

Introdução ao Direito Comparado

Carlos Ferreira de Almeida

Jorge Morais Carvalho

Professores da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

2014 · 3ª edição

Reimpressão da 3ª edição de Março de 2013



INTRODUÇÃO AO DIREITO COMPARADO

3ª edição

AUTORES

Carlos Ferreira de Almeida

Jorge Morais Carvalho

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78 e 80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

DPS – Digital Printing Services, Lda.

Junho, 2014

DEPÓSITO LEGAL

356400/13

Apesar do cuidado e rigor colocados na elaboração da presente obra, devem os diplomas legais dela constantes ser sempre objecto de confirmação com as publicações oficiais.

Toda a legislação contida na presente obra encontra-se atualizada de acordo com os diplomas publicados em Diário da República, independentemente de terem já iniciado a sua vigência ou não.

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



ALMEDINA

GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, 1938-, e outro

Introdução ao Direito Comparado/Carlos Ferreira de Almeida,

Jorge Morais Carvalho. - 3ª ed.

(Manuais universitários)

ISBN 978-972-40-5066-9

I – CARVALHO, Jorge Morais

CDU 340

ÍNDICE GERAL

PREFÁCIO DA 3ª EDIÇÃO	7
NOTA DE APRESENTAÇÃO DA 1ª EDIÇÃO	9

CAPÍTULO I

QUESTÕES GERAIS DE DIREITO COMPARADO

§ 1º Noção e objeto do direito comparado	11
1. O direito comparado como estudo comparativo de direitos	11
2. Macrocomparação	12
3. Microcomparação	13
4. Noção analítica de direito comparado	14
5. Direito comparado e conhecimento de direitos estrangeiros	14
§ 2º Breve referência à história do direito comparado	14
6. Precursores	14
7. Institucionalização do direito comparado	15
8. Desenvolvimento do direito comparado	15
§ 3º Funções do direito comparado	16
9. Funções “utópicas” e funções “realistas”	16
10. Funções relativas aos direitos nacionais	17
11. Funções relativas à uniformização e harmonização de direitos	18
12. Funções relativas à construção de regras de aplicação subsidiária	19
13. Funções de cultura jurídica	19
§ 4º O método em direito comparado	20
14. Razão de ordem	20

14 <i>bis</i> . Comparabilidade	20
15. O método na macrocomparação: constituição de uma grelha comparativa	22
16. O método na microcomparação: aproximação funcional e enquadramento jurídico	26
16 <i>bis</i> . Modelos microcomparativos	28
17. Processo comparativo: cânones metodológicos comuns à macro e à microcomparação	30
17 <i>bis</i> . Tradução e linguagem comparativa	34
18. Seleção das ordens jurídicas a comparar	36
§ 5º Natureza e autonomia do direito comparado	37
19. Teses em confronto e orientação adotada	37
§ 6º Agrupamento dos sistemas jurídicos em famílias de direitos	38
20. Critérios de classificação	38
21. As grandes famílias jurídicas contemporâneas	39
22. Sistemas jurídicos híbridos	40
23. Sistemas jurídicos selecionados para a comparação: justificação da escolha e método de exposição	41

CAPÍTULO II

SISTEMAS JURÍDICOS ROMANO-GERMÂNICOS

SECÇÃO I

COMPARAÇÃO DOS DIREITOS PORTUGUÊS, FRANCÊS E ALEMÃO

§ 7º Fatores históricos comuns	43
24. Razão de ordem	43
25. O direito dos povos germânicos	43
26. A receção do direito romano	44
27. A Revolução Francesa, o liberalismo e a codificação	45
28. A colonização	46
§ 8º Fontes de direito	47
29. Elenco e hierarquia	47

