

- <http://www.lexadin.nl/wlg> (World Legal Guide).
- <http://www.lexinter.net> (Lexinter).
- <http://www.legiscompare.com> (Société de Legislation Comparée).
- <http://www.loc.gov/law/guide> (Library of Congress/Guide to Law Online).
- <http://www.loc.gov/law/public/glm> (Library of Congress/Global Legal Monitor).
- <http://www.mpipriv-hh.mpg.de> (Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht).
- <http://www.nyulawglobal.org/globalex> (New York University/Globalalex).
- <http://www.oucfluscomp.org> (Oxford University Comparative Law Forum).
- http://ucl.ac.uk/laws/global_law/index.shtml (Institute of Global Law, University College London).
- http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new (Institute for Transnational Law University of Texas at Austin).
- <http://www.verfassungvergleich.de> (International Constitutional Law).

Título I

Sistemas jurídicos comparados

Capítulo I

Dos sistemas jurídicos em geral

§ IIº Modelos de análise e critérios de classificação dos sistemas jurídicos

a) Posição do problema

Vamos agora examinar os principais sistemas jurídicos contemporâneos. Tendo em conta as finalidades gerais da nossa disciplina, atrás enunciadas, cingiremos a análise a empreender aos sistemas jurídicos representativos dos modos mais característicos de conceber o Direito. Em ordem a identificá-los, têm sido preconizadas na doutrina diversas classificações dos sistemas jurídicos. O modelo mais comumente utilizado é a *família jurídica*. Alguns preferem, no entanto, recorrer à noção de *tradição jurídica*; outros, à de *cultura jurídica*. Importa pois, antes de mais, esclarecer em que consistem estas categorias e quais os critérios que devem adotar-se na classificação dos sistemas jurídicos. Tais as questões que procuraremos dilucidar em seguida.

b) Famílias, tradições e culturas jurídicas

É há muito reconhecido que os sistemas jurídicos não se encontram todos no mesmo plano, antes existe um certo número deles que operam como «centros de irradiação», a partir dos quais os restantes se foram autonomizando, constituindo com eles como que uma *família*. É neste símile que radica a tendência, que logrou

afirmar-se na literatura de Direito Comparado sobretudo a partir dos meados do século pretérito, para recorrer ao conceito de *família jurídica* a fim de designar um conjunto de sistemas jurídicos que possuem afinidades entre si quanto a certos aspectos fundamentais⁹⁴.

A comparação de Direitos assente neste modelo enfrenta hoje, todavia, certa oposição na doutrina especializada⁹⁵. Por várias ordens de razões: *a)* Desde logo, pela impossibilidade de reconduzir às famílias jurídicas identificadas pela doutrina todos os sistemas jurídicos vigentes, em virtude da existência de *sistemas jurídicos mistos, ou híbridos*, que congregam características próprias de duas ou mais famílias jurídicas e que por isso assumem uma fisionomia específica; *b)* Depois, porque a classificação de um sistema jurídico em determinada família nem sempre é válida para todos os ramos do Direito, podendo o mesmo sistema, em consequência disso, ser integrado em famílias distintas consoante a matéria que se considere; *c)* Finalmente, porque há sistemas jurídicos que refletem uma particular conceção do Direito, de especial relevo técnico ou cultural, mas que não se inserem em qualquer família jurídica, sendo por conseguinte ignorados numa análise comparativa empreendida sob a égide deste conceito.

O certo porém é que tais dificuldades são de alguma sorte inevitáveis em todas as representações simplificadas da realidade. Por outro lado, são inegáveis as virtualidades do conceito de família jurídica no plano pedagógico, dada a maior facilidade que confere à compreensão do fenómeno da pluralidade e da diversidade dos Direitos e à determinação do lugar que cada sistema jurídico

singularmente considerado ocupa no universo dos sistemas jurídicos⁹⁶. Daí que ele continue a ser utilizado em obras de referência⁹⁷.

No entanto, vários autores empregam preferencialmente o conceito de *tradição jurídica* a fim de designarem os sistemas jurídicos a que aludiremos adiante⁹⁸. Compreende-se neste conceito, para uns, «qualquer conjunto de atitudes historicamente condicionadas, relativas à natureza do Direito, ao papel deste na sociedade e na *polis*, à organização e ao funcionamento do sistema jurídico, bem como ao modo pelo qual o Direito deve ser criado, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinados»⁹⁹. Para outros, trata-se antes de toda a informação normativa transmitida através das gerações (ou, melhor, de um complexo de institutos, valores e conceitos jurídicos objeto dessa transmissão)¹⁰⁰. Ambas as orientações colocam, pois, a ênfase na genealogia dos sistemas jurídicos e na continuidade da ideia de Direito que os caracteriza. O que, em si, nada tem de objetável. A verdade porém é que, tomada a rigor qualquer daquelas definições, cada sistema jurídico corresponderia a uma tradição *a se stante*. Como modelo destinado a reduzir a complexidade dos fenómenos sociais que o Direito Comparado tem por objeto e a facilitar a sua compreensão, a prestabilidade do conceito de tradição jurídica, definido nos referidos moldes, é assim limitada.

⁹⁶ Sublinha também este ponto Jaako Husa, «Legal Families», in Jan M. Smits (org.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Reino Unido/Northampton, Estados Unidos, 2006, pp. 382 ss. (p. 385).

⁹⁷ Cfr., nomeadamente, Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed., Tübinga, 1996, pp. 62 ss. (na tradução inglesa, pp. 63 ss.); René David/Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, cit., pp. 15 ss.; Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, 3ª ed., Londres/Nova Iorque, 2007, pp. 27 s. e 32 ss.; e Raymond Legeais, *Les grands systèmes de droit contemporains. Une approche comparative*, 2ª ed., Paris, 2008, pp. 87 ss., que observa, a p. 93: «Même si elle a de "l'usure", la notion de famille est encore utilisable».

⁹⁸ Ver, designadamente; H. Patrick Glenn, «Do 'in' the Transsystemic: Legal Systems and Comparative Traditions», McGill L.J., 2005, pp. 864 ss.; *idem*, «Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, pp. 421 ss.; *idem*, «The National Legal Tradition», *EJCL*, 2007, vol. 11.3; *idem*, *Legal Traditions of the World*, cit., *passim*; Mary Ann Glendon/Paolo G. Carozza/Colin G. Picker, *Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases on Western Law*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, 2007; John Henry Merryman/Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3ª ed., Stanford, 2007, *passim*; John Henry Merryman/David S. Clark/John O. Haley, *Comparative Law: Historical Development of the Civil Law Tradition in Europe, Latin America, and East Asia*, New Providence, N.J., 2010, *passim*; e John W. Head, *Great Legal Traditions. Civil Law, Common Law and Chinese Law in Historical and Operational Perspective*, Durham (Carolina do Norte), 2011.

