

Lições de Direito Comparado

Patrícia Jerónimo

elsa

The European Law Students' Association

UMINHO

LIÇÕES DE DIREITO COMPARADO

Patrícia Jerónimo

Docente na Escola de Direito da Universidade do Minho

Diretora de Curso do Mestrado em Direitos Humanos da
Escola de Direito da Universidade do Minho



The European Law Students' Association

UMINHO

Lições de Direito Comparado

Autora

Patrícia Jerónimo

Editor

ELSA UMINHO

Escola de Direito da Universidade do Minho,

Campus de Gualtar, 4710-057 Gualtar,

Braga, Portugal

www.elsauminho.com | editora@elsauminho.com

Acabamento Técnico e Logística

Joana Freitas Peixoto

Rita de Sousa Costa

Tiago Sérgio Cabral

Impressão

Empresa Diário do Minho, Lda. – Braga

ISBN: 978-989-8783-10-3

Depósito Legal:

1ª Edição, Maio de 2015

Toda a reprodução desta obra sem a prévia autorização do Autor e Editor é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

The logo for ELSA UMINHO, featuring the word "elsa" in a bold, lowercase, serif font.

The European Law Students' Association

UMINHO

ÍNDICE

Nota Prévia	9
Lição n.º 1	
Noção, modalidades e funções do Direito Comparado	11
Lição n.º 2	
Globalização e pluralismo jurídico	39
Lição n.º 3	
As principais tradições jurídicas da actualidade	51
Lição n.º 4	
A família jurídica ocidental	61
Lição n.º 5	
O subsistema romano germânico da família jurídica ocidental (civil law)	67
Lição n.º 6	
O subsistema anglo-saxónico da família jurídica ocidental (common law)	93
Lição n.º 7	
A família jurídica islâmica	133
Lição n.º 8	
Os Direitos tradicionais africanos	155
Lição n.º 9	
O Direito hindu	165
Lição n.º 10	
O Direito chinês	169
Lista bibliográfica	173

NOTA PRÉVIA

Foi com muito gosto que acedi ao convite que me foi feito pela ELSA UMINHO para preparar um manual de Direito Comparado que servisse de apoio bibliográfico para as aulas da disciplina com o mesmo nome que lecciono ao primeiro ciclo de estudos em Direito da Universidade do Minho.

Lecciono Direito Comparado há vários anos e tenho tentado diferentes soluções para a questão da bibliografia base a recomendar aos alunos e a usar como apoio para as aulas. Temos excelentes manuais de Direito Comparado publicados em Portugal, mas verifiquei que são, ou muito densos para uma disciplina semestral do 1.º ano, ou demasiado esquemáticos para permitir aos alunos uma compreensão adequada das matérias.

Estas lições tentam ser um meio-termo virtuoso, que explique as matérias apresentadas nas aulas de forma clara e com recurso a exemplos práticos e simultaneamente dê aos alunos pistas para desenvolverem leituras complementares sobre os temas tratados. O ajustamento pretendido às matérias leccionadas explica o diferente desenvolvimento dado a cada uma das lições e a ausência de alguns temas “clássicos” como o método em Direito Comparado, uma matéria que considero mais adequada para alunos de segundo ciclo.

Dedico estas lições aos meus alunos.

Braga, 31 de Março de 2015

LIÇÃO N.º 1

NOÇÃO, MODALIDADES E FUNÇÕES DO DIREITO COMPARADO

O Direito Comparado é uma disciplina jurídica que tem por objecto a comparação de Direitos¹, ou seja, o estudo comparativo sistemático de diferentes ordens jurídicas – por norma, ordens jurídicas estaduais –, com vista a identificar as semelhanças e as diferenças existentes entre essas ordens jurídicas e a explicar as razões que presidem às semelhanças e às diferenças encontradas.

O interesse pelo conhecimento de ordens jurídicas estrangeiras e pela comparação de Direitos não é de hoje, tendo sido uma constante desde, pelo menos, a Antiguidade Clássica, se considerarmos, por exemplo, que Aristóteles estudou 158 Constituições de cidades gregas em preparação do seu Tratado sobre a Política e que, segundo a lenda, uma delegação romana terá sido enviada a estudar as leis de várias cidades gregas em preparação do que veio a ser a Lei das XII Tábuas². Como disciplina jurídica autónoma, o Direito Comparado surgiu na segunda metade do século XIX, quando começou a ser ensinado nas universidades e foram fundadas

¹ Seguimos aqui a lição de Diogo Freitas do Amaral, que recomenda o uso do *D* maiúsculo quando nos referimos a Direito com o sentido de Direito objectivo, isto é, como conjunto de normas jurídicas em vigor (por exemplo, Direito português, Direito italiano), e *d* minúsculo quando nos referirmos a direito com o sentido de direito subjectivo (por exemplo, direito à vida, direito de propriedade). Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2004, p. 46.

² Cf. RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado*, Lisboa, Meridiano, 1972, p. 9.

as primeiras associações científicas e revistas especializadas³. A oficialização do estatuto deu-se em 1900, com a realização em Paris do I Congresso Internacional de Direito Comparado⁴.

A autonomização do Direito Comparado como disciplina jurídica não dissipou imediatamente a percepção durante muito tempo dominante de que o Direito Comparado seria apenas um método – o método comparativo – ao serviço das diferentes áreas da ciência jurídica. Ainda hoje, é frequente encontrar nos manuais ou nas monografias de Direito Constitucional, Direito das Obrigações, Direito da Família, etc., secções dedicadas a uma análise de Direito Comparado, em que os autores discorrem sobre o modo como o problema que os ocupa (o controlo da constitucionalidade, a responsabilidade civil extracontratual, o casamento, a filiação, etc.) é tratado noutras ordens jurídicas, não raro para tentar retirar dessa análise comparativa algumas pistas para possíveis vias de reforma do quadro normativo existente na ordem jurídica que constitui o objecto central do seu estudo. Parece, no entanto, ser já incontroverso que o Direito Comparado constitui um saber autónomo no quadro da ciência jurídica, dotado de um *objecto* e de um *método* próprios – a pluralidade de ordens jurídicas estaduais e o método comparativo – e com importantes contributos a dar para a formação dos juristas e para a realização do Direito.

Antes de entrarmos na consideração desses contributos, importa observar que a comparação de Direitos pode assumir **diversas modalidades**, consoante o objectivo que presida ao estudo comparativo. Simplificando, diremos que podemos ter estudos *macrocomparativos* e estudos *microcomparativos* e que os primeiros servem sobretudo propósitos académicos ao passo que os segundos servem simultaneamente propósitos académicos e propósitos práticos, como teremos oportunidade de demonstrar *infra*.

A **macrocomparação** consiste, em primeira linha, no estudo comparativo de duas ou mais ordens jurídicas estaduais consideradas na sua globalidade, ou seja, pelas suas características fundamentais (princípios jurídicos estruturantes, fontes de Direito,

³ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 15.

⁴ Cf., entre outros, PAULO DOURADO DE GUSMÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 12.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 29.

Lições de Direito Comparado

organização judiciária, método para a aplicação do Direito aos casos concretos, etc.), mas também pode designar a comparação entre famílias de Direitos. Exemplo do primeiro tipo de estudo será a comparação dos Direitos português, francês e alemão, que usaremos nestas lições para ilustrar as características distintivas do subsistema romano-germânico da família jurídica ocidental. Exemplo do segundo tipo será a comparação entre os subsistemas romano-germânico e anglo-saxónico dentro da família jurídica ocidental ou a comparação entre esta família e a família jurídica islâmica, que também faremos mais adiante nestas lições. Como dissemos, o interesse pela *macrocomparação* é essencialmente académico, mas esta não deixa de ser instrumental para os estudos microcomparativos, na medida em que lhes proporciona o necessário enquadramento.

A *microcomparação* consiste no estudo comparativo das soluções jurídicas encontradas em duas ou mais ordens jurídicas estaduais diferentes para um determinado problema (dissolução do casamento, uso de símbolos religiosos nas escolas, combate ao tráfico de droga, filiação, etc.). Também pode dizer-se que a *microcomparação* consiste na comparação de institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes, entendendo-se por *instituto jurídico* “um conjunto de normas, princípios, instituições e organizações de natureza jurídica que, numa dada ordem jurídica, possam ser tomados unitariamente sob certa perspectiva ou critério”⁵, por exemplo, o contrato, a responsabilidade extra-contratual, a adopção, etc. Ambas as formulações são correctas, mas vale a pena referir, seguindo o exemplo de Michel Fromont, que faz mais sentido usar a primeira formulação quando estamos a comparar ordens jurídicas culturalmente muito distantes entre si (por exemplo, o Direito português e o Direito argelino) e reservar a segunda formulação para os casos em que estejamos a comparar ordens jurídicas culturalmente próximas (por exemplo, o Direito português e o Direito italiano)⁶. Esta recomendação é oportuna porque, quando comparamos ordens jurídicas culturalmente muito distintas entre si, podemos simplesmente não encontrar institutos jurídicos afins que sirvam de objecto à nossa comparação. Por exemplo, se nos propusermos estudar o instituto

⁵ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., p. 13.

⁶ Cf. MICHEL FROMONT, *Grands Systèmes de Droit Étrangers*, 5.^a ed., Paris, Dalloz, 2005, pp. 1-2. Não acompanhamos este autor, no entanto, quando este afirma que só a comparação entre ordens jurídicas próximas e as respectivas técnicas jurídicas constitui verdadeiro Direito Comparado.

da adopção no Direito português e no Direito argelino, teremos sérias dificuldades, porque o Direito argelino não admite a adopção, que é proibida pela Lei islâmica⁷. O que o Direito argelino – à semelhança do que se passa noutros países de maioria muçulmana – prevê é o instituto da *kafala*, um instituto de Direito islâmico mediante o qual a criança é confiada à guarda de uma pessoa que assume o compromisso voluntário de cuidar da sua manutenção, educação e protecção como se fosse seu pai ou mãe, sem que a criança perca o vínculo à sua família biológica. Resumindo, o Direito português e o Direito argelino são comparáveis entre si, mas o objecto do estudo comparativo não será o instituto da adopção, mas sim as soluções encontradas numa e noutra ordens jurídicas para assegurar a protecção de crianças órfãs ou cujos pais estejam incapacitados ou impossibilitados de exercer as suas responsabilidades parentais.

Quanto aos contributos que o Direito Comparado pode dar para a formação dos juristas e para a realização prática do Direito – o que é normalmente designado como **funções do Direito Comparado** – interessa-nos considerar três aspectos, pelo que será em torno deles que organizaremos a exposição que se segue. Veremos, em primeiro lugar, de que modo é que o Direito Comparado contribui para a formação dos juristas, seguindo-se a análise dos contributos do Direito Comparado para a aplicação e o desenvolvimento do Direito no plano interno dos Estados e para a aplicação e o desenvolvimento do Direito no plano internacional. Porque nos interessa sobretudo sublinhar a relevância prática desta disciplina, iremos ilustrar os contributos do Direito Comparado para a aplicação do Direito no plano interno e no plano internacional por recurso à análise de duas decisões judiciais, um acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa e um acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

No que respeita à **formação dos juristas**, não suscita dúvidas que o Direito Comparado contribui para alargar horizontes e aguçar o espírito crítico. Os juristas são chamados a conhecer outras culturas e tradições jurídicas e a observar que os problemas levantados pela convivência em sociedade não só não são os mesmos em todo o mundo como recebem respostas jurídicas muito diferentes consoante as

⁷ Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO VINK e NADINE FINCH, *Judicial Implementation of Article 3 of the Convention on the Rights of the Child in Europe*, Bruxelas, UNICEF e Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights Regional Office for Europe, 2012, p. 51.

Lições de Direito Comparado

idiosincrasias de cada povo⁸. A constatação da pluralidade de soluções jurídicas possíveis alerta os juristas para o carácter relativo das soluções adoptadas pelo Direito nacional – que não são as únicas possíveis, nem necessariamente as melhores –, contribuindo, desse modo, para contrariar as tendências dos juristas para o chauvinismo e o provincianismo⁹. O Direito Comparado tem ainda o mérito de contribuir para um melhor conhecimento do próprio Direito nacional, ao permitir perceber qual o lugar que este ocupa entre os diferentes sistemas jurídicos e quais as singularidades que o distinguem dos demais¹⁰. Por exemplo, só um estudo comparativo do estatuto jurídico dos estrangeiros nas ordens jurídicas dos Estados-membros da União Europeia permite compreender cabalmente o quão singular e generosa é a cláusula de equiparação do estrangeiro ao nacional, consagrada no artigo 15.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP)¹¹.

Refira-se ainda que o Direito Comparado desempenha um papel muito importante na formação dos *juristas linguistas*, ou seja, juristas habilitados a prestar assistência linguística como tradutores e/ou intérpretes especializados em contextos jurídicos, junto de organismos internacionais, tribunais nacionais, etc. Como explica Gerard-René de Groot, a tradução de informação jurídica entre duas línguas diferentes é, por norma, mais difícil do que a tradução de outra informação técnica, devido à estreita ligação que existe entre a terminologia jurídica e o concreto sistema jurídico estadual que a usa. Cada Estado tem a sua terminologia jurídica própria¹² e esta é, em princípio, autónoma da terminologia dos demais Estados, mesmo daqueles que tenham a mesma língua oficial¹³. Para dominar a terminologia, é pois necessário

⁸ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado, I, Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 20.

⁹ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado, op. cit.*, p. 19.

¹⁰ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 23.

¹¹ “Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão”.

¹² Ou *terminologias jurídicas*, quando o Estado integre diferentes sistemas jurídicos, como acontece, por exemplo, no Canadá, onde coexistem o *Common Law* (anglófono) e o *Civil Law* (francófono).

¹³ O que significa que cada língua tem tantas “línguas jurídicas” quantos os sistemas jurídicos estaduais que a usem, podendo até ser necessária uma tradução intra-linguística em alguns casos. Cf. GERARD-RENÉ DE GROOT, “Language and law”, in E. H. Hondius (ed.), *Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law*, Antuérpia, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, pp. 22-23. Para a língua portuguesa, isto significa, pelo menos, oito línguas jurídicas,

conhecer as características do sistema jurídico, o que é proporcionado por estudos de Direito Comparado.

No que respeita ao contributo do Direito Comparado para a aplicação e **desenvolvimento do Direito no plano interno dos Estados**, há a distinguir: *a)* a interpretação e aplicação de normas de Direito nacional por tribunais nacionais; *b)* a interpretação e aplicação de normas de Direito estrangeiro por tribunais nacionais; *c)* a descoberta de vias possíveis de reforma legislativa.

O conhecimento de Direitos estrangeiros proporcionado pelos estudos de Direito Comparado pode revelar-se útil para a *interpretação e aplicação de normas de Direito nacional* em várias situações. Por exemplo:

1) quando a norma a interpretar tenha sido inspirada por soluções jurídicas estrangeiras, como é o caso da norma do artigo 26.º, n.º 1, da CRP, que consagra o direito ao desenvolvimento da personalidade¹⁴, por influência do artigo 2.º, n.º 1, da Constituição da República Federal da Alemanha, onde se estabelece que “todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade desde que não violem os direitos dos outros nem infrinjam a ordem constitucional e a lei moral”¹⁵. Como resulta dos comentários feitos na doutrina portuguesa nos últimos anos¹⁶, a compreensão do significado e alcance do artigo 26.º, n.º 1, da CRP tem muito a ganhar com um estudo comparativo das soluções portuguesa e alemã, para identificar as “diferenças significativas”, mas também para colher na experiência alemã pistas para avaliar em concreto que tipo de interesses ou comportamentos podem estar abrangidos pelo direito ao desenvolvimento da personalidade, ainda que o intérprete português não esteja, de modo algum, obrigado a seguir a interpretação que deste direito é feita pelos tribunais e pela doutrina alemães.

correspondentes aos sistemas jurídicos de Portugal, Angola, Brasil, Cabo-Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste.

¹⁴ “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

¹⁵ Cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra, Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, pp. 611-612.

¹⁶ Cf., por todos, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., 611-616; PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in AAVV, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

Lições de Direito Comparado

2) quando a norma a interpretar inclua uma cláusula de reciprocidade, como acontece, por exemplo, com o artigo 15.º, n.º 3, da CRP, nos termos do qual, “aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e *em condições de reciprocidade*, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática”. Para sabermos, em concreto, quais os estrangeiros lusófonos que beneficiam da tutela desta norma e quais os “direitos não conferidos a estrangeiros” de que estamos a falar, teremos de indagar quais os direitos reconhecidos aos cidadãos portugueses pelas ordens jurídicas de cada um dos Estados de língua oficial portuguesa, ou seja, pelos Direitos de Angola, Brasil, Cabo-Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste.

3) quando a aplicação da norma esteja dependente da verificação de certas condições numa dada ordem jurídica estrangeira, como acontece com a norma do artigo 33.º, n.º 6, da CRP, segundo o qual não é admitida a extradição, nem a entrega de uma pessoa às autoridades de um Estado estrangeiros a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física. Para que possam cumprir o imposto nesta norma, as autoridades portuguesas terão sempre de averiguar qual o Direito Penal em vigor no Estado requisitante da extradição.

4) quando a norma a aplicar seja uma *norma de conflitos*, ou seja, uma norma como as que constam dos artigos 15.º e seguintes do Código Civil português, cuja função é determinar qual a lei competente para regular um caso com conexões a várias ordens jurídicas. Pense-se, por exemplo, numa disputa perante um tribunal português sobre o regime de bens de um casamento celebrado no Reino Unido entre um cidadão italiano e uma cidadã americana. Para aplicar as normas de conflitos previstas na lei portuguesa, os tribunais portugueses têm de conhecer as normas de conflitos das ordens jurídicas estrangeiras relevantes em cada caso concreto, porque, não raro, as normas de conflitos portuguesas remetem para as suas congêneres estrangeiras. É o que faz, por exemplo, o artigo 17.º, n.º 1, do Código Civil português ao estatuir que, se o Direito internacional privado da lei referida pela norma de conflitos portuguesa remeter para outra legislação e esta se

considerar competente para regular o caso, é o Direito interno desta legislação que deve ser aplicado.

5) quando a norma a aplicar diga respeito ao reconhecimento de sentenças estrangeiras, como é o caso do artigo 1096.º do Código de Processo Civil, que é objecto do acórdão que teremos oportunidade de analisar detidamente *infra*.

O conhecimento de Direitos estrangeiros e a sensibilidade de juscomparatista adquirida com a formação em Direito Comparado são também, por maioria de razão, extremamente úteis quando se trate de *interpretar e aplicar normas de Direito estrangeiro à resolução de litígios perante tribunais nacionais*. As relações jurídicas plurilocalizadas – familiares, laborais ou contratuais em geral – são cada vez mais comuns e a aplicação das normas de conflitos referidas *supra* não raro determina como lei competente um Direito diferente do português. Sempre que for esse o caso, o intérprete português terá de interpretar o Direito estrangeiro “dentro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas” (artigo 23.º, n.º 1, do Código Civil português), o que requer um conhecimento muito substancial da ordem jurídica estrangeira em causa.

Por último, os estudos de Direito Comparado são da máxima utilidade para a *descoberta de vias possíveis de reforma do quadro normativo em vigor*, constituindo um importante instrumento de política legislativa. Como já os antigos romanos pareciam saber, na preparação de um qualquer projecto ou proposta de diploma legal que introduza alterações significativas ao regime em vigor, é importante conhecer as experiências levadas a cabo noutras ordens jurídicas (de preferência, ordens jurídicas que nos sejam culturalmente próximas), não para as copiarmos acriticamente, mas para que possamos aprender com os erros dos outros e aferir informadamente da viabilidade de soluções bem sucedidas noutros países virem a vingar no nosso país. A inclusão de referências a Direitos estrangeiros é muito comum nas exposições de motivos de projectos e propostas de lei apresentados em Portugal, como pode confirmar-se pela menção feita pelo Tribunal da Relação de Lisboa ao projecto de lei sobre o regime do divórcio, no acórdão que analisamos de seguida.

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Outubro de 2007, proferido no processo n.º 10602/2005-2, é muito interessante como ilustração da relevância

Lições de Direito Comparado

prática do Direito Comparado para a aplicação de normas de Direito nacional. Em causa estava o pedido de reconhecimento de uma sentença estrangeira, proferida por um tribunal de Marrocos, para que os efeitos jurídicos dessa sentença – a dissolução do casamento entre o requerente e a requerida – pudessem produzir-se em Portugal. O Tribunal da Relação de Lisboa tinha apenas de aplicar o artigo 1096.º do Código de Processo Civil português, mas, para o fazer, teve de analisar o Direito da Família marroquino, de modo a decidir se o reconhecimento da decisão proferida em Marrocos – que homologou o repúdio da mulher pelo marido – conduziria ou não a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado português, nomeadamente o princípio da igualdade entre homens e mulheres. A consideração de experiências jurídicas estrangeiras não ficou sequer por aqui, uma vez que, na sua argumentação, o Tribunal da Relação de Lisboa também se socorreu do exemplo de decisões de tribunais franceses e espanhóis em casos semelhantes ao caso *sub judice*. Por último, este acórdão permite confirmar a importância dos estudos de Direito Comparado como instrumento de política legislativa, ao indicar que o projecto de lei do Bloco de Esquerda sobre o regime jurídico do divórcio a pedido de um dos cônjuges referira na sua exposição de motivos a consagração de semelhante modalidade de divórcio no Direito sueco e no Direito espanhol.

Acordam os juizes no Tribunal da Relação de Lisboa¹⁷

RELATÓRIO

Em 24 de Outubro de 2005, Rui M F S G, de nacionalidade portuguesa, residente em Estremadouro, Souto da Carpalhosa, Leiria, propôs a presente acção declarativa com processo especial de revisão de sentença estrangeira contra Fátima E, com última residência conhecida em Marrocos e em Portugal no Porto.

Alega, em síntese, que por ato de repúdio, a que corresponde o divórcio,

¹⁷ O texto do acórdão pode ser consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc-732316039802565fa00497eec/5d3c2cfdbaad7a9c802573a20059941f?OpenDocument&Highlight=0,marrocos> [11.03.2015]. Reproduzimos o texto do acórdão quase na íntegra, pela sua utilidade como ilustração, não apenas dos aspectos enunciados no texto principal, mas também de outros aspectos a referir mais adiante. O texto do acórdão foi editado para uniformizar critérios formais e subtrair informação desnecessária.

homologado em 2004 pelo Tribunal de Rabat, Reino de Marrocos, foi dissolvido o matrimónio entre o ora Requerente e a Requerida. Conclui pedindo que a referida sentença seja revista e confirmada em Portugal, por forma a produzir os seus efeitos na ordem jurídica portuguesa. Citada editalmente, nos termos legais, a requerida não deduziu oposição ao presente processo.

Em alegações, e após ter este tribunal alertado as partes para eventual contraditoriedade entre a sentença revidenda e a ordem pública internacional do Estado Português, tanto o Requerente como o Ministério Público (que igualmente representa a Requerida ausente) concluíram pela procedência da pretensão do Requerente.

Está provada a seguinte

MATÉRIA DE FACTO

1. O ora Requerente e a ora Requerida casaram um com o outro em 2000, no Tribunal de Rabat, Secção Notarial, Marrocos.
2. Em 2004, na sequência de procedimento de repúdio desencadeado pelo ora Requerente, contra a ora Requerida, o Tribunal de Rabat, Secção Notarial, do Reino de Marrocos, homologou o divórcio, por ato de repúdio, revogável durante o período de retiro legal, entre o ora Requerente e a Requerida.
3. A sentença de homologação foi proferida após a ora Requerida ter sido citada para os termos do referido processo e para comparecer a tentativa de conciliação, a que faltou.
4. A referida sentença não foi alvo de qualquer impugnação, tendo transitado em julgado.
5. À data do divórcio o Requerente residia em Portugal e a Requerida em Marrocos.

O DIREITO

Nos termos do disposto no artigo 1096.º do Código de Processo Civil, para que a sentença estrangeira seja confirmada é necessário que: a) Não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a sentença nem sobre a inteligência da decisão; b) A sentença tenha transitado em julgado segundo a lei do país em que foi proferida; c) A sentença provenha de

Lições de Direito Comparado

tribunal estrangeiro cuja competência não tenha sido provocada em fraude à lei e não verse sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses; d) Não possa invocar-se a excepção de litispendência ou de caso julgado com fundamento em causa afecta a tribunal português, excepto se foi o tribunal estrangeiro que preveniu a jurisdição; e) O Réu tenha sido regularmente citado para a acção, nos termos da lei do país do tribunal de origem, e no processo hajam sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes; f) A sentença revidenda não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português. No caso vertente mostram-se preenchidos os requisitos indicados sob as alíneas a), b) e e) e não se vislumbra fundamento para pôr em questão a verificação dos restantes requisitos, com ressalva da análise do enunciado em último lugar, análise que se efectuará de seguida.

Conforme expende Ferrer Correia (Lições de Direito Internacional Privado I, Almedina, 2000, pág. 406), cada Estado tem os seus valores jurídicos fundamentais, de que entende não dever abdicar, e interesses de toda a ordem, que reputa essenciais e que em qualquer caso lhe incumbe proteger. Tal implica que a aplicação da lei estrangeira será recusada “na medida em que essa aplicação venha lesar algum princípio ou valor básico do ordenamento nacional, tido por inderrogável, ou algum interesse de precípua grandeza da comunidade local”.

A actual redacção da alínea f) do artigo 1096.º do Código de Processo Civil foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. A redacção anterior exigia que a sentença revidenda não contivesse “decisões contrárias aos princípios de ordem pública portuguesa”, ao passo que no texto actual exige-se que a sentença “não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português”. Reatando a citação de Ferrer Correia, “não é, portanto, a decisão propriamente que conta, mas o resultado a que conduziria o seu reconhecimento. A decisão pode apoiar-se numa norma que, considerada em abstracto, se diria contrária à ordem pública internacional do Estado português, mas cuja aplicação concreta o não seja”. Acresce que a introdução do advérbio “manifestamente” pretende frisar o carácter excepcional da intervenção da ordem pública. No dizer do Supremo Tribunal de Justiça, “a excepção de ordem pública internacional ou reserva de ordem pública prevista na al. f) do art. 1096º só tem cabimento quando da aplicação do direito estrangeiro cogente resulte contradição flagrante com

e atropelo grosseiro ou ofensa intolerável dos princípios fundamentais que enformam a ordem jurídica nacional e, assim, a concepção de justiça do direito material, tal como o Estado a entende. Só há que negar a confirmação das sentenças estrangeiras quando contiverem em si mesmas, e não nos seus fundamentos, decisões contrárias à ordem pública internacional do Estado Português - núcleo mais limitado que o correspondente à chamada ordem pública interna, por aquele historicamente definido em função das valorações económicas, sociais e políticas de que a sociedade não pode prescindir, mas operando em cada caso concreto para afastar os resultados chocantes eventualmente advenientes da aplicação da lei estrangeira. O cabimento daquela reserva só, por conseguinte, se verifica quando o resultado da aplicação do direito estrangeiro contrarie ou abale os princípios fundamentais da ordem jurídica interna, pondo em causa interesses da maior dignidade e transcendência, sendo, por isso, “de molde a chocar a consciência e a provocar uma exclamação” (acórdão de 21.02.2006, processo 05B4168).

Sobre a aplicação da cláusula da ordem pública, Ferrer Correia refere, a ela aderindo, a teoria do efeito atenuado dessa cláusula. Segundo essa teoria, surgida em França, a ordem pública pode operar de modo diverso conforme se trate de adquirir um direito no estado do foro, ou de permitir que um direito adquirido sem fraude no estrangeiro produza no estado do foro os seus efeitos. Por exemplo, suponha-se um divórcio estrangeiro, na sequência do qual os ex-cônjuges contraíram segundas núpcias. O não reconhecimento do divórcio teria mais inconvenientes do que o próprio reconhecimento, e o efeito social perturbador daquela primeira solução seria mínimo, atentas as circunstâncias do caso. Sobre o caso do repúdio, Ferrer Correia manifesta as suas dúvidas: “O repúdio da mulher portuguesa pelo marido muçulmano ofende o preceito constitucional que consagra o princípio da igualdade dos cônjuges. Mas se a mulher deu o seu assentimento ao repúdio – ou no próprio acto ou mesmo posteriormente – não se descortinam razões para fazer apelo à ordem pública; isto no caso de o repúdio ter sido realizado no estrangeiro, ao abrigo da lei do domicílio comum das partes, competente nos termos do art.º 31º, nº 2 do Código Civil. O mesmo se diga se é a mulher quem pede em Portugal o reconhecimento dos efeitos do repúdio, v.g., porque pretende contrair segundo casamento” (aderindo a esta visão do repúdio, embora a propósito da revisão de uma decisão de regulação do poder paternal, cfr. acórdão da Relação de Lisboa, de 03.10.2006, processo 454-2006-7).

O repúdio, segundo a tradição muçulmana e conforme está regulado no Código da Família marroquino, constitui uma prerrogativa exclusivamente

Lições de Direito Comparado

masculina, uma forma de dissolução do matrimónio que depende apenas da vontade do marido, sem necessidade de invocação de qualquer motivo nem possibilidade de oposição por parte da mulher (cfr. artigos 79.º a 93.º do Código da Família marroquino, aprovado pelo Dahir n.º 1-04-22, de 03.02.2004, publicado em língua árabe no Bulletin Officiel n.º 5184, em 05.02.2004 – 14 hija 1424, no calendário muçulmano).

Na ordem jurídica portuguesa, o casamento pode dissolver-se sem invocação de qualquer fundamento, se houver mútuo consentimento dos cônjuges (artigo 1775.º do Código Civil). Por outro lado, o divórcio pode ser decretado por iniciativa de um dos cônjuges, contra a vontade do outro, mesmo sem culpa deste, para tal bastando a invocação e prova de separação de facto por três anos consecutivos (artigo 1781.º, alínea a), do Código Civil). O legislador constitucional deixa ao legislador ordinário o encargo de regular os requisitos da dissolução do casamento pelo divórcio (artigo 36.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa).

A possibilidade de qualquer dos cônjuges obter a dissolução do casamento por sua única vontade, sem invocação de qualquer motivo, não está consagrada na lei portuguesa. Porém, não é vedada pela Constituição e tem sido defendida por alguns sectores da sociedade portuguesa, ganhando aqui relevo o projecto de Lei n.º 232/X, apresentado pelo Bloco de Esquerda (Regime Jurídico do divórcio a pedido de um dos cônjuges). Na exposição de motivos daquele projecto dá-se conta de ordenamentos jurídicos europeus em que se admite esta modalidade de divórcio (Suécia – Lei de 14 de Maio de 1987 e, recentemente, Espanha – Ley 15/2005, de 8 de Julho).

Afigura-se-nos que face à evolução que a concepção de casamento e da sua dissolução tem sofrido tanto no mundo ocidental como em Portugal, uma sentença estrangeira que decreta um divórcio com base na vontade de um só dos cônjuges, sem invocação de nenhum motivo fundamentador, não pode sem hesitações ser rejeitada como manifestamente violadora dos princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa, *maxime* se se constatar que foram minimamente acautelados os direitos do cônjuge requerido, em particular no que concerne às consequências do divórcio nas suas condições de subsistência (Vital Moreira e Gomes Canotilho consideram apenas “constitucionalmente questionável” o divórcio por mera vontade unilateral de um dos cônjuges, por alegadamente afectar o núcleo essencial do direito de ambos os cônjuges ao divórcio, bem como da liberdade pessoal e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade; também Jorge Miranda e Rui Medeiros consideram tal solução “constitucionalmente duvidosa”,

por o casamento, objecto de uma garantia constitucional, não constituir uma situação precária e a família fundada no casamento dever ser protegida por lei, nos termos do artigo 67º da Constituição da República Portuguesa).

No Direito marroquino, uma vez manifestada pelo marido a intenção de se divorciar, o tribunal convoca os cônjuges para uma tentativa de conciliação (artigo 81.º do Código da Família). Nessa diligência ouvem-se as partes, testemunhas e qualquer pessoa que o tribunal considere útil. Se existirem filhos, realizam-se duas tentativas de conciliação, intervaladas de 30 dias, no mínimo (artigo 82.º). Se a conciliação se revelar impossível, o tribunal fixa um montante que o marido deve depositar no prazo de 30 dias (artigo 84.º), que corresponde ao valor da pensão devida pelo período de “retiro” que se segue (*viduité, Idda*) e a compensação (*Mout’â*) que é avaliada em função da duração do casamento, da situação financeira do marido, dos motivos do divórcio e do grau de abuso verificado no recurso ao divórcio pelo marido, assim como o direito a pensão alimentar dos filhos. Se o marido não depositar a aludida quantia, considera-se que renunciou ao divórcio (artigo 86.º). Reunidos os referidos pressupostos, o tribunal autoriza que o acto de divórcio seja formalizado por dois *adoul* domiciliados na circunscrição territorial desse tribunal, documento esse que depois é homologado por sentença, a qual é susceptível de recurso (artigo 88.º). A mulher também pode divorciar-se através do procedimento acima descrito: só que, para isso, carece do consentimento prévio do marido (artigo 89.º). O Direito marroquino também admite o divórcio por razões de discórdia entre os cônjuges, que pode ser intentado por qualquer deles (artigos 94.º a 97.º) e o divórcio por outras causas, que pode ser intentado pela mulher (artigos 98.º a 113.º). Também é admitido o divórcio por mútuo consentimento (artigos 114.º a 120.º).

Como se viu, o repúdio é uma modalidade de dissolução do casamento por vontade unilateral de um dos cônjuges, que no Direito marroquino apenas pode ser exercido pelo marido. Efectivamente, o repúdio por iniciativa da mulher depende do consentimento prévio do marido, pelo que é sempre a vontade do homem que prevalece. O referido regime jurídico viola o princípio da igualdade, nomeadamente entre os cônjuges, consagrado nos artigos 13.º e 36.º da Constituição da República Portuguesa e, bem assim, expressamente quanto à dissolução do casamento, no artigo 5.º do Protocolo n.º 7 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ratificado por Portugal.

No processo n.º 3/02, caso *D.D. contra a França*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi chamado a pronunciar-se sobre uma decisão dos

tribunais franceses que havia concedido o *exequatur* a uma sentença proferida por um tribunal argelino que havia decretado a dissolução de um matrimônio com base na vontade unilateral do cônjuge marido. A requerente mulher defendia, perante o TEDH, que a execução de tal sentença era contrária à igualdade entre os cônjuges garantida pelo artigo 5.º do supra referido Protocolo, isto mesmo que tivessem sido respeitadas as garantias processuais estabelecidas no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (direito a um processo equitativo). O TEDH acabou por não se pronunciar sobre o fundo da questão, na medida em que entretanto a requerente desistiu da acção. No entanto, no acórdão em que dá por findo o processo (acórdão de 08.11.2005) o TEDH não deixa de enunciar a evolução da jurisprudência do mais alto tribunal francês sobre esta matéria, ou seja, da Cour de Cassation: a) Numa primeira fase, para controlar as condições de reconhecimento de uma sentença estrangeira, a Cour de Cassation fundava-se essencialmente no respeito pelo tribunal estrangeiro das garantias procedimentais estabelecidas pelo artigo 6.º da Convenção. Sem citar necessariamente aquela disposição, a Cour de Cassation exigia um processo em que cada parte devia poder fazer valer as suas pretensões e a sua defesa; b) Posteriormente, em casos respeitantes a sentenças estrangeiras que decretavam o repúdio unilateral da mulher pelo seu marido, a Cour de Cassation visava expressamente o artigo 5.º do Protocolo n.º 7 da Convenção, motivando porém a sua recusa em conceder o *exequatur* no desrespeito de garantias processuais; c) Em cinco acórdãos proferidos em 17.02.2004, a 1.ª Câmara Cível da Cour de Cassation recusou a produção de efeitos em França de repúdios argelinos e marroquinos. Realçou em particular que esses repúdios desprezam o princípio da igualdade entre os cônjuges proclamado pelo Protocolo n.º 7 da Convenção, isto mesmo que as decisões litigiosas tivessem sido proferidas no âmbito de um processo leal e contraditório. A Cour de Cassation afirmou que o tribunal *a quo* deveria rejeitar o pedido de *exequatur* de uma sentença estrangeira que decretasse o repúdio unilateral de uma esposa pelo marido, nestes termos (tradução nossa, do francês): “atendendo a que o acórdão [apelação] refere que o divórcio dos esposos X, foi decretado pelos juízes argelinos, apesar da oposição da mulher, pela única razão, admitida pela lei argelina, de que o poder conjugal está nas mãos do marido e que o divórcio deve ser pronunciado apenas por vontade deste último; que o tribunal de apelação daí deduziu correctamente que, mesmo que se a sentença resultasse de um processo leal e contraditório, esta decisão constatando um repúdio unilateral pelo marido sem conceder efeito jurídico à eventual oposição da mulher e privando a autoridade competente de qualquer outro poder que o de fixar as consequências financeiras desta ruptura do laço

matrimonial, era contrária ao princípio da igualdade dos cônjuges aquando da dissolução do matrimónio reconhecido pelo artigo 5 do Protocolo de 22 de Novembro 1984, nº 7, adicional à Convenção europeia dos direitos do homem, que a França se obrigou a garantir a qualquer pessoa sujeita à sua jurisdição, e por conseguinte à ordem pública internacional reservada pelo artigo 1º da Convenção franco-argelina de 27 de Agosto 1964, desde logo quando, como no caso, os dois cônjuges estavam domiciliados em território francês”. Diga-se que em todos estes casos a cónjuge mulher se havia oposto, perante os tribunais franceses, ao reconhecimento em França dos efeitos do divórcio decretado no país de origem e o Tribunal deu relevância ao facto de na altura da instauração do divórcio no outro país os cônjuges residirem em França.

Na nossa vizinha Espanha os tribunais têm concedido o *exequatur* a decisões de tribunais de países islâmicos que decretaram ou homologaram actos de divórcio/repúdio, bastando-se com o facto de a lei espanhola admitir o divórcio independentemente do tempo e da forma da celebração do matrimónio. Porém, o *exequatur* é negado quando se conclui que o repúdio em causa é revogável, por tal atentar contra a ordem pública, pois no Direito espanhol o divórcio é necessariamente definitivo e irrevogável, sem prejuízo da possibilidade de novo matrimónio entre os cônjuges, não podendo a subsistência do vínculo ficar dependente da livre disposição dos cônjuges, de forma que, por sua livre vontade, possa voltar-se ao anterior estado marital, o que repugna à estabilidade e certeza que há de se dar às situações que conformam o estado civil das pessoas e à igualdade de direitos e deveres do marido e da mulher.

Revertendo ao caso dos autos, haverá que relembrar que, no nosso Direito, a revisão deverá ser negada se a sentença revidenda contiver decisão cujo reconhecimento conduza a um *resultado manifestamente* incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português. A sentença objecto destes autos decretou, por homologação, a dissolução do matrimónio que vigorava entre o Requerente e a Requerida, na sequência de um procedimento intentado pelo cónjuge marido. Tal efeito jurídico é admitido na ordem jurídica portuguesa. Quanto ao fundamento da decisão, admitindo que é sindicável tendo em vista a ponderação da conformidade do “resultado” da sentença com a ordem pública internacional portuguesa, entendemos que esse fundamento, que foi a vontade exclusiva de um dos cônjuges, não afronta, pelo menos manifestamente, a ordem pública portuguesa. No que concerne ao facto de a decisão revidenda ter sido proferida no âmbito de um

Lições de Direito Comparado

ordenamento jurídico que apenas confere ao cônjuge marido a prerrogativa de dissolver o casamento por força tão só da sua vontade, dir-se-á que a violação do princípio da igualdade está precisamente na circunstância de ser negada à mulher tal possibilidade (pois, como se viu, no Direito marroquino a mulher pode repudiar o marido, mas apenas mediante o prévio consentimento deste): assim, a violação do princípio da igualdade manifesta-se quando se recusa à mulher a possibilidade de pôr fim ao casamento por sua exclusiva vontade, nos mesmos termos em que tal é concedido ao homem.

Nestes autos, não está em causa a apreciação de uma sentença que recuse à mulher um direito que é reconhecido ao homem, com a conseqüente violação do princípio da igualdade. De realçar que tanto no processo em Marrocos, como nestes autos (embora aqui a Requerida seja revel, sendo representada pelo Ministério Público), o cônjuge mulher não manifestou oposição à dissolução do casamento. Por outro lado, existe nexó manifesto entre o ordenamento jurídico aplicado e a situação regulada, atendendo à nacionalidade da mulher e à residência da Requerida à data do decurso do processo em Marrocos.

Consta da certidão junta aos autos que o repúdio era revogável, podendo assim o requerente, na versão da tradução do francês para português que consta no processo, “voltar a contrair casamento com ela [a requerida] enquanto o período de retiro legal não tiver expirado”. A versão em língua francesa do acto de repúdio, também documentada no processo, refere que se trata de “une répudiation unique, première et révocable, pouvant ainsi la reprendre en mariage tant que sa période de retraite légale n’ait expiré”.

Efectivamente, nos termos do artigo 123.º do Código da Família marroquino, e em harmonia aliás com a tradição muçulmana, o divórcio emergente de repúdio por iniciativa do marido é revogável, salvo se tiver sido antecedido de dois divórcios (repúdios) sucessivos. Ao contrário do que dá a entender a aludida tradução para português, não se trata de voltar a contrair casamento, acto que supõe a celebração de um novo contrato matrimonial, mas simplesmente de retomar os anteriores laços matrimoniais, por força da vontade do marido. Tal situação de reversibilidade do divórcio não só é desconhecida no nosso Direito como, por depender da exclusiva vontade do cônjuge marido, atenta contra o princípio da igualdade entre os cônjuges e contra a dignidade do ser humano, base fundamental da República Portuguesa (artigo 1.º da Constituição da República). Porém, a faculdade de revogar o repúdio deve ser exercida durante o período de retiro (*viduité*) – artigo 124.º), o qual inicia-se a partir da data do divórcio e prolonga-se durante três

períodos intermenstruais completos (artigos 129.º e 136.º, n.º 1). Expirado esse prazo, o divórcio torna-se definitivo (artigo 125.º).

Ora, resulta dos autos que o Requerente deixou expirar o prazo para exercer a faculdade de revogar o repúdio, pelo que, na ordem jurídica marroquina, a dissolução do matrimónio é definitiva. A sentença revidenda não tem, pois, a virtualidade de conduzir a um estado incompatível com a nossa ordem jurídica, ou seja, o resultado da decisão a rever não colide com a barreira da ordem pública internacional do Estado Português, cujos limites foram delimitados pelo legislador nacional em termos assinaladamente restritos. Assim, não há obstáculos à pretendida revisão da sentença.

DECISÃO

Pelo exposto, julga-se procedente a pretensão de revisão da mencionada sentença de 2004, proferida pelo Tribunal de Primeira Instância de Rabat, Secção Notarial, do Reino de Marrocos, que homologou o divórcio, por repúdio, entre o Requerente e a Requerida, pelo que se confirma a mesma, para valer com todos os seus efeitos em Portugal.

Custas pelo Requerente.

Lisboa, 18.10.2007

No **plano internacional**, o Direito Comparado contribui para a interpretação, aplicação e desenvolvimento do Direito por diversas vias. Por exemplo:

1) nos processos de uniformização e de harmonização de Direitos – que têm vindo a ser desenvolvidos na sociedade internacional desde as primeiras décadas do século XX, com vista a facilitar a cooperação entre os Estados e a promover a segurança jurídica nos negócios internacionais –, os estudos de Direito Comparado assumem a maior importância, não apenas por permitirem encontrar os mínimos denominadores comuns entre diferentes legislações estaduais, mas também por permitirem perceber quais são os domínios onde não será viável definir regras de Direito uniforme ou sequer harmonizar as legislações dos diferentes Estados¹⁸. Na preparação das

¹⁸ A diferença entre os processos de uniformização e os processos de harmonização de Direitos é sobretudo uma diferença de grau, uma vez que os objectivos prosseguidos são semelhantes – facilitar

Lições de Direito Comparado

convenções de Direito uniforme e das Directivas da União Europeia, por exemplo, é necessário conhecer e comparar as soluções jurídicas adoptadas sobre a matéria em causa nas ordens jurídicas dos Estados que vão estar representados à mesa das negociações, para não propormos como Direito uniforme ou como regras mínimas soluções jurídicas muito distantes das soluções adoptadas por algumas das ordens jurídicas em presença, o que levaria previsivelmente a bloqueios nas negociações. O conhecimento das diferentes ordens jurídicas estaduais é aliás necessário para a negociação de qualquer acordo internacional bilateral ou multilateral, pelo que os estudos de Direito Comparado são, de um modo geral, um instrumento muito útil para a preparação da participação em reuniões jurídicas internacionais.

