

SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS

**Apontamentos destinados ao 5.º ano Jurídico
da Faculdade de Direito da Universidade de Macau
no ano lectivo de 1997/1998, com breves actualizações em 2014.**

Pedro Fernando Loureiro Ferreira

Antigo Assistente Convidado, Tempo Parcial, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

INTRODUÇÃO

O presente conjunto de apontamentos pretende servir de base sistematizada ao estudo da matéria da cadeira de Sistemas jurídicos Comparados, tendo como base a bibliografia básica e complementar sugerida.

Não é demais afirmar a importância da disciplina de Sistemas Jurídicos Comparados no momento histórico vivido pelo sistema jurídico macaense. Exemplos de soluções de Estados e territórios vizinhos, exemplos de soluções importadas do sistema da República portuguesa e do sistema jurídico da R.P. da China estão ao dispor dos juristas de Macau. Aproveitar estas condições particulares para melhor se entender o sistema onde nos encontramos e contribuir para o seu melhoramento é um objectivo que necessariamente haveria de presidir ao presente Curso.

CAPÍTULO I INTRODUÇÃO

1. Designação e definição da disciplina

O Direito Comparado é uma área do conhecimento que tem por objectivo a comparação de diferentes realidades jurídicas, investigando as suas semelhanças,



as diferenças, as causas e resultados.

É a actividade que consiste em estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças, de uma realidade constituída pelo Direito, segundo um método adequado a um objectivo.

Direito comparado não é um ramo do direito como o direito civil ou penal – um conjunto estruturado de normas e princípios jurídicos –, mas uma disciplina que compara Direitos. Por isso faria mais sentido a expressão comparação de direitos.

DIREITO: é o Direito no sentido de ordens jurídicas estaduais que se comparam na sua estrutura, concepções, fontes de direito, métodos de interpretação. Estudo de direitos no sentido do modo como os tribunais e destinatários das normas as interpretam e aplicam. O mesmo texto legal pode ter aplicações diversas conforme os países.

COMPARADO: o Direito Comparado aproxima realidades jurídicas (normas, praticas judiciais ou extrajudiciais) e não necessariamente normas. Interessa descobrir os valores reveladores dos pensamentos sociais que separam normas de ordenamentos diferentes sobre a mesma matéria, descendo-se por isso a planos pré-jurídicos.

O Direito Comparado toma a norma no seu sentido de resultado de uma realidade político-jurídica, de uma época, num determinado país.

“A comparabilidade das diversas ordens jurídicas fundamenta-se na identidade das necessidades jurídicas, na comunidade de problemas, que não ao nível das soluções deles” (Réne Rodiere).

Comparam-se realidades que têm algo de comum, aquilo que é essencial à regulação pelo Direito. Exclui-se o que é igual por coincidência (p. ex. um prazo de um ano para a emissão de uma licença e o prazo de um ano para a prescrição de uma sanção administrativa).

As semelhanças podem dizer respeito ao regime jurídico (p. ex. o casamento), ou ao tratamento de uma situação jurídica (p. ex. posição do cônjuge sobrevivente, que pode ter relevo em sede de sucessões mas também no direito ao arrendamento e a uma pensão administrativa).

Assim, o Direito Comparado visa atingir um conhecimento mais aprofundado de um determinado sistema, o seu aperfeiçoamento e contribuir para a aproximação dos sistemas jurídicos. Num mundo globalizado, este objectivo ganha cada vez maior relevo.

2. Tipos de comparação

2.1. Micro-comparação e macro-comparação

A micro-comparação abrange a comparação de institutos¹ ou e figuras

1 Instituto jurídico é um conjunto de normas, princípios e instituições de natureza jurídica que, numa dada ordem jurídica, possam ser tomados unitariamente sob certa perspectiva ou critério



jurídicas particulares integradas em ordens jurídicas diferentes. Estuda-se um instituto específico e as regras para resolver um particular conflito de interesses.

A macro-comparação é a comparação de ordens jurídicas² ou famílias de direitos na sua totalidade, destacando-se as suas semelhanças e diferenças. Comparação do espírito e do estilo, dos métodos e das formas de pensar de diferentes sistemas jurídicos. Estudam-se os métodos jurídicos, os procedimentos para resolver conflitos e a função dos juristas.

2.2. Direito comparado total e Direito comparado limitado

O Direito comparado total tenta examinar todas as ordens jurídicas do mundo. É utópico mas tem a utilidade de, nas suas aproximações, de ordenar os sistemas em famílias.

O direito comparado limitado é a comparação entre ordens jurídicas pertencentes a um grupo limitado de países.

2.3. Comparação de normas quanto ao conteúdo (formal) e Comparação de normas quanto à aplicação prática

Pode-se comparar as regras tal como resultam da sua fonte sem curar de saber como se aplicam na prática, tomando como objecto as normas em si mesmas ou comparar as soluções jurídicas, isto é, as normas tal como os juristas as interpretam e aplicam.

2.4. Comparação de direitos e comparação de ciências jurídicas

A comparação de direitos consiste no estudo dos sistemas jurídicos quanto às soluções normativas e a comparação de ciências jurídicas no estudo das técnicas usadas para entendimento e sistematização de normas.

2.5. Comparação de ordens jurídicas nacionais ou institutos e Comparação de regimes jurídicos internacionais

O Direito Comparado pode comparar sistemas jurídicos nacionais entre si ou regimes jurídicos internacionais. Por exemplo, comparação entre o regime da Antárctica e o do espaço exterior.

2.6. Direito comparado e conhecimento de direitos estrangeiros

Não é direito comparado o estudo de um direito estrangeiro nem o estudo infra sistemático de um direito nacional. Estudo do direito estrangeiro é instrumental aos estudos de Direito Comparado porque para se comparar tem

(Carlos Ferreira de Almeida, p. 8-9).

2 Sistema jurídico são conjuntos coerentes de instituições e de normas jurídicas que vigoram em relação a um dado espaço e/ou a uma certa comunidade (Carlos Ferreira de Almeida, p. 7-8).



que se conhecer.

3. Confronto do Direito Comparado com outras disciplinas jurídicas

3.1. Direito internacional privado

Elemento comum: Pluralidade de ordens jurídicas no espaço.

Diferenças: o Direito Internacional Privado é direito interno e o Direito Comparado não é um ramo de direito (disciplina normativa de direito). O Direito Comparado pode ajudar à função (harmonização de julgados) e ao método do Direito Internacional Privado (entendimento do conceito-quadro).

3.2. Direito Internacional Público

DIP é um ramo de direito destinado a regular as relações jurídicas entre sujeitos de direito internacional, enquanto o Direito Comparado não é um ramo de direito.

O Direito Comparado é importante:

para a determinação “dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas” (Art. 38º do Regulamento do Tribunal Internacional de Justiça);

para a interpretação de tratados e compreensão de certos institutos de direito internacional com correspondência em institutos de direito interno (p. ex. Pacta sunt servanta).

3.3. História do Direito

O Direito Comparado tem como objecto as ordens jurídicas ou institutos jurídicos vigentes em dado momento histórico. História comparativa do direito confronta realidades jurídicas distintas na sua evolução.

Todos os historiadores utilizam o método comparativo. O Direito Comparado pode incluir a história comparada do direito, com ênfase no estudo da origem das noções de direito ou no aprofundar do sentido de certas instituições ou regras. O historiador do direito contribui para a avaliação crítica dos fins do direito (objecto do Direito Comparado).

3.4 Sociologia do direito

A Sociologia do Direito procura descobrir as relações causais entre o direito e a sociedade: estuda como o direito pode influenciar a sociedade e como a sociedade influencia o direito.

A Sociologia vê o direito como fenómeno social e não como realidade normativa. O direito comparado estuda as diferentes ordens jurídicas.

Elemento comum: Direito Comparado e a Sociologia jurídica pretendem descobrir em que medida o Direito determina o comportamento dos homens e a



importância que lhes conferem enquanto facto de ordem social.

As duas ciências interligam-se:

Na definição do problema: Só podem ser comparadas regras que desempenhem, no ordenamento em que se inserem, a mesma função ou se destinem à resolução do mesmo problema. Procuram descobrir os conceitos neutrais, isto é, o sociólogo estuda o direito despido das suas concepções doutrinárias e culturais.

Na formulação das regras para resolver o problema: tem que se recorrer, não só às regras de Direito, mas a todos os factores que possam ajudar a moldar a conduta humana na situação de que se trata (p. ex. as Seitas em Macau ou os Kai Fong). São essas forças que o sociólogo estuda.

Na explicação das conclusões: descrição das causas das semelhanças ou dissemelhanças conforme o contexto social.

A sociologia é importante, no plano teórico-jurídico, ao explicar o como e porquê das semelhanças e diferenças e, no plano prático, ao explicar como pode um problema ser resolvido em determinadas circunstâncias socioeconómicas.

4. Funções e objectivos do Direito Comparado

4.1. Importância teórica e prática do seu estudo

O fenómeno da globalização/interacção nas diversas vertentes da vida actual motiva o conhecimento de outros Direitos.

Perceber e conhecer outras ordens jurídicas para actuar noutras ordens jurídicas e contribuir para o conhecimento e melhoramento do direito nacional.

Contribui para o melhoramento das relações internacionais e para a unificação do direito.

Num mundo em que a globalização é a palavra de ordem, o conhecimento do que está para além do nosso horizonte jurídico imediato revela-se essencial.

A nossa ordem jurídica deve estar pronta a receber outras soluções.

Ajuda os juristas a perceber a função e significado do direito. O Direito Comparado é um instrumento fundamental para qualquer jurista porque nos permite conhecer melhor a nós próprios e aos outros.

O Direito Comparado deve resolver as diferenças e semelhanças das leis dos povos com idênticos estados culturais e económicos, e reduzir o número de divergências legais atribuíveis a circunstâncias contingentes ou temporárias, e já não em relação às diferenças políticas, morais ou sociais.

4.2. Penetrar na essência do direito e descobrir as leis e princípios da sua evolução

Permite no conjunto dos sistemas revelar o que é essencial e o que exprime a natureza íntima de cada sistema, procedendo a uma abordagem geral das ideias



que o inspiraram e reconhecendo as estruturas sociais que o sustentam.

O Direito Comparado revela as necessidades permanentes da vida social e permite ilustrar a subordinação da técnica legislativa às necessidades sociais pelo que se pode até estabelecer leis³:

a) Lei de substituição

Quando uma regra ou um instituto não é reconhecido num dado sistema por razões de pensamento social ou económico, esse instituto exprime-se noutros institutos (p. ex. se não se reconhece a posição sucessória ao cônjuge sobrevivente assegura-se essa posição pelo regime matrimonial).

A lei de substituição pode ser encontrada em fenómenos extralegais, isto é, para se encontrar a função realizada no sistema jurídico A deve-se procurar no sistema B a norma legal ou extralegal que regulamente o mesmo fenómeno. Existem casos em que uma dada situação é regulada pelo direito num país e noutro país essa situação é regulada por mecanismos fora do sistema legal⁴.

Esta ideia leva a crer na existência de um fundo comum⁵ dos sistemas jurídicos que, apesar do diferente desenvolvimento histórico, serve as mesmas necessidades sociais.

Pode-se assim trabalhar com uma presunção de semelhança (de que o resultado prático é o mesmo), que se utiliza no estudo do direito comparado:

Deve-se procurar e estudar semelhanças e substitutos.

O estudo comparativo conclui-se quando se chega à conclusão de que os diferentes sistemas comparados apresentam semelhantes resultados práticos⁶.

b) Lei de compensação

Lei de compensação entre os factores de estabilidade e de reforma do direito.

Nenhum sistema pode sobreviver se não conciliar as necessidades de

3 Ao provar a existência de um “fundo comum”, o direito comparado ajuda à evolução e unificação do direito de acordo com esse fundo, contribuindo para a obra de pacificação e compreensão mútua dos povos. Ao estudar todos os sistemas pode lograr obter certas leis de evolução e de estática jurídica e, como tal, deve merecer o qualificativo de ciência social. Contudo não podemos acreditar numa evolução global do direito.

4 É, mais uma vez, a regra básica do direito comparado: diferentes sistemas legais dão a mesma solução aos mesmos problemas da vida, apesar das suas grandes diferenças históricas, estrutura ou estilo. Só nas áreas mais influenciadas por conceitos morais (p. ex. família e sucessões - conceito de ordem pública) isso não é assim.

5 Outros autores negam a existência deste fundo comum e dizem que as causas das semelhanças entre os sistemas jurídicos residem na:

a) Sujeição política;

b) Imitação de um direito por outro com base no prestígio e na admiração intelectual.

6 Há uma presunção, como hipótese de trabalho, de que, nas áreas que não são marcadas por influências políticas e morais, os resultados práticos são idênticos.



segurança (ordem) e de adaptação (progresso e justiça).

4.3. Melhorar e conhecer o direito nacional

A jurisprudência e a doutrina beneficiam com o Direito Comparado porque este responde à questão de saber como fazer uma melhor justiça.

Há uma preocupação comum de aperfeiçoar o direito interno de modo a que se mantenha a concorrência no plano externo.

A imitação de uma lei estrangeira (não é cópia) visa a reprodução do resultado prático que se obtém com essa lei: fornece-se ao legislador um quadro completo de realidades jurídicas e é essa realidade jurídica que se deve introduzir na legislação nacional.

