

Sistemas Jurídicos Comparados

1) Introdução

1.1) Diversidade dos sistemas jurídicos

Direito Comparado: comparação de direitos

Sistemas jurídicos comparados: comparação de sistemas jurídicos

- conjuntos coerentes de normas e de instituições jurídicas que vigoram em relação a um dado espaço e/ou a uma certa comunidade

Objecto de estudo do Direito Comparado: estabelecer semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos tomados na sua globalidade (macro) e entre soluções para problemas jurídicos concretos em ordenamentos jurídicos diversos (micro)

Comparação: actividade que consiste em estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças

- Comércio internacional
- Fluxos migratórios
- Globalização

Causas da diversidade dos sistemas jurídicos:

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

Análise de Direitos Estrangeiros

- direito comparado pressupõe o conhecimento de direitos estrangeiros (pelo menos 1), mas é mais do que o simples estudo desses direitos
- necessidade de aplicação do método comparativo e apresentação de conclusões (síntese comparativa)
- importância do conhecimento de direitos estrangeiros

1.2) Comparação de direitos: Macrocomparação e Microcomparação

Macrocomparação: comparação entre sistemas jurídicos tomados na sua globalidade

- na macrocomparação, não se comparam todos os sistemas jurídicos nem todos os elementos dos sistemas jurídicos em comparação

- procede-se a comparações globais através de um método que procura relacionar elementos estruturantes homólogos de 2 ou mais sistemas jurídicos

Microcomparação: comparação das soluções para problemas jurídicos concretos em ordenamentos jurídicos diversos

Mezocomparação: comparação dos Ramos de Direitos de diferentes ordens jurídicas

1.3) Funções do Direito Comparado

- funções ligadas ao direito nacional
- uniformização (criação de um regime único) e harmonização (criação de um regime único num tema com grande margem de manobra noutros temas) de direito
- funções ligadas à construção de regras (art.188º do Tratado de Roma)
- funções ligadas à cultura jurídica

1) Funções “utópicas” e funções “realistas”

- **Funções utópicas:** funções em que o direito comparado dispõe de virtualidades que ultrapassam a verificação e explicação de semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos, podendo contribuir para a descoberta de tendências universais
 - verificação de tendências na evolução dos direitos (Kohler)
 - formação de uma ciência jurídica universal (Rabel)
 - descoberta de um fundo comum
 - determinação de instituições ideais (Saleilles)
 - contribuição para uma melhor compreensão entre as nações
- **Funções realistas:** posição mais céptica em que o direito comparado só pode aspirar a funções ditas realistas

2) Funções relativas aos direitos nacionais

- melhor conhecimento do sistema jurídico e seus institutos
- interpretação de normas jurídicas
- aplicação de regras de direito
- integração de lacunas
- instrumento de política legislativa
- encontrar soluções mais ajustadas

- perceber a origem de um instituto jurídico
- ajuda à compreensão de leis já existentes

1.4) Método

- delimitar os elementos a comparar
- analisar os elementos
- reconhecer as semelhanças e as diferenças

1.4.1) Macrocomparação

Seleção dos elementos determinantes		
Elementos internos	Elementos externos	Elementos históricos

Elementos internos: elementos ligados ao Direito

- concepção do Direito
- estrutura das regras jurídicas
- instituições constitucionais
- fontes de direito
- organização judiciária
- profissões jurídicas
- formação dos juristas

Elementos externos: elementos não ligados ao Direito, de outras ordens

- elementos culturais
- organização económica e social
- relação entre direito e religião
- valores fundamentais

Elementos históricos: maneira como se chegou aos sistemas jurídicos

- Tarefas da Macrocomparação:
 - 1) comparar entre ordens jurídicas/sistemas jurídicos
 - 2) classificação ou agrupamento dos sistemas jurídicos em famílias de direitos
 - 3) comparação entre famílias de direitos

A macrocomparação abrange, portanto, quer a comparação entre ordens jurídicas, quer a comparação entre famílias de direitos

- Grelha comparativa:

	Elemento 1 (e1)	Elemento 2 (e2)	Elemento 3 (e3)	Elemento 4 (e4)
Ordem jurídica A (Oa)				
Ordem jurídica B (Ob)				
Ordem jurídica C (Oc)				
Ordem jurídica D (Od)				

1.4.2) Microcomparação:

- relevância da selecção dos elementos a comparar
- o objecto (instituto jurídico) tem de ser comparável
- **critério funcional:** comparação em função do problema que se pretende resolver

O processo comparativo consiste em preencher, de modo progressivo e dialético, o “interior” da grelha comparativa, descobrindo, em relação a cada um dos elementos do modelo, quais são os dados relevantes dos sistemas em comparação, considerados um por um. A cada lugar do quadro corresponde um elemento característico de cada ordem jurídica. Estes elementos são diferenciados, existenciais e concretos para cada sistema jurídico

- 3 fases (**Método dos C's**): Conhecer, Compreender e Comparar
 - sem se conhecer não se compreende, sem se compreender, não se pode comparar

Conhecimento (grelha comparativa) – FASE ANALÍTICA:

- utilização de fontes originárias (para se estudar a Constituição Alemã tem de se dominar a língua alemã)
- atenção à complexidade das fontes no sistema jurídico a comparar
- utilização do método da ordem jurídica a comparar
- identificar o direito aplicável

Compreensão – FASE INTEGRATIVA:

- importância da macrocomparação para a microcomparação
- necessidade de compreender o direito estrangeiro na sua globalização
- interligação entre elementos e institutos do direito a comparar

Comparação – FASE COMPARATIVA:

- síntese comparativa: identificar semelhanças e diferenças

1.5) Famílias de direitos contemporâneos

⇒ Possibilidade de agrupamento dos sistemas jurídicos em função das suas características comuns

- **Primeiras classificações:**
 - influência do Direito romano
 - critérios genéticos: raça/evolução histórica
 - Aristóteles, Dumoulin e Montesquieu aplicaram a comparação quando ainda não se falava de Direito Comparado
- **Classificações mais recentes:**
 - marco importante: 2ª Guerra Mundial
 - compreensão entre os povos
 - evitar novas guerras

1) René David – 1950

“Ponto de vista ideológico” e “ponto de vista técnico”

- Sistemas Ocidentais
- Sistemas Socialistas
- Sistemas de Direito Islâmico
- Sistemas de Direito Hindu
- Sistemas de Direito Chinês

2) Inocêncio Galvão Telles – 1999

Duplo critério: ideológico e técnico

- Sistema Romanista
- Sistema Anglo-Americano
- Sistema Muçulmano
- Sistema Hindu
- Sistema Chinês

3) Oliveira Ascensão – 1997

Distingue entre direitos primitivos e direitos civilizados

- Direitos Civilizados:
 - Sistema Ocidental
 - Subsistema Romanísitico
 - Subsistema Anglo-Americano
 - Sistema Socialista
 - Subsistema Soviético
 - Subsistema Chinês

- Sistema Muçulmano

4) Arminjon, Nolde e Wolff – 1950

Critério da substância

- Família Francesa
- Família Germânica
- Família Escandinava
- Família Inglesa
- Família de Direitos Islâmicos
- Família do Direito Hindu
- Família Russo-Soviética

5) René David – 1964

Abandono do ponto de vista ideológico. Postura pragmática: critério dos elementos variáveis e constantes do Direito

- Família Romano-Germânica
- Família Anglo-Americana
- Família dos Direitos Socialistas
- Grupo de outros sistemas

6) Zweigert e Kötz – 1971

Teoria do estilo

- origem e desenvolvimento histórico
 - modo de pensar o Direito
 - instituições especialmente distintas
 - fontes de direito
 - ideologia
-
- Família dos Direitos Romanistas
 - Família dos Direitos Germânicos
 - Família dos Direitos Nórdicos
 - Família dos Direitos dos Países da Common Law
 - Família dos Direitos Socialistas
 - Família dos Direitos Asiáticos
 - Família do Direito Islâmico
 - Família do Direito Hindu

Críticas de Constantinesco:

- limitação do Direito Privado

- sobrevalorização do elemento histórico
- autonomia dos direitos nórdicos
- instituições especialmente distintas

7) Constantinesco

Dificuldade da macrocomparação:

- 1) Impossibilidade da comparação de todos os elementos
- 2) Necessidade de englobar todos os sistemas jurídicos
 - concepção e tipo 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

8) Michael Bogdan – 1994

- Integração de ordenamentos jurídicos em famílias serve essencialmente para efeitos pedagógicos
- Rápida panorâmica da diversidade de sistemas jurídicos