2) nas acções de cooperação jurídica internacional, frequentemente integradas em programas de apoio ao desenvolvimento, os conhecimentos de Direito Comparado permitirão um melhor diálogo e colaboração entre os juristas dos Estados participantes, na medida em que sensibilizam os juristas do Estado doador para a importância das características sociais, económicas e culturais do Estado receptor, para a necessidade de atentar nos valores jurídicos próprios das populações do Estado receptor e para o facto de um mesmo texto normativo, transplantado de uma ordem jurídica para outra, não ter necessariamente a mesma interpretação e aplicação na ordem jurídica de origem e na ordem jurídica de acolhimento. A consideração destes aspectos é fundamental para todos os juristas que participem em acções de cooperação jurídica num Estado estrangeiro, seja como assessores no Parlamento

a cooperação entre os Estados – e os instrumentos usados são, em ambos os casos, acordos internacionais. Simplificando, diremos que os processos de uniformização de Direitos procuram definir regras jurídicas iguais para as ordens jurídicas de todos os Estados Parte na convenção de Direito uniforme, ao passo que os processos de harmonização procuram apenas aproximar os regimes jurídicos adoptados em diferentes ordens jurídicas estaduais sem eliminar totalmente as diferenças existentes entre eles. Exemplo do primeiro tipo de instrumentos são as convenções de Direito uniforme do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), como a Convenção UNIDROIT de 1995 sobre objectos culturais roubados ou exportados ilegalmente. Exemplo do segundo tipo são as Directivas da União Europeia – como a Directiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Outubro de 2010, relativa ao direito à interpretação e à tradução em processo penal –, que definem regras mínimas a observar por todos os Estados-membros, mas deixam aos Estados-membros uma considerável margem de liberdade na transposição dessas regras mínimas para as respectivas ordens jurídicas nacionais, o que significa que as ordens jurídicas dos Estados-membros da União Europeia ficam mais próximas entre si, mas continuam a ter regras jurídicas diferentes sobre a matéria em causa.

ou no Governo desse Estado, como juízes ou magistrados do Ministério Público, como Conservadores de Registo ou como Professores de Direito. A atenção a estes aspectos é necessária para que os assessores jurídicos não se limitem a fazer *copy paste* de diplomas legais em vigor no seu país de origem, com completa desatenção às características e necessidades específicas das populações a que esses diplomas vão ser aplicados; para que os juízes não se limitem a interpretar e a aplicar a legislação em vigor no país de acolhimento – frequentemente decalcada do Direito do país de origem dos juízes – como se estivessem no seu país de origem; e para que os Professores de Direito não se limitem a ensinar Direito como se estivessem no seu país de origem, sem a preocupação de estudar a ordem jurídica do Estado de acolhimento e de adaptar as construções teóricas a exemplos práticos colhidos na ordem jurídica desse Estado.

3) na assessoria jurídica a empresas multinacionais e na negociação e interpretação de contratos internacionais, o conhecimento e a comparação de ordens jurídicas estrangeiras é da máxima utilidade, desde logo, para saber quais as ordens jurídicas que oferecem as melhores condições para o investimento estrangeiro (pelo regime fiscal, pelo regime laboral, etc.).

4) na participação em litígios dirimidos perante tribunais internacionais, como o Tribunal Internacional de Justiça ou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, e perante tribunais arbitrais internacionais, como os previstos, por exemplo, nos contratos internacionais de exploração petrolífera para a resolução de litígios emergentes da relação contratual, o conhecimento de diferentes ordens jurídicas nacionais pode ser tão útil quanto o conhecimento do Direito internacional aplicável. Os advogados que defendam os seus clientes neste tipo de instâncias internacionais têm de estar familiarizados com o Direito internacional aplicável, mas também com os Direitos nacionais dos Estados envolvidos no conflito e até com o Direito de ordens jurídicas não directamente envolvidas no conflito, como acontece, por exemplo, com a aplicação do Direito de Singapura à resolução dos conflitos emergentes de contratos de exploração petrolífera no Mar de Timor. Do mesmo modo, os juízes e os árbitros que desempenhem funções em tribunais internacionais e em tribunais arbitrais internacionais têm de conhecer, não apenas o Direito internacional aplicável, mas também os Direitos nacionais de diferentes Estados. O acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) no caso

Lições de Direito Comparado

*Leyla Şahin contra a Turquia*¹⁹ demonstra esta observação de forma muito clara, na medida em que os juízes do Tribunal, para poderem verificar se tinha havido ou não uma violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), tiveram de estudar o Direito turco e também o Direito de vários outros Estados Parte na Convenção, nomeadamente os Direitos francês, belga, alemão, austríaco, inglês, etc., como veremos já a seguir.

5) na identificação, por tribunais internacionais, de princípios jurídicos comuns a diferentes ordens jurídicas, a comparação das ordens jurídicas estaduais é um exercício indispensável. Por exemplo, o Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, anexo à Carta das Nações Unidas, de 1945, manda aplicar à resolução das controvérsias submetidas ao Tribunal Internacional de Justiça, entre outras fontes de Direito internacional, os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas [artigo 38.º, n.º 1, alínea e), do Estatuto]. Para que o Tribunal Internacional de Justiça possa identificar tais princípios gerais e aplicá-los à resolução de casos concretos, necessita naturalmente de comparar as ordens jurídicas das “nações civilizadas”²⁰. A comparação das ordens jurídicas de diferentes Estados pode também servir para concluir que não existem princípios comuns sobre uma dada matéria e, com isso, condicionar a extensão da intervenção do tribunal internacional. Foi o que aconteceu precisamente no processo *Leyla Şahin contra a Turquia*, em que o TEDH analisou o modo como o uso do véu islâmico em instituições de ensino é regulado em vários Estados Parte da CEDH. Tendo concluído que existe uma grande diversidade de abordagens entre os diferentes Estados, o TEDH optou por confiar na apreciação feita pelas autoridades turcas sobre os riscos representados pelo uso do véu islâmico, acabando por decidir que a Turquia não tinha violado a CEDH.

Vale a pena analisar este acórdão do TEDH com maior atenção, sobretudo a secção que o TEDH dedica ao estudo microcomparativo e o parágrafo da decisão onde o TEDH usa explicitamente os dados desse estudo para justificar a sua posição.

¹⁹ *Case of Leyla Şahin v. Turkey*, petição n.º 44774/98, acórdão de 10 de Novembro de 2005, disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70956#{"ite-mid":\["001-70956"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70956#{) [14.03.2015].

²⁰ Ou melhor, agora que esta formulação se tornou obsoleta, dos Estados membros das Nações Unidas, que são hoje praticamente todos os Estados do mundo.

O processo foi desencadeado pela petição apresentada por Leyla Şahin, uma cidadã turca que havia sido impedida de prosseguir os seus estudos de medicina na Universidade de Istambul por se recusar a cumprir as regras internas da Universidade que proibiam o uso do véu islâmico. Perante o TEDH, Leyla Şahin alegou que a proibição do uso do véu islâmico nas instituições de ensino superior turcas constituía uma interferência injustificada no seu direito à liberdade religiosa, em particular o seu direito de manifestar a sua religião, protegido pelo artigo 9.º da CEDH, e que, ao fazer depender a prossecução dos seus estudos do seu abandono do véu islâmico e ao recusar-lhe o acesso a instituições educativas se ela se recusasse a cumprir essa condição, o Estado turco violara efectivamente o essencial do seu direito à instrução (protegido pelo artigo 2.º do Protocolo n.º 1 da CEDH), tornando-o sem efeito.

O TEDH reconheceu que as regras definidas pela Universidade de Istambul constituíam uma restrição ao direito de Leyla Şahin a manifestar a sua religião, mas aceitou os argumentos do Governo turco segundo os quais a restrição era legítima por ter sido imposta para salvaguardar os direitos e as liberdades de outros e para proteger a ordem pública. Segundo o TEDH, as autoridades nacionais têm um papel decisivo na regulação do uso de símbolos religiosos nas instituições de ensino, em vista da grande diversidade de soluções adoptadas pelos Estados Parte da CEDH neste domínio.

Nos parágrafos 55 a 65 do acórdão, o TEDH apresenta uma síntese comparativa do modo como o uso de símbolos religiosos – em particular o véu islâmico – é regulado em vários Estado Parte da CEDH. É-nos dito que a presença do véu islâmico nas instituições de ensino público já vem a ser debatida na Europa há mais de duas décadas, ainda que o debate vise sobretudo as escolas primárias e secundárias, não as universidades. Na verdade, apenas três Estados Parte da CEDH – a Turquia, o Azerbaijão e a Albânia – têm regras sobre o uso do véu islâmico nas universidades. Em França, uma lei de 2004 proíbe o uso de símbolos religiosos ostensivos nas escolas primárias e secundárias, tendo uma circular do Ministério da Educação francês esclarecido que a expressão “símbolos religiosos ostensivos” inclui o véu islâmico, a kipá judaica e crucifixos sobredimensionados que tornem a afiliação religiosa de quem os usa imediatamente identificável. Na Bélgica, não existe uma proibição geral do uso de símbolos religiosos nas escolas, mas as escolas podem impor restrições ao uso de tais símbolos, seja para salvaguardar a ordem pública,

seja por razões de higiene e de segurança. Na Áustria, não existe legislação especial sobre o uso do véu islâmico, do turbante ou da kipá e a posição dominante é a de que eventuais restrições ao uso destes símbolos só serão admissíveis para proteger a saúde e a segurança dos alunos. No Reino Unido, a vontade dos alunos de usar símbolos religiosos é respeitada e são raros os litígios a envolver o uso do véu islâmico, sendo que, nos raros casos que ocorrem, a Comissão para a Igualdade Racial e os tribunais ingleses tendem a respeitar o direito das alunas a usar o véu. Em Espanha, não existe nenhuma proibição legal explícita do uso do véu e as escolas, que têm poderes para definir regras sobre vestuário, autorizam, de um modo geral, o uso do véu islâmico. Na Finlândia e na Suécia, o véu islâmico pode ser usado nas escolas, mas as escolas podem proibir o uso da burca e do *niqab* – dois tipos de véu islâmico que cobrem a totalidade do corpo, incluindo o rosto – desde que o façam num espírito de diálogo sobre os valores base do sistema educativo. Na Holanda, o uso do véu islâmico é, de um modo geral, tolerado, mas as escolas estão autorizadas a impor um uniforme escolar (desde que este não seja discriminatório) e entende-se que a proibição da burca se justifica para permitir identificar e comunicar com as alunas e que a proibição do uso do véu nas aulas de educação física se justifica por razões de segurança. Em vários países europeus – incluindo a Roménia, a Hungria, a Polónia (e Portugal, que o Tribunal não refere) – a questão do uso do véu islâmico não suscita controvérsia.

No parágrafo 109 do acórdão, o TEDH observa que, quando se trata da relação entre Estado e religiões, sobre a qual existem opiniões muito diferentes na Europa, deve reconhecer-se especial importância ao papel desempenhado pelas autoridades nacionais. É assim, desde logo, – diz-nos o TEDH – no que respeita à regulação do uso de símbolos religiosos nas instituições de ensino, especialmente em vista da diversidade de abordagens possíveis sobre este assunto, que a análise de Direito Comparado permite confirmar. Uma vez que não é possível identificar na Europa uma concepção uniforme sobre o significado da religião na sociedade e que o impacto da manifestação pública de uma crença religiosa varia consoante a época histórica e o contexto, a escolha da melhor forma de regular o uso de símbolos religiosos deve ser deixada até certo ponto às autoridades nacionais, que são quem melhor conhece as especificidades do contexto nacional e quem está em melhor posição para decidir qual a solução mais adequada a esse contexto.

Por estes motivos, o papel do TEDH resumiu-se a verificar se a proibição do uso do véu islâmico na Universidade de Istambul se justificava em sede de princípio e se respeitava o princípio da proporcionalidade, um parâmetro de controlo muito menos exigente do que o aplicável se a margem de apreciação reconhecida às autoridades nacionais fosse menor. O TEDH concluiu que a proibição prosseguira um fim legítimo e fora proporcional, pelo que decidiu, por dezasseis votos contra um, que a liberdade religiosa e o direito à instrução de Leyla Şahin não foram violados.

In the case of *Leyla Şahin v. Turkey*,

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 44774/98) against the Republic of Turkey lodged with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Turkish national, Ms Leyla Şahin (“the applicant”), on 21 July 1998.

3. The applicant alleged that her rights and freedoms under Articles 8, 9, 10 and 14 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1 had been violated by regulations on wearing the Islamic headscarf in institutions of higher education.

THE FACTS

I. RELEVANT LAW AND PRACTICE

D. Comparative law

55. For more than twenty years the place of the Islamic headscarf in State education has been the subject of debate across Europe. In most European countries, the debate has focused mainly on primary and secondary schools. However, in Turkey, Azerbaijan and Albania it has concerned not just the question of individual liberty, but also the political meaning of the Islamic headscarf. These are the only member States to have introduced regulations on wearing the Islamic headscarf in universities.

56. In France, where secularism is regarded as one of the cornerstones of republican values, legislation was passed on 15 March 2004 regulating, in

accordance with the principle of secularism, the wearing of signs or dress manifesting a religious affiliation in State primary and secondary schools. The legislation inserted a new Article L. 141-5-1 in the Education Code which provides: “In State primary and secondary schools, the wearing of signs or dress by which pupils overtly manifest a religious affiliation is prohibited. The school rules shall state that the institution of disciplinary proceedings shall be preceded by dialogue with the pupil.”

The Act applies to all State schools and educational institutions, including post-baccalaureate courses (preparatory classes for entrance to the *grandes écoles* and vocational training courses). It does not apply to State universities. In addition, as a circular of 18 May 2004 makes clear, it only concerns “... signs, such as the Islamic headscarf, however named, the kippa or a cross that is manifestly oversized, which make the wearer’s religious affiliation immediately identifiable”.

57. In Belgium there is no general ban on wearing religious signs at school. In the French Community a decree of 13 March 1994 stipulates that education shall be neutral within the Community. Pupils are in principle allowed to wear religious signs. However, they may do so only if human rights, the reputation of others, national security, public order, and public health and morals are protected and internal rules complied with. Further, teachers must not permit religious or philosophical proselytism under their authority or the organisation of political militancy by or on behalf of pupils. The decree stipulates that restrictions may be imposed by school rules. On 19 May 2004 the French Community issued a decree intended to institute equality of treatment. In the Flemish Community, there is no uniform policy among schools on whether to allow religious or philosophical signs to be worn. Some do, others do not. When pupils are permitted to wear such signs, restrictions may be imposed on grounds of hygiene or safety.

58. In other countries (Austria, Germany, the Netherlands, Spain, Sweden, Switzerland and the United Kingdom), in some cases following a protracted legal debate, the State education authorities permit Muslim pupils and students to wear the Islamic headscarf.

59. In Germany, where the debate focused on whether teachers should be allowed to wear the Islamic headscarf, the Constitutional Court stated on 24 September 2003 in a case between a teacher and the *Land* of Baden-Württemberg that the lack of any express statutory prohibition meant that

teachers were entitled to wear the headscarf. Consequently, it imposed a duty on the *Länder* to lay down rules on dress if they wished to prohibit the wearing of the Islamic headscarf in State schools.

60. In Austria there is no special legislation governing the wearing of the headscarf, turban or kippa. In general, it is considered that a ban on wearing the headscarf will only be justified if it poses a health or safety hazard for pupils.

61. In the United Kingdom a tolerant attitude is shown to pupils who wear religious signs. Difficulties with respect to the Islamic headscarf are rare. The issue has also been debated in the context of the elimination of racial discrimination in schools in order to preserve their multicultural character (see, in particular, *Mandla v. Dowell*, The Law Reports 1983, pp. 548-70). The Commission for Racial Equality, whose opinions have recommendation status only, also considered the issue of the Islamic headscarf in 1988 in the *Altrincham Grammar School* case, which ended in a compromise between a private school and members of the family of two sisters who wished to be allowed to wear the Islamic headscarf at the school. The school agreed to allow them to wear the headscarf provided it was navy blue (the colour of the school uniform), kept fastened at the neck and not decorated.

In *R. (On the application of Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* ([2004] EWHC 1389 (Admin)), the High Court had to decide a dispute between the school and a Muslim pupil wishing to wear the *jilbab* (a full-length gown). The school required pupils to wear a uniform, one of the possible options being the headscarf and the *shalwar kameeze* (long traditional garments from the Indian subcontinent). In June 2004 the High Court dismissed the pupil's application, holding that there had been no violation of her freedom of religion. However, that judgment was reversed in March 2005 by the Court of Appeal, which accepted that there had been interference with the pupil's freedom of religion, as a minority of Muslims in the United Kingdom considered that a religious duty to wear the *jilbab* from the age of puberty existed and the pupil was genuinely of that opinion. No justification for the interference had been provided by the school authorities, as the decision-making process was not compatible with freedom of religion.

62. In Spain there is no express statutory prohibition on pupils' wearing religious head coverings in State schools. By virtue of two royal decrees of 26 January 1996, which are applicable in primary and secondary schools unless the competent authority – the autonomous community – has introduced

specific measures, the school governors have power to issue school rules which may include provisions on dress. Generally speaking, State schools allow the headscarf to be worn.

63. In Finland and Sweden the veil can be worn at school. However, a distinction is made between the *burka* (the term used to describe the full veil covering the whole of the body and the face) and the *niqab* (a veil covering all the upper body with the exception of the eyes). In Sweden mandatory directives were issued in 2003 by the National Education Agency. These allow schools to prohibit the *burka* and *niqab*, provided they do so in a spirit of dialogue on the common values of equality of the sexes and respect for the democratic principle on which the education system is based.

64. In the Netherlands, where the question of the Islamic headscarf is considered from the standpoint of discrimination rather than of freedom of religion, it is generally tolerated. In 2003 a non-binding directive was issued. Schools may require pupils to wear a uniform provided that the rules are not discriminatory and are included in the school prospectus and that the punishment for transgressions is not disproportionate. A ban on the *burka* is regarded as justified by the need to be able to identify and communicate with pupils. In addition, the Equal Treatment Commission ruled in 1997 that a ban on wearing the veil during physical education classes for safety reasons was not discriminatory.

65. In a number of other countries (Russia, Romania, Hungary, Greece, the Czech Republic, Slovakia and Poland), the issue of the Islamic headscarf does not yet appear to have given rise to any detailed legal debate.

THE LAW

109. Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance (see, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, cited above, § 84, and *Wingrove v. the United Kingdom*, judgment of 25 November 1996, *Reports* 1996-V, pp. 1957-58, § 58). This will notably be the case when it comes to regulating the wearing of religious symbols in educational institutions, especially (as the comparative-law materials illustrate – see paragraphs 55-65 above) in view of the diversity of the approaches taken by national authorities on the issue. It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society (see

Otto-Preminger-Institut v. Austria, judgment of 20 September 1994, Series A no. 295A, p. 19, § 50), and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context (see, among other authorities, *Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001V). Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order (see, *mutatis mutandis*, *Wingrove*, cited above, p. 1957, § 57). Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the specific domestic context (see, *mutatis mutandis*, *Gorzelik and Others*, cited above, § 67, and *Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, § 73, ECHR 2003-IX).

...

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds*, by sixteen votes to one, that there has been no violation of Article 9 of the Convention;
2. *Holds*, by sixteen votes to one, that there has been no violation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1;
3. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 8 of the Convention;
4. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 10 of the Convention;
5. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 14 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 10 November 2005.

LIÇÃO N.º 2

GLOBALIZAÇÃO E PLURALISMO JURÍDICO

As discussões sobre o que é a globalização e sobre as formas que esta assume têm sido uma constante nas últimas décadas. Podemos dizer, com Francis Snyder, que o termo *globalização* designa um conjunto de processos económicos, políticos, sociais e culturais multifacetados, desiguais e por vezes contraditórios que caracterizam o nosso tempo²¹. A globalização económica traduz-se, nomeadamente, na dispersão dos locais de produção por diferentes países, na interdependência dos mercados financeiros internacionais, nos fluxos praticamente instantâneos de informação à escala global, etc. A globalização política traduz-se na emergência de novos actores políticos (como as empresas multinacionais e as organizações não governamentais), na diluição da fronteira entre os assuntos internos e os assuntos externos dos Estados no quadro de organizações supra-estaduais, na universalização do discurso dos direitos humanos, etc. Enquanto conjunto de processos sociais, a globalização traduz-se sobretudo na disseminação de modelos de produção e de padrões de consumo próprios de certos contextos geográficos para outros, mas também se reflecte nos movimentos de resistência a essa disseminação e na valorização das idiosincrasias locais. Enquanto fenómeno cultural, a globalização implicou a emergência de uma cultura global partilhada pelas elites de praticamente todo o mundo e contribuiu para a marginalização de muitas culturas locais, mas também tem motivado várias formas de resistência ao que é entendido por muitos como forma de imperialismo cultural²².

²¹ Cf. FRANCIS SNYDER, “Global economic networks and global legal pluralism”, in *EUI Working Paper Law*, n.º 99/6, 1999, p. 6, disponível em http://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/law99_6.pdf [14.03.2015].

²² Cf. FRANCIS SNYDER, “Global economic networks and global legal pluralism”, *op. cit.*, pp. 6-8.

Na verdade, a diversidade cultural não diminuiu com a globalização, apesar de esta ser frequentemente associada a uma crescente americanização do mundo e à imagem de uma aldeia global onde todos usam *jeans*, comem hambúrgueres e têm milhares de amigos na *internet*. É inegável que os avanços tecnológicos, as migrações transnacionais e a interdependência económica à escala global aproximam entre si os povos dos mais remotos pontos do mundo, mas essa proximidade não se traduz necessariamente no abandono das características culturais específicas de cada povo, mesmo entre as elites mais ocidentalizadas. Como sugerido por Snyder, uma tendência global contemporânea é precisamente a da resistência anti-hegemónica ao modelo de vida ocidental, o que tem vindo a ser designado por *glocalização*.

A globalização, não apenas não eliminou a diversidade cultural, como a tornou mais perceptível. Graças à globalização, as diferenças entre sistemas de valores, crenças e tradições são crescentemente visíveis por todo o mundo, não apenas quando comparamos diferentes Estados entre si, mas também quando consideramos a composição interna de cada Estado.

A diversidade cultural traz consigo o *pluralismo jurídico*, ou seja, a existência de uma multiplicidade de fontes de Direito, de formas de conceber o Direito e de modos de o realizar na prática. Isto é evidente, no plano internacional, quando constatamos que, apesar dos esforços no sentido da harmonização e da uniformização de Direitos e apesar da generalização dos *transplantes*²³ de soluções jurídicas ocidentais para o resto do mundo, continuam a existir várias famílias jurídicas e sistemas jurídicos com características muito diferentes entre si, como a família jurídica islâmica, os Direitos africanos, o Direito hindu e o Direito chinês.

²³ A expressão *transplantes jurídicos* foi cunhada por Alan Watson, para quem a passagem de uma regra ou de um sistema jurídico de um país para outro é extremamente comum e muito fácil. Cf. ALAN WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2.^a ed., Atenas e Londres, The University of Georgia Press, 1993, pp. 21-30 e 95-101. Watson teve e continua a ter muitos detractores, que o acusam de ter uma concepção formalista e redutora do Direito. Cf., por todos, PIERRE LEGRAND, “The impossibility of ‘legal transplants’”, in *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, vol. 4, 1997, pp. 111-112. Legrand e os seus congéneres não acreditam na possibilidade de transplantar soluções jurídicas de um país para o outro, devido ao profundo nexo existente entre Direito e Cultura. A persistência de tradições jurídicas diferentes das ocidentais e a constatação, na maioria dos países africanos e asiáticos, de um grande fosso entre o Direito oficial (frequentemente transplantado de sistemas jurídicos ocidentais) e o Direito realmente vivido pelas populações dão razão a este cepticismo.

Isto é também cada vez mais visível no plano interno dos Estados, concretamente dos Estados europeus, em virtude dos *implantes étnicos*²⁴ operados com a fixação nos territórios destes Estados de comunidades de imigrantes provenientes de outros horizontes civilizacionais.

A persistência (se não mesmo aumento) do pluralismo jurídico em tempos de globalização contraria as expectativas de todos aqueles que julgaram que o progresso tecnológico e a interdependência económica e política à escala global conduziriam inevitavelmente à homogeneização das regras de comércio internacional, à harmonização ou integração de todos os tipos de regras jurídicas e ao respeito universal pelos padrões internacionais de direitos humanos²⁵. Como observa Werner Menski, a confiança acrítica na viabilidade e nas vantagens da uniformização jurídica – associada à presunção de que haverá menos conflitos se todos pensarem da mesma maneira e obedecerem às mesmas regras – não tem cabimento. É irrealista esperar que todo o mundo possa alguma vez seguir um único sistema jurídico, adoptar uma língua e uma cultura ou uma concepção de

²⁴ O que Werner Menski designa por *processos pós-coloniais de migrações invertidas*, para sublinhar as diferenças que separam o estatuto gozado pelos migrantes europeus durante o período colonial e os migrantes africanos e asiáticos que chegaram à Europa depois do fim da segunda guerra mundial. As migrações europeias para territórios africanos e asiáticos foram patrocinadas pelos poderes coloniais, pelo que aqueles migrantes puderam invocar o princípio da extra-territorialidade para se subtraírem à aplicação das leis locais. As migrações pós-coloniais, por seu turno, são migrações privadas, pelo que os migrantes africanos e asiáticos que hoje residem na Europa não podem valer-se daquele princípio e são simplesmente sujeitos às leis do Estado de acolhimento. Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 58-59.

²⁵ Expectativas manifestadas por Philip Allott, por exemplo. “We are witnessing the emergence of a universal legal system. [A] striking effect of the triumphalist expansion of democracy-capitalism in the 1990’s, after the end of the Cold War, is that national legal systems have become a matter of international concern. International human rights law had already sought to universalise concern about the performance of national legal systems, but the expansion of democracy-capitalism has transformed that concern into a strictly practical matter. [Legal] systems and legal services have become commodities in international trade, as legal experience is transferred from one country to another. It is now possible to get an economic advantage in international trade by ensuring that your trading partner’s legal system is more like your legal system than like those of your competitors. [The] first and most important step in meeting the challenge of international constitutionalism is to re-make our international legal worldview, to begin to articulate the eventual structure of a universal legal system, the legal system of all legal systems”. Cf. PHILIP ALLOTT, “The emerging universal legal system”, in *International Law FORUM du droit international*, vol. 3, 2001, pp. 14-16 (interpolação nossa).

Direito. Uma tal uniformidade seria, de resto, indesejável, porque intrinsecamente repressiva, o que desaconselha iniciativas dirigidas à eliminação do pluralismo jurídico, que são perigosas para o bem-estar dos povos e para a paz mundial²⁶.

Em todo o mundo, o Direito continua a ser um fenómeno culturalmente condicionado. Longe de terem contribuído para a uniformização jurídica à escala mundial, os transplantes de soluções jurídicas ocidentais para o resto do mundo – ocorridos durante o período colonial e continuados depois da independência das colónias – conduziram a uma sempre maior e mais complexa pluralidade de Direitos, com a criação de ambientes jurídicos transnacionais, multiétnicos e multiculturais²⁷ e a multiplicação de sistemas jurídicos híbridos (ponto a que voltaremos *infra*). Ainda que seja previsível que as tradições jurídicas não ocidentais (Direito islâmico, Direito hindu, Direito chinês e Direitos africanos) sofram alterações, como aconteceu no passado, e que muitas dessas alterações se devam aos processos de globalização em curso, não faz sentido pensar que elas estão condenadas a desaparecer para dar lugar a um qualquer Direito cosmopolita global, fruto do triunfo dos modelos jurídicos ocidentais²⁸.

O pluralismo jurídico não é observável apenas entre tradições ou famílias jurídicas, mas também entre Estados pertencentes a uma mesma família e, para o que directamente interessa à análise que se segue, no interior dos próprios Estados. O **pluralismo jurídico intra-estadual** não constitui uma novidade, nem sequer é sempre visto como problemático. As concepções estatistas e positivistas que dominaram o pensamento jurídico ocidental dos dois últimos séculos estão hoje ultrapassadas, não parecendo haver dúvidas de que o Estado não detém o monopólio da produção normativa e de que, no quadro de uma mesma ordem jurídica estadual, coexistem sistemas normativos de diferentes origens, desde os Direitos locais até aos Direitos supra-estaduais²⁹. O que se afigura problemático é o pluralismo jurídico implicado pelos *implantes* étnicos, ou seja, pela importação para as ordens jurídicas ocidentais de normas e práticas jurídicas africanas e asiáticas trazidas pelos imigrantes dos seus países de origem.

²⁶ Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, pp. 3-4. Na verdade, Alan Watson também não acreditava na viabilidade ou desejabilidade de uma união jurídica completa, mesmo que limitada ao mundo ocidental. Cf. ALAN WATSON, *Legal Transplants...*, *op. cit.*, p. 100.

²⁷ Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, p. 5.

²⁸ Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, p. 16.

²⁹ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, *op. cit.*, pp. 87-91.

Lições de Direito Comparado

Como observa Werner Menski, é irrealista pretender que os imigrantes africanos e asiáticos apenas cumpram a lei do país ocidental de residência, como se estes pudessem simplesmente fazer tábua rasa da sua bagagem cultural e jurídica ao cruzar a fronteira. Isto não significa que os imigrantes não possam adaptar-se aos valores e práticas das sociedades de acolhimento ou cumprir a lei. Fazem-no, efectivamente, mas sem abandonar os valores e práticas da sua cultura de origem. Os imigrantes são, na verdade, hábeis *navegadores culturais*, capazes de ajustar os seus comportamentos a diferentes sistemas normativos consoante as circunstâncias o exigam³⁰. Daí que tenhamos, na Europa e na América do Norte, milhões de pessoas cumpridoras da lei a viver de acordo com quadros normativos híbridos, baseados em conceitos e valores africanos ou asiáticos, numa miríade de combinações possíveis. A clandestinidade em que estes sistemas normativos são forçados a operar, por falta de reconhecimento oficial, é, segundo Menski, injusta e perigosa³¹.

A presunção de que todos os sistemas jurídicos não ocidentais são meros resquícios do passado, condenados a desaparecer com o tempo e com o progresso da civilização, continua a ter muita força, pelo que muitos juristas não têm qualquer pejo em recusar que os valores e as normas trazidos pelos imigrantes sejam verdadeiro Direito³². Menski vê nesta atitude uma forma de escapismo, reveladora das dificuldades que os juristas estão a ter em acompanhar a realidade social e do medo generalizado de que as tradições jurídicas africanas e asiáticas possam vir a fazer parte de sistemas jurídicos que se pretendem modernos, uniformes e seculares³³. Como parece ser pacífico no quadro de outras discussões sobre a pluralidade do jurídico, o Direito é muito mais do que o conjunto de regras definido por quem detém o controlo dos processos legislativos formais em cada ordem jurídica estadual. Importa dar o passo seguinte e admitir que existem múltiplas formas de conceber o Direito e que

³⁰ Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, pp. 63-65.

³¹ Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, pp. 60-61.

³² Podem ser bagagem cultural, costumes até, mas não verdadeiro Direito... Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, p. 59. Como nota Brian Tamanaha, apesar de muito popular, a noção de pluralismo jurídico foi, desde o início, minada pela dificuldade em definir Direito e em distingui-lo de outras ordens sociais normativas. Um modo de evitar este problema é aceitar como Direito aquilo que for identificado como tal pelos actores sociais visados. Cf. BRIAN TAMANAHA, "Understanding legal pluralism: past to present, local to global", in *Sidney Law Review*, vol. 30, 2008, pp. 376 e 390-396.

³³ Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, pp. 60-65.

estas não correspondem necessariamente à concepção que é dominante no mundo ocidental, seja pela importância atribuída ao costume como fonte de Direito, seja pelo sincretismo que é muito comum nas tradições jurídicas africanas e asiáticas com outras ordens sociais normativas, como a moral e a religião.

A negação de carácter jurídico às normas que os imigrantes de origem africana e asiática entendem ser Direito e por que pautam as suas vidas, para além de ser míope e metodologicamente contraproducente, não resolve os problemas com que os tribunais dos Estados ocidentais se deparam ao julgar comportamentos motivados por essas regras (não) jurídicas³⁴. Os tribunais nacionais são, com crescente frequência, chamados a arbitrar disputas culturais e jurídicas entre a lei estadual e as normas éticas e jurídicas de grupos minoritários³⁵. Quando as partes no litígio são estrangeiros, a operação das regras de Direito Internacional Privado pode implicar a aplicação de disposições de Direito estrangeiro com fundamento religioso (como acontece, por exemplo, com o Código da Família do Reino de Marrocos, largamente fundado na *Sharia*, a Lei islâmica), um resultado que só poderá ser afastado se se concluir que a aplicação de tais disposições é contrária a princípios de ordem pública do Estado do foro, tais como o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Quando as partes no litígio têm a nacionalidade do Estado do foro, o que é cada vez mais o caso, as normas éticas e jurídicas de origem africana ou asiática poderão ser atendidas ou não pelos tribunais, dependendo do entendimento que os concretos juízes tenham do que sejam o secularismo, a liberdade religiosa, o princípio da igualdade e a protecção dos direitos das minorias.

Por norma, os juízes mostram-se relutantes em reconhecer relevância às *normas jurídicas minoritárias*, em nome do seu papel como “juízes seculares”³⁶, da unidade do sistema jurídico e do respeito pelos direitos fundamentais. Isto é assim, apesar de ser incontroverso que o secularismo pode assumir múltiplas formas (nem todas incompatíveis com o reconhecimento da religião no espaço público), que a unidade do sistema jurídico não significa a existência de um único centro de

³⁴ Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, p. 60.

³⁵ Cf. MARIE-CLAIRE FOBLETS e BAUDOUIN DUPRET, “Contrasted identity claims before Egyptian and Belgian courts”, in Baudouin Dupret, Maurits Berger e Laila al-Zwaini (eds.), *Legal Pluralism in the Arab World*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, pp. 57-71.

³⁶ Cf. MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG, “Cross-border family cases and religious diversity: What can judges do?”, in *Religare Working Paper*, n.º 10, 2013, p. 1.

Lições de Direito Comparado

produção normativa e que o respeito pelos direitos fundamentais (mormente, a liberdade religiosa e a não discriminação) não só não impede como pode justificar o reconhecimento do direito das pessoas pertencentes a minorias a viverem de acordo com os valores e regras próprios da sua cultura³⁷. Esta relutância tem levado muitos membros de grupos culturais minoritários a desconfiar do sistema judicial e a recorrer a meios alternativos de resolução de litígios³⁸, como os muito célebres conselhos da *Sharia*, a que voltaremos já a seguir.

Não deixam, no entanto, de verificar-se situações, sobretudo no domínio do estatuto pessoal, em que os tribunais se mostram disponíveis para acomodar alguns aspectos das tradições jurídicas de grupos minoritários. É o que se passa, nomeadamente, com o reconhecimento de efeitos jurídicos a institutos fundados na Lei islâmica, como são os divórcios *talaq* (i. é, por repúdio do marido), o *mahr* (dote) e até os casamentos poligâmicos, que, apesar de considerados contrários à ordem pública na maioria dos países europeus, têm vindo a ser pontualmente reconhecidos para efeitos sucessórios, de atribuição de responsabilidades parentais e de obtenção de subsídios junto da Segurança Social³⁹. Muitos destes *implantes* ocorrem por força de normas de Direito Internacional Privado, mas também se dá o caso de a *ratio decidendi* ser o princípio da igualdade, na sua aceção de igualdade material, e/ou a liberdade religiosa. Tudo depende, a final, da sensibilidade dos juízes, o que torna a interacção entre a diversidade cultural e a prática judicial errática e imprevisível.

Estes casos pontuais de aplicação de normas e conceitos islâmicos por tribunais ocidentais são, de qualquer modo, bons indicadores de que as ordens jurídicas seculares podem acomodar *normatividades outras*, sem ser necessário subverter os seus princípios estruturantes ou minar as condições de vida em comum. Não se trata, certamente, de algo fácil de fazer, atenta a falta de familiaridade dos juízes

³⁷ Cf. MALEHIA MALIK, “Muslim legal norms and the integration of European Muslims”, in *EUI Working Papers*, RSCAS 2009/29, 2009, p. 1. Por exemplo, na Bélgica, é o recurso à protecção de direitos fundamentais (como a liberdade religiosa e a liberdade de expressão) que permite aos tribunais aplicar, numa base estritamente casuística, regras ditas islâmicas. Cf. MARIE-CLAIRE FOGLETS e BAUDOUIN DUPRET, “Contrasted identity claims before Egyptian and Belgian courts”, *op. cit.*, p. 57.

³⁸ Cf. MATHIAS ROHE, “Alternative dispute resolution in Europe under the auspices of religious norms”, in *RELIGARE Working Paper*, n.º 6, 2011, pp. 1-4.

³⁹ Cf. PASCALE FOURNIER, “The reception of Muslim family laws in western liberal states”, in *Women living under Muslim laws*, dossier 27, 2005, pp. 65-75.

ocidentais com as tradições jurídicas africanas e asiáticas e a existência de múltiplas versões dessas tradições, reflexo da diversidade interna das comunidades formadas pela imigração. Os exactos termos em que há-de admitir-se aquela acomodação têm, de resto, de ser objecto de uma reflexão muito cuidada, para salvaguardar os tais princípios estruturantes e a vida em comum, bem como os direitos das *minorias* (e.g. mulheres, crianças) *dentro das minorias*. O ideal será que essa acomodação ocorra através do reconhecimento formal das *normas jurídicas minoritárias*, através da regulação da sua articulação com o Direito estadual, de modo a retirá-las da clandestinidade e a tornar mais previsível a sua aplicabilidade nos casos concretos.

Claro que, se admitimos a importância das *normas jurídicas minoritárias* e a sua coexistência com o Direito estadual na regulação das vidas dos indivíduos, o passo lógico seguinte parece ser o de perguntar por que motivo não há-de reconhecer-se também alguma medida de autonomia às comunidades minoritárias para decidirem os conflitos que oponham os seus membros. Foi o que fez, em 2008, o então Arcebispo da Cantuária, Rowan Williams, com a sua muito célebre comunicação *Civil and religious law in England: a religious perspective*, em que cogitou a possibilidade de o Estado delegar algumas funções jurídicas nos tribunais religiosos das comunidades muçulmanas e judaicas ortodoxas presentes em Inglaterra⁴⁰. Um tal sistema de *jurisdições complementares* teria, segundo Williams, a vantagem de ir ao encontro das necessidades dos indivíduos enquanto cidadãos e enquanto crentes, permitindo-lhes escolher a jurisdição a que submetem os seus assuntos, consoante a matéria, sem os obrigar a optar entre serem leais ao Estado ou à sua religião e cultura. Williams teve o cuidado de esclarecer que o campo de actuação dos tribunais religiosos seria limitado (casamento e divórcio, transacções comerciais, mediação) e que estes tribunais nunca poderiam privar os indivíduos sob sua jurisdição dos direitos reconhecidos a todos os cidadãos. Williams também sublinhou, em várias ocasiões, que o tema não era privativo da religião muçulmana. As suas palavras foram, no entanto, interpretadas como significando que a aplicação da *Sharia* em Inglaterra era inevitável⁴¹, o que rapidamente evoluiu para a convicção generalizada

⁴⁰ O texto da comunicação está disponível em <http://rowanwilliams.archbishopofcanterbury.org/articles.php/1137/archbishops-lecture-civil-and-religious-law-in-england-a-religious-perspective> [05.10.2014].

⁴¹ Cf. ROBIN GRIFFITH-JONES, “The ‘unavoidable’ adoption of *shari’a* law – the generation of a media storm”, in Robin Griffith-Jones (ed.), *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari’a*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 9-14.

Lições de Direito Comparado

de que os tribunais da *Sharia* funcionariam como sistemas inteiramente autônomos, sem qualquer supervisão e em concorrência com os tribunais estaduais, e para o medo de que a imposição, em solo britânico, de sanções penais corânicas, como o apedrejamento e a amputação de membros, estaria iminente⁴².

No intenso debate que se seguiu – e que está longe de ter terminado –, não faltaram autores a lembrar que os tribunais religiosos não constituem uma novidade no Reino Unido⁴³ e que, um pouco por toda a Europa, as minorias étnicas e religiosas operam, há muito, mecanismos de resolução de conflitos intracomunitários, sem que isso signifique necessariamente a formação de guetos ou a violação sistemática de direitos fundamentais. Maleiha Malik usa a expressão *ordens jurídicas minoritárias* para designar os sistemas normativos e institucionais, mais e menos desenvolvidos, de que todas as minorias étnicas e religiosas dispõem⁴⁴ e para sublinhar a subordinação destes sistemas ao Direito estadual. Contra o que geralmente se supõe, os membros dos conselhos da *Sharia* e outros “tribunais religiosos” no Reino Unido não contestam a supremacia do Direito estadual e até incentivam os membros das respectivas comunidades ao cumprimento deste Direito⁴⁵.

As ordens jurídicas minoritárias não devem, por isso, ser entendidas como sistemas paralelos (“Estados dentro de Estados”), prejudiciais à integridade da ordem

⁴² Cf. MALEIHA MALIK, *Minority Legal Orders in the UK: Minorities, Pluralism and the Law*, Londres, The British Academy, 2012, pp. 9 e 18.

⁴³ Os tribunais da Igreja de Inglaterra são tratados como fazendo parte do sistema judicial estadual e as comunidades judaica, muçulmana e católica, ainda que não beneficiem de semelhante reconhecimento oficial, dispõem de conselhos/tribunais religiosos há muito estabelecidos que lidam com questões de Direito civil. Cf. MALEIHA MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 10; RUSSELL SANDBERG *et al.*, “Britain’s religious tribunals: ‘joint governance’ in practice”, *in Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, p. 2.

⁴⁴ Muçulmanos, judeus, cristãos, ciganos, Sikh, hindus, etc. Uma *ordem jurídica minoritária* pressupõe dois elementos: normas culturais ou religiosas distintas das da maioria da população e um sistema institucional próprio para a identificação, interpretação e aplicação dessas normas. Cf. MALEIHA MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 4-5, 14, 18-19, 23-24.

⁴⁵ Essa a conclusão a que chegaram Russell Sandberg e a sua equipa, ao estudarem o funcionamento de três tribunais religiosos – o *Beth Din* de Londres, o Tribunal Nacional Católico para o País de Gales e o Conselho da *Sharia* da Mesquita Central de Birmingham. Cf. RUSSELL SANDBERG *et al.*, “Britain’s religious tribunals...”, *op. cit.*, pp. 18-19 e 22-23.

jurídica estadual e aos valores fundamentais em que esta se estriba⁴⁶. Pelo contrário, a avaliar pela experiência do Reino Unido, as ordens jurídicas minoritárias podem contribuir para uma mais eficiente resolução de litígios em matéria contratual⁴⁷ e, no domínio do Direito da Família, podem ser o único meio de assegurar que mulheres divorciadas pelos tribunais estaduais possam obter um divórcio religioso e, assim, voltar a casar de acordo com os preceitos da sua fé⁴⁸. Vale a pena notar também que a sujeição à jurisdição das ordens jurídicas minoritárias é voluntária⁴⁹ e que as pessoas que a elas recorrem, não raro, escolhem cuidadosamente o “tribunal” a que submetem os seus assuntos, procurando aquele que adopte a interpretação das normas minoritárias mais próxima das suas convicções e dos seus interesses⁵⁰. Os “tribunais religiosos”, de resto, procuram reflectir a diversidade interna das respectivas comunidades e mostram-se flexíveis na interpretação que fazem dos seus quadros normativos. É o que se passa, por exemplo, com o Conselho da *Sharia* da Mesquita Central de Birmingham, que não segue apenas uma escola de jurisprudência islâmica, antes opta por basear as suas decisões em argumentos retirados das quatro escolas sunitas⁵¹ e de outras fontes da tradição sunita, bem como de interpretações minoritárias⁵².

Isto não significa, naturalmente, que o funcionamento das ordens jurídicas minoritárias seja isento de problemas. O risco de isolamento cultural, social e político das minorias não pode ser menosprezado⁵³. E o mesmo vale para o risco de

⁴⁶ Cf. MALEIHA MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 4-5, 9-11, 21-24.

⁴⁷ Segundo Maleiha Malik, a eficiência dos tribunais arbitrais muçulmanos é de tal modo reconhecida que estes são procurados mesmo por não muçulmanos para resolverem problemas de Direito Comercial. Cf. MALEIHA MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁸ Cf. RUSSELL SANDBERG *et al.*, “Britain’s religious tribunals...”, *op. cit.*, pp. 5 e 22; MALEIHA MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 16-18.

⁴⁹ Um aspecto sempre sublinhado pelos membros dos “tribunais religiosos”. Claro que este carácter voluntário pode ser sempre posto em perspectiva, tendo presente que, na maioria dos casos, os indivíduos não escolhem a comunidade minoritária a que pertencem e não são imunes à pressão dos demais membros do grupo para se conformarem com as regras e com os meios de resolução de litígios intra-comunitários. Cf. RUSSELL SANDBERG *et al.*, “Britain’s religious tribunals...”, *op. cit.*, pp. 7 e 15.

⁵⁰ Cf. RUSSELL SANDBERG *et al.*, “Britain’s religious tribunals...”, *op. cit.*, p. 25.

⁵¹ As Escolas Hanafita, Malikita, Shafiita e Hanbalita. Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações: Proposta de Análise a Partir do Confronto dos Modelos Ocidental e Islâmico*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 155-178.

⁵² Cf. RUSSELL SANDBERG *et al.*, “Britain’s religious tribunals...”, *op. cit.*, p. 9.

⁵³ Cf. MARIE-CLAIRE FOBLETS e BAUDOUIN DUPRET, “Contrasted identity claims before

deixar desprotegidos os membros mais vulneráveis dentro dos grupos minoritários – mulheres, crianças, homossexuais e, de um modo geral, todos aqueles que não se revejam na leitura da tradição que é apresentada como autêntica e legítima num dado momento histórico por quem detém o poder dentro do grupo⁵⁴. O respeito pela identidade cultural dos indivíduos e o reconhecimento dos direitos e deveres que lhes advêm da pertença a um grupo minoritário – sendo certamente justificados à luz de princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e o direito ao desenvolvimento da personalidade – não devem contribuir para a diminuição dos direitos que todos os indivíduos têm enquanto cidadãos. Como defende Ayelet Shachar, é necessária uma concepção de *cidadania diferenciada*, que contribua para combater as injustiças existentes entre grupos culturais, mas também para promover a justiça dentro de cada grupo⁵⁵.