⁹⁹ Assim Merryman/Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition*, cit., p. 2; Head, *Great Legal Traditions*, cit., pp. 5 ss.

¹⁰⁰ Cfr., neste sentido, H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, cit., pp. 13 ss.

⁹⁴ Cfr., por todos, Arminjon/Nolde/Wolff, *Traité de droit comparé*, tomo I, Paris, 1950, pp. 47 ss. (que distinguem, nesta base, as famílias jurídicas francesa, germânica, escandinava, inglesa, russa, islâmica e hindu); e René David, *Traité élémentaire de droit comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, 1950, pp. 215 ss. (que autonomizava os sistemas de Direito ocidental, soviético, muçulmano, hindu e chinês).

⁹⁵ Ver sobre o ponto: Hein Kötz, «Abschied von der Rechtskreislehre», *ZEuP*, 1998, pp. 493 ss.; William Twining, «Globalisation and comparative law», in *et al.*, *Globalisation and Legal Theory*, Evanston, Illinois, 2000, pp. 174 ss.; Basil Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*, Oxford/Portland, Oregon, 2003, p. 4; Jaako Husa, «Classification of Legal Families Today. Is it Time for a Memorial Hymn?», *RIDC*, 2004, pp. 11 ss.; Armino Ribeiro Mendes, «A existência de famílias de ordenamentos jurídicos e as críticas recentes às classificações tradicionais», in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Lisboa, 2006, vol. I, pp. 317 ss.; Esin Örucü, «A General View of "Legal Families" and of "Mixing Systems"», in Esin Örucü/David Nelken (orgs.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford/Portland, Oregon, 2007, pp. 169 ss.; e Giuseppe Portale, *Introduzione ai sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Turim, 2007, pp. 34 ss.

O mesmo reparo pode ser dirigido ao conceito de *cultura jurídica*, pelo menos quando este seja tomado como sinónimo de tradição jurídica, como sugere Alan Watson¹⁰¹, ou de «padrões estáveis de conduta social juridicamente orientados», consoante propõe David Nelken¹⁰². É certo que alguns autores classificam as culturas jurídicas de acordo com o que entendem ser as grandes *famílias culturais* da atualidade: a africana, a asiática, a islâmica e a ocidental¹⁰³. A verdade, todavia, é que, independentemente do acerto deste enunciado de culturas, existem, como a exposição subsequente tornará claro, diferenças muito acentuadas entre os sistemas jurídicos que integram cada uma dessas famílias culturais, quer quanto ao modo de conceber o Direito que neles prevalece, quer no tocante à relevância que a este é conferida na regulação da vida social, quer ainda relativamente aos ideais através dele prosseguidos e às técnicas e métodos por ele adotados. Essas diferenças retiram, a nosso ver, todo o interesse à agregação na mesma cultura jurídica de tais sistemas jurídicos. Entendido do referido modo, este conceito é, assim, inservível para os fins que aqui temos em vista.

Pode, no entanto, tomar-se a noção de tradição jurídica (bem como a de cultura jurídica) numa aceção diversa, *maxime* como uma *forma típica de conceber o Direito historicamente encarnada em certo ou certos sistemas jurídicos*. Sempre que seja partilhada por diferentes sistemas jurídicos, uma tradição ou cultura jurídica, assim entendida, corresponderá a uma *família jurídica*. Nesta medida, não haverá antinomia entre os modelos de análise atrás referidos.

c) Critérios de classificação

Mas qual o critério com base no qual havemos de ordenar os sistemas jurídicos em tradições ou famílias?

Duas ordens fundamentais de critérios têm sido propostos para esse efeito: o que se baseia nas características técnico-jurídicas do sistema ou sistemas jurídicos considerados e o que apela preferentemente à sua filiação cultural e ideológica.

De acordo com o primeiro, haveria que atender sobretudo a aspetos como as fontes do Direito, o método de descoberta da solução dos casos concretos, a

organização judiciária e o regime a que se subordina o exercício das principais profissões jurídicas. Em suma, cuidar-se-ia essencialmente de apurar o modo como se formam, revelam e são aplicadas em cada sistema jurídico as normas que o integram.

Nos termos do segundo (que conheceu na doutrina formulações muito diversas), avultariam antes como fatores atendíveis as instituições jurídicas que caracterizam cada sociedade, as concepções religiosas, filosóficas e políticas que historicamente as determinaram e os valores fundamentais através delas prosseguidos.

Supomos que nenhum dos referidos fatores pode ser desprezado nem erigido em critério único. Uma caracterização dos sistemas jurídicos não pode evidentemente descurar a sua componente normativa e por conseguinte as formas pelas quais as normas jurídicas são criadas, reveladas e aplicadas. Mas também não pode, sob pena de distorcer a realidade a que se reporta, ignorar os valores que constituem o fundamento último do ordenamento jurídico, os princípios que os exprimem normativamente e as instituições que os personificam — em suma, a *ideia de Direito* que o inspira.

A chave do problema em apreço está portanto na combinação dos critérios referidos. Eis por que na exposição subsequente observaremos um *critério composto*, em conformidade com o qual atenderemos não apenas às fontes do Direito em cada um dos sistemas considerados, ao método ou métodos de descoberta da solução do caso singular neles observados, aos meios de resolução de litígios neles disponíveis, ao regime da formação dos juristas e do exercício das profissões jurídicas, mas também aos elementos formativos (históricos, religiosos, ideológicos e outros) desses sistemas, aos conceitos fundamentais por eles empregados e ao lugar que o Direito ocupa neles como instrumento de regulação da vida em sociedade.

Em suma, não nos importará tanto o conteúdo regulatório dos sistemas jurídicos em causa, mas antes o *conceito de Direito* que deles se desprende.

Precisando o que dissemos anteriormente, definiremos o conceito de família jurídica como um *conjunto de sistemas jurídicos dotados de afinidade técnico-jurídica, ideológica e cultural, representativo de determinado conceito de Direito*.

Esses sistemas jurídicos podem corresponder ao Direito em vigor no território de determinado Estado; mas podem igualmente, como se verá adiante, vigorar apenas num âmbito territorial mais restrito ou até ter um escopo meramente pessoal.

¹⁰¹ Vide «Legal Culture v. Legal Tradition», in Mark Van Hoecke (org.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford/Portland, Oregon, 2004, pp. 1 ss. Em sentido discordante, veja-se, porém, H. Patrick Glenn, «Legal Cultures and Legal Traditions», in *ibidem*, pp. 7 ss.

¹⁰² Cfr. «Defining and Using the Concept of Legal Culture», in Esin Örüci/David Nelken (orgs.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford/Portland, Oregon, 2007, pp. 109 ss. (p. 113); e «Legal culture», in Jan M. Smits (org.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Reino Unido/Northampton, Estados Unidos, 2006, pp. 372 ss. (p. 374).