Crítica: o simples estudo do direito estrangeiro não é direito comparado. A política legislativa não é ciência do direito. No entanto, o direito comparado pode intervir naqueles aspectos em que é lícito ao jurista invocar, na interpretação, uma solução estrangeira superior, isto é, utiliza-se o direito comparado em sede de interpretação das normas.

4.4. Progresso do direito

No conhecimento (interpretação) do Direito o Direito Comparado é um auxiliar importante: a recepção de institutos novos pode levar também ao surgimento de mecanismos (importados) de interpretação doutrinal e jurisprudencial.

Sobretudo desde o séc. XIX, com o movimento de codificação e a procura de um direito racional, a comparação de Direitos estrangeiros tem servido para corrigir e normalizar o Direito nacional: quando uma solução tem êxito num país normalmente é seguida por outros, podendo mesmo aperfeiçoá-la.

O Direito Comparado ajuda a estabelecer a rede subtil e profunda das ligações e das relações entre os diversos institutos de um sistema.

Ao revelar o que é essencial em cada sistema permite ao legislador efectuar mudanças de acordo com o próprio sistema.

Interpretação de regras de direito quando tenham sido inspiradas em estudos comparativos.

Interpretação de leis uniformes: o jurista deve interpretar estas leis para que obtenha um resultado que possa ser aceite nos outros países que também aplicam aquela lei. Como tal, deve socorrer-se das interpretações feitas nesses países.

Integração de lacunas quando o aplicador do direito deva procurar tendências noutros direitos (Artº 10º CC)

4.5. Auxiliar do direito internacional privado

Utilidade judiciária: o juiz deve conhecer a lei estrangeira que vai aplicar.



Bom estabelecimento de relações internacionais: o conhecimento do direito estrangeiro pode, através da escolha do elemento de conexão, servir para a melhor constituição de uma relação jurídica.

Melhoramento das leis de DIP: a familiarização com as leis estrangeiras faz-se sentir sobre a regulamentação de DIP.

Crítica: conhecimento do direito estrangeiro não é Direito Comparado.

No entanto em DIP faz-se verdadeiro direito comparado:

A excepção de ordem pública implica o conhecimento das soluções do direito estrangeiro (e não da sua norma). É necessário comparar os dois sistemas jurídicos, colocar cada uma das regras no seu meio, tarefa que se pode realizar através do direito comparado.

No caso de desconhecimento do direito estrangeiro o juiz deve recorrer aos princípios gerais do grupo a que pertence o sistema jurídico cuja solução se desconhece.

Contributo do Direito Comparado para o DIP:

Quanto à função: o direito comparado contribui para a unificação internacional do Direito.

Quanto ao método: interpretação do conceito quadro (conceitos jurídicos) (Rabel), ou seja, os conceitos técnico-jurídicos que as normas de DIP utilizam com vista a definir o objecto da conexão ou a delimitar o âmbito em que releva a conexão estabelecida (o campo de aplicação das regras de conflitos), isto é, a área jurídica em que o elemento de conexão é chamado a operar.

São conceitos aptos a incorporarem uma multiplicidade de conteúdos jurídicos (p. ex. estado e capacidade; relações de família).

4.6. Direito internacional: unificação do direito

O Direito Comparado pode ajudar a revelar as directrizes que estão de harmonia com o direito comum legislativo (fundo comum a todos os sistemas).

Compreensão das ordens jurídicas estrangeiras e promoção de um melhor regime para a vida internacional, em campos como a cooperação, a coordenação de soberanias que exigem o conhecimento de outros direitos para que se possa discutir um plano comum.

Preparação de projectos de unificação internacional de leis: estuda-se o que as diversas legislações têm de comum e incorpora-se essas semelhanças na lei uniforme [leis iguais em ordens jurídicas diferentes por efeito de um acto de direito internacional]. Mesmo quando as leis uniformes integram soluções inovadoras, o Direito Comparado pode ajudar a uma melhor integração dessas leis nos sistemas nacionais.

Vantagens da unificação de leis: Facilita o comércio mundial; reduz o risco dos negócios internacionais; promove a segurança e certeza das relações jurídicas



internacionais, evitando-se os conflitos de leis.

Importância da UNIDROIT – Comissão Internacional para a Unificação do Direito Privado) fundada em 1926 em Roma e a UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), criada pela AG da ONU em 1966.

Crítica:

Mesmo nas convenções internacionais não há garantia que o direito seja uniformemente interpretado porque não há um tribunal internacional.

Não se pode pretender um direito mundial mas tão só internacional.

É difícil fazer leis uniformes aceites por todos os Estados, no entanto, o direito comparado pode fazer modelos de leis que servirão apenas como mera recomendação aos Estados.

5. Método do Direito Comparado

5.1. Método ou ciência?

O Direito Comparado não só mostra o vazio do dogmatismo legal mas, como é obrigado a abandonar as doutrinas nacionais e ir directamente às necessidades da vida para estabelecer leis que se lhe ajustem, desenvolveu um sistema particular e apropriado para chegar ao conhecimento de cada solução jurídica.

O Direito Comparado não critica apenas as leis, mas também mostra como analisar o direito e ver dentro dele para assim se obter uma melhor lei.

Para alguns juristas o Direito Comparado será um método que os ajudará a atingir um objectivo, enquanto para outros esse método serve o próprio conhecimento, devendo-se considerar neste caso que estamos perante uma ciência.

a) Método:

Não há um ramo de direito comparado, isto é, um conjunto de conhecimentos individualizáveis (só o são no quadro de outras ciências que utilizam o método).

O método comparativo é utilizado noutras disciplinas.

É o método e não a ciência que serve as funções que se pretendem atribuir ao direito comparado.

b) Ciência:

Segundo o monismo metodológico há ciência quando existe unidade do método científico.

A ciência é um saber estruturado em sistema. O objecto da ciência é formado por proposições de conhecimento organizado numa ordem (visão estruturada do objecto).

Só o direito comparado é ciência porque é universal (Zweigert).

O Direito Comparado elabora verdadeiras leis: Lei de substituição; Lei de compensação.



5.2. Regras de conduta do método comparativo

a) Imparcialidade: vinculação estrita a objectivos na consideração dos elementos: axiológicos, históricos, políticos, cultural, económico e social. Os relatos devem ser objectivos, isto é, livre de qualquer avaliação crítica: para cada problema legal deve ser encontrado uma resposta legal (legal, jurisprudencial ou extra-legal).

b) Informação meticulosa sobre a matéria de estudo.

c) Interdisciplina para se poder apreender na globalidade o modo-de-ser do direito.

5.3. Fases do método

a) Conhecimento dos termos a comparar (fase analítica)

Deve ter-se em conta os elementos determinantes do sistema jurídico que influenciam de forma directa ou indirecta todas as outras particularidades jurídicas. São as noções cuja influência é onnipresente que confere a cada regra o seu verdadeiro significado (p. ex. o princípio da legalidade).

O processo de comparação só começa depois de se estudar (relatar) os vários sistemas⁷.

O termo deve ser analisado como é - fontes e efectiva aplicação -, analisado de acordo com a complexidade das fontes (lei, jurisprudência e doutrina) e de acordo com o método próprio da respectiva ordem jurídica (preparação a nível macrocomparativo mesmo quando se faz microcomparação).

b) Compreensão

Integração dos termos de forma sistemática nas ordens jurídicas e à distinção entre institutos afins ou interferentes.

Redução das soluções à sua forma funcional (Princípio da funcionalidade (Functional approach de R. Schlesinger):

A base metodológica do direito comparado é o princípio da funcionalidade: no direito só pode ser comparado o que tiver a mesma função socioeconómica. Os sistemas das várias sociedades enfrentam essencialmente os mesmos problemas, apenas a forma dos resolver pode ser diferente ainda que com resultados idênticos.

O comparativista deve olhar para as fontes de direito independentemente da sua forma: muitas vezes a solução para a questão social é dada pelo costume ou prática social e não pela lei escrita. É preciso ter em atenção que tudo o que é social, económico e jurídico está em interacção.

A semelhança tem de ser tal que permita enquadrar as figuras comparáveis

7 A relação íntima entre os sistemas legais só é obtida quando se juntam as diferenças e semelhanças dos dois sistemas e não pelo seu estudo separado (Rabel).



numa categoria comum analisável juridicamente (integrabilidade dos comparados numa única categoria de realidades).

Não é só anotar as diferenças e semelhanças, é preciso adoptar um novo ponto de vista para se considerar as diferentes soluções: o instituto do sistema A deve ser retirado do seu contexto e ser posto a funcionar no seio do sistema B para ver se cumpre a mesma função. A função é que é o *tertium comparationis*⁸.

c) Comparação

Apurar as semelhanças e diferenças entre os termos de comparação.

Tertium comparationes é o traço de união entre o comparável e o comparado, aquilo que é igual no diferente.

Só o princípio da funcionalidade nos pode permitir ver a solução dado ao problema como um todo.

d) Construção de um sistema:

Deve-se criar um vocabulário próprio e construir conceitos que englobem os diferentes institutos que são funcionalmente equiparáveis (p. ex. enriquecimento sem causa).

O sistema produzido pelo Direito Comparado tem que ser funcionalmente coerente: os seus conceitos identificam as necessidades que cada situação particular da vida representa para a lei nos diferentes sistemas jurídicos que têm iguais condições económicas e sociais.

Síntese comparativa: formulação das relações de identidade, proximidade ou distanciamento entre os termos que se comparam

Tem que haver equivalência de instituições.

É assim que a ciência do direito comparado é possível: o direito privado torna-se, como era na época do direito natural, o objecto de um estudo científico a nível global.

Só o direito comparado pode ser a base de uma ciência jurídica universal.

e) Avaliação crítica do sistema:

Verificar qual é a solução hipotética mais adequada ao problema.

6. História do direito comparado

6.1. Grécia

Platão: Comparação das leis das cidades-Estado da Grécia confrontando-as com a constituição ideal que a partir delas construiu.

Aristóteles: Examinou as constituições de 153 cidades-Estado para a base

8 A semelhança tem de ser tal que se possam enquadrar as figuras comparáveis numa mesma categoria (p. ex. sociedade e casamento na figura geral dos contratos). A comparabilidade (aquilo que é comum) é o *tertium comparationis*.



da dissertação “Da Política”.

Teofrasto: tenta descobrir os princípios gerais em vários sistemas jurídicos gregos e verifica os desvios a esses sistemas, na obra “Das leis”.

6.2. Império romano

Consideravam o seu sistema superior e não se preocuparam em estudar o direito estrangeiro.

Cícero descrevia as leis não romanas como confusas e absurdas

No século II d.c. surge um trabalho intitulado *Collaio legum Mosaicarum et romanorum*, no qual se confrontava o direito romano clássico com as leis de Moisés, provavelmente para mostrar que as leis romanas eram semelhantes à Bíblia.

6.3. Idade Média

O direito romano e o direito canónico tinham tanta autoridade que nenhum outro direito interessava os estudiosos.

Considerava-se que o vencedor podia impor a sua lei aos vencidos (ideia oposta ao direito comparado).

Destaque para duas obras que compram o direito francês e o direito inglês do inglês Fortescue (séc. XV) *Laudibus legum Angliae* e *The Governance of England*.

6.4. Humanismo

Encontram-se algumas análises comparativas de direito, com preocupações de elegância iure.

Comparações entre o direito romano e alemão (Struve e Stryke, séc. XVII).

6.5. Iluminismo e direito natural

Wolf e Nettelbladt: não contribuíram para o direito comparado porque o direito natural era considerado como uma construção intelectual a ser construída a priori e, como tal, sem qualquer referência a dados concretos.

Bacon e Leibniz: defenderam o direito comparado mas sem o praticarem. O jurista deve abstrair-se do objecto do seu estudo (direito nacional) para poder ver o seu valor (Bacon). Leibniz tinha um projecto de uma obra que comparava o direito de todas as épocas e lugares.

Grotius, Pufendorf e Montesquieu: usaram o método comparativo para conferir suporte empírico ao direito natural.

Nesta época não se fez propriamente direito comparado mas deu grande contributo ao seu método.

6.6. Escola histórica do direito (Savigny)



Foi contrário ao direito comparado principalmente porque a escola histórica era adversa aos métodos utilizados pelos teóricos do direito natural.

Estudava-se apenas o direito francês e alemão.

6.7. Direito comparado moderno

O direito actual tem raízes no direito comparado legislativo (o direito estrangeiro é estudado no processo de elaboração de leis novas), e no direito comparado científico (a comparação tem por fim o conhecimento jurídico).

Direito comparado legislativo

Iniciou-se no séc. XIX e desenvolveu-se através da codificação e da unificação do direito.

Exemplos:

- Código Civil alemão (unificou o direito alemão através da comparação do direito de todas as regiões da Alemanha: incluindo o *gemeines rechts*, o direito prussiano, o código civil francês que vigorava em Rhineland e em Baden e comparou-se também o direito suíço)

- Lei geral sobre instrumentos negociais de 1848 e Código Comercial de 1861, comparou leis internas da Alemanha e o Código holandês de 1838.

- O Código Civil francês de 1804 juntava as leis do Sul com o costume do norte de origem germânica.