Precisamente por isso, os Estados ocidentais não podem ignorar a existência e a relevância das ordens jurídicas minoritárias a pretexto de elas não serem Direito ou constituírem um perigo para a integridade e para o carácter secular dos sistemas jurídicos estaduais. Proibir as ordens jurídicas minoritárias será sempre um exercício vão, atenta a força que estas ordens normativas têm na vida quotidiana dos indivíduos, e problemático do ponto de vista dos direitos fundamentais, pelas restrições implicadas para a autonomia dos indivíduos. Adoptar uma política de não intervenção, por outro lado, acarreta o risco de tornar imunes os abusos de poder e as violações de direitos no seio dos grupos minoritários⁵⁶. Daí que a interacção entre as ordens jurídicas minoritárias e o Direito estadual deva ser objecto de regulação, de modo a delimitar competências, facilitar a cooperação, prevenir o isolamento das minorias, garantir o carácter voluntário da subordinação às ordens minoritárias e salvaguardar a protecção dos membros mais vulneráveis dentro destes grupos, oferecendo, ao mesmo tempo, às ordens jurídicas minoritárias e aos indivíduos que nelas se revêm o reconhecimento necessário a uma efectiva inclusão.

Egyptian and Belgian courts”, *op. cit.*, pp. 58-59.

⁵⁴ Aquilo que, na doutrina, é comumente designado como o “paradoxo da vulnerabilidade multicultural”. Cf. RUSSELL SANDBERG *et al.*, “Britain’s religious tribunals...”, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁵⁵ Cf. AYELET SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women’s Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 4.

⁵⁶ Cf. MALEIHA MALIK, *Minority Legal Orders in the UK...*, *op. cit.*, pp. 6 e 33-35.

LIÇÃO N.º 3

AS PRINCIPAIS TRADIÇÕES JURÍDICAS DA ACTUALIDADE

É comum agrupar as ordens jurídicas estaduais em famílias ou tradições jurídicas, atendendo às *afinidades* que existam entre elas quanto a certos aspectos fundamentais, que tanto podem ser de natureza técnico-jurídica (fontes de Direito, método para a realização prática do Direito, etc.) como de natureza cultural ou ideológica (concepções religiosas, filosóficas e políticas, valores fundamentais, lugar ocupado pelo Direito na organização da vida comunitária, etc.)⁵⁷. O agrupamento de ordens jurídicas estaduais em famílias ou tradições jurídicas – uma típica tarefa *macrocomparativa* – tem interesse sobretudo por razões didácticas, na medida em que simplifica substancialmente o mapa-mundo do Direito. Daí que os manuais de Direito Comparado apresentem habitualmente uma visão panorâmica das várias famílias ou tradições jurídicas da actualidade, um modelo também seguido por estas lições.

O facto de o agrupamento das ordens jurídicas estaduais em famílias ou tradições jurídicas ser muito útil para a leccionação do Direito Comparado não significa que aquele seja um exercício fácil ou livre de controvérsia. Importa, desde logo, ter presente que não existe na doutrina um elenco consensual de famílias ou tradições jurídicas nem um critério único para a arrumação das ordens jurídicas estaduais nas famílias de Direitos. A distribuição das ordens jurídicas estaduais por um leque mais ou menos amplo de famílias ou tradições jurídicas é sempre artificial, porque requer que desconsideremos: *a)* as diferenças existentes entre ordens jurídicas estaduais arrumadas numa mesma família jurídica (por exemplo, as diferenças que

⁵⁷ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 67-68.

separam o Direito português e o Direito francês, no subsistema romano-germânico da família jurídica ocidental); *b*) os sinais de convergência entre diferentes sistemas (por exemplo, a convergência entre os subsistemas romano-germânico e anglo-saxónico, dentro da família jurídica ocidental); e *c*) o crescente número de *sistemas jurídicos híbridos*, ou seja, sistemas jurídicos que reúnem características fundamentais de mais do que uma família ou tradição jurídica e que, por isso, não podem ser facilmente arrumados numa única família ou tradição.

Os exemplos clássicos de *sistemas jurídicos híbridos* são os sistemas jurídicos da Escócia, do Luisiana, do Quebeque e da África do Sul. A Escócia, o Luisiana e o Quebeque são enclaves de Direito romano-germânico (*civil law*) em sistemas jurídicos estaduais dominados pelo Direito anglo-saxónico (*common law*) – o Reino Unido, os Estados Unidos da América e o Canadá. Por esse motivo, o Direito aí vigente assume simultaneamente características dos dois subsistemas da família jurídica ocidental, o que se traduz, desde logo, na combinação de quadros normativos definidos em sede legislativa com a actuação criadora dos tribunais através da regra do precedente vinculativo. A África do Sul, por seu turno, é um sistema jurídico estadual que, em virtude da colonização europeia pelos impérios britânico e holandês, reúne características do *common law* e do *civil law*, para além de características próprias dos Direitos tradicionais africanos.

Indo além destes exemplos, podemos afirmar que a generalidade dos países africanos e asiáticos que estiveram sob domínio colonial europeu são sistemas jurídicos híbridos, atenta a coexistência numa mesma ordem jurídica estadual de Direito de tipo ocidental (*civil law* ou *common law*, consoante a tradição jurídica dominante na antiga potência colonial) e de Direitos tradicionais e/ou Direitos de fundamento religioso. É o que se passa, por exemplo, nas ordens jurídicas dos países do norte de África, onde confluem soluções jurídicas de tipo ocidental, normas de Direito islâmico e normas tradicionais africanas.

O acesso à independência dos Estados africanos e asiáticos, nas décadas de 50, 60 e 70 do século XX, não determinou, contrariamente ao que os discursos *nativistas* fariam prever⁵⁸, uma ruptura com as instituições jurídicas dos antigos colonizadores e um regresso às formas de justiça tradicional, o que se explica pela necessidade de

⁵⁸ Cf. RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, *op. cit.*, pp. 626-627.

Lições de Direito Comparado

assegurar a unidade nacional e a autoridade do Estado e de dispor de instrumentos jurídicos aptos a levar a cabo as reformas sociais tidas por indispensáveis⁵⁹. O Direito moderno herdado dos senhores coloniais foi mantido em vigor, com mínimas adaptações, e tomado como base para o desenvolvimento dos Direitos nacionais⁶⁰, conduzindo, não raramente, a importações acríticas – ou *plágios infelizes*, para parafrasearmos Carlos Ferreira de Almeida⁶¹ – de Direito estrangeiro. Neste esforço de modernização, os novos Estados dotaram-se de sistemas jurídicos e judiciais muito semelhantes aos dos países europeus e, indo mais longe do que muitos dos velhos impérios⁶², optaram por não reconhecer praticamente nenhum valor às normas de Direito consuetudinário e às instâncias de justiça tradicional, tidas como retrógradas ou simplesmente matéria não jurídica⁶³.

Cedo se verificou, porém, ser muito limitado o real impacto das reformas empreendidas por via legislativa junto das populações, que continuaram a reger as suas vidas pelas normas costumeiras (por vezes, em manifesta violação do Direito oficial) e a recorrer às instâncias tradicionais para a resolução dos conflitos surgidos no seio das comunidades⁶⁴. Esta prevalência do costume compreende-se, desde logo, pelo carácter distante e, em boa medida, artificial do Estado, com a sua parafernália burocrática e as suas leis “progressistas”. É com a família, a etnia e a aldeia que as populações dos novos países africanos e asiáticos em primeira linha

⁵⁹ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 430.

⁶⁰ Cf. RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, *op. cit.*, p. 624; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1998, pp. 41-42.

⁶¹ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 16.

⁶² Como explica Boaventura Sousa Santos, referindo-se à experiência colonial portuguesa, o Direito e as autoridades tradicionais foram usados pelo Império como parte integrante do processo de dominação colonial, uma vez que lhes cabia reger o comportamento dos indígenas nas suas vidas quotidianas, resolver disputas, garantir o contínuo encaminhamento de trabalho escravo e o pagamento de impostos. Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “The heterogeneous State and legal pluralism in Mozambique”, in *Law & Society Review*, vol. 40, n.º 1, 2006, pp. 62-63.

⁶³ Cf., entre outros, WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, p. 22; RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, *op. cit.*, pp. 616 e 627; ERIC AGOSTINI, *Direito Comparado*, Porto, Rés-Editora, s/d., p. 272.

⁶⁴ “No Oriente e em África, o Direito ocidental estabelecido não é senão uma fachada. As populações, na sua imensa maioria, continuam a viver, sem se preocuparem com esse corpo artificial de regras, de acordo com os seus modos tradicionais de vida”. Cf. RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, *op. cit.*, p. 40.

se identificam⁶⁵, pelo que não surpreende que continuem a pautar pelos seus usos e costumes próprios as suas vidas quotidianas. As leis estaduais, de resto, são amiúde o produto de importações mecânicas de quadros normativos estrangeiros, que desatendem grosseiramente as especificidades locais⁶⁶. Ainda que sejam adaptadas, como nunca deixam de o ser (pelo menos ao nível da sua interpretação e aplicação pelos actores jurídicos autóctones⁶⁷), as leis estaduais não ocupam mais do que um lugar periférico na vida das populações. Uma pequena elite, urbana, conhecê-las-á e invocá-las-á em seu benefício, reforçando por aí os seus privilégios⁶⁸, mas a maioria da população permanece-lhes indiferente.

Em vista desta debilidade do Direito legislado e da inegável força do Direito consuetudinário, os líderes africanos e asiáticos têm vindo, nos últimos anos, a manifestar um crescente interesse pelas instituições costumeiras, procurando acomodá-las no quadro de ordens jurídicas estaduais que se assumem já como necessariamente plurais⁶⁹. A recente tentativa das autoridades timorenses de elaborar

⁶⁵ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 420.

⁶⁶ Como observa René David, a propósito dos países africanos, foi frequente a recepção, em vários domínios, de leis que não se adaptavam às suas condições e às suas necessidades, porque eram simples cópias de leis elaboradas para um país europeu. Cf. RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, *op. cit.*, p. 635.

⁶⁷ A doutrina tem vindo a chamar a atenção para o facto de as leis ocidentais *transplantadas* dificilmente poderem ser aplicadas nos países africanos e asiáticos do mesmo modo que o seriam no país de origem, o que acaba por dar origem a novos *híbridos jurídicos*. Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, p. 51. Regras idênticas – nota Dário Moura Vicente – têm amiúde sorte muito diversa nas diferentes sociedades em que vigoram, particularmente quando são fruto da recepção de Direito estrangeiro. De tal modo que a vigência do mesmo texto legal em diferentes países não implica a aplicabilidade neles do mesmo Direito. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 39 e 564. Isso não significa, no entender de Alan Watson, que o transplante jurídico seja rejeitado pelo sistema jurídico hospedeiro. A adaptação é algo de perfeitamente natural e previsível. “A successful legal transplant will grow in its new body, and become part of that body just as the rule or institution would have continued to develop in its parent system. Subsequent development in the host system should not be confused with rejection”. Cf. ALAN WATSON, *Legal Transplants...*, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁸ Cf. JOSÉ FERNANDO NUNES BARATA, “A África e o Direito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, 1977, p. 701.

⁶⁹ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 418. Esta acomodação dá-se, tanto pelo reconhecimento de legitimidade às instâncias tradicionais de justiça para resolverem disputas por aplicação do costume, como pela chamada dos tribunais estaduais a aplicar normas costumeiras nas suas decisões. A aplicação do Direito costumeiro nos tribunais estaduais, por juizes com uma formação jurídica de tipo ocidental e frequentemente desconhedores das subtilidades das tradições,

um projecto de lei sobre o funcionamento das instâncias de justiça tradicional timorense e a sua articulação com o sistema judicial formal – ainda sem resultados – atesta as dificuldades práticas de um tal exercício⁷⁰. Por outro lado, as experiências em Angola e Moçambique demonstram que as tentativas de articulação entre o Direito oficial e o costume não se traduzem num reconhecimento indiscriminado das normas e instituições costumeiras⁷¹. A lei continua a deter a primazia entre as fontes de Direito, pelo que, formalmente, apenas o costume *secundum* ou *praeter legem* será atendível. Na prática, porém, é sabido que muitas normas costumeiras contrárias à lei continuam a ser seguidas pelas populações, nomeadamente em matéria familiar e sucessória⁷². O fosso entre a *lei nos livros* e a *lei na acção* não foi erradicado, apesar de todos os esforços que têm vindo a ser desenvolvidos nesse sentido.

A constatação da existência deste fosso exige do comparatista que, ao estudar a ordem jurídica de um país africano ou asiático, não se contente com o Direito oficial, publicado no jornal oficial ou em colectâneas de jurisprudência, mas que procure conhecer o Direito realmente vivido pelas populações, o que resultará as mais das vezes num quadro jurídico extremamente complexo e difícil de arrumar numa das famílias ou tradições jurídicas disponíveis.

implica certamente o risco de desvirtuar o conteúdo dos preceitos, mas afigura-se inevitável a partir do momento em que se reconhece o costume como fonte de Direito e se assume o dever de aceitar a relevância jurídica de situações constituídas à sombra de normas costumeiras, nomeadamente no que respeita a relações familiares, direitos sucessórios, uso e posse de terras. O costume aplicado nos tribunais estaduais será, naturalmente, apenas aquele que se mostrar conforme à Constituição e à lei, qualquer que seja o real sentimento de justiça das populações...

⁷⁰ Sobre o tema, cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Estado de Direito e justiça tradicional: ensaios para um equilíbrio em Timor-Leste”, in José Lebre de Freitas *et al.* (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 97-98 e 109-120.

⁷¹ Angola instituiu, em 1988, um sistema unificado de Justiça, integrando tribunais populares municipais, competentes para decidir causas por aplicação do Direito consuetudinário, mas impôs como limite à aplicabilidade do costume o prévio assentimento das partes e o respeito, pelas normas costumeiras, dos princípios fixados na lei. A Constituição moçambicana estatui que o Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e princípios fundamentais da Constituição. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 431-434.

⁷² O que se explica pela maior resistência das matérias integradas no estatuto pessoal das pessoas singulares aos fenómenos de recepção. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 432 e 141.

As crescentes dificuldades em arrumar claramente as ordens jurídicas estaduais em famílias e tradições jurídicas exigem cautelas, mas não retiram utilidade à organização do mapa-mundo jurídico em grandes blocos. Quais sejam esses blocos é também uma questão discutida, mas podemos dizer que as famílias jurídicas mais comumente identificadas nos manuais de Direito Comparado são a família jurídica ocidental (com os seus subsistemas romano-germânico e anglo-saxónico), a família jurídica islâmica, os Direitos africanos, o Direito hindu e o Direito chinês.

Tem-se discutido a eventual autonomização de uma *família jurídica lusófona*, fruto da influência exercida pelo Direito português sobre as ordens jurídicas dos países de língua oficial portuguesa, sobretudo os países africanos de língua portuguesa (Angola, Cabo-Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe) e Timor-Leste.

A existência de uma matriz jurídica e judicial lusófona é assumida pelo discurso oficial do Estado português, que aí vê um património evidente para a cooperação portuguesa e uma área de trabalho imprescindível para o desenvolvimento económico destes países⁷³. A análise doutrinal é mais cautelosa, mas nem por isso deixa de notar a influência exercida pela Constituição da República Portuguesa de 1976 sobre muitas das fórmulas adoptadas pelas Constituições dos países de língua portuguesa (sobretudo os países africanos e Timor-Leste), em cuja elaboração intervieram juristas portugueses e juristas autóctones formados em Portugal⁷⁴. São também vários os autores a saudar como muito positiva a crescente cooperação inter-universitária no domínio do Direito⁷⁵.

No que respeita ao Brasil, é comum observar que o contacto entre o Direito Constitucional português e o Direito Constitucional brasileiro vem de muito

⁷³ Resolução do Conselho de Ministros n.º 196/2005, de 22 de Dezembro, que aprovou um documento intitulado *Uma visão estratégica para a cooperação portuguesa*.

⁷⁴ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 19; JORGE CARLOS FONSECA, “Do regime de partido único à democracia em Cabo Verde: as sombras e a presença da Constituição Portuguesa de 1976”, in *Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL*, 2006, pp. 81-118; CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona”, in Antunes Varela *et al.* (orgs.), *AB VNO AD OMNES. 75 Anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 59-72.

⁷⁵ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, *op. cit.*, p. 94.

Lições de Direito Comparado

longe, praticamente desde o início dos constitucionalismos de ambos os Estados⁷⁶. É certo que o Direito Público brasileiro conhece uma grande influência norteamericana – atentos, nomeadamente, o presidencialismo, o federalismo e a unidade jurisdicional⁷⁷ –, mas nem por isso deixam de ser sublinhados os vários elementos da CRP que influenciaram a Constituição brasileira de 1988, ainda em vigor⁷⁸.

Os Estados africanos fizeram um percurso diferente, marcado pelas experiências jusconstitucionais marxistas-leninistas, mais ou menos ortodoxas, com que encetaram a sua vida de Estados livres no período imediato à descolonização. A implosão do bloco soviético determinou o início de uma segunda fase, com novas Constituições ou com Constituições substancialmente revistas, todas elas marcadas pelo novo Direito constitucional português⁷⁹. De igual modo, Timor-Leste, reconhecido como Estado independente em Maio 2002, dotou-se, nesse mesmo ano, de uma Constituição em boa medida decalcada da CRP de 1976, ainda que fruto do cruzamento de outras influências constitucionais lusófonas, como a Constituição moçambicana de 1990 e a Constituição cabo-verdiana⁸⁰.

Jorge Bacelar Gouveia interroga-se sobre se o relacionamento que se estabelece entre o sistema jusconstitucional português e os outros sistemas jusconstitucionais lusófonos será suficiente para justificar a formação de uma família jusconstitucional de matriz portuguesa. Hesita, afirma aguardar futuros desenvolvimentos, mas acaba por se manifestar confiante de que a teia de semelhanças e influências recíprocas permite descortinar uma família lusófona de Direito Constitucional⁸¹. Paulo Canelas

⁷⁶ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁷ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, *op. cit.*, p. 94.

⁷⁸ Cf., entre outros, MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro”, in Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 55-69.

⁷⁹ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*, *op. cit.*, pp. 16-18.

⁸⁰ Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Os direitos fundamentais na Constituição da República Democrática de Timor-Leste e na jurisprudência do Tribunal de Recurso”, in Marcelo Rebelo de Sousa *et al.* (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 105; JORGE CARLOS FONSECA, “Do regime de partido único à democracia em Cabo Verde...”, *op. cit.*, pp. 81-118.

⁸¹ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*, *op. cit.*, pp. 9-32; IDEM, *Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2004,

de Castro fala em “alma normativa comum da CPLP”, para designar os princípios comuns consagrados pelos textos constitucionais ou simplesmente legais dos seus Estados membros, e num *ius publicum* lusófono especialmente sensível à tutela dos direitos humanos⁸². Maria Lúcia Amaral considera existir, no espaço formado pelos países de língua oficial portuguesa, algo que pode designar-se como um *jus commune* do domínio do Direito Constitucional, o que, sem implicar a vigência de um Direito único ou comum, implica pelo menos o estabelecimento de uma linguagem científica comum, nos termos da qual os mesmos termos vão querendo dizer, cada vez mais, as mesmas coisas face aos Direitos positivos dos diversos países⁸³.

Não falta quem sublinhe que os pontos comuns entre as ordens jurídicas lusófonas não resultam de um mimetismo acrítico do modelo português, mas de um verdadeiro diálogo e influências recíprocas, e que as afinidades andam de par com desenvolvimentos específicos em cada país⁸⁴. Como vimos *supra* a respeito da sorte dos transplantes jurídicos do Ocidente para o resto do mundo, as semelhanças formais não devem iludir as múltiplas e diversas possibilidades de desenvolvimento das ordens jurídicas dos países receptores de transplantes, por acção dos órgãos de soberania (mormente os tribunais) e por interacção com as normas de Direito consuetudinário. Os Direitos tradicionais em África e em Timor-Leste mantêm um peso muito significativo, sob o qual a efectividade dos transplantes de soluções jurídicas pensadas para a sociedade portuguesa sempre terá de ser posta em perspectiva.

Este é, precisamente, o aspecto que consideramos decisivo na avaliação da eventual existência de uma *família jurídica lusófona* e que nos leva a concluir pela negativa.

pp. 10-11.

⁸² Cf. PAULO CANELAS DE CASTRO, “A Comunidade dos Países de Língua Portuguesa: para um discurso jurídico sobre a sua identidade e um seu programa de acção”, in AAVV, *Colóquio de Direito Internacional. Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 64 e 90-92.

⁸³ Cf. MARIA LÚCIA AMARAL, “Será necessária uma harmonização das Constituições para dar efectividade ao exercício dos direitos de participação política?”, in AAVV, *Estatuto Jurídico da Lusofonia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 87.

⁸⁴ Cf. JORGE CARLOS FONSECA, “Do regime de partido único à democracia em Cabo Verde...”, *op. cit.*, pp. 81-118; CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona”, *op. cit.*, pp. 59-72.

Lições de Direito Comparado

A inegável influência exercida pelo Direito português sobre as ordens jurídicas dos demais países de língua portuguesa e as grandes semelhanças encontradas entre os Direitos oficiais desses países (Constituição e diplomas infraconstitucionais incluídos) explica-se facilmente pela cooperação que tem lugar há várias décadas nos domínios do ensino universitário do Direito, da formação dos magistrados e da produção legislativa⁸⁵. Esta cooperação facilita, por certo, a comunicação entre os juristas oriundos dos vários países de língua portuguesa⁸⁶, ao estabelecer a “linguagem científica comum” de que fala Maria Lúcia Amaral⁸⁷, mas não tem sido capaz – provavelmente nunca o será – de eliminar as concepções jurídicas profundas dos povos da África lusófona e de Timor-Leste, reflectidas no Direito costumeiro e, não raro, inteiramente alheias ao Direito oficial importado por força daquela cooperação.

Também por isso, pode dizer-se, com Dário Moura Vicente, que o Direito vigente nos países lusófonos “não traduz uma *concepção própria do Direito*”, ou seja, “uma *forma típica de conceber o Direito historicamente encarnada em certo ou certos sistemas jurídicos*”⁸⁸ que aproxime as ordens jurídicas dos países lusófonos entre si e as distinga das demais tradições jurídicas existentes na actualidade. As influências lusófonas não são, de resto, as únicas influências sofridas pelas ordens jurídicas dos países de língua portuguesa, atenta a participação destes países em organizações internacionais regionais (como a União Europeia, o Mercosul ou a Comunidade de Desenvolvimento da África Austral) com amplas repercussões no plano dos respectivos Direitos internos⁸⁹.

⁸⁵ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 89.

⁸⁶ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 89.

⁸⁷ Cf. MARIA LÚCIA AMARAL, “Será necessária uma harmonização das Constituições para dar efectividade ao exercício dos direitos de participação política?”, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁸ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 89 e 66 (itálico no original).

⁸⁹ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 90.

LIÇÃO N.º 4

A FAMÍLIA JURÍDICA OCIDENTAL

A família jurídica ocidental – com os seus subsistemas romano-germânico (*civil law*) e anglo-saxónico (*common law*) – retira a sua especificidade da assimilação dos legados da Grécia e da Roma clássicas, do Cristianismo, das revoluções liberais e dos prodígios da ciência e da técnica. É a conjugação destas influências que explica que tenhamos uma tradição jurídica caracterizada por um Direito que se pretende laico, científico e consagrado à protecção da pessoa humana, cujas autonomia, liberdade e dignidade figuram no centro do sistema jurídico. Através da **colonização** e dos processos *pós-coloniais* de uniformização de Direitos e de universalização dos direitos humanos, as características da família jurídica ocidental foram exportadas para o resto do mundo e aí sobrevivem em combinações mais ou menos felizes com as tradições jurídicas locais, como vimos.

O **laicismo** constitui um motivo de orgulho dos juristas ocidentais, confiantes de que o seu Direito atingiu um estágio de desenvolvimento tal que já nada tem a ver com os velhos sincretismos normativos (próprios de remotos e obscuros períodos da História), mas é mais tendencial do que efectivo.

Os primeiros esforços de autonomização do jurídico face à religião foram desenvolvidos pelos romanos. Foram eles que “inventaram” o Direito, individualizando-o dentro do que até então fora apenas uma “sincretizada normatividade”⁹⁰ e finalmente separando-o dela. Com as invasões bárbaras e as

⁹⁰ Cf. PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Amor Iuris: Filosofia Contemporânea do Direito e da Política*, Lisboa, Edições Cosmos, 1995, p. 229.

“trevas” subsequentes, esta depuração do jurídico viria a perder-se. O *ius romanum* foi votado ao esquecimento e, por entre a desordem reinante, foi a Lei da Igreja que acabou por se impor. Durante quase toda a Idade Média, os estudos sobre o Direito – levados a cabo pelos Padres da Igreja – confundiram as ideias de piedade religiosa e de Justiça, sem que qualquer distinção fosse operada entre os sentidos religioso e jurídico de Justo, e a administração do Direito esteve nas mãos dos senhores feudais (nobres e membros do clero), praticamente ilimitados no exercício dos seus poderes e desconhecedores de quaisquer freios para além dos impostos pela sua consciência e pelo seu zelo cristão. Só no fim da Idade Média é que, com Tomás de Aquino, a tendência foi invertida e o Direito recuperou autonomia. De novo o Direito foi o *ius romanum*, tomado já na formulação justinianeia do *Corpus Iuris Civilis* e elevado à condição de objecto necessário de todos os estudos jurídicos desenvolvidos nas universidades.

Com a Idade Moderna, a assunção pelos homens da sua liberdade face ao senhorio da Igreja evoluiu a breve trecho para um verdadeiro endeusamento do Homem enquanto ser dotado de Razão. O fundamento das normas jurídicas deixou de ser a vontade de Deus para ser a vontade dos homens – dos soberanos iluminados que, sendo embora titulares de um mandato divino, não admitiam outro dever de obediência que não fosse para com o espírito racional. Este espírito racional deu, depois, lugar ao espírito cientista que o continuou e radicalizou. Também este – ou, mais correctamente, sobretudo este – procurou depurar o Direito e libertá-lo de todos os elementos espúrios. O Direito de oitocentos foi reduzido a uma pura técnica ao serviço e na inteira disponibilidade do poder político. Foi reduzido à lei e esta, no formalismo dos seus termos, nada podia ter a ver com valores morais ou religiosos.

Fomos levados a crer que este processo conduziu a uma completa depuração do jurídico, em termos nunca antes experimentados, mas isso nunca correspondeu inteiramente à verdade. Os esforços envidados por um Puchta ou por um Kelsen, por exemplo, se é certo terem conseguido libertar o Direito dos valores e, por aí, também dos valores morais e religiosos que se arrogavam fundamento da Justiça, não lograram anular definitivamente os espaços de “contaminação” porque, muito simplesmente, deixaram de atentar na sua existência. Os valores – jurídicos e religiosos, morais, políticos e económicos – deixaram de ter qualquer relevância, com o que deixou também de ser possível averiguar, com base neles, da natureza

Lições de Direito Comparado

religiosa, moral, política, económica ou jurídica das normas. Estas, uma vez dimanadas do órgão estadual competente, eram lei, logo Direito.

Para o que concretamente nos importa, o domínio religioso e os seus valores próprios, sendo totalmente excluídos pelos teorizadores do Direito, não se encontram separados do jurídico por nenhuma barreira realmente intransponível. Logo que a vontade legislativa os queira sob a alçada de normas com força de lei, eles submeter-se-ão e nem a sua específica índole os salvará de serem ditos verdadeiro Direito. Por isso mesmo, o Direito engendrado pela civilização ocidental é um Direito apenas teoricamente laico, apenas teoricamente puro⁹¹.

Outra característica dos Direitos ocidentais é o seu **apuro técnico** e o facto de tanto a sua criação como a sua aplicação e o seu estudo serem desenvolvidos em bases científicas. Também aqui coube aos romanos o desempenho fundador, mas os definitivos contributos foram dados, no século XIX, pelos homens de ciência que transformaram a Justiça numa autêntica operação matemática, feita de pura lógica e rigor absoluto. Num respeito escrupuloso pelo espírito do seu tempo, os juristas de oitocentos disseram não existir outro Direito que não fosse o Direito positivo, este o único susceptível de constituir um objecto de conhecimento nos termos ditados pelo cientismo instituído. Direito eram as leis, os costumes, a prática dos tribunais – tudo o que se prestasse a uma observação empírica e permitisse fazer ciência. Ideias como as da existência e superioridade de um Direito Natural ou da existência de uma dimensão axiológica do jurídico foram liminarmente afastadas com a aposição do rótulo de *ideologia*.

Todas as variantes do positivismo jurídico identificaram o Direito com o poder e entenderam-no como um sistema lógico, completo e auto-suficiente, capaz de dar resposta a todos os problemas com que os indivíduos se deparam através de mecânicas operações silogísticas. Reduzido às suas expressões empíricas, o Direito perdeu a alma e deixou de ser outra coisa que não fosse uma simples técnica (rigorosa, mas também descarnada), sem nenhum elo de ligação

⁹¹ Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, *op. cit.*, pp. 188-195.

profundo aos assuntos humanos. Aqueles que foram responsáveis por este seu apuro técnico são hoje sujeitos a muito duras críticas, mas a prática de todos os dias continua a obedecer-lhes e tudo indica que o fará ainda por muito tempo⁹².

O **humanismo** dos Direitos ocidentais – traduzido no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como ser único e irrepetível, titular de direitos naturais inalienáveis e centro absoluto de qualquer sistema jurídico – é também uma conquista da modernidade. Antes disso, fora apenas titubeante o humanismo ocidental, assente que estava numa remota tradição humanista greco-romana (teórica, não prática) e, mais proximamente, nos ensinamentos da doutrina cristã, que dignificara o Homem sem, no entanto, conseguir ou sequer procurar uma verdadeira igualdade entre os filhos de Deus. Iguais perante Deus, os homens mantiveram-se separados em razão do berço, de tal modo que mesmo as conquistas paulatinamente conseguidas junto dos monarcas – de que é exemplo a *Magna Charta* de 1215 – o foram para classes e não para a generalidade dos indivíduos; significaram privilégios e não ainda verdadeiros direitos.

Os direitos foram trazidos pelas revoluções. Primeiro os ingleses, no século XVII, com a revolução puritana e a *Glorious Revolution*, na sequência das quais os monarcas assumiram compromissos perante todos os seus súbditos (já não uma qualquer classe privilegiada), através da promulgação da *Petition of Rights* (1628), do *Habeas Corpus Act* (1679) e do *Bill of Rights* (1689). Depois, à imagem destes, os americanos. Finalmente, os franceses e a Europa inteira. Os revolucionários, com o seu triunfo, colocaram os indivíduos no centro do mundo. Sucederam-se declarações de direitos e textos constitucionais de carácter vincadamente garantístico. Os indivíduos não apenas foram ditos livres e iguais, como ainda viram reconhecidos os direitos “impostos pela sua natureza” e garantidos os meios de defesa contra abusos de poder. Neste novo tempo, são os indivíduos o princípio e o fim de todo o Direito. A primazia da pessoa humana e o compromisso do Direito com a preservação da sua dignidade tornaram-se um dado inquestionável. Certos da perfeita sintonia entre o jurídico e o humano, ainda hoje os juristas ocidentais não hesitam em afirmar o seu orgulho por estes feitos libertadores, que constituem, para muitos, o maior e mais consequente dos sucessos da civilização

⁹² Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, op. cit., pp. 195-204.

Lições de Direito Comparado

ocidental, o motivo pelo qual lhe deve ser entregue o comando dos destinos do mundo⁹³...

Tendo como têm um património civilizacional comum, os subsistemas romano-germânico e do *common law* divergem sobretudo por razões de ordem técnica, quanto às fontes (lei/jurisprudência) e ao método adoptado na realização do Direito (lógico-dedutivo/casuístico). Tudo indica, de resto, que as diferenças têm vindo a esbater-se, no que a doutrina reputa de uma **convergência dos sistemas**. A justificar e a promover esta convergência estão, desde logo, a existência de uma fundamental identidade de valores entre os países integrados nos dois subsistemas, traduzida, entre outros aspectos, numa mesma ideia de Justiça; e, mais recentemente, a integração do Reino Unido na União Europeia, um facto político com importantes consequências no plano jurídico, uma vez que o Direito da União (elaborado em moldes continentais) faz parte do ordenamento jurídico britânico; a transposição das Directivas só pode ser feita por via de um instrumento legislativo; e os tribunais ingleses estão subordinados aos princípios interpretativos fixados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nas matérias que envolvam a aplicação de Direito da União.

A aproximação dos subsistemas traduz-se, do lado do *common law*: 1) na crescente importância da legislação (*statute law*) como fonte de Direito, resultado das exigências impostas pelo desenvolvimento social e pelo progresso tecnológico, o que permite afirmar uma progressiva distanciação face ao casuísmo tradicional do Direito anglo-saxónico; 2) na tendência manifestada pela moderna ciência do Direito para extrair dos precedentes jurisprudenciais grandes princípios jurídicos, numa aproximação à elaboração doutrinal do sistema continental. Do lado do *civil law*, a aproximação entre os subsistemas pode observar-se: 3) na chamada de atenção para a insuficiência do método lógico-dedutivo e para a consequente necessidade de orientar a realização do Direito por um pensamento problemático-prático, atento ao caso concreto e capaz de realizar simultaneamente a segurança e a justiça; 4) na valorização do papel dos juízes e da jurisprudência na realização prática do Direito; e 5) na circunstância de as decisões dos tribunais superiores começarem a ser seguidas pelas instâncias inferiores e pelos próprios tribunais

⁹³ Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, *op. cit.*, pp. 204-210.

superiores em termos não muito diferentes do que se passa em Inglaterra, o que pode designar-se por “regime de precedentes de facto”⁹⁴.

Estes sinais de convergência são certamente relevantes, mas, como veremos já a seguir, não significam que as diferenças estruturais que separam os dois subsistemas quanto ao modo de entender e de realizar o Direito tenham desaparecido. A importância relativa que a lei e a jurisprudência têm nos dois sistemas continua a ser muito diferente e isso reflecte-se no método adoptado para a decisão dos casos concretos e na formação dos juristas.

⁹⁴ Sobre o tema, cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, “Continentalização” do Direito Inglês ou “Insularização” do Direito Continental? Proposta para uma Reflexão Macro-comparativa do Problema, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

LIÇÃO N.º 5

O SUBSISTEMA ROMANO-GERMÂNICO DA FAMÍLIA JURÍDICA OCIDENTAL (*CIVIL LAW*)

O subsistema romano-germânico engloba a maioria dos países da Europa Ocidental (Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Holanda, Itália, Portugal, Suécia, etc.) e, desde o fim da guerra fria, também a generalidade dos países da Europa Oriental (Bulgária, Hungria, Polónia, República Checa, Roménia, etc.). Características fundamentais deste subsistema estão também presentes nos territórios colonizados pelos países europeus a partir do século XVI – países africanos, asiáticos e latino-americanos, no Estado do Luisiana (EUA) e no Canadá francês – e em países, como a Turquia e a Etiópia, que, não tendo sido colonizados, adoptaram o modelo dos códigos europeus como forma de se modernizarem mais rapidamente.

É comum analisar as características estruturantes do subsistema romano-germânico por referência às suas “cabeças de estirpe”⁹⁵ – o Direito francês e o Direito alemão – e à ordem jurídica conhecida dos destinatários das lições, neste caso a ordem jurídica portuguesa. Não deixaremos de seguir este bom exemplo nas páginas que se seguem, ainda que apenas para ilustrar aspectos pontuais.

Os principais **factores históricos** que explicam a formação e as características estruturantes deste subsistema são a recepção do Direito Romano pelas universidades

⁹⁵ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 41.

européias no século XI, a Revolução Francesa de 1789 e o movimento de codificação inaugurado no século XIX.

Como a própria designação indicia, tanto na versão romanista como na versão inglesa⁹⁶, o **Direito Romano** constitui a matriz fundadora deste subsistema, ao ponto de poder dizer-se que os países que o integram são todos aqueles que receberam os respectivos sistemas jurídicos do Direito Romano⁹⁷. Importa, no entanto, esclarecer que o Direito Romano cuja influência explica as actuais características do subsistema romano-germânico não é o Direito vivido nos primeiros séculos do Império, mas sim o Direito Romano compilado, já depois da queda do Império Romano do Ocidente, no século VI, por ordem do imperador Justiniano e mais tarde estudado nas universidades europeias, a partir do século XI. Na verdade, a prática jurídica romana dos primeiros tempos do Império tinha grandes semelhanças com o que veio a ser a prática jurídica dos ingleses no período de formação do *common law*, atenta a intervenção decisiva dos pretores na suavização da rigidez das leis escritas, por recurso a critérios de justiça e de equidade, e no desenvolvimento do Direito através da resolução de casos concretos⁹⁸. Dito de outro modo, as opiniões dos pretores eram tidas como vinculativas para casos futuros semelhantes, pelo que a jurisprudência romana era criadora de Direito. Com o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, o Direito Romano de fonte legal e jurisprudencial foi transmitido às gerações futuras sob forma “codificada”. Foi este Direito Romano codificado que constituiu, durante séculos, o objecto dos estudos de Direito nas universidades europeias⁹⁹, que foi aplicado como Direito subsidiário em vários reinos europeus no final da Idade Média e início da Idade Moderna¹⁰⁰ e que serviu de base e inspiração

⁹⁶ A designação *civil law* deriva precisamente da expressão latina *jus civile*, usada pelos romanos para referir o sistema de regras jurídicas privativo dos cidadãos (*cives*). Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law: some points of comparison”, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 15, 1966-1967, p. 420.

⁹⁷ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 420.

⁹⁸ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 421.

⁹⁹ Incluindo nas universidades inglesas, o que explica algumas particularidades anglo-saxónicas em matéria de formação dos juristas e de acesso às profissões forenses, como veremos *infra*. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 266.

¹⁰⁰ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, pp. 44-45. Apesar de o Direito Romano também ser estudado nas universidades inglesas, a possibilidade da sua aplicação como Direito subsidiário pelos Tribunais Reais foi terminantemente rejeitada, pelo que a recepção do Direito Romano não teve lugar em Inglaterra

ao movimento de codificação que, no século XIX, dotou os Estados europeus de corpos de leis próprios, destinados a regular todos os aspectos da vida dos *modernos*.

A **Revolução Francesa** de 1789 é usualmente tratada como a revolução da liberdade, símbolo do triunfo dos ideais liberais e democráticos, ainda que tenha sido antecedida por outras revoluções libertárias, como a *Glorious Revolution* dos ingleses, de 1688-1689, e a Revolução Americana que conduziu à independência das colônias inglesas da América, em 1776. Por comparação com estas, a Revolução Francesa teve “uma ressonância muito diferente, já que se estendeu a todo o cenário europeu, de 1789 a 1815, e que a memória dela assumiu, no mundo inteiro, o valor de um imenso símbolo”¹⁰¹. A Revolução Francesa representou um corte radical com o Antigo Regime, tendo feito tábua rasa das velhas estruturas de privilégios e lançado as bases para a edificação de sistemas jurídicos assentes na vontade geral da nação e protegidos contra iniquidades e abusos de poder. Sintetizando os princípios subjacentes à Revolução, a *Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão*, proclamada em 1789, afirmou, entre outras coisas, que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos (artigo 1.º), que os direitos naturais e imprescritíveis do homem são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (artigo 2.º), que o princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação (artigo 3.º), que a lei é a expressão da vontade geral e deve ser a mesma para todos (artigo 6.º) e que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem instituída a separação de poderes, não tem Constituição (artigo 16.º)¹⁰².

A influência da Revolução Francesa explica o quadro de fontes de Direito que é característico dos países que integram o subsistema romano-germânico, designadamente a supremacia da lei (entendida como expressão da vontade geral) e a subordinação da jurisprudência à condição de mera fonte mediata, sem qualquer eficácia normativa, fruto da desconfiança de princípio contra os tribunais, que haviam sido coniventes com os abusos de poder durante o Antigo Regime. A influência da Revolução Francesa reflecte-se igualmente no plano metodológico, na medida em

no sentido próprio do termo. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 239.

¹⁰¹ Cf. FERNAND BRAUDEL, *Gramática das Civilizações*, Lisboa, Teorema, 1989, p. 333.

¹⁰² O texto da Declaração, que hoje faz parte integrante da Constituição francesa, pode ser consultado em http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution_01-2015.pdf [16.03.2015].

que, para assegurar a certeza e a segurança jurídicas e impedir decisões arbitrárias, a realização prática do Direito foi reduzida a uma operação lógica de aplicação, por dedução, de uma norma geral e abstracta a um caso concreto. De tal modo que a solução para os concretos litígios em tribunal passou a ser sistematicamente procurada nas disposições previamente fixadas pelo legislador.

A centralidade atribuída à função legislativa na sequência da Revolução Francesa explica também o **movimento de codificação** inaugurado com o Código Civil de Napoleão, de 1804, e disseminado pela Europa durante o século XIX, que se mantém uma característica distintiva do subsistema romano-germânico até aos nossos dias. Podemos definir a codificação como uma “compilação sistemática, sintética e científica de normas legais”¹⁰³ relativas a um determinado ramo do Direito (Código Civil, Código Penal, Código Comercial, etc.), que tem por objectivo concentrar num mesmo texto legal todas as normas relativas ao ramo do Direito em causa e facilitar a sua divulgação junto das populações. A pretensão inicial de tratar exaustivamente a matéria jurídica objecto de codificação foi, entretanto, em boa medida, abandonada perante a constatação de que os Códigos – elaborados ao cabo de vários anos de trabalhos preparatórios – nascem frequentemente já desactualizados e a carecer de complementos por legislação avulsa. É o que se passa, por exemplo, com o Código Civil português, de 1966. A preferência pela arrumação em Códigos dos regimes jurídicos dos tradicionais ramos do Direito mantém-se, no entanto, inalterada e constitui um traço distintivo importante quando comparamos o subsistema romano-germânico com o *common law*, onde a codificação simplesmente não existe¹⁰⁴.

Como resulta do que fica dito, o problema das **fontes de Direito** é tratado de forma semelhante em todos os países que integram o subsistema romano-germânico. Há, naturalmente, diferenças de pormenor, como não deixaremos de observar por referência aos Direitos alemão, francês e português, mas podemos dizer que todos dão *primazia à lei*, ou seja, às “disposições genéricas providas dos órgãos

¹⁰³ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁴ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 424. Podemos encontrar *Codes* no Reino Unido, mas estes são, por norma, meras compilações de recomendações não vinculativas sobre específicos sectores de actividade, como a publicidade ou a gestão de empresas. É o que se passa, por exemplo, com os *Advertising Codes* do Committee of Advertising Practice, que estão disponíveis em <http://www.cap.org.uk/advertising-codes.aspx> [16.03.2015].

Lições de Direito Comparado

estaduais competentes”, para convocarmos a definição do artigo 1.º, n.º 2, do Código Civil português. A lei é simultaneamente o modo normal de criação de normas jurídicas e a fonte hierarquicamente superior, que sempre prevalecerá em caso de contradição entre as suas disposições e o disposto por alguma das demais fontes de Direito¹⁰⁵. Interessa sublinhar este ponto, porque, como veremos, a lei também ocupa um lugar hierarquicamente superior no *common law* inglês, por força do princípio da soberania do Parlamento, mas não é, nesse sistema, o modo normal de produção de normas jurídicas, papel que continua a caber à jurisprudência.

Tendo como ponto assente que a função legislativa é, nos países que integram o subsistema romano-germânico, a principal fonte criadora de Direito, vale a pena atentar no modo como esta se relaciona com as demais fontes e identificar as zonas cinzentas do quadro de fontes de Direito que é normalmente apresentado para caracterizar este subsistema.

No que respeita ao relacionamento entre a lei e o *costume* – ou seja, a “prática social constante acompanhada do sentimento ou convicção da obrigatoriedade da norma que lhe corresponde”¹⁰⁶ –, a posição de princípio é a de que este desempenha um papel diminuto na regulação das interações sociais contemporâneas (uma vez que a lei cobre praticamente tudo) e que, onde ainda seja relevante, só será admissível na medida em que não contrarie disposições legais. Na comparação entre os Direitos alemão, francês e português, é comum observar que o costume é mais valorizado na Alemanha do que em França e em Portugal, fruto da influência da Escola Histórica de Savigny – para quem o costume, enquanto expressão do espírito do povo, era a mais importante fonte de Direito – e por força da interpretação dominante do artigo 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil

¹⁰⁵ O elenco das fontes de Direito é matéria de discussão teórica em todos os países integrados no subsistema romano-germânico, mas podemos dizer, simplificando, que este se divide em *fontes imediatas*, ou seja, os modos de criação de normas jurídicas (a lei e o costume), e *fontes mediatas*, ou seja, os modos de revelação de normas jurídicas criadas noutra sede (a jurisprudência e a doutrina). Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁶ Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 161.

(*BGB*), nos termos do qual “qualquer norma jurídica” vale como lei¹⁰⁷.

