

SISTEMAS ATUAIS DE DIREITO

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

Professor da Faculdade de Direito de Coimbra —
Portugal

1. O DIREITO COMPARADO

I — Para os partidários da exclusividade como característica do direito o estudo do direito deveria limitar-se ao de uma só ordem jurídica.

Semelhante caracterização é porém desde logo deformadora duma visão realista das coisas. A experiência ensina-nos, pelo contrário, que há uma riqueza de ordens jurídicas, que se cruzam a vários níveis, se relacionam ou se ignoram, mas não se excluem.

O estudo de uma ordem jurídica em particular deve pois ser logicamente precedido de algumas considerações sobre as ordens jurídicas exteriores ou estrangeiras à ordem jurídica em causa. Só assim lograremos, mediante esse pano de fundo, situar devidamente a ordem jurídica que nos interesse.

II — O direito comparado pretende levar-nos ao conhecimento dos direitos estrangeiros. Mas esses direitos são muitos, tantos como os Estados, pelo menos.

Seria impossível estudá-los um por um, e aliás semelhante estudo ameaçava confundir-se como o que é realizado pela Ciência Jurídica. O que há de específico no Direito Comparado é o uso do método comparativo, pelo qual os elementos retirados de várias ordens jurídicas são comparados, assinalando-se semelhanças e diferenças. Chega-se assim, pela determinação dos traços essenciais, à demarcação de agrupamentos, que por sua vez nos permitirá a determinação dos sistemas jurídicos contemporâneos.

A posse das fundamentais linhas orientadoras de um grupo de direitos permite ao jurista vencer as grandes dificuldades que provoca sempre um embate com um direito alheio, dificuldades que são tanto maiores quanto mais afastado do seu, for o direito que deve trabalhar.

III — VANTAGENS: O direito comparado oferece grandes vantagens, que podemos reduzir fundamentalmente a duas:

1) **Contribui para o conhecimento do próprio direito** — A Ciência do Direito tem a lucrar muito com estes ensinamentos. Se o legislador se inspirou em leis estrangeiras, o conhecimento dessas leis favorece a interpretação da lei nacional.¹ Assim acontece, no mais alto grau, quando o legislador se remeteu servilmente ao modelo alheio: freqüentemente aparecem trechos legais que não fazem sentido, e que só se iluminam quando se descobre que são uma transposição de uma fórmula vigente no estrangeiro, melhor ou pior traduzida...

Mesmo o conhecimento de ciências alheias em condições culturais semelhantes é muito útil à Ciência Jurídica. Os grandes temas científicos são freqüentemente comuns, ou porque derivam da natureza das coisas ou porque refletem um dado normativo análogo. A meditação das soluções propostas em países de maior vitalidade científica proporciona-nos numerosas oportunidades de progresso.

2) **Dá pontos de referência para a Política Legislativa** — O conhecimento de soluções praticadas em países estrangeiros alarga o horizonte de quem realiza estudos legislativos. Desde que quem o fez tenha a capacidade de captar o enquadramento dessas soluções na sociedade em que nasceram e de verificar conseqüentemente se elas correspondem a condições análogas — inclusivamente se são enquadráveis na técnica jurídica geral do país em causa — elas permitem reduzir os riscos da atividade legislativa. Este aspecto é particularmente relevante em épocas de transformação tumultuosa da ordem social, com a inerente altera-

1. Por exemplo, um estudo aprofundado do nosso Código Comercial, que é de 1888, implica o conhecimento do Código Comercial italiano de 1882, ao tempo vigente, em que o nosso largamente se inspirou.

ção rápida da ordem jurídica voluntária da sociedade. É também então que é particularmente nítido o perigo da remissão à mera tradução da lei que serviu de modelo.

Não se pode porém supor que pertence ao próprio direito comparado a formulação de novas regras. Isto foi já defendido por estudiosos deste ramo, particularmente no que respeita a regras destinadas a vigorar em mais de um país: haveria um direito comparado dogmático.² Mas o direito comparado é indutivo, enquanto a formulação de regras supõe sempre uma política. Efetivamente esta pertence já à política legislativa, e não perde essa natureza por se referir ao meio internacional. O direito comparado é meramente instrumental para esse fim.

Não se pode todavia concluir do que dissemos que o direito comparado se esgote como instrumento da ciência do direito ou da política legislativa. O direito comparado vai-se impondo como uma ciência autônoma, que utiliza como método próprio o método comparativo. Tem uma finalidade de teor, como todas as ciências. Realiza o estudo comparativo dos direitos, tomado por si, e quer os seus resultados sejam ou não utilizados depois pela política legislativa, pela ciência do direito ou por outras ciências ainda.

IV — TERMINOLOGIA: A designação, note-se, é um tanto infeliz. Falar-se em **direito** leva a supor que se está perante um ramo da ordem jurídica, que enfileiraria ao lado do Direito Constitucional, do Direito das Obrigações, do Direito Agrário...

Mas não se passa assim: o Direito Comparado não representa nenhum ramo da ordem jurídica, mas simplesmente uma ciência que estuda o Direito utilizando o chamado método comparativo. Melhor seria por isso designarmos esta disciplina **Comparação de Direitos**. Mas a designação Direito Comparado está consagrada e por isso, feita esta ressalva, não vale a pena esgrimir contra palavras.

2. A DETERMINAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS

I — Procurando agora dar uma noção do conteúdo das ordens jurídicas atuais, deparamos logo com a prática impossibi-

2. Cfr. ARMINJON, NOLDE e WOLFF, *Traité*.

lidade de a todas referir. O número de Estados, numa altura em que tanto se fala na necessidade de grandes espaços, atinge paradoxalmente um número que se poderá considerar talvez o mais elevado da história.

A tendência vai ainda no sentido do crescimento: a massa dos Estados, nestes últimos tempos, tem-se incessantemente avolumado. Ora, o aparecimento de cada novo Estado importa necessariamente a diversificação da própria ordem jurídica. Pelo contrário, não tem havido integrações políticas.