¹⁰³ Ver Mark van Hoecke/Mark Warrington, «Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law», *JCLQ*, 1998, pp. 495 ss.

d) Sistemas jurídicos e civilizações

Já se tem visto nas civilizações o critério fundamental de repartição dos sistemas jurídicos por famílias ou categorias análogas¹⁰⁴. Embora, como resulta do acima exposto, nos identifiquemos com a preocupação fundamental que subjaz a esta tese – a de adotar um critério de diferenciação das famílias ou tradições jurídicas que transcenda os aspetos puramente técnicos ou formais –, não a acompanharemos aqui.

Quando falamos de civilizações queremos, por certo, aludir a formas duráveis e homogêneas de organização da vida social, vigentes em determinado espaço geográfico e assentes, além do mais, em certas regras comumente aceites de conduta individual. O Direito é, pois, um elemento constitutivo das civilizações e as suas fontes escritas – códigos, sentenças, manuais, etc. – contam-se não raro entre as mais relevantes manifestações civilizacionais.

Tal não significa, porém, que os modelos fundamentais de estruturação jurídica das comunidades humanas correspondem às grandes civilizações. Por várias ordens de razões, que a exposição subsequente tornará mais nítidas: a) Há, desde logo, civilizações no seio das quais é possível discernir sistemas jurídicos fortemente diferenciados entre si, inclusive no plano dos ideais que servem; b) Existem, por outro lado, civilizações que baseiam o seu Direito no de outras, ou que conjugam características próprias dos sistemas jurídicos de várias civilizações; c) Além disso, para certas civilizações o Direito não tem a mesma relevância que assume noutras ou não apresenta uma pujança análoga à que nelas atingiram outras expressões culturais (como a arte, a ciência, etc.); d) E há, finalmente, nas civilizações uma perenidade que transcende em muito a das formas e até a dos ideais jurídicos.

Tomemos, a fim de ilustrar o que acabamos de dizer, o elenco das civilizações proposto por Fernand Braudel (1902-1985) na sua *Gramática das Civilizações*¹⁰⁵. O autor distingue nesta obra seis civilizações: a islâmica, a da África negra, a do Extremo Oriente, a europeia, a norte-americana e a russa ou soviética. Como se verá adiante, a primeira corresponde a uma família jurídica autónoma. Mas o

mesmo não se pode dizer a respeito de qualquer das demais civilizações identificadas por Braudel: não há, por exemplo, uma família jurídica africana (nem sequer uma família que congregue os sistemas jurídicos da África subsariana); no Extremo Oriente (tal como Braudel o concebe) encontramos pelo menos duas famílias jurídicas (a hindu e a chinesa), bem como diversos sistemas jurídicos híbridos (por exemplo, o filipino, o indonésio e o japonês); a Europa reparte-se também por diferentes famílias jurídicas (a de *Common Law* e a romano-germânica); na América do Norte vigoram distintos sistemas jurídicos, em que sobressaem os de *Common Law*; e a denominada família jurídica socialista (cuja autonomização nunca foi pacífica na dourrina) desagregou-se após a queda do muro de Berlim, embora não haja desaparecido a civilização russa.

Conduziria a dificuldades semelhantes a transposição para o domínio jurídico dos elencos das civilizações contemporâneas apresentados por Arnold Toynbee (1852-1883), em *Um Estudo de História*¹⁰⁶, onde se distinguem as civilizações cristã ocidental, cristã ortodoxa, islâmica, hindu e extremo-oriental; e, mais recentemente, por Samuel Huntington, em *O Choque das Civilizações*¹⁰⁷, no qual se autonomizam as civilizações sínica, japonesa, hindu, islâmica, ortodoxa, ocidental, latino-americana e africana.

À mundividência própria de cada civilização não corresponde, pois, necessariamente determinado modelo de organização jurídica da vida em sociedade. Vendo a questão sob outro ângulo, dir-se-á que não é possível caracterizar uma civilização pelo seu Direito. O que a nosso ver se explica essencialmente pelas influências externas que se fazem sentir na formação dos sistemas jurídicos e pela diferente importância que é atribuída ao Direito por cada civilização como modo de regulação das condutas individuais. Tanto basta para que o conceito em análise seja inservível como critério de diferenciação das famílias de Direitos.

§ 12º Elenco e características dos principais sistemas jurídicos

a) Principais sistemas jurídicos na atualidade

I – Na base do critério referido, é possível distinguir atualmente cinco grupos de sistemas jurídicos, que correspondem a outras tantas famílias jurídicas. Por

¹⁰⁶ Cfr. *A Study of History*, Nova Iorque/Oxford, reimpressão, 1987, tomo I, *Abridgement of volumes I-VI*; tomo II, *Abridgement of volumes VII-X*, por D.C. Somervell (existe tradução portuguesa, por Francisco Vieira de Almeida, com o título *Um estudo de história*, Lisboa, 1964).

¹⁰⁷ Cfr. *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Nova Iorque, 1997 (há tradução portuguesa, por Henrique M. Lajes Ribeiro, com o título *O choque das civilizações e a mudança na ordem mundial*, 2ª ed., Lisboa, 2001).

¹⁰⁴ Assim Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, tomo III, cit., pp. 456 ss.; e Eric Agostini, *Droit comparé*, Paris, 1988, pp. 9 s. Entre nós, vejamos, na mesma linha geral de orientação, Paulo Ferreira da Cunha, *Princípios de Direito. Introdução à Filosofia e Metodologia Jurídicas*, Porto, s.d., p. 184; *idem*, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 260 s.; e José de Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e teoria geral*, 13ª ed., Coimbra, 2005, p. 147 (que todavia reconhece dificuldades a esse critério: cfr. p. 151). Do referido entendimento se faz também eco Patrícia Jerónimo em *Os direitos do homem à escala das civilizações. Proposta de análise a partir do confronto dos modelos ocidental e islâmico*, Coimbra, 2001, especialmente pp. 181 ss.

¹⁰⁵ Cfr. *Grammaire des Civilisations*, Paris, reimpressão, 1993 (existe tradução portuguesa, por Telma Costa, com o título *Gramática das Civilizações*, Lisboa, 1989).

ordem decrescente da sua proximidade relativamente ao sistema jurídico português, estas são:

- A *família jurídica romano-germânica*, também dita continental ou de *Civil Law*. No seio desta podem autonomizar-se três ramos: o dos sistemas jurídicos de matriz francesa (que compreendem, além do Direito francês, o belga, o espanhol e os dos países sul-americanos de língua castelhana); o dos sistemas de matriz germânica (alemão, suíço e austríaco); e o dos sistemas dos países nórdicos ou escandinavos em sentido lato (Dinamarca, Noruega, Suécia, Finlândia e Islândia). Embora estes sistemas jurídicos possuam características distintas, que têm levado alguns a reconduzi-los a famílias jurídicas diversas¹⁰⁸, não prevalecem neles, como veremos, *conceitos de Direito* diferentes, razão pela qual cremos poder agregá-los numa só família jurídica¹⁰⁹.
- A *família jurídica de Common Law*, ou anglo-americana, na qual pontificam o Direito inglês e o dos Estados Unidos da América;
- A *família jurídica muçulmana*, ou *islâmica*, na qual se compreendem os sistemas jurídicos vigentes nos países africanos e asiáticos onde predomina o Islamismo e em que a *Xaria* constitui a fonte primordial de Direito;
- A *família jurídica hindu*, com expressão em diversos países africanos e asiáticos, entre os quais se destacam a Índia e o Nepal, onde as suas regras são aplicáveis aos que professam o Hinduísmo; e
- A *família jurídica chinesa*, na qual se compreendem os Direitos da República Popular da China e de Taiwan.

