pormenorizada** descrição de factos e **profunda análise** da matéria de direito.

Abundam as referências a casos anteriores, recorrendo-se, muitas vezes, a citações e transcrições.

É perceptível na sentença, através da sua argumentação e solução, que esta formará precedente vinculativo.

Publicação das sentenças

Uma regra de direito só pode ser invocada se for conhecida. Por isso, a efetividade da aplicação dos precedentes vinculativos depende da sua publicação onde possam ser extraídos.

Inicialmente, a preocupação era dar a conhecer as decisões aos tribunais reais, dando sentido à criação dos Year Books. Estes evoluíram para os **Private reports**, escritos em inglês: um verdadeiro reportório de sentenças.

O período moderno ficou marcado pela criação do Council of Law Reporting que promove a publicação de 4 séries chamadas Law Reports, divididas conforme a origem das sentenças. Apesar de não serem publicações oficiais, são dotadas da maior autoridade.

Existem ainda outras publicações, como os English Reports, que merecem credibilidade.

Estas edições não contêm todas as decisões, pelo que os precedentes estão limitados aos circunscritos nas publicações. Não deixam por isso de se aplicar decisões que, por força da tradição, nunca se publicaram.

O precedente e a evolução do direito jurisprudencial

Seria de esperar que, aplicando a doutrina do precedente, o direito jurisprudencial se tornaria imóvel, mas muito pelo contrário: o direito inglês evolui e tem grande capacidade de adaptação a novas condições e conceções sociais.

A mudança e a evolução derivam:

- Da revogação de normas jurisprudenciais por normas legais
- De instrumentos técnico-jurídicos que viabilizam a evolução

A lógica da doutrina do precedente permite e implica ainda outro meio normal de revogação – overruling.

Consiste na alteração da norma jurisprudencial por um tribunal hierarquicamente superior àquele que proferiu, em caso anterior, a sentença de onde emana o precedente até então observado.

Por exemplo, uma regra contida em sentença no High Court of Justice pode vir a ser livremente alterada pelo Court of Appeal para o qual aquele precedente tem valor meramente persuasivo.

- As regras jurisprudenciais estão sujeitas a múltiplos esclarecimentos: apesar de uma decisão ser suficiente para constituir precedente vinculativo a clareza da regra e a sua aplicação podem ser reforçadas pela repetição e seu desenvolvimento.

As sentenças têm, geralmente, longas explicações das regras jurisprudenciais que formam precedentes vinculativos, reforçando-as.

- A técnica de distinções pode ser utilizada como ficção para afastar a aplicação de um precedente, abrindo espaço à inovação.
- Há casos sem precedente – **leading cases** – em que os juízes fundamentam a decisão de forma vaga, invocando princípios jurídicos, considerações de razoabilidade, e o “direito inglês”.

Fundamento e natureza da regra do precedente

A criação de Direito inglês compreende duas teorias:

- **Teoria declarativa**: Os juízes em caso algum criam direito, apenas aplicam direito preexistente.
- **Teoria constitutiva**: Reconhece o papel criativo dos tribunais (judge made law).

A análise realista permite concluir que a teoria declarativa é uma ficção: quando a regra aplicada não tem natureza legal, a sua origem é jurisprudencial porque foi formulada pela primeira vez numa sentença.

Quando o método de produção de regras jurídicas se caracteriza pela sua evolução “caso a caso”, a sua explicação só pode ser a teoria constitutiva

A lei

Função da lei no sistema jurídico e competência legislativa

Na visão tradicional inglesa, a lei era vista como um meio anormal de produção de Direito que pertencia apenas ao Parlamento, cuja intervenção neste domínio era escassa. Limitava-se a corrigir e completar o case law.

No entanto, com o tempo, isto foi-se alterando e o Parlamento produz cada vez mais textos legislativos. A governamentalização da função legislativa também se foi firmando, com a atribuição do Parlamento ao Governo de competência para legislar.

Não existindo uma constituição formal, não há controlo da constitucionalidade das leis.

Matérias abrangidas e técnica legislativa

As matérias abrangidas são as mais variadas:

- Matérias excluídas do case law;
- Matérias que correspondem à transposição de diretivas da UE;
- Matérias que, tradicionalmente, eram monopólio da criação jurisprudencial

No direito inglês não existem códigos. Existem sim **codifying acts**: textos legislativos que procuram traduzir em forma legal normas jurídicas de origem jurisprudencial vigentes.

Outra técnica legislativa no Reino Unido consiste na promulgação de **Consolidating Acts** que, revogando e

m bloco uma só ou várias leis dispersas sobre determinada matéria, concentram num único texto normas substancialmente iguais às revogadas e normas inovadoras.

Regras de interpretação

A visão tradicional da função da lei no ordenamento jurídico inglês revela-se no método de interpretação e sua repercussão no estilo de redação adotado.

As regras de interpretação da lei foram formuladas pela jurisprudência, sendo a regra básica a **literal rule**: deve atender-se ao sentido ordinário, gramatical e literal das palavras.

Deste modo, cada lei acaba por incluir verdadeiros glossários que permitem o alargamento do sentido das palavras de modo a que abranjam, por exemplo, também o feminino ou o plural.

A rigidez da literal rule é atenuada por duas regras:

- **Golden rule:** o sentido literal pode ser afastado quando tal se mostre necessário para evitar um sentido absurdo ou contraditório;
- **Mischief rule:** aplicável quando a regra legal tenha tido por objetivo corrigir e revogar uma regra de case law, permitindo ao intérprete tomar em consideração esse objetivo;

O método clássico inglês excluía os elementos teleológico e histórico, atitude que vem, agora, sendo atenuada. Alguns juristas chegam mesmo a fazer referência a um purposive approach que se assemelha ao elemento teleológico.

Ainda assim, a orientação dominante mantém-se a tradicional, admitindo-se o recurso a outros meios quando se trate da interpretação se relaciona ou derive de tratado internacional ou de fonte de direito da UE.

O costume

Na Common Law, o costume não tem, nem nunca teve especial importância, a não ser no âmbito do direito constitucional e comercial.

- **Âmbito constitucional:** convencões constitucionais – práticas e usos que estabelecem o funcionamento e as relações dos órgãos de poder político, suprimindo a falta de uma Constituição escrita;
- **Âmbito comercial:** law merchant – práticas e usos comerciais

Outras normas consuetudinárias são referidas como **costume local**, que só é reconhecido caso seja imemorial (anterior a 1189). Porém, reconhece-se como costume as práticas de que não haja memória do início da prática e se prove que a origem não é posterior a esta data.

A doutrina

Na Common Law, a doutrina tem muito menor importância do que na família de direito romano-germânica, o que se explica pela menor importância da tradição universitária.

Até há pouco tempo, não se considerava nenhuma obra de doutrina como autoridade enquanto o seu autor estivesse vivo, o que reflete a ténue importância da doutrina.

Os textos doutrinários cuja citação é suscetível de ser tomada em consideração como fonte de direito pertencem aos chamados **books of authority**.

Este panorama não significa que a doutrina inglesa não seja de elevada qualidade, podendo destacar-se as monografias e as revistas genéricas e especializadas.

A descoberta do Direito aplicável

Para um jurista inglês, a descoberta do direito aplicável é feita através da procura nas sentenças de casos análogos, de rationes decidendi que possam ser utilizadas como precedente vinculativo.