9) Rodolfo Sacco e António Gambaro

- Crítica do eurocentrismo das classificações anteriores
- Pluralismo jurídico: coexistência da influência europeia e dos modelos tradicionais numa mesma sociedade

DISTINÇÃO:

- Direito condicionado pelo pensamento religioso
- Direito condicionado pelo poder de um partido político
- Direito evolui de forma autónoma, submetendo governados e governantes

• Tendências recentes:

- crítica das classificações dos sistemas jurídicos em famílias
- multiplicidade de normas aplicáveis em cada ordenamento jurídico
- falta de neutralidade política

10) Ugo Mattei – 1997

Normas que afectam o comportamento dos indivíduos provêm de 3 fontes: política, direito e religião

- Direitos profissionais
 - direitos ocidentais
- Direitos políticos
 - antigos estados socialistas da Europa
 - estados menos desenvolvidos de África e da América Central e do Sul
- Direitos tradicionais
 - países islâmicos
 - direito hindu
 - concepções de direito asiáticas ou confucianas

11) Husa

Distinção entre esferas culturais: qualidades neutrais de “fortelacimento” e “enfraqecimento” em cada esfera cultural

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

12) Rui Pinto Duarte

Dificuldades e limites das classificações:

- impossibilidade de abranger todos os sistemas jurídicos (perda de interesse)
- não abranger todas as áreas do Direito

Agrupamento deve ser o resultado da aplicação da grelha comparativa

Dentro do chamado “mundo ocidental” devem ser consideradas apenas 2 famílias:

- Família Romano-Germânica
- Família de Common Law

13) Carlos Ferreira de Almeida

Síntese dos critérios que têm sido propostos:

- Critérios simples:
 - genéticos – baseados em preconceitos ou de limitada aplicação
 - tipológicos (critérios de civilização) – dependente da aceitação da dicotomia entre civilizado e primitivo
- Critérios complexos:
 - cumultativos
 - estruturais – semelhança entre elementos característicos e elementos determinantes

14) Dário Moura Vicente

Síntese dos critérios que têm sido propostos:

- Características técnico-jurídicas
- Filiação cultural e ideológica
- Combinação dos critérios referidos: critério composto

Família Jurídica: “um conjunto de sistemas jurídicos dotados de afinidade técnico-jurídica, ideológica e cultural, representativo de determinado conceito de Direito”

Critério Adotado

O mesmo que é usado no método macrocomparativo, integrando os elementos componentes da grelha comparativa:

- Elementos internos
- Elementos externos
- Elementos históricos

• Grandes Famílias Jurídicas

- Duas famílias dentro dos Direitos de Raiz Europeia
- Família Romano-Germânica
- Família de Common-Law
- Sistemas Jurídicos de Matriz Francesa
- Sistemas Jurídicos de Matriz Germânica
- Sistemas dos Países Nórdicos ou Escandinavos
- (Direito Português)

• Sistemas Híbridos:

- **Escócia:** recepção do Direito Romano + união política com Inglaterra
- **Louisiana (EUA) e Québec (Canadá):** colonização francesa + influência posterior dos Estados Federados
- **África do Sul:** influência do Direito Romano + Common Law
- **Israel:** Common Law + influência Romano-Germânica (após a criação do Estado em 1948) + Direito Judaico (casamento e divórcio)

FAMÍLIAS E SISTEMAS SELECIONADOS

1) Família de Direitos Romano-Germânicos

- Direito Francês
- Direito Alemão
- Direito Português

2) Família de Direitos de Common Law

- Direito Inglês
- Direito dos Estados Unidos da América

3) Família de Direitos Islâmicos

2) Família de Direitos Romano-Germânicos

2.1) Sistemas Jurídicos

- Países Latinos e do BENELUX
- Países Germânicos
- Países Eslavos
- Países Nórdicos ou Escandinavos
- Rússia (ténue recepção do Direito Romano)
- Países do Sudoeste Europeu (Grécia e Turquia)
- Países da América Latina
- Outros países colonizados pelos anteriores

• **Caracterização:**

- 1) Função essencial do Direito na regulação da vida social
 - cultura dos direitos
 - princípio do Estado de Direito
 - separação de poderes
- 2) Importância da Lei
- 3) Influência do Direito Romano

• **Designação:**

- 1) Influência do Direito Romano
- 2) Idade Média coexistiam no mesmo espaço (Império Romano do Ocidente)
 - populações que se regulavam pelo Direito Romano
 - populações invasoras que aplicavam essencialmente costumes germânicos

• **Similitude Estrutural:**

- Direitos dos países de língua e cultura romana
- Direitos dos países de língua e cultura germânica

2.2) Elementos Históricos

- Civilização Grega: influência no Direito Romano
- Ideias principais:
 - propensão para o racionalismo
 - direito como obra humana e não divina
 - ideia de Estado

- **Influência do Direito Romano**
 - Elemento importante para a unidade da família de Direitos Romano-Germânicos
 - Recepção: estudo e aplicação do Direito Romano como constava de compilação da responsabilidade do Imperador Justiniano
 - Importância do papel das Universidades Europeias, que apenas ensinavam estas fontes

- **Revolução Francesa**
 - Facto histórico decisivo, tanto ou mais do que a influência do Direito Romano
 - Características explicadas pela Revolução Francesa:
 - 1) separação de poderes
 - ❖ poder que marca a estrutura e o funcionamento das instituições constitucionais (poder legislativo, poder judicial e poder executivo)
 - 2) estrutura político-administrativa e organização judiciária
 - 3) relevância da lei
 - ❖ a ideia de liberdade revelou-se determinante na convicção de que só a lei exprime a vontade geral
 - ❖ foi-lhe conferido o primado / exclusividade entre as Fontes de Direito
 - 4) propriedade, contrato, igualdade sucessória
 - ❖ como pilares do Direito Patrimonial Privado, implicando a abolição dos resquícios feudais, das limitações corporativas e dos direitos do filho primogénito
 - ❖ ideias sustentadas pelos pilares de liberdade e igualdade

- **Estrutura político-administrativa e organização judiciária**
 - Unidade política
 - Centralização

- **Relevância da lei**

Princípio da liberdade: a lei como expressão da vontade geral, uma vez que é votada por representantes do povo

- **Propriedade / Contrato / Igualdade Sucessória**

- Princípios da igualdade e da liberdade
- Propriedade privada
- Contrato como manifestação da autonomia privada
- Abolição dos direitos do filho primogénito

- **Codificação**

- compilação sistemática e científica das normas legais
- instrumento preferido para conferir à lei primazia entre as fontes de direito

Vantagem: assegurar a concentração e divulgação da lei

Promulgação intensa de Códigos:

França (primeiras codificações):

- Código Civil (1804)
- Código de Processo Civil (1807)
- Código de Comércio (1807)
- Código Penal (1811)
- Código da Instrução Criminal (1811)

Portugal (primeiras codificações):

- Código Comercial (1833)
- Código Administrativo (1836)
- Código Penal (1852)
- Código Civil (1867)
- Código de Processo Civil (1876)

Alemanha (primeiras codificações):

- Código Penal (1871)
- Código de Processo Civil (1877)
- Código Civil (1896)
- Código Comercial (1897)

- **Influência do Direito Romano**

- Classificação das fontes das obrigações
 - ❖ Contratuais
 - ❖ Delituais

- Enriquecimento sem causa

- **Code Civil (1804)**

- ponto de partida do movimento codificador
- redigido em linguagem simples e elegante, mas tem sido criticado por ser frequentemente inexacto e ambíguo
- sobreviveu até hoje, apesar de muitas alterações
- reproduz o espírito da Revolução Francesa: tem sido qualificado como revolucionário

Individualismo liberal (espírito burguês)

- individualismo
 - ❖ dogma da vontade
 - ❖ o Estado não deve intervir, a não ser para garantir o cumprimento dos contratos
- a ideia de que, se os contratos correspondem à vontade das partes, são justos

Propriedade

- fim do sistema feudal de distribuição das terras
- plenos poderes conferidos aos proprietários

Laicismo

- reconhecimento de efeitos apenas ao casamento civil
- permissão do divórcio

Família patriarcal

- homem como chefe de família
- dever de obediência da mulher
- incapacidade negocial da mulher casada

- **Código Civil Português (1867)**

- elaborado por António Luís de Seabra, juiz no Tribunal da Relação do Porto: conhecido como Código de Seabra
- inspiração no Code Civil, em especial na visão individualista
- **diferenças:**
 - ❖ relevância da religião católica (reconhecimento do casamento católico)
 - ❖ estrutura do Código de Seabra é quadripartida e Code Civil é tripartida