II - A estas famílias jurídicas acrescia, até recentemente, a família dos Direitos socialistas, na qual se incluía a generalidade dos sistemas jurídicos que vigoravam nos países da Europa de Leste, bem como nos demais países onde predominavam regimes de economia planificada, assentes na socialização dos meios de produção, e onde prevaleciam regimes políticos autoritários assentes na ideologia marxista. Como traços característicos desses sistemas jurídicos podiam apontar-se a subordinação do Direito a finalidades de índole política e

¹⁰⁸ Cfr. Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., p. 68 (na tradução inglesa, p. 69).
¹⁰⁹ Neste sentido também, René David/Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, cit., pp. 16 s.; Gilles Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 2007, p. 15; e Raymond Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains*, cit., p. 94. Entre nós, sustenta opinião semelhante Ferreira de Almeida, *Direito Comparado*, cit., p. 33. Não é outra a orientação seguida pelos autores anglo-saxónicos que denominam esta família jurídica de *Civil Law Tradition*: ver, por muitos, John Henry Merryman/Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition*, cit., p. 1.

ideológica, a ausência de uma verdadeira separação de poderes e a restrição das liberdades cívicas e económicas.

Com a mudança de regimes políticos verificada em muitos desses países a partir de 1989, modificou-se também a natureza dos sistemas jurídicos neles vigentes¹¹⁰. Vários deles passaram, com efeito, a integrar a família dos sistemas romano-germânicos (donde, aliás, segundo alguns, nunca haviam saído).

Tal o caso, nomeadamente, do Direito da antiga República Democrática Alemã, a cujo território se estendeu, após a reunificação ocorrida em 1990, o Direito vigente na República Federal da Alemanha.

Um tanto diverso é o caso do Direito russo.

Não houve, por certo, na Rússia uma receção do Direito Romano como a que ocorreu no centro e no sul da Europa e que foi determinante da formação da família jurídica romano-germânica. Porém, a conversão no século IX dos povos eslavos ao Cristianismo ortodoxo colocou-os sob a esfera de influência da Igreja e do Direito bizantinos (este último baseado, além do mais, nas fontes justinianeias)¹¹¹. Ao longo dos séculos subsequentes, em particular durante a ocupação mongol, a civilização e o Direito russos distanciaram-se muito significativamente dos da Europa Ocidental. Predominaram então as fontes consuetudinárias.

A História da Rússia nos séculos XVIII e XIX revela um intenso esforço de ocidentalização, que no plano cultural eliminou boa parte desse distanciamento. O Direito não foi exceção neste vasto movimento de aculturação, tendo a pandectística alemã encontrado seguidores na Rússia. Não surpreende, por isso, que a ciência jurídica russa seja há muito tributária da dos demais países do continente europeu, em particular da alemã¹¹².

Enquanto existiu a União Soviética (1922-1991), a ligação do Direito russo à família jurídica romano-germânica esbateu-se, porém, consideravelmente, mercê, entre outros aspetos, da coletivização dos meios de produção, da sujeição dos contratos económicos aos planos estatais (e da correlativa obrigatoriedade da sua celebração em certas circunstâncias), da generalização da responsabilidade objetiva e da subordinação do aparelho judiciário ao Partido Comunista. A conceção socialista do Direito é, aliás, fundamentalmente hostil à regulação

¹¹⁰ Ver, sobre o ponto, Francesco Galgano et al., *Atlante di Diritto Privato Comparato*, 3ª ed., Bolonha, 1999, pp. 2 s.; Denis Tallon, «Existe-t-il encore un système de droit socialiste?», in Ingeborg Schwenzer/Günter Hager (orgs.), *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2003, pp. 413 ss.

¹¹¹ Sobre o ponto, cfr. Rodolfo Sacco, «Il substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti», *Riv. Dir. Civ.*, 1969, pp. 115 ss.

¹¹² Ver Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno* (tradução portuguesa, por António Hespanha, Lisboa, s.d.), p. 583.

das relações econômicas pelo Direito Privado, afastando-se também neste ponto capital da tradição romano-germânica¹¹³.

Na Constituição de 1993¹¹⁴ e no Código Civil de 1994 (completado entre 1996 e 2006)¹¹⁵ foi retomada a ligação do Direito russo à família romano-germânica, em virtude da consagração nesses textos de alguns dos princípios estruturantes dos sistemas jurídicos que integram aquela família de Direitos. Assim, a atual Constituição russa prevê a separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário (art. 10^o) e acolhe um vasto catálogo de direitos fundamentais (que têm efeito direto segundo o art. 18^o). Por seu turno, o novo Código Civil consigna como princípios fundamentais, entre outros, a igualdade, a liberdade contratual e a propriedade privada¹¹⁶, e adota a técnica legislativa característica dos sistemas romanistas.

Permanecem todavia na Rússia contemporânea algumas instituições características do Direito anterior à dissolução da União Soviética. Tal o caso da *Prokuratura*, que congrega funções geralmente atribuídas ao Ministério Público nos sistemas romano-germânicos, assim como outras, que contendem com o controle da legalidade dos atos da administração pública. Por outro lado, apesar da consagração do princípio do Estado de Direito na Constituição (art. 1^o), permanece incerto o efetivo alcance desse princípio na vida social russa, nomeadamente em razão da debilidade das instituições judiciárias. Além disso, a intervenção maciça do Estado na vida social através dos órgãos administrativos diminui o impacto real do novo Código Civil; a própria sociedade russa não terá ainda assimilado inteiramente o espírito da nova codificação¹¹⁷.

¹¹³ Veja-se a carta dirigida por Lenine a Dmitry Kursky, então Comissário do Povo para a Justiça, em 20 de fevereiro de 1922, na qual o primeiro declarava a respeito da nova legislação civil russa em preparação: «Não reconhecemos nada que seja "privado" e encaramos tudo o que releva da esfera econômica como pertencente ao Direito Público e não ao Direito Privado. Só permitimos o capitalismo de Estado [...]. Portanto, a nossa tarefa consiste em alargar a intervenção do Estado nas relações jurídicas "privadas"; em alargar o direito do Estado de anular contratos "privados"; em aplicar as "relações jurídicas civis" não o *corpus juris romani*, mas antes o nosso conceito revolucionário de Direitos». Cfr. *Lenin Collected Works*, vol. 36, Moscovo, 1971, pp. 560 ss.