Aliás, nunca o estudo casuístico de ordens jurídicas seria o mais útil. A quem faz um estudo com o objetivo limitado de ganhar pontos de referência que melhor permitam uma compreensão do sistema português, não interessa tanto conhecer as ordens jurídicas uma por uma, como ter consciência de grandes orientações comuns. Isso leva-nos à necessidade de atender prevalentemente aos sistemas jurídicos, traçando grandes agrupamentos, de modo a podermos situar-nos no âmbito de um desses sistemas e apreender a relação com os restantes.

II — Mas a repartição de todas as ordens jurídicas em sistemas é tarefa que está longe de ter chegado a resultados satisfatórios. Ainda nos encontramos naquele estágio em que cada autor manifesta a sua própria orientação, sem haver sequer correntes formadas.

Primeiro, os comparatistas limitavam a sua visão aos sistemas europeus. Assim, falavam dum sistema francês ou latino, dum sistema anglo-saxão, dum sistema eslavo, dum sistema germânico... A multiplicação dos contatos e a universalização dos problemas permitiu ultrapassar este europocentrismo, e suscitou classificações a nível verdadeiramente mundial.

Mas com que critério? Muitos foram ensaiados, como a raça, a língua, a religião, a origem histórica...³ Mas os resultados são em geral desanimadores. Por isso se multiplicam também os critérios mistos: combinam-se vários elementos, de modo que o que se torna decisivo é mais a homogeneidade do resultado que

3. Cfr. A. SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, I, págs. 133 e seguintes.

a segurança do critério. Mas uma classificação que não obedeça a um critério uniforme não pode ser considerada uma classificação científica.

III — Um autor que é muito conhecido entre nós, René David, propusera a discriminação das várias ordens jurídicas atendendo à **ideologia** que as anima.

Assim, o autor distinguira cinco sistemas de direito: 1) ocidental; 2) soviético; 3) muçulmano; 4) hindu; 5) chinês.

Supomos que no critério da ideologia há um elemento de verdade muito importante. Devemos procurar descer ao que na essência caracteriza os sistemas jurídicos, para além de diferenças que superficialmente podem impressionar, como as de técnica jurídica, mas que não são tão significativas. Porém, o critério deve ser completado.

3. CRITÉRIO ADOTADO: AS CIVILIZAÇÕES

I — A ideologia não é alguma coisa que paire sobre a vida social, mas deve pelo contrário encarnar nesta, orientá-la, conduzi-la a uma determinada ordem. Só então podemos falar num sistema jurídico — quando a ideologia se tornou a alma de uma forma de vida.

Ora, uma ideologia que encarnou na vida social é uma **civilização**. São as civilizações o elemento de base nas formas de vida social e portanto nas formas de direito. Estas dão-nos o critério que nos parece ser o mais indicado para distinguir substancialmente os sistemas jurídicos.

II — Mas ao lado dos povos **civilizados** há os povos **não civilizados** ou primitivos, e também esses têm direito. Efetivamente, se bem que sejam muito variados os entendimentos das palavras cultura e civilização, parece poder dizer-se que, se todo o povo tem uma cultura, nem todo o povo tem uma civilização. A civilização pressupõe, não só o que se chama uma cultura superior, mas um desenvolvimento de formas técnicas de vida social, portanto uma correspondência entre o desenvolvimento interior e o desenvolvimento exterior.

Isto significa que a distinção se deve fazer antes de mais entre direitos primitivos ou não civilizados e direitos civilizados; e subseqüentemente se devem abrir subdistinções no interior de cada uma destas categorias.

III — Esta maneira de ver tem a grande vantagem de permitir abranger quer os sistemas atuais quer os sistemas passados.

Em cada época haverá grupos ou famílias de povos primitivos que facilitarão a localização exata da ordem que estiver diretamente em causa.⁴

No que respeita aos direitos civilizados temos desde logo uma preciosa delimitação do objeto de análise. As civilizações erguem-se como balizas do fundo dos tempos, e todas elas trazem fatalmente um determinado direito. Temos a civilização assírio-caldaica, a civilização mara, a civilização chinesa...

É certo que neste campo se pode falar de um ponto de bifurcação da História do Direito e do Direito Comparado, ambos pretendendo estar no seu domínio específico de indagação. Mas a polémica será para nós indiferente. Por razões práticas, temos de deixar de parte tudo o que não sejam sistemas atuais e portanto escusamos de nos prender com o problema da atribuição exata da matéria.

4. OS DIREITOS PRIMITIVOS

I — O estudo das ordens jurídicas dos povos primitivos atuais pertence sobretudo à etnologia. Correspondem a formas de vida culturalmente muito diferenciadas das do observador, pelo que desafiam os quadros mentais deste.

II — Aparentemente, como todo o território habitado está dividido em Estados e cada Estado se enquadra numa civilização, não haveria lugar para o estudo dos direitos primitivos.

4. O estudo histórico dos direitos primitivos é particularmente dificultado por estes povos deixarem poucos indícios, o que está ligado ao escasso desenvolvimento técnico que lhes não permitiu a transformação da natureza ambiente. Muito do que se afirma sobre estes resulta de projeções ou ilações, sempre falíveis, feitas a partir do conhecimento dos primitivos atuais.

Na realidade, os povos primitivos subsistem ainda, por vezes sem sofrerem contato ou influência dos Estados a que se reportam, como em vastas zonas da Nova Guiné, noutras tolerados ou combatidos pelos Estados com os quais estão em contato. A pluralidade de ordens jurídicas leva a que os devamos considerar para além das ordens jurídicas estaduais.

III — A situação é muito relevante nos países independentes da África negra.

Aí, para além do sistema jurídico herdado do colonizador, há os sistemas tradicionais que não podem ser ignorados.

A dualidade de sistemas impõe-se inclusivamente na administração da Justiça. Ou se encarregam as autoridades tradicionais dessa administração ou se enviam juizes que têm unicamente por função resolver conflitos à luz do direito tradicional. Em poucos casos se julgou ter chegado a altura de prescindir da dualidade dos sistemas judiciários.

Qualquer que seja a atitude perante os direitos tradicionais, e mesmo que seja de hostilidade, os novos Estados não podem prescindir do conhecimento destes direitos como pressuposto de qualquer política que visem empreender.

IV — As classificações ou agrupamentos de direitos primitivos far-se-ão de harmonia com os conhecimentos ministrados pela etnologia. Haverá que distinguir por exemplo os direitos tradicionais da Melanésia, os direitos bantos, os direitos dos povos das regiões árticas... É uma classificação que não podemos empreender aqui.