O desfavor de que o costume é alvo em França e em Portugal resulta evidente, desde logo, da circunstância de a lei de aprovação do Código Civil francês de 1804 ter revogado todos os costumes gerais e locais anteriores¹⁰⁸ e de o Código Civil português de 1966 ter excluído o costume do elenco de fontes de Direito que apresenta nos seus artigos 1.º a 4.º. Todavia, tanto o Código Civil francês como o Código Civil português contêm disposições que referem expressamente o costume, o que implica o reconhecimento do seu carácter de fonte de Direito. Por exemplo, o artigo 2511.º, § 4, do Código Civil francês estabelece que os direitos colectivos sobre imóveis consagrados pelo costume não estão sujeitos a matrícula predial¹⁰⁹; e o artigo 348.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil português incumbe os tribunais de procurar conhecer oficiosamente as regras de Direito consuetudinário, local ou estrangeiro, aplicáveis à resolução do caso *sub judice*, quer estas tenham sido invocadas por alguma das partes ou não.

No que respeita ao relacionamento entre a lei e a **jurisprudência** enquanto fontes de Direito, importa analisar, por um lado, a interacção entre as funções legislativa e judicial ao nível do controlo da constitucionalidade das leis e, por outro lado, os modos pelos quais a jurisprudência tem vindo a assumir um papel criativo na realização prática e no desenvolvimento do Direito, mau grado o seu estatuto “oficial” de fonte meramente mediata de Direito.

Quanto ao primeiro ponto, já vimos que a separação de poderes trazida pela Revolução Francesa foi acompanhada por uma subalternização da função judicial face à função legislativa. Para usarmos a fórmula célebre, os tribunais passaram a ser simplesmente a “boca da lei”, cabendo-lhes aplicar mecanicamente as disposições legais e não questionar a sua validade. Até hoje, a desconfiança de princípio contra os tribunais e um entendimento rígido do princípio da separação de poderes são visíveis em França e explicam as características específicas do

¹⁰⁷ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 169-170.

¹⁰⁸ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁰⁹ “Les droits collectifs immobiliers consacrés par la coutume ne sont pas soumis au régime de l'immatriculation. Leur conversion en droits individuels de propriété permet l'immatriculation de l'immeuble”. O texto do Código Civil francês pode ser consultado em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150317> [17.03.2015].

controlo da constitucionalidade das leis neste país¹¹⁰. Tal como os demais países que integram o subsistema romano-germânico¹¹¹, a França tem uma Constituição escrita, a Constituição de 1958, que cobre as habituais matérias constitucionais (organização do poder político e direitos fundamentais¹¹²) e ocupa o lugar cimeiro da hierarquia das leis. O princípio da constitucionalidade implica que as normas infraconstitucionais só sejam válidas se conformes ao disposto na Constituição, o que exige mecanismos de controlo da constitucionalidade das leis, antes e depois de estas entrarem em vigor. Em França, diversamente do que se passa na Alemanha e em Portugal, os tribunais não estão autorizados a pronunciar-se sobre a constitucionalidade das leis. O controlo – que, até 2008, era restrito à fiscalização preventiva – só pode ser feito por um órgão político, o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), constituído por nove membros, nomeados pelo Presidente da República e pelos Presidentes das duas câmaras do Parlamento – o Senado e a Assembleia Nacional¹¹³. Com a revisão constitucional de 2008¹¹⁴, passou a ser possível o controlo da constitucionalidade de disposições legislativas em vigor, quando, no decurso de um processo judicial, se sustente que elas violam direitos ou liberdades garantidos pela Constituição. O tribunal perante o qual a questão for suscitada não se pronuncia, devendo remeter o assunto, consoante o caso, para a *Cour de Cassation* (o tribunal supremo da jurisdição civil) ou para o *Conseil d'État*¹¹⁵ (o tribunal supremo da jurisdição administrativa), que são os órgãos

¹¹⁰ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 48.

¹¹¹ Na verdade, tal como a generalidade dos países do mundo. A existência de Constituições escritas como característica distintiva face ao *common law* só é relevante quando, do lado do *common law*, estejamos a considerar o Direito do Reino Unido, porque aí não existe uma Constituição escrita e, conseqüentemente, também não existem mecanismos de controlo da constitucionalidade das leis. Noutros sistemas jurídicos estaduais pertencentes ao *common law*, já é comum encontrar Constituições escritas e processos para o controlo da constitucionalidade das leis (*judicial review*), como é o caso dos Estados Unidos da América.

¹¹² Com a particularidade de tratar a matéria de direitos fundamentais por remissão para a Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, e para o preâmbulo da Constituição de 1946, que figuram como anexos à Constituição de 1958.

¹¹³ Informação disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html> [17.03.2015].

¹¹⁴ Loi constitutionnelle n.º 2008-724 du 23 juillet 2008, entrada em vigor no dia 1 de Março de 2010; texto disponível em http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_8 [17.03.2015].

¹¹⁵ Podemos referir-nos ao *Conseil d'État* francês como Conselho de Estado, mas importa ter pre-

competentes para suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante o Conselho Constitucional¹¹⁶. As decisões do Conselho Constitucional são insusceptíveis de recurso e, se declararem a inconstitucionalidade de um preceito legal, implicam a revogação desse preceito¹¹⁷.

Em Portugal e na Alemanha, como na maioria dos países do subsistema romano-germânico, os tribunais têm competência para controlar a constitucionalidade das leis, tanto em sede de fiscalização preventiva como em sede de fiscalização sucessiva, ou seja, antes e depois de a lei entrar em vigor. Em Portugal e na Alemanha, temos até jurisdições especializadas em assuntos constitucionais – o Tribunal Constitucional, no primeiro caso, o Tribunal Constitucional Federal e os Tribunais Constitucionais dos Estados Federados (*Länder*), no segundo caso –, com competência para apreciar a constitucionalidade de normas em abstracto e para julgar em última instância questões concretas de constitucionalidade suscitadas perante os tribunais comuns.

Num e noutra países, a constitucionalidade de uma norma legal em vigor pode ser posta em causa no decurso de um processo judicial perante um tribunal comum, mas enquanto os tribunais comuns portugueses têm competência para decidir se a norma controvertida é ou não inconstitucional¹¹⁸, os tribunais comuns alemães

sente que o Conselho de Estado francês nada tem a ver com o órgão com o mesmo nome que existe em Portugal. O equivalente português do *Conseil d'État* francês é o Supremo Tribunal Administrativo, ainda que, mais uma vez por força de uma interpretação estrita do princípio da separação de poderes, o *Conseil d'État* esteja organicamente ligado ao poder executivo e não ao poder judicial, por se entender que o controlo da administração é uma forma de administrar. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 201.

¹¹⁶ Artigo 61-1 da Constituição francesa: “Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé”.

¹¹⁷ Artigo 62, als. 2 e 3: “Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l’article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d’une date ultérieure fixée par cette décision”; “Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d’aucun recours”.

¹¹⁸ Desde logo porque, segundo o artigo 204.º da Constituição da República Portuguesa, os tribunais não podem aplicar, nos feitos submetidos a julgamento, normas que infrinjam o disposto na Constituição ou princípios nela consignados. Claro que a conclusão, por um tribunal comum, de que uma norma legal em vigor é inconstitucional reveste particular gravidade, o que explica que o Ministério Público esteja obrigado a recorrer imediatamente para o Tribunal Constitucional de decisões judiciais

apenas podem admitir o incidente de inconstitucionalidade, devendo suspender a instância e remeter a decisão para os Tribunais Constitucionais¹¹⁹. Se, em sede de fiscalização concreta, os Tribunais Constitucionais alemães concluírem pela inconstitucionalidade da norma, esta é eliminada da ordem jurídica, ao passo que, em Portugal, se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma, a decisão tem efeitos apenas no caso concreto, o que significa que a norma declarada inconstitucional continua em vigor na ordem jurídica portuguesa¹²⁰.

Quanto ao papel da jurisprudência como fonte de Direito no subsistema romano-germânico, importa distinguir a *teoria*, que lhe nega carácter de fonte imediata, da *prática*, que revela que os tribunais têm uma intervenção muito considerável na determinação e desenvolvimento do Direito, contrariando a ideia (já largamente ultrapassada, de resto) segundo a qual os tribunais se limitam a aplicar, de forma mecânica, o Direito previamente definido pelo legislador.

É certo que, nos países que integram o subsistema romano-germânico, as decisões dos tribunais são sempre fundamentadas em preceitos legais e só produzem efeitos no caso *sub judice*, não vinculando outros tribunais que venham a decidir questões semelhantes no futuro. Cada nova decisão judicial retira o seu fundamento do texto da lei, não da prática anterior dos tribunais. Quando a jurisprudência é constante ou uniforme, é natural que os tribunais se sintam persuadidos de que a interpretação da lei aí acolhida é a melhor e que a sigam nas suas decisões, mas não estão obrigados a fazê-lo. As decisões judiciais anteriores valem apenas como *precedente persuasivo*, não como o precedente vinculativo que veremos ser característico do *common law*. Daí que, por exemplo, a lei portuguesa admita expressamente a possibilidade de reversão de jurisprudência constante¹²¹ e de afastamento de interpretação fixada por

que recusem a aplicação de normas (constantes de convenções internacionais, de actos legislativos ou de decretos regulamentares) com fundamento na sua inconstitucionalidade (artigo 280.º CRP).

¹¹⁹ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 48.

¹²⁰ Podendo eventualmente vir a ser eliminada da ordem jurídica portuguesa na sequência de um processo de fiscalização abstracta com base em fiscalização concreta, que, nos termos do artigo 281.º, n.º 3, da CRP, será desencadeado quando uma norma tenha sido julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional em três casos concretos.

¹²¹ O artigo 536.º do Código de Processo Civil português estabelece que, tendo ocorrido uma “*reversão de jurisprudência constante* em que se haja fundado a pretensão do autor ou requerente ou oposição do réu ou requerido”, estamos perante uma alteração de circunstâncias não imputável às

jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça¹²².

Dito isto, importa reconhecer que, na prática, os tribunais fazem muito mais do que aplicar a lei e que, por vezes, as suas decisões chegam mesmo a enunciar Direito sem suporte legal, dando origem a soluções jurídicas novas, não raro, seguidas posteriormente em decisões sobre casos semelhantes. O que autoriza que consideremos a jurisprudência como uma fonte imediata de Direito. Importa também sublinhar a crescente tendência dos práticos do Direito – advogados e juízes – para invocar decisões judiciais anteriores como fundamento das suas alegações ou das suas decisões, consoante o caso, em complemento da fundamentação legal, o que pode confirmar-se por uma releitura do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que reproduzimos *supra*¹²³.

Quanto ao primeiro ponto, há que ter presente que a aplicação da lei pelo tribunal é sempre precedida de um exercício de *interpretação*, no decurso do qual o intérprete/juiz pode alargar ou restringir o alcance normativo sugerido pela letra do preceito legal. As leis do subsistema romano-germânico são formuladas em termos muito genéricos e recorrem frequentemente a princípios gerais e a conceitos indeterminados (como a boa fé, o abuso do direito, a moral pública, etc.), o que abre um significativo campo de conformação prática ao intérprete/juiz¹²⁴. Daí

partes, o que determina a repartição das custas pelo autor e pelo demandado em partes iguais.

¹²² O artigo 629.º, n.º 2, alínea c), do Código de Processo Civil português estatui que são sempre susceptíveis de recurso, independentemente do valor da causa e da sucumbência, as decisões proferidas contra jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça. Sobre o que é a jurisprudência uniforme, importa atentar no disposto nos artigos 688.º e ss. do Código de Processo Civil português. No essencial, há a saber que as partes num litígio judicial podem interpor recurso para o pleno das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça quando o Supremo proferir acórdão que esteja em contradição com outro anteriormente proferido pelo mesmo tribunal, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito (artigo 688.º, n.º 1). A decisão que verifique a existência da contradição jurisprudencial revoga o acórdão recorrido e substitui-o por outro em que se decide a questão controvertida (artigo 695.º, n.º 2). O recurso de uniformização de jurisprudência deve ser interposto pelo Ministério Público, mesmo quando não seja parte na causa, mas, neste caso, não tem qualquer influência na decisão desta, destinando-se unicamente à emissão de acórdão de uniformização sobre o conflito de jurisprudência (artigo 691.º). Um processo semelhante está previsto no Código de Processo Penal português (artigos 437.º e ss.).

¹²³ Páginas 19 a 28.

¹²⁴ Contrariamente ao que se passa no *common law*, onde as leis são muito pormenorizadas e a principal regra para a sua interpretação pelos tribunais é a *literal rule*, ou seja, a interpretação literal.

Lições de Direito Comparado

que se possa dizer, com Joseph Dainow, que os tribunais do subsistema romano-germânico, quando interpretam a lei e preenchem os espaços normativos onde a lei é omissa ou insuficiente, estão a *criar Direito*, ainda que de forma intersticial¹²⁵.

O desempenho criativo dos tribunais do subsistema romano-germânico não se limita sequer ao aproveitamento dos espaços de conformação concedidos pela lei. Na ausência ou insuficiência da lei – por vezes, até contra a lei –, vários tribunais nacionais têm vindo a definir critérios de decisão para a resolução de casos concretos, dando origem a “verdadeiras inovações jurisprudenciais”¹²⁶, não raro, seguidas posteriormente em casos semelhantes. Os exemplos de escola são, para o Direito alemão, a criação do instituto da culpa na formação dos contratos, que acabou por receber consagração legal em 2001; para o Direito português, a equiparação a incumprimento definitivo da manifestação da intenção de não cumprir, quando declarada antes do vencimento da obrigação; e, para o Direito francês, a responsabilidade civil extracontratual decorrente da guarda de coisas¹²⁷.

A este respeito, vale a pena analisar mais detidamente o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça francês (*Cour de Cassation*) responsável pela inovação jurisprudencial referida – o acórdão *Veuve Jand’heur c. les Galeries Belfortaises*, de 1930. Reproduzimo-lo na íntegra pelo seu carácter emblemático e também pelo seu valor como ilustração do estilo particular das decisões judiciais francesas – muito curtas e fundamentadas unicamente por referência a preceitos legais¹²⁸.

Em causa estava um pedido de indemnização pelos danos causados na sequência do atropelamento de uma menor pelo condutor de um camião pertencente à empresa Galeries Belfortaises. O tribunal inferior havia decidido a favor da empresa com o argumento de que o disposto no artigo 1384, § 1, do Código Civil francês, não era aplicável à situação *sub judice*, em virtude de não ter sido provada a culpa

¹²⁵ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 426.

¹²⁶ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 55.

¹²⁷ Exemplos obtidos em CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, pp. 55-56.

¹²⁸ Por oposição às decisões dos tribunais alemães e dos tribunais portugueses, que são extremamente extensas e incluem, por norma, como complemento da fundamentação legal, referências jurisprudenciais e doutrinárias.

do condutor. A *Cour de Cassation* considerou que o tribunal inferior fez uma má interpretação da lei e anulou a decisão.

Para compreendermos o alcance da inovação jurisprudencial trazida por este acórdão, é importante ter presente o texto do artigo 1384, § 1, do Código Civil francês, que foi usado como fundamento da decisão. A formulação é extremamente vaga: “os indivíduos são responsáveis não apenas pelos danos que causem por actos próprios, mas também por danos causados por pessoas pelas quais sejam responsáveis ou por coisas que tenham à sua guarda”¹²⁹.

A *Cour de Cassation* entendeu que este preceito estabelecia uma presunção de responsabilidade contra quem tivesse à sua guarda uma coisa inanimada causadora de prejuízos a outrem e que, face a esta presunção, não bastava provar que a empresa não tinha cometido qualquer falta ou que a causa do dano era desconhecida. Com isto, a *Cour de Cassation* introduziu no Direito francês a responsabilidade objectiva, independente de culpa, também conhecida como responsabilidade pelo risco. A *Cour de Cassation* invocou o artigo 1384, § 1, do Código Civil, como fundamento da decisão, mas criou efectivamente um critério de decisão novo, depois seguido em decisões subseqüentes e entretanto consagrado em diversos diplomas legais.

¹²⁹ “On est responsable non seulement du dommage que l’on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l’on a sous sa garde”. O texto do preceito mantém-se o mesmo até hoje. A versão original, de 1804, do Código Civil francês pode ser consultada em <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f339.image> [19.03.2015].

Lições de Direito Comparado

Cour de Cassation¹³⁰

Chambres réunies

Audience publique du 13 février 1930

Publié au bulletin

Cassation

REPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

CASSATION, sur le pourvoi de la dame veuve X..., d'un arrêt rendu, le 7 juillet 1927, par la cour d'appel de Lyon, au profit de la Société anonyme "Aux Galeries Belfortaises".

ARRET.

Du 13 Février 1930.

LA COUR,

Statuant toutes chambres réunies;

Ouï, aux audiences publiques des 12 et 13 février 1930, M. le conseiller Le Marc'hadour, en son rapport; Maîtres Jaubert et Labbé, avocats des parties, en leurs observations respectives, M. le procureur général Matter, en ses conclusions;

Et après en avoir délibéré en la chambre du conseil;

Statuant sur le moyen du pourvoi;

Vu l'article 1384, alinéa 1er, du Code Civil;

Attendu que la présomption de responsabilité établie par cet article à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou

¹³⁰ O texto do acórdão pode ser consultado em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JCA_MA_15442.pdf [19.03.2015].

de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable; qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue;

Attendu que, le 22 avril 1926, un camion automobile appartenant à la Société "Aux Galeries Belfortaises" a renversé et blessé la mineure Lise X...; que l'arrêt attaqué a refusé d'appliquer le texte susvisé par le motif que l'accident causé par une automobile en mouvement sous l'impulsion et la direction de l'homme ne constituait pas, alors qu'aucune preuve n'existe qu'il soit dû à un vice propre de la voiture, le fait de la chose que l'on a sous sa garde dans les termes de l'article 1384, alinéa 1er, et que, dès lors, la victime était tenue, pour obtenir réparation du préjudice, d'établir à la charge du conducteur une faute qui lui fût imputable;

Mais attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme; qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même;

D'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait l'arrêt attaqué a interverti l'ordre légal de la preuve et viole le texte de loi susvisé;

Par ces motifs,

CASSE

A finalizar o quadro das fontes de Direito típico do subsistema romano-germânico, há a referir a **doutrina**, ou seja, “as opiniões ou pareceres dos juristas em que estes desenvolvem, em bases científicas ou doutrinárias, as suas concepções sobre a interpretação ou integração do [D]ireito”¹³¹, tal como constam de tratados, manuais e estudos jurídicos vários. Sobre a doutrina não há dúvidas de que se trata de uma fonte de Direito meramente mediata, que contribui para o conhecimento do Direito em vigor, mas que não cria normas jurídicas. Isso não significa que a doutrina não tenha um papel da máxima importância no desenvolvimento dos

¹³¹ Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, op. cit., p. 163.

Lições de Direito Comparado

sistemas jurídicos, ao impulsionar reformas legislativas, e no modo como o Direito em vigor é aplicado na prática, ao sugerir a interpretação a dar aos preceitos legais e a ponderação a fazer dos interesses jurídicos em causa. Não é por acaso que as decisões da generalidade dos tribunais dos países que integram o subsistema romano-germânico (não o francês, como vimos) incluem referências doutrinárias na sua fundamentação.

Recorde-se, por exemplo, esta passagem do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que analisámos *supra*:

Conforme expende Ferrer Correia (Lições de Direito Internacional Privado I, Almedina, 2000, pág. 406), cada Estado tem os seus valores jurídicos fundamentais, de que entende não dever abdicar, e interesses de toda a ordem, que reputa essenciais e que em qualquer caso lhe incumbe proteger. Tal implica que a aplicação da lei estrangeira será recusada “na medida em que essa aplicação venha lesar algum princípio ou valor básico do ordenamento nacional, tido por inderrogável, ou algum interesse de precípua grandeza da comunidade local”.

A importância da doutrina é, aliás, um traço distintivo do subsistema romano-germânico em relação ao *common law*, onde a quantidade de trabalhos doutrinários é muito menor, onde os poucos trabalhos doutrinários existentes praticamente se limitam a analisar e a classificar decisões judiciais, com vista a compreender a evolução do Direito, e onde a doutrina não é referida pelos advogados nas suas alegações nem pelos juízes nas duas decisões¹³². A importância da doutrina no subsistema romano-germânico explica-se, em larga medida, pelo impacto da recepção do Direito Romano pelas universidades europeias a partir do século XI, que consistiu essencialmente num “trabalho dogmático sobre textos”¹³³. É ainda hoje em contexto universitário que é produzida a maior parte da doutrina relevante como fonte mediata de Direito, como pode verificar-se na Alemanha, em Portugal, em Espanha, em Itália, etc.

¹³² Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 428.

¹³³ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 58.

A importância da doutrina no subsistema romano-germânico reflecte-se também no modo como são entendidos a *formação dos juristas* e os requisitos a preencher para o *exercício de profissões forenses*, como as de advogado ou juiz. A formação em Direito – ministrada exclusivamente nas universidades – é essencialmente teórica, dirigida ao conhecimento do quadro normativo em vigor e das construções doutrinárias esclarecedoras do seu alcance; importam-lhe as soluções de fundo, definidas em termos gerais, sendo meramente acessório o processo pelo qual as formulações abstractas atingem o concreto. Trata-se, também aqui, de uma tradição cultural que remonta aos tempos do estudo do Direito Romano nas universidades europeias dos séculos XI e seguintes. A formação universitária em Direito de nível pré-graduado é um requisito mínimo para o exercício de profissões forenses nos países que integram o subsistema romano-germânico, sendo cada vez mais comum a exigência de uma formação complementar (não raro, obtida também em contexto universitário) para o acesso a certas profissões forenses, como acontece com a exigência de um Mestrado em Direito e de um estágio profissional para o exercício da advocacia, em França, ou de formação no Centro de Estudos Judiciários para o exercício da magistratura, em Portugal¹³⁴.

Traçado que temos o quadro das fontes de Direito típico do subsistema romano-germânico, importa agora analisar de que modo se processa neste subsistema a **descoberta do Direito aplicável** à solução dos casos concretos. Porque o quadro das fontes de Direito é dominado pela lei, não surpreende que a descoberta do Direito aplicável seja, antes de mais nada, a procura na lei de preceito ou preceitos legais cuja hipótese cubra o problema jurídico *sub judice*.

A descoberta do Direito aplicável à solução de casos concretos centra-se, por isso, na interpretação da lei e, faltando um preceito legal, na integração da lei¹³⁵, matérias cujo tratamento é semelhante em todos os países que integram o subsistema romano-germânico e que passaremos a analisar tomando como principal referência as soluções definidas pela lei portuguesa nos artigos 9.º e 10.º do Código Civil, que são representativas do subsistema, ainda que existam algumas diferenças de pormenor face aos Direitos francês e alemão, como não deixaremos de observar.

¹³⁴ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 220-224.

¹³⁵ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 59.

Lições de Direito Comparado

Quando é chamado a decidir um caso concreto, o primeiro passo do intérprete/juiz é procurar no sistema legal a norma ou normas que sejam aplicáveis à solução do caso. Se encontra uma tal norma ou normas, o intérprete tem de as interpretar mobilizando os elementos da interpretação definidos no artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil português¹³⁶, que acolhe a lição de Savigny sobre os cânones de interpretação da lei¹³⁷, ou seja, o elemento literal (“letra da lei”) e o elemento lógico, que se desdobra nos elementos histórico (“as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”), teleológico (“pensamento legislativo”) e sistemático (“tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico”). Interpretada a norma, esta é aplicada aos factos específicos do caso *sub judice*, num processo dedutivo que parte da norma geral para o caso concreto¹³⁸.

Se não encontra uma norma legal directamente aplicável, o intérprete está perante uma *lacuna* da lei. A persistência do positivismo legalista na prática jurídica dos países que integram o subsistema romano-germânico determina que a primeira coisa a fazer, nestes casos, seja ainda procurar na lei uma norma legal prevista para casos análogos ao que o intérprete tem para resolver (*analogia legis*)¹³⁹. Se encontrar uma tal norma, o intérprete interpreta-a, mobilizando os elementos de interpretação referidos *supra*, e aplica-a, com as necessárias adaptações, à solução do caso concreto, através de um processo dedutivo.

Se o intérprete não conseguir encontrar na lei uma norma prevista para casos análogos ao caso *sub judice*, procederá de forma ligeiramente diferente consoante esteja em Portugal, na Alemanha ou em França. Em Portugal, o intérprete cria, dentro do espírito do sistema, uma norma *ad hoc* (cujos efeitos se limitam ao

¹³⁶ “A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”.

¹³⁷ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 59.

¹³⁸ Diversamente do que veremos ser o método jurídico no *common law*, onde o ponto de partida é sempre o caso, não a norma abstracta. Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 431.

¹³⁹ Segundo o artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil português, os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos, sendo que há analogia sempre que no caso omisso procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

caso concreto)¹⁴⁰, que depois interpreta e aplica à solução do caso *sub judice*. Na Alemanha, o intérprete procura primeiro uma norma de Direito consuetudinário aplicável e só na falta desta cria uma norma *ad hoc* inspirando-se na equidade e nos princípios gerais inscritos no sistema legal¹⁴¹. Em França, o intérprete resolve o problema concreto por aplicação dos princípios gerais de Direito francês¹⁴².

Vale a pena referir ainda que a forma como os juristas do subsistema romano-germânico lidam com as *lacunas* da lei é muito diferente daquela que pode ser observada entre os juristas do *common law*. Para os primeiros, a conclusão de que a lei é omissa em relação a um problema digno de tutela jurídica é motivo de embaraço, atenta a presunção de completude do sistema legal e o dever que impende sobre os juízes de dar resposta a todos os problemas jurídicos que sejam presentes a tribunal, ao passo que, para os segundos, é algo de inteiramente natural, uma vez que a principal fonte de Direito do *common law* é a jurisprudência e a lei apenas regula alguns problemas jurídicos de forma fragmentária e complementar em relação ao Direito criado pelos tribunais¹⁴³.

Quanto à **organização judiciária** nos países do subsistema romano-germânico, focaremos apenas dois aspectos que se nos afiguram relevantes para a comparação com o *common law* inglês: o carácter lógico e quase geométrico do organigrama dos tribunais e a tendência para fazer intervir nas decisões judiciais apenas *juízes togados*, ou seja, magistrados judiciais de carreira com formação jurídica específica.

A organização judiciária diverge consideravelmente entre os vários países que integram o subsistema romano-germânico¹⁴⁴, mas podemos observar que todos

¹⁴⁰ Segundo o artigo 10.º, n.º 3, do Código Civil português, na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema. A formulação deste preceito deixa algo a desejar em termos de clareza. Teria sido melhor, desde logo, que o preceito começasse por “na falta de *norma prevista para* caso análogo”, na medida em que o intérprete não vai procurar casos anteriores semelhantes – como acontece com os intérpretes/juízes no *common law* –, mas normas legais previstas para casos análogos.

¹⁴¹ Cf. MICHEL FROMONT, *Grands Systèmes de Droit Étrangers*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴² Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁴³ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 433.

¹⁴⁴ Para uma comparação das organizações judiciárias alemã, francesa e portuguesa, cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 200-204; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, pp. 61-63.

Lições de Direito Comparado

tendem a instituir tribunais de competência genérica e tribunais de competência especializada e a assegurar três graus de jurisdição (1.^a instância, 2.^a instância e supremo¹⁴⁵), o que permite aos indivíduos o recurso para um tribunal superior contra decisões que lhes sejam desfavoráveis¹⁴⁶. A distribuição de competências especializadas pelos diferentes tribunais (ou secções dos tribunais superiores) é feita de forma linear, acompanhando a delimitação entre áreas ou disciplinas jurídicas (Tribunal do Trabalho, Tribunal de Família e Menores, Tribunal de Comércio, etc.), algo que, como veremos, não se verifica em Inglaterra.

Por norma, no subsistema romano-germânico, os tribunais são compostos por juízes profissionais e a *intervenção do júri* é muito limitada, sobretudo se comparada com o que se passa no *common law*.

Em Portugal, a intervenção do júri é admitida apenas para o julgamento de crimes especialmente graves (como os crimes contra a humanidade e os crimes cuja pena máxima, abstractamente aplicável, seja superior a 8 anos de prisão), devendo ser requerida pelo Ministério Público, pelo assistente ou pelo arguido (artigo 13.º do Código de Processo Penal português). Quando requerida a sua intervenção, o tribunal do júri é composto por três juízes profissionais, quatro jurados efectivos e quatro jurados suplentes, sendo que a selecção dos jurados é feita através de duplo sorteio a partir dos cadernos de recenseamento eleitoral e de acordo com as regras definidas no Decreto-Lei n.º 387-A/87, de 29 de Dezembro, que define o regime de júri em processo penal¹⁴⁷.

Em França, a intervenção de jurados é uma característica permanente das *cours d'assises*, que são tribunais com competência para julgar os crimes mais graves. As *cours d'assises* têm composição mista, sendo constituídas por três juízes profissionais e seis jurados, na 1.^a instância, e por três juízes profissionais e nove

¹⁴⁵ No caso da Alemanha, os dois primeiros níveis de jurisdição pertencem aos *Länder* e o tribunal supremo é de âmbito federal. Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁶ Uma possibilidade que não é, no entanto, irrestrita, por poder estar dependente do valor da causa, entre outros factores. Sobre os critérios para a admissibilidade do recurso em Portugal, em França e na Alemanha, cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 204-208; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 64.

¹⁴⁷ O texto do diploma pode ser consultado em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=315&tabela=leis [21.03.2015].

jurados, na 2.^a instância (*cours d'assises d'appel*). A selecção dos jurados é também feita por sorteio a partir dos cadernos do recenseamento eleitoral, nos termos dos artigos 254.º e seguintes do *Code de Procédure Pénale* francês¹⁴⁸.

A Alemanha aboliu, em 1924, a intervenção do júri em processo penal, tendo recuperado, para ocupar o seu lugar, a figura dos juízes comunitários (*Schöff*en), juízes leigos hoje colocados sobretudo em tribunais criminais inferiores (compostos por dois *Schöff*en e um juiz profissional), mas que também podem integrar tribunais superiores (compostos por dois *Schöff*en e três juízes profissionais). Os *Schöff*en são eleitos pelos conselhos locais, de entre cidadãos maiores de 30 e menores de 65 anos de idade, não sendo elegíveis funcionários públicos, médicos e ministros do clero¹⁴⁹.

Em qualquer destes países e diversamente do que é característico do *common law*, os jurados integram painéis mistos e decidem em conjunto com os juízes profissionais¹⁵⁰, pronunciando-se não apenas sobre matéria de facto, mas também sobre matéria de Direito¹⁵¹.

Entretanto, a intervenção do júri em processo penal não esgota as possibilidades de intervenção de juízes leigos na administração da justiça. Em Portugal, a lei prevê a participação popular na administração da justiça através dos *juízes sociais*, cujo estatuto é regulado pelo Decreto-Lei n.º 156/78, de 30 de Junho. Segundo o texto preambular deste diploma, a instituição dos juízes sociais foi a forma encontrada de “trazer a opinião pública até aos tribunais e levar os tribunais até à opinião pública, já actuando contra a rotina dos juízes e sensibilizando-os em relação aos valores sociais dominantes e suas prioridades, já estimulando os cidadãos à formação de opiniões correctas a respeito da administração da justiça e ao reforço do seu

¹⁴⁸ O texto do diploma pode ser consultado em http://www.ejoint.com/14dc/DLxnku Zzshr_cpp2015.pdf [21.03.2015].

¹⁴⁹ Informação obtida em <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/527934/Schoffe> [21.03.2015].

¹⁵⁰ Em Portugal, por exemplo, a votação da decisão começa precisamente pelos jurados, do mais novo para o mais velho, terminando no presidente do Tribunal, que é sempre um juiz togado (artigo 365.º, n.º 4, do Código de Processo Penal).

¹⁵¹ Cf. MATHIAS SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 51.

sentimento de legalidade”. O legislador português limitou a intervenção dos juízes sociais às causas que tenham por objecto questões de arrendamento rural e a certas categorias de acções da competência dos tribunais de trabalho e dos tribunais de menores. Podem ser nomeados juízes sociais cidadãos portugueses de reconhecida idoneidade que tenham mais de 25 e menos de 65 anos de idade, que saibam ler e escrever português, que estejam no pleno gozo dos direitos civis e políticos e que não estejam pronunciados nem tenham sofrido condenação por crime doloso (artigo 1.º)¹⁵². O exercício do cargo de juiz social constitui serviço público obrigatório (artigo 4.º) e não é remunerado¹⁵³. As regras para o recrutamento dos juízes sociais variam consoante estes devam intervir em causas de competência dos tribunais de trabalho ou dos tribunais de menores ou em causas que envolvam questões de arrendamento rural, podendo a nomeação ser feita por sorteio, oficiosamente ou por eleição (artigos 11.º e ss.).

Vale a pena referir ainda, para Portugal, a existência dos *juízos de paz*, cujo funcionamento é regulado pela Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, entretanto alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de Julho. Segundo o artigo 2.º, n.º 1, deste diploma, a actuação dos juízos de paz é vocacionada para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes¹⁵⁴. Os juízos de paz são criados por diploma do Governo (artigo 3.º, n.º 1)¹⁵⁵ e só são competentes para apreciar acções declarativas (artigo 6.º, n.º 1) em questões cujo valor não exceda 15.000 Euros (artigo 8.º)¹⁵⁶. Só pode ser juiz de

¹⁵² Não podem ser nomeados juízes sociais, entre outros, o Presidente da República, os membros do Governo (central ou regionais), os magistrados judiciais e do Ministério Público e os ministros de qualquer religião (artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 156/78).

¹⁵³ Os juízes sociais têm direito apenas a ajudas de custo e a indemnização pelas despesas de transportes e perdas de remuneração que resultem das suas funções (artigo 9.º, n.º 1).

¹⁵⁴ Em cada juízo de paz existe um serviço de mediação que disponibiliza a qualquer interessado a mediação, como forma de resolução alternativa de litígios (artigo 16.º).

¹⁵⁵ Podendo ser concelhios ou de agrupamento de concelhos (artigo 4.º, n.º 1).

¹⁵⁶ Entre as acções que os juízos de paz são competentes para apreciar e decidir figuram, nomeadamente, as acções que se destinem a efectivar o cumprimento de obrigações (salvo algumas excepções), as acções de entrega de coisas móveis, as acções resultantes de direitos e deveres de condóminos, etc. (artigo 9.º, n.º 1). Os juízos de paz são também competentes para apreciar pedidos de indemnização cível, quando não haja sido apresentada participação criminal ou após desistência da mesma, emergentes de ofensas corporais simples, difamação, injúrias, furto simples, dano simples, etc. (artigo 9.º, n.º 2).

paz quem reunir, cumulativamente, os seguintes requisitos: ter nacionalidade portuguesa; possuir licenciatura em Direito; ter idade superior a 30 anos; estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos; não ter sofrido condenação, nem estar pronunciado por crime doloso; e ter cessado, ou fazer cessar imediatamente antes da assunção das funções como juiz de paz, a prática de qualquer outra actividade pública ou privada (artigo 23.º). O recrutamento e a selecção dos juizes de paz é da responsabilidade do Ministério da Justiça, em colaboração com o Conselho dos Julgados de Paz, e é feito por concurso aberto para o efeito, mediante avaliação curricular e provas públicas (artigo 24.º, n.º 1). Os juizes de paz são remunerados (artigo 28.º) e exercem as suas funções em regime de exclusividade. Compete-lhes proferir, de acordo com a lei ou equidade, as decisões relativas a questões que sejam submetidas aos julgados de paz, devendo, previamente, procurar conciliar as partes; o juiz de paz não está sujeito a critérios de legalidade estrita, podendo, se as partes assim o acordarem, decidir segundo juízos de equidade quando o valor da acção não exceda metade do valor da alçada do julgado de paz (artigo 26.º). As decisões proferidas pelos julgados de paz têm o valor de sentença proferida por tribunal de 1.ª instância (artigo 61.º)¹⁵⁷.

Em França e na Alemanha, podemos também encontrar juizes leigos em tribunais especializados, como é o caso dos tribunais de comércio e dos tribunais de trabalho¹⁵⁸. Atentemos em particular no que se passa em França.

Os tribunais de comércio franceses (*tribunaux de commerce*) são regulados pelo *Code de commerce*, nos seus artigos 721-1 e seguintes¹⁵⁹. Os tribunais de comércio são tribunais de 1.ª instância com competência para conhecer os litígios relativos a comerciantes, instituições de crédito, sociedades comerciais e quaisquer actos comerciais (artigo 721-3). São constituídos por juizes eleitos entre comerciantes e directores de empresas – ditos “juizes consulares” (*juges consulaires*) – e por

¹⁵⁷ As decisões proferidas nos processos cujo valor exceda metade do valor da alçada do tribunal de 1.ª instância podem ser impugnadas por meio de recurso a interpor para a secção competente do tribunal de comarca em que esteja sediado o julgado de paz (artigo 62.º, n.º 1).

¹⁵⁸ Cf. MATHIAS SIEMS, *Comparative Law*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁹ O texto do diploma pode ser consultado em <http://www.legifrance.gouv.fr/affich/Code.do?cid-Texte=LEGITEXT000005634379> [22.03.2015].

Lições de Direito Comparado

um secretário (*greffier*)¹⁶⁰, decidindo por norma em colectivos de três juízes¹⁶¹. A eleição dos juízes é feita por um colégio eleitoral formado para cada circunscrição e integrado por *délégués consulaires* (comerciantes ou directores de empresa especialmente eleitos para o efeito), juízes em exercício e antigos juízes do tribunal de comércio (artigo 723-1). São elegíveis como juízes dos tribunais de comércio os cidadãos franceses com mais de 30 anos de idade que estejam inscritos no caderno eleitoral para a eleição dos “delegados consulares” na circunscrição do tribunal, que provem que já exercem a actividade comercial há mais de cinco anos e que não têm contra si nem contra a sociedade a que pertencem processos de liquidação, insolvência, etc. (artigo 723-4). Os juízes dos tribunais de comércio são eleitos para um período inicial de dois anos, susceptível de renovação para períodos de quatro anos até a um máximo de quatro mandatos, findos os quais os juízes são inelegíveis pelo período de um ano (artigos 722-6 e 723-7). Os juízes eleitos não são remunerados (artigo 722-16).

Os tribunais de trabalho franceses (*conseils de prud’hommes*) são regulados pelo *Code du travail*, nos seus artigos 1411-1 e seguintes¹⁶². Os *conseils de prud’hommes* dirimem, por via da conciliação, os diferendos emergentes de qualquer contrato de trabalho entre os empregadores ou os seus representantes e os trabalhadores assalariados e julgam esses mesmos diferendos quando a conciliação se revele impossível (artigo 1411-1). Cabe ao *Conseil d’Etat* criar e fixar a sede dos *conseils de prud’hommes*, devendo existir, pelo menos, um *conseil de prud’hommes* junto de cada tribunal de grande instância (*tribunal de grande instance*) (artigos 1422-1 e 1422-3). Os *conseils* são electivos e têm composição paritária em todas as suas secções, pelo que são sempre integrados por igual número de trabalhadores e de empregadores (artigo 1421-1). São eleitores os trabalhadores assalariados, os empregadores e as pessoas à procura de emprego¹⁶³, com mais de 16 anos e

¹⁶⁰ Os secretários dos tribunais de comércio são funcionários públicos e ministeriais (artigo 741-1). As condições de acesso à profissão são definidas por decreto do *Conseil d’Etat* (artigo 742-1).

¹⁶¹ Informação disponível em <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/tribunal-de-commerce-12031.html> [22.03.2015].

¹⁶² O texto do diploma está disponível em http://www.legifrance.gouv.fr/affich/Code.do;-jsessionid=1B525035CA12B6AD2C33BB1B701229F9.tpdlila24v_2?cidTexte=LEGITEX-T000006072050&dateTexte=20150322 [22.03.2015].

¹⁶³ Desde que estejam inscritas em listas de pessoas à procura de emprego e não sejam pessoas à procura do primeiro emprego.

que não estejam de nenhum modo privadas dos respectivos direitos cívicos (artigo 1441-1). Os eleitores são elegíveis se forem cidadãos franceses, tiverem mais de 21 anos de idade e não estiverem interditos ou inabilitados de exercer os seus direitos cívicos (artigo 1441-16). Os conselheiros são eleitos por períodos de cinco anos são reelegíveis (artigo 1442-3). Os conselheiros não são remunerados pelo seu desempenho nos *conseils*, mas o tempo dispendido pelos conselheiros que sejam trabalhadores assalariados é considerado como tempo de trabalho efectivo pelos respectivos empregadores, que podem obter junto do secretariado do *conseil de prud'hommes* o reembolso dos valores pagos (artigos 1442-6 e 1442-8).

Na Alemanha, os tribunais de trabalho de todos os graus de jurisdição (*Arbeitsgericht*, *Landsarbeitsgericht* e *Bundesarbeitsgericht*) também têm uma composição mista, sendo sempre integrados por dois juízes leigos (um em representação dos empregadores e o outro em representação dos trabalhadores assalariados) e por um ou três juízes profissionais, consoante sejam tribunais de 1.^a e 2.^a instância ou o Tribunal Federal do Trabalho. À semelhança do que se passa com os *conseils de prud'hommes*, em França, os tribunais de trabalho de 1.^a instância fazem uma primeira tentativa de conciliação das partes, mas aqui a tentativa de conciliação é feita apenas pelo juiz profissional, sem a intervenção dos juízes leigos¹⁶⁴.

A presença de juízes leigos nos tribunais alemães pode verificar-se também nas secções comerciais dos tribunais de 2.^a instância da jurisdição ordinária e na maioria dos juízos criminais dos tribunais de 1.^a e de 2.^a instância da jurisdição cível (*Amtsgerichte* e *Landesgerichte*), na 1.^a instância da jurisdição administrativa (*Verwaltungsgerichte*), na 1.^a instância da jurisdição financeira (*Finanzgerichte*) e em todas as instâncias da jurisdição social (*Sozialgerichte*, *Landessozialgerichte* e *Bundessozialgerichte*). A composição mais comum nos painéis mistos é a de um juiz profissional e dois juízes leigos¹⁶⁵. Os juízes leigos nos tribunais sociais, por exemplo, devem ser cidadãos alemães com idade superior a 25 anos e são escolhidos com base em listas propostas por associações ou com base na sua ocupação. Não é necessário, mas também não é impedimento, que tenham formação em Direito.

¹⁶⁴ Informação disponível em <http://www.bundesarbeitsgericht.de/englisch/general.html#2> [22.03.2015].

¹⁶⁵ Informação disponível em http://ec.europa.eu/civiljustice/org_justice/org_justice_ger_en.pdf [22.03.2015].

Lições de Direito Comparado

Os juízes leigos são nomeados por períodos de cinco anos, renováveis, e exercem as suas funções a tempo parcial, tendo direito a ser compensados pelas reduções salariais que sofram em virtude do tempo dispendido no exercício das suas funções nos tribunais sociais¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Informação disponível em http://www.bsg.bund.de/EN/Home/home_node.html [22.03.2015].

LIÇÃO N.º 6

O SUBSISTEMA ANGLO-SAXÓNICO DA FAMÍLIA JURÍDICA OCIDENTAL (*COMMON LAW*)

O subsistema anglo-saxónico tem a sua origem no Direito comum (*common law*) criado em Inglaterra a partir do século XI e posteriormente levado para as colónias britânicas onde se manteve como matriz dos sistemas jurídicos locais mesmo depois da independência desses territórios. Hoje, engloba a generalidade dos países de língua inglesa – Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos da América, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, etc. Em muitos países da antiga dominação colonial britânica, como a África do Sul ou a República da Índia, a matriz do *common law* coexiste com Direitos locais de carácter consuetudinário e/ou fundamento religioso, em sistemas jurídicos híbridos.

Um aspecto interessante deste subsistema é o diálogo mantido entre os supremos tribunais dos países que o integram, através de citações recíprocas nos seus acórdãos, o que pode ser ilustrado, por exemplo, pela referência feita pela suprema instância judicial do Reino Unido (então, a *House of Lords*) à jurisprudência do Tribunal de Recurso da Nova Zelândia, no acórdão *Mandla v Dowell Lee*, de 1983. Pela importância histórica que reveste – tendo sido decisivo no combate à discriminação racial no Reino Unido –, o acórdão merece uma citação directa. Para compreender o contexto em que estas considerações foram proferidas, é apenas necessário saber que estava em causa a aplicação da lei de combate à discriminação racial (*Race Relations Act 1976*, chapter 74¹⁶⁷) a um caso concreto em que uma

¹⁶⁷ As leis do Parlamento inglês são identificadas pelo número da respectiva publicação dentro de cada ano civil. Neste caso, estamos perante a 74.^a lei do Parlamento publicada, na série *Public Gene-*

escola havia recusado a admissão de um aluno Sikh ortodoxo em virtude de este se recusar a cortar o cabelo e a deixar de usar o turbante característico da sua religião. Os tribunais inferiores haviam considerado que a situação não estava abrangida pelo *Race Relations Act 1976* por a comunidade Sikh não constituir um grupo racial ou étnico distinto, mas sim uma minoria religiosa. A *House of Lords* adoptou uma aceção ampla do termo “étnico” – aderindo à definição dada pelo Tribunal de Recurso da Nova Zelândia – e concluiu que a comunidade Sikh deveria ser considerada um grupo étnico para efeitos do *Race Relations Act 1976*, com o que acabou por decidir que a escola presidida pelo Sr. Dowell Lee tinha discriminado o aluno Gurinder Singh Mandla contra o disposto na lei.

HOUSE OF LORDS¹⁶⁸

Mandla and another v Dowell Lee and another

[1982] UKHL 7

LORD FRASER OF TULLYBELTON

...