- ❖ em vez do laicismo radical do Code Civil, o Código de Seabra consagra a dualidade de formas de casamento
- ❖ o Código de Seabra regulou alguns institutos que tinham sido ignorados pelo Code Civil mas, em contrapartida, manteve outros que poderiam ser considerados arcaicos
- **semelhanças:**
 - ❖ ideologia (liberalismo moderado)
 - ❖ elegante simplicidade do estilo
 - ❖ frequente coincidência das soluções
- **Código Civil Português (1966)**
 - trabalhos começaram em 1944, por uma comissão composta essencialmente por professores universitários, presidida por Adriano Vaz Serra
 - João de Matos Antunes Varela: ministro da Justiça entre 1954 e 1967
 - ❖ papel preponderante na revisão ministerial
 - traços fundamentais apontados por Antunes Varela:
 - ❖ reacção contra o individualismo
 - ❖ colectivismo nacionalista
 - ❖ personalismo cristão
 - reforma de 1976/1977 atenua estes traços
- **semelhanças:**
 - ❖ estrutura
 - ❖ técnica legislativa
 - ❖ muitas opções escolhidas para os institutos reguladas na “Parte Geral” e nas “Obrigações em Geral”
- **diferenças:**
 - ❖ âmbito dos Direitos Reais e da Família
- **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (1896)**
 - rigoroso, prevalecendo a linguagem técnico-jurídica
 - usa e abusa de remissões entre os seus parágrafos
 - obra conservadora porque, em comparação com o Code Civil não inovou significativamente no conteúdo das instituições civis e porque é notória a sua insensibilidade a novas questões sociais
- **Colonização**
 - exportação dos sistemas jurídicos dos países colonizadores, mesmo depois do final da colonização
 - influência da matriz romano-germânica sente-se com diversas graduações

- aculturação mais intensa na América Latina (descolonização ocorreu mais cedo) do que em África ou na Ásia (deram origem a sistemas híbridos)

- **Conceitos fundamentais**

- direito constituído e equidade
- direito público e direito privado
- direito material e direito processual
- direito objectivo e direito subjectivo

2.3) Fontes de Direito

- **Elenco das Fontes de Direito**

- 1) Lei

- tem o primado entre as fontes de Direito
- lei é fonte quase exclusiva de criação de direito (Portugal e França)
- juristas aceitam geralmente que eficácia equivalente seja conferida ao costume (Alemanha)

- **Hierarquia das Fontes de Direito**

- **Fontes imediatas:** modo de criação de normas jurídicas
- **Fontes mediatas**
- **Hierarquia:** semelhante nos 3 ordenamentos jurídicos em comparação

2.3.1) Lei

Constituição escrita: no topo da hierarquia das Fontes de Direito

- Constitution de la République Française (1958)
- Constituição da República Federal da Alemanha – Grundgesetz (1949)
- Constituição da República Portuguesa (1976)

- **Semelhanças:**

- ❖ regras fundamentais sobre a organização do poder político (democracia representativa)
- ❖ elenco dos direitos fundamentais

- **Diferenças:**

- ❖ estrutura unitária (Portugal e França) **VS** estrutura federal (RFA – além da Constituição Federal, existem constituições dos Ländrea)
- ❖ maior incidência parlamentar (Alemanha) **VS** modelo semipresidencial (França e Portugal)
- ❖ estados de direito social (Portugal e RFA) **VS** pendor mais clássico e liberal (França)

- **Fiscalização da Constitucionalidade – França**

- admite-se agora a fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade de normas legais em relação às quais exista a suspeita de que atentam contra os direitos e liberdade garantidas pela Constituição
- **Conselho Constitucional:** pode pronunciar-se a pedido da Cour de Cassation (art. 61º nº1 da Constituição)
- Devido à forte separação dos poderes, é totalmente diferente de Portugal e da RFA: não é atribuída aos tribunais competência para decidir questões de constitucionalidade

- **Fiscalização da Constitucionalidade – Portugal e Alemanha**

Semelhanças:

- competência da generalidade dos tribunais para tomarem conhecimento, em concreto, de matéria de inconstitucionalidade das leis
- existência de uma jurisdição constitucional com competência para decidir, em abstracto, sobre a constitucionalidade das leis

Diferenças:

- um só Tribunal Constitucional (Portugal) em contraste com Tribunal Constitucional Federal + Tribunais Constitucionais dos Länder (Alemanha)
- tribunais têm competência para conhecer e decidir, embora das suas decisões caiba recurso para o Tribunal Constitucional (Portugal) em comparação com competências dos tribunais em matérias de constitucionalidade que são meramente incidentais: cabe-lhes apenas admitir o incidente e remeter a decisão para os tribunais (Alemanha)

- **Competência legislativa**

- órgãos legislativos por excelência: Assembleias Parlamentares
- prática:
 - ❖ partilha do poder legislativo
 - ❖ aumento progressivo do papel do Governo como legislador

Alemanha: a regra fundamental é da competência dos Länder sempre que não esteja atribuída à Federação. Na prática, grande parte das matérias são legisladas pelos órgãos federais

- 1) Constituição inclui um elenco extenso de matérias da exclusiva competência federal
- 2) Matérias como as de direito civil, penal, processual e laboral, assim como as relativas à segurança social e aos mais importantes aspectos do direito económico, pertencem ao âmbito da chamada competência

concorrente, em que o predominante exercício efectivo da competência legislativa pelos órgãos federais preclui a competência dos órgãos estaduais

- 3) Em relação a algumas matérias, têm os órgãos federais o poder de definir leis-quadro com as quais os Länder se devem conformar no exercício da sua própria competência legislativa

Portugal: a autonomia político-administrativa das regiões autónomas dos Açores e da Madeira é reconhecida pela Constituição, mas estas só podem legislar sobre matérias limitadas

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 respectivo regime político-administrativo

- **Direito Interno e Direito Internacional**

- Fontes de Direito Interno / Fontes de Direito Internacional
- Tratados e convenções internacionais

- **Direito da União Europeia**

- Princípio do primado do Direito da União Europeia
- Fontes de Direito Privado
- Fontes de Direito Derivado
 - ❖ Regulamentos: aplicabilidade directa
 - ❖ Directivas: carecem de transposição

- **Directivas Europeias**

- têm efeito directo vertical, se as normas forem claras, precisas e incondicionais e dispensarem medidas complementares
- não têm efeito horizontal

2.3.2) Costume

- Tradição: atribuição de pouca importância ao costume
- A par com a lei entre as fontes imediatas
- **França:** desconfiança por se tratar de uma das principais fontes de direito do Ancien Régime
- **Alemanha:** art. 2º da lei de introdução ao BGB afirma que a lei é “qualquer norma jurídica”, parecendo reconhecer o costume como fonte de Direito
- **Portugal:** seguindo a tradição do positivismo legalista, há uma tendencial aversão ao costume
 - ❖ Art.1º do Código Civil: o costume não é considerado como fonte imediata de Direito

2.3.3) Jurisprudência

- não é fonte imediata de direito
- quando uniforme: precedente meramente persuasivo
- quando constante: valor de costume jurisprudencial

França: a criação de normas pela jurisprudência é contrária aos princípios da Revolução Francesa

Alemanha

- papel criativo em relação a certos institutos: culpa in contrahendo
- inversão do ónus da prova em matéria de responsabilidade civil do produtor
- importância na integração de conceitos indeterminados contidos em cláusulas gerais
- relevância no cumprimento do princípio da igualdade e da segurança jurídica

Portugal: art. 8º, nº3 do Código Civil

Conclusões:

- maior relevância prática do que a que resulta da opinião dominante
- precedente persuasivo
- essencial para a concretização de conceitos indeterminados

2.3.4) Doutrina

- elemento central de todos os sistemas jurídicos romano-germânicos
- fonte mediata, mas com grande relevância
- elementos históricos justificam a sua relevância
 - ❖ importância da Doutrina no Direito Romano

Alemanha

- doutrina dispensa mais atenção à jurisprudência
- doutrina muito aprofundada e com grande influência social
- relevância dos comentários dos códigos

França

- relevância na clarificação e sistematização do direito vigente
- poucas citações da doutrina pela jurisprudência

Portugal

- produção legislativa
- decisões judiciais

- **Descoberta do Direito Aplicável**

- Regra comum aos 3 ordenamentos jurídicos: descoberta de uma norma do sistema legal que se aplique aos factos apresentados
- Integração da lei
- Interpretação da lei

- **Interpretação da lei**

- Importância da tarefa de interpretação (integração de lacunas)
- Validade do *brocardo in claris non fit interpretatio*