5. OS DIREITOS CIVILIZADOS

I — Atualmente, que sistemas jurídicos civilizados encontramos?

A aplicação do critério depara uma grande dificuldade. As diferenças entre civilizações cada vez se esbatem mais. Fala-se numa **convergência** de civilizações, mas a expressão é eufemística: a verdade é que civilizações tradicionais, muitas vezes de caráter sacral, estão a ser invadidas e destruídas por elementos espúrios, vindos da civilização ou das civilizações que se formaram na

Europa. Estes elementos são em geral culturalmente pobres, de ordem essencialmente técnica; mas afirma-se como lei histórica, que aqui teria plena verificação, que nos contatos entre civilizações, a civilização mais técnica prevalece sobre qualquer outra, mesmo que possuidora de valores mais refinados.

II — Verificamos que há civilizações que atingem um grau tal de decadência que não justificam já que falemos dum sistema próprio. É este desde logo o caso do **sistema chinês**. O advento do regime comunista impôs-lhe formas estranhas, para fins por vezes incompatíveis com a sua própria essência. Deixou pois de ter autonomia, e os traços que deixou, no continente ou em territórios adjacentes, não estruturam já um sistema global.

O mesmo diremos do **sistema hindu**, pois a civilização em que se apoiava desagregou-se, de modo que as formas jurídicas deixaram de a exprimir. Em pontos vitais deu-se a intromissão de elementos exógenos, que provocaram uma inversão de sinal. É evidente que muitas formas de vida se mantêm, mas mais peso têm outras, relacionadas com a organização política (o sistema de partidos, por exemplo) ou com a vida econômica (como a sociedade anônima), incompatíveis com a civilização existente e que alcançaram a preponderância para além dos protestos ou das boas intenções. Deixa por isso de se justificar que se fale de um sistema hindu como dum termo autônomo da classificação.

O **sistema muçulmano** está sujeito a pressões análogas. Mas supomos que aí há uma mais visível subsistência dos quadros tradicionais, que conseguem assimilar elementos estranhos sem perda da sua individualidade. Isto pode derivar de muitos fatores.

1) Por um lado, a civilização que lhe está na base é mais pobre que as anteriormente referidas: isto permite ser-lhe menos vulnerável, adaptando-se à invasão de elementos técnicos sem tensões mortais.

2) Por outro lado, há a indistinção estabelecida entre religião e direito, na regra deixada por Maomé, e que mais ou menos formalmente vai sendo conservada. O livro sagrado, o Corão, contém também as regras jurídicas fundamentais. E como essa religião se vai mantendo, mesmo que à custa de pactos sucessivos

com elementos espúrios, ela vai sustentando o sistema jurídico que lhe está associado. Cremos por isso que ainda se pode falar com utilidade de um sistema muçulmano.⁵

III — Restariam pois os sistemas:

- ocidental
- soviético
- muçulmano.

As dificuldades de distinção⁶ acumulam-se quando se considerar que o sistema ocidental e o sistema soviético são originários de uma civilização comum, a que estão diretamente ligados. Todavia, dado que o sistema soviético tende a novas formas civilizacionais, que encontraram já parcial realização, parece conveniente, tendo em conta a tendência de conjunto, demarcar desde já um lugar próprio.

Por outro lado, surgem-nos **figuras mistas**. É um fenómeno muito mais fácil de observar no mundo contemporâneo que em épocas passadas, dada a comunicação atual das formas civilizacionais. Elas surgem-nos sobretudo entre o sistema ocidental e o sistema soviético (Guiné? Iugoslávia? Suécia?). Isso não impede que o nosso interesse se concentre na definição dos sistemas em si, não nos preocupando essas ordens em que elementos de sistema diversos se combinam, em proporções muito variáveis.

IV — Quer dizer, o **critério da civilização** defronta por todo o lado este problema do esbatimento de contornos, próprio da situação contemporânea. Em todo o caso, os termos que através

5. Pelo contrário, em Israel, embora haja algumas formas de vida judaica típicas, estão longe de bastar para que se fale dum sistema israelita.

6. Estas dificuldades são reconhecidas pelo próprio René David, que já mais de uma vez modificou o seu critério. Atualmente reporta-se, de modo um tanto vago, aos «elementos, mais fundamentais e mais estáveis, graças aos quais se podem descobrir as regras, interpretá-las e determinar o seu valor (**Les grands systèmes**, nº 16). Conclui pela existência das **famílias jurídicas romano-germânica, do common law e dos direitos socialistas**, mas admite ainda um resto, que abrange outros sistemas. Esta repartição é indefinida e tem escasso rigor científico.

dele individualmos oferecem base suficiente para a investigação. Vamos referi-los sucessivamente, com exceção do que respeita ao sistema muçulmano: como é menos relevante para nós, temos de limitar-nos às vagas referências que lhe fizemos.

6. SISTEMA OCIDENTAL

I — É aquele em que nos integramos. Merece pois exame prioritário.

1) O sistema ocidental assenta na **herança grega**.

Desabrocha então o humanismo: o homem é considerado com um interesse novo, diferente do característico das formas de vida mais aglutinadoras anteriormente existentes. Interesse que viria depois a desabrochar no respeito pela pessoa humana, quando se dá a intervenção do cristianismo. Esse respeito pode ter sofrido ocasos, ou pelo contrário ter sido mal entendido, degenerando em individualismo; mas não deixa de ser um elemento de referência essencial.

2) A mensagem grega, transitando através do império romano, atingiu todos os países europeus. Recebeu depois o segundo elemento ideológico fundamental: o **cristianismo**. À sua luz se forjou, no longo cadinho da Idade Média, uma civilização nova. É certo que, sobretudo hoje, são flagrantes os desvios que se verificam do espírito cristão, mas este não deixa de continuar a oferecer um quadro de referência essencial para a definição desta civilização.

3) Sobrepõe-se depois uma estruturação de índole materialista, o **capitalismo**, altamente favorecida pelo desenvolvimento técnico conseguido a partir da chamada revolução industrial. O capitalismo tem também o seu espírito. Sendo muito diverso do espírito cristão, não pode também deixar de ser tomado em conta para a definição da base ideológica atual da civilização ocidental. Esta base é pois ideologicamente tripartida.