A interpretação direta da lei fica reservada para circunstâncias em que esta seja aplicada pela primeira vez, não havendo, assim, precedentes sobre a matéria em causa.

A expressão “lacuna da lei” não faz sentido no direito inglês. Se alguma circunstância não está prevista em normas jurisprudenciais ou legais, o assunto (leading cases) resolve-se por inovação jurisprudencial, sendo a solução ditada por critérios de razoabilidade, dentro do conjunto de princípios que emergem de normas anteriormente fixadas.

- Na aplicação do direito inglês deve considerar-se a preponderância do direito adjetivo sobre o direito substantivo: o direito é encarado como um conjunto de regras que se destinam à decisão de litígios em tribunal e cuja aplicabilidade depende da existência de meios processuais concretos para a sua viabilização.

Direito dos Estados Unidos da América

Formação do Direito Norte-americano

Período colonial

A população que constituía o futuro estado norte-americano era, sobretudo, inglesa. Deste modo, como estabelecido no Calvin’s case (1608), o Common Law aplicava-se aos cidadãos ingleses que se tivessem fixado nos territórios coloniais.

Porém, numa primeira época (séc. XVII), foi escassa a aplicação efetiva desse direito pelos seguintes motivos:

- Eram raros os profissionais de direito
- Era difícil o acesso às compilações de jurisprudência
- Entre muitos dos colonos existia desconfiança perante o direito inglês (muitos tinham emigrado para fugir à perseguição religiosa)
- Uma parte significativa dos colonos não era de origem inglesa
- A situação nos territórios coloniais era frequentemente incompatível com a aplicação do direito da Common Law



O direito era bastante incerto

Apesar de terem surgido alguns códigos primitivos em algumas colónias, a Bíblia conta-se entre as referências mais importantes na resolução de litígios.

Numa segunda época (séc. XVIII), algumas razões vão favorecer a receção do direito inglês:

- A chegada de juristas ao novo continente
- A formação jurídica em Inglaterra de alguns colonos
- A publicação em Philadelphia dos “Blackstone’s Commentaries on the laws of England”
- A utilização do Common Law como instrumento de defesa contra os colonizadores
- A consciência dos colonos ingleses da ameaça que poderia constituir a influência dos direitos holandeses e franceses

Independência política e triunfo do Common Law

Após a declaração da independência dos EUA, criou-se uma constituição Federal, que entrou em vigor em 1789.

Existiram tensões opostas quanto à subsistência do Common Law ou à adoção de um regime mais próximo dos direitos romano-germânico. A favor do último convergiam os seguintes fatores:

- Ressentimentos contra Inglaterra, a potência colonizadora
- Inadaptação de algumas instituições e processos às circunstâncias próprias do novo Estado
- Existências de constituições escritas a nível federal e estadual
- Influência do movimento da codificação
- Vigência do direito de origem romano-germânica em alguns estados

A favor do Common Law, concorriam os seguintes fatores históricos:

- A sua aplicação antes da independência
- A sua expressa receção nas leis de alguns estados
- A influência doutrinária
- O predomínio da língua e da cultura inglesas

Estes fatores acabaram por se revelar mais fortes, pelo que o triunfo do Common Law vigorou sobre o direito das famílias romano-germânicas.

Estrutura complexa do sistema

Os EUA constituem um Estado federal formado pela Federação e 50 Estados federados, além do DF de Columbia e alguns ultramarinos.

A Federação dispõe de uma Constituição – a Constituição dos Estados Unidos – e de uma organização política que compreende, de harmonia com o princípio da divisão de poderes:

- O Presidente dos Estados Unidos, chefe de estado e do governo federal, que exerce o poder executivo;
- O Congresso, composto por duas câmaras (Senado e câmara dos representantes), com competências legislativas;
- Os Tribunais federais organizados numa estrutura judicial complexa;

Cada um dos estados tem a sua constituição própria e instituições que exercem o poder executivo – Governador -, legislativo – duas câmaras ou uma só no caso do Nebraska - e judicial – Tribunais estaduais.

Tanto os órgãos federais como estaduais criam normas jurídicas dentro dos seus círculos, formando assim 51 ordens jurídicas: a ordem jurídica federal e as 50 ordens estaduais.

Organização judiciária e sistema de recursos

A hierarquia dos tribunais é escalonada em pirâmide, em três níveis:

- **US district courts**: tribunais de primeira instância distribuídos pelos estados e outros territórios, num total de 94 district courts em toda a Federação;
- **US Court of Appeals**: tribunais de recurso, cuja área de jurisdição se designa “circuito” e abrange o território de vários estados. Existem 11 circuitos, mais o DC circuit e o Federal circuit.
- **US Supreme Court**: sediado em Washington é o tribunal do topo da hierarquia e o único diretamente criado pela Constituição.

Existem ainda tribunais de competência especializada que, apesar de serem de 1ª instância, têm jurisdição em todo o território dos EUA: US Tax Court, US Court of International Trade, US Court of Federal Claims, Courts of Military Review e US Court of Veteran Appeals.

A competência dos tribunais federais é atribuída em função de dois critérios:

- Em **razão da matéria**, quando ao caso seja aplicável direito federal;
- Em **razão das pessoas**, sempre que, qualquer que seja o direito aplicável, as partes sejam cidadãos de diferentes estados, um delas seja estrangeira, se tratem de ações de divórcio, ou de ações inferiores a 75000 dólares;

O Supremo Tribunal dos EU julga recursos de decisões interpostas dos Court of Appeals em qualquer matéria e recursos de sentenças dos tribunais superiores estaduais quando esteja em causa a aplicação de direito federal ou a compatibilidade da decisão com normas federais.

O recurso para o Supremo tribunal dos EU só é admissível através de uma petition for writ of certiorari.

Os recursos estão circunscritos a matéria de direito. O sistema é de **substituição**, exceto em relação a recursos interpostos para o Supreme Court de sentenças dos tribunais supremos dos estados.

Organização judiciária estadual

Cada estado define a sua própria organização estadual de forma autónoma. A mais comum compreende três graus de jurisdição: uma inferior, uma instância de recurso e um supremo tribunal. Existem, porém, estados com apenas dois níveis: uma primeira instância e outra de recurso.

Há que ter em conta que por vezes as designações dos tribunais estaduais são enganadoras. Por exemplo, em NY, o tribunal de topo da hierarquia chama-se Court of Appeal e o tribunal de 1ª instância Supreme Court.

Os tribunais estaduais têm competência para julgar os casos que não sejam de jurisdição federal e matérias concorrentes. Ações deste tipo de matéria podem ser interpostas em tribunal federal ou estadual de 1ª instância.

As decisões tomadas pelos tribunais de um Estado federado são obrigatoriamente reconhecidas por todos os outros Estados, nos termos da full faith and credit clause.

O júri

É no direito norte-americano que o júri tem mais importância, sendo o direito ao júri reconhecido na Constituição Federal e nas Constituições de vários estados.

O uso efetivo deste direito é frequente, em especial em processos sobre responsabilidade civil delitual.

Tanto em processo-crime como cível, o juiz exerce algumas vezes o poder excecional de proferir a sentença em desconformidade com a deliberação do júri.