My Lords, I have attempted so far to explain the reasons why, in my opinion, the word ‘ethnic’ in the 1976 Act should be construed relatively widely, in what was referred to by counsel for the appellants as a broad, cultural/historic sense. The conclusion at which I have arrived by construction of the 1976 Act itself is greatly strengthened by consideration of the decision of the Court of Appeal in New Zealand (Richmond P, Woodhouse and Richardson JJ) in *King-Ansell v Police* [1979] 2 NZLR 531. [In] that case the appellant had been convicted by a magistrate of an offence under the New Zealand Race Relations Act 1971, the offence consisting of publishing a pamphlet with intent to incite ill-will against Jews, ‘on the ground of their ethnic origins’. The question of law arising on the appeal concerned the meaning to be given to the words ‘ethnic . . . origins of that group of persons’ in s 25(1) of the Act. The decision of the Court of Appeal was that Jews in New Zealand did form a group with common ethnic origins within the meaning of the Act. The structure of the New Zealand Act differs considerably from that of the 1976

ral Acts, em 1976.

¹⁶⁸ O texto integral do acórdão pode ser consultado em <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1982/7.html> [22.03.2015].

Act, but the offence created by s 25 of the New Zealand Act (viz inciting ill-will against any group of persons on the ground of their ‘colour, race, or ethnic or national origins’) raises the same question of construction as the present appeal, in a context which is identical, except that the New Zealand Act does not mention ‘nationality’, and the 1976 Act does. The reasoning of all members of the New Zealand court was substantially similar, and it can, I think, be sufficiently indicated by quoting the following short passages. The first is from the judgment of Woodhouse J where, after referring to the meaning given by the Oxford English Dictionary vol 1 (A-G) (1972), which I have already quoted, he says (at 538):

‘The distinguishing features of an ethnic group or of the ethnic origins of a group would usually depend upon a combination, present together, of characteristics of the kind indicated in the Supplement. In any case it would be a mistake to regard this or any other dictionary meaning as though it had to be imported word for word into a statutory definition and construed accordingly. However, subject to those qualifications, I think that for the purposes of construing the expression «ethnic origins» the 1972 Supplement is a helpful guide and I accept it’.

Richardson J said (at 542):

‘The real test is whether the individuals or the group regard themselves and are regarded by others in the community as having a particular historical identity in terms of their colour or their racial, national or ethnic origins. That must be based on a belief shared by members of the group’.

And the same judge said (at 543):

‘... a group is identifiable in terms of its ethnic origins if it is a segment of the population distinguished from others by a sufficient combination of shared customs, beliefs, traditions and characteristics derived from a common or presumed common past, even if not drawn from what in biological terms is a common racial stock. It is that combination which gives them an historically determined social identity in their own eyes and in the eyes of those outside the group, they have a distinct social identity based not simply on group cohesion and solidarity but also on their belief as to their historical antecedents’.

My Lords, that last passage sums up in a way on which I could not hope to improve the views which I have been endeavouring to express. It is important that courts in English-speaking countries should, if possible, construe the

words which we are considering in the same way where they occur in the same context, and I am happy to say that I find no difficulty at all in agreeing with the construction favoured by the New Zealand Court of Appeal.

Este último parágrafo é particularmente interessante pelo desejo expressado por Lord Fraser of Tullybelton de que os tribunais dos países de língua inglesa construam os termos jurídicos da mesma maneira sempre que estes ocorram em situações concretas semelhantes. A realidade, porém, é a de que, apesar do diálogo judicial acabado de ilustrar, existem diferenças consideráveis entre as ordens jurídicas dos países que integram o subsistema anglo-saxónico, desde logo, entre o Direito do Reino Unido e o Direito dos Estados Unidos da América.

A análise do subsistema anglo-saxónico é usualmente feita tomando como termos de comparação precisamente as ordens jurídicas destes dois países. Nestas lições, porém, não teremos oportunidade de analisar detidamente o Direito dos Estados Unidos da América, a que faremos apenas referências pontuais. Por razões que se prendem essencialmente com a escassez de tempo, centraremos a análise deste subsistema no Direito inglês, que constitui o “antecedente histórico”¹⁶⁹ de todos os demais sistemas jurídicos estaduais que integram o *common law*.

O *common law* é um Direito original, **profundamente radicado na história** e na tradição dos povos anglo-saxónicos¹⁷⁰. Este Direito comum terá nascido em

¹⁶⁹ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁷⁰ É comum observar que o *common law* não sofreu a influência determinante do Direito Romano, ainda que não poucos autores notem as semelhanças existentes entre o casuismo dos ingleses e o método usado pelos romanos nos tempos do Império. Nesse sentido, cf., por exemplo, MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *Introdução ao Direito*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1998, p. 192; JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 423; DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 251-252. As ilhas britânicas foram colônia do império romano até ao início do século V, mas o Direito Romano nunca se enraizou e foi erradicado pelas invasões dos anglos, saxões e dinamarqueses. Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 76. Quando a recepção do Direito Romano codificado se deu nas universidades inglesas, no século XIII, a possibilidade de aplicar o Direito Romano como Direito subsidiário nos Tribunais Reais foi levantada, mas logo afastada pelos juristas ingleses, muito ciosos do sistema jurídico original que vinha a ser desenvolvido pelos Tribunais.

Inglaterra, no século XI, no contexto de um processo de centralização do poder pelos monarcas. Até aí, o Direito vigente era directo produto dos costumes locais e a sua aplicação cabia a jurisdições senhoriais e locais. Cada localidade resolvia os litígios de forma independente e sem conhecimento do que era feito nas demais localidades. Os direitos dos indivíduos decorriam do seu estatuto pessoal dentro do sistema feudal¹⁷¹. O poder político estava descentralizado, as leis escritas eram escassas e os costumes locais eram a principal fonte de Direito. Não existia, por isso, um Direito comum a toda a Inglaterra.

Em 1066, na sequência da conquista da Inglaterra pelos normandos, na Batalha de Hastings, Guilherme o Conquistador foi coroado Rei de Inglaterra, prometendo, na ocasião, respeitar as leis anglo-saxónicas¹⁷². Apesar de terem conservado a estrutura essencialmente consuetudinária do Direito aplicado às populações, Guilherme e os seus sucessores desenvolveram a competência das suas jurisdições próprias para controlar todo o reino e unificar o Direito¹⁷³. A centralização do poder pelos monarcas gerou conflitos com as autoridades locais, mas os monarcas não prescindiram da sua prerrogativa de estabelecer **Tribunais Reais**, com jurisdição sobre todo o território do reino, atenta a sua qualidade como juízes soberanos e fonte de justiça e a sua responsabilidade pela garantia da paz pública¹⁷⁴. Os Tribunais Reais – *Court of Exchequer* (matéria fiscal), *Court of Common Pleas* (matéria fundiária) e *Court of King's Bench* (matéria penal) – estavam concentrados em Londres, mas os seus juízes percorriam o país a administrar a justiça em nome do Rei. Nos processos judiciais, a determinação da matéria de facto era deixada a júris compostos por membros da população, de modo a facilitar a aceitação da justiça real pelas populações locais¹⁷⁵.

Precisamente para aplacar a ira das autoridades locais, os Tribunais Reais foram criados, no início do século XII, como **tribunais de excepção**, ou seja, tribunais competentes unicamente para dirimir conflitos de interesse directo para a Coroa¹⁷⁶.

¹⁷¹ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 422.

¹⁷² Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 76.

¹⁷³ Cf. MATHIAS SIEMS, *Comparative Law*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁷⁴ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 422.

¹⁷⁵ Cf. MATHIAS SIEMS, *Comparative Law*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁷⁶ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao*

Apesar de não serem tribunais de competência genérica, os Tribunais Reais tiveram um papel decisivo na definição do Direito comum de Inglaterra (*common law of England*), na medida em que, através das suas decisões, criaram as bases para a uniformização do sistema jurídico inglês, ao estabelecerem regras gerais aplicáveis a todo o território¹⁷⁷.

No período formativo do Direito inglês, não existia um órgão legislativo central forte que rivalizasse com os Tribunais Reais na definição do Direito. O Parlamento viria a desenvolver-se mais tarde, a partir do século XIII, e a fazer algumas investidas como *law-maker*, com o que motivou o desagrado dos Tribunais Reais, muito ciosos das suas prerrogativas¹⁷⁸. A lei (*statute*) nunca foi, no entanto, um modo habitual de criar Direito.

O *common law* foi, desde a sua origem, **Direito jurisprudencial**, porque foi criado pelos Tribunais Reais em resposta a problemas concretos e depois adoptado, por força da tradição (*stare decisis*), como modelo de solução (precedente) para casos idênticos a surgir no futuro. Os juizes nos Tribunais Reais não assumiram, no entanto, estar a criar Direito novo, o que pode explicar-se pela necessidade de não hostilizar as autoridades locais a quem tinha sido prometido o respeito pelas respectivas “leis” (ou seja, costumes) e que continuaram por muito tempo a não ver com bons olhos a intromissão dos Tribunais Reais nos assuntos locais. Os juizes dos Tribunais Reais disseram estar apenas a aplicar a *comune ley*¹⁷⁹, o Direito comum de Inglaterra, uma evidente ficção, atenta a circunstância de, como vimos, não existir um Direito comum a toda a Inglaterra antes da intervenção dos Tribunais Reais. Ao definirem as regras que depois usavam como critério para a solução dos casos concretos, os juizes dos Tribunais Reais socorriam-se de múltiplas fontes, desde regras de Direito consuetudinário local, a regras de Direito Romano e de

Direito Comparado, op. cit., pp. 76-77.

¹⁷⁷ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 422.

¹⁷⁸ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, pp. 422 e 424.

¹⁷⁹ Expressão de *law french*, uma língua arcaica baseada no normando antigo e anglo-romano e que foi a língua usada nos tribunais ingleses durante vários séculos. É esta expressão que está na origem da designação *common law*. Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado, op. cit.*, p. 77.

Lições de Direito Comparado

Direito Canónico, e guiavam-se por critérios de razoabilidade e bom senso¹⁸⁰. Uma vez enunciadas como Direito comum de Inglaterra, essas regras não eram já regras de Direito consuetudinário ou de Direito Romano, mas sim regras jurisprudenciais.

Sendo instâncias de excepção, com competência limitada, os Tribunais Reais não substituíram as instâncias jurisdicionais locais – os **tribunais de condado** (*county courts*) –, que continuaram a funcionar por todo o reino e a aplicar Direito consuetudinário local à solução dos litígios¹⁸¹. Os Tribunais Reais coexistiram com os tribunais de condado até ao século XIX, quando estes últimos foram integrados na organização judiciária estadual e passaram a aplicar o *common law*. Para além dos tribunais de condado, existiam, paralelamente aos Tribunais Reais, os tribunais comerciais, compostos por comerciantes e a funcionar ao longo das principais rotas comerciais, que aplicavam Direito internacional do comércio (*law merchant*), e os tribunais eclesiásticos, presentes em Inglaterra desde a conversão ao Cristianismo no século VI, que aplicavam Direito Canónico¹⁸².

À medida que os Tribunais Reais foram desenvolvendo o Direito comum do reino e dirimindo conflitos por recurso a “métodos modernos”, a suspeição inicial foi substituída por apreço e as populações começaram a reivindicar uma maior intervenção dos Tribunais Reais. A confluência de interesses diversos – das populações, numa justiça moderna; da Coroa, num maior controlo das populações; e dos Tribunais Reais, na obtenção de maiores rendimentos – determinou que os Tribunais Reais conhecessem um significativo alargamento das suas competências, ao ponto de já não serem, em bom rigor, tribunais de excepção no início do século XIV, quando a sua sede foi definitivamente fixada em Westminster, Londres¹⁸³.

¹⁸⁰ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., p. 77.

¹⁸¹ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, op. cit., p. 247.

¹⁸² Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., pp. 76-77.

¹⁸³ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., p. 77.

Os Tribunais Reais continuaram, contudo, a não ser tribunais de competência genérica, qualidade que só viriam a adquirir no século XIX. O acesso aos Tribunais Reais não era, de modo algum, aberto a qualquer pessoa que tivesse um problema jurídico para resolver. Para poder submeter um problema jurídico à apreciação dos Tribunais Reais, o interessado tinha de obter previamente, junto do Chanceler (*Chancellor of the Royal Court*), um *writ*, ou seja, um documento escrito, emitido em nome do Rei e dirigido à autoridade policial do condado (*sheriff*), contendo uma breve descrição da matéria controvertida e ordenando a comparência do demandado perante um Tribunal Real¹⁸⁴.

Para termos uma ideia do aspecto que um tal documento poderia assumir, considere-se o seguinte exemplo, datado de 1671:

“Writ issued by ‘Hno Vaughan’ ordering ‘Sr Henry Carew, Knt & Samuell S.hill esq. or one of them to cal before him Gilbert Mortimore of the parish of Silferton [Silverton] and to examine the complaint made against him the said Mortimore by Katherine Maunder for not paying her fower and twenty shillings for wages”¹⁸⁵.

Dada a correspondência entre os *writs* e os meios processuais disponíveis nos Tribunais Reais (*forms of action*), o *writ* certificava a existência de uma acção apropriada à pretensão do interessado, pelo que quem obtivesse um *writ* tinha fortes probabilidades de ver satisfeita a sua pretensão. Pela inversa, se não houvesse um *writ* correspondente à pretensão do interessado, este não poderia obter tutela jurisdicional junto dos Tribunais Reais. A falta de *writ* determinava a ausência de direitos – “no writ, no right” –, um primado do processo sobre o Direito substantivo que continua a ser uma característica distintiva do *common law* inglês, onde o conceito de direito subjectivo tem pouca relevância¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁸⁵ Obtido na biblioteca da Harvard University Law School, Historical and Special Collections, e disponível em <http://beta.worldcat.org/archivegrid/collection/data/237397057> [23.03.2015].

¹⁸⁶ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 248-251.

Lições de Direito Comparado

Os *writs* e as correspondentes *forms of action* estavam tipificados, existindo entre 50 e 70 tipos diferentes, destinados a cobrir diferentes tipos de problemas jurídicos¹⁸⁷. Fora dos problemas cobertos pelos *writs/forms of action*, o *common law* não era aplicável e os Tribunais Reais não podiam intervir. Restava aos interessados o recurso aos tribunais de condado, que resolveriam o litígio por aplicação de Direito consuetudinário.

Esta situação acabou por gerar descontentamento e, a partir do século XIV, começaram a suceder-se os pedidos dirigidos directamente ao Rei, enquanto juiz soberano, para que este reparasse as injustiças decorrentes da recusa da concessão de *writs* através do estabelecimento de novas formas processuais e da disponibilização de remédios para situações particularmente graves¹⁸⁸. O Rei delegou esta função no Chanceler, que, sendo um homem da Igreja, começou por resolver os casos que lhe eram apresentados invocando a equidade e seguindo o modelo processual dos tribunais eclesiásticos, ou seja, um processo escrito, inquisitório e secreto, sem intervenção do júri¹⁸⁹.

A importância assumida pela intervenção do Chanceler levou à criação, nos finais do século XV, de um novo Tribunal Real – *Court of Chancery* –, no mesmo grau de jurisdição dos três já existentes, mas diferente destes pela forma do processo e pela natureza das decisões. Para aceder a este Tribunal Real era também necessário obter um *writ*, mas aqui não existia uma tipologia fechada de *writs*, antes um *writ* único, comum a todos os tipos de problemas jurídicos, o *writ of subpoena*¹⁹⁰. Como referido, as decisões do Chanceler começaram por ser fundamentadas na equidade e é isso que explica a designação atribuída às regras jurídicas contidas nas decisões do Tribunal da Chancelaria – *equity*. Com o tempo, as decisões do Tribunal da Chancelaria deixaram de fundar-se directamente na equidade para passarem a retirar o seu fundamento das regras jurídicas contidas em decisões anteriores sobre casos semelhantes, por aplicação do princípio *stare decisis*, que

¹⁸⁷ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸⁸ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 422.

¹⁸⁹ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, pp. 78-79.

¹⁹⁰ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 79.

já havia dado estabilidade e coerência ao *common law*. A *equity* é também Direito jurisprudencial.

A *equity* desenvolveu-se em termos não muito diferentes do *common law* e passou a constituir um sistema jurídico paralelo a este. Quem quisesse obter tutela judicial para uma dada pretensão deveria dirigir-se primeiro aos três Tribunais Reais iniciais – *Court of Exchequer*, *Court of Common Pleas* e *Court of King's Bench* – e só se lhe fosse negado o necessário *writ* é que poderia socorrer-se do *Court of Chancery*¹⁹¹. Em princípio, não deveria haver sobreposição entre as regras de *common law* e as regras de *equity*, uma vez que a *equity* regulava matérias que estavam fora da jurisdição dos três primeiros Tribunais Reais e, por isso, não cobertas pelo *common law* que estes criavam, mas acabaram por surgir conflitos entre os dois sistemas devido sobretudo a disposições contraditórias em matéria de *trust*¹⁹². O Rei Jaime I foi chamado a intervir e determinou o reconhecimento das regras de *equity*, que passaram a ser aceites como um sistema complementar do *common law*¹⁹³ e a primar sobre este em caso de conflito¹⁹⁴. Até ao século XIX, o Tribunal da Chancelaria deteve o monopólio da aplicação da *equity*, mas com a reforma judiciária empreendida no século XIX todos os tribunais ingleses passaram a ser competentes para aplicar estas regras juntamente com o *common law*¹⁹⁵.

As reformas judiciárias do século XIX – levadas a cabo por sucessivos *Judicature Acts* – marcam o início do que a doutrina designa por período moderno do Direito

¹⁹¹ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 254.

¹⁹² A regulação do *trust* foi um dos domínios onde a *equity* mais inovou. O *trust* – que consiste num acto jurídico pelo qual uma pessoa (*settlor*) coloca certos bens sob o controlo de outra pessoa (*trustee*), que fica obrigada a administrá-los em benefício de um terceiro ou do próprio instituidor (*beneficiary*) – já era regulado pelo *common law*, mas as regras de *common law* protegiam apenas a posição do *trustee*, que era considerado proprietário pleno dos bens. Foi através da *equity* que passaram a ser tomados em consideração os interesses do *beneficiary*, nomeadamente o de responsabilizar o *trustee* em caso de má administração. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 252-253. Ainda hoje se diz que o *trust* tem subjacentes dois interesses diferentes: o interesse jurídico (*legal*) do *trustee* e o interesse “equitativo” (*equitable*) do *beneficiary*. Cf. STEVEN H. GIFIS, *Law Dictionary*, 5.ª ed., Nova Iorque, Barron's, 2003, p. 532.

¹⁹³ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁹⁴ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 251.

¹⁹⁵ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 254; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 80.

Lições de Direito Comparado

inglês, que dura até aos nossos dias. As principais inovações então introduzidas consistiram, por um lado, na reorganização dos Tribunais Reais (através da instituição de graus de recurso¹⁹⁶ e da incorporação dos tribunais de condado na estrutura judicial comum) e, por outro lado, na abolição da tipologia fechada de *writs* e *forms of action*, que foram substituídos por um único *writ* (o *writ of summons*). Uma e outra inovações contribuíram em grande medida para o alargamento do direito dos indivíduos de acesso à justiça e aos tribunais, na medida em que se tornou possível obter tutela judicial para qualquer pretensão jurídica e em que se tornou possível o recurso contra decisões judiciais desfavoráveis¹⁹⁷.

O período moderno do Direito inglês é também caracterizado por um aumento substancial da **produção legislativa**, sobretudo na segunda metade do século XX, o que é usualmente explicado pelas reformas empreendidas, no pós-guerra, em desenvolvimento de políticas de *welfare* (habitação social, subsídios, etc.), e pela adesão do Reino Unido às Comunidades Europeias, em 1972¹⁹⁸, atenta, desde logo, a circunstância de a transposição das Directivas Comunitárias só poder fazer-se através de uma lei do Parlamento.

Este aumento da produção legislativa não altera porém o peso relativo da jurisprudência (*case law*) e da lei (*statute*) como **fontes de Direito** no subsistema anglo-saxónico em geral e no *common law* inglês em particular. A jurisprudência continua a ser o modo normal de criação de normas jurídicas, ainda que a lei seja a fonte hierarquicamente superior e que, por isso, em caso de contradição entre um precedente jurisprudencial e uma norma legal, esta última prevaleça. A par da jurisprudência e da lei, são igualmente reconhecidas como fontes de Direito, mas com carácter de fontes subsidiárias, o costume (*custom*) e a doutrina (*doctrine*)¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Os quatro Tribunais Reais até então existentes foram convertidos em secções do novo *High Court of Justice – Queen’s Bench Division, Common Pleas Division, Exchequer Division, Chancery Division* –, somando-se-lhes uma secção resultante da fusão dos tribunais eclesiásticos e marítimo – *Probate, Divorce and Admiralty Division*. Acima do *High Court of Justice* passaram a existir dois tribunais de recurso: o *Court of Appeal* (que, com o *High Court of Justice*, integra o *Supreme Court of Judicature*) e o *Appellate Committee* da *House of Lords*, que, até Outubro de 2009, funcionou como instância judicial máxima do Reino Unido. Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., p. 80.

¹⁹⁷ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, op. cit., p. 247.

¹⁹⁸ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, op. cit., p. 247.

¹⁹⁹ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao*

Para compreender o peso da **jurisprudência** como fonte de Direito no *common law*, vale a pena recordar que este sistema jurídico nasceu da actuação dos Tribunais Reais. As decisões dos Tribunais Reais não se limitavam a definir o Direito aplicável à resolução do litígio *sub judice* – como acontece com as decisões dos tribunais dos países integrados no subsistema romano-germânico –, mas fixavam simultaneamente o Direito a aplicar à resolução de litígios futuros do mesmo tipo, tornando-se, desse modo, parte do Direito geral ou comum²⁰⁰. O *common law* desenvolveu-se como sistema jurídico à medida que os Tribunais Reais foram decidindo novos casos e definindo novas regras jurídicas. Sempre que surgisse um problema jurídico novo, cabia ao juiz declarar a regra aplicável à sua solução. As decisões judiciais eram simultaneamente fonte e prova do Direito ao enunciá-lo para o aplicar a casos concretos²⁰¹.

O que deu continuidade e estabilidade ao sistema foi o princípio *stare decisis*, que significa “to stand by that which was decided”²⁰² e que se traduziu na tendência para decidir os casos *sub judice* por recurso ao critério jurídico aplicado a casos anteriores semelhantes. Se um dado problema jurídico já tivesse sido objecto de uma decisão judicial anterior, o juiz era obrigado a seguir o precedente fixado por essa decisão e a usar o mesmo critério decisório à solução do caso *sub judice*. Com a reforma judiciária do século XIX – que criou uma hierarquia de tribunais e generalizou a aplicação do *common law* –, tornou-se possível desenvolver de forma clara as regras relativas à aplicação do precedente vinculativo (*doctrine of binding precedent*)²⁰³.

No essencial, a **doutrina do precedente vinculativo** faz depender a força vinculativa dos precedentes da natureza do tribunal que profere a decisão e da relação hierárquica desse tribunal com outros tribunais que venham a pronunciar-se sobre casos semelhantes no futuro, de modo a que, quanto mais alto for o tribunal, maior será a força vinculativa do precedente fixado pelas suas decisões.

Direito Comparado, op. cit., p. 87.

²⁰⁰ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 424.

²⁰¹ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 425.

²⁰² Cf. STEVEN H. GIFIS, *Law Dictionary, op. cit.*, p. 490.

²⁰³ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado, op. cit.*, p. 88.

Lições de Direito Comparado

A compreensão dos termos em que está definida a doutrina do precedente vinculativo exige que façamos uma breve apresentação da actual **organização judiciária inglesa**. É comum observar que esta se assemelha a um T invertido, na medida em que a base é composta por um elevado número de tribunais inferiores, geograficamente dispersos, e a haste é composta por quatro tribunais superiores, organizados em três níveis hierárquicos e sediados em Londres, ainda que tenham jurisdição sobre todo o território²⁰⁴. Recentemente, na sequência do *Constitutional Reform Act 2005* e do *Courts and Enforcement Act 2007*, a organização judiciária foi alargada pela incorporação de dois níveis de tribunais administrativos (*tribunals*)²⁰⁵, mas, para a compreensão da doutrina do precedente vinculativo, não necessitamos de cuidar destes novos tribunais.

Os **tribunais inferiores** são os tribunais de condado (*county courts*), competentes para decidir litígios de natureza civil de menor valor, e os *magistrates' courts*, que têm competência para julgar pequenos delitos, cobrar dívidas e decidir algumas questões de Direito da Família (como a regulação do poder paternal e a prestação de alimentos). As decisões proferidas por estes tribunais não fixam precedente vinculativo. Podem, quando muito, ter valor de precedente persuasivo para outros tribunais do mesmo nível hierárquico²⁰⁶.

Os **tribunais superiores** são, por ordem crescente, o *High Court of Justice* e o *Crown Court* (na base da hierarquia dos tribunais superiores), o Tribunal de Recurso (*Court of Appeal*) e o Supremo Tribunal do Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*).

O *High Court of Justice* é o directo herdeiro dos antigos Tribunais Reais, que, aquando das reformas judiciárias do século XIX, foram agrupados num único Tribunal como secções especializadas²⁰⁷. Actualmente, o *High Court of Justice*

²⁰⁴ Vale a pena referir, no entanto, que os tribunais superiores de base – o *High Court of Justice* e o *Crown Court* –, apesar de serem unos, funcionam de forma descentralizada, com delegações em vários pontos do país e juizes “itinerantes” (*circuit judges*). Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., pp. 82-84.

²⁰⁵ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., p. 82.

²⁰⁶ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., pp. 84 e 90.

²⁰⁷ Cf., *supra*, nota 196.

é integrado por três secções – a secção da chancelaria (*Chancery Division*), que decide em matéria de *trust* e Direito das sociedades, sobretudo; a secção de Direito da Família (*Family Division*); e a secção “do banco da Rainha”, que decide principalmente em matéria de responsabilidade civil contratual e extra-contratual (*Queen’s Bench Division*)²⁰⁸. Apesar de ter incorporado o antigo *Court of King’s Bench*, que tinha competência em matéria penal, o *High Court of Justice* é hoje um tribunal cível, tendo a designação *King/Queen’s Bench* perdurado apenas por força da tradição. A competência em matéria penal passou, na década de 1970, para um novo tribunal então criado, o *Crown Court*, de que falaremos a seguir. O *High Court of Justice* pode decidir os litígios em 1.ª instância ou em recurso de decisões dos tribunais inferiores²⁰⁹, dependendo do valor da causa. Quando decida em 1.ª instância, o precedente fixado pelas suas decisões só vincula os tribunais inferiores (*county courts* e *magistrates’ courts*). Quando decida em recurso, o precedente fixado pelas suas decisões vincula os tribunais inferiores, mas também o próprio *High Court*²¹⁰.

O *Crown Court* tem competência em matéria penal e, à semelhança do que se passa com o *High Court of Justice*, decide em 1.ª instância ou em recurso das decisões dos *magistrates’ courts* em matéria penal, consoante a gravidade dos crimes levados a julgamento. Quer o *Crown Court* decida em 1.ª instância ou em recurso, as suas decisões só muito raramente fixam precedente vinculativo para os tribunais inferiores e para o próprio *Crown Court*²¹¹.

O Tribunal de Recurso (*Court of Appeal*) está organizado em duas secções com competências distintas – a *Civil Division*, para matéria civil, e a *Criminal Division*, para matéria penal. A secção cível do *Court of Appeal* aprecia recursos contra decisões dos tribunais de condado e do *High Court of Justice*. A secção crime do *Court of Appeal* aprecia recursos contra decisões condenatórias proferidas

²⁰⁸ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., p. 83.

²⁰⁹ Tanto dos tribunais de condado como dos *magistrates’ courts*, uma vez que estes últimos têm competência em matérias de Direito da Família.

²¹⁰ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., pp. 83 e 90.

²¹¹ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., pp. 83-84 e 90.

Lições de Direito Comparado

pelo *Crown Court*²¹². As decisões proferidas pela secção cível fixam precedente vinculativo para os tribunais inferiores ao *Court of Appeal* e para o próprio *Court of Appeal*, ao passo que as decisões proferidas pela secção crime apenas fixam precedente vinculativo para os tribunais inferiores ao *Court of Appeal*²¹³.

O Supremo Tribunal do Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*) foi instituído em 2009, na sequência da reforma operada pelo *Constitutional Reform Act 2005*, tendo vindo substituir o *Appellate Committee* da *House of Lords*, que até então funcionara como instância judicial máxima do Reino Unido. O Supremo é a última instância de recurso para as decisões proferidas em matéria cível pelos tribunais superiores de todo o Reino Unido (incluindo os tribunais escoceses) e a última instância de recurso para as decisões proferidas em matéria penal pelos tribunais superiores de Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte²¹⁴. As decisões proferidas pelo Supremo fixam precedente vinculativo para todos os demais tribunais, mas não vinculam o próprio Supremo²¹⁵.

Explicada a relevância atribuída ao nível hierárquico dos tribunais no quadro da doutrina do precedente vinculativo, importa acrescentar que: *a)* basta uma decisão para fixar um precedente vinculativo, não sendo necessária uma prática judicial reiterada (o *common law* não é costume jurisprudencial); *b)* não há qualquer limite temporal para a vigência de um precedente, pelo que, em teoria, nada obsta à invocação nos dias de hoje de um precedente fixado por um dos Tribunais Reais na Idade Média; e *c)* só constituem precedente vinculativo os critérios decisórios das decisões publicadas²¹⁶.

Quanto ao que seja exactamente o *precedente vinculativo* fixado pelas decisões judiciais é matéria de interpretação. As decisões judiciais dos tribunais ingleses – e o mesmo vale para os demais países que integram o subsistema anglo-saxónico

²¹² Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 84.

²¹³ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 90.

²¹⁴ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 82.

²¹⁵ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 90.

²¹⁶ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, pp. 91-92.

– são, por norma, muito extensas e argumentativas, pelo que nem sempre é fácil descortinar no meio do texto os critérios jurídicos decisivos para a solução do caso, ou seja, a *ratio decidendi*. As dificuldades interpretativas avolumam-se, de resto, quando consideramos os acórdãos do Supremo Tribunal do Reino Unido, que não apresentam a decisão do Tribunal, mas sim os votos individuais (*opinions*) de cada um dos (cinco) juízes, cabendo ao leitor decifrar o sentido da decisão através da leitura conjugada das várias *opinions*²¹⁷.

A identificação da *ratio decidendi* das decisões judiciais é fundamental, porque só a *ratio decidendi* é que constitui a regra de Direito de aplicação obrigatória para casos futuros semelhantes, ou seja, o precedente vinculativo. Esta delimitação do alcance da decisão anterior sobre casos semelhantes é explicada por Joseph Dainow como produto da vontade dos juízes ingleses de protegerem as suas prerrogativas enquanto aplicadores e criadores de Direito. Existindo uma decisão anterior sobre factos semelhantes, os juízes estavam obrigados a decidir o caso *sub judice* do mesmo modo, mas, quanto mais limitada fosse a sua vinculação à decisão anterior, maior era a sua liberdade para apreciar o caso presente. Assim sendo, ao interpretarem as decisões anteriores sobre factos semelhantes aos factos *sub judice*, os juízes procuravam distinguir o critério decisivo que estava na base da decisão anterior (*ratio decidendi*) de outras considerações tecidas pelo tribunal a propósito do problema, mas não essenciais para a sua solução (*obiter dicta*)²¹⁸, porque apenas estariam obrigados a seguir o primeiro, não as segundas²¹⁹.

Idênticas preocupações explicam, ainda segundo Joseph Dainow, o desenvolvimento de uma técnica de que os juízes frequentemente lançam mão para afastar a aplicação de um precedente vinculativo que consideram inadequado – a técnica das distinções (*distinguishing*). Atento o que vem de

²¹⁷ Quanto a este ponto, as pronúncias do seu congénere norte-americano – o *United States Federal Supreme Court* – são mais fáceis para o leitor, na medida em que apresentam a decisão do Tribunal, redigida por um juiz-relator, eventualmente seguida de declarações de voto de sentido concordante (*concurring opinions*) ou discordante (*dissenting opinions*).

²¹⁸ *Obiter dicta* são, por exemplo, as considerações tecidas, no acórdão *Mandla v. Dowell Lee*, por Lord Fraser of Tullybelton, de que seria bom que os tribunais dos países de língua inglesa construísem os termos jurídicos da mesma maneira sempre que estes ocorressem em situações concretas semelhantes. Cf. *supra* p. 98.

²¹⁹ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 425.

ser dito sobre a doutrina do precedente vinculativo, não surpreenderá que o primeiro passo metodológico de qualquer juiz ao apreciar um caso concreto seja analisar os factos do caso *sub judice* e procurar, nas colectâneas de jurisprudência, decisões sobre casos anteriores que tenham tido por objecto factos semelhantes. Neste exercício de **comparação entre factos** (os factos *sub judice* e os factos objecto de decisão anterior), o juiz encontrará inevitavelmente diferenças, ainda que os casos pareçam semelhantes, porque dificilmente existirão dois casos concretos exactamente iguais. Caberá ao juiz decidir se as diferenças encontradas são ou não relevantes, com a seguinte consequência: se as diferenças forem irrelevantes, o precedente fixado pela decisão anterior é obrigatoriamente aplicado à solução do caso *sub judice*; se as diferenças forem relevantes, o precedente fixado pela decisão anterior não é aplicável ao caso *sub judice* e o juiz está “livre” para definir o Direito naquela situação, dando origem – caso se trate de um juiz de um tribunal superior – a um novo precedente. Os juízes têm, por isso, interesse em sublinhar as diferenças em detrimento das semelhanças, sempre que entendam que a aplicação da regra fixada pela decisão anterior não é a mais justa ou adequada²²⁰. Esta técnica não é verdadeiramente subversiva, porque, em termos formais, o precedente não é desrespeitado. Segundo Dainow, esta técnica tem a vantagem de flexibilizar o sistema e permitir a sua adaptação a novas situações²²¹.

O *distinguishing* não é a única forma de um tribunal afastar um precedente considerado inadequado. Se se tratar de um tribunal hierarquicamente superior ao tribunal que proferiu a decisão anterior de onde emana o precedente, o juiz pode anular o precedente fixado por essa decisão (**overruling**) e substituí-lo por um novo de sentido diferente. Assim, o *Court of Appeal* pode anular precedentes fixados por decisões do *High Court of Justice* e o Supremo Tribunal pode anular precedentes fixados pelo *High Court of Justice* e pelo *Court of Appeal*. Como referimos, o Supremo Tribunal pode igualmente anular os precedentes fixados pelas suas próprias decisões, uma prerrogativa que serve como “válvula de escape” para o sistema, ao permitir que este se adapte aos novos tempos, e que tem sido usada com parcimónia pelo Supremo, o que se compreende por razões de segurança jurídica²²².

²²⁰ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 425.

²²¹ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 425.

²²² Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao*

Sempre que concluem pela inexistência de precedente vinculativo aplicável à solução do caso *sub judice*, os juízes definem o Direito a aplicar ao caso, beneficiando para isso de uma ampla margem de liberdade, ainda que tenham de ter em consideração o “espírito do sistema”. Na fundamentação da decisão dos *leading cases*, os juízes podem invocar princípios jurídicos gerais, recorrer a considerações de razoabilidade ou afirmar simplesmente que essa é a solução “segundo o Direito inglês”²²³.

Por tudo o que fica dito, compreende-se que a discussão da matéria de Direito nos tribunais anglo-saxónicos se centre na identificação das decisões anteriores que tenham tido por objecto factos semelhantes aos factos *sub judice* e na determinação da *ratio decidendi* das decisões anteriores consideradas relevantes ao cabo daquele primeiro exercício. De modo não muito diverso do que se passa nos tribunais do subsistema romano-germânico, a solução de cada caso concreto envolve a aplicação de múltiplas regras jurídicas, o que implica, nos tribunais do *common law*, a invocação de múltiplas decisões anteriores. Ainda que possam pontualmente invocar preceitos legais, os advogados e os juízes do subsistema anglo-saxónico invocam sobretudo decisões judiciais anteriores como fundamento das suas alegações ou decisões.

A ilustrar o que fica dito, reproduzimos, em forma substancialmente editada, o acórdão *In the Matter of K (A child) (Northern Ireland)*, do Supremo Tribunal do Reino Unido, proferido em 15 de Maio de 2014, que tem, entre outros motivos de interesse, o facto de demonstrar, mais uma vez, a necessidade prática de conhecer Direito estrangeiro (Direito da Lituânia, do Canadá, da Irlanda, da Austrália e da Nova Zelândia), logo, a utilidade do Direito Comparado.

Em causa estava a remoção de uma criança da Lituânia, onde esta vivia com os avós maternos, para a Irlanda, onde a criança passou a viver com a mãe e com o novo namorado desta. Os avós maternos haviam exigido, perante os tribunais da Irlanda do Norte, que a criança lhes fosse restituída, ao abrigo das disposições da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças,

Direito Comparado, op. cit., p. 92.

²²³ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado, op. cit.*, p. 93.

Lições de Direito Comparado

mas os tribunais da Irlanda do Norte consideraram que não tinha havido uma remoção ilícita, pelo facto de ter sido a mãe da criança a levá-la da Lituânia para a Irlanda do Norte.

O Supremo Tribunal do Reino Unido entendeu, por seu turno, que a remoção da criança tinha sido ilícita, porque em violação dos direitos de guarda detidos pelos avós. Invocando a jurisprudência anterior dos tribunais ingleses em matéria de direitos informais de guarda (*inchoate rights of custody*), o Supremo definiu a regra para determinar, no caso concreto e em casos futuros semelhantes, se uma pessoa tem ou não direitos informais de guarda sobre uma criança, para efeitos da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças e do Regulamento da Comunidade Europeia “Bruxelas II” que completa a Convenção. A regra está definida no § 59 do voto (*opinion*) de Lady Hale e constitui a *ratio decidendi* da decisão.

SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM²²⁴

In the Matter of K (A child) (Northern Ireland)

[2014] UKSC 29

LADY HALE (with whom Lord Kerr, Lord Clarke and Lord Hughes agree)

...

The facts

4. We are concerned with a little boy whom I shall call Karl. He was born in Lithuania on 13 March 2005 and so is now nine years old. His father and mother separated before he was born and his father has played no part in his life. From the time of his birth until his removal from Lithuania in March 2012 he lived with and was cared for by his maternal grandparents.

7. On 12 March 2012, as the grandmother was walking Karl home from school, the mother and her partner drew up beside them in a van and there was a tug of war which resulted in Karl being removed from his grandmother and taken away in the van. Again, there is a dispute of fact. The grandmother

²²⁴ O texto integral do acórdão está disponível em https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2014_0093_Judgment.pdf [24.03.2015].

says that she heard the mother shouting ‘pull him, pull him’, a man jumped out of the van and grabbed the child. [The] mother says that her partner was driving the van and it was she who had the tug of war to remove Karl from his grandmother’s grip. Either way, it was a shocking episode of which any mother should be deeply ashamed.

The legal position in Lithuania

11. These proceedings are unusual in that we have no formal evidence as to the legal position of the grandparents in Lithuanian law. The central authority in Lithuania has not supplied the central authority in Northern Ireland with a certificate or affidavit, such as is contemplated by article 8(f) of the Convention, concerning the relevant Lithuanian law. There has been no contact through liaison judges. The mother’s legal advisers did attempt to obtain evidence of Lithuanian law but this could not be obtained within the tight time-table for child abduction cases. [We] shall have to do the best we can with the limited material at our disposal.

...

These proceedings

17. [The] originating summons issued by the grandparents in the High Court in Northern Ireland sought a declaration that Karl was being wrongfully retained in Northern Ireland in breach of their rights of custody and an order that he be returned forthwith. No doubt by that time the grandparents had been advised by their lawyers that there was case law in the Court of Appeal and High Court in England and Wales indicating that those courts would regard them as having rights of custody for purposes of the Hague Convention and that there was (at least) a realistic possibility that the High Court in Northern Ireland would take the same view.

18. As it turned out, Maguire J in the High Court declined to follow the English case law, on the ground that it was inconsistent with two House of Lords decisions on the Convention and with one decision in the Court of Justice of the European Union on the Regulation. The Lord Chief Justice, Higgins and Coghlin LJJ in the Northern Ireland Court of Appeal took the same view: [2014] NICA 15. Therefore, in the interests of consistency within the United Kingdom, if nowhere else, it is necessary for this court to resolve the matter.

The English cases on ‘inchoate rights’

23. The line of cases begins with the majority decision of the Court of Appeal in *Re B (A Minor)(Abduction)* [1994] 2 FLR 249. The child’s parents were not married to one another and by the law of Western Australia where they lived an unmarried father enjoyed no parental rights by operation of law. Nevertheless he had become the child’s primary carer when the mother moved back to Britain, leaving the child in the shared care of the father and her mother. The father agreed to the grandmother bringing the child to Britain for a holiday but only on terms to be embodied in a consent order giving the parents joint guardianship and him sole custody. This was agreed by the mother and eventually approved by the Australian court but only after the mother had begun wardship proceedings in Wales.

Waite LJ held that the term ‘rights of custody’ was ‘capable of being applied in a Convention context to describe the inchoate rights of those who are carrying out duties and enjoying privileges of a custodial or parental character which, though not yet formally recognised or granted by law, a court would nevertheless be likely to uphold in the interests of the child concerned’ (p 261B). In this case the father’s status was one which ‘any court... would be bound to uphold; at least to the point of refusing to allow it to be disturbed – abruptly or without due opportunity of a consideration of the claims of the child’s welfare – merely at the dictate of a sudden reassertion by the mother of her official rights’.

Staughton LJ agreed with Waite LJ but he also accepted evidence that under the law of Western Australia parents could make valid agreements as to the custody or guardianship of their children which would be binding without a court order. Peter Gibson LJ dissented on the ground that ‘rights’ must mean more than de facto rights. The agreement between father and mother did not confer rights of custody when the child left Australia and (under the authority of *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] 2 AC 562) a young child in the sole lawful custody of his mother had the same habitual residence as she did, which was now in Wales.

24. *Re B* was an incoming case, where England and Wales was the requested state. The concept of ‘inchoate rights of custody’ has been deployed in several later cases, both incoming and outgoing, in the High Court of England and Wales where, of course, the decision in *Re B* is binding. In *Re O (Child Abduction: Custody Rights)* [1997] 2 FLR 702, another incoming case, the facts were not unlike those of the present case. A German mother had left her

German daughter in the care of the maternal grandparents in Germany. They had taken sole responsibility for the child for over a year and had started custody proceedings in the German court. But before these could be heard the mother kept the child, who was staying with her for the weekend, and brought her to England. The grandmother obtained a provisional custody order in Germany and orders from the High Court in England, under both the Convention and the inherent jurisdiction of the High Court, for the immediate return of the child. Cazalet J thought the non-exhaustive wording 'may arise' in article 3 of the Convention was important. He asked himself whether the mother could properly be said to have agreed to the child making her home with the grandmother or whether 'some situation arose whereby the grandparents were carrying out duties and enjoying the privileges of a custodial or parental character which the court would be likely to uphold in the interests of the child concerned'. While he had some doubts about whether there was any such agreement he had no doubt that the grandparents had 'joint custodial rights within the provisions of Waite LJ's definition'. *Re G (Abduction: Rights of Custody)* [2002] 2 FLR 703 was an outgoing High Court case in which Sumner J declared that the paternal grandmother in whose care the child had been left by the mother had rights of custody as defined in *Re B*, so that it was in breach of those rights for the mother to retain the child (and take her to South Africa) during an agreed holiday in this country.

28. Reunite, to whom this court is most grateful for their erudite and dispassionate intervention, has drawn our attention to the treatment of the concept of 'inchoate rights' in other states parties to the Hague Convention. In summary, the concept has received enthusiastic support in New Zealand: in the family court in *Anderson v Paterson* [2002] NZFLR 641; in the High Court on appeal from the family court in *M v H [Custody]* [2006] NZFLR 623; and by Baragwanath J in the Court of Appeal in *Fairfax v Ireton* [2009] 3 NZLR 289. These were all cases of unmarried fathers who did not have guardianship rights under New Zealand law, but were enjoying regular contact with their children by agreement with the mother, so the question of inchoate rights was combined with the question of rights acquired by 'an agreement having legal effect'.

33. The diligence of Reunite, and indeed the other parties, has not unearthed any helpful United States authority on this issue, or indeed any authority from a non-common law country. The upshot is that England and Wales have embraced the concept of inchoate rights both for incoming (requested) and outgoing (requesting) abduction cases. New Zealand has recognised it

for outgoing (requesting) cases. Canada has recognised it for an incoming (requested) case from England and Wales, thus as part of our law but not necessarily theirs. Australia has recognised it for an incoming (requested) case from the USA but failed even to consider it in an incoming (requested) case from New Zealand. Ireland has expressly refused to recognise it in an incoming (requested) case from the United States.

Discussion

52. We are looking for ‘the existence of a right of custody which gives legal content’ to the situation which was modified by the abduction. The [question], therefore, is where are we looking for this right? Some terms and provisions in an international treaty have an autonomous meaning, a meaning independent of that which they would be given in the domestic laws of any of the states parties. Those terms are meant to be interpreted and applied consistently among all the states parties. Where, as with the Convention, there is no supra-national body responsible for its interpretation, the task falls to the national court. But, as Lord Steyn explained in *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Adan* [2001] 2 AC 477, 517, ‘in doing so, it must search, untrammelled by notions of its national legal culture, for the true, autonomous and international meaning of the treaty. And there can be only one true meaning’.