II — Após esta descrição, necessariamente perfunctória, da civilização ocidental, devemos passar à descrição do sistema jurídico que lhe corresponde. Mas para um conhecimento útil devemos logo destrinçar dois **subsistemas**. Com efeito, a base

civilizacional que assinalamos vai ter uma estruturação jurídica muito diversa consoante a **técnica jurídica** que num ou noutro caso for adotada. Os mesmos problemas de fundo podem ser servidos por formas radicalmente diversas.

Com esta base, é uso distinguir um sistema continental, ou de direito civil (os ingleses opõem os países de **civil law** aos países de **common law**) ou de direito escrito, ou romano-germânico, a um sistema anglo-saxão ou de **common law**. Nós falamos nos subsistemas:

- romanístico
- anglo-americano.

Na verdade, é um elemento essencial do primeiro sistema assentar no direito romano, ao contrário do que acontece no sistema anglo-americano. A designação corrente de sistema continental não só é pouco expressiva por si, como é desmentida hoje pelo fato de a cisão comunista ter arrancado do sistema o leste do continente europeu, e a expansão a vastas zonas doutros continentes ter tornado o continente europeu uma fração reduzida no conjunto.

Na designação do segundo sistema procuramos assinalar o significado que apresenta hoje para o sistema o direito norte-americano.

7. SUBSISTEMA ROMANÍSTICO

Este ramo penetra a América Latina, a África, com exceção das manchas muçulmanas e anglófonas, e algumas zonas da Ásia. Vejamos quais as suas características.

I — BASE ROMANÍSTICA: É um elemento fundamental, donde retiramos a própria designação. O direito de todos estes países assenta no direito romano.

Note-se que isto não significa que em todos os casos se tenha feito sentir a presença física das legiões romanas, ou que o direito romano se tenha de outro modo propagado no tempo do império. Há regiões, como a Escandinávia, em que isso de

nenhum modo aconteceu. Noutras podemos falar até numa erradicação do direito romano, após a invasão bárbara.

O que é fundamental, é que o prestígio do direito romano acabou por o levar a prevalecer sobre os elementos indígenas das ordens jurídicas de territórios que tinham ou não estado diretamente submetidos ao domínio romano.

Nos primeiros, em que o nosso país se inclui, operam-se através dos séculos sucessivas recepções do direito romano, que são tão importantes para a romanização da sua ordem jurídica como a marca deixada diretamente pelos romanos.

Mesmo em países como a Alemanha, em que a influência direta foi pequena, o sistema hoje é profundamente romanista; e os elementos germanistas, que alguns autores tentam por vezes exaltar, representam um resíduo em confronto com os romanistas. Este fato funda o maior elogio que se pode dirigir ao gênio jurídico romano.

II — VALOR DA LEI: As chamadas **fontes do direito**, portanto os modos como o direito se revela, são consideradas de maneira semelhante nos vários países deste sistema.

A **lei** ocupa indiscutivelmente o lugar cimeiro: ao ponto de em todos os países ter havido a tendência de confundir direito e lei.

O **costume**, que tem sempre relevância, quer se lha reconheça teoricamente quer não, ocupa um lugar modesto.

A **jurisprudência**, portanto a resultante das decisões dos tribunais, surge como um elemento subordinado à lei. É certo que modernamente tem havido tentativas para a revalorizar, mas não parece poder-se ultrapassar a afirmação de que a jurisprudência é fonte **mediata** do direito. Há evidentemente desvios, nomeadamente em Portugal, como veremos; mas basta-nos agora caracterizar o sistema em geral.

III — TÉCNICA CIENTÍFICA: Enfim, a técnica de tratamento do material jurídico é análoga.

Essa técnica atinge neste sistema um apuramento elevadíssimo.

Desde logo, deveríamos anotar que os quadros e divisões da própria lei se assemelham fundamentalmente de país para país.

O labor posterior dos juristas acentuará essas parecenças. Assentes no direito romano, congregarão as várias normas em institutos semelhantes; demarcarão os mesmos ramos de direito; chegarão à formulação de princípios fundamentais análogos; e até as categorias auxiliares, indispensáveis para o enquadramento do dado jurídico, como os conceitos de direito subjetivo, relação jurídica, ação penal, etc., são praticamente comuns.

Por tudo isto, o jurista de um destes países, uma vez prevenido contra duas ou três diferenças que podem falsear as suas observações, está em condições de analisar tecnicamente o dado jurídico de outro país, nas mesmas condições quase que o jurista desse país. A comunidade da formação que recebeu, e pela qual se adaptou ao sistema, revela-se um elemento mais significativo que a diversidade resultante de um conteúdo eventualmente dissemelhante das normas.

8. SUBSISTEMA ANGLO-AMERICANO ⁷

I — O direito romano vigorou nas ilhas britânicas, mas foi daí completamente erradicado pela invasão dos anglo-saxões. Estes foram depois politicamente dominados pelos normandos. Com a progressiva integração destes dois povos foi-se formando um direito próprio, que não foi no essencial sensível à influência do direito romano, apesar de múltiplos pontos de contatos históricos.

O direito era inseguro. Aos órgãos com funções judiciárias coube assim uma larga função de determinação das regras. A decisão passou a dar certeza ao direito. Mas essa decisão não foi justificada por um autônomo poder de criação do juiz mas por corresponder a um pretendido direito comum dos povos de Inglaterra, ou **common law**.

⁷ Sobre esta matéria veja-se o nosso estudo **As Fontes do Direito no Sistema Jurídico Anglo-Americano**.

Esse direito seria costumeiro. Os tribunais deveriam julgar de harmonia com ele, e a força das decisões judiciais tinha o seu fundamento na presumida correspondência da decisão ao direito comum.

Com a expansão britânica o sistema transplantou-se depois à América do Norte e a todas as regiões que constituíram o Império Britânico. Terá sofrido distorções ou contágios, mas permaneceu o elemento preponderante. Atualmente, a América do Norte tornou-se outro pólo de irradiação do sistema.

II — É fundamental uma visão própria das **fontes do direito**, e nomeadamente da jurisprudência.