¹¹⁴ De que existem traduções inglesa, francesa e alemã disponíveis em <http://www.constitution.ru>.

¹¹⁵ Disponível, em inglês, em <http://www.russian-civil-code.com>.

¹¹⁶ Cfr. o art. 1^o, n^o 1: «Os princípios em que se funda a legislação civil são a igualdade das partes nas relações civis, a intangibilidade da propriedade, a liberdade contratual, a inadmissibilidade de interferências arbitrárias em assuntos privados, o exercício sem impedimentos dos direitos civis e a garantia da reparação dos direitos lesados, bem como da sua proteção judicial» (tradução da nossa responsabilidade, a partir da versão alemã de Stefanie Solotych, *Das Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation. Textübersetzung mit Einführung*, Baden-Baden, vol. I, 2^a ed., 1997; vol. II, 2001).

¹¹⁷ Neste sentido, Bernard Dutoit, *Le droit russe*, Paris, 2008, p. 46.

Eis, em suma, por que o Direito russo é hoje, para alguns, um sistema jurídico «em transição», sendo nessa medida por enquanto indeterminado o seu lugar entre as famílias jurídicas¹¹⁸.

Já se tem posto a questão de saber se, em razão das afinidades que o atual Direito russo possui com os de outros Estados membros da denominada Comunidade de Estados Independentes (CEI)¹¹⁹ – decorrentes nomeadamente de em 1994 ter sido por eles adotado um *Código Civil Modelo* baseado na codificação russa – não deveriam os mesmos ser integrados numa nova família jurídica, que teria sucedido à família socialista. A verdade, porém, é que não existe, ao menos por enquanto, um Direito comum a esses Estados. O que se deve principalmente a duas ordens de razões. Por um lado, a CEI não dispõe de órgãos dotados de poderes normativos. Por outro, vários dos seus Estados membros possuem populações maioritariamente muçulmanas, que se regem pelo Direito islâmico. Acresce que se regista contemporaneamente uma certa «atração europeia» da Rússia e das outras antigas repúblicas soviéticas, bem patente na adesão de várias delas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que depõe no sentido de se qualificarem os respetivos sistemas jurídicos como um subgrupo da família jurídica romano-germânica¹²⁰. Os ordenamentos jurídicos desses Estados não constituem, por isso, uma família jurídica autónoma.

O Direito da República Popular da China, embora mantenha na Constituição, como se verá¹²¹, a referência aos princípios fundamentais do comunismo, não pode hoje ter-se como representativo de um sistema socialista, atenta a opção, feita em 1992, pela economia de mercado e a subsequente reorganização do ordenamento jurídico chinês (que incluiu a consagração da propriedade privada).

Quanto aos Direitos dos países que preservam, em maior ou menor medida, sistemas socialistas, como Cuba e a Coreia do Norte, não se nos afiguram poderem ser erigidos, por si sós, numa família jurídica, dado o seu restrito alcance e as profundas diferenças que os separam um do outro no plano cultural.

¹¹⁸ Vide William E. Butler, *Russian Law*, Oxford, 2003, p. 5; *idem*, «Russian law», in Jan M. Smits (org.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Reino Unido/Northampton, Estados Unidos, 2006, pp. 630 ss. (p. 636).

¹¹⁹ Constituída em 1991. São actualmente membros dela, além da Rússia, a Arménia, o Arzebijão, a Bielorrússia, o Casaquistão, a Moldávia, o Quirguistão, a Ucrânia (que, embora tenha participado na fundação da Comunidade e intervenha regularmente nos seus trabalhos, não ratificou a Carta que a instituiu, sendo por isso tida como membro de facto), o Uzbequistão e o Tadjiquistão. O Turquemenistão retirou-se em 2005 (tendo todavia mantido a condição de membro associado).

¹²⁰ Cfr. Raymond Legeats, *Les grands systèmes de droit contemporains. Une approche comparative*, cit., pp. 208 ss.

¹²¹ Cfr. *infra*, § 63^o, alínea a).

III – Deve notar-se, antes de prosseguirmos, que a classificação de sistemas jurídicos assim preconizada, sendo válida para o Direito Privado, não o é necessariamente para o Direito Público, e em particular para o Direito Constitucional. Este último apresenta, com efeito, na ótica do Direito Comparado, importantes especialidades, pois nele o *Common Law* dá lugar a duas famílias jurídicas (a inglesa e a americana) e o Direito alemão (tal como outros que em matéria de Direito Privado integram a família romano-germânica) é irreduzível a uma única família jurídica¹²².

Um dos aspetos incontornáveis de todas as classificações de sistemas jurídicos é, assim, a sua *relatividade*: consoante o domínio do Direito que se considere, descobrir-se-ão potencialmente diferentes famílias ou tradições jurídicas.

b) Sua caracterização

Vejamos agora o que de essencial caracteriza as famílias e tradições jurídicas atrás referidas.

I – Na família jurídica romano-germânica, o Direito assume uma função nuclear na regulação da vida social.

Revela-o, por um lado, a tendência ainda hoje prevalecente (pese embora a contemporânea crise do normativismo) para deduzir o comando que há de governar as situações concretas da vida a partir de normas previamente formuladas para uma generalidade de situações abstratamente delimitadas. Frequentemente, a aplicação dessas normas traduz-se no reconhecimento de direitos subjetivos, consistentes no poder de exigir de outrem certa conduta ou de proibir certos efeitos na esfera jurídica alheia e na correlativa imposição de deveres jurídicos. Há nesta família jurídica uma *cultura dos direitos*, bem patente na ideia, proclamada por Rudolph von Jhering (1818-1892), segundo a qual a «luta pelo direito subjetivo» constitui um dever do seu titular para consigo próprio e de todos para com a sociedade¹²³.

¹²² Ver, sobre o ponto, Jorge Miranda, *Notas para uma introdução ao Direito Constitucional Comparado*, Lisboa, 1970, pp. 80 ss.; *idem*, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, 7ª ed., Coimbra, 2003, pp. 103 ss.; Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, vol. I, 6ª ed., Pádua, 2004, p. 2; e Giuseppe F. Ferrari, «Civil law» e «common law»: aspetti pubblicistici, in Paolo Carrozza/Alfonso di Giovane/Giuseppe F. Ferrari (orgs.), *Diritto costituzionale comparato*, 2ª ed., Roma/Bari, 2010, pp. 645 ss. A respeito da autonomia do Direito Constitucional Comparado, veja-se Catarina Santos Botelho, «Lost in Translations – A crescente importância do Direito Constitucional Comparado», in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Coimbra, 2011, pp. 49 ss.; e Roberto Scariglia, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 2011, pp. 17 ss.