57. Once again, the courts of England and Wales, in their enthusiasm to support the object and purposes of the Convention, have pushed at the boundaries. However they have done so for many years now, albeit in a very narrow category of cases, without apparent objection from the rest of the Hague community. One reason may be that, [although] there must be some legal content to the factual situation disrupted by the abduction, the listed sources of that legal content were not intended to be exhaustive, thus ‘favouring a flexible interpretation of the terms used, which allows the greatest possible number of cases to be brought into consideration’. Another reason may be that the English approach is entirely consistent with the two fundamental purposes of the Convention, to protect children from the harmful effects of international abduction and to secure that disputes about their future are determined in the state where they were habitually resident before the abduction.

59. How then may the people who possess that strictly limited category of [inchoate] rights be defined, consistently with the principles and purposes of the Convention and the Regulation? In my view the ‘continuum’ as described

in *Re B* is imprecise. It risks disrupting the important distinctions drawn in the Convention between rights of custody and rights of access and between those who do and those who do not have something which can plausibly be termed a right. I would define such people thus. (a) They must be undertaking the responsibilities, and thus enjoying the concomitant rights and powers, entailed in the primary care of the child. Thus, for example, our law recognises the obvious truth that people who are actually looking after a child, even if they do not have parental responsibility, may ‘do what is reasonable in all the circumstances of the case for the purpose of safeguarding and promoting the child’s welfare’ (Children Act 1989, s 3(5)). (b) They must not be sharing those responsibilities with the person or persons having a legally recognised right to determine where the child shall live and how he shall be brought up. They would not then have the rights normally associated with looking after the child. (c) That person or persons must have either abandoned the child or delegated his primary care to them. (d) There must be some form of legal or official recognition of their position in the country of habitual residence. This is to distinguish those whose care of the child is lawful from those whose care is not lawful. Examples might be the payment of state child-related benefits or parental maintenance for the child. And (e) there must be every reason to believe that, were they to seek the protection of the courts of that country, the status quo would be preserved for the time being, so that the long term future of the child could be determined in those courts in accordance with his best interests, and not by the pre-emptive strike of abduction.

60. Those requirements are consistent with the twin purposes of the Convention. First, they protect the child from the harmful effects of international child abduction by recognising that he should not be peremptorily removed from their care. Second, they enable the courts of the child’s habitual residence to determine where his long term future should lie. It is possible to analyse them in terms of ‘an agreement having legal effect’, but only if the unilateral (and usually clandestine) decision of the abducting parent is not seen as effective to revoke that agreement.

Applying the principle to the facts

61. How then does such a concept apply in this case? The grandparents had for many years undertaken the responsibilities entailed in the primary care of the child. They had exercised all the decision-making rights and powers associated with that. Until days before the abduction they had done so with the benefit of some specific authorisations granted by the mother. The mother had undoubtedly delegated the care of her son to them. For most of that period

the grandmother's status had been officially recognised. Had it not been for what appears to have been the automatic cancellation of that status on the mother's notification of her return, there would have been no problem at all in ascribing rights of custody to the grandmother. There would have been no need to involve any concept of inchoate rights. But it seems to me that her position did still have some legal content after that order was revoked. The Children's Rights Division, which appears to have been the competent authority for this purpose, was monitoring and controlling the situation of the child. An order was agreed on 22 February and confirmed on 27 February that the mother should have weekly contact with the child. Obviously this was on the basis that it was in the best interests of the child to remain living with his grandparents for the time being. The question for the authorities was whether, given the child's fragile psychological condition, it was in his best interests to be reintroduced to his mother. It can also be concluded from the legal advice which the mother was given that had either she or the grandmother taken legal proceedings the status quo would have been preserved while these were resolved.

62. I conclude, therefore, that the grandmother's status did constitute 'rights of custody' in relation to Karl on the day when he was removed for the purpose of the Convention and the Regulation. Her status had legal content derived from the decisions taken by the competent authorities in the light of the mother's previous delegation of primary care to her. It had not been deprived of all content by the mother's notice to the authorities (which may or may not have been communicated to the grandmother). Thus to take him out of the country without her consent was in breach of those rights and wrongful in terms both of the Convention and the Regulation.

Conclusion

63. It follows that the appeal must be allowed. It also follows that this court is obliged, pursuant to article 12 of the Convention and article 11 of the Regulation, to order that the child be returned to Lithuania forthwith.

64. This is not, however, the result for which the Official Solicitor contends on behalf of the child. While strongly arguing that this was indeed a wrongful removal, which should be recognised as such by this court, she submits that there should be a reconsideration of the child's position and the effect of another move upon him after two years of living with his mother and her family. This submission, with all respect to her, is trying to have it both ways and ignores the binding effect of article 12 of the Convention and article 11

of the Regulation. This court cannot allow the inevitable effect of the passage of time involved in the appellate process (however expedited) to affect its decision.

65. However, although they have given instructions to pursue this appeal, it may be that this is also what the grandparents would prefer. In her second affidavit, the grandmother states that if the court in Northern Ireland is satisfied that it is in Karl's best interests to remain in Northern Ireland with the mother, then they would be willing to consider allowing this, but only on condition that proper contact arrangements are put in place and incorporated in a court order which could be enforced against the mother. Despite all that has passed, she may still be prepared to consider an agreed solution along those lines and the mother, of course, now has every incentive to do so. The mother has indeed brought this situation upon herself, and more importantly upon her son, not only by her cruel and high-handed actions in taking the law into her own hands, but also by her insensitive handling of the relationship between her son and the people whom he had regarded as his parents for so long. She has cut off all contact between them and appears to have poisoned his mind against them by suggesting that they lied to him. She should now be doing her best to put that right.

67. There is one final comment. Cases like this are mercifully rare and ought to be rarer still. This is because the High Court retains its inherent jurisdiction to order the immediate return of a child who has been removed from his country of habitual residence. That jurisdiction is governed by the best interests of the child. But it has long been recognised that there are situations in which those interests are best served by a swift return to his home country for his future to be decided there. Indeed, in cases within the European Union, jurisdiction to determine matters of parental responsibility remains with the country of habitual residence unless and until the child acquires a new habitual residence. There are therefore cases, and this is one, in which it is appropriate to allow an application under the inherent jurisdiction to proceed hand in hand with an application under the Hague Convention (as in fact happened in *Re O*, where Cazalet J made return orders under both). The Family Division in Northern Ireland may therefore wish to reconsider its practice of automatically postponing such applications until the Hague case has been determined

Assim sendo, em futuros casos em que esteja em causa a remoção de uma criança de um país para outro, por um dos progenitores, contra a vontade da pessoa com quem a criança se encontrava a residir (progenitor ou não), os tribunais do Reino Unido terão de aplicar a regra fixada no § 59 deste acórdão para determinar se a pessoa com quem a criança residia antes da remoção era ou não titular de “direitos de guarda informais”. Se o era, deverá concluir-se que a remoção foi ilícita à luz da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças e ordenar-se que a criança seja “devolvida” à procedência. Segundo o § 59, para que estejamos perante titulares de direitos informais de guarda, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos cumulativos: a) as pessoas que invocam tais direitos estejam a assumir as responsabilidades associadas aos cuidados primários da criança; b) as pessoas que invocam tais direitos não partilhem essas responsabilidades com a pessoa ou pessoas legalmente autorizadas a decidir sobre o local de residência e a educação da criança; c) a pessoa ou pessoas legalmente autorizadas a decidir sobre o local de residência e a educação da criança tenham abandonado a criança ou delegado os cuidados primários da criança às pessoas que invocam os direitos informais de guarda; d) exista alguma forma de reconhecimento legal ou oficial da posição das pessoas que invocam os direitos informais de guarda no país de residência habitual; e) existam razões fortes para acreditar que, se as pessoas que invocam os direitos informais de guarda recorressem aos tribunais do país de residência habitual, estes tribunais decidiriam pela preservação do *status quo*, de modo a que o futuro da criança pudesse ser decidido por esses tribunais em atenção ao interesse superior e não ser precipitado pela ocorrência do rapto.

No futuro, um advogado ou juiz que queira afastar a aplicação deste precedente (doravante referido como *Re K (A child) (Northern Ireland)* [2014] UKSC 29) terá de recorrer à técnica das distinções (*distinguishing*), sublinhando as diferenças existentes entre o caso *sub judice* e *Re K*, por exemplo, o facto de se tratar de uma tia e não da avó, o facto de o período de residência com os avós no caso *sub judice* ser consideravelmente menor do que em *Re K* ou ainda o facto de, no caso *sub judice*, a criança não ter sido arrancada à força dos braços da avó, como aconteceu em *Re K*. Há que notar, porém, que a aplicação da regra jurídica fixada em *Re K* não significa que a solução seja sempre a mesma, isto é, que o tribunal reconheça invariavelmente a existência de direitos informais de guarda. Uma vez que o precedente fixado em *Re K* é uma lista de requisitos cumulativos,

a aplicação deste precedente a um novo caso onde não estejam reunidos todos os requisitos elencados no § 59 determinará o não reconhecimento de direitos informais de guarda e a conclusão de que a criança não foi removida de um país para outro de forma ilícita.

Várias passagens do acórdão são *obiter dicta*, ou seja, considerações feitas de passagem pelo Tribunal, mas não vinculativas para casos futuros. Veja-se, por exemplo, a censura feita ao comportamento da mãe de K, no § 7, e a recomendação feita aos tribunais da Irlanda do Norte, no § 67.

Atente-se, por fim, na importância atribuída, nos §§ 23 e 24, à descrição da matéria de facto subjacente às decisões anteriores. No *common law*, os tribunais definem as regras jurídicas em atenção às circunstâncias do caso que têm para decidir. A sua abordagem é eminentemente casuística. Daí que a interpretação e a definição do alcance das regras jurídicas fixadas pelos tribunais nas suas decisões careça sempre do devido enquadramento factual. Futuras decisões que apliquem o precedente fixado em *Re K* terão, por isso, de fazer uma breve descrição dos factos deste caso, à semelhança do que Lady Hale fez, nos §§ 23 e 24, para os acórdãos *Re B* e *Re O*²²⁵.

Continuando a analisar o quadro das fontes de Direito característico do subsistema anglo-saxónico, importa agora referir o lugar ocupado pela **lei** (*statute* ou *statutory law*). Como já referimos, a lei nunca foi o modo normal de criar Direito em Inglaterra. No período formativo do Direito inglês, não existia um órgão legislativo central forte que rivalizasse com os Tribunais Reais na definição do Direito. O Parlamento viria a desenvolver-se mais tarde, a partir do século XIII. Quando o Parlamento começou a chamar a si a função de criador de Direito através de instrumentos legislativos, os Tribunais Reais reagiram negativamente, vendo em cada nova lei uma ingerência no domínio do *common law*.

Para salvaguardarem o seu poder, os Tribunais Reais adoptaram regras extremamente restritivas sobre a **interpretação da lei**. Sempre que a lei fosse directamente

²²⁵ O paralelismo justifica-se, do ponto de vista formal, mas é necessário ter presente que Lady Hale invocou os acórdãos anteriores apenas para ilustrar o Direito vigente, não porque estivesse obrigada a respeitar o precedente fixado nesses acórdãos. O Supremo Tribunal, como foi dito, não está vinculado por quaisquer precedentes, seus ou de tribunais inferiores.

aplicável a uma dada situação, os Tribunais estavam obrigados a aplicá-la à decisão do caso, mas se fosse possível levantar uma qualquer dúvida sobre a aplicabilidade da lei à situação *sub judice*, os Tribunais aproveitavam-na, de modo a minimizar a interferência do legislador no *common law* e a preservar tanto quanto possível a autoridade dos Tribunais. Nesse sentido, os juízes privilegiaram a interpretação literal (*literal rule*) e recusaram-se a reconhecer qualquer valor aos trabalhos preparatórios dos diplomas legais²²⁶. A rigidez da *literal rule* era tal que, até ao final do século XIX, as normas legais cuja formulação só incluísse palavras no masculino singular não eram aplicáveis a situações envolvendo grupos de pessoas ou indivíduos do sexo feminino²²⁷.

Para contrariar estas táticas judiciais restritivas, a redacção de diplomas legais tornou-se uma “arte na expressão de pormenor”, de modo a assegurar a máxima realização da vontade do legislador nos casos concretos²²⁸. Daí que, contrariamente ao que se passa no subsistema romano-germânico, a legislação inglesa não seja formulada em termos genéricos, mas sim de forma extremamente pormenorizada e com frequente recurso a glossários, uma técnica legística que se comunicou aos demais países do subsistema anglo-saxónico.

A título exemplificativo, considere-se a recente lei de combate à escravatura moderna (*Modern Slavery Act 2015*), que, para além de ser minuciosa na

²²⁶ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, pp. 422 e 426.

²²⁷ A situação foi alterada por intervenção do Parlamento, com o *Interpretation Act 1889*. Entretanto, os próprios tribunais têm vindo a admitir excepções à regra da interpretação literal, em dois tipos de situações: quando o sentido literal de uma lei se revelar absurdo ou contraditório (*golden rule*) e quando se saiba que uma regra legal teve por objectivo revogar um precedente jurisprudencial (*mischied rule*), caso em que os juízes podem atender a este objectivo ao interpretar o texto da lei para o aplicar ao caso concreto. Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 95. O acórdão *Mandla v Dowell Lee*, referido *supra*, constitui um bom exemplo do uso da *golden rule* para afastar uma interpretação literal da lei, como resulta das considerações tecidas por Lord Fraser of Tullybelton no seu voto. “My Lords, I recognise that ‘ethnic’ conveys a flavour of race but it cannot, in my opinion, have been used in the 1976 Act in a strict racial or biological sense. For one thing it would be absurd to suppose that Parliament can have intended that membership of a particular racial group should depend on scientific proof that a person possessed the relevant distinctive biological characteristics (assuming that such characteristics exist). The practical difficulties of such proof would be prohibitive, and it is clear that Parliament must have used the word in some more popular sense”.

²²⁸ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 426.

regulação das matérias, ainda inclui, em cada secção, um glossário dos termos usados.

Modern Slavery Act 2015²²⁹

CHAPTER 30

An Act to make provision about slavery, servitude and forced or compulsory labour and about human trafficking, including provision for the protection of victims; to make provision for an Independent Anti-slavery Commissioner; and for connected purposes. [26th March 2015]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

2 Human trafficking

(1) A person commits an offence if the person arranges or facilitates the travel of another person (“V”) with a view to V being exploited.

(2) It is irrelevant whether V consents to the travel (whether V is an adult or a child).

(3) A person may in particular arrange or facilitate V's travel by recruiting V, transporting or transferring V, harbouring or receiving V, or transferring or exchanging control over V.

(4) A person arranges or facilitates V's travel with a view to V being exploited only if—

(a) the person intends to exploit V (in any part of the world) during or after the travel, or

(b) the person knows or ought to know that another person is likely to exploit V (in any part of the world) during or after the travel.

(5) “Travel” means—

²²⁹ O texto do diploma legal está disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted> [28.03.2015].

Lições de Direito Comparado

(a) arriving in, or entering, any country,

(b) departing from any country,

(c) travelling within any country.

(6) A person who is a UK national commits an offence under this section regardless of—

(a) where the arranging or facilitating takes place, or

(b) where the travel takes place.

(7) A person who is not a UK national commits an offence under this section if—

(a) any part of the arranging or facilitating takes place in the United Kingdom, or

(b) the travel consists of arrival in or entry into, departure from, or travel within, the United Kingdom.

...

13 Interpretation of Part 1

(1) In this Part—

“captain” means master (of a ship) or commander (of an aircraft); “confiscation order” has the meaning given by section 8(8);

“the Human Rights Convention” means the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms agreed by the Council of Europe at Rome on 4th November 1950;

“land vehicle” means any vehicle other than a ship or aircraft;

“ship” includes every description of vessel (including a hovercraft) used in navigation;

“slavery and trafficking reparation order” means an order made under section 8;

“UK national” means—

(a) a British citizen,

(b) a person who is a British subject by virtue of Part 4 of the British Nationality Act 1981 and who has a right of abode in the United Kingdom, or

(c) a person who is a British overseas territories citizen by virtue of a connection with Gibraltar.

(2) In sections 8 and 10, references to provisions of the Proceeds of Crime Act 2002 include references to those provisions as amended or otherwise modified by virtue of an order (whenever made) under section 97 of the Serious Organised Crime and Police Act 2005 (confiscation orders by magistrates' courts).

(3) In sections 11 and 12, a reference to being an owner of a vehicle, ship or aircraft includes a reference to being any of a number of persons who jointly own it.

...

34 Interpretation of Part 2

(1) In this Part—

“adult magistrates court” means a magistrates’ court that is not a youth court;
“cautioned” means cautioned after the person concerned has admitted the offence;

“interim slavery and trafficking prevention order” means an order made under section 21 (except in section 30(1)(f));

“interim slavery and trafficking risk order” means an order made under section 28;

“slavery or human trafficking offence” means an offence listed in Schedule 1;

“slavery and trafficking prevention order” means an order made under section 14 or 15 (except in section 30(1)(e));

“slavery and trafficking risk order” means an order made under section 23.

(2) In this Part “passport” means—

(a) a United Kingdom passport within the meaning of the Immigration Act 1971;

(b) a passport issued by or on behalf of the authorities of a country outside the

Lições de Direito Comparado

United Kingdom, or by or on behalf of an international organisation;

(c) a document that can be used (in some or all circumstances) instead of a passport.

(3) In this Part a reference to a conviction includes a conviction for an offence in respect of which an order for conditional discharge is made, despite—

(a) section 14(1) of the Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 (conviction with conditional discharge deemed not to be a conviction);

(b) article 6(1) of the Criminal Justice (Northern Ireland) Order 1996 (S.I. 1996/3160 (N.I. 24)) (equivalent provision for Northern Ireland).

(4) Subsection (3) applies only to convictions after this Part comes into force.

(5) In this Part a reference to a conviction includes a finding of a court in summary proceedings that the accused did the act charged, where the court makes an order under—

(a) section 37(3) of the Mental Health Act 1983,

(b) section 58(3) of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, or

(c) article 44(4) of the Mental Health (Northern Ireland) Order 1986 (S.I. 1986/595 (N.I. 4)), (hospital and guardianship orders).

(6) In relation to an offence under the law of Scotland, a reference in this Part to a person being found not guilty by reason of insanity is to be treated as a reference to a person being acquitted by reason of the special defence in section 51A of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995.

(7) In this Part, a reference to a finding that a person is under a disability and has done the act charged against the person in respect of an offence includes a finding that a person is insane or unfit to be tried and has done the act charged against the person in respect of an offence.

(8) Section 127 of the Magistrates' Courts Act 1980 (time limits) does not apply to a complaint under any provision of this Part.

(9) A person's age is to be treated for the purposes of this Part as being that which it appears to the court to be after considering any available evidence.

O excerto aqui reproduzido permite ter uma ideia sobre o grau de pormenor que é característico da legislação inglesa (e, de um modo geral, da legislação anglo-saxónica). Outra característica importante reside no facto de os diplomas legais não apresentarem a regulação completa e sistemática da matéria jurídica sobre que incidem, ao ponto de termos simultaneamente em vigor diferentes diplomas sobre a mesma matéria, distintos entre si pelo ano de adopção. É o que se passa, por exemplo, no que toca à regulação do acesso à nacionalidade e à cidadania, em que temos, entre outros, o *British Nationality Act 1981* (chapter 61), o *British Nationality (Falkland Islands) Act 1983* (chapter 6), o *British Nationality (Hong Kong) Act 1990* (chapter 34), o *British Overseas Territories Act 2002* (chapter 8) e o *Nationality Immigration and Asylum Act 2002* (chapter 41)²³⁰.

A intervenção do legislador – que, hoje, tanto pode ser o Parlamento como o Governo²³¹ – continua a ser entendida como complementar da actuação dos tribunais, estando, em princípio, reservada para domínios, por natureza, excluídos do *case law*, como a regulação da Função Pública ou a transposição das directivas da União Europeia, e, onde incida sobre matérias cobertas por precedentes jurisprudenciais (contratos, propriedade, etc.), limita-se a regular aspectos pontuais, sem a pretensão de oferecer um tratamento exaustivo da matéria em causa²³².

Por força do princípio da soberania do Parlamento, as leis do Parlamento têm valor hierárquico superior ao dos precedentes jurisprudenciais, o que significa que, em caso de contradição entre uma norma legal e um precedente, aquela prevaleça sobre este. A intervenção do legislador foi, durante muito tempo, a única forma revogar um precedente considerado obsoleto e, por aí, modernizar o sistema, uma vez que, até 1966, o *Appellate Committee* da *House of Lords* se encontrava vinculado pelos precedentes fixados pelas suas próprias decisões²³³.

²³⁰ Informação disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/61> [28.03.2015].

²³¹ Atenta a crescente prática do Parlamento de delegar no Governo competências legislativas, uma “governamentalização” da função legislativa” que é comum aos países do subsistema romano-germânico. Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., p. 94 (aspas no original).

²³² Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., p. 94.

²³³ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, op. cit., p. 92.

Esta prevalência hierárquica não tem, no entanto, grande impacto sobre o modo como os juízes dos tribunais ingleses (e anglo-saxónicos em geral) levam a cabo a **descoberta do Direito aplicável** à solução dos casos concretos. Na prática judicial, o primeiro passo continua a ser dirigido à busca de precedentes vinculativos contidos em decisões judiciais anteriores que tenham versado sobre factos semelhantes aos factos *sub judice*. Se existir uma lei aplicável ao caso *sub judice*, esta só constituirá o fundamento directo e exclusivo da decisão quando estiver a ser aplicada pela primeira vez ou quando as aplicações anteriores tenham sido feitas por tribunais inferiores²³⁴. Logo que um preceito legal seja interpretado e aplicado pelos tribunais superiores à solução de um caso concreto – constituindo a *ratio decidendi* da decisão –, a sua aplicação a casos futuros semelhantes passa a ser mediada pela interpretação jurisprudencial feita nessa primeira decisão, ao ponto de a regra de Direito invocada não ser já simplesmente o preceito legal, mas sim o precedente vinculativo fixado pela decisão que interpretou e aplicou esse preceito legal.

Por exemplo, na sequência do acórdão *Mandla v Dowell Lee*, referido *supra*, os tribunais do Reino Unido ficaram obrigados a interpretar os artigos 1.º e 3.º do *Race Relations Act 1976* com o mesmo sentido que lhes foi atribuído pela *House of Lords* nesse acórdão. As decisões posteriores sobre factos semelhantes aos apreciados em *Mandla v Dowell Lee* não foram fundamentadas nos artigos 1.º e 3.º do *Race Relations Act 1976*, mas sim no precedente fixado por *Mandla v Dowell Lee* sobre a interpretação a fazer desses preceitos.

Contrariamente ao que acontece nos países que integram o subsistema romano-germânico, a ausência de disposição legal aplicável ao caso concreto não constitui motivo de qualquer embaraço para os juízes anglo-saxónicos. Não existindo norma legal ou norma jurisprudencial aplicável, o juiz está perante um *leading case*, cabendo-lhe definir o critério jurídico que servirá de fundamento à decisão. Para os juízes anglo-saxónicos, a dificuldade está, pela inversa, na existência de disposições legais aplicáveis ao caso concreto com as quais os juízes não concordam. O desafio, nestes casos, consiste em afastar a aplicação das disposições legais indesejadas sem subverter o sistema, o que os juízes fazem sobretudo através de uma interpretação restritiva do texto da lei²³⁵.

²³⁴ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, pp. 96-98.

²³⁵ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 433.

A completar o quadro das fontes de Direito do subsistema anglo-saxónico, importa ainda referir o costume e a doutrina. O **costume**, que coexistiu durante séculos com o *common law* definido pelos Tribunais Reais ingleses, perdeu muita da sua relevância prática quando, no século XIX, os tribunais de condado foram incorporados na organização judiciária de Inglaterra e do País de Gales. O seu campo de aplicação encontra-se hoje praticamente limitado a algumas matérias de Direito Constitucional – por exemplo, as convenções relativas ao relacionamento entre o monarca e o chefe do executivo – e a algumas matérias de Direito Comercial, por força do legado do *law merchant* medieval. O costume local é atendível em tribunal, mas só será reconhecido como fonte de Direito se for imemorial, ou seja, se remontar ao final século XII e tiver sido seguido e aceite continuamente desde então²³⁶.

A **doutrina** tem um papel limitado na revelação e criação do Direito no subsistema anglo-saxónico, o que se explica pela ausência de uma forte tradição universitária no domínio do Direito e pelo protagonismo assumido pelos juizes entre os juristas²³⁷. Como observa Dainow, os heróis do *common law* não são os professores universitários, mas sim os juizes, porque é através das pronúncias dos juizes que se dá o desenvolvimento do Direito²³⁸. Nos países de *common law*, o volume de trabalhos doutrinários é muito reduzido por comparação com a doutrina dos países do subsistema romano-germânico e os manuais e monografias existentes constituem sobretudo compilações e comentários das decisões judiciais mais importantes em cada matéria, de modo a mapear a evolução do Direito. Os advogados, nas suas alegações, e os juizes, nas suas decisões, raramente citam obras doutrinárias²³⁹.

A ausência de uma forte tradição universitária no domínio do Direito resulta da circunstância de, até ao século XIX, os estudos jurídicos desenvolvidos nas universidades terem tido por objecto o Direito Romano (não o *common law*) e explica o facto de, até hoje, a formação universitária em Direito não ser um requisito

²³⁶ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 96.

²³⁷ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 97.

²³⁸ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 429.

²³⁹ Cf. JOSEPH DAINOW, “The civil law and the common law...”, *op. cit.*, p. 428.

indispensável para o acesso às profissões jurídicas no Reino Unido²⁴⁰. Durante séculos, a formação dos juristas foi entendida como sendo da responsabilidade e da competência da ordem profissional respectiva – os *Inns of Court*, para os *barristers*, e a *Law Society*, para os *solicitors*²⁴¹.

Hoje em dia, é cada vez mais comum que os candidatos a uma destas duas profissões tenham feito um curso de Direito numa universidade, mas este curso universitário não é condição necessária²⁴² nem suficiente para o acesso às profissões de *barrister* e de *solicitor*, que depende da conclusão com êxito de cursos de índole prática, com a duração de um ou dois anos, ministrados por um dos *Inns of Court*²⁴³ ou pela *Law Society*, e da realização de estágio sob a supervisão destas ordens profissionais²⁴⁴. À semelhança da formação ministrada pelas ordens profissionais, os estudos universitários de Direito – com a duração de três anos – são eminentemente práticos, dirigindo-se ao conhecimento dos casos decididos e não à apreensão das teorias explicativas do Direito em vigor²⁴⁵.

²⁴⁰ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 266-267.

²⁴¹ *Barristers* e *solicitors* são os profissionais forenses que, no Reino Unido, desempenham as funções que, em Portugal, são desempenhadas pelos advogados. Tradicionalmente, os *barristers* eram os advogados mais prestigiados, por lhes caber em exclusivo a capacidade para pleitear perante os tribunais superiores e por serem os únicos elegíveis como juizes dos tribunais superiores. Desde 1990, com a adopção do *Courts and Legal Services Act 1990*, chapter 41, os *solicitors* passaram a ter também a faculdade de pleitear perante tribunais superiores e a ser elegíveis como juizes para estes tribunais. O peso da tradição, no entanto, faz com que, na prática, os *solicitors* continuem a dedicar-se, sobretudo, à redacção de contratos, à gestão de *trusts* e ao aconselhamento aos clientes, tarefas que os *barristers* não desempenham, e que os juizes continuem a ser escolhidos prioritariamente de entre *barristers* com mais de dez anos de experiência profissional. Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, pp. 85-86.

²⁴² Os candidatos deverão ter formação universitária, mas pode ser noutra área que não o Direito. Não tendo um curso universitário em Direito, os candidatos à admissão a um dos *Inns of Court* ou à *Law Society* terão de frequentar um curso de um ano de preparação para o *Common Professional Examination* e de realizar com êxito este exame. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 267.

²⁴³ Actualmente, existem apenas quatro *Inns of Court*, todos com sede em Londres: *The Honourable Society of Lincoln's Inn*, *The Honourable Society of the Inner Temple*, *The Honourable Society of the Middle Temple* e *The Honourable Society of Gray's Inn*. Informação disponível em <http://www.barcouncil.org.uk/about-the-bar/what-is-the-bar/inns-of-court/> [28.03.2015].

²⁴⁴ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, pp. 268-269.

²⁴⁵ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 86.

Como referido, os juizes são normalmente escolhidos de entre os *barristers* com mais de dez anos de experiência profissional, ainda que os *solicitors* também sejam elegíveis. A nomeação dos juizes é feita pela Rainha, por indicação do Ministro da Justiça (*Lord Chancellor*)²⁴⁶. Os juizes são inamovíveis, só podendo ser afastados dos respectivos cargos por iniciativa de ambas as câmaras do Parlamento (a *House of Lords* e a *House of Commons*), o que, segundo Dário Moura Vicente, assegura a sua independência²⁴⁷. Nos *magistrates' courts* situados fora de Londres, as funções de juiz são desempenhadas por “juizes de paz” (*justices of peace*), nomeados pelo Ministro da Justiça por indicação de comissões locais constituídas para esse efeito. Os juizes de paz são juizes leigos, ou seja, sem formação jurídica, que têm outras actividades profissionais e desempenham as suas funções nos *magistrates' courts* em regime de tempo parcial e de voluntariado, na medida em que não recebem qualquer remuneração²⁴⁸.

A participação popular na administração da justiça tem grande tradição no *common law* através da instituição do julgamento por júri, cujas origens remontam, pelo menos, ao século XIII, quando o julgamento por ordálio foi proibido e a *Magna Charta* reconheceu formalmente o princípio de um direito individual de julgamento pelos pares. Actualmente, o julgamento por júri praticamente só é usado em processo penal e nos julgamentos perante o *Crown Court* em que o réu se declare inocente. O júri é seleccionado de forma aleatória de entre cidadãos recenseados que não tenham qualquer envolvimento com o caso *sub judice*. O serviço de júri não é remunerado, mas os membros do júri têm direito a ser ressarcidos pelas despesas com transportes e alimentação e pelos rendimentos não auferidos²⁴⁹. Na audiência de julgamento, o juiz informa os membros do júri de que estes devem basear a sua decisão unicamente nas provas produzidas e, depois de produzida a prova, informa o júri sobre o Direito aplicável ao caso. O júri é, no entanto, livre para decidir se considera que o réu é culpado ou inocente, o que pode conduzir ao que

²⁴⁶ Em 2005, foi criada uma comissão especializada para a selecção dos juizes (*Judicial Appointments Commission*), que recomenda ao Ministro da Justiça os nomes dos juizes a nomear. Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 86.

²⁴⁷ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 269.

²⁴⁸ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, *op. cit.*, pp. 86-87.

²⁴⁹ Informação disponível em <https://www.gov.uk/jury-service/what-you-can-claim> [29.03.2015].

Lições de Direito Comparado

alguns observadores consideram serem decisões “perversas” (*perverse verdicts*). A deliberação decorre à porta fechada e a decisão é tomada por unanimidade, o que significa que os doze membros do júri devem concordar com a decisão. Caso o júri não consiga chegar a uma decisão unânime dentro do prazo fixado pelo juiz, o juiz pode dar indicações ao júri de que aceitará uma decisão maioritária de 11/1 ou 10/2. A decisão do júri é anunciada em audiência de julgamento e não carece de fundamentação²⁵⁰.

²⁵⁰ Informação disponível em <http://www.lawmentor.co.uk/resources/essays/explain-role-juries-criminal-trials/> [29.03.2015].

LIÇÃO N.º 7

A FAMÍLIA JURÍDICA ISLÂMICA

O Direito islâmico é um Direito religioso, que tem por fundamento a vontade de Deus e por objecto a regulação de todos os aspectos da vida dos fiéis, desde as suas relações sociais até aos seus deveres morais e religiosos para com Deus. A sua jurisdição é tão ampla quanto a comunidade de fiéis do Islão – a *umma*²⁵¹ –, onde quer que estes se encontrem. A jurisdição do Direito islâmico não coincide, por isso, com fronteiras geopolíticas, ainda que possamos, por facilidade de discurso, indicar como Estados pertencentes à família jurídica islâmica todos os Estados com população maioritariamente muçulmana²⁵², como Marrocos, Argélia, Tunísia, Líbia, Egipto, Arábia Saudita, Síria, Iraque, Irão, Indonésia e Paquistão.

²⁵¹ A *umma* começou por ser uma “tribo em ponto grande”, às mãos do Profeta Maomé, e veio a ser um império, sob o impulso desencadeado pelos quatro primeiros califas, mas nunca teve fronteiras bem definidas. A colonização europeia dos territórios do norte de África e do Médio Oriente, no século XIX, introduziu fronteiras geopolíticas nos territórios antes integrados no império muçulmano e estas fronteiras foram mantidas depois de esses territórios alcançarem a independência nas décadas de 1950 e 1960. O império que fora a *umma* deixou de fazer sentido. Permanecendo como mega-comunidade, espaço comum a todos os fiéis do Islão, a *umma* teve de passar a coexistir com os Estados-nação saídos dos nacionalismos que acompanharam as independências e as suas fronteiras políticas bem definidas. Sendo incontestada a sua importância, a *umma* deixou de ter um equivalente político que desenvolvesse os preceitos religiosos fundamentais e lhes desse expressão para lá do estrito domínio do foro íntimo dos fiéis. Este passa a ser, de resto, o lugar próprio para a expressão dos sentimentos religiosos, no quadro do laicismo em que muitos dos Estados saídos da *umma* embarcaram no século XX, por influência ocidental. Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, *op. cit.*, pp. 139-142.

²⁵² Salvo a Turquia, cujo secularismo é um ponto de honra para os seguidores de Mustafa Kemal Atatürk.

Nenhum destes Estados é regido exclusivamente pelo Direito islâmico, ou seja, pela *Sharia*, a Lei revelada. Como vimos, as ordens jurídicas destes Estados são híbridas, na medida em que nelas coexistem a tradição jurídica islâmica, aspectos do subsistema romano-germânico e/ou do *common law* e costumes africanos ou asiáticos. O Direito islâmico, de fonte divina, coexistiu sempre, de resto, desde a fundação da *umma*, com normas jurídicas de outras proveniências, desde os costumes das tribos árabes pré-islâmicas até às normas administrativas (*qānons*) impostas pelos califas²⁵³.

Importa também não perder de vista que, por força do seu carácter pessoal, o Direito islâmico se aplica aos muçulmanos na diáspora, incluindo os que se encontrem a residir em países onde a religião muçulmana é uma religião minoritária, como acontece na Europa. É precisamente por isso que a questão da aplicação de disposições da Lei islâmica pelos tribunais dos Estados europeus ou por instâncias extrajudiciais de resolução de conflitos, como os muito controversos Conselhos da *Sharia* do Reino Unido, tem tanta pertinência e actualidade.

Para compreender a relação entre religião e Direito na família jurídica islâmica, importa começar por atentar nas origens da comunidade muçulmana, que é – antes de mais nada – uma comunidade religiosa. Islão significa submissão a Deus²⁵⁴ e, como comunidade, tem a sua origem na mensagem divina revelada a Maomé, que se encontra compilada no Alcorão. O Alcorão significa leitura ou recitação²⁵⁵. Foi, desde o primeiro momento, a designação escolhida para identificar a mensagem trazida aos homens pelo Profeta e, apesar de só ganhar uma forma sistematizada sob as ordens do terceiro sucessor de Maomé (Osman), mereceu sempre o reconhecimento da sua qualidade de Lei fundamental, por ser a verbalização da vontade divina²⁵⁶.

²⁵³ A assunção de poderes legislativos pelos califas retirava a sua legitimidade do versículo corânico segundo o qual os fiéis devem obedecer a Deus, ao Profeta e às autoridades terrenas. “Ó vós que credes! Obedecei a Deus, obedecei ao Enviado e aos que têm poder entre vós!” (4: 59). Sobre o tema, cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, *op. cit.*, pp. 160 e ss..

²⁵⁴ “Islam means submission, the believer’s submission to Allah. The word expresses, first and foremost, a feeling of dependency on an unbounded omnipotence to which man must submit and resign his will”. Cf. IGNAZ GOLDZIEHER, *Introduction to Islamic Theology and Law*, Princeton, Princeton University Press, 1981, p. 3 (itálico no original). Cf., igualmente, MALEK CHEBEL, *Dictionnaire des Symboles Musulmans: Rites, Mystique et Civilisation*, Paris, Albin Michel, 1995, p. 217.

²⁵⁵ Cf. CYRIL GLASSÉ, *Dictionnaire Encyclopédique de l’Islam*, Paris, Bordas, 1991, p. 85.

²⁵⁶ Cf. FAZLUR RAHMAN, *O Islamismo*, Lisboa, Editora Arcádia, 1970, p. 49.

Lições de Direito Comparado

Ensina a tradição que Maomé, um simples mercador de Meca²⁵⁷, foi surpreendido pela visita do Arcanjo Gabriel quando se encontrava em recolhimento espiritual na gruta de Hira, no ano 610 da era cristã. O emissário trazia consigo a palavra de Deus, inscrita em tiras de tecido, e deu-a a ler a Maomé, investindo-o na qualidade de Profeta²⁵⁸. A este primeiro encontro, seguiram-se muitos outros, até à morte do Profeta, em 632.

A Revelação não terá tido para Maomé o imediato significado de uma missão, razão pela qual guardou segredo dos seus encontros com o arcanjo Gabriel²⁵⁹. Se, passado algum tempo, acabou por chamar a si a tarefa de comunicar aos homens a mensagem revelada, fê-lo ainda sem outra pretensão que não fosse a de partilhar com os seus semelhantes a pura verdade, alertando-os para a iminência do Juízo e explicando-lhes os meios pelos quais eles se poderiam tornar merecedores da recompensa de Deus. O sentido da sua acção acabou, no entanto, por mudar e Maomé assumiu-se como líder religioso, político e militar da comunidade entretanto formada em seu redor. Uma mudança consumada quando os ricos mercadores de Meca perseguiram Maomé e os seus seguidores, forçando-os a fugir para Medina, em 24 de Setembro de 622, a data que marca o início da Hégira, a era muçulmana²⁶⁰. Maomé regressaria a Meca triunfante e, à sua morte, era o líder incontestado de uma comunidade cada vez mais numerosa que tinha nele o

²⁵⁷ À medida que foram sendo discutidos os contornos e a natureza da revelação, cresceu a necessidade de afastar as suspeitas quanto à proveniência divina do Alcorão e quanto à sua absoluta originalidade. Nesse sentido, os muçulmanos desenvolveram a teoria segundo a qual Maomé seria analfabeto, de modo a afastar a possibilidade de o Alcorão ser invenção sua ou de que o Profeta tivesse copiado das Escrituras judaicas e cristãs os termos da sua pretendida iluminação. Cf. MONTGOMERY WATT, *Islamic Fundamentalism and Modernity*, Londres, Routledge, 1988, pp. 9-10. No Ocidente, não faltam autores que vêem em Maomé um homem arguto e sensível às necessidades sociais e espirituais dos seus contemporâneos, que sabia da urgência de encontrar um factor de união capaz de reunir as tribos árabes desavindas num empreendimento comum e que tinha conhecimento das soluções monoteístas experimentadas em comunidades vizinhas por judeus e cristãos. Foi por compreender o perigo representado pelo politeísmo dominante que Maomé se disse obediente a Alá, o Deus único, de que ele seria o último dos profetas. Cf. MAURILIO ADRIANI, *História das Religiões*, Lisboa, Edições 70, 1990, p. 103.

²⁵⁸ Cf. HAMMUDAH ABDALATI, *Profeta Muhammad e os Conceitos Básicos do Islão*, Lisboa, s/e, 1980, p. 10.

²⁵⁹ Cf. DOMINIQUE SOURDEL, *L'Islam*, 12.^a ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1981, p. 10.

²⁶⁰ Cf. DOMINIQUE SOURDEL, *L'Islam*, *op. cit.*, p. 13.

exemplo e na mensagem por ele difundida em nome de Deus a própria e absoluta verdade²⁶¹.

O conteúdo das primeiras revelações era essencialmente espiritual – uma exortação à fé e à bondade humanas –, mas, com a fuga para Medina, as revelações passaram a ter um conteúdo mais “prático” e a definir uma disciplina social, com claras preocupações de justiça social e económica. Com o estabelecimento da comunidade em Medina e a assunção por Maomé da chefia política e militar dos fiéis, as preocupações propriamente organizativas acabaram por exigir princípios e regras de convivência social. As diferenças que separam as recitações de Meca e as de Medina traduzem esta evolução no sentido da acção do Profeta – e da vontade de Deus de que esta era mera execução²⁶². A codificação da mensagem revelada concluída sob o governo de Osman, cerca do ano de 650, não reflecte, no entanto, esta diferença. A “vulgata” então elaborada deu ao Alcorão a forma de 114 capítulos (*suratas*), integrados por versículos (*ayate*), numa ordem pautada simplesmente pela extensão dos textos. Os capítulos mais longos foram colocados no início e os mais breves colocados no fim, sem qualquer distinção entre os capítulos revelados em Meca e os capítulos revelados em Medina.

O Alcorão pode ser visto como um código, ainda que o número de disposições “propriamente jurídicas” seja relativamente pequeno. Porque “essencialmente um livro de princípios religiosos e morais”²⁶³, o Alcorão estabelece as bases da comunidade sem atentar especialmente na dimensão jurídica das relações entre os seus membros. A relação primordial a ordenar não é a que une os homens entre si, mas a que une os fiéis a Deus. A matéria jurídica inscrita no Alcorão é, por conseguinte, pouco expressiva²⁶⁴. Isso não implica, no entanto, que as normas que, no Alcorão, têm por objecto a ordenação das relações sociais sejam menos importantes. Elas

²⁶¹ Como observa Fazlur Rahman, “[a]ntes de falecer, o Profeta tinha criado as condições necessárias para uma irmandade universal baseada na fé, princípio pelo qual denodadamente substituiria os velhos laços de sangue e lealdade tribais dos Árabes. Conseguiu assim realizar a *umma muslima*, a Comunidade Muçulmana, como estrutura da sociedade, com os seus princípios de solidariedade interna”. Cf. FAZLUR RAHMAN, *O Islamismo, op. cit.*, p. 41.

²⁶² Cf. FAZLUR RAHMAN, *O Islamismo, op. cit.*, pp. 24-25 e 49.

²⁶³ Cf. FAZLUR RAHMAN, *O Islamismo, op. cit.*, p. 59.

²⁶⁴ Em termos quantitativos, bem entendido. Cf. NOEL J. COULSON, *Histoire du Droit Islamique*, Paris, Presses Universitaires de France, s/d, pp. 14 e 20.

Lições de Direito Comparado

tratam, de resto, variadíssimas matérias, desde a interdição do consumo de carne de porco até à punição do adultério, passando pelo dever de uso do véu, pela proibição de corromper juízes e pela proibição da usura. O tratamento dado a cada um dos assuntos não é, de modo algum, exaustivo, no que os preceitos corânicos acabam por se assemelhar a decisões pontuais, desprovidas de uma intenção reguladora de alcance geral²⁶⁵. A formulação dos preceitos é, além disso, muito diferente da que encontramos nos códigos dos países integrados no subsistema romano-germânico, o que não é surpreendente, atenta a natureza religiosa do texto. Para além do tom exaltado dos versículos, são também frequentes as repetições de ideias entre versículos e capítulos e há algumas aparentes contradições entre preceitos, de que é exemplar a afirmação, por um lado, de que não há constrangimento na religião e, por outro lado, de que a hostilidade contra os infiéis cessará se eles se converterem ao Islão.

A título ilustrativo, considerem-se os seguintes preceitos do Alcorão²⁶⁶:

“Proibiu-vos a carne de animal que haja morrido, o sangue, a carne de porco e o que se imolou em nome de outro que não seja Deus. Quem, forçado, sem intenção de rebeldia ou transgressão, coma, não cometerá pecado. Deus é indulgente, misericordioso” (2: 173).

“À adúltera e ao adúltero, a cada um deles dai cem açoites. No cumprimento deste preceito da religião de Deus, se credes em Deus e no Último Dia, que não exista entre vós compaixão por eles. Que um grupo de crentes dê testemunho do seu tormento!” (24: 2).

“Aos que caluniam as mulheres honradas e não podem apresentar logo quatro testemunhas, dai-lhes oitenta açoites e nunca mais aceiteis o seu testemunho; esses são os perversos” (24: 4).

“Diz às crentes que baixem os olhos, ocultem as suas partes e não mostrem mais do que aquilo que se deve ver. Cubram o seu peito com o véu! Não mostrem os seus encantos a não ser aos seus esposos. Que estas não meneiem os pés de maneira a deixarem ver o que entre os seus adornos ocultam. Todos

²⁶⁵ Fazlur Rahman fala numa “lenta resolução *experimental* dos problemas à medida que surgem”, o que sugere uma proximidade com o casuismo do *common law*. Cf. FAZLUR RAHMAN, *O Islamismo*, *op. cit.*, p. 59 (itálicos no original).

²⁶⁶ Segundo a edição portuguesa, publicada pelas Publicações Europa América, em 2002.

voltareis a Deus, ó crentes! Talvez sejais bem-aventurados” (24: 31).

“Não desperdiceis as vossas riquezas com as coisas fúteis; não presenteéis com elas os juízes para usufruir parte dos bens a que tendes direito. Vós sabeis” (2: 188).

“Os que comem da usura não se incorporarão no Dia do Juízo, a não ser como se incorpora aquele a quem Satanás danou, tocando-lhe. Isso porque dizem: ‘A venda é semelhante à usura’. Mas Deus declarou lícita a venda e proibiu a usura. A quem alcança uma exortação do seu Senhor e deixa de praticar a usura, esse conservará o que adquiriu antes, e o seu caso será entregue a Deus. Os que reincidem, esses serão entregues ao fogo e viverão nele eternamente” (2: 275).