Como veremos, em Portugal, e salvo casos excepcionais, nenhum tribunal está vinculado por uma decisão proferida noutro processo, mesmo que o tenha sido por um tribunal superior: o juiz é independente na sua maneira de dizer o direito. Assim acontece em todos os países do sistema romanístico.

Pelo contrário, no sistema anglo-saxão a **jurisprudência** ocupa uma posição predominante. As decisões dos tribunais formam nestes países a base de toda a ordem jurídica.

E isto porque no sistema anglo-saxão funciona a **precedent rule**, que leva a resultados diametralmente opostos. O precedente fixado pelos tribunais superiores é vinculativo para os tribunais inferiores: terão de decidir os casos futuros da mesma maneira.

III — A formação desta regra terá sido gradual. Pouco a pouco, porém, os tribunais habituaram-se a decidir conforme os outros já tinham feito. Não se esqueceu o fundamento costumeiro do sistema, e até se afirmava que a sentença não conforme ao **common law** deveria ser corrigida, mas na prática chegou-se a uma estratificação dos modos de decidir.

No século XVI era patente que o conjunto das soluções aplicadas pelos tribunais não satisfazia as necessidades práticas. Então o Chanceler, que possuía certos poderes jurisdicionais que exercera em cooperação com outras entidades, ganhou autonomia. Decidia os casos que se lhe apresentavam segundo a equidade, considerando o que se revelava justo para o caso concreto, e a sua solução prevalecia sobre a solução do **common law**. Graças

a esta sobreposição surgiu um novo leque de soluções, que eram praticamente mais satisfatórias.

Aconteceu porém que também os tribunais da **equity** foram sensíveis ao fascínio do precedente, e começaram a resolver casos análogos sempre da mesma maneira. Portanto, a própria **equity** encarquilhou num certo número de soluções fixas.

Hoje, apesar de uma certa interpenetração dos dois sistemas, ainda se distinguem formalmente soluções do **common law** e soluções da **equity**. Nos Estados Unidos a contraposição perdeu interesse, pois os mesmos tribunais aplicam os dois sistemas de normas; mas na Inglaterra ainda se não atingiu este ponto final da evolução.

IV — Note-se que a regra do precedente, tal como hoje se encontra, é de formulação recente. Os intérpretes modernos cansaram-se da referência constante a um direito comum que em si era incognoscível, a não ser justamente através das decisões dos tribunais. Com isto se terá convertido um direito costumeiro em direito jurisprudencial, muito embora os estudiosos do sistema estejam longe de se encontrar de acordo sobre este ponto.

Na sua pureza, o precedente só funciona perante as decisões de tribunais superiores: o tribunal inferior está vinculado pelas decisões daquele. No século passado, porém, atingiu-se em Inglaterra o máximo de rigidez, e a Câmara dos Lordes, que funciona como o mais alto tribunal,⁸ considerou-se auto-vinculada pelas suas próprias decisões. Com isto se criou o princípio de vinculação pelo precedente do próprio tribunal superior que o emitira. Em 1966, porém, a Câmara declarou-se liberta desta auto-vinculação, no que foi seguida pelos outros tribunais superiores.

Em todo o caso, os precedentes, quer do próprio tribunal, quer de tribunais paralelos, quer até de tribunais inferiores, têm uma valia que, apesar de não ser tabelada, é muito grande. Podemos dizer que vinculam, exceto se se encontrar uma boa

8. Não nos devemos deixar impressionar pelos nomes. A Câmara dos Lordes, como tribunal, pouco tem que ver com a Câmara dos Lordes, como assembleia legislativa.

razão em contrário. Isto confirma a fisionomia do direito anglo-americano como um direito de precedentes.

A aplicação do precedente é uma tarefa delicada. Para além da própria dificuldade da descoberta de decisões que se relacionem com aquele caso, é necessário examinar toda a decisão para extrair dela o princípio que lhe está ínsito, ou a **ratio decidendi**. Desta se distinguem os **obiter dicta**, que são considerações que não fundam diretamente a decisão.

Note-se todavia que os tribunais anglo-americanos demonstram uma certa maleabilidade na apreciação da identidade entre o caso já decidido e o novo caso: procuram mais o princípio que anima a decisão que a fórmula por que se exprimiu. A fórmula pode mesmo ser corrigida em decisões posteriores, procurando-se assim consagrar com maior felicidade o princípio que lhe está subjacente. Um hábil jogo de distinções permite por outro lado tirar rigidez à aplicação do precedente.⁹

V — A compreensão do sistema só será porém completa se atendermos ao papel que a lei nele desempenha.

Nenhuma sociedade atual pode viver sem a certeza e o poder de transformação que à lei estão inerentes. Por isso, também o sistema anglo-americano assiste à proliferação das leis (**statutes**). Mas aí, ao contrário do que se passa no sistema romanístico, a lei tem uma função auxiliar — vem completar e esclarecer o sistema do direito comum como que do exterior, não representando ela própria a base do sistema. Se bem que hoje em dia não possa ser seriamente tomada como condição de validade da lei a conformidade dela com o direito comum em todo o caso este continua a representar o sistema geral que se aplicará sempre que uma lei não regular especialmente uma situação.

Que razões justificarão este grande predomínio da jurisprudência sobre a lei? Ele deriva, não só do empirismo do povo britânico, como das suspeitas que ele sustenta em relação à lei. A lei aparece-lhe como a arma preferida dos tiranos, enquanto que a proclamação de um conjunto estável de princípios lhe traz a

9. Sobre estas matérias cfr. BODENHEIMER, nº 67.

melhor barricada contra as arbitrariedades do poder. É curioso observar que, no continente, preocupações idênticas levaram a soluções diametralmente opostas. A lei, com a sua generalidade, é exaltada; a definição de princípios que esta traz limita o poder, que terá de se orientar por uma ordem já determinada.

VI — Por força de todas estas razões, a **técnica jurídica** separou-se profundamente nos dois sistemas. Também no subsistema anglo-americano há uma dogmática, que erigiu a multiplicidade de dados num sistema, mas por caminhos por vezes de todo alheios aos romanísticos. Efeitos econômico-sociais normalmente muito próximos vão ser obtidos por diversa técnica.