- Em processo crime, no direito federal e no direito de alguns estados, a acusação pode ser precedida de apreciação sobre a suficiência das provas perante um grand jury, formado geralmente por 23 cidadãos;
- Os julgamento dos crimes mais graves realiza-se perante o trial jury (ou petit jury), quase sempre composto por 12 pessoas que, por unanimidade, decide a matéria de facto, declarando se o réu é culpado ou inocente;
- Em processo cível, existe o direito ao julgamento por um júri nos litígios superiores ao valor superior de 20 dólares em que se aplique o Common Law. O júri é composto por 6 ou 12 membros, incide sobre matéria de facto e, em alguns estados, sobre o montante da indemnização;

Unidade da profissão

A profissão de jurista nos EUA é unitária, não havendo dualidades nem distinções entre as carreiras de advogado e magistrado.

Desde que admitido numa Bar Association, o jurista pode exercer a sua atividade como advogado, como promotor Público na Administração Pública ou numa empresa, habilitar-se ao ensino universitário, ou a um cargo judicial.

Além das associações estaduais existe a American Bar Association de caráter Federal.

Formação de juristas

A profissão de jurista exige formação universitária, sendo que a admissão às faculdades de direito exige um anterior diploma superior de outra qualquer natureza.

O curso é de 3 anos, pelo que dificilmente é possível terminá-lo antes dos 25 anos.

Até à pouco tempo o ensino baseava-se no case method – análise de casos reais decididos pelo tribunal em sala de aula. Porém, agora este modelo é combinado com o dos países de civil law.

O direito administrado nas universidades é “direito norte-americano”, ou seja, direito Federal e uma espécie de direito comum aos vários Estados.

O acesso à profissão depende de aprovação em provas prestadas perante uma Bar Association estadual.

Recrutamento e estatuto dos juízes

Os juízes pertencem ao Bar, sendo recrutados entre os juristas que antes exerciam outra profissão.

Os juízes federais são nomeados a título vitalício pelo PR dos EUA, desde que confirmados pelo Congresso. São escolhidos entre advogados de prestígio, professores de direito, juízes estaduais, ou juízes federais de escalão inferior.

Os juízes estaduais são eleitos para o exercício do cargo por tempo indeterminado, mas geralmente renovado. Alguns estados adotam o sistema de nomeação pelo Governador, mediante uma lista elaborada por uma comissão para esse efeito criada.

Fontes de Direito

Elenco e hierarquia

O elenco de fontes de direito norte-americanas divide-se em **fontes primárias** – lei (statutory law) e jurisprudência (case law) - e **fontes secundárias** – doutrina e Restatements os the law.

O costume não é mencionado como fonte de Direito.

As fontes primárias de direito norte-americano ordenam-se do seguinte modo:

1º - Constituição Federal e Jurisprudência do Supremo Tribunal dos EU sobre a Constituição Federal

2º - Leis federais e Jurisprudência sobre esta legislação

3º - Constituições estaduais e Jurisprudência dos Supremos Tribunais dos estados sobre as respetivas Constituições

4º - Leis estaduais e jurisprudência sobre esta legislação

5º - Jurisprudência estadual autónoma em relação à legislação

Sentido da expressão “no federal general Common Law”

Por força da competência dos tribunais em razão das pessoas (diversity jurisdiction), colocou-se a questão de saber que direito deveria ser aplicado em litígios dessa natureza.

O Judiciary Act 1789 prescreveu a aplicação das “leis” (“laws”) estaduais designadas pelas normas de conflitos do estado onde o tribunal federal se situa.

Suscitou-se, porém, a dúvida sobre qual o sentido que deveria ser aplicado à palavra “laws”, de modo a incluir apenas statutory law ou também Common law (no sentido da case law).

Decidiu-se então que, quando ao caso não fosse aplicada statutory law, os tribunais federais julgariam de acordo com um federal general Common law, de modo a garantir a igualdade do direito aplicável por todos os tribunais federais.

No entanto, em 1983 esta orientação inverteu-se, tendo o Us Supreme Court fixado doutrina no sentido de que não existe, para as referidas situações, um Common law federal (“no federal general Common law”).

Atualmente, em todos os casos de diversity jurisdiction julgados pelos tribunais federais, o direito aplicável é o Direito do estado designado pelas normas de conflitos do Estado onde o tribunal federal se situa. Assim, é irrelevante que as normas materiais a aplicar sejam de origem legal ou jurisprudencial.

O valor atual da distinção entre Common law e equity

Tal como em Inglaterra, a separação da competência dos tribunais em função da aplicabilidade de Common law ou equity foi eliminada na maior parte dos Estados dos EU.

As regras de equity foram recebidas do direito inglês por via jurisprudencial e transposição legal.

A equity subsiste no direito norte-americano em termos institucionais e disciplinares que são equivalentes aos do atual direito inglês.

A lei

A constituição dos Estados Unidos

A Constituição é, nos EUA, o centro à volta do qual giram as grandes mutações jurídicas.

A Constituição inclui normas sobre organização e funcionamento das instituições políticas, concebidas segundo o princípio da separação de poderes e o sistema de checks and balances. Integra, ainda, um elenco de direitos individuais fundamentais conhecido como **Bill of Rights**. Na 14ª emenda constam duas importantes cláusulas gerais: a due process of law e equal protection, que têm sido determinantes na compreensão e desenvolvimento desses direitos.

Na evolução do direito Constitucional, desempenha um papel central o método de interpretação da Constituição.

Apesar de as tendências de interpretação se dividirem entre historicistas e atualistas, na prática, o método atualista tem prevalecido. Isto tem possibilitado a evolução da interpretação da lei, que se vai adaptando e acompanhando as tensões económicas, sociais e culturais...

A garantia de due process of law evoluiu de um conteúdo meramente processual para um âmbito de aplicação na garantia de direitos económicos e direitos pessoais.

Também a regra de equal protection que, inicialmente, sustentava o apartheid, evoluiu, estando na base da discriminação racial e, atualmente, sendo invocada contra a desigualdade desfavorável às mulheres.

Em 1803 institucionalizou-se o **controlo da constitucionalidade** de decisões judiciais e administrativas com um sistema de fiscalização concreta e difusa, competindo portanto a todos os tribunais.

Competência legislativa

Sendo os EUA um Estado Federal, coloca-se a questão da distribuição da competência legislativa.

Princípio geral: 10ª emenda – Os órgãos federais têm competência para legislar apenas nas matérias que lhes estão reservadas pela Constituição. Em relação a todas as outras a competência legislativa pertence aos estados em exclusividade.

Matérias de competência do Congresso: impostos, comércio com nações estrangeiras e entre os estados, naturalização, insolvência, moeda, forças armadas e criação de tribunais federais.

Apesar de terem competência nestas matérias, elas não são exclusivas do Congresso, pelo que os Estados têm um poder residual para legislar quando o Congresso não faça uso da sua competência.

Os poderes normativos federais têm ampliado através da “doutrina dos poderes implícitos”, entendimento que incide sobretudo no comércio.

A nível federal, o poder legislativo é concedido ao Congresso que o partilha com o poder executivo, neste caso com o PR. Este aprova ou autoriza a aprovação de um elevado número de normas regulamentares, emanadas de várias agências e comissões federais especializadas, em diversos aspetos da atividade económica.

A nível estadual o universo da legislação é composto pelas leis elaboradas pelas câmaras parlamentares e pelas normas regulamentares provenientes dos Governadores e das agências e comissões estaduais.

Os tribunais supremos federais e estaduais produzem normas quase-legislativas através da promulgação de regras processuais.

Codificação

A abundante produção legislativa norte-americana, quer estadual, quer federal, torna necessária a existência de códigos.