“Não há constrangimento na religião! A rectidão distingue-se da aberração. Quem se afasta do Demónio e crê em Deus, pegou a asa mais forte, sem fenda. Deus tudo ouve, é onisciente” (2: 256).

“Matai-os até que a perseguição não exista e esteja no seu lugar a religião de Deus. Se eles se converterem, não haverá mais hostilidade; esta não cessará senão para os injustos” (2: 193).

“Ó vós que credes! Prescreve-se-vos a lei de talião no homicídio: o livre pelo livre, o escravo pelo escravo, a mulher pela mulher. Mas àquele a quem os familiares da vítima perdoarem estabelecer-se-á o processo, segundo o costume, e esses familiares deverão ser indemnizados com largueza e voluntariamente pelo culpado. Isto é alívio e clemência da parte do vosso Senhor, mas se depois disto houver vingança terá um castigo doloroso” (2: 178).

“Se temeis não ser justos para as órfãs... casai-vos com as que vos agradem, duas, três ou até quatro. Se temeis não ser equitativos, casai-vos só com uma, de acordo com o que está ao vosso alcance. Isso é o mais indicado para que não vos afasteis da justiça” (4: 3).

Porque destinado a regular, em primeira linha, as relações entre os fiéis e Deus, o Alcorão deixa por esclarecer as consequências práticas da inobservância de muitas das suas disposições. Naturalmente que, enquanto desacato à autoridade divina, os comportamentos desviantes hão-de merecer um castigo extra-terreno. O problema surge quanto aos efeitos a fazer surtir imediatamente, em vida do

Lições de Direito Comparado

infractor. O Alcorão dá a resposta para os casos de homicídio, instituindo a *qisas* – lei de talião –, pela qual se confere à família da vítima a faculdade de infligir no homicida um sofrimento idêntico ao por ele causado, mas omite, entre outras, as sanções correspondentes à usura e à poligamia praticada sem o exigido tratamento igualitário de todas as esposas.

Sendo o Alcorão um corpo normativo assaz incompleto, o principal problema inicialmente posto à comunidade dos fiéis e, mais concretamente, aos aplicadores das disposições corânicas, foi o do tratamento dos problemas não considerados pela Lei. Em vida de Maomé, estas questões eram remetidas para ele. Depois da sua morte, para o seu exemplo. Quando também esta fonte se revelasse insuficiente, haveria de recorrer-se às normas costumeiras das tribos árabes pré-islâmicas²⁶⁷.

Em vida de Maomé – dissemos – os problemas decorrentes do carácter fragmentário do “regime jurídico” fixado pelo Alcorão eram submetidos ao seu juízo²⁶⁸. Na resolução destes problemas – como, de resto, em todos os aspectos da sua vida – os actos do Profeta instituíram um modelo de comportamento a observar por todos os fiéis. À sua morte, por isso, Maomé não deixou apenas a mensagem revelada, deixou igualmente o seu exemplo. Depois de concluída a empresa sistematizadora que deu ao Alcorão a sua actual configuração, os muçulmanos ocuparam-se do tratamento sistemático desse exemplo feito tanto de grandiosas acções como de pequenos gestos.

Os “ditos e feitos”²⁶⁹ do Profeta – *hadiths* – foram recolhidos, seleccionados e comentados. Organizados em colectâneas diversas, os *hadiths* passaram a constituir a *Sunna* – a tradição do Profeta, que viria a adquirir, no século IX, o estatuto de fonte da Lei revelada, ao lado do Alcorão. A ideia de *sunna* enquanto sinónimo de tradição

²⁶⁷ NOEL J. COULSON, *Histoire du Droit Islamique*, *op. cit.*, p. 20.

²⁶⁸ Na sua qualidade de “escolhido”, Maomé assumiu várias funções no plano jurídico. Coube-lhe, desde o primeiro momento, a competência para dirimir os conflitos surgidos no seio da comunidade. Recitou as regras divinas e, pelo seu comportamento (tido como a concretização óptima das disposições corânicas), estabeleceu outras tantas regras a observar pelos fiéis. Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, *op. cit.*, pp. 156-157.

²⁶⁹ “São regras de [D]ireito local, sentenças judiciais, regras económicas, comportamentos domésticos, modas vestimentares, anexins, anedotas chistosas, lendas piedosas, mitos etiológicos, regras de magia, etc.”. Cf. MOISÉS ESPÍRITO SANTO, *Lição: Introdução Sociológica ao Islão*, Vila Nova de Gaia, Estratégias Criativas, 1995, p. 26 (interpolação nossa).

– de caminho já trilhado pelos antigos e, por isso, seguro – foi herdada dos árabes. Os muçulmanos acabaram, no entanto, por depressa se apropriar desse legado e, depois de terem procurado nas gerações anteriores modelos de conduta aptos a completar a ordenação corânica, fizeram da tradição – que referiram expressamente ao Profeta – fonte da Lei revelada. A tradição passou a ser a Tradição; a *sunna*, a *Sunna*²⁷⁰.

O exemplo de Maomé, entretanto, não se prestava apenas à análise sistematizadora, era, ele próprio, instigador de outro tipo de análise. Foi pela forma como o Profeta extraiu do Alcorão normas que cabiam no seu espírito apesar de não encontrarem tradução na letra dos seus preceitos que o mundo muçulmano conheceu os primórdios da investigação hermenêutica, objecto de inúmeros estudos posteriores e base para a edificação do complexo sistema jurídico islâmico. A edificação deste sistema constituiu uma das preocupações dominantes dos primeiros califas, conquistadores indómitos, mas também governantes conscientes da necessidade de criar estruturas organizativas no interior da comunidade. Importava prosseguir também este empreendimento do Profeta, pelo que, a par dos esforços de sistematização do Alcorão e de recolha dos *hadiths*, os califas instituíram, como prática sua, a explicitação das disposições corânicas, em termos idênticos aos adoptados por Maomé. Depois da morte dos quatro primeiros califas – os “bem orientados”²⁷¹ –, esta tarefa foi confiada aos *ulamas*, uma casta de homens notáveis conhecidos pela profundidade dos seus conhecimentos sobre a Lei revelada, que foram os arquitectos do novo sistema jurídico e os efectivos continuadores da análise hermenêutica iniciada por Maomé. Voltaremos ao seu desempenho *infra*.

Antes, porém, importa referir que o lugar da *Sunna* entre as fontes da Lei revelada constitui um dos pontos da discórdia doutrinal que separa as suas facções do Islão – os *sunitas* e os *shiitas*. A facção *shiita* formou-se na sequência da disputa pela sucessão de Maomé. Sem regras definidas que esclarecessem os termos do processo sucessório, os muçulmanos depararam-se com o problema da escolha

²⁷⁰ Cf. JOSEPH SCHACHT, *Introduction au Droit Musulman*, Paris, Editions Maisonneuve et Larose, 1983, p. 26.

²⁷¹ Abu Bakr, Omar, Osman e Ali. Cf. MOHAMED-CHÉRIF FERJANI, *Islamisme, Laïcité, et Droits de l'Homme*, Paris, L'Harmattan, 1991, pp. 133-135.

do novo líder da comunidade. Abu-Bakr, Omar e Osman, leais companheiros de Maomé, sucederam-se no lugar de califa. A sua investidura foi ditada pelo acordo da comunidade, mas nunca colheu um absoluto consenso. Paralelamente, ganhou forma a defesa da hereditariedade do califado, que punha Ali, primo e genro do Profeta, à frente dos destinos dos muçulmanos. O partido de Ali – *shi'at 'Ali*²⁷² – viu satisfeita a sua pretensão em 656 com a elevação de Ali ao lugar de califa, mas, com a morte de Ali às mãos dos seus adversários políticos (os Omíades), foi renovado o problema sucessório e, com ele, a oposição entre os defensores do sufrágio comunitário e os legitimistas – entre os Omíades, que haviam tomado o poder, e os *shiitas*, que pretendiam ver reconhecidos os direitos da “casa do Profeta”, na pessoa dos descendentes de Ali²⁷³. Esta disputa acabou por implicar uma ruptura na comunidade de fiéis e conduziu ao isolamento dos *shiitas*, que permanecem, até hoje, uma facção minoritária dentro do Islão. A legitimidade de Ali e dos seus descendentes foi reforçada pelo reconhecimento, a todos eles, de um direito divino. O título que assumiram foi o de *Imam*, uma homenagem à sua excelência intelectual acrescida de um sentido especificamente *shiita* – o de intercessores que ligam os homens a Deus e que devem ser seguidos e adorados pelos homens como forma de assegurar a respectiva salvação²⁷⁴. Os *shiitas* rejeitam a autoridade da tradição do Profeta (*Sunna*), pelo facto de esta ser um produto forjado pelos três primeiros califas²⁷⁵, do mesmo modo que rejeitam a autoridade do *Ijma*, o consenso da comunidade, por ter sido este que esteve na base da investidura daqueles califas “ilegítimos”²⁷⁶.

Considerando agora o Islão *sunita*, importa referir que neste nunca se formou uma estrutura eclesiástica ou um corpo de sacerdotes equivalente aos que temos no Cristianismo. O que encontramos no mundo muçulmano são os *ulamas*, uma casta de homens notáveis conhecidos pelo elevado nível dos seus conhecimentos

²⁷² Cf. CYRIL GLASSÉ, *Dictionnaire Encyclopédique de l'Islam*, op. cit., p. 366.

²⁷³ Cf. FAZLUR RAHMAN, *O Islamismo*, op. cit., pp. 234-235.

²⁷⁴ Cf. CYRIL GLASSÉ, *Dictionnaire Encyclopédique de l'Islam*, op. cit., p. 184.

²⁷⁵ Na verdade, os *shiitas* conhecem e reconhecem inúmeros *hadiths*, que designam por *khobar*, ou seja, notícia. Simplesmente, a autoridade desta tradição confunde-se com a autoridade do *Imam*, que é o único que dispõe de legitimidade para assegurar a veracidade dos “ditos” do Profeta. Cf. IGNAZ GOLDZIEHER, *Introduction to Islamic Theology and Law*, op. cit., p. 190.

²⁷⁶ Cf. NOEL J. COULSON, *Histoire du Droit Islamique*, op. cit., p. 104; PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, op. cit., pp. 121-123.

em matéria religiosa²⁷⁷. O desempenho dos *ulamas* no seio da comunidade dos fiéis nunca se limitou à pregação ou ao esclarecimento de dúvidas sobre pontos de doutrina. Estes homens foram também juizes nos tribunais religiosos, juristas, administradores das mesquitas e das fundações pias, advogados, etc. O seu poder permaneceu durante séculos como algo de inquestionável, permitindo-lhes estabelecer uma imagem do Islão que, ainda hoje, é divulgada e em que muitos muçulmanos (e não muçulmanos) acreditam²⁷⁸.

Senhores que foram do ensino superior, da administração da justiça e da elaboração das leis, os *ulamas* puderam conformar aos seus interesses toda a vida da *Umma* e fizeram-no. Durante os três primeiros séculos do Islão, encabeçaram a empresa codificadora que haveria de dotar o mundo muçulmano da sua Lei fundamental, a *Sharia*. Coube aos *ulamas* a definição da teoria clássica das **fontes de Direito islâmico**, segundo a qual os “fundamentos do Direito” (*usul al-fiqh*) – “princípios básicos representativos de manifestações distintas mas correlativas da vontade divina” – são a palavra de Deus inscrita no **Alcorão**, a tradição do Profeta (***Sunna***), o consenso da comunidade dos juristas (***Ijma***) e o raciocínio por analogia a partir dos princípios e regras estabelecidos pelas demais fontes (***Qiyas***)²⁷⁹.

Enquanto responsáveis pela estruturação da *Sharia*, os *ulamas* depressa se fizeram reconhecer como os intérpretes por excelência do seu texto e, mais do que isso, como os verdadeiros guardiões da preservação dos seus princípios e da observância das suas disposições²⁸⁰. A *Sharia*, de resto, na sua imprecisão, permitia e justificava um constante recurso à opinião autorizada dos *ulamas*. Era para estes que se remetia quando perante uma dúvida sobre a interpretação a fazer de um preceito inscrito no Alcorão ou na *Sunna*. Era a estes que cabia a administração da justiça nos tribunais da *Sharia*, bem como a supervisão do funcionamento dos tribunais paralelos à jurisdição religiosa, de outro modo demasiado livres na aplicação da Lei²⁸¹. Para

²⁷⁷ Cf. CYRIL GLASSÉ, *Dictionnaire Encyclopédique de l'Islam*, op. cit., p. 304.

²⁷⁸ Cf. MONTGOMERY WATT, *Islamic Fundamentalism and Modernity*, op. cit., pp. 24 e 1-3.

²⁷⁹ Cf. NOEL J. COULSON, *Histoire du Droit Islamique*, op. cit., pp. 75-79.

²⁸⁰ Cf. MANGOL BAYAT, “Islam in Pahlavi and Post-Pahlavi Iran: a cultural revolution?”, in John L. Esposito (ed.), *Islam and Development*, Nova Iorque, Syracuse University Press, 1980, p. 88.

²⁸¹ Vale a pena sublinhar que os tribunais da *Sharia* coexistiram desde cedo com outros tribunais, de pendor secular, presididos pelos califas ou em seu nome. A coexistência entre estas duas jurisdições não foi introduzida por influência europeia, ainda que as reformas de sentido europeizante levadas a

Lições de Direito Comparado

além disso, eram seus discípulos todos os indivíduos dotados de uma instrução superior e era sempre deles a palavra que, junto dos califas, influía na decisão de políticas globais e de concretas medidas individuais²⁸².

O poder dos *ulamas* foi de tal modo grande que a religião pôde permanecer incólume por entre as escolas e os ritos que ganharam forma ao longo do processo de sistematização da *Sharia*. Os diferendos em pontos de doutrina e da prática ritual não implicaram uma verdadeira ruptura entre os fiéis. Daí que quatro escolas de jurisprudência islâmica tenham visto reconhecido o seu carácter oficial – as escolas ou ritos *Hanafita*, *Malikita*, *Shafita* e *Hanbalita* –, passando a caber-lhes a conformação dos termos da ortodoxia. O aparecimento de escolas ancoradas em interpretações próprias da *Sharia* foi admitido em homenagem ao direito, titulado pelos indivíduos especialmente qualificados, de exercer um esforço pessoal de interpretação a partir das fontes originárias. Esse esforço individualmente empreendido – *ijtihad* – legitimou diferentes leituras dos fundamentos do Islão e acabou por fazer os ortodoxos temer pela unidade da *Umma*, o que levou os *ulamas* a declarar “encerrada a porta do esforço” na primeira metade do século X²⁸³.

O “**encerramento da porta do esforço**” e a instituição de um princípio de respeito pela autoridade (*taqlid*) permitiram ao Islão dos *ulamas* uma extraordinária tranquilidade. Os espíritos críticos haviam sido neutralizados e não podiam mais afrontar a ortodoxia a coberto do exercício de um qualquer direito. Se se manifestavam – como nunca deixaram de o fazer – sabiam que seriam sujeitos a represálias e, da parte dos *ulamas*, sempre foi grande a disponibilidade para assegurar que estas fossem verdadeiramente punitivas. Tolhido o *ijtihad*, a imagem do Islão desenhada pelos *ulamas* fixou-se como algo de absoluto, perfeitamente cristalizado. Esta imagem é aquela que ainda hoje domina a percepção que muitos têm do Islão – um Islão rigorosamente subordinado à *Sharia* e àqueles que zelam pelo cumprimento dos seus preceitos, um Islão fechado sobre si próprio, arrogante na sua pretendida auto-suficiência e no apego às suas glórias passadas, incapaz de se relacionar com o que quer que possa pô-lo em causa (seja porque signifique uma possibilidade de mudança ou porque desafie a estrita lógica da Lei revelada). Esta

cabo no século XIX tenham tornado mais clara a separação dos sistemas.

²⁸² Cf. MONTGOMERY WATT, *Islamic Fundamentalism and Modernity*, *op. cit.*, pp. 91-92.

²⁸³ Cf. MONTGOMERY WATT, *Islamic Fundamentalism and Modernity*, *op. cit.*, p. 29.

imagem do Islão reforçava a autoridade dos *ulamas*, mas não os protegeu da queda no início do século XIX.

Depois de séculos de senhorio praticamente inabalável, a partir de 1800, os *ulamas* conheceram os primeiros ataques ao seu poder. O império Otomano vivia momentos de crise e o poder político, até então muito cúmplice dos *ulamas*, começou a dar sinais de desinteresse na manutenção dos velhos laços. Os *ulamas* viram-se criticados, isolados e, a breve trecho, privados de muitas das suas anteriores prerrogativas. Muitos viam-nos não apenas como corruptos sequiosos de poder, mas sobretudo como obstáculos à solução dos problemas que então assolavam o mundo muçulmano. O estado do império exigia reformas, o povo reclamava-as, os homens no Governo projectavam-nas, mas os *ulamas* opunham-se a elas, inviabilizando-as²⁸⁴. Porque as reformas tinham mesmo de acontecer, foi necessário reduzir a força da oposição representada pelos *ulamas*, o que o sultão Mahmud II conseguiu retirando-lhes o controlo da administração da justiça (com a criação de um Conselho de Justiça provido de poderes de supervisão dos tribunais e o estabelecimento de uma nova estrutura de tribunais seculares) e afrontando directamente os seus pergaminhos em matéria de produção legislativa, ao promulgar, a partir de 1850, vários Códigos largamente influenciados pelo Direito francês, quando não simplesmente traduzidos dos Códigos franceses respectivos, como aconteceu com o Código Comercial, de 1850, e com o Código Penal, de 1858²⁸⁵.

Com o estabelecimento dos tribunais seculares de tipo ocidental, reforçou-se a separação entre a jurisdição secular, de tipo ocidental, e a jurisdição religiosa – os tribunais da *Sharia* –, cujas competências foram sendo progressivamente reduzidas, até ficarem limitadas aos domínios do estatuto pessoal (casamento, divórcio, sucessões) e das doações e das fundações pias. Os tribunais da *Sharia* acabaram, inclusive, por ser abolidos em muitos países e as matérias da sua competência passaram a ser tratadas pelos tribunais seculares, ainda à luz da *Sharia*, mas

²⁸⁴ Cf. MONTGOMERY WATT, *Islamic Fundamentalism and Modernity*, *op. cit.*, pp. 34-35 e 71-73.

²⁸⁵ O Código Comercial otomano foi de tal modo fiel ao seu congénere francês que até incluía disposições sobre o pagamento e a cobrança de juros, algo que é expressamente vedado pela *Sharia*. A tradução do Código Penal francês implicou, por seu turno, o afastamento de quase todas as disposições da *Sharia* em matéria penal, mantendo-se apenas a pena de morte como sanção para a apostasia, ou seja, o abandono da fé islâmica. Cf. MONTGOMERY WATT, *Islamic Fundamentalism and Modernity*, *op. cit.*, pp. 35-36, 92 e 147.

por indivíduos com muito limitados conhecimentos sobre a Lei religiosa. Esta circunstância importou, inevitavelmente, várias alterações à realização prática do Direito islâmico. Mau grado o “encerramento da porta do esforço”, a *Sharia* foi objecto de várias reformas – reformas indirectas, decorrentes da prática desenvolvida nos tribunais por juizes de formação ocidental que, invariavelmente, ajustavam as disposições da Lei revelada ao seu próprio entendimento do Direito, e também reformas directas promovidas pelo poder político e traduzidas, na sua maior parte, na codificação de matérias reguladas pela *Sharia*, como o Direito da família, em diplomas legais que combinavam os princípios consagrados na *Sharia* com regras e princípios de tipo ocidental²⁸⁶.

A redução da jurisdição dos tribunais da *Sharia* e a substituição destes tribunais por tribunais seculares em alguns países do mundo muçulmano selaram o destino dos *ulamas*, que passaram a ver o seu papel praticamente reduzido ao de educadores e orientadores dos fiéis em matérias espirituais. Nas mesquitas e nas escolas religiosas tradicionais, os *ulamas* continuaram a falar aos fiéis de um certo Islão que fora grandioso e que agora se perdia às mãos de governantes ímpios, seduzidos pelo brilho enganador das luzes ocidentais. Alguns *ulamas* transigiram, aceitando as normas contidas nos novos códigos de inspiração ocidental e dispendo-se a “aprender” a aplicá-las nos tribunais seculares então criados, para além de assumirem a tarefa de comunicar aos jovens muçulmanos matérias diferentes das tradicionalmente incluídas nos programas escolares²⁸⁷. Muitos *ulamas*, porém, permaneceram irredutíveis. São eles, em grande medida, os mentores do “renascimento islâmico”²⁸⁸ que pretende devolver o mundo muçulmano à pureza dos seus termos – tal como eles foram definidos pelos próprios *ulamas* – e que seguramente lhes fará justiça reempossando-os como os líderes legítimos da comunidade dos fiéis²⁸⁹.

²⁸⁶ Cf. NOEL J. COULSON, *Histoire du Droit Islamique*, *op. cit.*, pp. 157-172 e 194-211.

²⁸⁷ Cf. MONTGOMERY WATT, *Islamic Fundamentalism and Modernity*, *op. cit.*, pp. 47 e 36-43.

²⁸⁸ Um movimento de regresso às origens, iniciado no final da década de 1970, com a revolução iraniana, e marcado pela exaltação dos sentimentos religiosos, pela absolutização da *Sharia* e por um repúdio veemente do espírito materialista e decadente dos ocidentais. Cf. KHURSHID AHMAD, “The nature of the Islamic resurgence”, in John L. Esposito (dir.), *Voices of Resurgent Islam*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 228; PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, *op. cit.*, pp. 97-100.

²⁸⁹ Cf. JOHN J. DONOHUE, “Islam and the search for identity in the Arab world”, in John L. Esposito (dir.), *Voices of Resurgent Islam*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 60.

O ascendente recuperado pelos *ulamas* nas últimas décadas, faz temer o regresso dos Estados de maioria muçulmana a interpretações literais da Lei revelada e à reinstauração de soluções jurídicas desajustadas às actuais necessidades das populações muçulmanas. Muitos juristas muçulmanos defendem, no entanto, que a Lei islâmica contém, nos seus próprios fundamentos, o necessário para a sua compatibilização com os tempos modernos, mesmo que tenha sido ela, durante séculos, o meio privilegiado de perpetuação do passado. O segredo está em entender a *Sharia* como um corpo de normas de aplicação largamente condicionada²⁹⁰. As normas constantes dos textos sagrados dependem sempre, em maior ou menor medida, do conjunto das concretas circunstâncias que envolvem a sua aplicação, o que faz intervir no processo factores sempre diferentes consoante o tempo e o lugar. A abertura para o exterior – para lá dos designios do dogma – é deixada por este espaço de conformação, que afasta, retirando-lhe aquela legitimidade agarrada aos textos, uma obediência cega à *Sharia*. A lição foi dada, há muito tempo, pelas escolas fundadoras da jurisprudência islâmica. O trabalho desenvolvido por esses primeiros juristas permite entrever as extraordinárias virtualidades da *Sharia*. Para além das muitas regras de Direito que soube extrair do Alcorão e da *Sunna*, deixou um amplo manancial de expedientes técnicos pelos quais continua a ser possível ler a Lei revelada como se fosse a primeira vez. Não se tratou – não se trata – de uma obra unitária. Pelo contrário, várias são as diferenças que opõem as escolas, confirmando, também por aqui, a liberdade que, sobre todas as aparências, é reservada à interpretação da Lei no Islão. Mesmo no universo islâmico, há mais mundos...

A atenção dispensada ao Direito islâmico nas últimas décadas é, em larga medida, o resultado dos atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001, em Washington e em Nova Iorque, dos subsequentes atentados em Madrid (2004) e em Londres (2005) e do recente aparecimento na cena política internacional do denominado Estado Islâmico. Durante boa parte do século XX, o Direito islâmico foi uma “não questão” aos olhos dos observadores ocidentais, atenta a circunstância de, na maioria dos Estados do mundo muçulmano, depois da Segunda Guerra Mundial, o campo de aplicação da *Sharia* estar praticamente reduzido às matérias de estatuto

²⁹⁰ “Even the most specific injunctions, injunctions which have been explicitly specified by the holy texts are contingent upon conditions which permit a high degree of flexibility”. Cf. AL-SADIQ AL-MAHDI, “Islam: society and change”, in John L. Esposito (dir.), *Voices of Resurgent Islam*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 238.

Lições de Direito Comparado

pessoal, família e sucessões. A situação começou a mudar com a revolução iraniana, em 1979, que marcou o início do “renascimento islâmico”. Mesmo antes de Setembro de 2001, o Islão e o seu Direito eram já percebidos no Ocidente como uma ameaça, uma força retrógrada, inimiga da democracia e incompatível com os padrões internacionais de direitos humanos; como o inimigo natural do Ocidente num futuro choque de civilizações²⁹¹...

Apesar de, não raro, operarem na clandestinidade, os grupos islamistas defensores de um “regresso à *Sharia*” beneficiam de um grande apoio popular e conseguem bons resultados eleitorais sempre que são admitidos a eleições livres, como pôde observar-se recentemente durante a “Primavera Árabe”. Os grupos islamistas não estiveram envolvidos nas manifestações populares que conduziram à queda de Ben Ali e de Hosni Mubarak, em 2011²⁹², mas acabaram por ser os principais beneficiários dos processos democráticos então desencadeados, somando vitórias eleitorais na Tunísia, em Marrocos e no Egipto e fazendo temer um “Inverno islamista”, inimigo dos direitos humanos.

Tanto na Tunísia como no Egipto, em 2011 e em 2012, os debates sobre as reformas constitucionais a emprender foram dominados pelo lugar a atribuir à religião na vida política democrática e a autoridade a reconhecer à Lei islâmica nas ordens jurídicas em construção. Os secularistas recusam-se a acreditar na moderação dos seus adversários e acusam-nos de pretender manipular os processos democráticos para instituir um Estado teocrático e impor uma aplicação literal dos preceitos da *Sharia*, com implicações gravíssimas para os direitos individuais, sobretudo os direitos das mulheres e dos membros das minorias religiosas²⁹³. Muitos são os

²⁹¹ Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, *op. cit.*, pp. 93-96.

²⁹² Um aspecto sublinhado pela maioria dos comentadores. Cf., entre outros, EWAN STEIN, “Revolutionary Egypt: promises and perils”, in Nicholas Kitchen (ed.), *After the Arab Spring: Power Shift in the Middle East?*, Londres, London School of Economics and Political Science, 2012, p. 24; ROLAND FREUDENSTEIN, “The Arab Spring: what’s in it for us?”, in *European View*, vol. 10, 2011, pp. 68-69; MICHELLE PACE e FRANCESCO CAVATORTA, “The Arab uprisings in theoretical perspective: an introduction”, in *Mediterranean Politics*, vol. 17, n.º 2, 2012, pp. 132-134.

²⁹³ Para uma leitura deste sentido, cf., por exemplo, HUSSEIN IBISH, “Jumping to conclusions on the Arab Spring”, in *Now Lebanon*, edição de 01.11.2011, texto disponível em http://www.realclear-world.com/2011/11/01/jumping_to_conclusions_on_the_arab_spring_129339.html [29.11.2011]; MOATAZ EL FEGIERY, “A tyranny of the majority? Islamists ambivalence about human rights”,

que consideram que a Primavera Árabe implicou um retrocesso em matéria de liberdade religiosa e de igualdade de género e recordam com saudade os regimes ditatoriais depostos, que eram, para muitos efeitos²⁹⁴, seculares e sob os quais o estatuto da mulher conheceu melhorias significativas²⁹⁵. Os islamistas, por seu turno, sublinham a centralidade da religião para a identidade nacional e propõem-se promover uma gradual islamização da sociedade, mas acrescentam que não está em causa a instituição do califado, nem a aplicação intransigente da Lei religiosa. O líder do Ennahda, na Tunísia, rejeitou expressamente a ideia de um Estado islâmico e cita amiúde o exemplo do Partido da Justiça e Desenvolvimento, da Turquia, como modelo de partido conservador, de orientação religiosa, que o Ennahda pretende emular²⁹⁶. No Egipto, a Irmandade Muçulmana afirmou em várias ocasiões pretender ver adoptado um texto constitucional que defina o Egipto como um Estado civil (*i.e.*, secular) de referência islâmica e não como um Estado religioso²⁹⁷.

in *FRIDE Working Paper*, n.º 113, 2012, texto disponível em <http://www.fride.org/publication/1067/islamists%E2%80%99-ambivalence-about-human-rights> [05.10.2012].

²⁹⁴ Apesar da sua orientação secular, os regimes anteriores não deixaram de regular algumas matérias (sucessões, casamento, divórcio, minorias) por referência à *Sharia*, nem de invocar a Lei religiosa para apor reservas à ratificação de tratados internacionais de direitos humanos, como aconteceu, tanto para a Tunísia, como para o Egipto, com a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979. Refira-se ainda que as Constituições “pré-revolucionárias” de ambos os países identificavam o Islão como a religião de Estado e que a Constituição egípcia estatuiu que os princípios da *Sharia* eram a principal fonte do Direito legislado. Cf. NATHAN J. BROWN, *Egypt and Islamic Sharia: A Guide for the Perplexed*, Carnegie Endowment for International Peace, 2012, disponível em <http://carnegieendowment.org/2012/05/15/egypt-and-islamic-sharia-guide-for-perplexed/argb> [16.05.2012].

²⁹⁵ Sobre o estatuto da mulher na lei tunisina “pré-revolucionária”, considerada a mais avançada do mundo árabe em termos de igualdade de género, cf. FATIMA EL-ISSAWI, “The Tunisian transition: the evolving face of the Second Republic”, in Nicholas Kitchen (ed.), *After the Arab Spring: Power Shift in the Middle East?*, Londres, London School of Economics and Political Science, 2012, p. 21. Sobre a situação no Egipto, cf. VICKIE LANGOHR, “How Egypt’s revolution has dialed back women’s rights”, in *Foreign Affairs*, edição digital de 22.12.2011, texto disponível em <http://www.foreignaffairs.com/articles/136986/vickie-langohr/how-egypts-revolution-has-dialed-back-womens-rights> [27.12.2011].

²⁹⁶ Cf. OLIVIER ROY, “The transformation of the Arab world”, in *Journal of Democracy*, vol. 23, n.º 3, 2012, p. 13.

²⁹⁷ Cf. MARINA OTTAWAY, “The consequences of the internal power shift”, in Sinan Ülgen *et al.*, *Emerging Order in the Middle East*, Carnegie Endowment for International Peace, 2012, p. 9; NATHAN J. BROWN, “When victory becomes an option: Egypt’s Muslim Brotherhood confronts success”, in *The Carnegie Papers*, Janeiro, 2012, p. 11, texto disponível em <http://carnegieendow->

Lições de Direito Comparado

As referências à *Sharia* – mais comuns, de resto, entre os islamistas egípcios do que entre os seus congêneres tunisinos²⁹⁸ – são explicadas como apelos à moralização da vida pública, depois dos abusos de poder e da corrupção dos regimes seculares anteriores²⁹⁹, e não como reflexo da intenção de substituir os sistemas jurídicos em vigor pela *Sharia* ou por uma nova ordem jurídica pautada pela estrita obediência às disposições da Lei religiosa³⁰⁰. Esta – dizem – oferece, sobretudo, o enunciado dos valores e dos princípios fundamentais pelos quais todos os muçulmanos devem pautar as suas vidas, pelo que permite interpretações flexíveis³⁰¹ e a plena conformidade com os padrões internacionais de direitos humanos.

Apesar de terem defendido, durante décadas, que os direitos humanos mais não são do que um instrumento de dominação ocidental, usado de forma etnocêntrica e dúplice ao sabor de interesses geoestratégicos³⁰², os islamistas que acederam ao poder com a Primavera Árabe não são insensíveis à importância dos direitos humanos como fonte de legitimidade interna e internacional e revelam-se fluentes na “linguagem dos direitos”, que têm vindo a integrar nos seus manifestos e programas políticos. Como observam Olivier Roy e Nathan J. Brown, a circunstância de os islamistas terem sido finalmente admitidos à cena política oficial na Tunísia e no Egito condiciona-os, forçando-os a adoptar um discurso cauteloso e politicamente responsável, mais ditado por factores económicos e exigências internacionais do que pela sua interpretação dos textos sagrados³⁰³. Naturalmente que isto não significa que a adesão dos islamistas aos padrões internacionais de direitos humanos seja sincera ou sem reservas. Os líderes da Irmandade Muçulmana, por exemplo, afirmam-se empenhados no respeito pelos padrões internacionais de direitos humanos *desde*

ment.org/files/brotherhood_success.pdf [02.12.2012].

²⁹⁸ Cf. MOATAZ EL FEGIERY, “A tyranny of the majority?...” , *op. cit.*, p. 7.

²⁹⁹ Cf. ABDOU FILALI-ANSARY, “The languages of the Arab revolutions”, in *Journal of Democracy*, vol. 23, n.º 2, 2012, pp. 12-13.

³⁰⁰ Exceptuada a franja extremista (salafita), é razoavelmente pacífico no campo islamista que a *Sharia* não constitui um sistema jurídico autónomo e completo que possa substituir os sistemas jurídicos “seculares” anteriores. Cf. OLIVIER ROY, “The transformation of the Arab world”, *op. cit.*, p. 17.

³⁰¹ Cf. NATHAN J. BROWN, *Egypt and Islamic Sharia: A Guide for the Perplexed*, *op. cit.*.

³⁰² Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, *op. cit.*, pp. 265-268.

³⁰³ Cf. OLIVIER ROY, “The transformation of the Arab world”, *op. cit.*, p. 8; NATHAN J. BROWN, “Changes in the domestic order”, in Sinan Ülgen *et al.*, *Emerging Order in the Middle East*, Carnegie Endowment for International Peace, 2012, pp. 4-5.

que estes não conflituem com o disposto na *Sharia*³⁰⁴, uma sobrançeria que traz à memória o velho argumento islamista de que os direitos humanos cunhados pelo Ocidente ficam muito aquém do modelo islâmico de tutela da dignidade da pessoa humana, que decorre directamente da Lei de Deus³⁰⁵.

A conciliação entre os dois modelos afigura-se difícil, se tivermos presente que algumas disposições da *Sharia* contrariam frontalmente o estatuído nos padrões internacionais de direitos humanos. Uma observação muito comum nas análises que têm vindo a ser feitas sobre a eventual compatibilidade entre a *Sharia* e os direitos humanos é a de que a maioria das disposições da *Sharia* permite interpretações muito diversas, proporcionando ao intérprete uma grande margem de flexibilidade³⁰⁶. Este facto, sendo incontroverso, não resolve o problema da compatibilização entre a *Sharia* e os padrões internacionais de direitos humanos, por duas razões fundamentais.

Em primeiro lugar, a flexibilidade proporcionada ao intérprete suscita a questão de saber quem será esse intérprete. Um dos aspectos mais discutidos durante os trabalhos da assembleia constituinte egípcia foi o de saber se seria de atribuir à Universidade Al-Azhar a autoridade para determinar o sentido dos princípios da *Sharia*, como proposto pelos delegados salafitas, uma hipótese que fez soar os

³⁰⁴ Cf. MOATAZ EL FEGIERY, “A tyranny of the majority?...”, *op. cit.*, p. 8.

³⁰⁵ Este é um argumento recorrente nas comparações feitas por académicos muçulmanos ao longo das últimas décadas entre o disposto na *Sharia* e o conteúdo dos instrumentos de Direito internacional dos direitos humanos (*maxime* a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948) e está subentendido na “islamização dos direitos humanos” resultante da adopção de Declarações e Cartas de direitos pelo Islamic Council, pela Organização da Conferência Islâmica e pela Liga dos Estados Árabes. Veja-se, por exemplo, o texto da *Declaração Islâmica Universal dos Direitos do Homem*, que foi coligida por um conjunto de académicos e juristas muçulmanos para o Islamic Council, em 1981, e cujo prefácio começa por afirmar que o Islão deu à humanidade um código ideal de direitos humanos há catorze séculos atrás. O texto da Declaração encontra-se disponível em <http://www.alhewar.com/ISLAMDECL.html> [21.02.2012]. Cf., ainda, PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, *op. cit.*, pp. 268-276.

³⁰⁶ O argumento não tem nada de novo. Em 1990, Abdullahi An-Na’im observava: “Shari’a is not a formally enacted legal code. It consists of a vast body of jurisprudence in which individual jurists express their views on the meaning of the Qur’an and Sunna and the legal implications of those views. Although most Muslims believe Shari’a to be a single logical whole, there is significant diversity of opinion not only among the various schools of thought, but also among the different jurists of a particular school”. Cf. ABDULLAHI AHMED AN-NA’IM, “Human rights in the Muslim world: socio-political conditions and scriptural imperatives”, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 3, 1990, p. 19.

alarmes dos secularistas, receosos da imposição de uma interpretação retrógrada da Lei religiosa³⁰⁷. Ainda que os partidos islamistas recém-chegados ao poder na Tunísia e no Egito afirmem privilegiar uma leitura esclarecida da *Sharia*, adequada às exigências dos tempos modernos, é inegável que existe o risco de que as entidades chamadas a transpor os princípios da *Sharia* para a legislação ordinária e a ajuizar da conformidade desta com a Lei religiosa venham a adotar uma interpretação literal dos textos sagrados e a tratar a *Sharia* não apenas como um conjunto de princípios orientadores, mas como um conjunto de regras jurídicas pormenorizadas³⁰⁸.

O que nos remete para o segundo dos motivos pelos quais a compatibilização entre a *Sharia* e os padrões internacionais de direitos humanos se afigura problemática. Sendo geralmente aceite pelas escolas de jurisprudência islâmica que a maioria das disposições da *Sharia* admite uma pluralidade de interpretações, é também pacífico que existe um núcleo de disposições cujo sentido é estabelecido de forma clara e categórica pelo Alcorão e pela *Sunna* e sobre o qual não se admite discussão³⁰⁹. Este núcleo imutável inclui as disposições relativas aos crimes *hudud*, para os quais o Alcorão e a *Sunna* estabelecem sanções invariáveis (roubo, rebelião, fornicação, acusação infundada de fornicação, intoxicação e apostasia), e as disposições relativas ao estatuto da mulher no seio da família (direitos e deveres conjugais, divórcio, direitos sucessórios)³¹⁰. É possível que algumas das disposições de Direito Penal venham a ser afastadas por inadequação aos tempos

³⁰⁷ Cf. MOATAZ EL FEGIERY, “A tyranny of the majority?...”, *op. cit.*, p. 15. A proposta revelou-se de tal modo controversa que acabou por ser abandonada. Cf. ARIA NAKISSA, “Islamist understandings of Sharia and their implications for the post-revolutionary Egyptian Constitution”, in *Middle East Brief*, n.º 68, Novembro, 2012, p. 5, texto disponível em <http://www.brandeis.edu/crown/publications/meb/MEB68.pdf> [02.12.2012].

³⁰⁸ Sobre estes riscos, cf., entre outros, Cf. ABDOU FILALI-ANSARY, “The languages of the Arab revolutions”, *op. cit.*, pp. 13-14; MOATAZ EL FEGIERY, “A tyranny of the majority?...”, *op. cit.*, p. 5.

³⁰⁹ Cf. NATHAN J. BROWN, *Egypt and Islamic Sharia: A Guide for the Perplexed*, *op. cit.*. Alguns autores, como Abdullahi An-Na’im, defendem que o esforço interpretativo (*ijtihad*) deve aplicar-se mesmo às disposições do Alcorão e da *Sunna* cujo conteúdo seja claro e categórico, mas esta é ainda uma posição minoritária. Cf. ABDULLAHI AHMED AN-NA’IM, *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse, Syracuse University Press, 1990, pp. 28-29.

³¹⁰ Cf. ABDULLAHI AHMED AN-NA’IM, *Towards an Islamic Reformation...*, *op. cit.*, pp. 43 e 107-109.

modernos³¹¹, mas semelhante abertura dificilmente será permitida em matéria de Direito da Família, o único sector que se manteve subordinado à *Sharia* em todos os países de maioria muçulmana³¹² quando estes embarcaram na via da modernização/secularização depois do fim da primeira guerra mundial. Não é por acaso que, no projecto da nova Constituição egípcia, em discussão em Novembro de 2012, o artigo 2.º refere os *princípios* da *Sharia*, enquanto principal fonte de Direito legislado, e o artigo 36.º refere as *regras* da *Sharia*, ao estatuir que o Estado deve adoptar todas as medidas necessárias ao estabelecimento da igualdade entre homens e mulheres, desde que estas não contrariem o disposto nas regras da Lei religiosa³¹³.

Ainda que os islamistas dominem a retórica dos direitos humanos na perfeição e não tenham qualquer dificuldade em alternar entre referências aos direitos humanos da *Sharia* e referências aos padrões internacionais de direitos humanos, é evidente que, pelo menos no que respeita à igualdade de género, estarão sempre a falar de coisas muito diferentes daquelas em que pensamos quando falamos em direitos humanos numa perspectiva ocidental³¹⁴. Isso mesmo pode ser confirmado pelas reservas apostas pela generalidade dos países de maioria muçulmana aos instrumentos de ratificação dos tratados internacionais sobre a matéria³¹⁵ e pelas frequentes afirmações da superioridade da *Sharia* na protecção das mulheres, de que é um bom exemplo o artigo 3.º, n.º 3, da Carta Árabe de Direitos Humanos, de 2004, nos termos do qual os homens e as mulheres são iguais em dignidade, direitos

³¹¹ Cf. ARIA NAKISSA, “Islamist understandings of Sharia...”, *op. cit.*, p. 3.

³¹² Excepção feita para a Turquia, cujo secularismo se comunicou também ao domínio do estatuto pessoal. Cf. BINNAZ TOPRAK, “Islam and the secular state in Turkey”, in Çiğdem Balim *et al.*, *Turkey: Political, Social and Economic Challenges in the 1990s*, Leiden, E. J. Brill, 1995, pp. 90-91.

³¹³ Cf. ARIA NAKISSA, “Islamist understandings of Sharia...”, *op. cit.*, p. 5. O artigo 36.º, posteriormente renumerado artigo 68.º, acabaria, no entanto, por não integrar o texto final da Constituição, adoptado em 29 de Novembro de 2012.

³¹⁴ Nesse sentido, cf., entre outros, MICHELLE PACE e FRANCESCO CAVATORTA, “The Arab uprisings in theoretical perspective...”, *op. cit.*, p. 135. Sobre a deliberada ambiguidade dos islamistas em matéria de direitos humanos, cf., ainda, MOATAZ EL FEGIERY, “A tyranny of the majority?...”, *op. cit.*, pp. 1 e 7-13.

³¹⁵ Sobretudo a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989. Sobre as reticências manifestadas pela Irmandade Muçulmana a respeito destas duas Convenções, cf. NATHAN J. BROWN, “When victory becomes an option...”, *op. cit.*, p. 14.

Lições de Direito Comparado

e deveres, dentro do regime de *discriminação positiva* estabelecido pela *Sharia* em benefício das mulheres³¹⁶. Este fosso interpretativo entre ocidentais e muçulmanos sobre o que sejam os direitos humanos e a igualdade de género é muito difícil de superar, o que torna especialmente fátua, ainda que porventura compreensível, a insistência dos líderes políticos ocidentais na promoção da igualdade de género como condição *sine qua non* do seu apoio aos processos de transição democrática no mundo árabe.

³¹⁶ “Men and women are equal in respect of human dignity, rights and obligations within the framework of the positive discrimination established in favour of women by the Islamic Shariah, other divine laws and by applicable laws and legal instruments”. O texto da Carta encontra-se disponível em <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html> [02.12.2012].

LIÇÃO N.º 8

OS DIREITOS TRADICIONAIS AFRICANOS

Falar em Direitos africanos significa reunir sob uma mesma designação diversos sistemas jurídicos, variáveis de grupo étnico para grupo étnico e com diferentes graus de desenvolvimento. Não temos em mente as ordens jurídicas estaduais dos países africanos, como Angola, Moçambique, Guiné-Bissau, África do Sul, Nigéria, etc., mas as regras e as práticas jurídicas características dos diversos povos africanos – como os Bantos, os Ovimbundo, os Ambundu, os Bakongo, os Balantas, os Mandingas, os Bijagós, os Nguni, os Sotho, etc., etc. –, muitos dos quais coexistem no território de um mesmo Estado e que tanto podem estar presentes apenas no território de um Estado ou distribuídos pelo território de vários Estados.

Como já foi referido, os Estados africanos tornados independentes no século XX começaram por assumir-se como Estados modernos, dotados de ordens jurídicas de tipo ocidental em que os costumes locais dos diversos grupos étnicos não tinham lugar. Esta posição acabou por ser revista face à força dos costumes locais nas vidas das populações e à estranheza suscitada pelas soluções jurídicas importadas dos países europeus, pelo que os Direitos de Angola, Moçambique, África do Sul, etc. são hoje assumidamente sistemas jurídicos híbridos, onde os Direitos tradicionais africanos ocupam um lugar importante.

Apesar da multiplicidade de Direitos tradicionais africanos, é possível identificar alguns aspectos comuns que permitem, designadamente, sublinhar as diferenças existentes entre estes Direitos e a tradição jurídica ocidental.