1) Desde logo nos surgem institutos para os quais se não encontra um correspondente no sistema romanístico. Assim, o **trust**, pelo qual alguém transmite a outrem uma verdadeira propriedade, mas para realizar uma função no interesse alheio, é desconhecido entre nós; a distinção entre **ownership** e **property** não corresponde às nossas concepções; o **copyright** não é o mesmo que o nosso direito de autor, e assim por diante.

2) Também os ramos ou divisões do direito não são idênticos; as grandes divisões da ordem jurídica podem levar a arrumações muito diversas.

3) Enfim, aqueles instrumentos de análise e construção próprios da dogmática, que temos referido, variam também consideravelmente.

Por isso, o jurista do sistema romanístico, que se sente quase em sua casa quando se transfere para outro país do mesmo sistema, sofre uma profunda desorientação quando colocado perante o sistema anglo-americano. Não são só as soluções, é toda a estrutura geral que lhe é estranha. Tem por isso de realizar um esforço penoso de adaptação, transcendendo quadros que sempre lhe haviam parecido evidentes. Mais uma razão todavia para a importância do estudo do direito comparado, pois este permitirá o diálogo e o intercâmbio que a base substancial de ambos os grupos, a civilização ocidental, reclama.

9. DIREITOS DOS PAÍSES DA ÁFRICA NEGRA

I — A independência dos países africanos fez-se sem atingir a continuidade do direito. Os tribunais continuaram a aplicar as mesmas regras, as vinculações internacionais mantiveram-se. Isto significa que os novos países se conservaram dentro do ramo em que a colonização os integrara — o subsistema romanístico ou o subsistema anglo-americano, consoante os casos.¹⁰

Confirma-se assim que a estrutura jurídica fundamental adere muito profundamente aos povos, e está imune até à generalidade das mutações políticas. Até nos raros casos em que houve alterações de fronteiras a estrutura jurídica não se ressentiu. Assim, nos Camarões, deu-se a federação dos Camarões orientais, que tinham estado sob tutela francesa, e dos Camarões ocidentais, que tinham estado sob tutela britânica. Um Supremo Tribunal serviu de cúpula às jurisdições; mas cada território manteve o seu próprio sistema de direito.

II — Todavia, esta integração no sistema ocidental não pode ser afirmada sem atendermos a outros elementos muito significativos. É que influências diversas se fizeram também sentir.

Por um lado, há a influência do sistema muçulmano, que a partir do norte se enraizou nos países que foram atingidos pelo islamismo, criando uma ordem paralela mais ou menos profunda.

Por outro lado, e sobretudo, há que contar com os direitos tradicionais.

Estes tinham subsistido em toda a parte, ao lado do direito civilizado instituído pelo colonizador. O sistema jurídico era pois dualista, acompanhando o dualismo das sociedades a que correspondia. Quer tivesse sido ignorado, quer combatido, quer respeitado, sofreu influências profundas do direito com o qual foi confrontado mas manteve a sua caracterização fundamental de um direito comunitário, essencialmente costumeiro, completado por regras que se criavam e conservavam oralmente.

10. Cfr. Allott's Judicial; GONIDEC, *Les droits africains*.

Quando dizemos que estes países se integraram no sistema ocidental estamos a considerar o setor civilizado. Resta saber qual a articulação com este setor tradicional.

III — O direito que unifica os novos Estados é necessariamente o direito civilizado: a própria categoria Estado é estranha ao direito costumeiro.

Perante a realidade inegável do direito costumeiro, foi em todos os casos necessário abrir-lhe um lugar. Mas a atitude em relação a esse direito varia profundamente. Olham-no uns com favor, como manifestação da maneira de ser pré-colonial; olham-no outros com suspeita, sobretudo quando pretendem superar a divisão tribal através de uma rápida unificação.

A estrutura dualista refletiu-se no setor judiciário. Em geral, foi necessário criar, ao lado dos tribunais que julgam segundo o direito civilizado, tribunais que julgam segundo o direito tradicional. Estes tribunais podem erigir-se, ou atribuindo funções judiciárias às autoridades tradicionais, ou criando uma nova categoria de juizes que tem por função resolver litígios regidos pelo direito tribal.

IV — A tendência é para a unificação do sistema jurídico. Apontam nesse sentido formas de unificação, realizadas em certos países, do sistema judiciário. Mas é evidente que assim se não supera a diversidade dos direitos. O sistema judiciário passa a ser único, mas o mesmo tribunal, aplica, ora direito civilizado, ora direito tradicional.

A unificação que importa é aquela que se fará através das próprias regras, mas essa não pode ignorar a diversidade das formas de vida. O direito é também instrumento de transformação da sociedade, mas não pode, sob pena de violência ou de ineficácia, deixar de respeitar os tempos de evolução do meio a que se destina.

A forma mais rica de unificação seria aquela que realizasse a síntese dos valores dos dois sistemas coexistentes. Essa síntese não tem sido em geral conseguida. É necessária uma grande imaginação e finura jurídica para legislar, resolvendo necessidades novas, não com as regras do direito tradicional, que para isso são

totalmente inadequadas, mas com o espírito deste. Mas não tem sobrado o tempo para este trabalho delicado de criação.

10. SISTEMA SOCIALISTA OU SOVIÉTICO

I — O sistema socialista ou soviético (esta última é a designação mais freqüente) assenta numa **ideologia** mais unitária que a do sistema ocidental: a ideologia marxista, que com os seus aditamentos, os seus desvios, as suas heresias, tem todavia um núcleo claramente demarcável. Essa ideologia encarnou pela primeira vez com a revolução russa de 1917. Não admira por isso que a ordem jurídica russa, por ser a mais madura, ocupe uma posição especial neste quadro.

Depois de anos de difícil consolidação, deu-se a expansão do sistema para novas zonas — o leste da Europa, a China e outros pontos do sudeste asiático, Cuba...

Analisaremos em particular, pela sua importância, o caso da China; e limitar-nos-emos, nas observações subseqüentes, aos países do leste europeu, com exceção da Iugoslávia.

II — Antes da implantação do sistema estes países pertenciam ao subsistema romanístico do direito. Mas na Rússia a estruturação jurídica fora sempre fraca. A legislação e a doutrina jurídica eram pouco evoluídas, e a aplicação do direito realizava-se de modo semelhante ao vigente nos países ocidentais antes da Revolução francesa — sem a distinção nítida da função judicial, nomeadamente.