Também nestes casos o interesse era empírico e pouco contribuiu para a evolução do direito comparado. Acabada a legislação não se estudava mais os outros direitos.

6.8. Direito comparado científico

a) Fase da rejeição

O direito tornou-se no estudo do direito nacional e havia preconceitos de positivismo e de nacionalismo jurídico.

Nem a escola histórica do Direito, nem os pandectístas ou o positivismo proporcionaram condições para o desenvolvimento do direito comparado.

Jhering: criticou o facto de se estudar o direito dos Estados porque era pouco próprio da ciência.

Stammmler e Radbruch: o estudo de direito condicionados (nacionais) não pode levar a modos de pensamento incondicionalmente válidos que são necessários a qualquer ciência.

No entanto, Feuerbach defendeu a ideia duma ciência jurídica universal (jurisprudência universal) baseada no direito comparado.

b) Fase da consolidação

No início do sec. XIX o direito comparado desenvolve-se motivado por



objectivos práticos (reforma e melhoramento do direito nacional).

Nos finais do século XIX e princípios do século XX o direito comparado foi reconhecido como um novo ramo da ciência jurídica: estuda-se nas universidades, e criam-se academias e diversas revistas.

Alemanha: Mittermaier praticou o direito comparado justapondo, comparando e avaliando, de forma sistemática, o direito de vários sistemas. Não estudou só os textos legais mas viu como ele era aplicado pelos tribunais, e estudou as suas condicionantes factuais, políticas e sociais.

França: Foelix fundou uma revista de direito comparado em 1834 (*Revue Etrangère de législation*) e levou à criação de uma cadeira de direito comparado.

Inglaterra: O Privy Council, como Tribunal Supremo do império, tinha que aplicar direito de diferentes sistemas jurídicos e portanto tinha que haver um fácil acesso às suas fontes.

Surgiram obras científicas (Burge e Leone Levi), especialmente sobre o direito comparado mercantil, e propõe-se a unificação do direito em certas áreas com base no direito comparado.

Também com um objectivo prático (comercial) nasce o *Commercial Code Law of the World*. (comparação das leis inglesas com outras leis do mundo), de Leone Levi em 1854.

Estados Unidos da América: Após a independência houve rejeição por tudo o que era inglês, mas cresceu o interesse pelo direito estrangeiro (romano e europeu) tendo em vista a criação de novo direito. Obras de Kent e Story e a criação em Harvard de uma cadeira de *Civil Law*.

c) Fase actual

Com o aumento de contactos económicos e comerciais, exigiu-se um melhor conhecimento das regras estrangeiras e mesmo a sua unificação internacional.

Em 1869 funda-se a *Société de legislation comparée* em Paris e o *Direito Comparado* ganha reconhecimento científico.

Congresso de *Direito Comparado* de 1900 tenta a descoberta do direito comum legislativo para aproximar os diversos sistemas jurídicos.

No fim do séc. XIX renasce o interesse na comparação de outros direitos em virtude do aumento das relações económicas e com o nascimento de grandes sociedades internacionais (UPU, UIT), a primeira conferência de Haia sobre a unificação do direito privado.

Após a I Guerra Mundial, o artigo X do Tratado de Versalhes fez com que os juristas alemães tivessem que estudar o direito francês e inglês para o poderem interpretar.

Dá-se então a fundação de institutos de pesquisa e de bibliotecas especializadas que levaram a uma alteração do método de investigação: passou-se da discussão das questões fundamentais (função e utilidade do direito comparado)



para a pesquisa de problemas concretos.

O Direito passou a comparar as soluções legais (e não os códigos e textos) que são dadas aos mesmos problemas reais pelos diferentes sistemas jurídicos de diferentes países vistos como um todo (Rabel).

Com o estudo da Common Law há uma mudança do estudo do direito comparado: já não só os sistemas com estruturas sistemáticas iguais podem ser comparados, mas também os sistemas diferentes entre si, já que a verdadeira base da comparação reside na semelhança da função e da necessidade social a satisfazer. Isto dá-se sobretudo com o começo do estudo da Common law.

Aperfeiçoamento do método com René David, Constantinesco e Zweigert e surgimento de obras de macro-comparação que estudam os grandes sistemas jurídicos.

Actualmente o Direito Comparado preocupa-se sobretudo com a micro-comparação ou com o desenvolvimento de comparação de ramos do direito.

Portugal: Em 1911 é criada na Universidade de Coimbra a cadeira de Legislação Civil Comparada.

Em Macau, o estudo do Direito Comparado inicia-se em 1989, na Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

CAPÍTULO II

OS SISTEMAS JURÍDICOS ACTUAIS

1. Factores de divergência entre sistemas jurídicos (Rene Rodiere)

1.1. Factores extra-jurídicos

- a) Factores naturais: As regras de direito são determinadas por factores físicos e geográficos (P. ex. o regime da água é diferente no Saará ou na Suécia).
- b) Tradição: regista-se uma diferente evolução histórica dos sistemas
- c) Factores étnicos: ligados aos hábitos e características da sociedade destinatária.

1.2. Diferenças nas regras de direito substantivo

Cada sistema possuiu as suas próprias soluções para os problemas da vida. Cada sociedade terá as suas soluções dependendo do nível de evolução socioeconómica, ou por opções ideológicas.

1.3. Diferenças no espírito nas regras de direito

O fundamento por detrás de cada solução legislativa pode diferir de sistema para sistema.



1.4. Diferenças na formação das regras de direito

As fontes de direito não são as mesmas em todos os sistemas nem na sua formação nem descoberta.

Nuns sistemas o legislador não pode modificar as regras de um direito superior (Islão, p. ex.), noutras admite-se que só tribunais possam derrogar as leis.

2. Causas para as semelhanças (factores de nivelamento)

2.1. Causas que estão na origem das diferenças entre direitos

Sujeição política: tem a ver com a relação entre ordens jurídicas diferentes na base dos vencedores e vencidos.

Manutenção das duas ordens sob o princípio da personalidade (os romanos aplicavam o direito romano aos romanos e o direito não romano aos não-romanos).

Substituição autoritária da ordem autóctone pela dominante (Espanhóis na América do Sul).

Situações intermédias: nas relações pessoais aplica-se o estatuto pessoal, o estatuto real pela lei dominadora.

O caso português: Com excepção de S. Tomé e Cabo Verde nos outros territórios aceitou-se uma situação intermédia, reconhecendo-se o estatuto pessoal das populações locais. Art. 8º do Decreto que aprovou o Código de 1869 ressalva os usos e costumes chineses, admitindo mesmo uma jurisdição especial (procurador dos negócios sínicos).

2.2. A imitação de um direito por outro

O nivelamento deve-se ao prestígio de uma ordem jurídica sobre outra e consequente desejo de imitação.

Os movimentos de emigração política levam à imigração jurídica.

A irradiação do Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão) O código actuou por sujeição política nos territórios ocupados por França (Itália, Bélgica, Luxemburgo e Holanda e parte da Alemanha). Em Portugal, chegou a ser iniciada a tradução do Código mas nunca entrou em vigor. Teve uma influência indirecta noutros países como em Espanha e nem sempre só pela imitação das regras. Influenciou também a ordenação dos capítulos, o estilo (uma regra por alínea), as instituições, as matérias tratadas (e das que ficaram de fora). O Svod Russo, relativo às leis civis de 1833 seguia o Código de Napoleão. Chegou a outras partes do mundo por influências das ideias da revolução francesa. O Código argentino, que serviu de base aos códigos da América do Sul é largamente inspirado no código francês.

Irradiação do direito europeu ocidental (ocidentalização)



Por razões de proximidade cultural e surgem casos de adopção de leis com origem noutros Estados.

Na Turquia em 1925 iniciou uma política autoritária de acidentalização passando a vigorar o Código Civil Suíço (com adaptações), o Código de Processo Alemão e uma mistura com os códigos comerciais alemão e italiano (Código comercial turco)

O Japão, na segunda metade do séc. XIX seguiu o modelo alemão e francês com o objectivo de ser criadas leis modernas que dessem resposta à ocidentalização da sociedade japonesa

O código civil alemão teve uma grande influência intelectual na Áustria, na Jugoslávia e na Grécia.

Expansão da Common Law pelos países da Commonwealth.

3. Unificação do Direito

3.1. Âmbito da unificação

A unificação do direito tem dois sentidos: como resultado e como meio destinado a atingir a unificação.

Unificação: tem o fim de submeter todas as sociedades a um direito único (*ius gentium universal*). Significa a existência de leis iguais em ordens jurídicas diferentes por efeito de um acto de direito internacional. É um valor-limite ou ideal e não como algo de verdadeiramente atingível.

O Direito Comparado pode ajudar na preparação de projectos de unificação internacional de leis: estuda-se o que as diversas legislações têm de comum e incorpora-se essas semelhanças na lei uniforme.

Unificação de leis: Reduz-se as discrepâncias entre as leis nacionais fazendo com que adoptem princípios jurídicos comuns.

Unificação de regras de conflito: Unificam-se as soluções através da unificação das regras de conflito evitando-se diferenças em virtude do foro.

Vantagens da unificação de leis: Facilita o comércio mundial, Reduz o risco de negócios internacionais. Promove-se a seguranças e certeza das relações jurídicas internacionais, evitando-se os conflitos de leis.

Unificação não significa que haja uma imitação de direito mas sim que seja criada uma síntese que ultrapassa cada um dos sistemas com base nas aspirações comuns e pré-existentes a duas nações.

Unificação total: Assegura a uniformidade dos sistemas internos e internacionais (p. ex. os títulos de crédito)

Unificação parcial ou por sectores: As regras uniformes aplicam-se apenas nas relações internacionais. É mais fácil a unificação em matérias especiais, tentando-se a adesão de um maior número de países.



3.2. Unificação interna

3.2.1. Direito nacional

Nos Estados plurilegislativos: Para evitar os problemas com as diferentes legislações pode-se unificar o direito entre as diferentes ordens jurídicas nacionais/regionais através de um modelo único de legislação (Uniform Commercial Code; legislação federal).

Nos Estados unilegislativos: Pretende-se a unificação da interpretação da lei, que pode ser feita através de Tribunal Supremo funcionando de diversas formas: Tribunal pleno de todas as secções para sanar conflitos entre elas; delimitação de competências por cada secção; em caso de conflito a secção deve consultar o Pleno; circulação dos juízes pelas secções de modo a não provocar a sedimentação de decisões; existência de uma secção só para interpretar o direito.

3.2.2. Unificação internacional

A unificação pode ter um âmbito geográfico bilateral, regional ou mundial e material, global ou sectorial. Normalmente a unificação dá-se no maior número de Estados possível abrangendo zonas determinadas e a que corresponde uma proximidade de interesses.

a) O grupo escandinavo:

Exemplo relevante por causa da proximidade política (Noruega, Suécia, Dinamarca, Islândia e Finlândia): Uniformidade de povoamento, Comunidade de costumes, Passado histórico comum, Tendências políticas modernas semelhantes, Mesmo grau civilizacional. Além disso a unificação foi preparada com cuidado por congressos de juristas. Foi facilitada porque a técnica legislativa consiste em princípios gerais. Cada país segue o modelo mas sem o adoptar exactamente em todo o lado.

Em virtude da proximidade das relações comerciais a Noruega, Suécia e Dinamarca, adoptaram a mesma legislação sobre a letra de câmbio em 1880 e sobre matéria marítima em 1892, sobre o cheque em 1897 e depois sobre outros títulos de crédito.

Existe legislação idêntica sobre vendas, comissões e transportes e leis uniformes sobre responsabilidade civil

b) União Europeia

A integração regional tem como um dos seus principais suportes a aproximação ou a harmonização da legislação. Na União Europeia todos os actos jurídicos acabam por concorrer para este objectivo, nomeadamente os regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres. Sobretudo os regulamentos, de aplicação directa, e as Directivas exigem, para a sua correcta aplicação ou transposição nos 28 Estados Membros, um consenso sobre os conceitos e noções jurídicas e um entendimento sobre como a “lei comum”



irá conduzir a um mesmo resultado em todo o espaço europeu, não obstante as diferenças nas tradições jurídicas.

Este esforço de harmonização tem um interesse prático e científico.

Interesse prático: Estabelece a mesma regulamentação em todos os Estados membros.

Interesse científico: cria um direito intermédio entre um tratado internacional e as regras nacionais. E a aproximação ds regras influencia as mentalidades dos próprios juristas como já se pode ver na mentalidade dos juizes ingleses.

c) O grupo germânico

A expansão do II Reich consubstanciou-se na imposição da lei alemã nos países conquistados com excepções.

Nos Sudetos a lei previamente em vigor manteve-se excepto naquilo que contrariasse a tomada de posse desses territórios pelo Reich, fazendo-se a assimilação sucessiva pelas ordenações do Comissário do Reich para os Sudetos.

Na Áustria, após o Anschluss as leis permanecem inalteradas salvo disposição posterior em contrário (lei de 13 de Março de 1938). Um decreto do Fuher de 15 de Março de 1938 faz com que todas as novas leis alemãs fossem aplicadas na Áustria, salvo disposição em contrário, incorporando-se desde logo certas leis constitucionais e, mais tarde, as leis sobre o casamento e sobre as pequenas heranças agrícolas, o Código Comercial e a lei das sociedades anónimas

Depois de 1945, por uma questão de segurança o anterior código Austríaco não voltou a entrar e vigor, mantendo-se a unidade de legislação nos dois países.