A principal fonte de Direito é o **costume** e as normas jurídicas não se encontram reduzidas a escrito. A submissão ao costume é espontânea, mercê do culto prestado aos antepassados. Cada indivíduo sente-se na obrigação de viver como os antepassados o haviam feito, numa linha de continuidade adversa às ideias de progresso e resistente à alteração dos esquemas estabelecidos. Pode dizer-se que, para os povos africanos, o costume se encontra ligado a uma ordem mítica do universo, o que os faz acreditar que o seu desrespeito será punido com reacções desfavoráveis das forças naturais e das forças sobrenaturais. O temor face às forças sobrenaturais, associado ao temor face à opinião dos restantes elementos do grupo, é suficiente para impor, de um modo geral, a observância dos modos tradicionais de vida³¹⁷.

Tipicamente, os indivíduos não se vêem como titulares de direitos subjectivos que possam opor a outrem ou à comunidade como um todo, seja a família, a aldeia ou a tribo. A sua condição é a de membro com obrigações para com o grupo. A coesão do grupo é prioritária, pelo que é a **solidariedade interna do grupo** que dita a maior parte das relações sociais. A justiça é identificada com a instituição da paz, com a **reconciliação** das partes e com a restauração da harmonia na comunidade, pelo que os litígios são superados por acordo e não pela aplicação de um Direito estrito – um aspecto que, como veremos, tem vindo a ser valorizado tanto pela doutrina como pela comunidade internacional nos últimos anos.

Os costumes africanos sofreram transformações significativas na sequência das várias influências exteriores exercidas no continente africano, nomeadamente o Cristianismo, o Islamismo e a colonização europeia. O Cristianismo e o Islamismo coexistiram com os costumes africanos – que continuaram a ser aplicados mesmo quando contrários à nova fé –, mas contribuíram para uma diminuição da sua autoridade, na medida em que os costumes perderam o seu fundamento sobrenatural e mágico e o respeito pelas suas regras deixou de ser encarado como algo de absolutamente necessário.

A colonização europeia no século XIX contribuiu para a transformação dos Direitos consuetudinários e para a introdução de sistemas jurídicos modernos destinados a solucionar os novos problemas sociais que tornavam evidente a desactualização dos

³¹⁷ Cf. RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, op. cit., pp. 566 e ss..

Lições de Direito Comparado

antigos costumes. O campo de aplicação dos costumes locais foi restringido às relações de Direito privado pertinentes à família e ao uso e posse das terras e a aplicação das normas costumeiras foi confiada a tribunais modernos, que passaram a aplicá-las com os instrumentos hermenêuticos usados para o Direito codificado de tipo ocidental, desvirtuando-as. As jurisdições tradicionais passaram a ser vistas como forma de tutela de direitos subjectivos individuais, em lugar de ser a sede privilegiada para a composição dos conflitos. A importação de soluções jurídicas de tipo europeu – frequentemente inadequadas para as realidades africanas – importou também o estabelecimento de tribunais “modernos” em detrimento do papel reconhecido às jurisdições tradicionais.

A aproximação ao Ocidente continuou depois de os países africanos terem acedido à independência, na segunda metade do século XX, o que se explica, como já tivemos oportunidade de referir, pela convicção dos novos líderes políticos africanos de que a adopção de modelos políticos, económicos e jurídicos ocidentais era a única via de assegurar o progresso social e o desenvolvimento económico para as suas populações. Na década de 1980 começou a afirmar-se uma tendência de sentido contrário, que persiste até hoje, e que é a de **reabilitar os costumes** e os valores tradicionais africanos como forma de recuperar a autenticidade africana. Os novos líderes africanos encaram agora os costumes como um elemento necessário para atribuir aos seus sistemas jurídicos um carácter acentuadamente nacional, reforçando a ideia de coesão nacional.

Esta valorização do costume tem reflexos no plano das Constituições de muitos Estados africanos. Considere-se, por exemplo, o disposto na Constituição da República de Angola, de 2010³¹⁸:

“É reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana” (artigo 7.º).

“O Estado reconhece o estatuto, o papel e as funções das instituições do poder tradicional constituídas de acordo com o direito consuetudinário e que não contrariam a Constituição” (artigo 223.º, n.º 1).

³¹⁸ O texto da Constituição da República de Angola pode ser consultado em <http://www.tribunal-constitucional.ao/uploads/%7B9555c635-8d7c-4ea1-b7f9-0cd33d08ea40%7D.pdf> [31.03.2015].

“O reconhecimento das instituições do poder tradicional obriga as entidades públicas e privadas a respeitarem, nas suas relações com aquelas instituições, os valores e normas consuetudinários observados no seio das organizações político-comunitárias tradicionais e que não sejam conflitantes com a Constituição nem com a dignidade da pessoa humana” (artigo 223.º, n.º 2).

“As autoridades tradicionais são entidades que personificam e exercem o poder no seio da respectiva organização político-comunitária tradicional, de acordo com os valores e normas consuetudinários e no respeito pela Constituição e pela lei” (artigo 224.º).

Considere-se igualmente o disposto na Constituição da República da África do Sul (*Constitution of the Republic of South Africa*), de 1996³¹⁹:

“The institution, status and role of traditional leadership, according to customary law, are recognised, subject to the Constitution. A traditional authority that observes a system of customary law may function subject to any applicable legislation and customs, which includes amendments to, or repeal of, that legislation or those customs. The courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law” (section 211, *recognition*).

“National legislation may provide for a role for traditional leadership as an institution at local level on matters affecting local communities. To deal with matters relating to traditional leadership, the role of traditional leaders, customary law and the customs of communities observing a system of customary law: a. national or provincial legislation may provide for the establishment of houses of traditional leaders; and b. national legislation may establish a council of traditional leaders” (section 212, *role of traditional leaders*).

Em todos estes textos é feita a ressalva do respeito pela Constituição e pela lei, o que se compreende atenta a preocupação generalizada de que algumas normas de Direito consuetudinário sejam incompatíveis com valores fundamentais

³¹⁹ O texto da Constituição da República da África do Sul encontra-se disponível em <http://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996> [31.03.2015].

Lições de Direito Comparado

dos Estados e, sobretudo, com os compromissos por estes assumidos no plano internacional em matéria de direitos humanos. Estão em causa, designadamente, os direitos das mulheres no seio da família e em matéria sucessória e algumas práticas consideradas especialmente atentatórias da dignidade da pessoa humana, como os casamentos forçados e a excisão feminina.

Apesar das reservas que estas práticas suscitam, a valorização dos costumes e, em especial, dos modos tradicionais de composição de conflitos tem vindo a ser recomendada pela doutrina e pela comunidade internacional, nos últimos anos. Segundo vários autores, o reconhecimento das instituições costumeiras justifica-se por razões de adequação, de justiça e de eficácia exigem, na medida em que estas estão mais próximas das necessidades reais da sociedade e do sentimento ético-jurídico dos respectivos destinatários³²⁰. Esse reconhecimento tem, de resto, a vantagem de favorecer a paz social, atento o valor atribuído pelas instâncias tradicionais de justiça à conciliação das partes em conflito. Privilegiando a conciliação, em detrimento de uma decisão imposta por um terceiro imparcial que declare vencedores e vencidos, as formas tradicionais de justiça permitem restaurar a harmonia do grupo, o que se afigura especialmente importante em meios pequenos, onde todos se conhecem e têm de partilhar bens e tarefas em ordem a sobreviver³²¹.

Outras vantagens referidas pela doutrina residem no carácter imediato, frontal, público, colectivo e relativamente transparente do funcionamento das autoridades tradicionais na resolução de conflitos; no facto de a língua usada pelos participantes ser a língua local das partes; na circunstância de os membros da assistência serem frequentemente chamados a participar na discussão do problema, apresentando os seus pontos de vista e inibindo os decisores de actuarem de forma infundada ou arbitrária; nos baixos custos envolvidos e na celeridade dos processos, sobretudo por comparação com a muito dispendiosa e morosa justiça oficial³²².

³²⁰ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado, op. cit.*, pp. 434-435 e 588.

³²¹ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado, op. cit.*, p. 440.

³²² Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “The heterogeneous State and legal pluralism in Mozambique”, *op. cit.*, pp. 68-69; SARA ARAÚJO, *Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique. Resolução de litígios no bairro ‘Jorge Dimitrov’*, s/d, disponível em <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/62.pdf> [21.10.2009]; RAQUEL FAJARDO, KONG RADY e PHAN SIN, *Pathways to Justice: Access to Justice with a Focus on Poor, Women and Indigenous Peoples*, Cambodja, Ministério da Justiça e PNUD Cambodja, 2005, p. 18.

A comunidade internacional, entretanto, tem vindo a mostrar-se sensível à utilidade das instâncias de justiça tradicional, como mecanismos alternativos de solução de litígios. Na Declaração dos princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder, adoptada em 1985, a Assembleia-Geral das Nações Unidas admitiu o recurso às práticas de Direito consuetudinário ou práticas autóctones de justiça, sempre que estas se revelem adequadas a facilitar a conciliação e a obter a reparação em favor das vítimas³²³. Idêntico é o sentido da Resolução do Conselho Económico e Social das Nações Unidas que, em 2002, definiu os princípios básicos por que devem pautar-se os programas de *justiça restaurativa* em matéria criminal³²⁴.

Largamente baseados nas formas de justiça tradicional ou indígena, os processos de *justiça restaurativa* englobam quaisquer mecanismos pelos quais a vítima e o agressor, bem como todos os demais indivíduos ou membros da comunidade afectados pela prática do crime, participam em conjunto na solução dos problemas decorrentes do crime, normalmente com o auxílio de um mediador ou facilitador³²⁵. No termo do processo, pode ser decidida a reparação dos danos, a restituição de bens ou a prestação de serviço a favor da comunidade, consoante as concretas necessidades individuais e colectivas³²⁶. Segundo o texto preambular desta declaração, os processos de *justiça restaurativa* apresentam a grande vantagem de contribuir para o entendimento e a harmonia sociais, por permitirem às vítimas de crimes partilhar abertamente as suas experiências e sentimentos (e, por aí, obter reparação e recuperar a sensação de segurança), contribuindo para sanar as feridas não apenas das vítimas, mas também dos agressores (que, deste modo, têm oportunidade de perceber as causas e os efeitos dos seus actos e de assumir a sua responsabilidade) e da comunidade como um todo³²⁷.

³²³ Declaração anexa à Resolução da Assembleia-Geral das Nações Unidas 40/34, de 29 de Novembro de 1985, in <http://www.lgdh.org> [29.11.2009].

³²⁴ Resolução 2002/12, de 24 de Julho de 2002, in [http://www.un.org/docs/ecosoc/ documents](http://www.un.org/docs/ecosoc/documents) [29.11.2009].

³²⁵ “‘Restorative process’ means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles” (n.º 2).

³²⁶ “Restorative outcomes include responses and programmes such as reparation, restitution and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender” (n.º 3).

³²⁷ “[R]estorative justice [builds] understanding and promotes social harmony through the heal-

Lições de Direito Comparado

O reconhecimento das formas de justiça tradicional no terreno tem os limites que já antecipámos ao referir as normas das Constituições angolana e sul-africana – o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, tal como estes estão consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e demais documentos internacionais sobre a matéria. Mesmo os mais acérrimos defensores do respeito pelas culturas se detêm neste ponto, exigindo, nomeadamente, que seja acautelada a igualdade de género³²⁸. Ora, um dos aspectos que, via de regra, caracteriza as normas costumeiras e as instâncias de justiça tradicional é a subalternização das mulheres e a sua exclusão dos lugares de chefia, nomeadamente dos conselhos de anciãos a quem compete dirimir conflitos. Esta circunstância tem levado não poucos defensores da diversidade cultural a propor o reconhecimento das instâncias tradicionais, mediante uma sua reconfiguração que permita o acesso de homens e mulheres, em pé de igualdade, aos lugares de liderança comunitária. Por mais bem intencionadas que sejam estas propostas, parece-nos manifesto que acabam por negar o seu próprio objectivo. Baseiam-se, afinal, num padrão uniforme de direitos e liberdades fundamentais, descurando a possibilidade de existirem outras formas de proteger a dignidade dos seres humanos que não se coadunem com a fórmula canónica³²⁹, e acabam por declarar inadmissíveis práticas ancestrais em cujo mérito as populações (mulheres e homens) acreditam. Sem pretendermos que o respeito pela diversidade cultural tenha de envolver uma aceitação acrítica de todas as normas e práticas ditas tradicionais, não podemos deixar de censurar, por

ing of victims, offenders and communities; [e]nables those affected by crime to share openly their feelings and experiences, and aims at addressing their needs; [p]rovides an opportunity for victims to obtain reparation, feel safer and seek closure; allows offenders to gain insight into the causes and effects of their behaviour and to take responsibility in a meaningful way, and enables communities to understand the underlying causes of crime, to promote community wellbeing and to prevent crime”.

³²⁸ Nesse sentido se pronunciam, entre outros, Raquel Fajardo, Kong Rady e Phan Sin. Cf. RAQUEL FAJARDO, KONG RADY e PHAN SIN, *Pathways to Justice...*, *op. cit.*, p. 18.

³²⁹ “Human rights jurisprudence has become a ‘human rights industry’, which relies heavily on unifying assumptions, often assiduously denying the possibility of protecting human rights through reconstructing indigenous norms at local level rather than imposition of globally uniform standards and norm systems”. Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context...*, *op. cit.*, p. 41. Idênticos considerandos se justificam a propósito das recomendações de que as estruturas tradicionais respeitem os princípios democráticos dos Estados em que se situem. Como nota Boaventura de Sousa Santos, o que, à luz dos valores políticos modernos, é considerado corrupção ou nepotismo, pode ser entendido como o cumprimento de deveres familiares e o correlato da lealdade para com a etnia ou a comunidade. Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “The heterogeneous State and legal pluralism in Mozambique”, *op. cit.*, p. 61.

míope, esta exigência de que as demais culturas se pautem pelos nossos valores. Este é, precisamente, o preconceito que se pretende haver superado há muito...

O mesmo vale para as tentativas de impor às instâncias de justiça tradicional a obediência a estritas regras de procedimento, em nome da segurança jurídica e como forma de garantir uma qualquer medida de *due process*. Em comentário ao artigo 14.º do *Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos*³³⁰, o Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas admitiu a legitimidade dos tribunais baseados no Direito costumeiro para pronunciar sentenças obrigatórias, desde que cumpridos alguns requisitos – que os procedimentos perante tais tribunais estejam limitados às matérias criminais e civis menores, que sejam cumpridos os requisitos básicos de um julgamento justo (o que quer que isso signifique) e que as sentenças desses tribunais sejam validadas pelos tribunais estatais, para além de susceptíveis de recurso pelas partes perante um procedimento que cumpra os requisitos do artigo 14.º do Pacto³³¹. O que se afigura problemático nesta abordagem é o facto de o reconhecimento das normas e instâncias tradicionais de justiça ser feito sem verdadeiramente se abandonar o dogma da superioridade dos sistemas jurídicos e judiciais formais. A justiça tradicional, apesar de merecer a confiança das populações e de ser célere e eficiente na resposta aos seus problemas, continua a ser vista como uma justiça de tipo inferior, por – diz-se – oferecer menores garantias processuais³³².

É certo que as regras consuetudinárias são transmitidas oralmente, de geração em geração, o que muito contribui para a sua simplicidade e concisão, mas também para a dificuldade da sua prova (uma dificuldade só acrescida pela grande diversidade de

³³⁰ “Todos são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil” (n.º 1).

³³¹ Comentário Geral n.º 32, nonagésima sessão, Genebra, 9 a 27 de Julho de 2007 CCPR/C/GC/32 de 23 de Agosto de 2007, parágrafo 24. De modo semelhante, os princípios básicos em matéria de *justiça restaurativa* enunciados pelo Conselho Económico e Social, apesar da assumida inspiração nas formas de justiça tradicional, subordinam os programas de *justiça restaurativa* à lei estadual e à supervisão pelos órgãos judiciais competentes, para além de não confiarem às autoridades tradicionais o desempenho da função de facilitador ou mediador, que pode ser qualquer pessoa que prove ter um bom conhecimento das culturas e comunidades locais.

³³² Cf. SARA ARAÚJO, *Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique...*, *op. cit.*.

Lições de Direito Comparado

costumes dentro de um mesmo espaço territorial)³³³. Como também é verdade que a condução dos processos pelas autoridades tradicionais não obedece a um esquema preciso, sendo antes extremamente flexível, de modo a permitir uma constante adaptação às concretas circunstâncias do caso e uma mais fácil conciliação das partes (que pode exigir uma interpretação *generosa* das regras aplicáveis)³³⁴. Nem existem, no Direito costumeiro, regras de processo limitadoras da competência ou dos poderes dos órgãos encarregados de administrar a justiça, valendo simplesmente o princípio *ubi jus ibi remedium*³³⁵.

Toda esta abertura e imprecisão pode causar perplexidade e inspirar receios, mas não justifica que condicionemos o nosso reconhecimento à observância de regras processuais que fazem sentido no sistema judicial formal, mas que, impostas ao costume e às autoridades tradicionais, só podem ter um efeito deturpador³³⁶. Qualquer tentativa de *domesticar* o costume, reduzindo-o a escrito³³⁷ ou fixando dentro de apertados limites as competências das instâncias tradicionais, envolve o risco de o tornar irreconhecível para as populações a que se destina, gerando mais um corpo de normas artificiais que se vai somar às demais leis estaduais sem, na prática, substituir o Direito realmente vivido pelas pessoas.

René David afirmou que o Estado não pode, sem destruir o costume, substituir-se aos agrupamentos originários para definir o costume ou formular uma política consuetudinária³³⁸, o que julgamos excessivo. Uma política consuetudinária, definida por lei, sempre será necessária para, pelo menos, resolver o problema da articulação entre as instâncias de justiça tradicional e os sistemas judiciais dos modernos Estados de Direito democráticos, que não podem simplesmente alhear-se desta outra realidade, a pretexto de que não é jurídica ou que contraria

³³³ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 428; Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “The heterogeneous State and legal pluralism in Mozambique”, *op. cit.*, p. 67.

³³⁴ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, *op. cit.*, p. 443; JOSÉ FERNANDO NUNES BARATA, “A África e o Direito”, *op. cit.*, p. 659.

³³⁵ Cf. JOSÉ FERNANDO NUNES BARATA, “A África e o Direito”, *op. cit.*, p. 659.

³³⁶ Cf. RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, *op. cit.*, p. 621.

³³⁷ José Fernando Nunes Barata, escrevendo em 1977, chamava a atenção para o facto de a redução a escrito do Direito costumeiro corresponder, em certa medida, a uma sua europeização, perguntando-se se o congelamento, através da codificação, deste Direito não o faria perder a própria alma... Cf. JOSÉ FERNANDO NUNES BARATA, “A África e o Direito”, *op. cit.*, pp. 660-661.

³³⁸ Cf. RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, *op. cit.*, p. 628.

os princípios fundamentais inscritos na Constituição. Com ou sem o aval do Estado, as instâncias tradicionais de justiça continuarão a funcionar no dia-a-dia das populações e a constituir, amiúde, o primeiro recurso para a solução dos seus problemas. Reconhecendo-as, em lugar de proceder como se não existissem, os Estados beneficiam da sua acção pacificadora junto das comunidades, que, quando não contribui directamente para uma resolução extra-judicial das contendas (desimpedindo sobremaneira os tribunais estaduais), permite, pelo menos, preparar as partes em conflito para a necessidade de reparar os danos causados e aceitar o que vier a ser decidido pela justiça oficial. Esta concertação de esforços pode ser muito benéfica para ambas as partes, mas pressupõe que estejam esclarecidos os termos (eficácia, recorribilidade, etc.) em que os acordos obtidos e as decisões proferidas em sede tradicional serão reconhecidos pelos órgãos administrativos e judiciais do Estado. Daí a necessidade de uma política consuetudinária. Importante é que o legislador estadual saiba resistir ao impulso para converter em letra de lei as normas costumeiras (elaborando um qualquer catálogo pretensamente exaustivo) e para reconfigurar o funcionamento das autoridades tradicionais segundo critérios inteiramente estranhos à sua natureza.

LIÇÃO N.º 9

O DIREITO HINDU

À semelhança do Direito islâmico, o Direito hindu é um Direito religioso, o conjunto de normas e princípios que organizam as relações dos membros da comunidade bramânica ou hinduísta entre si e as relações destes com as divindades. Não se trata, portanto, do Direito em vigor na República da Índia, que é um Estado secular onde coexistem várias comunidades religiosas, apesar de o hinduísmo ser a religião maioritária.

O hinduísmo é uma religião politeísta, marcada pelo culto individual e directamente ligada à estrutura da sociedade, assente na separação e na hierarquização das castas. O hinduísmo tem na sua origem a revelação divina, que está inscrita nos Livros Sagrados e que terá decorrido entre os séculos XII e V a.C.. Não existe no hinduísmo um conceito que corresponda directamente à ideia de uma regra de comportamento passível de ser imposta pela força aos membros da comunidade. Dito de outro modo, não existe em sânscrito nenhuma palavra que possa ser traduzida como Direito, tal como este é entendido pela tradição jurídica ocidental. O conceito mais próximo é **Dharma**, que traduz a ideia de dever³³⁹.

O *Dharma* abrange um conjunto de regras – de ordem jurídica, mas também moral, religiosa, ritual ou de civilidade – que se impõem aos indivíduos por força da natureza das coisas e em atenção à sua condição na sociedade. O dever de

³³⁹ Para todo este capítulo, cf. RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, *op. cit.*, pp. 499 e ss..

obediência ao *Dharma* impedia mesmo sobre o *Rája*, durante largos séculos o chefe e fundamento da organização política da Índia.

As fontes do *Dharma* são três: o *Veda* (complexo de todas as verdades religiosas e morais reveladas, reduzidas a escrito e recolhidas, ainda que só parcialmente, nos *sruti* e nos *Dharmasastra*, as figuras mais próximas dos nossos livros de Direito), a tradição e o costume. Os *Dharmasastra* deixaram de ser escritos a partir do século VIII. Os textos recolhidos até então foram considerados sagrados e passou-se a proceder apenas à sua interpretação e comentário. O costume acaba por constituir a principal fonte de Direito positivo, na medida em que completa os preceitos deduzidos dos textos sagrados. O Direito hindu é, por isso, em boa medida, um Direito consuetudinário, que varia de casta para casta e é dominado por uma doutrina religiosa, o hinduísmo, fixado em escritos sagrados.

Para a religião hindu, a condição social dos indivíduos é determinante, o que se relaciona com a estrutura fortemente desta sociedade baseada em castas. Cada casta ocupa um lugar preciso e bem definido, sendo que desse lugar decorre uma posição igualmente precisa e bem definida para cada um dos elementos que as compõem. Os brâmanes constituem a casta superior, reservando para si o ensino e a interpretação dos textos sagrados. No pólo oposto da hierarquia social, estão os *intocáveis*, cuja “sina” é desempenhar as funções mais baixas e nunca aspirar ao relacionamento com um membro de uma das castas superiores.

Depois de vários séculos de dominação muçulmana, a Índia foi, no século XIX, submetida à autoridade da Coroa britânica. A colonização pelos ingleses processou-se, de início, com inteiro respeito pelas instituições locais e o Direito hindu manteve-se em vigor. No entanto, o desejo de respeitar o Direito hindu foi contrariado pela ignorância inglesa sobre o conteúdo e o sentido do *Dharma*. Os *Darmasastra* foram traduzidos para língua inglesa, para se tornarem mais acessíveis aos juizes britânicos, mas este expediente revelou graves insuficiências. Só foi possível fazer a tradução de uma parte dos Livros sagrados e, entre a matéria traduzida, inúmeras foram as dificuldades (impossibilidades) de encontrar equivalentes para os conceitos hindus na terminologia inglesa. Não foi possível aos ingleses adquirir um conhecimento global do sistema, o que inviabilizou a sua correcta aplicação.

Lições de Direito Comparado

Na sequência das traduções de que foi objecto, o Direito hindu sofreu consideráveis deformações. Foram consideradas em vigor regras já caídas em desuso; foram inobservados muitos costumes, que, na sua diversidade, eram difíceis de apreender pelos britânicos; foram enxertadas fórmulas britânicas, pouco menos que incompatíveis, etc. Estas deformações foram reconhecidas pelos ingleses, mas consideradas positivas, na medida em que serviram para reduzir o número dos costumes locais (considerado inconveniente pelos próprios hindus) e contribuíram para a modernização do Direito hindu dentro do espírito deste sistema.

Outra consequência do domínio britânico sobre o Direito hindu tradicional foi o seu acantonamento em certos domínios da regulação social. O Direito hindu deixou de ser aplicado pelos tribunais salvo em algumas matérias específicas, como o casamento, as sucessões, as relações entre castas e os usos e instituições ligados à religião. Isto, porque o Governo inglês promoveu, paralelamente, a formação de um **Direito indiano**, de âmbito territorial, comum a hindus, muçulmanos e aos membros das demais religiões presentes no território.

O método adoptado para dar forma a este Direito indiano foi, curiosamente, a *codificação*, por se entender ser este o mais indicado para conferir segurança ao Direito e unificá-lo no interesse da justiça e do desenvolvimento social e económico do país. A codificação também permitia a recepção do Direito inglês sistematizado, modernizado e adaptado às condições específicas da Índia. A iniciativa britânica desencadeou um intenso movimento legislativo, entre 1859 e 1882, marcado pela adopção de vários códigos e legislação avulsa. Estas leis foram elaboradas por juristas ingleses, pelo que se traduziram numa verdadeira recepção do Direito inglês. Apesar de as soluções de Direito indiano divergirem pontualmente das do Direito inglês e de estarem sistematizadas em códigos, a terminologia, os conceitos, as técnicas jurídicas e a própria concepção de Direito são os do *common law*, pelo que também o Direito indiano foi desenvolvido pelos tribunais, através da regra do precedente vinculativo. A justiça passou, de resto, a ser administrada, cada vez com mais frequência e por todo o território da Índia, por juizes formados na tradição anglo-saxónica.

Tal como vimos verificar-se para outros territórios sujeitos à colonização europeia, a independência da Índia, em 1947, não implicou um afastamento face ao sistema de Direito edificado sob o domínio britânico. Pelo contrário, a Constituição de 1950

proclamou, formalmente, a manutenção em vigor do Direito anterior. A Constituição também definiu a Índia como uma república democrática e laica, o que levantou a questão de saber qual seria doravante o estatuto do Direito hindu, enquanto Direito da comunidade religiosa majoritária no país. Para responder a esta questão, foram empreendidas várias reformas legislativas que operaram profundas alterações no Direito hindu. Desde logo, foi proibida qualquer discriminação fundada na pertença de casta e reformulou-se toda a matéria do casamento e do divórcio, proibindo-se a poligamia e reconhecendo direitos às mulheres. Estas reformas mantêm, até hoje, um alcance limitado. O Direito hindu continua a ser, para a maioria dos indianos, o sistema de Direito que interessa à sua vida privada, aquele que rege o seu estatuto pessoal. Por outro lado, a maior parte da população hindu (cerca de 80%), que vive nas zonas rurais, não é atingida pelas reformas legislativas e continua a reger-se pelo costume.

LIÇÃO N.º 10

O DIREITO CHINÊS

Diversamente dos Direitos hindu e islâmico, o Direito chinês não é um Direito estritamente religioso. É antes um sistema jurídico integrado numa concepção filosófica, o Confucionismo, fundado por Confúcio (*Kong Fou-Tseu*), no século VI a.C., a partir dos Livros Sagrados (*Kings*), e desenvolvido, no século IV a.C., por Mêncio (*Meng-Tseu*)³⁴⁰. Também aqui estamos perante um sistema jurídico que não se confunde com o Direito da República Popular da China, fundada em 1949, que combina a influência do ideário marxista-leninista com elementos da tradição jurídica chinesa e, sobretudo desde 1992, com elementos dos subsistemas romano-germânico e do *common law*³⁴¹.

O Confucionismo assenta na ideia de equilíbrio, de relação harmoniosa do homem com a natureza e traduz-se essencialmente no respeito por um conjunto de regras que podemos designar como regras de etiqueta. Esta doutrina identifica as virtudes essenciais que existem no coração dos homens e que devem ser por estes cultivadas: a humanidade, a rectidão, o sentido de ordem social (*li*) e o conhecimento do bem e do mal (*tche*). Ao soberano cabe velar pela harmonização constante do homem e da natureza, devendo dar o exemplo das virtudes, para além de procurar melhorar as condições materiais da existência humana.

Esta concepção conservou-se praticamente imutável durante dois milénios. Nela podemos encontrar uma figura próxima da noção de Direito ocidental – o *li*, que

³⁴⁰ Cf. RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, *op. cit.*, pp. 537 e ss..

³⁴¹ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, *op. cit.*, pp. 490-492.

corresponde a um conjunto de regras de convivência e bom comportamento, impostas ao homem honesto, no sentido de assegurar a paz social. Tal como no Direito hindu, mais do que reconhecer direitos, importa estabelecer deveres que obrigam os homens para com a comunidade que integram. Essa comunidade é, em primeiro lugar, a família – estrutura base da sociedade chinesa.

Cabe aos chefes de família a administração da justiça, num processo dominado pela ideia de conciliação. O envolvimento num litígio é entendido como algo de desonroso, pelo que se procuram sempre soluções de compromisso. Estas soluções de compromisso, juntamente com as regras impostas pelo *li*, seriam bastantes para manter a ordem e salvaguardar o equilíbrio cósmico. O Direito, associado à imposição de regras pela ameaça da força, era entendido como algo vil, pelo que as classes superiores se recusavam simplesmente a sujeitar-se a quaisquer regras jurídicas, afirmando dever obediência apenas ao *li*.

Este entendimento foi posto em causa, no século III a.C., pelos autores pertencentes à chamada Escola dos Legistas. Estes autores vieram chamar a atenção para o facto de as regras de *li* serem meras orientações, respeitadas pelos elementos das classes superiores por receio da desonra, mas insignificantes para o povo. Esta circunstância, defenderam, tornava necessária a criação de um sistema de regras gerais (*fa*), impostas pelo Estado e acompanhadas de um severo aparelho coercivo. A oposição entre os dois conceitos – *li* e *fa* – marcou precisamente a evolução do Direito chinês tradicional, num contexto social em que as classes superiores continuaram a pretender subtrair-se ao respeito pelo *fa*, que acabou por, na prática, ser aplicado apenas às interações sociais entre elementos do povo.

A China permaneceu durante muito tempo fechada a qualquer influência do Ocidente, mas esta não deixou de se fazer sentir, mercê dos contactos comerciais estabelecidos com os europeus, e motivou mesmo, da parte da China, várias medidas destinadas a travar a ocidentalização do seu ordenamento jurídico, no início do século XX. A ocidentalização continuou, porém, através da adopção de vários códigos de tipo europeu e de uma nova concepção de Direito, próxima do subsistema romano-germânico.

A aparente europeização do sistema jurídico da China não foi capaz, no entanto, de afastar o peso da tradição. Na verdade, a legislação de tipo europeu só era aplicada

Lições de Direito Comparado

na medida em que fosse conforme com a tradição, nunca contra ela. Por outro lado, o recurso aos tribunais para dirimir litígios continua a ser raro, seja por ignorância sobre os novos direitos, seja pelo velho receio de reprovação social.

Com a fundação da República Popular da China, em 1949, e sob a liderança de Mao Tsé-Tung, o sistema jurídico conheceu mudanças profundas. Orientado para a construção de uma sociedade comunista, o novo regime anulou em bloco todas as leis e tribunais até então existentes e instituiu em seu lugar um sistema jurídico inspirado no modelo soviético e baseado na lei e no princípio da legalidade. A preponderância da lei acabou por suscitar reacções negativas, por se entender ser contrária à tradição e mesmo à consciência chinesa. Depois da ruptura com a URSS, a partir da década de 1960, o Governo comunista chinês voltou, em parte, aos métodos tradicionais. O trabalho de codificação foi abandonado – as directivas do Partido Comunista substituíram-se à lei – e a actividade dos tribunais foi restringida e passou a ser objecto de apertada fiscalização.

Neste contexto, as ideias de compromisso social e de conciliação foram reavivadas e o Direito (*fa*) foi relegado para uma função subordinada. O regresso à tradição não foi total, no entanto. A ideia de ordem cósmica em que o homem se integra e com a qual deve existir em harmonia desaparece, sendo substituída pela ideia de respeito pelos ensinamentos da doutrina marxista-leninista e pelo pensamento do Presidente Mao Tsé-Tung. Os antigos organismos de conciliação, presididos pelos chefes das famílias, são substituídos por novos organismos, presididos agora por membros do Partido Comunista. Às ideias de conciliação e transacção sobrepôs-se a ideia de assegurar o sucesso do projecto político. Formou-se um novo *li*, correspondente ao ideário do Partido Comunista e deduzido do Livro Vermelho de Mao Tsé-Tung. A par do *li*, mantém-se a aplicação do *fa*, associado sobretudo à repressão dos actos contra-revolucionários através da aplicação de severas sanções penais.

A “Revolução Cultural” (1966-1968) acentuou a evolução no sentido da abolição do Direito. Com vista a acelerar o acesso à sociedade comunista, sem classes, foi instituído um Estado de “não Direito”, de onde estava inteiramente ausente qualquer tipo de sanção. Este projecto foi progressivamente abandonado ao longo da década de 70. Com a morte de Mao, em 1976, e a “desmaoização” que se seguiu, pela mão de Deng Xiaoping, o sistema jurídico regressou a uma estrita lógica legalista. A era pós-maoista caracterizou-se pelo reforço do Estado e pelo esforço de modernização

do país, assente sobretudo na abertura e no diálogo com os países ocidentais. Este diálogo, estabelecido quase sempre no quadro de transacções comerciais, não alterou o essencial da estrutura político-ideológica da China, mas acabou por reflectir-se no plano jurídico, sobretudo depois de 1992, com a importação de soluções jurídicas de matriz romano-germânica e anglo-saxónica, mais adequadas à nova “economia socialista de mercado”³⁴².

Tal como noutros momentos da história da China, a influência ocidental não faz desaparecer a tradição jurídica chinesa, fundada no Confucionismo, sendo isso que explica que, ainda hoje, muitos chineses continuem a preferir resolver os conflitos fora dos tribunais, por recurso à conciliação e ao compromisso, e se mostrem relutantes em invocar direitos individuais³⁴³.

³⁴² Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado, op. cit.*, pp. 491-492.

³⁴³ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado, op. cit.*, p. 492.

LISTA BIBLIOGRÁFICA

ABDALATI, Hammudah, Profeta Muhammad e os Conceitos Básicos do Islão, Lisboa, s/e, 1980.

ADRIANI, Maurilio, História das Religiões, Lisboa, Edições 70, 1990.

AGOSTINI, Eric, Direito Comparado, Porto, Rés-Editora, s/d.

AHMAD, Khurshid, “The nature of the Islamic resurgence”, in John L. Esposito (dir.), Voices of Resurgent Islam, Oxford, Oxford University Press, 1983.

ALLOTT, Philip, “The emerging universal legal system”, in International Law FORUM du droit international, vol. 3, 2001.

AL-MAHDI, Al-Sadiq, “Islam: society and change”, in John L. Esposito (dir.), Voices of Resurgent Islam, Oxford, Oxford University Press, 1983.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Introdução ao Direito Comparado, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1998.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, e CARVALHO, Jorge Morais, Introdução ao Direito Comparado, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2013.

AMARAL, Diogo Freitas do, Manual de Introdução ao Direito, vol. I, Coimbra, Almedina, 2004.

AMARAL, Maria Lúcia, “Será necessária uma harmonização das Constituições para dar efectividade ao exercício dos direitos de participação política?”, in AAVV, Estatuto Jurídico da Lusofonia, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed, *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse, Syracuse University Press, 1990;

–, “Human rights in the Muslim world: socio-political conditions and scriptural imperatives”, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 3, 1990.

ARAÚJO, Sara, *Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique. Resolução de litígios no bairro ‘Jorge Dimitrov’*, s/d, disponível em <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/62.pdf> [21.10.2009].

BARATA, José Fernando Nunes, “A África e o Direito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, 1977.

BAYAT, Mangol, “Islam in Pahlavi and Post-Pahlavi Iran: a cultural revolution?”, in John L. Esposito (ed.), *Islam and Development*, Nova Iorque, Syracuse University Press, 1980.

BRAUDEL, Fernand, *Gramática das Civilizações*, Lisboa, Teorema, 1989.

BRONZE, Fernando José, “Continentalização” do Direito Inglês ou “Insularização” do Direito Continental? Proposta para uma Reflexão Macro-comparativa do Problema, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

BROWN, Nathan J., *Egypt and Islamic Sharia: A Guide for the Perplexed*, Carnegie Endowment for International Peace, 2012, disponível em <http://carnegieendowment.org/2012/05/15/egypt-and-islamic-sharia-guide-for-perplexed/argb> [16.05.2012];

–, “When victory becomes an option: Egypt’s Muslim Brotherhood confronts success”, in *The Carnegie Papers*, 2012, texto disponível em http://carnegieendowment.org/files/brotherhood_success.pdf [02.12.2012];

–, “Changes in the domestic order”, in Sinan Ülgen et al., *Emerging Order in the Middle East*, Carnegie Endowment for International Peace, 2012.

CASTRO, Paulo Canelas de, “A Comunidade dos Países de Língua Portuguesa: para um discurso jurídico sobre a sua identidade e um seu programa de acção”,

Lições de Direito Comparado

in AAVV, Colóquio de Direito Internacional. Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, Coimbra, Almedina, 2003.

CHEBEL, Malek, Dictionnaire des Symboles Musulmans: Rites, Mystique et Civilisation, Paris, Albin Michel, 1995.

CHORÃO, Mário Bigotte, Introdução ao Direito, vol. I, Coimbra, Almedina, 1998.

COULSON, Noel J., Histoire du Droit Islamique, Paris, Presses Universitaires de France, s/d.

CUNHA, Paulo Ferreira da, Amor Iuris: Filosofia Contemporânea do Direito e da Política, Lisboa, Edições Cosmos, 1995.

DAINOW, Joseph, “The civil law and the common law: some points of comparison”, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 15, 1966-1967.

DAVID, René, Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado, Lisboa, Meridiano, 1972.

DE GROOT, Gerard-René, “Language and law”, in E. H. Hondius (ed.), *Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law*, Antuérpia, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998.

DONOHUE, John J., “Islam and the search for identity in the Arab world”, in John L. Esposito (dir.), *Voices of Resurgent Islam*, Oxford, Oxford University Press, 1983.

EL FEGIERY, Moataz, “A tyranny of the majority? Islamists ambivalence about human rights”, in FRIDE Working Paper, n.º 113, 2012, texto disponível em <http://www.fride.org/publication/1067/islamists%E2%80%99-ambivalence-about-human-rights> [05.10.2012].

EL-ISSAWI, “The Tunisian transition: the evolving face of the Second Republic”, in Nicholas Kitchen (ed.), *After the Arab Spring: Power Shift in the Middle East?*, Londres, London School of Economics and Political Science, 2012.

FAJARDO, Raquel, RADY, Kong, e SIN, Phan, *Pathways to Justice: Access to Justice with a Focus on Poor, Women and Indigenous Peoples*, Cambodia, Ministério da Justiça e PNUD Cambodja, 2005.

FERJANI, Mohamed-Chérif, *Islamisme, Laïcité, et Droits de l'Homme*, Paris, L'Harmattan, 1991.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, “Constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro”, in Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

FILALI-ANSARY, Abdou, “The languages of the Arab revolutions”, in *Journal of Democracy*, vol. 23, n.º 2, 2012.

FOBLETS, Marie-Claire, e DUPRET, Baudouin, “Contrasted identity claims before Egyptian and Belgian courts”, in Baudouin Dupret, Maurits Berger e Laila al-Zwaini (eds.), *Legal Pluralism in the Arab World*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999.

FONSECA, Jorge Carlos, “Do regime de partido único à democracia em Cabo Verde: as sombras e a presença da Constituição Portuguesa de 1976”, in *Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL*, 2006.

FOURNIER, Pascale, “The reception of Muslim family laws in western liberal states”, in *Women living under Muslim laws*, dossier 27, 2005.

FREUDENSTEIN, Roland, “The Arab Spring: what’s in it for us?”, in *European View*, vol. 10, 2011.

FROMONT, Michel, *Grands Systèmes de Droit Étrangers*, 5.^a ed., Paris, Dalloz, 2005.

GIFIS, Steven H., *Law Dictionary*, 5.^a ed., Nova Iorque, Barron’s, 2003.

GLASSÉ, Cyril, *Dictionnaire Encyclopédique de l’Islam*, Paris, Bordas, 1991.

GOLDZIHHER, Ignaz, *Introduction to Islamic Theology and Law*, Princeton, Princeton University Press, 1981.

Lições de Direito Comparado

GOUVEIA, Jorge Bacelar, Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa, Coimbra, Almedina, 2004;

–, As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2006.

GRIFFITH-JONES, Robin, “The ‘unavoidable’ adoption of shari’a law – the generation of a media storm”, in Robin Griffith-Jones (ed.), Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari’a, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

GUSMÃO, Paulo Dourado de, Introdução ao Estudo do Direito, 12.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.

IBISH, Hussein, “Jumping to conclusions on the Arab Spring”, in Now Lebanon, edição de 01.11.2011, texto disponível em http://www.realclearworld.com/2011/11/01/jumping_to_conclusions_on_the_arab_spring_129339.html [29.11.2011].

JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit, “Cross-border family cases and religious diversity: What can judges do?”, in Religare Working Paper, n.º 10, 2013.

JERÓNIMO, Patrícia, Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações: Proposta de Análise a Partir do Confronto dos Modelos Ocidental e Islâmico, Coimbra, Almedina, 2001;

–, “Estado de Direito e justiça tradicional: ensaios para um equilíbrio em Timor-Leste”, in José Lebre de Freitas et al. (orgs.), Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011;

–, “Os direitos fundamentais na Constituição da República Democrática de Timor-Leste e na jurisprudência do Tribunal de Recurso”, in Marcelo Rebelo de Sousa et al. (orgs.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

JERÓNIMO VINK, Patrícia, e FINCH, Nadine, Judicial Implementation of Article 3 of the Convention on the Rights of the Child in Europe, Bruxelas, UNICEF e

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights Regional Office for Europe, 2012.

LANGOHR, Vickie, “How Egypt’s revolution has dialed back women’s rights”, in *Foreign Affairs*, edição digital de 22.12.2011, texto disponível em <http://www.foreignaffairs.com/articles/136986/vickie-langohr/how-egypts-revolution-has-dialed-back-womens-rights> [27.12.2011].

LEGRAND, Pierre, “The impossibility of ‘legal transplants’”, in *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, vol. 4, 1997.

MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1997.

MALIK, Maleiha, “Muslim legal norms and the integration of European Muslims”, in *EUI Working Papers, RSCAS 2009/29*, 2009;

–, *Minority Legal Orders in the UK: Minorities, Pluralism and the Law*, Londres, The British Academy, 2012.

MENSKI, Werner, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.^a ed., Coimbra, Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de, “Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona”, in Antunes Varela et al. (orgs.), *AB VNO AD OMNES. 75 Anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

NAKISSA, Aria, “Islamist understandings of Sharia and their implications for the post-revolutionary Egyptian Constitution”, in *Middle East Brief*, n.º 68, Novembro, 2012, texto disponível em <http://www.brandeis.edu/crown/publications/meb/MEB68.pdf> [02.12.2012].

OTTAWAY, Marina, “The consequences of the internal power shift”, in Sinan Ülgen

Lições de Direito Comparado

et al., *Emerging Order in the Middle East*, Carnegie Endowment for International Peace, 2012.

PACE, Michelle, e CAVATORTA, Francesco, “The Arab uprisings in theoretical perspective: an introduction”, in *Mediterranean Politics*, vol. 17, n.º 2, 2012.

PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *AAVV, Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

RAHMAN, Fazlur, *O Islamismo*, Lisboa, Editora Arcádia, 1970.

ROHE, Mathias, “Alternative dispute resolution in Europe under the auspices of religious norms”, in *RELIGARE Working Paper*, n.º 6, 2011.

ROY, Olivier, “The transformation of the Arab world”, in *Journal of Democracy*, vol. 23, n.º 3, 2012.

SANDBERG, Russell et al., “Britain’s religious tribunals: ‘joint governance’ in practice”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012.

SANTO, Moisés Espírito, *Lição: Introdução Sociológica ao Islão*, Vila Nova de Gaia, Estratégias Criativas, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “The heterogeneous State and legal pluralism in Mozambique”, in *Law & Society Review*, vol. 40, n.º 1, 2006.

SCHACHT, Joseph, *Introduction au Droit Musulman*, Paris, Editions Maisonneuve et Larose, 1983.

SHACHAR, Ayelet, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women’s Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

SIEMS, Mathias, *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

SNYDER, Francis, “Global economic networks and global legal pluralism”, in *EUI Working Paper Law*, n.º 99/6, 1999, disponível em http://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/law99_6.pdf [14.03.2015].

SOURDEL, Dominique, *L'Islam*, 12.^a ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1981.

STEIN, Ewan, “Revolutionary Egypt: promises and perils”, in Nicholas Kitchen (ed.), *After the Arab Spring: Power Shift in the Middle East?*, Londres, London School of Economics and Political Science, 2012.

TAMANAH, Brian, “Understanding legal pluralism: past to present, local to global”, in *Sidney Law Review*, vol. 30, 2008.

TOPRAK, Binnaz, “Islam and the secular state in Turkey”, in Çiğdem Balim et al., *Turkey: Political, Social and Economic Challenges in the 1990s*, Leiden, E. J. Brill, 1995.

VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado, I, Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008.

WATSON, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2.^a ed., Atenas e Londres, The University of Georgia Press, 1993.

WATT, Montgomery, *Islamic Fundamentalism and Modernity*, Londres, Routledge, 1988.