§ 9º A lei	47
30. As Constituições escritas e o controlo da constitucionalidade das leis	47
31. Competência legislativa	49
32. Comparação entre as codificações civis: Código Civil francês e Código Civil alemão	50
33. Comparação do Código Civil português de 1867 com o Código Civil francês	51
34. Comparação do Código Civil português de 1966 com o Código Civil alemão	52
35. Influência em outros códigos dos códigos civis francês, alemão e português	53
§ 10º O costume	54
36. Relevância como fonte de direito	54
§ 11º A jurisprudência	55
37. Discussão sobre o valor da jurisprudência como fonte de direito	55
38. O efetivo papel da jurisprudência	55
39. O estilo das sentenças	57
§ 12º A doutrina	58
40. Relevância como fonte de direito	58
§ 13º A descoberta do direito aplicável	59
41. Interpretação da lei	59
42. Integração da lei	60
§ 14º Organização judiciária e sistemas de recurso	61
43. Organização judiciária portuguesa	61
44. Organização judiciária francesa	62
45. Organização judiciária alemã	63
46. Os sistemas de recurso	64
§ 15º Profissões jurídicas	65
47. Formação dos juristas	65
48. As magistraturas judicial e do Ministério Público	66
49. A profissão de advogado	67

SECÇÃO II

SÍNTESE COMPARATIVA E ÂMBITO DA FAMÍLIA DE DIREITOS
ROMANO-GERMÂNICOS

50. Razão de ordem	68
§ 16º Diferenças entre os sistemas jurídicos português, francês e alemão	68
51. Elementos metajurídicos	68
52. Elementos históricos	68
53. Elementos jurídicos	68
§ 17º Semelhanças entre os sistemas jurídicos português, francês e alemão; características comuns dos direitos romano-germânicos	69
54. Elementos metajurídicos	69
55. Elementos históricos	70
56. Elementos jurídicos	70
§ 18º Âmbito da família de direitos romano-germânicos	72
57. Na Europa	72
58. Em outros continentes	73

CAPÍTULO III

SISTEMAS JURÍDICOS DE *COMMON LAW*

59. Método de exposição	75
-------------------------	----

SECÇÃO I

DIREITO INGLÊS

§ 19º Evolução	76
60. Período anglo-saxónico (do século V d.C. até 1066)	76
61. A formação do <i>common law</i> na Inglaterra (de 1066 até finais do século XV)	76
62. O desenvolvimento do <i>common law</i> e a formação da <i>equity</i> (de finais do século XV até 1832)	78
63. O período moderno (a partir de 1832)	79

§ 20º Organização judiciária e sistema de recursos	81
64. Caraterísticas gerais	81
65. Tribunais superiores	82
66. Tribunais inferiores	84
67. Sistema de recursos	84
§ 21º Profissões jurídicas	85
68. <i>Barristers e solicitors</i>	85
69. Formação dos juristas	86
70. Recrutamento e estatuto dos juízes	86
§ 22º Fontes de direito	87
71. Elenco e hierarquia	87
72. O valor atual da distinção entre <i>common law</i> e <i>equity</i>	87
§ 23º A jurisprudência	88
73. A doutrina do precedente (regras do precedente vinculativo)	88
74. O estilo das sentenças	91
75. Publicação das sentenças	91
76. O precedente e a evolução do direito jurisprudencial	92
77. Fundamento e natureza da regra do precedente	93
§ 24º A lei	94
78. Função da lei no sistema jurídico e competência legislativa	94
79. Matérias abrangidas e técnica legislativa	94
80. Regras de interpretação	95
§ 25º O costume	96
81. Relevância como fonte de direito	96
§ 26º A doutrina	97
82. Relevância como fonte de direito	97
§ 27º A descoberta do direito aplicável	97
83. A omnipresença do precedente jurisprudencial	97