O Código das obrigações franco-italiano (1916) da autoria de Vittorio Scialoja, para resolver os problemas de relações comerciais entre a França e a Itália e para evitar os conflitos de leis. Não chegou a entrar em vigor em nenhum destes países mas sim na Albânia em 1938 e serviu de base ao Livro IV do Código Civil Italiano de 1942 (Obrigações).

d) América latina

Igualdade linguística, política, histórica mas sem grandes resultados.

De salientar o Código Bustamante, um código de direito internacional privado adoptado pelo Congresso de Havana em 1928.

Actualmente, no âmbito do Mercosul regista-se igualmente um crescente interesse pela aproximação normativa. Embora a matriz dos Direitos não seja muito díspar, os membros desta organização têm valores nacionalistas que podem ser um entrave àquela aproximação. Nesta medida, o Direito Comparado pode ser um instrumento importante na busca de um consenso, detectando-se o que é comum a todos os sistemas nacionais.

e) Commonwealth

A unificação processou-se como se fosse o mesmo território em virtude dos laços coloniais.



As câmaras de comércio da Commonwealth exigiram a unificação do direito comercial, mas como havia o receio de as antigas colónias não adoptarem essas leis, fazia-se um esforço em que as leis inglesas tivessem em conta a sua adopção posterior noutros países.

Exemplos: Bill of Exchange Act e o Bill of Goods Act.

3.2.3. Unificação sectorial

A unificação internacional de todos os Estados é difícil de atingir. Os melhores exemplos provêm de unificação regional (Escandinávia e “harmonização” na UE).

É difícil fazer leis uniformes aceites por todos os Estados, no entanto, o direito comparado pode fazer modelos de leis que servirão apenas como mera recomendação aos Estados (p. ex. recomendações da UE) e leis modelo (Commonwealth e EUA).

3.3. Processos de unificação

3.3.1. A lei

A lei é a unificação consciente, metodicamente desejada.

É um processo difícil porque cada delegado tenta impor a sua perspectiva das coisas. Por exemplo, foram necessários 40 anos de discussões desde 1882 até se chegar a uma convenção internacional relativa à responsabilidade dos transportes marítimos.

A unificação é mais fácil quando não existem leis nacionais anteriores.

a) Unificação directa:

Consiste em promover a identidade de leis nacionais levando os Estados a substituir as suas leis por disposições novas, idênticas para todos. Nacional e internacionalmente a lei é a mesma.

Alguns exemplos:

O êxito da unificação tem sido no campo do direito civil (transportes, direito do trabalho, propriedade intelectual e reconhecimento de sentenças estrangeiras).

Direito cambiário

Lei uniforme Relativa às Letras e Livranças e Lei Uniforme relativa ao Cheque, ambas de 1930 (Convenção de Genebra sobre as letras de câmbio e livranças de 1930): os países comprometeram-se a adoptar internamente as soluções desta convenção, mas a unificação não foi completa porque ficaram de fora muitas questões, sobretudo no que diz respeito às relações subjacentes.

Foi preciso criar outra convenção para determinar em que condições seriam decididos os conflitos resultantes de disparidades das legislações internas nesta matéria.

Direito marítimo

Desde 1910 que foram concluídas cerca de 20 convenções em matéria de direito privado, quase todas preparadas pelo Comité Marítimo Internacional (ONG).

Cobrem as seguintes matérias: abordagem no alto mar, socorro e salvamento, privilégios e hipotecas, arresto de navios, transporte de mercadorias, bagagens e passageiros.

Só regula as relações internacionais, mas os Estados acabam por adoptar internamente regras semelhantes às das convenções.

Alcance limitado destas soluções:

Submetem as relações internacionais às mesmas leis. Se houver um conflito internacional, o direito aplicável é só um; o da convenção, mas as leis internas continuam diferentes.

Com a multiplicidade de leis uniformes corre-se o risco de sobreposição entre elas.

b) Unificação pela prática:

Não é uma unificação deliberada e sistematizada, mas por influência das relações jurídicas internacionais e por pressão dos interesses económicos e profissionais a nível internacional.

Por exemplo a obra do UNIDROIT sobre hotelaria teve como antecedente o Congresso internacional de Hotelaria realizado no Mónaco em 1928.

A unificação prática estabelece-se por diversas formas:

- Pelo costume;

- Pela prática extrajudicial pela adopção de regras recomendadas pelos grupos profissionais;

- Contratos-tipo: Por imitação entre si das regras dos contratos internacionais.

A arbitragem internacional facilita o surgimento de um direito corporativo.

A Câmara de Comércio Internacional de Paris fixou o sentido de termos usuais no comércio internacional (termos “inco” - International Commercial Terms), não são vinculativos mas geralmente são aceites.

3.3.2. A unificação da interpretação das leis unificadas

A lei unificada é mais uma entre a diversidade das leis nacionais dos diversos países.

A lei só é verdadeiramente unificada se a interpretação também o for. Não basta a uniformização de leis para haver uniformidade de regras de direito.

Mesmo nas convenções internacionais não há garantia que o direito seja uniformemente interpretado porque não há um tribunal internacional.



As divergências advêm de diferentes enquadramentos socioculturais e da influência de um ou outro método de interpretação.

A solução pode consistir no estabelecimento de tribunais internacionais, tribunais comuns (tribunal de Justiça da União Europeia), Recurso obrigatório ou facultativo para um tribunal arbitral, informação das sentenças estrangeiras e sua publicação e estudo em revistas de jurisprudência.

Papel da doutrina na sistematização e crítica das leis uniformes conduzindo a uma unificação teórica. Criação de uma doutrina internacional, ao lado das diversas doutrinas nacionais.

3.3.3. Obstáculos à Unificação

Orgulho dos povos sobretudo se possuem uma legislação nova, custa mais a aceitarem a mudança. A solução está em criar um novo direito e não em impor uma solução já vigente num dos países.

Hábito ou a rotina dos aplicadores do direito que estão mais ligados à lei que conhecem. Há uma tendência para o conservadorismo. Daí que estas leis tendam a aplicar-se apenas às relações internacionais e não às relações internas de cada Estado.

Dificuldade de penetrar em novos conceitos.

Ausência de interesse na unificação. Inexistem trocas comerciais

3.3.4. Organizações dedicadas à unificação do direito

a) UNIDROIT – Comissão Internacional para a Unificação do Direito Privado). Foi fundada em 1926 em Roma, sob os auspícios da Sociedade das Nações. Chama-se actualmente Instituto internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT).

b) UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional). Foi criada pela AG da ONU em 1966, cujo maior êxito foi a Convenção sobre Contratos para a venda internacional de bens (1980).

c) Academia Internacional de Direito Comparado. É uma academia privada com sede em Haia, criada em 1924.

d) Associação Internacional de Ciências Jurídicas: Nasceu inicialmente na UNESCO, ainda em comité, e publica actualmente a “International Encyclopedia of Comparative Law”

e) Comité Marítimo Internacional. Este Comité preparava a unificação das leis, promovendo encontros e preparando os projectos de convenção.

f) International Law Association (1873): Serviu de modelo ao Comité marítimo. Estudava as questões que eram postas nos congressos internacionais e propunham alterações.

g) Instituto de Direito Internacional, fundado em Gand em 1873.

h) Instituições nacionais



Gabinete para a Tradução Jurídica, criado em Macau, em 1988, com o objecto de uniformizar a terminologia e resolver questões de interpretação dos textos legislativos bilingues (português e Chinês).

Gabinete de Documentação e Direito Comparado criado em 1978 no âmbito da Procuradoria-Geral da República (Portugal).

Max-Planck Institut, da Alemanha.

Société de Législation Comparée (França).

CAPÍTULO III

AS GRANDES FAMÍLIAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEAS

1. As famílias jurídicas

1.1. Sistema jurídico

Ordens jurídicas cujos elementos se apresentam ligados entre si por características comuns.

A variedade de sistemas não corresponde só à variedade de normas que o compõem, é sobretudo o quadro no qual estão ordenadas as normas, Emprego de um certo vocabulário, conceitos e agrupamento de regras em categorias, técnicas para formular e interpretar as normas, o significados dos termos, os métodos utilizados para fixar o seu conteúdo e para os harmonizar entre si. Concepção de ordem social que determina a aplicação e função do próprio direito.

1.2. Interesse da divisão em famílias

Permite reduzir o número de ordens jurídicas comparadas e satisfaz os objectivos do Direito Comparado como ciência.

Facilita a apresentação e compreensão de diferentes direitos no mundo contemporâneo.

1.3. Classificação dos sistemas jurídicos

Interessa saber como se manifesta a diversidade de direitos e qual o critério (o sistema ou o método) que permite agrupar os diferentes sistemas nacionais.

2. Critérios de classificação

2.1. Critérios simples

Atendem a uma característica definida ou seja a um só elemento como base de classificação.



2.1.1. Homogéneos

a) Raça (Sauser-Hall): Indo-europeia, subdividida em hindu, iraniana, céltica, grego-romana, germânica, anglo-saxónica; lituano-eslava, Semítica, Mongólica, Nações não civilizadas.

b) Ideologia (G.Y. Eorsi): O regime jurídico estabelece-se pelas relações de produção e sobre a posse dos meios de produção e a consequente distribuição de poder na sociedade. Capitalista, subdivididas em: as primeiras revoluções capitalistas (Inglaterra, ordens jurídicas nórdica), revoluções burguesas radicais (França); revoluções burguesas atrasadas (Alemanha), código monopolista capitalista sem antecedentes feudais (Suíça). Socialista, subdividida em: Europeus e Extremo Oriente.

c) Outros critérios: língua; religião, origem histórica, modelo de codificação (Sarfatti), génese (Martinez Paz, 1934, divide em *Ius gentium*, Direito romano, Direito canónico, Ideias democráticas); Influência do direito romano (Glasson) – 1) Influência directa: Itália e Espanha, 2) fraca influência romana: Inglaterra, Rússia e países nórdicos e 3) países que receberam de modo igual as influências romanas e germânicas (Alemanha, França e Suíça).

2.1.2. Heterogéneos

O critério da Civilização é proposto por Oliveira Ascensão. Parte do critério do estilo, mas diz que a ideologia orienta uma determinada ordem social. Quando a ideologia se tornou numa forma de vida social então significa civilização. Sistema ocidental, subdividido em sistema romanístico; anglo-americano, sistema soviético e sistema muçulmano

Parecido com esta é a classificação de Felipe de Sola Canizares, dividindo os sistemas em: sistemas ocidentais, sistemas soviéticos, sistemas religiosos, sistema chinês.

O Critério do estilo⁹ é proposto por Zweigert-Kotz. Estilo são as qualidades essenciais de cada sistema. Elemento distintivo ou a unidade de forma, as características que os diversos sistemas podem possuir. É um critério retirado do *Codex iuris Canonici*, cânon 20: “Quando não há regra clara e expressa, a norma a aplicar-se deve encontrar-se por analogia ou ser deduzidas dos princípios gerais da lei compatíveis com a equidade canónica, a doutrina constante e predominante e o estilo e prática da cúria romana”. Em Portugal também foi fonte de direito o estilo de corte (ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas).

Os factores para definir o estilo são: origem histórica e desenvolvimento; instituições distintas; fontes de direito; a ideologia (doutrina política, doutrina económica e credo religioso); modo predominante e características do pensamento

9 Como no *Codex Iuris Canonici*: “...estilo e prática da Cúria Romana”.



jurídico. O valor a ser dado a cada um dos elementos varia consoante as circunstâncias. Dá origem à seguinte classificação: Romanística, Germânica, Nórdica, Common law, Socialista, do extremo-orient; islâmica e hindu.

Outro critério é o da substância proposto por Arminjon, Nolde e Wolff. Elementos: originalidade, derivação e elementos comuns, o que dá origem a uma classificação entre família francesa, germânica, escandinava, inglesa, russa, islâmica e hindu.

2.2. Critérios complexos

Baseia-se em mais do que um traço definidor.

a) Critério Ideológico e critério técnico (Rene David e Rodière e Marc Ancel).

Ideológico: os direitos traduzem concepções distintas de justiça e porque as sociedades têm diferentes crenças ou filosofias, estruturas políticas, económicas e sociais.

Técnico: Os direitos diferem pela técnica utilizada pelos juristas. A técnica deve subordinar-se à ideologia, de modo que parece indicar para um critério homogéneo.

A principal distinção é a base filosófica ou a concepção de justiça.

Famílias: romano-germânica, Common Law e Socialista.

b) Estruturais

Assenta na semelhança entre elementos característicos das ordens jurídicas.

Elementos determinantes (Constantinesco) incluem: concepção e função do direito, ideologia ou doutrina, relação entre os dados sociais e a construção jurídica, constituição económica, concepção e papel do Estado, fontes de Direito e sua hierarquia, noções e categorias jurídicas fundamentais.

2.3. Posição adoptada

Na macrocomparação devem ser aplicados elementos jurídicos e elementos externos.

a) Elementos jurídicos

Concepção do direito, estrutura das regras jurídicas, instituições constitucionais, fontes de direito, descoberta do direito aplicável, organização judiciária, profissões jurídicas formação dos juristas.

b) Elementos externos

Relação entre o sistema jurídico e os outros sistemas (moral, religioso), Concepção do individuo e dos grupos sociais, valores fundamentais que inspiram a ordem jurídica, organizações económica social, culturas e língua.