O fenómeno da codificação deu-se por influência dos colonizadores franceses e espanhóis anteriores à independência generalizando-se, posteriormente, os códigos em sentido impróprio. Estes constituem meras compilações de leis, ordenadas segundo diversos critérios, que podem ser o cronológico ou o alfabético, combinados ou não com alguma sistematização por assuntos.

- **United States Code:** compilação das leis federais aprovadas pelo Congresso; reeditado de 6 em 6 anos; composto por muitos volumes pelos quais se distribuem as diferentes matérias.
- **Code of Federal Regulations:** compilação dos regulamentos presidenciais e das agências administrativas federais.
- **Code/Revised Statues:** coletâneas das leis vigentes nos estados.

Estes códigos são sempre publicados com extensas anotações que compreendem referências jurisprudenciais e comentários explicativos.

Leis uniformes e leis-modelo

No final do séc. XIX foi criada por iniciativa da American Bar Association, a **National Conference Commissioners on Uniform State Laws**, uma instituição quase-oficial onde estão representados todos os

estados, com o objetivo de se preparar e publicar textos que servissem de base para a uniformização dos direitos estaduais.

O maior êxito verificou-se a nível do comércio, com o Uniform Commercial Code, aprovado em 49 estados e parcialmente recebido na Louisiana.

A harmonização de direitos estaduais também tem sido promovida pela proposta de leis modelo.

As leis uniformes e as leis modelo são textos de vocação legislativa que, uma vez aprovados, passam a ser direito estadual circunscrito aos estados onde vigoram.

Interpretação da lei

- Maior flexibilidade e consideração de elementos teleológicos ou sistemáticos;
- A literalidade é menos sentida nas leis federais e mais forte na interpretação de leis estaduais;
- A atitude de stare decisions abrange o sentido relevante das normas legais tanto como o das normas de pura criação jurisprudencial;
- Os tribunais não se pronunciam acerca da inconstitucionalidade de norma contida num statute sem que ele tenha sido aplicado e portanto interpretado por um tribunal;

A jurisprudência

Valor do precedente

Nos EUA, a jurisprudência é fonte de direito no âmbito da doutrina de stare decisions.

Os tribunais inferiores, quer estaduais, quer federais, sentem-se vinculados a decidir do mesmo modo que casos semelhantes foram decididos por tribunais superiores.

A separação das duas jurisdições não exige a separação dos precedentes relevantes: os tribunais estaduais aplicam direito federal, e os tribunais federais aplicam direito estadual, não só de origem legal, como também jurisprudencial.

Os tribunais estaduais consideram-se vinculados:

- Por precedentes contidos em decisões anteriores de tribunais hierarquicamente superiores
- Por precedentes contidos em decisões anteriores de tribunais federais que apliquem direito federal ou direito do respetivo Estado

Os tribunais federais consideram-se vinculados:

- Por precedentes contidos em anteriores decisões de tribunais federais hierarquicamente superiores
- Por precedentes contidos em decisões anteriores dos tribunais superiores do respetivo estado quando apliquem direito estadual

Geralmente os tribunais estarão inclinados a seguir igualmente os seus próprios precedentes, mas considera-se admissível que os tribunais situados no topo da respetiva hierarquia judiciária alterem a orientação anterior, revogando a norma aplicada em casos análogos anteriores.

Por oposição a Inglaterra, onde os precedentes se aplicam por força vinculativa, nos EUA apenas há uma política do precedente, sendo possível que um tribunal não respeite um precedente que em princípio o vincularia, na convicção de que o tribunal superior também não o aplicaria.

As técnicas usadas na descoberta e na evolução do precedente são em tudo semelhantes às do direito inglês. A nomenclatura só é diferente porque, no direito americano, a ratio decidendi se designa por **holding of the case**.

A menor rigidez do sistema permite o uso mais genuíno da técnica das distinções, mas nem sempre se evita a sua invocação fictícia. Apesar de tudo, os juízes norte-americanos preferem dar a aparência de seguir um precedente estabelecido a afronta-lo direta e claramente.

As regras de case law estadual constituem apenas direito dos respetivos Estados. Mas estes não são isolados uns dos outros. Para além da influência do direito inglês, é inevitável a atenção que é dada ao modo como casos análogos são decididos noutros estados. É aquilo a que se chama **jurisprudência paralela**.

Os tribunais também invocam, por vezes, sentenças de outros sistemas jurídicos de Common law, nomeadamente de Inglaterra

Estilo das sentenças

As sentenças norte-americanas abandonaram a separação formal das opiniões emitidas por cada um dos juízes participantes num tribunal coletivo. A sentença é geralmente redigida por um só relator que exprime a opinião comum ou maioritária. Não é, porém, raro que esta possa ser complementada com votos de vencido.

A citação de doutrina é vulgar e não há problema em citar-se autores vivos.

As coletâneas de jurisprudência

Tal como no direito inglês, a publicação das sentenças, especialmente as dos tribunais superiores, é instrumento fundamental para a aplicação do sistema de stare decisis.

As sentenças dos tribunais federais são publicadas em várias coletâneas. As mais divulgadas compreendem:

- As decisões do Supremo Tribunal – United State Reports
- As decisões dos court of appeals – Federal repórter
- As decisões dos tribunais de primeira instância – Federal Supplement

As sentenças dos tribunais estaduais são publicadas, em cada estado, em edições oficiais ou privadas.

A maior parte das decisões é também publicada por uma editora privada de âmbito nacional segundo o chamado National Reporter System, que obedece à distribuição, em sete regiões, a cada uma das quais corresponde uma série.

Estas séries não compreendem as sentenças dos tribunais de nível intermédio dos dois Estados de mais elevada litigância, cujas sentenças estão incluídas em séries específicas.

Fontes secundárias de Direito

A doutrina

A doutrina jurídica norte-americana destaca-se pela sua quantidade, completude, diversidade de estilos e modelos editoriais. Podem indicar-se:

- Enciclopédias
- Tratados (científicos) sobre áreas específicas
- Looseleaf series, textos de atualização periódica com transcrições selecionadas da lei e da jurisprudência
- Case book, que contêm jurisprudência comentada
- Lições universitárias e monografias
- Manuais abreviados (nutshells)

As mais importantes revistas têm origem universitária, sendo que quase todas as universidades de Direito publicam pelo menos uma.

Em comparação com a doutrina inglesa, a norte-americana desperta muito maior interesse e tem um prestígio muito maior. Constitui um elemento relevante entre os que são utilizados na descoberta do direito aplicável e não é invulgar a referência em decisões dos tribunais.

Os Restatements of the law

Os Restatements of the law são um tipo de fonte que é exclusiva do direito norte-americano e que teve origem na sua estrutura peculiar.

Baseiam-se em pesquisas e publicações do “direito comum” estadual em áreas onde o case law é mais denso.

Cada parágrafo ou secção contém uma regra ou um conjunto de regras relacionadas, sendo o respetivo texto seguido de comentários e referências a outras fontes.

Apesar de terem aparência de códigos, os Restatements baseiam-se fundamentalmente na jurisprudência sendo, no entanto, fontes secundárias de natureza doutrinária. Deste modo acabam por exercer influência no modo de decidir dos juízes.

Pluralidade e unidade do Direito norte-americano

A descoberta do direito aplicável

A primeira questão a colocar é saber se é aplicável direito federal ou direito estadual e, neste caso, que direito estadual.