Orientações: método de interpretação

- Subjectivista **VS** Objectivista
- Historicista **VS** Actualista

Elementos de interpretação da lei: método pluralista

Literal / Gramatical	Histórico	Teleológico	Sistemático
----------------------	-----------	-------------	-------------

Literal / Gramatical: “letra da lei”

Histórico, Teleológico e Sistemático: “espírito da lei”

FRANÇA

- Séc. XIX: método exegético – determinar a vontade subjectiva do legislador
- Evolução ao longo do séc.XX, em especial face às limitações que o Code Civil começava a manifestar
- Actualmente: método pluralista

ALEMANHA

- Especial relevância do elemento sistemático, nomeadamente a interpretação em função dos valores constitucionais (fenómeno de constitucionalização do Direito Privado)
- Elemento teleológico: maior abertura do que em França para a restrição ou extensão teleológica de uma norma

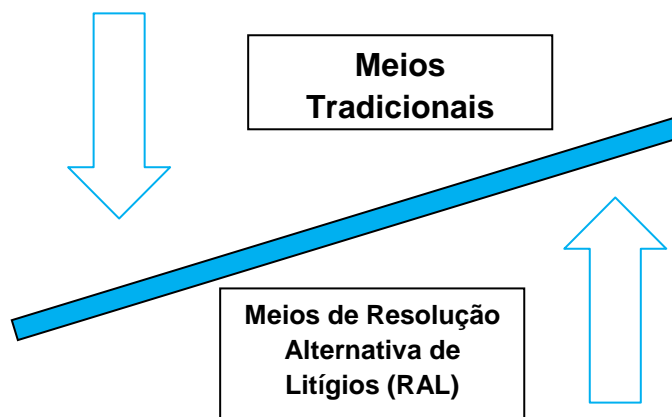
PORTUGAL

- Particularidade: a lei contém regras para a interpretação da lei (art. 9º do Código Civil)

- **Integração da lei**

- **Visão positivista:** integração com referência ao sistema legislativo
- **Regra preferencial em caso de lacuna:** aplicação analógica de uma norma legal (art.10º nº1 do Código Civil)
- Não sendo possível a aplicação analógica, aplica-se a norma que o intérprete criaria, “dentro do espírito do sistema” (art.10º nº3 do Código Civil)
- Importância das outras fontes de direito 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

Meios de resolução de litígios



2.4) Organização Judiciária

2.4.1) França

1) Jurisdição Judiciária

- integram-se os tribunais com competência em matéria civil, comercial, social e penal
- na 1º instância, os tribunais têm competência especializada, designadamente em função das seguintes matérias:
 - ❖ em matéria civil, os litígios de menos valor são julgados pelos *Tribunaux d'Instance* e os de maior valor pelos *Tribunaux de Grande Instance*
 - ❖ em matéria comercial, a competência pertence aos *Tribunaux de Commerce*
 - ❖ em matéria de relações de trabalho, as acções são decididas pelos *Conseils de Prud'Hommes*

- ❖ em matéria penal e contravencional, existem *Tribunaux de Police*, *Tribunaux Correctionnels* e *Cours d'Assises* (tribunais de composição mista que julgam os crimes mais graves)
 - a 2º instância é formada por *Cours d'Appel*, cuja principal competência consiste no julgamento de recursos de sentenças proferidas pelos Tribunais de 1º instância, com a excepção dos *Cours d'Assises*
- 2) Jurisdição Administrativa
 - 3) Conselho Constitucional: órgão político

2.4.2) Alemanha

- Tribunal Constitucional Federal / Tribunais Constitucionais dos Länder
- Cinco jurisdições: ordinária, administrativa, financeira, laboral e social; cada uma das quais tem uma estrutura própria, encimada por um Tribunal Federal Supremo
- Alto grau de especialização dos tribunais (descentralização do sistema)

Tribunais de Jurisdição Ordinária

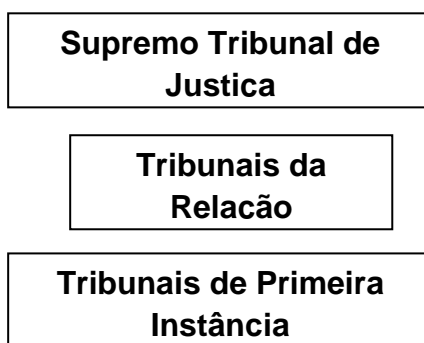
- têm competência em matéria cível, criminal e de jurisdição voluntária
 - hierarquizadas em 3 níveis
 - ❖ 2 primeiros pertencem ao âmbito dos Länder
 - ❖ o mais elevado tem a natureza de Tribunal Federal
- 1) A 1º Instância dos tribunais ordinários é composta por *Amtsgerichte* (AG) e *Landgerichte* (LG)
 - competência para julgar as acções cíveis de maior valor e os crimes de maior gravidade
 - não há júri
 - 2) A 2º Instância é formada pelos *Oberlandegerichte* (OLG)
 - principal competência reside no julgamento de recursos de sentenças proferidas pelos LG e, em certos casos, directamente dos AG
 - 3) O *Bundesgerichtshof* (BGH – Tribunal Federal de Justiça) é o Tribunal Supremo da jurisdição ordinária
 - dividido em secções especializadas
 - em matéria cível, compete-lhe apreciar recursos restritos a matéria de direito interpostos de decisões dos OLG e, *per saltum*,

directamente dos LG, quando as partes nisso acordem e desde que haja apenas questões de direito a apreciar

- em matéria criminal, conhece de recursos de sentenças proferidas em 1º instância pelos OLG e, em certos casos, *per saltum*, de sentenças dos LG

2.4.3) Portugal

- Arts. 209º a 214º da CRP
- Tribunais Judiciais / Tribunais Administrativos e Fiscais
 - ❖ **Tribunais Judiciais:** constituem uma ordem de tribunais aos quais, em conjunto, é atribuída competência para decidir acções que não estejam afectas a tribunais especiais (Tribunais Administrativos e Fiscais)
- Lei da Organização do Sistema Judiciário



- **Tribunais de Primeira Instância:**
 - ❖ dispõe de competência genérica
 - ❖ juízes são profissionais integrados na magistratura judicial
 - ❖ a intervenção do júri, restrita ao julgamento de alguns crimes mais graves, só se verifica quando seja requerida pelos Ministério Público, pelo assistente ou pelo arguido
 - ❖ em regra, Tribunais de Comarca
 - ❖ tribunais de competência territorial alargada
- Instâncias centrais que integram secções de competência especializada
- Instâncias locais que integram secções de competência especializada genérica e secções de proximidade

Instâncias Centrais:

- Cível
- Criminal
- Instrução Criminal
- Famílias e Menores
- Trabalho
- Comércio

- Execução
- **Tribunais de Relação (2ª Instância)**
 - ❖ principal competência consiste no julgamento de recursos de sentenças proferidas pelos Tribunais de 1ª Instância
- **Supremo Tribunal de Justiça**
 - ❖ compete-lhe principalmente decidir recursos restritos a matéria de direito e interpostos de acordãos das Relações e, em certos casos casos criminais, directamente de decisões de Tribunais de 1ª Instância

- **Resolução de Litígios**

Sistemas de Recurso

- apreciação por um tribunal hierarquicamente superior
- garantia de um duplo grau de jurisdição (Art.32º nº1 da CRP)

FRANÇA:

- é sempre admitido recurso para um tribunal superior, tanto em matéria de direito como de facto, independentemente do valor da causa
- o *pouvoi en cassation* (recurso para o *Cour de Cassation*) também é sempre admitido
 - ❖ tem, portanto, um grande número de decisões
- **sistema da cassação:** a acção tem de ser julgada de novo pelo Tribunal Inferior

ALEMANHA:

- recurso para o tribunal superior só em matéria de direito e está dependente do valor da causa
- **modelo intermédio entre a cassação e a substituição da sentença:** em regra, a questão é reenviada pelo tribunal *ad quem* (até ao qual) para o tribunal *a quo* (a partir do qual) embora este se encontre vinculado à orientação definida pelo tribunal superior

PORTUGAL:

- decisões que admitem recurso: art. 629º do Código Civil do Processo Civil
- em matéria cível, não há garantia de duplo grau de jurisdição
- **recurso para o STJ:**
 - recurso de revista
 - ❖ apenas matéria de direito

- ❖ regra da dupla conforme (art. 671 n.º3 do Código de Processo Civil)
- sistema de substituição
 - ❖ o STJ promete uma decisão definitiva

2.5) Ensino do Direito

- Principais profissões jurídicas só podem ser exercidas por quem tenha uma licenciatura em Direito