2.3.1 Família romano-germânica

Agrupa os países cujo sistema se formou sobre a base do direito romano.

As regras são entendidas como regras de conduta, ligadas a preocupações de justiça e de moral. A preocupação consiste em determinar essas regras não se interessando a doutrina pela sua aplicação.

Importância da lei: códigos.

Papel central do direito civil. O direito público é de origem mais recente.

Ciência jurídica comum a toda a Europa com um papel importante das universidades latinas e germânicas daí a importância de ser romano-germânico.

Expansão para outros territórios: recepção voluntária e por conquista.

2.3.2. Common Law

Inclui o direito inglês e dos países que receberam a sua influência.

Aspecto geral: Foi formada pelos juizes que tinham que resolver casos de particulares. A regra é menos abstracta porque visa dar solução a um processo e não fazer direito para o futuro. As regras processuais têm um interesse e valor igual às substantivas. Na origem é um direito de origem pública: as causas só podiam ser postas nos tribunais da coroa quando ameaçassem os interesses da Coroa. Teve uma grande expansão fora da Europa.

2.3.3. Aproximação entre as duas famílias

Importância crescente da lei nos sistemas da Common Law. Há uma tendência para se falar numa única família ocidental. Importância de uma maior aproximação económica e política dos países ocidentais e da integração regional (União Europeia).

2.3.4. Sistemas jurídicos híbridos

Sistemas que não são susceptíveis de integração numa dada família, em virtude dos seus elementos determinantes corresponderem a características de mais do que uma família.

Sistema jurídico escocês: por força da recepção do direito romano tem características dos sistemas romano-germânicos e dos sistemas da Common Law.

Sistema jurídico da Louisiana e do Quebec: têm influência francesa com uma codificação do tipo romano-germânico, mas sofreram a influência da Common Law influenciando por exemplo quanto ao valor do precedente judicial.

Sistema jurídico da África do Sul: O direito tem uma matriz romano-germânica (Holanda do séc. XVII) e de Common Law.



CAPÍTULO IV A FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA

1. Formação histórica

Foi formada com base na influência do direito romano e do direito germânico. Surge no séc. XII de uma forma mais definida com o renascimento dos estudos de direito romano nas universidades.

1.1. Recepção inicial

Deriva da conquista romana e posteriormente dado o carácter pessoal do direito pela extensão da cidadania romana com a sua atribuição a todos os habitantes livres do império em 212 pelo Imperador Antonino Caracala.

Há uma evolução histórica: 1) Período romano como um sistema jurídico importante (direito romano). O direito romano aplicado era influenciado por costumes locais (direito romano vulgar ou provincial). 2) Invasões (direito bárbaro) e 3) Normalização do direito (costumes territoriais).

1.2. Período do direito consuetudinário (Recepção do direito romano)¹⁰

O período que decorre até ao século XIII (Declínio da ideia de direito)

O direito até ao séc. XIII tem um carácter consuetudinário.

Aplicava-se um direito vulgar ou costumes territoriais que excluíam o antigo princípio da personalidade da lei.

Conhecimento deste direito faz-se por obras como:

Compilações de Justiniano - Corpus Iuris Civilis (Código, Digesto, Institutos, e Novelas, publicados de 529 a 534) para o mundo romano do oriente e em parte em Itália. Lex Romana Wisigothorum ou Breviário de Alarico (506, Alarico II, rei dos Visigodos) na França e na Península Ibérica, que resumia a lei romana. A partir do séc. XVI existem compilações de leis bárbaras (países nórdicos).

Mesmo estas leis não dão uma ideia do direito que era aplicado. O direito erudito era substituído por um direito vulgar aplicado pelas populações. Mesmo o direito pouco interessava quando o sucesso das partes depende da prova, do juízo de Deus, juramento das partes, etc. Os conflitos resolvem-se pela lei do mais forte ou pela autoridade arbitrária dum chefe. Na sociedade cristã pretende-se obter uma sociedade fundada nas ideias de caridade e de fraternidade e não no

10 Pode falar-se em dois tipos de recepção:

1. Inicial: derivou da conquista romana e culminou com a constituição de Caracala ao estender a cidadania romana a todos os habitantes do império.
2. Recepção em sentido técnico-jurídico: aceitação do direito justineu (sec. XII).



direito. Existe a ideia de que o direito é algo de mau e que deve ser evitado. Mais importante que o direito é a arbitragem que visa, não a justiça, mas assegurar a coexistência social.

1.3. Renascimento da ideia de direito

1.3.1. Ausência de intenção política na formação do sistema

Para a evolução do direito ofereciam-se duas vias:

- Desenvolver um novo direito com base nos costumes e na jurisprudência (como aconteceu com a common Law).

- Repor em vigor o direito romano (solução das universidades); Foi a solução adotada. O modelo proposto pelas universidades. A sociedade devia ser regida pelo direito e o direito romano era aquele o único intelectualmente concebível.

O sistema de direito romano-germânico nasce fundado sobre uma sociedade de cultura independentemente de qualquer intenção política. Não beneficia de um movimento de centralização do poder político, ao contrário da Common Law que está ligada à evolução do poder real e à existência de tribunais reais fortemente centralizados.

Formação do *ius commune*: o sistema jurídico romano-germânico é composto por países que sofreram a influência do ensino ensinado nas universidades (método, apresentação, regras, etc.). É isto que os distingue e não as soluções que só podiam ser uniformemente impostas por via de um poder político que não existia.

1.3.2. O direito como fundamento da sociedade civil

A sociedade, com o renascer do comércio e das cidades (sec. XII e XIII), toma de nova consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso.

O direito tem uma nova função e autonomia.

Há um regresso há ideia romana de que a sociedade deve ser regida pelo direito, para por termo à anarquia do direito consuetudinário.

As universidades propunham um novo sistema de ordenação social regido pelo direito, considerando o direito romano por elas remodelado, o único direito intelectualmente aceitável.

O direito romano restabelece na Europa o sentimento do Direito a sua importância para assegurar a ordem e permitir o progresso da sociedade e o fundamento da ordem civil.

O ideal de uma sociedade cristã fundada sobre a caridade é afastado e distingue-se a sociedade religiosa da sociedade laica e a religião e a moral com a ordem civil e o direito.



Quer-se um direito novo relacionado com justiça: o IV Concílio de Latrão (1215) exclui o sistema das provas irracionais e a função do tribunal de ser apenas designador da prova (proíbe aos padres o recurso aos ordálios = juízos de deus). Surge o direito canónico.

Isto significa que a sociedade civil deve ser fundada sobre o Direito.

1.3.3. O direito comum das universidades

a) O direito como modelo de organização social

Ensinava-se o direito justo como um modelo de sociedade e não o direito prático. Estudavam-se as leis mais conformes ao bom funcionamento da sociedade, sem preocupações de aplicação prática.

A ciência das universidades fornece aos juristas modelos, vocabulário e métodos na procura de soluções de justiça. O vocabulário, as categorias, os conceitos do direito romano são os que são utilizados pelos romanistas: divisão do direito público e privado, classificação entre direitos reais e pessoais, servidão, usufruto, dolo, prescrição, mandato, etc. são as categorias pelas quais os juristas raciocinam, mesmo quando as regras derivam do direito local.

Nas Universidades não se ensinava direito nacional mas sim o direito romano¹¹ o que contribuiu para a homogeneização do sistema.

O direito romano uniu os povos da Europa na sua diversidade (as universidades não fazem direito, mas procuram soluções de justiça).

Estabelecem-se as regras às quais os homens justos devem obedecer no seu comportamento social.

O processo, provas e execução não entram nas suas preocupações.

O direito é aquilo que se deve fazer e não aquilo que se faz na prática.

Não podia ser de outra forma porque o direito existente era fragmentado, incerto e bárbaro, coincidente com uma sociedade feudal fragmentada.

b) Direito romano como base do estudo (Renascimento do direito romano)

O renascimento dos estudos de direito deve-se ao renascimento de uma concepção que vê no direito o próprio fundamento da ordem civil (isto é independente das regras substantivas do direito romano e da sua recepção inicial).

O renascimento do direito dá-se por influência das Universidades (Bolonha), criando um direito erudito comum a toda a Europa (estudado sobre o código justiniano), ao mesmo tempo que surgia um direito (distinto) que era aplicado pelos tribunais.

¹¹ A ideia de que o direito romano era pagão foi afastada por São Tomás de Aquino: devia-se construir a sociedade civil sobre o modelo romano e não sobre um modelo apostólico baseado na caridade.

Razões para o estudo do direito romano: era expresso em latim conhecido de todos. Provinha de uma civilização admirada por todos. A ideia do direito romano como um direito pagão foi eliminada por S. Tomás de Aquino no séc. XIII, afirmando que a filosofia pré-cristã era conforme à lei divina.

b) Razões para não se estudar direito nacional: Não se ensinava direito local porque este não tinha dignidade e era fragmentário. Aos olhos da universidade esse direito não exprimia a justiça e não era verdadeiro direito. Só a partir do séc. XVII se começa a ensinar nas universidades o direito nacional.

1.3.4. Evolução do estudo e ensino do direito romano

O próprio ensino e estudo do direito romano sofreu uma evolução:

a) Glosadores (Sec. XIII):

Tentavam explicar o sentido originário das leis romanas.

Afastam-se alguns institutos que não tinham aplicação (escravatura) ou porque estavam reguladas pelo direito canónico (casamento, sucessões).

Destaque para a grande Glosa de Acúrcio que reúne cerca de 96.000 glosas.

b) Pós-glosadores (Sec. XIV):

O direito romano é expurgado, sistematizado na apresentação, e desenvolve-se noutros ramos (direito internacional privado, direito comercial).

Tenta-se utilizar os textos de direito romano influenciado pelo direito canónico para introduzir e justificar regras adaptadas à sociedade do seu tempo - *Usus modernus pandectarum* - tendo também em atenção a *communis opinio doctorum*.

O método escolástico consiste na apresentação das teses de Bartolo, Balde, Azo e outros pós-glosadores e encontrar assim a solução para o problema.

c) Escola do direito natural¹² (Sec. XVII e XVIII)

O direito ensinado tornou-se num direito sistemático, fundado sobre a razão, e por isso com vocação para ser aplicado de um modo universal.

Afasta-se do método escolástico, e sistematiza o direito através de axiomas.

Afasta-se da ordem natural divina construindo uma ordem social tendo por base o homem e exalta os seus direitos naturais. Ideia de direito subjectivo.

O direito não é um dado natural mas uma obra da razão (por isso escola do direito natural é mal denominada).

A razão humana é o único guia dos juristas procurando-se proclamar as ideias de justiça universais, imutáveis, comuns a todos os tempos e a todos os povos.

12 Mal denominada porque não procura o direito natural mas sim o direito como produto da razão.

Renova a ciência do direito pelo apelo que faz à legislação:

Direito privado: quanto à substância não é muito inovadora e não repudia as soluções dos pós-glosadores. Exige só que as regras de direito romano sejam recebidas e aplicadas após exame - quando não sejam contrárias à razão, à justiça e aos sentimentos e necessidades da sociedade.

Direito público: Como o direito romano nunca forneceu um modelo de direito público propõem-se modelos, deduzidos da razão, de constituições, de direito administrativo e de direito criminal. As soluções inspiram-se na Common Law que concilia as necessidades de política com as das liberdades dos indivíduos.

1.3.5. Influência prática do estudo do direito romano

Influência nas regras: é diferente a recepção do direito romano e o renascimento dos estudos, mas a influência das universidades vai ter por consequência, mesmo quanto à substância do direito, uma influência do direito romano ou das regras dele derivadas.

Além do método e do estilo as soluções práticas são um efeito secundário desse estudo nas universidades.

Influência na jurisprudência: Depois do concílio de Latrão foi formado um novo direito de processo, decalcado do direito canônico. A Administração de justiça torna-se tarefa de juristas letrados formados nas universidades. Por este meio, o ensino das universidades vai exercer uma grande influência prática. O direito não era sistematizado como agora. A descoberta do direito (do que era justo) era papel da jurisprudência, guiada pela doutrina.

1.3.6. Os direitos nacionais e regionais

a) O costume

O costume não constitui um sistema completo, é fragmentado, embora ao coligi-lo se tivesse procedido a alguma formalização. O costume no seu confronto com o direito romano tem menor valor: é local, fragmentário e não serve para soluções novas.

Têm uma vigência territorial. Apesar de por vezes serem compilados, não podem exceder o território onde se aplicam nem se desenvolvem em novas matérias. Enquanto o direito das universidades tem uma vigência universal. É o direito de uma sociedade aberta.

Os efeitos do costume sobre o direito romano são limitados.

A sua importância é maior quando são compilados: Siete partidas (Espanha sec. XIII, Afonso X) integra uma compilação do costume mas tendo em conta o direito romano e canônico, formando um sistema completo. Ordenança de Montilles-tour (1454, França) é um mero registro, cheio de lacunas e insuficiências e sem poder regular novas relações.