SECÇÃO II

DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

§ 28º Formação do direito norte-americano	98
84. Período colonial (1607-1776)	98
85. Independência política e triunfo do <i>common law</i>	99
§ 29º Estrutura complexa do sistema	100
86. Federação e Estados; direito federal e direitos estaduais	100
§ 30º Organização judiciária e sistema de recursos	101
87. Organização judiciária federal	101
88. Organização judiciária estadual	102
88 bis. O júri	103
§ 31º Profissões jurídicas	104
89. Unidade da profissão	104
90. Formação dos juristas	104
91. Recrutamento e estatuto dos juízes	104
§ 32º Fontes de direito	105
92. Elenco e hierarquia	105
93. Sentido da expressão <i>no federal general common law</i>	105
94. O valor atual da distinção entre <i>common law</i> e <i>equity</i>	106
§ 33º A lei	106
95. A Constituição dos Estados Unidos	106
96. Competência legislativa	108
97. Codificação	109
98. Leis uniformes e leis-modelo	110
99. Interpretação da lei	110
§ 34º A jurisprudência	111
100. Valor do precedente	111
101. O estilo das sentenças	112
102. As coletâneas de jurisprudência	113
§ 35º Fontes secundárias de direito	113
103. A doutrina	113
104. Os <i>Restatements of the law</i>	114

§ 36º Pluralidade e unidade do direito norte-americano	116
105. A descoberta do direito aplicável	116
106. Fatores de unidade no direito dos Estados Unidos	117

SECÇÃO III

SÍNTESE COMPARATIVA E ÂMBITO DA FAMÍLIA DE DIREITOS DE *COMMON LAW*

107. Razão de ordem	117
§ 37º Diferenças entre os direitos inglês e dos EUA	118
108. Elementos jurídicos	118
§ 38º Semelhanças entre os sistemas jurídicos inglês e norte-americano; caraterísticas comuns dos direitos de <i>common law</i>	119
109. Elementos metajurídicos	119
110. Elementos históricos	119
111. Elementos jurídicos	119
§ 39º Âmbito da família de direitos de <i>common law</i>	121
112. Os direitos de <i>common law</i>	121
113. Influência em sistemas jurídicos híbridos	121

CAPÍTULO IV

COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS ROMANO-GERMÂNICOS E DE *COMMON LAW*

§ 40º Sentido da distinção entre <i>common law</i> e <i>civil law</i>	123
114. Terminologia	123
115. Semelhanças entre os direitos de <i>common law</i> e os direitos de <i>civil law</i>	124
116. Diferenças entre os direitos de <i>common law</i> e os direitos de <i>civil law</i>	125
117. Tendências de aproximação	127

CAPÍTULO V

SISTEMAS JURÍDICOS ISLÂMICOS

118. Questões metodológicas	129
-----------------------------	-----

§ 41º O Islão e a xaria	130
119. Religião islâmica	130
120. Xaria: sentido e fontes	131
121. Caraterísticas da xaria	133
§ 42º Evolução e atualidade dos direitos islâmicos	135
122. Do passado glorioso à modernização	135
123. O ressurgimento islâmico	136
124. A diversidade de sistemas jurídicos islâmicos na atualidade	137
§ 43º Fontes de direito	138
125. Elenco	138
126. Constituição	138
127. Códigos e outras leis	140
128. A xaria como fonte de direito atual	140
129. Dualidade dos sistemas e hierarquia das fontes	141
§ 44º Organização judiciária e profissões jurídicas	142
130. Os tribunais da xaria	142
131. Organização judiciária contemporânea	143
132. Profissões jurídicas e formação profissional	144

CAPÍTULO VI

COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS ISLÂMICOS E “CRISTÃOS”

133. Questões metodológicas	147
§ 45º Diferenças entre os direitos islâmicos e os “direitos cristãos”	148
134. Conceção de direito	148
135. Fontes de direito e outros elementos jurídicos	151
§ 46º Semelhanças entre os direitos islâmicos e os “direitos cristãos”	152
136. Conceção do direito e elementos metajurídicos	152
137. Elementos jurídicos	153

BIBLIOGRAFIA	155
I. Geral	155
II. Direitos romano-germânicos	156
III. Direitos de <i>common law</i>	157
IV. Direitos islâmicos	158
V. Coletâneas de textos	159
VI. Revistas	159
ÍNDICE ALFABÉTICO	161