Seja qual for o resultado, as normas aplicáveis procuram-se na holding de casos anteriores análogos, a menos que não haja precedente que se deva respeitar.

A noção de lacuna da lei e seu preenchimento por analogia não se incluem nos mecanismos norte-americanos para a descoberta de direito. “Raciocinar por analogia” significa descobrir casos para serem utilizados como precedentes.

Se não há norma legal sobre determinada situação, tal significa que ela deverá ser regulada, em princípio, pelo Common Law.

A descoberta de precedentes é auxiliada pelas fontes secundárias já mencionadas, sendo o sistema completado pelos citators – registos com listas de referências às fontes primárias e secundárias, bem como às suas inter-relações.

A maior parte destes meios é acessível através de bases de dados que os reproduzem em suporte informático.

Fatores de unidade no direito dos EUA

Apesar de não ser uno, o direito dos EUA tem alguns fatores que contribuem para a sua crescente uniformização:

- A Constituição dos EUA
- A jurisprudência do Supremo Tribunal
- O progressivo alargamento do direito federal baseado na interpretação dada às normas que estabelecem a competência legislativa dos órgãos federais
- As leis uniformes

- A frequente invocação pelos tribunais de um estado da jurisprudência de outro (jurisprudência paralela)
- Os restatements of the law
- A perspectiva unitária do direito norte-americano no ensino universitário e na generalidade das obras doutrinárias

Síntese comparativa e âmbito da família de direitos de Common Law

Diferenças entre os Direitos Inglês e dos EUA

O conjunto de diferenças limita-se aos elementos jurídicos, uma vez que não se verificam distinções relevantes no plano dos elementos metajurídicos e porque a história do direito inglês é o tronco comum a partir do qual evoluíram os restantes direitos de Common Law.

- O **pluralismo normativo e judiciário** dos EUA, consequência da sua estrutura federal, em contraste com a **unidade** da ordem jurídica e da organização judiciária inglesa.
- **Constituições** escritas e **fiscalização da constitucionalidade**, nos EUA / constituição histórico-consuetudinária, sem controlo de constitucionalidade no Reino Unido.
- A receção no Reino Unido do direito da União Europeia.
- Maior **flexibilidade do stare decisis**, no direito norte-americano, em comparação com o direito inglês em que a **doutrina do precedente** está estabelecida por regras mais rígidas e geralmente bem definidas.
- Maior importância da **codificação** no direito norte-americano.
- Maior liberdade para os juristas dos EUA na metodologia de **interpretação da lei**.
- **Produção doutrinária** norte-americana mais intensa e mais influente que a inglesa.
- Os **Restatements of the law**, fonte doutrinária norte-americana sem correspondência no direito inglês.
- Descentralização versus centralização da **organização judiciária**, respetivamente nos EUA e na Inglaterra
- Unidade das **profissões jurídicas**, nos EUA / Dualidade em Inglaterra.
- Exigência de **formação** universitária para os juristas norte-americanos, requisito que é dispensável em Inglaterra.
- Coexistência nos EUA de dois sistemas de **recrutamento de juizes** (nomeação e eleição) / exclusividade, em Inglaterra, do sistema de nomeação.

Semelhanças entre os sistemas jurídicos inglês e norte-americano: características comuns dos direitos de Common Law

A influência que o direito inglês exerceu por via da colonização sobre outras ordens jurídicas permite, porém, generalizar os resultados, elevando-os ao nível de características comuns (ou pelo menos tendenciais) de todos os direitos de Common Law.

Elementos metajurídicos

- A influência da **religião** e da **moral cristã**; distinção entre **direito e outras ordens normativas** (religião, moral, convivência social).
- As tradições culturais do **humanismo** e do **racionalismo**.
- Uma certa tendência para o **pragmatismo** e o empirismo no critério de decisão dos comportamentos.
- A **economia de mercado**.

- A língua inglesa.

Elementos históricos

- A subsistência de certos traços caracterizadores do direito surgidos durante o período de **formação do Common Law** nos tribunais reais ingleses.
- A escassa influência do direito romano.
- A **colonização** inglesa como veículo de expansão do seu modelo jurídico.

Elementos jurídicos

- **Conceção do direito** em que a instrumentalidade para a resolução de conflitos prevalece sobre (ou pelo menos rivaliza com) a ideia de regra de comportamento.
- **Estrutura das regras jurídicas** em que a previsão é normalmente formulada com escasso grau de generalidade.
- **Primazia do direito processual** sobre o direito substantivo, expressa pelo aforismo no remedy no right (mais acentuada no direito inglês do que no norte-americano).
- O **Estado** como base da organização política; coincidência tendencial entre ordem jurídica e normas de origem estadual.
- **Democracia política** representativa; **separação de poderes**.
- Ampla consagração de **direitos, liberdades e garantias** individuais.
- **Atitude de stare decisis**, isto é, tendência para os tribunais decidirem casos atuais do mesmo modo que foram decididos casos análogos anteriores.
- Existência de importantes **áreas** jurígenas **sem regulação legal**, cobertas por **normas de criação jurisprudencial** (case law).
- Distinção entre regras de **Common law** e regras de **equity**.
- Primazia da **jurisprudência** como fonte de revelação das normas jurídicas, incluindo a determinação do sentido relevante das normas de origem legal.
- Superioridade da **lei** sobre a jurisprudência, no plano hierárquico.
- **Competência legislativa** distribuída entre as instituições parlamentares e as governamentais.
- Reduzida importância da codificação, entendida no sentido romano-germânico do termo.
- Prevalência do elemento literal na **interpretação da lei**, com restrições à utilização dos elementos histórico, teleológico e sistemático.
- Inadmissibilidade ou relutância de aplicação analógica da lei.
- Escassa importância do costume.
- Controlo dos atos de Administração Pública pelos tribunais comuns.
- Participação frequente do **júri** no julgamento de matéria de facto, em processo crime e (nos EUA) também em processo cível.
- Relevância da componente prática na **formação dos juristas**.
- Preferência pelo **recrutamento dos juizes** entre juristas que anteriormente exerciam a profissão de advogado.

Âmbito da família de direitos de Common Law

Os direitos de Common law

A família de Common Law é composta, sobretudo, por países que pertenceram ao Império Britânico e por países onde a maioria da população é de origem europeia.

Pertencem à família de direito de Common Law:

- **Na Europa:** o direito inglês (England e Wales), da Irlanda do Norte (Ulster) e da República da Irlanda (Eire);
- **Na América:** direitos dos EUA e do Canadá, sem prejuízo da natureza híbrida da Louisiana e do Québec)
- **Na Oceânia:** direitos australiano e neozelandês

Influência em sistemas jurídicos híbridos

A influência preponderante do Common Law verifica-se:

- **Em África:** países que foram colónias inglesas (Nigéria, Gana, Tanzânia, Quênia, Uganda, Libéria e República da África do Sul)
- **Na Ásia:** países que foram domínios ou protetorados ingleses (União Indiana, Paquistão e Israel)

Os EUA também têm influenciado juridicamente alguns países, destacando-se o caso das Filipinas e do Japão, cuja influência é notória sobretudo na legislação de direito económico.