Como era um direito regional tiveram que resolver as divergências entre as variantes locais e obviamente, optaram por aquela que era mais próxima do direito romano

b) A legislação

Tinha um papel secundário: o direito existe independentemente dos comandos da autoridade e o soberano não está qualificado para criar ou mudar o direito.

O monarca tem uma função administrativa de aplicar o direito, de corrigir erros da justiça e para regular o processo.

A legislação só teve alguma importância no direito público.

Os reis não favoreceram a recepção do direito romano.

O direito privado foi modificado pela alteração do método oral pela escrita segundo o processo canónico, favorecendo a recepção do direito romano.

1.3.7. A recepção do direito romano nos países europeus

A recepção não foi uniforme nem simultânea em todos os países europeus

a) Portugal

A recepção dá-se provavelmente com Afonso III. Nas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas o direito romano é direito subsidiário.

b) França

De início dá-se uma rejeição do direito romano tendo mesmo sido proibido de ensinar em Paris em 1219, proibição que só foi derogada em 1679 por Luís XIV.

Em França coexistiram dois regimes. O sul onde vigorava o direito escrito com predominância do direito justiniano. O Norte onde vigoravam os costumes de origem germânica e que a partir do séc. XV começou a ser objecto de compilações escritas.

c) Alemanha

A recepção só se deu no séc. XV devida a não haver um poder central e dada a dispersão política, normativa e judicial. Por isso se diz que na Alemanha a recepção se fez *ratione imperii*, foi imposta politicamente, enquanto noutros países foi *imperio ratione* (por força da razão).

O direito romano implicava a existência de uma autoridade imperial. Os costumes só se podiam aplicar excepcionalmente e se não fossem contrários à boa-fé ou intoleráveis.

1.3.8. A influência do direito germânico

Largas regiões da Europa não foram dominadas pelo império romano (parte



da Alemanha e países nórdicos) e muitas das regiões da Europa foram invadidas por estes povos possuidores de um direito diferente.

Portugal foi também fortemente influenciado pelos visigodos de origem germânica. O Código visigótico vigorou na península Ibérica.

1.4. Período do direito legislativo

A Escola do Direito Natural teve dois êxitos: As matérias de direito público entraram a partir do séc. XVIII nas preocupações dos juristas. A codificação é o resultado do direito ensinado nas universidades.

1.4.1. A importância do costume e da legislação

Direito público: até à escola do Direito natural os juristas não estudavam o direito público. A Escola do Direito Natural fez reconhecer que o direito se devia estender às relações entre a administração e os particulares (direito penal, direito administrativo e direito constitucional).

Construiu-se o direito público numa obra semelhante àquela com que se tinha criado o direito privado.

Influência da revolução francesa.

A estrutura constitucional é marcada pelo princípio da separação de poderes, com reserva do monopólio legislativo para o parlamento.

A unidade política e a centralização levam à criação de sistemas integrados e hierarquizados da estrutura político-administrativa e da organização judiciária.

A ideia de que só a lei, votada por assembleia representativa do povo, exprime a vontade geral (primado da lei).

As ideias de liberdade e de igualdade sustentam a propriedade, o contrato e a igualdade sucessória.

1.4.2. A codificação

A codificação é a compilação sistemática, sintética e científica de normas legais.

A codificação é a realização natural das concepções universitárias: era um modelo de justiça.

Pretendia-se fazer do modelo do direito das universidades o direito aplicado por todas as nações.

Isto é possível porque a Escola de Direito Natural reconhece ao soberano competência para legislar através da razão, expondo os princípios da lei natural (justiça, liberdade e dignidade).

Admitido esse poder o soberano afasta-se da procura das leis naturais para transformar as bases da sociedade.

A codificação é a técnica que cumpre este objectivo: expõe de modo



metódico o direito da sociedade moderna e deve ser aplicado pelos tribunais. Por isso se distingue das compilações, põe fim à fragmentação do direito e à multiplicidade dos costumes.

A codificação é facilitada pela concentração e divulgação das leis e exprime a primazia da lei como fonte de direito.

1.4.3. Condições para o êxito da codificação

Para que a codificação obedecesse a esta ideia eram necessárias duas condições:

- Que fosse obra de um soberano esclarecido;
- Que fosse estabelecida num grande país que pudesse exercer sobre os outros uma influência marcante.

Allgemeines Landrecht prussiano de 1794 fracassou por falta da primeira condição.

Código Civil Austríaco de 1811 teve um êxito limitado por falta da segunda condição.

Exemplos de codificações:

França: Código Civil (1804), processo civil (1807), de comércio (1807), penal (1811) e de instrução criminal (1811)

Alemanha: Código penal (1871), processo civil (1877), processo penal (1877), civil (1896) e comercial (1897).

Portugal: Código comercial (1833), administrativo (1836), penal (1852), civil (1867), processo civil (1876) e de processo comercial (1895).

1.4.4. Resultados da codificação

a) Resultados positivos da codificação

Reforçou a unidade do direito europeu. Permitiu a expansão do sistema para fora da Europa.

b) Resultados negativos da codificação

Positivismo jurídico: Com a positivação do direito perdeu-se a ideia que até então se seguia nas universidades, de procurar o direito do justo, propor modelos de direito e de comentar o direito prático de cada país ou região. Passou-se a estudar apenas o direito codificado como a escola dos glosadores.

Nacionalismo jurídico: Com a codificação o estudo do direito restringiu-se passando a comentar-se as práticas locais. O direito tornou-se para os juristas o seu direito nacional, fazendo desaparecer a ideia de que havia uma comunidade jurídica entre as nações europeias. Deixou de se considerar o direito, como norma de conduta social que era por essência supranacional. O direito passou a confundir-se com a ordem do soberano e não com a justiça.



c) Tendências actuais

O envelhecimento dos códigos atenuou ou eliminou o positivismo jurídico. Reconhece-se cada vez mais o papel da doutrina e da jurisprudência na formação e evolução do direito. Renascimento da ideia de direito natural. Importância do direito público e em particular do direito administrativo. Administração de prestação exige soluções modernas e novas recorrendo ao direito comparado.

1.5. A expansão além da Europa

A expansão do sistema continental para fora da Europa é resultado da colonização de territórios além-mar.

A codificação favoreceu e facilitou a expansão.

Primeiro imposto em cada colónia, depois da independência vem a ser aceite como base do direito nacional.

1.5.1. América

Os povos das colónias aceitaram de modo natural o sistema continental. Os códigos foram recebidos na generalidade.

De início, sobretudo fora das cidades, aplica-se um direito rudimentar pela ausência de juízes mas que, pouco a pouco, se aproxima do direito erudito.

As diferenças no direito derivam das diferentes condições locais e do tipo de sociedade (p. ex. um regime originário persiste no México, na Guatemala e no Peru, em que o proprietário é um simples representante do grupo).

As antigas colónias espanholas e francesas (com excepção da Luisianana) seguem a Common Law.

Há casos de regimes mistos: Porto Rico, Québec e Santa Luzia.

1.5.2. África

Os sistemas sociais eram fragmentados e de natureza tribal. Com a colonização é importado o sistema jurídico das nações colonizadoras.

Há casos de direitos mistos pela superveniente ocupação inglesa: Rodésia, África do Sul.

No Norte de África o sistema é próximo do romano-germânico com influências árabes.

1.5.3. Médio Oriente e Ásia

Israel adoptou um sistema de Common Law em virtude do mandato inglês sobre a Palestina. Ao contrário do Iraque e da Jordânia estes regressaram às concepções romano-germânicas.

A Turquia secularizou o direito e adoptou o sistema, mas os países do golfo e o Egipto apesar de estarem próximos do sistema seguem um direito muçulmano.



Na ásia: êxitos passageiros no Vietname devido à ocupação francesa e da proximidade da Tailândia. Filipinas segue o sistema por influência da colonização espanhola. Sri Lanka aplica um direito misto.

Macau: as leis da república eram estendidas a Macau, os juizes eram portugueses e com ligações à República, possibilidade de recurso para Portugal, juristas portugueses e de raiz portuguesa, cursos universitários de Direitos baseados na doutrina portuguesa. Evolução para um direito local quando da transferência de soberania para a RPC. Soluções jurídicas que se baseiam gradualmente em sistemas próximos (RPC, Hong Kong, Taiwan, Japão).

2. Estrutura dos Direitos

2.1. As divisões e os conceitos

O direito público e direito privado é uma divisão comum a todos os sistemas desta família.

Baseia-se na ideia de que as relações entre governantes e governados dão origem a problemas específicos e tornam necessárias regras diferentes das que regulam as relações entre privados.

O direito romano não contemplava o estudo do direito público e o seu estudo chegou a ser considerado perigoso e inútil, enquanto o direito privado era largamente estudado.

Só no século XIX, quando o Estado passou a ser governado por um soberano esclarecido é que se criaram condições para o desenvolvimento do Direito Público tendo em vista:

- Subordinação do Estado a princípios;
- Garantir os direitos naturais dos indivíduos contra o abuso de poder.

No princípio do século XX o Estado passou de Estado polícia a Estado previdência, desejoso de criar uma sociedade nova através da sua intervenção.

A partir deste momento colocou-se o problema de como controlar o poder discricionário do Estado, surgindo por isso um novo campo de estudo jurídico. O princípio da legalidade é dirigido à Administração.

2.2. Ramos do direito

Tanto no direito público como privado encontram-se nos diversos sistemas os mesmos ramos fundamentais (direito penal, do trabalho, comercial, etc).

Existe também correspondência nas categorias inferiores (institutos, conceitos e vocabulário jurídico). É fácil a tradução de conceitos entre os sistemas (espanhol-português, italiano, francês, etc.)

Ainda que as soluções não sejam idênticas sabemos onde situar o instituto, qual é a sua natureza sem que tenhamos que nos adaptar a todo o sistema



estrangeiro.

Razão: ensino do direito romano nas universidades – mesma ciência jurídica.

Contudo, não é evidente se a razão da identidade é histórica ou se, para além dela, existirá identidade entre os sistemas.

2.3. Estrutura idêntica

2.3.1. Direito Privado

Existem grandes semelhanças e em alguns casos diferenças conforme a proveniência das normas.

Semelhanças: Direito romano, Direito canónico, Direito consuetudinário internacional (antes da codificação), p. ex. Direito comercial.

Diferenças: Direito consuetudinário, regional ou nacional, depois da codificação.

2.3.2. Direito das Obrigações

É uma categoria fundamental em todos os direitos da família romano-germânica (na Common Law não há direito das obrigações e mesmo a própria palavra é intraduzível). Foi uma das matérias mais estudadas e nucleares do direito civil¹³. É uma das matérias mais importantes para a caracterização da família.

2.3.3. Direito Público

Ainda que não tenha sido ensinado nas universidades, mesmo assim podem encontrar-se grandes semelhanças devido a dois factores:

Extrajurídico: comunidade de pensamento europeu. O direito muitas vezes limitou-se a dar expressão a ideias de pensamento político e filosófico que alastraram pela Europa (Montesquieu, Rousseau, Beccaria).

Infra jurídico: Comunidade na formação de juristas. Para a elaboração do direito público foram chamados juristas com formação no direito privado e tomando-o como modelo. A necessidade de se compararem soluções estrangeiras foi mais sentida porque não se encontrava um padrão de direito romano.

2.4. Diferenças particulares

2.4.1. Originalidade de certos conceitos

A semelhança entre os diversos direitos da família não é perfeita.

Em certos países a unificação do direito civil não foi total aceitando-se ainda costumes locais (Espanha), na Suíça e no México há Direito federal e

¹³ Tem uma importância comparável ao trust da Common Lw ou ao regime da propriedade dos antigos países socialistas.



estatal, noutros sistemas há um provedor, ou figuras de direitos reais diferentes.

Existem noções que podem existir nuns direitos e não existir noutros: mas em todo o caso, estas noções são fáceis de entender pelos juristas que vêm a utilidade que se pode atribuir à nova instituição e o lugar que ela deve ocupar no sistema.

Há dificuldades quando sob a mesma denominação surgem figuras substancialmente diferentes.

2.4.2. A Parte Geral do Direito Civil

A Parte Geral, do Código Civil alemão, resulta do ensino dogmático realizado pelos pandectistas alemães ao sistematizarem o *Jus commune* (sec. XIX).

A parte geral agrupa disposições que podem interessar diferentes ramos do direito civil: capacidade, actos jurídicos, prazos, prescrição, etc.

Existe parte geral nuns direitos e não existe noutros, sejam eles de inspiração germânica ou românica. A existência de uma Parte Geral é uma opção nacional e não um elemento caracterizador de subgrupos no sistema.

2.4.3. Direito Civil e Direito Comercial

A unificação do Direito Civil e Comercial nalguns países é uma modificação de mera forma: em todos os sistemas verificou-se uma comercialização do direito civil de modo que os dois regimes tendem a aproximar-se, e como tal não há uma relevância da distinção.

A questão está a apenas em saber se certas matérias, próprias dos comerciantes, deverão estar formalmente separadas do Código Civil.

Québec (1865), Suíça (1881), Holanda (1934) e Itália (1942) juntaram as duas matérias.

Mesmo nos países onde existe a unificação, continua-se a ensinar nas universidades os dois direitos em separado.

3. A noção de regra de Direito

3.1. Unidade do sistema

O que dá unidade ao sistema não são apenas as grandes divisões e conceitos, mas o modo como é concebida a própria regra de direito.