¹²³ Cfr. *Der Kampf um's Recht*, Viena, 1872 (existe tradução portuguesa, por Fernando Luso Soares Filho, com o título *A luta pelo Direito*, Lisboa, 1992).

Por outro lado, o funcionamento dos poderes constituídos subordina-se nesta família jurídica a regras jurídicas, que visam impedir o arbítrio e a prepotência: tal a ideia reitora do *princípio do Estado de Direito* («*Rechtsstaat*», «*État de Droit*»), que, nascido na Alemanha no século XIX, daí irradiou para os demais países do continente europeu. Esse princípio postula, além do mais, a *separação de poderes*, que já anteriormente obtivera expressão literária de relevo na obra fundamental de Montesquieu (1689-1755)¹²⁴. São ainda corolários dele a soberania popular, a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana, a independência dos tribunais, a vinculação da administração pública à lei e a proteção da confiança individual nas suas diferentes expressões¹²⁵.

É igualmente a separação de poderes (ou pelo menos certo entendimento dela) que explica a importância conferida à lei como fonte de Direito na família jurídica romano-germânica. Nascido com a revolução francesa, o *culto da lei* marca ainda hoje muito profundamente os sistemas jurídicos da Europa continental, que sob este ponto de vista se distinguem claramente dos de *Common Law*.

Outra nota característica desta família jurídica é a influência fundamental que exerceu na sua formação o Direito Romano, o qual está na origem de muitas das suas instituições civis. Vigorou, além disso, como Direito subsidiário em vários países, onde coexistiu com Direitos locais fundados nos costumes germânicos. Foi, de resto, a influência concorrente destes últimos na formação da família jurídica em apreço que, como veremos, lhe deu a sua designação.

Como ideais ou valores jurídicos fundamentais avultam nesta família jurídica, desde a revolução francesa, a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

II – Diferentemente do que sucede na família romano-germânica, os sistemas jurídicos de *Common Law* ficaram, no essencial, imunes à influência do Direito Romano.

¹²⁴ Cfr. *De l'esprit des lois*, Genebra, 1748, livro XI, onde o autor sustenta a necessidade da separação dos poderes legislativo, executivo e judicial como condição de liberdade.

¹²⁵ Sobre o tema, vejam-se, numa perspectiva de comparação de Direitos, Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, 2002; e Emílio Kfaffi Kosta, *Estado de Direito, O paradigma zero: entre iliberação e dispensabilidade*, Coimbra, 2007, pp. 77 ss. Podem ainda consultar-se a este respeito: Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, t. I, 6ª ed., Lisboa, 1970, pp. 320 ss.; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2ª ed., Coimbra, 1998, pp. 177 ss.; José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2006, pp. 243 ss.; Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, vol. I, *Identidade Constitucional*, Coimbra, 2010, pp. 51 ss.; e Diogo Freitas do Amaral, *História do Pensamento Político Ocidental*, Coimbra, 2011, pp. 211 ss.

Não obstante isso, também neles o princípio do Estado de Direito («*rule of law*») desempenha um papel nuclear na legitimação do poder político e do Direito constituído — posto que o entendimento dominante desse princípio seja, nestes sistemas jurídicos, diverso daquele que prevaleceu na família romano-germânica¹²⁶. O *rule of law* compreende, com efeito, na formulação que lhe deu Albert Venn Dicey (1835-1922) numa obra clássica¹²⁷, três elementos fundamentais: a) O Estado («*Government*») está subordinado ao Direito e exerce o seu poder sobre os cidadãos exclusivamente através dele («*primacy of law*»); b) Todos os cidadãos, incluindo os funcionários e agentes administrativos, estão igualmente submetidos ao Direito e à jurisdição dos tribunais comuns («*equality before law*»); e c) As regras da Constituição não são a fonte, mas antes a consequência, das decisões pelas quais os tribunais definem e tornam efetivos os direitos individuais. A separação de poderes não integra, pois, os corolários do *rule of law*. Como se verá adiante, o sistema de *freios e contrapesos*, que o Direito norte-americano consagrou, não implica uma rigorosa autonomização do poder judicial relativamente aos demais poderes constituídos.

Compreende-se, à luz do exposto, o lugar proeminente conferido à jurisdição nos sistemas de *Common Law*, aí elevada, através da força vinculativa reconhecida aos precedentes judiciais, à condição de fonte primordial de Direito. Já as normas legais possuem neles caráter excepcional; e quando existem revestem-se de um grau de abstração notoriamente inferior ao das normas legais dos sistemas romano-germânicos.

Prefere-se geralmente, nos sistemas em apreço, a valoração das situações concretas da vida à luz da solução anteriormente dada a casos idênticos ou análogos e dos *policy issues* por elas suscitados. Por isso pôde um dos mais ilustres juizes norte-americanos do século XIX, Oliver Wendell Holmes (1841-1935), sustentar que «a essência do Direito não é a lógica, mas antes a experiência»¹²⁸. Mais do que um conjunto de normas, o Direito é, assim, tido como um conjunto de «remédios jurídicos» criados caso a caso pela jurisprudência. Tende pois a vingar uma *perspetiva jurisdicionalista* do Direito. Este evolui essencialmente por pequenos incrementos gerados sobretudo pelas decisões judiciais e ditados pelas próprias necessidades da vida; não através de grandes reformas legislativas.

¹²⁶ Veja-se, confrontando a situação em Inglaterra e nos Estados Unidos com a do continente europeu, Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, reimpressão, Londres, 1990, pp. 193 ss.

¹²⁷ Cfr. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8ª ed., reimpressão, Indianapolis, 1982 (originalmente publicado em 1885), pp. 120 s.

¹²⁸ Cfr. *The Common Law*, 1881 (reimpressão, Boston/Nova Iorque/Toronto/Londres, 1963), p. 5: «The life of the law has not been logic: it has been experience».

Dá-se prioridade, além disso, à formação de regras «da base para o topo» (*bottom up*) e não «do topo para a base» (*top down*). A *autorregulação*, ou regulação pelos próprios interessados, goza por isso de especial favor nos sistemas de *Common Law*.

Da mesma conceção fundamental flui a reserva com que são encaradas em Inglaterra as declarações de direitos individuais. «Não há qualquer dificuldade», escreveu Dicey¹²⁹, «e frequentemente há muito pouco a ganhar com isso, em declarar a existência de um direito à liberdade pessoal. A verdadeira dificuldade está em assegurar a sua aplicação efetiva. As leis sobre o *habeas corpus* lograram realizar este objetivo e por conseguinte fizeram mais pela liberdade dos ingleses do que teria feito qualquer declaração de direitos».