Comparação entre os sistemas romano-germânicos e de Common Law

Sentido da distinção entre Common Law e Civil Law

Terminologia

A expressão Common Law pode ser utilizada em três sentidos:

- O Direito aplicado pelos tribunais
- Todo o Direito das ordens jurídicas anglo-saxónicas com exclusão das regras de equity
- Case Law (todo o direito das ordens jurídicas anglo-saxónicas que não sejam statutory law)
- Família de Direitos em que se integram o direito inglês e as ordens jurídicas por este influenciadas

A Civil Law é utilizada pela família de Common Law para designar a família de Direito romano germânica.

A principal diferença entre uma e outra reflete-se na sua evolução. Enquanto a Civil Law teve uma formação e evolução especificamente inglesa, a Civil Law evoluiu a partir do Direito Romano.

Semelhanças entre os direitos de Common Law e os direitos de Civil Law

- Influência da religião e da moral cristãs; distinção entre direito e outras ordens normativas (religião, moral, convivência social)
- Tradições culturais do humanismo e do racionalismo
- Economia de mercado
- A colonização como veículo de expansão dos modelos jurídicos europeus para sociedades não-europeias
- Organização política e sistema jurídico de base estadual
- Democracia política representativa; separação de poderes
- Consagração de direitos, liberdades e garantias individuais
- Competência legislativa distribuída entre as instituições parlamentares e as governamentais
- Superioridade hierárquica da lei em relação à jurisprudência
- Escassa importância do costume

Diferenças entre os direitos de Common Law e os direitos de Civil Law

Sistemas jurídicos de Common Law:

- Tendência para o pragmatismo e o empirismo;
- Uso da língua inglesa
- Criação jurídica autónoma pelos tribunais medievais ingleses
- Primado da jurisprudência na Common Law
- Projeção das regras jurisprudenciais nas regras legais nos sistemas de Common Law
- Menor generalidade das previsões normativas nos sistemas de Common Law
- Limitada importância da codificação
- Prevalência do elemento literal na interpretação da lei
- Subordinação ao precedente jurisprudencial
- Relutância na aplicação analógica da lei
- Protagonismo conferido ao júri
- Prevalência da formação prática dos juristas
- O controlo dos atos de Administração Pública compete em última instância aos tribunais comuns

Sistemas romano-germânicos:

- Recepção do direito romano verificada pelos direitos europeus continentais
- Primado da lei nos Direitos romano-germânicos
- Importância da doutrina
- Exigência de formação universitária
- Estratificação das magistraturas em carreiras próprias
- O controlo dos atos de Administração Pública pertence à Administração

⇒ A principal dissemelhança entre os direitos de Civil Law e de Common Law não reside nos resultados de aplicação das regras jurídicas, mas sim nos métodos de raciocínio jurídico e nas técnicas de descoberta do direito aplicável. O que é realmente diferente é a atitude de espírito perante as fontes de direito.

Tendência de aproximação

Reside, justificadamente, a ideia de que as oposições entre Common Law e Civil Law se têm vindo a atenuar em resultado de tendências cruzadas de aproximação entre as suas características.

- Crescente presença da lei entre as fontes de direito nos sistemas de Common Law
- Aumento da importância da jurisprudência nos sistemas romano-germânicos,
- Difusão do uso da codificação ao estilo romano-germânico em países como os EUA
- Aumento da atração pela técnica legislativa específica dos direitos anglo-saxónicos nos países de Civil Law
- Abertura à utilização de elementos históricos, teleológicos e sistemáticos na interpretação da lei; a atenção dispensada à doutrina; a generalização da formação universitária dos juristas no Direito de Common Law
- Aumento da relevância da jurisprudência do Tribunal de Justiça da EU como fonte de direito Europeu
- Influência do pensamento jurídico anglo-americano e das soluções em institutos concretos na doutrina e nas decisões legislativas da Europa continental

Sistemas Jurídicos islâmicos

O islão e a xaria

Religião islâmica

A religião islâmica surgiu a partir da receção de Deus (Alá) por Maomé que acabou por ser reconhecido como chefe da religião.

A religião islâmica foi-se expandindo mantendo a sua influência política mesmo depois da queda do Império Otomano.

Hoje em dia, existem cerca de mil e quinhentos milhões de islâmicos dispersos no mundo, em muitos dos quais constituem a maioria da população.

Significados atribuídos à palavra “Islão”:

- Submissão absoluta à vontade de Deus
- Paz e repouso
- Comunidade daqueles que professam a religião islâmica ou muçulmana

Para além de ser uma religião monoteísta, o Islão é também um sistema social e político.

Princípio fundamental: “Só Alá é Deus e Maomé é o seu profeta”

Obrigações para com os crentes:

- Oração cinco vezes por dia
- Jejum no mês do Ramadão, desde o nascer ao pôr do sol
- Esmola aos pobres (zakat)
- Peregrinação a Meca pelo menos uma vez na vida

Alguns referem ainda como obrigação a guerra santa (jihad), mas a questão não é clara.

Proibições da religião:

- Proibição do consumo de bebidas alcoólicas
- Proibição do consumo da carne de porco
- Proibição de representar figuras humanas
- Imposição às mulheres de cobrirem o corpo

Xaria: sentido e fontes

A **xaria** é o conjunto de regras reveladas que os muçulmanos devem observar. Existe uma equivalência entre a xaria e o “direito islâmico” uma vez que não existe distinção entre a religião e o direito.

A xaria engloba todas as áreas da vida, correspondendo ao direito objetivo (fiqh), ao saber jurídico e à ciência do direito.

As fontes da xaria (usul al-fiqh) subdividem-se em primárias e secundárias. As **primárias** são o Corão e a tradição, enquanto as **secundárias** são a analogia e o consenso.

Corão: contém as revelações feitas a Maomé que este ditou aos seus companheiros que acreditam que Deus é o seu verdadeiro autor. Contém preceitos jurídicos, nomeadamente normas de conduta inseridas no direito da família, das sucessões, penal, dos contratos, das obrigações, financeiro, constitucional e internacional.

Exemplos: Permissão da poligamia, direito de repúdio da mulher pelo marido, proibição do juro, pena de flagelação....

Tradição: (suna) Refere-se aos costumes e bons exemplos do Profeta constantes dos hadites. Cada **hadite** é composto por duas partes: a parte material, decorrente da narrativa, e a parte histórica. Existem cerca de um milhão de hadites, colecionados em várias obras. Entre essas, existem também algumas de conteúdo jurídico.

Consenso: O consenso unânime de toda a comunidade, considerada infalível, reporta-se na verdade ao consenso de qualificados teólogos-juristas, segundo critérios variáveis conformes à escola que perfilhe.

Analogia: O raciocínio por analogia destina-se ao preenchimento de lacunas.

A admissibilidade de outras fontes é discutível. Pode reconhecer-se o esforço individual e independente, o comentário ou explicação do Corão por teólogos e juristas, o costume, a jurisprudência e os decretos emitidos em resposta a questões colocadas ao teólogo.

As opiniões divergentes quanto ao alcance das fontes da xaria refletem as divisões do mundo islâmico entre a maioria sunita, a minoria xilita, e as pequenas quatro escolas sunitas: hanafita, maliquita, xafeita e hambalita.

Características da xaria

- Tem origem sagrada e dogmática justificando as regras pela sua própria existência
- Tende a ser imutável no tempo e no espaço
- Tem uma estrutura heterogénea com um variável grau de sistematicidade: mistura princípios de elevado grau de abstração com prescrições de base empírica
- Âmbito de aplicação: critério pessoal - a xaria vigora para todos os muçulmanos seja qual for a sua nacionalidade ou domicílio
- Âmbito material: sistema completo e universal, incluindo regras jurídicas, políticas, morais e religiosas
- Predomínio do interesse comunitário sobre os interesses individuais

Estas características da xaria fazem com que, para que possa ser aplicada ao tempo moderno, tenha de ser acompanhada por outros elementos complementares e corretivos.