Este é o elemento comum a todos os países da família romano-germânica.

Concebe-se a regra de direito como uma regra de conduta, geral e abstracta, independente de como ela será aplicada ao caso concreto.

O jurista tem por função retirar da massa desordenada de fontes de direito as regras e os princípios que classificarão a matéria, fornecendo à jurisprudência um guia para a solução de situações concretas.



3.2. Fundamento da regra de direito

A regra de direito surge da reflexão fundada em parte na prática e noutra parte por reflexões sobre a justiça, a moral, a política e de harmonia do sistema.

O Direito é concebido como um modelo de organização social¹⁴ e a regra de direito ajuda a esse objectivo.

A regra de direito é a base da codificação: a função do código não é dar a solução a todas as questões práticas mas formular regras gerais, ordenadas em sistema, para que a partir delas se organize a vida social e se possam resolver os conflitos.

3.3. A generalidade óptima da regra

A regra situa-se a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada como uma aplicação concreta da regra, e os princípios, dotados de uma elevada generalidade, de que pode, ela própria ser considerada uma aplicação.

Não pode ser muito geral, porque não teria utilidade prática, nem demasiado concreta, pois só valeria para um caso particular.

É necessário que a regra seja suficientemente geral para contemplar um certo tipo de situações, e não ser unicamente possível de aplicar pelo juiz numa situação particular.

A maior generalidade ou a maior abstracção depende da área de direito (mais concreto no direito fiscal ou no direito penal).

3.4. Interpretação do direito e técnica das distinções

A regra de direito está também no modo como é concebida a teoria das fontes de direito: a generalidade da regra explica que a tarefa dos juristas seja a de a interpretar ao contrário de, na Commom Law, o importante serem as distinções entre regras extraídas de casos semelhantes.

No sistema romano-germânico entende-se que a regra deve dar uma certa liberdade ao juiz, enquanto no sistema da Common Law a regra (positiva) deve ser formulada de forma o mais precisa possível.

3.5. Previsibilidade do Direito

O sistema romano-germânico implica que haja menos regras de Direito do que nos países da Common Law, de onde poderia resultar que assim o direito se conhecia melhor.

No entanto isto não é assim, porque ao ser geral dá oportunidade a uma maior liberdade de interpretação tornando menos seguras as relações jurídicas.

Este factor vem a ser coberto pela jurisprudência, e pela doutrina ao interpretarem num certo sentido a regra: as regras secundárias.

14 Carácter ordenador e político e não estritamente contencioso.



As regras secundárias

Para clarificar as regras gerais, a jurisprudência em especial, cria regras secundárias. Assim o direito encontra-se não só nas regras de direito legisladas mas também na interpretação que a jurisprudência faz delas.

A determinação da regra passa a depender da organização judiciária, da tradição dos juízes e de outros factores. P. ex. os tribunais supremos impõem normalmente a sua decisão.

Ainda assim, a regra permanece mais geral do que se não houvesse uma regra de direito criada pelo legislador (e aqui difere da Common Law onde há sempre mais normas).

Este sistema apresenta algumas vantagens:

Mesmo com as regras secundárias os direitos são formados sob princípios trazendo vantagens de simplicidade e clareza.

Aceita-se melhor e é mais fácil efectuar reformas.

Apesar de serem precisas regras secundárias para completar as regras legisladas estas continuam a fornecer um quadro sólido ao sistema (nos países da Common Law hesita-se em modificar uma regra porque não se sabe que consequências uma alteração pontual trará ao sistema). A jurisprudência pode mudar sem afectar a estrutura do sistema.

4. Fontes de Direito

4.1. Dificuldade metodológica

As concepções de direito romano quanto às fontes foram totalmente reformuladas na nossa época.

A matéria é complexa e presta-se a discussão mesmo no direito interno.

É uma matéria que varia consoante as épocas e as tendências filosóficas.

4.2. Relação entre as fontes

A fonte principal é a lei. As outras fontes aparecem surdinadas à lei.

O sistema assenta no direito escrito (positivo): os juristas procuram descobrir as soluções do direito a partir dos textos legislativos. Cabe aos juristas descobrir, através da interpretação, a “vontade” do legislador.

A lei é o elemento principal de conhecimento do Direito mas não exclui outros elementos. Por isso, uma análise do sistema baseada apenas na lei está distante da realidade. Direito não se confunde com a lei. Ver a lei como fonte exclusiva de direito é contrário à tradição romano-germânica.

O Direito é diferente da lei e não é através da lei que se conhece o direito mas sim o contrário. Se assim fosse, era contrário à própria natureza de direito porque seria confundir a expressão do justo com a vontade dos governantes.



Isto só foi assim com uma autêntica revolução nos países socialistas.

A soberania absoluta da lei é uma ficção. Há outras fontes importantes ao lado da lei, como o costume e a jurisprudência.

Actualmente reconhece-se o papel da jurisprudência e a influência do direito natural e põe-se em causa o dogma da soberania absoluta do Estado.

A sistematização de leis veio permitir responder melhor aos desafios da sociedade moderna, mas isso não significa que seja a única fonte.

Os códigos são quadros no interior dos quais os juristas vão procurar as soluções justas. Os códigos como eram construídos sob a razão (eram soluções de justiça) conciliando momentaneamente o direito (justiça) com a lei (vontade do legislador).

Os tribunais e os juristas apenas se sentem à vontade quando lhes é possível invocar soluções com base na lei, mas é preciso ver como as leis são interpretadas e neutralizadas pela jurisprudência.

O legislador deve contribuir para revelar o que é o direito. Este nunca se confunde com a lei e deve ser descoberto no conjunto das fontes, trabalho efectuado pelos juristas.

Por isso a tradição ainda aqui se mantém: a família romano-germânica é um direito de juristas.

4.3. Unidade do direito ocidental

O direito como descoberta de uma ideia de justiça é comum no continente e na Common Law. A diferença está nas diferenças a nível da regra de direito:

- Nos países romano-germânicos é concebida sob um aspecto legislativo e doutrinal e tem como ponto de partida a lei.

- Na Common Law é concebida sob um aspecto jurisdicional e tem como ponto de partida a decisão dos tribunais.

4.4. A Lei

4.4.1. Primado da lei

Os juristas justificam as soluções justas na lei. Serve o papel dirigista do Estado, com o monopólio legislativo e de realização da justiça. O Estado está melhor colocado para regular a vida social.

Na vida moderna e com a complexidade das relações sociais é dada prioridade, entre os elementos de uma solução justa, à clareza e precisão das regras.

As regras apresentam-se numa hierarquia de modo a facilitar a regulação da complexidade da vida moderna.

4.4.2. Diferentes formas da Lei

a) Regras constitucionais



Todos os países desta família possuem Constituições escritas com carácter superior às restantes leis.

Esta força especial tem, em certos países, um pendor marcadamente político: só podem ser alteradas por um processo especial, mas têm um valor igual às das restantes leis. Noutros têm um valor superior que se manifesta pela possibilidade de controlo da constitucionalidade das leis.

O controlo da constitucionalidade tem diferentes métodos:

- qualquer tribunal pode exercer o controlo (Japão, e países da América Latina).

- existe um tribunal especial a quem cabe declarar a inconstitucionalidade das leis.

Os tribunais com dúvidas sobre a constitucionalidade suspendem o processo e enviam a questão ao tribunal constitucional, pedido que nalguns países pode ser feito por particulares.

Em alguns países não é possíveis os tribunais recusarem-se a aplicar a lei com base na inconstitucionalidade (Holanda e França), noutros isso é possível.

O controlo da constitucionalidade é restrito se a Constituição puder ser facilmente alterada e porque os juízes se mostram reticentes em declarar leis inconstitucionais.

b) Tratados

Alguns países adoptam o princípio de que os tratados têm um valor superior às leis ordinárias (França e Holanda), outros dão-lhe um valor equivalente.

c) Códigos

São compilações que procuram expor sistematicamente a regulamentação relativa a uma dada matéria.

O movimento de codificação estendeu-se por toda a Europa no séc. XIX e XX, não só pela codificação mas pelo agrupamento das matérias no seu interior.

Os diversos sistemas seguem a divisão por 5 grandes códigos. Com excepção dos países nórdicos.

Nos países nórdicos, tiveram códigos únicos com matérias gerais (1683, na Dinamarca; 1687 na Noruega 1734 na Suécia e na Finlândia (anteriores aos de Napoleão). Hoje, na prática não há códigos mas grandes leis.

São muito diferentes nos diversos sistemas mas servem de modelos a outros países do sistema continental.

A distinção entre os Códigos e simples leis deve-se à generalidade das matérias, a consistência da aplicação e a vocação de aplicação universal. Expressam, para além dos particularismos nacionais, o direito comum da Europa.

Formalmente estão no mesmo plano. Há apenas uma dignidade superior

dos Códigos em relação às leis ordinárias.

Os juristas dão maior valor aos princípios universais e imanes de justiça incorporados nos códigos.

d) Decretos e regulamentos

Regras emanadas de outras autoridades que não o Parlamento.

O poder legislativo formula princípios de base que o poder executivo depois regulamenta.

Podem-se dividir em duas categorias:

Desenvolvem certas matérias que o legislador não pode contemplar exaustivamente nas leis.

Tratam autonomamente de certas matérias em relação ao poder legislativo (França). Noutros países não se reconhece este poder (Alemanha).

No entanto, em alguns países o poder executivo tem também poder legislativo (França e Portugal).

e) Circulares administrativas

Existe uma distinção entre actos regulamentares que formulam regras jurídicas e as simples circulares administrativas que indicam o modo como a administração interpreta as normas e as aplica.

É difícil aos particulares controlarem este importante aspecto da prática administrativa, mesmo que não afecte direitos: além do princípio da legalidade administrativa devem ser instituídos mecanismos de defesa (direitos dos administrados).

4.4.3. Estilo das leis

Seguem-se duas tendências:

- As leis devem exprimir-se de modo tão compreensível quanto possível para a generalidade das pessoas (Código francês e Suíço)

- As leis devem utilizar uma linguagem tão técnica quanto possível (BGB).

Nas decisões judiciais estas tendências invertem-se.

4.4.4. Interpretação

A lei supõe interpretação para ser aplicada.

O legislador normalmente não impõe um método de interpretação.

Em princípio a interpretação das leis obedece à intenção do legislador (consulta dos trabalhos preparatórios) mas, por razões de justiça, essa interpretação pode recorrer a outros métodos para fugir àquelas prescrições:

- Existem muitos conceitos que têm que ser preenchidos pelos intérpretes (conceitos indeterminados, força maior, bons costumes, injúria grave).

- A livre apreciação dos factos da espécie pode levar a que se modifiquem



as condições da aplicação da lei. Ainda aqui a interpretação faz-se dentro do sistema (da lei).

Quando é preciso libertarem-se das prescrições do legislador, os intérpretes recorrem a dois métodos:

- Dar um novo sentido ao texto destacando-o do seu contexto histórico. Para que todas as leis tenham coerência devem ser interpretadas dentro do mesmo espírito e do mesmo tempo (França). Interpretam as leis noutros sentidos ultrapassando a passividade do legislador. Só assim as leis antigas podem continuar.

- Adoptar o direito a circunstância não previstas pelo legislador sem modificar o sentido das disposições da lei pela utilização de formas gerais:

Faz-se apelo a princípios gerais da própria lei para neutralizar certas disposições particulares (Alemanha, Suécia e Finlândia).

Nos países nórdicos as coleções de leis têm tradicionalmente (desde o sec. XII) anexo um conjunto de regras de interpretação de leis dirigidas aos juízes apelando sobretudo à equidade, mas esta é limitada por uma obediência ao legislador.

Há o perigo se se admitir um recurso lato aos princípios levando a uma jurisprudência de equidade e não uma jurisprudência fundada sobre a lei.

No entanto, deve ainda ser reservada aos juízes a possibilidade de afastarem um dado sentido da lei quando ele seja injusto, embora em alguns sistemas esta possibilidade esteja expressamente proibida pela lei.

4.4.5. Princípios comuns de interpretação

O ponto de partida é o direito escrito. São os quadros jurídicos que cabe ao intérprete completar.

O legislador é obedecido quando conduz a um resultado de justiça.

Mas a interpretação lógica dá lugar a uma escolha com argumentos de analogia ou *a contrario* ou pela combinação que se estabelece entre princípios.

O intérprete é soberano (não há recurso para as decisões do Supremo Tribunal) mas dissimula o seu papel criador de direito.

Os juízes gozam de uma certa independência (poder judiciário) em relação à lei porque lei e direito não se confundem.

4.5. Costume

Concepção sociológica do direito: costume constitui a infra-estrutura sobre a qual o direito é edificado e dirige a maneira como ele é desenvolvido e aplicado.

Escola positivista: costume tem uma função restrita já que o direito é a vontade do legislador.

Actualmente, tem um valor limitado e insignificante. Só é admissível quando a lei remeta para ele (França) ou está ao nível da lei (Alemanha e Grécia).



Costume secundum legem: O costume serve para esclarecer certos conceitos utilizados pela lei.

Costume praeter legem: tem um papel reduzido devido à codificação.

Costume contra legem: não tem nenhum valor já que os tribunais não podem ir contra o poder legislativo.