A liberdade e a igualdade são, no mundo de *Common Law*, os grandes ideais jurídicos (porventura mais a primeira do que a segunda, como o revelam a História dos Estados Unidos da América no tocante ao tratamento conferido às minorias étnicas e a contemporânea preocupação com a eficiência económica). É justamente a intenção de preservar a liberdade individual que justifica algumas das características distintivas dos sistemas de *Common Law*, às quais nos referiremos mais de espaço adiante: o julgamento das causas cíveis e criminais por um júri; o *habeas corpus*; o recrutamento dos magistrados entre antigos advogados; e a adoção do princípio acusatório em processo civil. Já a ideia de solidariedade tem, ao menos na disciplina das relações entre privados, menor expressão nesses sistemas jurídicos.

III — Muito diversa desta é a conceção de Direito prevalecente na família jurídica muçulmana ou islâmica.

Desde logo, porque nela o Direito se subordina à religião. Melhor: é parte desta, pois a base fundamental em que repousam os sistemas que integram esta família jurídica — o seu núcleo essencial — consiste na *Xaria*¹³⁰ (também grafada *Charia* ou *Sharia*), ou seja, o conjunto de regras reveladas que todos os muçulmanos devem observar.

Essas regras constam designadamente do Corão e da *Sura*, i. é, os relatos acerca das falas e atos de Maomé, recolhidos pelos doutores do Islão.

O Direito muçulmano é, assim, um *Direito revelado*. Nenhuma entidade humana tem, por isso, autoridade para decretá-lo ou modificá-lo. Nisto se distingue do Direito Canónico. Este, dado que emana na sua maior parte das

¹²⁹ Ob. cit., p. 134.

¹³⁰ Termo árabe que na linguagem comum significa «o caminho que leva ao bebedouro» (cfr. J. D. García Domínguez, «Xaria», in *Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira de Cultura. Edição século XXI*, vol. 29, col. 1107).

autoridades eclesásticas, é fundamentalmente obra humana. Em virtude do seu idealismo, o Direito muçulmano já foi aproximado do Direito Natural. Mas, como se verá adiante, é mais o que os separa do que aquilo que os une.

Pelo exposto, a lei, na aceção ocidental do termo, não integra as fontes do Direito muçulmano. O que não significa que não existam hoje leis nos países onde vigora o Direito muçulmano. Tirando, porém, as leis constitucionais (onde existem) e, em casos excepcionais, certas leis ordinárias, estas apenas visam complementar a *Xaria*.

O Direito muçulmano é, além disso, um *Direito de base pessoal*, pois apenas vale nas relações entre muçulmanos e em certos aspetos das relações entre estes e não muçulmanos.

A ideia de Estado de Direito é fundamentalmente estranha ao Direito muçulmano – além do mais, porque não é do Estado que, no essencial, ele provém. Por outro lado, o Direito muçulmano rejeita, em pontos capitais, a ideia de igualdade: a posição da mulher no casamento, por exemplo, é subordinada à do marido, dado que lhe deve obediência e não pode repudiá-lo, estando além disso sujeita a correção por parte do seu consorte. Além disso, o Direito muçulmano não confere tratamento igual a muçulmanos e não muçulmanos. Só nas relações entre muçulmanos do sexo masculino se pode afirmar que o Direito muçulmano é igualitário. Também a ideia de liberdade individual lhe é estranha, tanto no plano religioso como no da participação cívica. Mas não o é uma ética de solidariedade, patente designadamente na proibição da usura e no dever de dar esmola aos pobres, que o Corão consagra.

IV – Passemos ao Direito hindu. Também este é de base religiosa e pessoal, aplicando-se essencialmente aos hindus que vivem na Índia e noutros países asiáticos (como a Malásia, o Nepal, o Paquistão e Singapura) e africanos (v.g. o Quénia e o Uganda). Não se confunde, pois, com o Direito indiano, que é um Direito híbrido e complexo, integrado por vários ordenamentos jurídicos pessoais e locais, alguns dos quais, como veremos adiante, de matriz europeia. No entanto, os aspetos mais característicos do Direito indiano, que permitem distinguir-lo dos sistemas jurídicos integrados nas famílias jurídicas atrás referidas, consistem precisamente em certas regras e instituições inspiradas no Direito hindu clássico. O mesmo se pode dizer de outros sistemas jurídicos, como o nepalês.

O Direito hindu tem na sua origem o denominado *Dharma*. Este conceito, de difícil tradução, exprime em sânscrito, entre outras, a ideia de dever. Não se trata, porém, apenas – ou sequer principalmente – do dever jurídico, mas antes do dever ético-religioso. Funda-se numa ordem transcendente ao Homem, ao qual este há de ajustar as suas condutas. O *Dharma* exerce, no entanto, uma influên-

cia determinante nas instituições jurídicas vigentes nas comunidades hindus. O Direito hindu apresenta, nesta medida, um cunho religioso, embora as fontes reveladas estejam neste caso mais distantes do que no Direito muçulmano.

Na evolução do Direito hindu podem distinguir-se pelo menos quatro fases: a) Na primeira, dita de Direito hindu clássico, as principais fontes escritas são as *Dharmasastras*, elaboradas entre 200 a. C. e 400 d.C. por sacerdotes brâmanes, a partir da tradição relativa aos livros sagrados do Hinduísmo (os denominados *Yedas*) e dos usos e costumes coevos. Entre esses textos sobressai o chamado *Código de Manu* (sécs. II a III d.C.), que examinaremos adiante. b) Na segunda, que se inicia no século XII, com a formação do Sultanato de Deli, ao qual se sucedeu, a partir do século XVI, o Império mongol da Índia, o Direito hindu sofreu o influxo do Direito muçulmano, com o qual conviveu de então em diante, sendo nessa época a sua aplicação não raro confiada a juizes muçulmanos (*cadás*). c) Na terceira, correspondente à colonização europeia da Índia, ganham relevo como fontes de Direito, sobretudo a partir dos meados de século XIX, os precedentes formados com base nas decisões proferidas pelos magistrados ingleses na Índia e pelo Conselho Privado da Rainha, assim como as codificações portuguesas de usos e costumes hindus, que deram origem, respetivamente, ao *Direito anglo-hindu* e ao *Direito luso-hindu*. d) Na quarta, que se abre com a independência da Índia, em 1947, são adotadas pelo Parlamento indiano novas leis aplicáveis aos hindus em matéria de casamento, menores, sucessões, adoção e alimentos, as quais formam o denominado *Código Hindu*. Este introduz reformas fundamentais no Direito hindu, tendentes a ajustá-lo à Constituição indiana. É a fase do Direito hindu moderno. Os preceitos deste cingem-se agora praticamente às relações familiares e sucessórias, visto que durante a fase antecedente o *Common Law* praticamente se lhe substituiu, na Índia britânica, em matéria de tráfico corrente de bens e serviços e da propriedade.