Este elemento já nos aponta que em cada país se assentou numa situação social diversa. Por isso também a evolução subseqüente não pode ser idêntica: a situação na Checoslováquia é muito diversa da búlgara, por exemplo. Conseqüentemente, os elementos endógenos vão ter sempre um papel relevante na modelação de cada ordem jurídica.

III — Em todo o caso, por todos os lados se assistiu à rápida imposição de um sistema diverso do existente, que implica uma organização própria da vida social e portanto um novo direito. Por ser global, esse sistema pode ser estudado por si, atendendo mais àquilo para que tende que àquilo que é — e isto

porque a situação é muito variável de país para país e porque em lugar nenhum se chegou a um ponto de equilíbrio na evolução. Só na Rússia se nota recentemente a tendência para uma maior estabilização.

Já fizéramos a prevenção de que nestes casos se assiste a um fenômeno até certo ponto inverso do que caracteriza as civilizações orientais: não há decadência, mas a tormentosa busca de novas formas civilizacionais. Vamos atender às linhas fundamentais já visíveis, que surjam como manifestações do sistema para que a ideologia aponte.

Por força desta ideologia, dá-se a **estruturação da produção** em termos coletivistas, o que desde logo altera radicalmente as relações sociais. Implica designadamente que o Estado se converta num potente aparelho de coação, sem o que essa estruturação se tornaria impossível. Surge por isso a «ditadura do proletariado», que não é fenômeno casual, mas consequência necessária da organização que se pretende.

Nas afirmações dos teóricos ela representaria porém solução transitória, pois estaria destinada a apagar-se, até se chegar à definitiva instauração do comunismo. E até modernamente se afirma que ela teria sido superada pelo «governo de todo o povo».

IV — Procurando caracterizar a ordem jurídica resultante, há um traço fundamental a acentuar. O direito não surge aqui como uma ordem a que o Estado se submeta, segundo o modelo do Estado de Direito. É antes uma realidade inseparavelmente associada ao Estado. Para além de discussões teóricas sobre a valia e significado do direito, este é em qualquer caso um instrumento nas mãos do Estado, que no Estado socialista serve a construção do comunismo.¹¹

Por isso, os princípios gerais orientadores do Estado soviético influem constantemente, como elementos ativos, no tratamento do material jurídico. O jurista destes países deve interpretar e aplicar a lei não apenas à luz de princípios que resultem do próprio direito, como nos países ocidentais, mas desde logo à luz de princípios políticos.

11. Cfr. por exemplo **Principes du droit soviétique**, págs. 18-19.

A matéria da integração das lacunas oferece-nos um exemplo elucidativo. Nos direitos ocidentais vão-se em geral buscar ao próprio sistema jurídico os princípios gerais cuja aplicação permitirá conseguir uma solução nova. Mas no sistema soviético segue-se expressamente uma solução diversa. As lacunas devem ser integradas de harmonia com os princípios gerais do direito e com os princípios da política.¹² O fim do direito tem assim um papel ativo e condutor que é desconhecido nas ordens jurídicas ocidentais.

V — FONTES DO DIREITO ¹³: No sistema das fontes do direito a **lei** ocupa um primado que representa praticamente um exclusivo.

Na verdade, é a lei o instrumento usado para realizar a função que o Estado se atribui.

O **costume** não é reconhecido. Na prática ele atuará sempre, e até nos períodos de liquidação revolucionárias das fontes existentes a ordem jurídica teve base essencialmente costumeira.¹⁴ Mas um tribunal não reconhecerá a invocação frontal de um costume.

A **jurisprudência** não cria normas. É certo que os tribunais superiores podem emitir **diretivas** vinculativas para os tribunais inferiores, e portanto indiretamente para os cidadãos, sobre o modo de julgar, independentemente da solução de casos concretos.¹⁵ Nessa altura porém os tribunais atuam como órgãos legislativos ou administrativos e não como órgãos judiciais.¹⁶

A **doutrina** não tem qualquer valia normativa.

A consulta da bibliografia destes países é aliás dificultada por ao jurista ser atribuída uma função educativa, o que lhe faz perder objetividade e contribui freqüentemente para esconder a feição dos problemas.

12. Cfr. DEKKERS, *Introduction*, pág. 16.

13. Cfr. *Introduction aux droits socialistes*, págs. 89 e seguintes.

14. Cfr. ORLANDO, *Método*, pág. 59 e seguintes.

15. Esta figura é referida por CASTANHEIRA NEVES, na *Rev. Leg. Jur.*, 105º, 136-138.

16. As razões são as mesmas que nos levam a concluir que o assento é atualmente lei e não jurisprudência: cfr.

VI — A LEGALIDADE: Este primado da lei necessita de ser compreendido na sua integração histórica e nos termos do sistema.¹⁷

Nos anos que seguiram a revolução russa atravessou-se uma situação de grande insegurança jurídica.¹⁸

A estruturação legislativa subsequente não se fez sem desvios. A ordem singular da autoridade ganhou maior força que a proclamação abstrata da lei. Esta tornou-se, como no Estado do século XVIII, um modelo que «deveria» ser seguido. Isso tornava particularmente difícil o conhecimento do direito vigente nestes países: o jurista ocidental procura as leis, mas o direito, aqui mais que em qualquer outro caso, não se capta sem o conhecimento dos fatos.

Mas a ânsia de estabilidade é muito grande, e essa fez-se através de um acento progressivamente mais forte da noção de «legalidade socialista». O qualificativo que se acrescentou implica para os ocidentais que é alguma coisa menos que a legalidade; para o jurista destes países significaria todavia alguma coisa mais, pois não só se reconheceria a legalidade formal como se dariam as condições práticas para o seu exercício.

De todo o modo, a evolução para a legalidade acentua-se. Na Rússia esta representa como que uma inovação, porque antes da revolução havia pouca clareza nas leis e nas jurisdições. Pelo contrário, nos restantes países do leste europeu o sistema encontrou uma consciência da legalidade muito mais acentuada. Por isso o anseio da legalidade correspondeu aí a uma tendência autônoma, e a busca de uma estruturação jurídica começou a bem dizer desde a primeira hora.