Deve admitir-se ao lado da lei outras fontes e é inevitável considerar a conduta habitual dos homens para estabelecer objectivamente o que é justo na nossa sociedade. Mesmo o costume é sujeito a controlo jurisdicional.

4.6. Jurisprudência

4.6.1. A avaliação do papel da jurisprudência

Não se reconhece o papel da jurisprudência por se atribuir exclusividade à lei. No entanto, a doutrina estuda a jurisprudência. Mesmo nos países onde não se estuda, essa razão deve-se a um divórcio entre a universidade e os tribunais.

A importância das colecções de jurisprudência cujo objectivo só pode servir objectivos práticos – ser fonte de direito.

Em países novos utilizaram-se essas compilações com origem em países com os quais o direito nacional apresenta afinidades. Atribui-se importância à jurisprudência estrangeira.

A submissão dos juízes à lei: O papel criador da jurisprudência esconde-se atrás da aparência da interpretação da lei — baseia-se sempre numa disposição legal.

Tem a função de preencher conceitos e cria correntes de jurisprudência que tendem a ser seguidas.

A jurisprudência não cria regras de direito mas pode inovar dentro dos quadros estabelecidos pelo legislador, chegando-se a remeter a uma interpretação como seria feita pelo legislador - *“norma que o próprio interprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”* (Portugal e Suíça). Só que isto é exercido respeitando o dogma da plenitude da ordem jurídica.

Diferenças com a lei: O papel da jurisprudência é diferente do legislador. Diferente importância relativa porque a jurisprudência está submetida à lei. A jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos pelo legislador enquanto o legislador visa criar esses quadros. O alcance é por isso limitado.

Diferente autoridade: Não se pode justificar uma decisão com uma regra criada autonomamente pela jurisprudência (não há precedente). As regras são frágeis e podem ser modificadas a todo o momento porque a jurisprudência não está limitada às regras que estabeleceu (por isso não há regra). É o legislador que cria as regras. O legislador utiliza uma técnica que consiste na elaboração de comandos gerais e abstractos. A jurisprudência só cria regras no caso concreto, com excepção dos assentos.



Conclusão: A jurisprudência não é uma fonte de regras de direito¹⁵ mas é uma fonte de direito.

4.6.2. Organização judiciária

Há grandes variações que resultam da diversidade dos tribunais especializados e da diferente repartição das jurisdições, mas com traços comuns derivado da tradição e do modo como os juízes são formados e recrutados:

Pontos comuns da organização: Há uma hierarquia, normalmente de 3 graus.

Há diferenças nacionais: os tribunais de 1ª instância podem ser muito variados e admite-se diferentes jurisdições segundo a matéria e a importância (trabalho, comércio, família, etc.).

Os tribunais de 2ª instância também são variados conforme admitam ou não recursos.

Supremo Tribunal desempenha o papel de instância de recurso ou de instância de cassação¹⁶.

Existem hierarquias autónomas (administrativas) (França, Portugal, Alemanha, Itália, e países da América latina). Noutros países não existe um tribunal especializado (Brasil, Japão, Dinamarca, Chile, Peru, Venezuela).

Mesmo nos países onde há tribunais administrativos seguem-se duas vias:

1. Os tribunais comuns não podem julgar os actos da administração.
2. Os tribunais comuns podem conhecer os actos da administração, funcionando os tribunais administrativos como jurisdições de excepção¹⁷.

Há países que têm outras hierarquias autónomas como a Alemanha (direito do trabalho, fiscal e da segurança social).

Outra diferença decorre da estrutura federal, podendo haver jurisdições federais e estatais.

4.6.3. Juízes

São juristas profissionais ao contrário da tradição romana, com excepções:

Os juízes eleitos podem não ter formação jurídica (Suíça e tribunais de comércio franceses).

São associados magistrados adjuntos, júri em processo penal ou civil (namd sueco) para fazerem justiça.

15 É sempre possível uma mudança de jurisprudência. A regra jurisprudencial apenas existe enquanto é aplicada pelos juízes (cada juiz).

16 Tribunal de cassação: 1) confirma a decisão; 2) não a confirma e reenvia o processo para ser de novo apreciado por um tribunal diferente, sujeito a novo recurso desta vez para o Pleno.

17 Só conhecem dos casos que a lei expressamente lhes comete.



São normalmente nomeados vitaliciamente e são inamovíveis como garantia de independência (excepto na Suíça para o Supremo Tribunal e em diversos países para os tribunais constitucionais).

Há uma carreira se segue desde o início da vida profissional (na Common Law os juizes são escolhidos entre os advogados de grande reputação).

Têm uma visão menos técnica que os juristas ingleses, no que são ajudados pelo Ministério Público cuja função é valorizar junto dos juizes os interesses da sociedade.

4.6.4. Compilações de jurisprudência

Podem ser privadas ou oficiais.

Testemunham o importante papel da jurisprudência e contribuem para o seu aperfeiçoamento.

Normalmente só são publicadas as sentenças mais relevantes.

Às vezes a intenção de seguir doutrina é realçada nas chamadas ao sumário.

4.6.5. Estilo das decisões

Devem ser motivadas: é uma garantia contra as decisões arbitrárias e um sinal de que as decisões foram ponderadas e reflectidas.

Estilo de redacção das sentenças difere de país para país:

- Seguem a técnica de considerandos, elaborada num estilo concentrado seguindo a técnica dos advogados (França, Portugal)

- Têm a forma de uma dissertação mais ou menos longa com referências a decisões anteriores e obras de doutrina (Alemanha, Itália).

Pode haver votos de vencido que podem ser públicos ou não.

4.6.6. Uniformidade da jurisprudência

Supremo Tribunal tem também por missão assegurar a unidade da jurisprudência (ameaça mais do que garante a supremacia da lei). Se nos tribunais ordinários, dispersos seria difícil haver uma jurisprudência coerente, nos tribunais superiores, reforça-se a autoridade da jurisprudência e não da lei.

A uniformização conta ainda com mecanismos no próprio Supremo como câmaras mistas ou plenários que decidem possíveis conflitos entre secções.

4.6.7. Precedentes obrigatórios

Excepcionalmente pode haver lugares a seguir precedentes das decisões dos Supremos Tribunais.

Dos Tribunais constitucionais (Alemanha, Argentina, Colômbia, Suíça),

Dos tribunais superiores (p. ex. assentos, Portugal, doutrina legal, Espanha).



4.6.7. Profissões jurídicas

As profissões jurídicas são exercidas por pessoas habilitadas com curso superior em Direito, seguindo a tradição do sistema.

Para acesso às profissões jurídicas pode exigir-se formação complementar.

Na França e Portugal a formação é diferente conforme se entenda seguir advocacia ou magistratura.

Na Alemanha há uma formação única de dois anos e meio e termina com um “exame de Estado”.

4.7. Doutrina

A doutrina, durante muito tempo, foi considerada a fonte fundamental da família porque os princípios de direito eram postos em evidência nas universidades. Só a partir do séc. XIX a lei toma o lugar principal.

Hoje tende-se a reconhecer, não a lei como fonte exclusiva (dependendo do sentido da fonte de direito, fontes imediatas e fontes mediatas), mas a doutrina como processo de interpretação que descubra o sentido do texto e a vontade do legislador.

A doutrina cria os instrumentos de trabalho dos juristas.

Pode ser considerada fonte mediata de direito porque lhe cabe: a criação de vocabulário e das noções que o legislador utiliza; estabelece os métodos de descoberta e de interpretação do direito.

Influencia o legislador e o aplicador do direito (tribunais).

A doutrina exprime-se em códigos anotados (Alemanha) ou em manuais (França, aqui os códigos anotados servem só aos práticos). Estas duas facetas tendem agora a aproximarem-se.

Nos países latinos as obras doutrinárias possuem um dogmatismo desconhecido em França ou na Alemanha. Quem escreve as obras, nem sempre cuida do estudo da jurisprudência apesar de sabermos que lhe serve de base.

Revive-se o dualismo, anterior à codificação, entre o direito das universidades e o direito prático. Não interessa ensinar a prática que muda, mas o sistema. O jurista não cuida dos problemas políticos e económicos.

4.8. Princípios gerais

4.8.1. Importância

Os juristas participam também na formação do direito através da descoberta de princípios gerais, a partir dos textos da lei e fora dela.

Estes princípios que fogem ao positivismo jurídico põem em evidência a subordinação do direito a imperativos de justiça.

São fugas que o sistema legislativo tem para evitar as diferenças entre o direito e a justiça (Ordem Pública, bons costumes, boa-fé, etc. equidade).

A equidade está integrada no direito de modo que não é preciso corrigir as soluções por regras ou jurisdições autónomas de equidade como acontece na Common Law. Os juristas não aceitam soluções que no plano social lhes parecem injustas, assim, a equidade foi sempre fonte de direito.

4.8.2. Princípios gerais não previstos na lei

Estes princípios podem ser admitidos pela lei ou não. Quando é o legislador a prever na lei os princípios gerais há como que uma delegação do legislador no interprete na criação de direito.

Quando o legislador não dá esse poder, os juristas consideram que pela função que têm, devem criar esses princípios.

Por exemplo, quando se fala na existência de um direito supra-positivo que vincula o legislador. Por vezes estes princípios são reconhecidos como fonte de direito (Espanha).

5. Comparação de ordenamentos jurídicos

5.1. Direito francês

5.1.1. Código Civil

Não aborda as relações de trabalho. Individualismo, Não há menção a pessoas colectivas. O contrato tem por base a vontade. Tradicionalismo. Recebeu algumas influências do direito anterior como os costumes do Norte no direito da família. Direito do Sul nas obrigações e contratos. Outros códigos.

5.1.2. Sistema judiciário francês

Tribunais comuns: civil e criminal. Tribunais especiais: diversos critérios em razão das pessoas, valor e matéria.

5.1.3. Profissões jurídicas

Magistratura, judicial e Ministério Público.

Exige-se formação universitária em Direito mais formação em centro de estudos judiciais.

São nomeados pelo presidente da República, excepto os juízes dos tribunais de Trabalho e Comércio que são eleitos pelas associações.

Advocacia.

5.1.4. Fontes de direito

a) Lei

A constituição só contempla matéria política.

Fiscalização preventiva da constitucionalidade.



A Comissão Constitucional é um órgão político.

b) Costume.

5.2. Direito alemão

5.2.1. História

O contacto com o direito romano foi tardio mas influenciou bastante o direito alemão.

Não havia um poder centralizado, nem tribunais centrais.

A recepção do direito romano foi mais a nível do pensamento jurídico (conceitos, institutos e categorias) do que a nível das soluções concretas.

Séc. XVIII, iluminismo e *usus modernus pandectarum*: o direito romano foi adaptado pela razão. Concentração do poder no soberano.

Codificação.

Escola Histórica do Direito. Movimento de crítica ao *jusnaturalismo*. O direito não é um produto da razão mas antes tem origem nos costumes e é uma emanação do “espírito do povo” (Savigny).

5.2.2. Código Civil alemão (BGB)

Foi elaborado por juristas.

Influência dos pandectistas:

Grande precisão terminológica: tentativa de utilizar cada palavra num só sentido. Para cada significado utiliza-se apenas uma palavra.

Linguagem apurada.

Ideologicamente o BGB é um código liberal-conservador. As soluções não são diferentes do código civil francês (conservador).

Tem uma parte geral. Utilizam-se conceitos que tentam abranger a generalidade do código.

Vantagens: concentração das disposições que são aplicáveis à quase totalidade dos institutos.

Desvantagens: poucas são as disposições susceptíveis de serem aplicadas a todo o direito civil.

Cláusulas gerais (p. ex. *boa-fé*): permitem uma margem de manobra na aplicação do direito e evitam o envelhecimento do BGB.

Diferenças com o código civil francês

Consagração de pessoas colectivas.

O negócio jurídico é o meio privilegiado de realização da autonomia contratual.

5.2.3. Organização judicial



Há duas instâncias e um tribunal supremo.

As jurisdições têm duas hierarquias: federal e regional. A regional está subordinada à federal.

Jurisdição constitucional

Competências: fiscalização da violação dos direitos fundamentais.

Fiscalização da constitucionalidade abstracta e sucessiva.

Jurisdição administrativa, Jurisdição Financeira, Jurisdição laboral, Jurisdição social.

5.2.4. Profissões jurídicas

Magistratura: é uma carreira hierarquizada e independente.

Advocacia: Advogados privados e advogados do Estado (M.P.).

5.2.5. Fontes de direito

a) Constituição

Legislação federal e estadual. Não varia muito de Estado para Estado.

b) Costume: é uma verdadeira fonte de direito.

c) Jurisprudência: Há criação de direito jurisprudencial. A forma como o BGB está redigido (tem cláusulas gerais e conceitos indeterminados). Aplicação dos princípios constitucionais aos casos concretos. Actualização da lei visto que o BGB é um código antigo.

5.2.6. Estilo das decisões

Fundamentação.

Citações doutrinárias e jurisprudenciais.

Os votos de vencido não são expressos, excepto no tribunal constitucional.

5.2.7. Interpretação e aplicação do direito

O BGB não tem uma norma sobre interpretação.

Norma antipositivista sobre o costume.

Pluralismo metodológico na aplicação do direito.

(CONTINUA)