Os aplicadores da xaria utilizam, assim, muitas vezes, a ficção e a simulação de modo a tentar corrigir, aparentemente, a imutabilidade e o arcaísmo.

Por exemplo, nos tempos mais recentes, as regras da xaria em relação à mulher entram em conflito com as comunidades urbanas progressistas. Assim, para impedir os efeitos da poligamia, engendraram-se cláusulas de convenção antenupcial que, para a hipótese do segundo casamento do marido estabelecem a necessidade de acordo da primeira esposa ou uma indemnização a pagar pelo marido.

Evolução e atualidade dos direitos islâmicos

Do passado glorioso à modernização

Durante treze séculos, a história do direito islâmico correspondeu à xaria que, salvo raras exceções em que era complementada pelo costume (lacunas), era a principal fonte de direito.

A progressiva evidência das omissões da xaria quebrou este equilíbrio e exigiu a modernização. A modernização dos direitos islâmicos consistiu na criação, em cada um dos Estados islâmicos, de direitos de base legislativa, cada um dos quais distinto dos outros e do direito islâmico comum e tradicional (a xaria).

Isto não significou, porém, a revogação ou a substituição do antigo por novos sistemas.

Nesta reforma a codificação teve um papel preponderante: surgiram inúmeras codificações especialmente inspiradas nos modelos europeus.

Assim, verificou-se um declínio da supremacia da xaria nos sistemas jurídicos vigentes nos Estados de população e de vários preceitos caracterizadores do islamismo.

O ressurgimento islâmico

Em 1967, a guerra israelo-árabe, revalorizou a religião e a espiritualidade islâmica em reação contra o modo de vida ocidental desencadeado pela modernidade. A forma política desse ressurgimento denomina-se **fundamentalismo islâmico** e implica o retorno à pureza da xaria.

- **Irão:** Regime teocrático de governação segundo os princípios islâmicos; o direito penal corânico foi restabelecido.
- **Afeganistão:** instituição do Emirato Islâmico do Afeganistão. Regime de aplicação estrita da xaria, intolerância religiosa e discriminação das mulheres.

O retorno à xaria não se limita a estes casos limite, verificando-se um pouco por todo o mundo islâmico. O sinal mais evidente encontra-se nos textos constitucionais, onde, mesmo em estados moderados, o papel da xaria como fonte de direito foi introduzido, reintroduzindo ou reforçado.

As recentes intervenções militares no mundo islâmico ainda não permitem ver as suas consequências na totalidade. A tendência é para a eliminação de regimes autocráticos e para a sua evolução para a instauração de democracias islâmicas, com predomínio da xaria.

A diversidade de sistemas jurídicos islâmicos na atualidade

É indispensável distinguir:

- O **direito islâmico** (equivalente à xaria ou a fiqh), sistema normativo de referência que atualmente não vigora exclusiva e integralmente em parte alguma do mundo.
- Os **direitos islâmicos**, qualificação atribuída aos sistemas jurídicos em que a xaria é fonte de direito e o Islão é a religião do Estado.
- Os **direitos dos países islâmicos** que inclui sistemas jurídicos que não pertencem à família de direitos islâmicos.

Os direitos islâmicos, em sentido próprio, apresentam, entre si, diferenças e semelhanças, sendo possível dividi-los em grupos:

1. Sistemas com elevado grau de influência da xaria, abrangendo pelo menos o domínio dos direitos pessoal, familiar, e penal.
Ex: Arábia Saudita, Oman, Qatar, EAU, Iémen, Sudão, Irão e Paquistão.
2. Sistemas híbrido com marca romanista, em que a influência efetiva da xaria é, no essencial, restrita ao estatuto familiar.
Ex: Marrocos, Argélia, Jordânica, Síria, Líbano, Iraque, Kuwait, Mali, Chad, Guiné, Costa do Marfim, Níger, Senegal, Indonésia.
3. Sistemas híbridos de influência de Common Law, combinada com estatuto familiar de base islâmica: Bangladesh, Malásia, Nigéria, Gâmbia.

Elenco

Em todos os sistemas islâmicos são **fontes primárias** reconhecidas a Constituição, os Códigos e outras leis, e a xaria.

Outras fontes que variam de sistema para sistema são: o costume, a jurisprudência e a doutrina.

Constituição

Em quase todos os Estados islâmicos existe uma Constituição concebida como lei fundamental do Estado, onde se integra a organização do poder político e os direitos fundamentais dos cidadãos.

A maioria islâmica reconhece que o poder tem origem divina, sendo daqui que provém o poder do Chefe de Estado que concentra não só o poder religioso mas também o poder temporal.

A maioria das Constituições tem como referência a democracia, ainda que a sua aplicação não vá ao encontro das democracias ocidentais.

Outras Constituições tomam como fonte do poder o povo, pertencendo-lhe exclusivamente a soberania nacional. Em contrapartida, alguns textos constitucionais tomam como fonte do poder do governo o Sagrado Corão e a tradição do Profeta.

Por fim, Constituições mais recentes como a do Afeganistão e do Iraque, invocam nos preâmbulos o nome de Deus e declaram o Islão religião oficial do Estado.

As Constituições consagram também, em graus diferentes, um elenco de direitos fundamentais. Algumas adotam formas próximas das Europeias, outras são bastante restritas neste domínio.

Os pontos críticos são, geralmente, a liberdade religiosa e a igualdade entre homens e mulheres. Estes são assuntos, normalmente omissos e muito vagos, adotam regimes “de acordo com os critérios islâmicos”, permitindo, assim, os abusos e as desigualdades conhecidas.

A xaria como fonte de direito atual

Em todos os sistemas jurídicos islâmicos, a xaria está integrada nas fontes de direito, como uma das principais fontes, senão mesmo a principal.

Relativamente à xaria, mais uma vez, existem textos constitucionais que remetem para a sua aplicação, enquanto não permitem que a lei contrarie o Islão e a democracia.

Na generalidade dos Estados a islamização tem sido sinuosa. Em alguns aspetos tem avançado, noutros tem estado em contenção. Destacam-se, aqui, as questões relacionadas com a poligamia que países como a Argélia têm vindo a facilitar.

Dualidade dos sistemas e hierarquia das fontes

Os direitos islâmicos atuais caracterizam-se pela coexistência ora integrada, ora desarticulada de duas ordens normativas com origem, fundamento e natureza diferentes:

- A xaria, que ultrapassa a base religiosa para se projetar na vida social;
- O direito positivo, de reconhecida origem humana, atualmente composto por regras prescritas pelas autoridades estaduais.

Esta dualidade gera contradições, conflitos normativos e ambiguidades. Contradições, porque a profundidade da dimensão religiosa das sociedades islâmicas não evita no direito que efetivamente se aplica um certo recuo da normatividade intrinsecamente islâmica. Conflitos normativos, porque, se a xaria completa a lei estadual, é ela própria a lei por excelência. E ambiguidades porque nem sempre existem normas que resolvam abertamente tais conflitos.

Tal dualidade é visível, sobretudo, no direito da família.