Licenciatura (1º ciclo)

- França (licence): 3 anos
- Portugal: 4 anos

Mestrado (2º ciclo)

- França (master): 2 anos
- Portugal: 1,5 a 2 anos

Alemanha:

- mínimo de 3,5 anos antes do primeiro Exame de Estado (*erstes Staatsexam*)
 - ❖ desde 2002: 70% do exame e 30% faculdade
- segue-se um estágio profissional de cerca de 2 anos (*Referendariat*)
- por fim, realiza-se um 2º Exame de Estado (*zweites Staatsexam*)

• Acesso às principais funções:

Portugal e França: formação complementar diferenciada

- Magistraturas
- Advocacia

Alemanha: a aprovação no 2º Exame de Estado dá acesso às principais profissões jurídicas

• Duas ordens de magistraturas:

- magistratura judicial
- magistratura do Ministério Público

• Recrutamento:

França – juristas formados na *École Nationale* ou *la Magistrature*

Alemanha – juristas aprovados no 2º Exame de Estado

Portugal – juristas formados no Centro de Estudos Judiciários

- **Magistratura Judicial**
 - conjunto de juízes a quem compete o exercício da função jurisdicional
 - **Portugal** – Conselho Superior da Magistratura (arts. 215º a 218º da CRP)

- **Magistratura do Ministério Público**
 - conjunto dos magistrados a quem compete representar o Estado e defender a legalidade democrática
 - carreira autónoma em relação à magistratura judicial
 - **Portugal** – Procuradoria Geral da República (arts. 210º e 220º da CRP)

2.5.1) Advocacia

França – 3 categorias:

- Avocats: competência genérica para o aconselhamento jurídico e a representação forense
- Avoués: monopólio da representação forense junto das *Cours d'Appel*
- Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation: monopólio da representação forense junto ao *Conseil d'État* e da *Cour de Cassation*

Alemanha e Portugal – classe única (advogado e *rechtsanwalte*)

- **Condição do exercício da advocacia**
 - inscrição numa associação profissional
 - **França e Alemanha**
 - ❖ âmbito local
 - ❖ *Barreaux; Rechtsanwaltskammer*
 - **Portugal**
 - ❖ âmbito nacional
 - ❖ Ordem dos Advogados

- **Actos próprios dos advogados**
 - exercício do mandato forense
 - consulta jurídica

2.5.2) Solicitadores

- até ao séc. XVIII, tinham o monopólio da representação forense
- profissionais independentes que exercem funções no âmbito da administração da Justiça. Têm, em geral, poderes próximos mas mais limitados do que os advogados

2.5.3) Notários

- o notário é o jurista a 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 actua de forma independente, imparcial e por livre escolha dos interessados

2.5.4) Conservadores

- responsabilidade pelos registos
- profissão autónoma
- formação jurídica

2.5.5) Funcionário de Justiça / Oficiais de Justiça

- funcionário público que trabalha junto da secretaria de um tribunal ou dos serviços do Ministério Público
- não cabe aos Oficiais de Justiça resolver problemas jurídicos, pelo que não têm de ser juristas

SÍNTESE COMPARATIVA

• Principais Diferenças:

- 1) Alemanha – estrutura federal
Portugal e França – estrutura unitária
- 2) Diferentes estruturas e estilos de códigos civis vigentes
- 3) França – sistema de recurso de cassação
Portugal – sistema de recursos de substituição
- 4) Formação unitária dos juristas na Alemanha
- 5) França – maior preocupação com o princípio da separação dos poderes
- 6) Portugal e Alemanha – mais ampla fiscalização da constitucionalidade das leis
- 7) Alemanha – maior receptividade ao reconhecimento do costume como fonte de direito

• Principais Semelhanças:

- 1) Influência da religião cristã
- 2) Recepção do Direito Romano e influência da Revolução Francesa
- 3) Direito como ordem normativa principal
- 4) Regra jurídica: abstracta e geral
- 5) Direito substantivo prevalece sobre o Direito Processual
- 6) Distinção entre Direito Público e Direito Privado

- 7) Lei como principal fonte de direito
- 8) Codificação
- 9) Separação entre jurisdição judicial e jurisdição administrativa
- 10) Formação universitária necessária para o exercício das profissões jurídicas
- 11) Dualidade de Magistraturas
- 12) Unidade da profissão de advogado
- 13) Colonização, como um meio de expansão da matriz e dos direitos romano-germânicos europeus
- 14) Consagração constitucional de direitos, liberdades e garantias individuais
- 15) Fiscalização da constitucionalidade das leis
- 16) Declínio da importância do costume

3) Família de Direitos de Common Law

3.1) Sistemas Jurídicos

Dois sistemas jurídicos principais:

- Direito Inglês
- Direito Norte-Americano

DIREITO INGLÊS

3.2) Elementos históricos

- **Até 1066:** inexistência de um direito comum, com predominância do direito consuetudinário
- **Até 1066:** Batalha de Hastings – Início de um processo de centralização
- **Séc. XX:** 3 Tribunais
 - ❖ Court of Exchequer (área fiscal)
 - ❖ Court of Pleas (litígios fundiários)
 - ❖ Cour of King's Bench (área criminal)

- **Direito Aplicável**

- Direito comum de Inglaterra – Common Law
- Descoberta de um ou mais precedentes vinculativos que sejam aplicáveis ao caso concreto. Este objectivo realiza-se através da procura laboriosa de sentenças proferidas em casos análogos, das quais se não de extrair as *rationes decidendi*, que constituem normas puramente jurisprudenciais ou que revelam a interpretação vinculativa de normas legais

- Se uma situação não está regulada por uma norma jurisprudencial ou legal, dir-se-ia que há lacuna do direito, cujo preenchimento não se processa por nenhum método bem definido. Os *leading cases* resolvem-se por inovação jurisprudencial, sendo a solução ditada por critérios de razoabilidade, dentro do conjunto de princípios que emergem das normas anteriormente fixadas

- **Direito Comum (Common Law)**

- é, desde a origem, direito jurisprudencial e não consuetudinário
- inicialmente, a invocação de um direito comum é fictícia: aplicação de regras com origem no costume ou das soluções mais razoáveis
- grande importância do **precedente** na criação desse direito comum, como elemento essencial para a estabilização do direito aplicado
 - ❖ **precedente**: tendência para decidir um litígio actual do mesmo modo que um caso anterior semelhante

- **Predominância do processo**

- relação entre os direitos e o processo: necessidade de que determinado process estivesse previsto
- **writs**: carta emitida pelo conselheiro do Rei (chancellor), em nome do Rei, dirigida à autoridade policial, impondo a presença do réu em tribunal
- tipificação dos writs, correspondendo a cada um uma *form of action* rígida

- **Problemas do Common Law**

- formalismo excessivo
- falta de soluções
- tráfico de influências

- **Equity**

- **Séc. XIV**: petições dirigidas directamente ao Rei e encaminhadas ao Chancellor, que os começou a resolver de acordo com a equidade
- **Séc. XV**: criação de um novo Tribunal: *Court of Chancery*

- **Processo**

- *Writ of subpoena*
- evolução da decisão segundo a equidade para decisão fundamental em decisões anteriores (**precedente**) – **Sistema Normativo baseado em Precedentes**

NOTA:

Equity não equivale portanto à equidade dos sistemas jurídicos romano-germânicos

- **Principais alterações:**

- passa a existir um sistema dualista: regras de common law e de equity
- admissibilidade de execução específica de um contrato (common law só admite indenização)
- **Discovery:** uma parte pode exigir à outra a revelação de informações relevantes para o processo

- **Judicature Acts (1873 – 1875)**

- reorganização dos tribunais
- sistema de recursos mais claros: *Appellate Committee da Câmara dos Lordes*
- aplicação do common law e da equity
- *writs of summons*: passar a existir apenas um, que corresponde à citação no nosso sistema
- maior relevância da legislação (*Sale of Goods Act 1893*), que se acentuou a partir de 1973

- **Resolução de litígios**

- meios judiciais e extrajudiciais

3.3) Fontes

- **Fontes Principais**

- **Jurisprudência** (*case law*): mantém-se como principal fonte de produção e revelação do Direito
- **Lei** (*statutory law*): valor hierarquicamente superior à jurisprudência

- **Fontes Subsidiárias**

- **Costume**
- **Doutrina**

3.3.1) Jurisprudência

- **Princípio do precedente vinculativo** (*stare decisis*): o caso deve ser decidido da mesma forma do que casos anteriores semelhantes
- aplica-se quer à common law quer à equity
- relevância da análise da sentença