A evolução neste setor não está ainda completa. Do princípio da legalidade socialista tiram-se sempre novas conseqüências, que voltam a aproximar as doutrinas jurídicas das doutrinas ocidentais.

VII — CONTEÚDO: Há muitos institutos jurídicos diversos dos ocidentais. Para além dos que desabrocharam localmente

17. Cfr. sobre esta matéria HAZARD e SHAPIRO, *The Soviet Legal System*, parte I.

18. A referência à «legalidade revolucionária» não explica a repetição de manifestações anárquicas ou arbitrárias.

mesmo antes da implantação do sistema e que lograram subsistir, há os que resultam das necessidades de transformação social que se fizeram sentir: o **kolkhoz**, por exemplo, não tem correspondente no sistema ocidental. Mais significativo ainda, há institutos cuja designação faz supor coincidência com institutos ocidentais, mas que na realidade têm conteúdo diverso.¹⁹

A preocupação pela legalidade socialista fez retomar institutos que trouxeram uma reaproximação do sistema romanístico.

É elucidativo neste movimento o que se passou com a aplicação analógica da lei penal. No sistema romanístico é considerada um dos pontos-chaves da defesa do cidadão a garantia de só poder ser condenado pela prática de fato previsto na lei, com exclusão de toda a analogia. Pelo contrário, as leis russas permitiam também a punição por fatos análogos aos previstos na lei. Recentemente, porém, a analogia foi proibida, o que é um sintoma desta nova apreciação da legalidade.

No domínio das sucessões e da propriedade seguiram-se orientações divergentes.

A sucessão por morte foi proibida com a revolução de 1917. Foi porém restabelecida posteriormente, e a tendência tem sido no sentido de uma ampliação sucessiva do seu âmbito de aplicação.

Pelo contrário, a propriedade individual de bens de produção tem sido sucessivamente restringida.²⁰ Mantém-se ainda, em relação a bens necessários para o exercício do artesanato, pequenas explorações agrícolas e comércio de retalho, mas em posição desfavorecida. Não assim em relação a outros bens, e nomeadamente casas de habitação.

No campo da aplicação da lei, os tribunais de camaradas, de criação recente, procuram, sobretudo através da conciliação, sanar os pequenos litígios, inserindo-os no meio em que se produziram.

19. RENÉ DEKKERS, *Introduction*, págs. 11 e seguintes.

20. Cfr. sobre esta matéria STOYANOVITCH, *Le régime...*; Johnson, págs. 105 e seguintes.

VIII — CONCLUSÃO: Procurando, para terminar, indicar as grandes linhas orientadoras deste sistema, chegamos a dois resultados aparentemente contraditórios:

1) Por um lado, sucedem-se os movimentos tendentes a atingir uma fase mais adiantada na realização do comunismo.

2) Por outro, há uma aproximação, ao menos parcial, dos sistemas ocidentais.²¹

Talvez não haja propriamente contradição entre estas duas linhas, se considerarmos que há um domínio em que elas podem correr paralelamente. A pretendida aproximação do comunismo leva a um abrandamento do aparelho estadual de coação; mas esse abrandamento permite justamente uma aproximação dos sistemas ocidentais.

De todo o modo, é um fato o adoçamento de arestas, seja ele ou não conforme ao travejamento ideológico que anima o sistema.

11. O DIREITO CHINÊS

I — Dada a importância e o significado da China justifica-se uma referência especial. Mas as fontes de que dispomos são muito escassas, pelo que nos teremos de limitar a observações parcelares, que podem até não estar inteiramente atualizadas.

II — A ausência de dados representa desde logo um reflexo da muito particular concepção chinesa do direito.

Ao contrário do que aconteceu com os países socialistas que referimos anteriormente, a China não arranca do sistema romântico do direito. Tradicionalmente vigorara uma concepção que acentuava os valores da moderação e da concórdia e levava a considerar uma vergonha o recurso aos tribunais. Sustentada pelos filósofos confucionistas, era radicalmente oposta à rigidez das leis. O direito era assim essencialmente costumeiro, e a solução dos litígios era remetida sobretudo à equidade. Nem a escola dos legistas, conselheiros dos imperadores, nem a introdução de um Código Civil e de outras leis, já neste século,

21. Veja-se uma interessante aplicação a propósito do dever de socorro em HAZARD, *Duty to Rescue*.

alteraram significativamente a situação, pois os elementos de sentido contrário predominaram largamente.

III — O triunfo comunista representou em certo sentido um triunfo dos legistas e do seu sentido ativo de transformação social. Abolem-se todas as leis existentes e surgem novas leis, nomeadamente as Constituições Políticas, a lei sobre o casamento (de 1950) e algumas leis agrárias. Mas ao contrário do que se passa nos países socialistas europeus não se chega à consagração do princípio da legalidade. Pensa-se poder dispensar o direito, que é apenas a arma da ditadura sobre os contra-revolucionários. Só em casos extremos, se após uma longa paciência e o uso de órgãos de conciliação para o efeito instituídos se não conseguir chegar à solução do diferendo haverá o recurso aos tribunais.

A cisão com a Rússia só fez apressar e consolidar esta orientação.

IV — Vê-se agora de onde resulta a grande dificuldade de conhecimento do direito chinês. Fora a observação local, que é pouco freqüente, não encontramos as fontes com que habitualmente se trabalha. Poucas leis foram entretanto produzidas; não há resenhas de jurisprudência, pois as sentenças não são publicadas; não há doutrina, pois quase não existe produção sobre a ciência do direito.

V — Algumas diferenças poderemos todavia anotar em relação ao direito dos países socialistas até agora considerados. Na seqüência da tomada do poder não se deu uma apropriação dos bens de produção pelo Estado tão radical como noutros países,²² porque o grupo vitorioso se apresentava como a coligação de várias orientações. Isso teve conseqüências na estruturação jurídica daí resultante.

Por outro lado, resulta do que dissemos no capítulo das fontes que o costume surge como fonte do direito.

Ainda, o afastamento do princípio da legalidade conduz a que no processo penal a analogia seja utilizável para a qualificação de um fato como criminoso.

22. Cfr. TSIEN TCHE-HAO, *La République*, nomeadamente a págs. 56 e seguintes e 329 e seguintes.