Na prática, a lei é a principal fonte de legitimação do direito e é encarada com mais naturalidade que a xaria enquanto fonte de direito. Na verdade, é a lei do Estado, com destaque para a Constituição, que faz referência à xaria, e não o inverso. Paradoxalmente, a xaria vê assim reforçada a sua legitimação.

Organização judiciária e profissões jurídicas

Os tribunais da xaria

O **cádi** é o principal personagem da administração da justiça – o juiz no direito islâmico tradicional. A evolução deste cargo levou a que o cádi assumisse a qualidade de magistrado, dotado de uma certa independência, limitada porém, pela nomeação pela autoridade política.

Os clássicos tribunais do cádi, eram tribunais não hierarquizados, singulares, com competência para qualquer tipo de litígios entre muçulmanos em que se aplicasse a xaria (tribunais da xaria).

As **sentenças do cádi** não tinham de ser fundamentadas, não formavam caso julgado, não constituíam precedente e não admitiam recurso.

Os cádis não exercem apenas funções de natureza jurisdicional, também têm funções de juristas e funções notariais em certos assuntos.

A modernização do direito islâmico, correspondeu à redução das funções do cádi.

Os cádis coexistiram sempre com outras instâncias, entre elas os **tribunais comunitários**, competentes na aplicação de direito consuetudinário profano.

Os grandes concorrentes dos tribunais da xaria foram os **tribunais estaduais**, criados ou reorganizados em cada país islâmico, em situação de submissão ou no exercício da soberania, mas em qualquer estado estruturados à imagem dos Estados europeus. Gradualmente, os tribunais do Estado foram substituindo os tribunais da xaria, tendo mesmo, nalguns casos, sido abolidos.

Organização judiciária contemporânea

A evolução assimétrica da organização judiciária dos Estados islâmicos, não culminou com uma fórmula comum de organização.

Assim, comum a todos os Estados é a existência de tribunais estaduais, estruturados hierarquicamente.

É possível distinguir dois grupos de sistemas:

1. Sistemas de **organização judiciária unitária**, em que apenas se reconhecem tribunais estaduais que aplicam normas de qualquer natureza, incluindo normas da xaria. Esta sistematização pode incluir, nalguns Estados, juízes com formação especial no fiqh ou tribunais vocacionados para a aplicação da xaria, integrados, porém, numa estrutura judicial própria.
2. Sistemas de **organização judiciária dualista**, em que os tribunais da xaria coexistem com uma estrutura judicial estadual, de natureza secular.

Qualquer destes sistemas é compatível com a existência de um Tribunal Constitucional.

Como alternativa à resolução de litígios por tribunais estaduais admite-se a arbitragem, incluindo em matéria familiar regida pela xaria.

Profissões jurídicas e formação profissional

A dualidade do sistema jurídico islâmico contemporâneo reflete-se também na dualidade de perfil dos profissionais que aplicam este conjunto normativo.

- **Especialistas da xaria** – alim, mullah ou fuqaya: Nos tribunais do cádi este deve ser homem, muçulmano e púbere. Aos olhos dos não muçulmanos as suas funções parecem quase sacerdotais, podendo ser caracterizados como teólogos e juristas ao mesmo tempo. Inicialmente não eram remunerados mas agora admite-se que o sejam.
- **Profissões jurídicas laicas** – juizes, magistrados do Ministério Público, advogados e notários: Exercem as suas funções em tribunais do Estado ou em aplicação do Direito de fonte estadual. O exercício destas funções denota influência dos sistemas jurídicos europeus.
- **Advogados** – O surgimento desta profissão foi tardia. Podem coabitar advogados muçulmanos (alguns com formação no estrangeiro) com advogados estrangeiros ou ligados a grandes sociedades de advogados estrangeiras. A admissão de advogados em tribunais mistos foi, pela primeira vez, aceite no Egito no final do séc. XIX.

A formação de juristas também reflete e prepara esta dualidade.

Nos países islâmicos o Corão é recitado de cor nas escolas primárias e secundárias, onde também se aprende a sira, os hadites e os dogmas islâmicos.

- A formação em especialistas da xaria exige estudos mais elevados, em universidades islâmicas, de orientação proselitista. Não se aprende só Direito mas toda a “ciência da revelação”.
- A formação mais comum dos juristas (magistrados e advogados) é feita em faculdades de estilo europeu, sendo vocacionada para o direito positivo.

As diferentes formações não implicam uma separação entre o estudo do fiqh e das fontes de direito laicas, sendo até possível obter licenciaturas mistas em xaria e direito estadual.

Comparação entre os sistemas jurídicos islâmicos e cristãos

Diferenças entre os Direitos islâmicos e os “Direitos Cristãos”

Conceção de Direito

- **Indistinção entre religião e direito**: Nos Estados islâmicos a xaria tem um papel preponderante. Apesar de não coincidir completamente com nenhum sistema jurídico islâmico e de a sua influência variar de Estado para Estado, a xaria completa, de várias formas, os direitos estaduais, sendo por isso fonte de direito. No seu âmbito não há uma distinção entre religião, moral e direito; atos religiosos e relações humanas; ou entre direito canónico e direito civil.
- **Distinção entre direito e outros sistemas normativos** tais como a religião, a moral e as normas de convivência social. Foi em ambiente cristão que a separação das ordens normativas se verificou, pelo que é possível dizer que há uma conexão cristã do direito. Mesmo assim, nesta formulação é possível distinguir, claramente, o direito da religião.

Estas distinções não têm contornos absolutos.

Em alguns estados islâmicos, a neutralidade laica foi até cultivada, enquanto nalguns Estados europeus é reconhecida uma relação privilegiada do Estado com a igreja.

Fontes de Direito e outros elementos jurídicos

Apesar das diferenças existem fontes de direito comuns às três famílias de Direito: a lei, a jurisprudência, o costume e a doutrina.

A diferença surge na família de direitos islâmicos eu consideram também como fonte a xaria.

A organização do poder político, nos Estados islâmicos, por influência da xaria, é predominantemente autocrática. Mesmo quando oficialmente se proclama a democracia, esta não assume a forma representativa e pluripartidária que se reconhece na quase totalidade dos sistemas jurídicos europeus.

A separação de poderes, e a separação entre Estado e autoridades religiosas não fazem parte dos caracteres comuns dos direitos islâmicos.

Apesar da proclamação dos direitos fundamentais na concepção islâmica, o elenco destes e a sua prática é claramente mais reduzida do que nos direitos cristãos.

Ao contrário das restantes famílias, na família de direito islâmica não existe um modelo de organização judiciária.

Quanto às profissões jurídicas, é exigida formação específica nas matérias em que a xaria é fonte autónoma de direito, enquanto nos direitos romano-germânico e de Common Law não há uma correspondência quanto às especializações profissionais.

Semelhanças entre os Direitos islâmicos e os Direitos cristãos

- **O Direito disfruta de um grande prestígio**, sendo considerado um dos mais dignos meios de resolução de conflitos
- **A base estadual da organização política**
- **As soluções jurídicas materiais** decorrentes da economia de mercado e do comércio internacional;
- **A coincidência das fontes de Direito** com ressalva da xaria
- O domínio da **lei**
- **A escassa importância do costume**
- **A estrutura hierarquizada dos tribunais**
- A admissibilidade de **resolução de litígios através da arbitragem**
- A aproximação das **categorias de profissões jurídicas** (advogados e magistrados)
- **A exigência generalizada de formação universitária** para estes profissionais