- **Estrutura das sentenças**

- factos
- *obiter dicta*: considerações auxiliares
 - ❖ regras ou outras considerações que não foram decisivas na conclusão ou que se não reportam aos factos relevantes
 - ❖ separadas da *ratio decidendi* porque só a última constitui precedente vinculativo
 - ❖ influência meramente persuasiva
- *ratio decidendi*: razão de decidir
 - ❖ argumento no qual a decisão se baseia / regra de direito
 - ❖ a regra de direito é o precedente vinculativo
 - ❖ descoberta: interpretação da sentença
- decisão

- **Factos e *ratio decidendi***

- comparação entre factos – tarefa fundamental do jurista inglês – **process of distinguishing**
- tarefa do aplicador de direito: selecção de casos anteriores em função da sua *ratio decidendi*

- **Princípio do Precedente Vinculativo**

- regra do direito que constitui a *ratio decidendi* de um caso anterior semelhante
- hierarquia do tribunais
 - ❖ vinculação dos tribunais inferiores face aos superiores
- excepções
 - ❖ precedentes inconciliáveis
 - ❖ erro de julgamento
- precedente com apenas uma decisão, sem limitação temporal

- **Estilo das Sentenças**

- textos são normalmente extensos, com pormenorizada e impressiva descrição dos factos e profunda análise da matéria de Direito
- abundam as referências a casos anteriores
- Tribunais superiores:
 - ❖ *opinions* formuladas em separado pelos juízes
 - ❖ decisão forma-se pela verificação da opinião manifestada pela maioria dos juízes

- **Conhecimento das Sentenças:**
 - este sistema pressupõe o conhecimento das sentenças pelo aplicador do Direito
 - importância da publicação
 - ❖ *Year Books* (1283 – 1535)
 - ❖ *Private Reports* (1536 – 1865): começa aqui a publicação sistemática de sentenças dos tribunais reais
 - ❖ *Law Reports* (desde 1865) – *Council of Law Reporting*

- **Evolução do Direito**
 - possibilidade de revogação da jurisprudência através de normas legais
 - tribunal superior não está necessariamente vinculado às suas decisões anteriores nem às decisões de um tribunal hierarquicamente inferior
 - *Leading cases*: casos sem precedente ou inovadores em que os juízes fundamentam a decisão de modo mais ou menos vago, invocando princípios jurídicos, recorrendo a considerações de razoabilidade ou limitando-se a afirmar que é essa a solução “segundo o Direito Inglês”

3.3.2) Lei

- crescente relevância da lei como fonte de Direito
- não existem códigos
- leis consolidadas

- **Interpretação da Lei**
 - regras formuladas pela jurisprudência
 - **regra**: interpretação literal
 - ❖ tem a sua rigidez atenuada por outras regras:
 - ❖ *Golden Rule*: permite afastar o sentido literal quando este for absurdo ou contraditório
 - ❖ *Mischief Rule*: interpretação em conformidade com o objectivo de corrigir ou revogar uma regra jurisprudencial
 - **precedente**
 - ❖ normas legais podem integrar a *ratio decidendi* de uma sentença
 - ❖ interpretação constitui precedente vinculativo

3.3.3) Costume

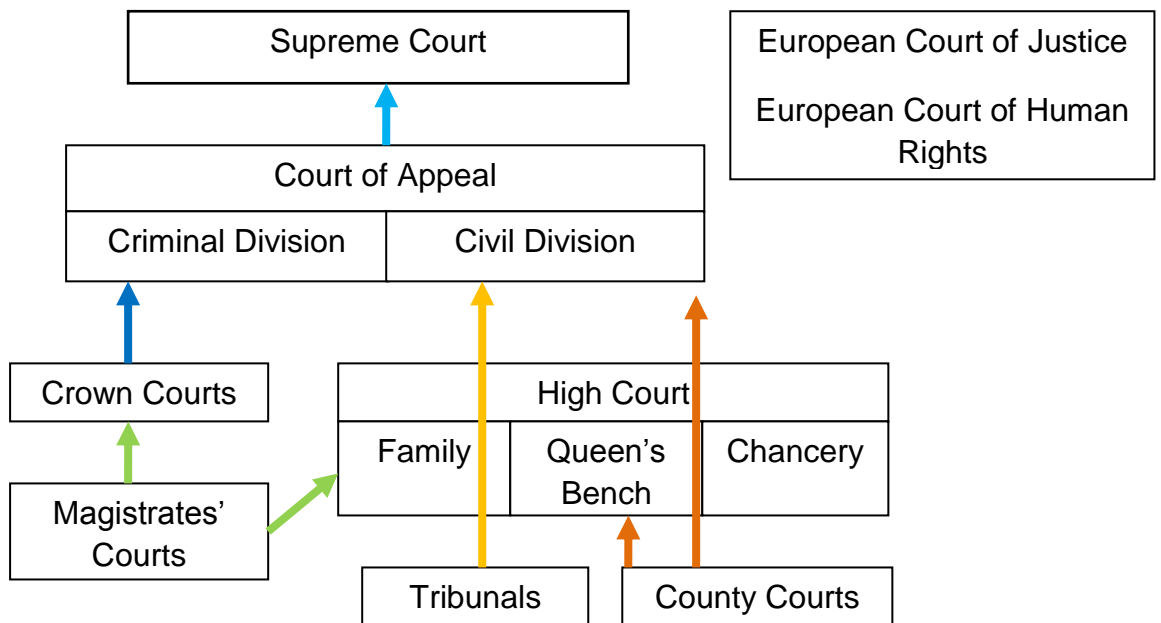
- pouca importância no Direito Inglês
- só é fonte de direito se for aceite de forma pacífica

3.3.4) Doutrina

- pouca importância no Direito Inglês
- menor tradição universitária
- preponderância dos juízes na comunidade política

3.4) Organização Judiciária

- organização judiciária muito diversa da dos sistemas romano-germânicos
 - ❖ imperfeita separação de poderes, atenuada pelo *Constitutional Reform Act* (2005)
- o *Supreme Court of the United Kingdom* encontra-se no topo da hierarquia, substituindo o *Appellate Committee* da *House of Lords* (desde 2005)



3.5) Ensino do Direito

3.5.1) Profissões Jurídicas

- **Barristers e Solicitors:**
 - correspondem às funções exercidas pelos advogados no sistemas jurídicos romano-germânicos
 - base de recrutamento para outras profissões jurídicas
- **Barristers:**
 - de acordo com a tradição, não têm contacto directo com os clientes, sendo a ligação assegurada pelos Solicitors
 - jurista admitido a "*plead of the bar*": representação de clientes junto de Tribunais Superiores
 - tendencial especialização em função da matéria

- *Bar Professional Training Course*: formação requerida para acesso a um dos quatro *Inns of Court* (*Middle Temple, Inner Temple, Gray's Inn, Lincoln's Inn*)
- *Queen's Course*: casos mais importantes

- **Solicitors:**

- funções mais diversificadas
- consulta jurídica / representação junto dos tribunais inferiores (só em casos excepcionais em tribunais superiores)
- *Law Society*: associação profissional
- redigem testamentos e contractos
- asseguram a gestão de *trusts*
- prestam aconselhamento jurídico aos clientes

- **Juízes:**

- recrutamento entre Barristers e Solicitors com experiência profissional (cerca de 20 anos)
- início de funções a tempo parcial, só depois passando a tempo integral

- **Law Magistrates (Justices of the Peace):**

- juízes dos *Magistrates' Courts*
- não têm de ter formação jurídica e não são, em regra, remunerados

- **Prosecutors:**

- funções na investigação criminal, a par da polícia, e no acompanhamento de processos criminais, nomeadamente deduzindo a acusação
- funcionários públicos recrutados entre Barristers e Solicitors

- **Outras Profissões:**

- 1) **Clerks of the Court**

- funcionários judiciais

- 2) **Bailiffs**

- funcionários com poderes de autoridade acrescidos
- funções variadas

3.5.2) Formação dos Juristas

- actualmente, para ser Barrister ou Solicitor é necessário uma licenciatura em Direito ou um curso de conversão
- duração da licenciatura: 3 anos

DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

3.2) Elementos históricos

- **Colonização:**
 - **1ª Fase**
 - ❖ Calvin's Case (1608): a aplicação do Common Law aos Ingleses que se tivessem fixado nos territórios coloniais
 - ❖ pouca aplicação do Direito Inglês:
 - ❖ poucos juristas
 - ❖ acesso complexo às fontes
 - ❖ vontade de quebra com o Direito Inglês
 - ❖ importância da Bíblia como referência para a resolução de litígios
 - **2ª Fase (início do SÉC. XVIII)**
 - ❖ maior influência do Direito Inglês:
 - ❖ chegada de juristas
 - ❖ formação jurídica de alguns colonos
 - ❖ utilização do Common Law como instrumento de defesa contra o poder absoluto dos colonizadores
 - **Independência**
 - ❖ Declaração da Independência dos E.U.A – 4 de Julho de 1776 (reconhecida em 1783)
 - ❖ Constituição Federal votada em 1787 para entrar em vigor em 1789

3.3) Fontes

- **Fontes Primárias:**
 - Lei (*Statutory Law*)
 - ❖ mais relevância que em Inglaterra
 - Jurisprudência (*Case Law*)
- **Fontes Secundárias:**
 - Doutrina
 - Restatements of the Law

NOTA:

Costume não é normalmente indicado como fonte de Direito

- **Hierarquia**
 - Lei prevalece sobre a Jurisprudência
 - Direito Federal prevalece sobre os Direitos Estaduais
- 1) Constituição dos E.U.A
 - Jurisprudência do *U.S. Supreme Court* sobre a Constituição

- 2) Leis federais infraconstitucionais
Jurisprudência sobre a legislação federal
 - 3) Constituições estaduais
Jurisprudência dos respectivos Supremos Tribunais
 - 4) Leis estaduais
Jurisprudência sobre essas leis
 - 5) Jurisprudência estadual autónoma em relação à legislação
- **Direito Aplicável**
 - Que se aplica nos casos de *diversity jurisdiction*: as duas partes serem de Estados diferentes
 - *Judiciary Act* (1789): actuação normal das regras de conflitos
 - **Evolução do U.S. Supreme Court**
 - Swift v. Tyson (1842): quando não existisse lei, deveria aplicar-se *Federal General Common Law*
 - Erie Railroad Corporation v. Tompkins (1938): inversão da aplicação
 - Regra: *no Federal General Common Law*
 - Solução: aplicação do direito estadual competente (fonte legal ou jurisprudencial) – evita-se o *Forum Shopping*
 - **Common Law e Equity**
 - sistemas de normas jurídicas, à semelhança do sistema inglês
 - recepção da equity do direito inglês e integração na lei

3.3.1) Lei

- Constituição
 - ❖ 1787: 7 artigos
 - ❖ importância das emendas à Constituição
 - ❖ evolução do direito constitucional por via de interpretação actualista
- Codificação
 - ❖ legislação em grande número, quer a nível federal, quer a nível estadual
 - ❖ escassez da codificação no sentido romano-germânico
- Leis uniformes e Leis-modelo
 - ❖ Leis uniformes: objectivo de uniformizar os direitos estaduais
 - ❖ Leis-modelo: objectivo de servir de modelo no que respeita a algumas soluções
- Interpretação da Lei
 - ❖ Atitude de *stare decisis* abrange o sentido relevante das normas legais tanto como o das normas de pura criação jurisprudencial

- ❖ Os tribunais não se pronunciam sobre a inconstitucionalidade da norma contida num *statue* sem que ele tenha sido aplicado e portanto interpretado por um Tribunal

3.3.2) Jurisprudência

- Doutrina do *stare decisis*: os tribunais estão vinculados a decidir novos casos da mesma forma que foram decididos casos semelhantes
 - ❖ princípio aplica-se quer aos Tribunais Federais quer aos Tribunais Estaduais
 - ❖ tarefa do jurista: *distinguish precedent / analogize to precedent*

Vinculação dos Tribunais Federais

- precedentes de decisões de tribunais federais superiores
- precedentes de decisões dos tribunais estaduais superiores quando esteja em causa a aplicação de direito estadual

Vinculação dos Tribunais Estaduais

- precedentes de decisões de tribunais estaduais superiores
- precedentes de decisões dos tribunais federais em que seja aplicado direito federal ou direito do estado em causa

Razão de ser – *stare decisis*

- previsibilidade
- justiça
- eficiência
- integridade do sistema judicial
- consciência acrescida nas decisões judiciais

Possibilidade de Revogação de Norma

- admissibilidade nos tribunais superiores
- *overruling / prospective overruling*
- menor vinculação ao *stare decisis* do que em Inglaterra

Sentenças

- técnica semelhante à do Direito Inglês
- *ratio decidendi* – holding of the case
- redação por um juiz, podendo os outros apresentar declarações de voto (*dissenting opinions / concurring opinions*)

3.3.3) Doutrina

- grande quantidade e qualidade da doutrina dos EUA
- revistas especializadas citadas em todo o Mundo

3.3.4) Restatements of the Law

- exclusividade do direito dos EUA
- *American Law Institute* promoveu a pesquisa e publicação da common law, organizado por áreas

3.4) Organização Judiciária

- **Discussão sobre o sistema a adoptar**

Modelo mais próximo da família romano-germânica ou manutenção do modelo de common law?

- adopção do modelo de Common Law
- grande influência linguística e cultural

- **Constituição:**

- ao contrário da Inglaterra, os E.U.A têm uma Constituição Federal
- Constituição de cada um dos Estados Federados

- **Separação de Poderes**

- Estado Federal
 - ❖ **Executivo:** Presidente
 - ❖ **Legislativo:** Congresso – Senado e Câmara dos Representantes
 - ❖ **Judicial:** Tribunais Federais
- Estados Federados
 - ❖ **Executivo:** Governador
 - ❖ **Legislativo:** Câmaras
 - ❖ **Judicial:** Tribunais Estaduais

- **Resolução de Litígios**

- importância dos meios de resolução alternativa de litígios, ligados à concepção liberal e individualista do processo (ADR – *Alternative Dispute Resolution*)
- importância da mediação: estudo das técnicas

- **Organização Jurídica Federal**

- *United States Courts* : 1ª instância a nível federal
 - ❖ existe pelo menos 1 por Estado
 - ❖ no total, existem 89 nos 50 Estados Federados, mais 5 noutros territórios – 94 *district courts*

- **Competência Especializada**

- *United States Tax Court*

- *United States Court of International Trade*
- *United States Court of Federal Claims*
- *United States Court of Veteran Appeals*
- *Courts of Military Review*

- *United States Courts of Appeals*: 2ª instância a nível federal
 - ❖ existem 11 circuitos, correspondentes a 11 áreas de circunscrição, mais o *D.C.Circuit* e o *Federal Circuit*

- ***United States Supreme Court***
 - sediado em Washington
 - topo da pirâmide da organização judiciária federal
 - composto por 9 juízes
 - sistema de substituição

- **Competência dos Tribunais Federais**
 - matérias de competência federal: *federal question jurisdiction*
 - domicílio ou sede das partes em diferentes Estados: *diversity jurisdiction*
 - questão relacionada estiver a ser tratada a nível federal: *supplemental jurisdiction*

- **Organização Judiciária Estadual**
 - organização autónoma
 - 3 graus de jurisdição
 - ❖ 1ª Instância
 - ❖ Instância de Recurso
 - ❖ Supremo Tribunal
 - *Full Faith and Credit Clause*: decisão tomada pelo tribunal de um Estado Federado é obrigatoriamente reconhecida por todos os outros Estados

3.5) Ensino do Direito

3.5.1) Profissões Jurídicas

- Profissão unitária, diferente da dualidade inglesa e da distinção dos sistemas da família romano-germânica
- Admissão numa *Bar Association*: exercício de qualquer profissão jurídica
- *American Bar Association*: influência política e funções de acreditação na Faculdade

3.5.1.1) Juízes

- Recrutamento entre juristas inscritos numa associação profissional

- Juízes Federais: nomeados pelo Presidente dos E.U.A., após confirmação por parte do Congresso
 - ❖ são geralmente recrutados entre Advogados de elevado prestígio, professores de Direito, Juízes Estaduais ou Juízes Federais de escalão inferior
- Juízes Estaduais:
 - ❖ eleição para cargo
 - ❖ nomeação pelo Governo de entre as pessoas escolhidas por comissão independente
- **Papel dos Juízes**
 - papel mais reduzido dos juízes do que noutros sistemas, em especial no que diz respeito a matéria de facto
 - princípio dispositivo: papel mais activo do advogado na apresentação de provas e inquirição de testemunhas
 - importância prática do júri

3.5.1.2) Júri

- **Júri – Processo Penal**
 - o julgamento de todos os crimes, excepto em caso de destituição, será feito por um júri
 - o julgamento deverá ter lugar no Estado em que o crime foi cometido
 - caso o crime não tenha sido cometido dentro dos limites de nenhum Estado, deverá ser jugado onde, por meio da lei, o Congresso terá decidido
 - Processo Crime:
 - ❖ *Grand Jury*: 23 cidadãos
 - Crimes mais Graves:
 - ❖ *Trial Jury*: 12 pessoas que, por unanimidade, decidem a matéria de facto, declarando se o réu é “culpado” ou “inocente”
- **Júri – Processo Civil**
 - matéria de facto
 - montante de indemnização
 - 7ª Emenda: Quando o valor em discussão excede os 20 dólares, o direito a julgamento por meio de um júri deverá ser preservado

3.5.1.3) Promotores Público

- Nível Federal: *United States Attorneys*
- Nível Estadual: *Prosecuting Attorney, State Attorney...*
- Papel activo no processo penal / representação do Estado Federal ou de algum Estado Federado
- *Plea Bargaining*: especificidade dos E.U.A.

3.5.2) Formação

- admissão numa Faculdade de Direito depende da conclusão de outro curso
- curso de Direito: 3 anos
- formação universitária de cerca de 7 anos
- atribuição do título de *Juris Doctor* (J.D.) / doutoramento confere o título de *Ph. D. in Law*
- métodos: *Case Method* / *Moot Courts*
 - ❖ análise em aula de casos reais decididos pelos tribunais
- em regra, ensina-se o Direito Federal e aspectos gerais relativos aos Direitos Estaduais

3.6) Comparação do Direito Inglês e dos EUA

Semelhanças:

- influência da religião e da moral cristãs
- pragmatismo
- língua inglesa
- escassa influência do direito romano
- primazia do direito processual
- separação de poderes
- atitude de *stare decisis*
- primazia da jurisprudência como fonte de revelação das normas jurídicas
- superioridade da lei
- reduzida importância da codificação
- escassa importância do costume

Diferenças:

- pluralismo normativo e judiciário (EUA) VS unidade da ordem jurídica e organização judiciária (UK)
- constituição escrita (EUA) VS constituição histórico-consuetudinária (UK)
- maior flexibilidade do *stare decisis* (EUA)
- maior importância da codificação (EUA)
- maior liberdade em interpretação da lei (EUA)
- “restatements of the law” não tem correspondência no direito inglês
- descentralização da organização judiciária (EUA) VS centralização da organização judiciária (UK)
- unidade das profissões jurídicas (EUA) VS dualidade das profissões jurídicas (UK)
- exigência de formação universitária para juristas (EUA)

COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS ROMANO-GERMÂNICOS (CIVIL LAW) E DE COMMON LAW

Megacomparação:

1) Semelhanças

- influência da religião e da moral cristãs
- distinção entre direito e outras ordens normativas
- colonização como veículo de expansão dos modelos jurídicos
- separação de poderes
- superioridade hierárquica da lei em relação à jurisprudência
- escassa importância do costume

2) Diferenças:

- tendência para pragmatismos (common law)
- língua inglesa (common law)
- recepção do direito romano (civil law) VS criação jurídica autónoma (common law)
- primazia da jurisprudência como fonte de revelação das normas jurídicas e *stare decisis* (common law) VS primado da lei (civil law)

4) Família de Direitos Islâmicos

4.1) Charia / Xaria

Religião islâmica

- Maomé nasceu em Meca, em 570
- terá recebido de Alá, através do arcanjo Gabriel, a revelação progressiva do Corão a partir do ano 612
- expansão rápida da religião islâmica e do poderio político dos califas, sucessores de Maomé

Significado de Islão

- submissão absoluta à vontade de Deus
- comunidade (*umma*) das pessoas que professam a religião islâmica
- é uma região e, ao mesmo tempo, um sistema social e político de vocação universal

5 pilares do Islamismo

- Profissão de Fé (“Só Ála é Deus e Maomé é o seu profeta”) e 4 obrigações individuais:
 - ❖ oração 5 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

Xaria

- significado literal: a vida correcta / o verdadeiro caminho
- conjunto de regras reveladas que os muçulmanos devem observar
- abarca aspectos que, nas outras famílias estudadas, seriam consideradas de natureza religiosa ou moral
- Fontes da Xaria:
 - ❖ Primárias
 - Corão
 - Tradição
 - ❖ Secundárias
 - Consenso
 - Analogia

Corão

- revelações feitas a Maomé, acreditando os muçulmanos que Deus é o autor do Corão
- 6200 versículos, agrupados em 114 capítulos
- inclui cerca de 500 ou 600 versículos com regras de conduta

Tradição

- tradição de Maomé ou *suna* (comportamento), que se refere aos costumes do profeta constantes dos hadites
- Hadite tem 2 elementos:
 - ❖ elemento material: descrição do comportamento
 - ❖ elemento histórico: demonstrar a autenticidade do hadite
- cerca de 1 milhão de hadites (2000 ou 3000 com conteúdo jurídico)

Características da Xaria

- ORIGEM: revelado e, portanto, dogmático e sagrado
- tendencialmente imutável no espaço e no tempo
- elementos complementares e correctivos: construções teóricas que aproveitam as ambiguidades textuais e as divergências interpretativas; adaptação das regras
- interesse comunitário predomina sobre interesses individuais

4.2) Direitos Islâmicos Contemporâneos

Evolução dos Direitos Islâmicos

- Período inicial (até séc. XIX)
 - ❖ predomínio total da Xaria
 - ❖ utilização do costume para o preenchimento das lacunas da Xaria
- Até aos anos 60
 - ❖ redução da relevância da Xaria, por influência europeia, com a codificação a ter um papel importante
- Ressurgimento Islâmico
 - ❖ regresso à Xaria um pouco por todo o mundo islâmico

Distinção:

- **Direito Islâmico** – xaria; não vigora exclusiva e totalmente em nenhum país
- **Direitos islâmicos** – sistemas jurídicos em que a Xaria é a fonte de Direito e o Islão é a religião oficial
- **Direitos de países islâmicos** – sistemas jurídicos de países que a maioria ou uma forte maioria da população professa a religião islâmica

Diversidade dos Sistemas Jurídicos Islâmicos

Elevado grau de influência da Xaria – domínio dos direitos pessoal, familiar e penal

- Arábia Saudita
- Sudão
- Irão
- Paquistão

Sistemas híbridos, com influência romano-germânica e menor influência da Xaria – restrita ao estatuto familiar

- Marrocos
- Iraque
- Senegal
- Indonésia

Sistemas híbridos de influência de common law

- Bangladesh
- Malásia
- Nigéria

Fontes de Direito:

1) Primárias

- Constituição
 - ❖ em quase todos os Estados islâmicos modernos existe uma Constituição concebida como lei fundamental do Estado, onde se dispõe acerca da organização do poder político e dos direitos dos cidadãos
 - ❖ consagram também, em graus e estilos diversos, um elenco de direitos fundamentais
 - ❖ lei é a principal fonte de direito
- Códigos e outras leis
- Xaria

2) Outras

- Costume
 - ❖ importância actual decrescente
 - ❖ aceite como fonte de direito, desde que não contrarie nem a Xaria nem a lei estadual
- Jurisprudência
 - ❖ em especial nos Estados influenciados pela common law
- Doutrina
 - ❖ seja aquela que se constrói e se construiu sobre a Xaria, seja aquela que se vem desenvolvendo em torno de casa um dos sistemas jurídicos actuais

Dualidade de Sistemas / Ordens Normativas

Xaria: sistema de normas legitimado pela revelação, que ultrapassa a sua base religiosa para se projectar em toda a vida social

- legitimadas pelo direito positivo em quase todos os direitos islâmicos

Direito Positivo: regras emanadas por autoridades estatais

Organização Judiciária

Tribunais da Xaria: Cádi

- tribunais do Cádi não são tribunais religiosos, são tribunais da Xaria como ordem normativa que não se circunscreve a normas de índole religiosa

Os tribunais do Estado fora substituindo os tribunais da Xaria

Cádi corresponde à designação de juiz, no direito islâmico antigo. Este não exerce apenas funções de natureza jurisdicional, mas também exerce funções de jurisconsulto e funções notariais

2 Grupos de Sistemas:

- Organização judiciária unitária – apenas tribunais estaduais que aplicam normas de qualquer natureza, incluindo normas da xaria
- Organização judiciária dualista – coexistem tribunais estaduais e tribunais da Xaria

Profissões jurídicas e formação:

Dualidade de perfil dos profissionais

- especialistas na Xaria
- profissões jurídicas laicas

Há Universidades Islâmicas e Faculdades de Direito ao estilo europeu. Ambas podem ensinar as duas ordens normativas, Xaria e direito positivo

Tardio aparecimento da profissão de advogado