Muito mais acentuadamente do que o Direito muçulmano, o Direito hindu rejeita a ideia de *igualdade*: o próprio *Dharma* comporta deveres diferentes em função do sexo, da idade e, em especial, da *casta*. A discriminação com base nesta foi decerto proibida pela Constituição indiana de 1949; mas continua a ser praticada nas comunidades hindus. Estas regem-se ainda hoje por um princípio de *hierarquia*.

Por outro lado, o Direito hindu comporta uma forte diversidade em razão dos territórios onde se aplica, motivo pelo qual tem sido qualificado como uma família jurídica¹³¹. Essa diversidade está, de resto, em consonância com o cará-

¹³¹ Neste sentido, Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, 2ª ed., Cambridge, 2006, pp. 19 e 201.

ter muito heterogêneo do Hinduísmo, por vezes caracterizado mais como uma *comunidade de credos* do que como uma religião propriamente dita.

V – Consideremos, por último, o Direito chinês. Este tem sido caracterizado ora como uma tradição jurídica¹³², ora como uma cultura jurídica *sui generis*¹³³. A pluralidade de expressões de que esse Direito se reveste, da qual daremos conta adiante, permite também caracterizá-lo como uma família jurídica. Seja porém qual for a sua qualificação mais exata, afigura-se-nos que, dada a singularidade das concepções que lhe subjazem acerca da função do Direito, bem como sobre o modo preferível de regular a vida em sociedade¹³⁴, e atenta também a influência que em diversos momentos da História exerceu sobre outros sistemas jurídicos (mormente o japonês, o vietnamita e o coreano), o Direito chinês merece ser colocado no mesmo plano que os demais sistemas jurídicos aqui considerados e examinado separadamente deles.

O Direito chinês distingue-se, entre outros aspetos, pelo desfavor com que encara o Direito (*Fa*). O ideal de vida em sociedade é a *harmonia*, mesmo que isso implique renúncia aos direitos subjetivos. O Direito só é aplicado na resolução dos conflitos sociais quando a conciliação falhar: esta corresponde ao modo preferível de assegurar a paz social. O Direito é, pois, um *mal necessário*. Eis o que permite diferenciar a conceção chinesa do Direito da islâmica e da hindu, para as quais o Direito, ainda que suprapositivo ou ideal, constitui um pilar essencial da vida em sociedade.

Ao Direito contrapõe-se na China o *Li*, isto é, os ritos cuja observância permite evitar os conflitos e assegurar a paz social. Ritos esses de que decorrem deveres de conduta diferenciados em função do *status* de cada um. Também aqui não há, pois, lugar para a ideia de igualdade perante a lei.

Estes traços essenciais refletem a influência que tiveram no pensamento chinês certas doutrinas filosóficas, sociais e morais, entre as quais avultou, até ao séc. XX, o Confucionismo. Para este, há uma ordem natural no mundo físico, que deve ser imitada nas relações entre os seres humanos, em ordem a atingir-se a harmonia, que é tida como a perfeição.

A abertura à economia de mercado levou, é certo, ao surgimento na República Popular da China de leis de tipo ocidental, entre as quais os *Princípios de*

Direito Civil adotados em 1986. Por outro lado, na Região Administrativa Especial de Macau, assim como na de Hong Kong, mantiveram-se basicamente inalteradas, em conformidade com o princípio «um país, dois sistemas», as leis vigentes à data da transferência da administração para a República Popular da China¹³⁵. E em Taiwan vigoram ainda hoje, posto que muito alteradas, as codificações adotadas nos anos vinte do século pretérito pelo regime nacionalista que, no termo do conflito militar que o opôs ao Partido Comunista chinês, viria a radicar-se na Ilha Formosa.

Mas é duvidoso que essas leis tenham na vida social chinesa a mesma relevância de que gozam as fontes homólogas dos países ocidentais: preferentemente, na China as leis não são aplicadas, nem se recorre aos tribunais, se for possível eliminar os conflitos sociais de outra forma. O Direito chinês tem, nesta medida, um *papel subsidiário* na preservação da ordem social, que o distingue nitidamente do Direito dos países ocidentais.

c) Sistemas jurídicos híbridos

Como referimos acima, nem todos os sistemas jurídicos existentes na atualidade se integram numa única família ou tradição jurídica: há também *sistemas jurídicos híbridos*, ou mistos, que apresentam características próprias de diferentes famílias ou tradições jurídicas.

Estão neste caso, em matéria de Direito Privado:

- Os sistemas jurídicos da Escócia, do Quebec, da Luisiana, da África do Sul e de Israel, que combinam elementos característicos da família romano-germânica com outros, extraídos da família de *Common Law* ou de Direito religioso (no caso de Israel);
- Os sistemas jurídicos de vários países do Magrebe, como Marrocos, a Líbia, a Argélia, a Tunísia e o Egipto, nos quais se entrecruzam o Direito romano-germânico e o islâmico;
- Os sistemas jurídicos de certos países muçulmanos que foram colónias inglesas, como o Paquistão, os quais conjugam a influência do *Common Law* com o Direito islâmico; e
- O Direito do Japão, no qual se fazem sentir as influências do Direito chinês, do Direito romano-germânico e do *Common Law*.

Voltaremos a este tema adiante¹³⁶.

¹³⁵ Veja-se a *Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China Sobre a Questão de Macau*, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República nº 25/87, publicada no D.R., I série, nº 286, de 14 de Dezembro de 1987.

¹³⁶ Cfr. os §§ 70º a 79º.

¹³² Cfr. Jerome Alan Cohen/R. Randle Edwards/Fu-Mei Chang-Chen, *Essays on China's Legal Tradition*, Princeton, N.J., 1980; Hélène Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruxelles, 2005, pp. 27 ss.

¹³³ Cfr. Robert Heuser, *Einführung in die chinesische Rechtskultur*, Hamburgo, 2002, p. 39.

¹³⁴ Reconhecida, entre outros, por René David/Camille Jauffret-Spinozi, que incluem o Direito chinês entre os «grandes sistemas de Direito contemporâneos» por si examinados: cfr. *Les grands systèmes de droit contemporains*, cit., pp. 22 e 405 ss.

d) Sistemas jurídicos e religiões

I – Do que dissemos até aqui resulta já ser muito significativa a relevância da religião na formação dos sistemas jurídicos¹³⁷. O que bem se compreende, pois as ideias religiosas contam-se entre os elementos que mais profundamente moldam a mentalidade e os valores de cada povo; e o Direito não é, na sua essência, senão uma expressão desses valores.

Sob o ponto de vista das suas relações com a religião, os sistemas jurídicos acima sumariamente descritos repartem-se por duas categorias fundamentais. De uma banda, temos os sistemas de *subordinação do Direito à religião*: o muçulmano, o judaico e o hindu (pese embora, no tocante a este último, a pluralidade de credos que caracteriza o Hinduísmo). Estes sistemas jurídicos surgem por vezes agrupados na categoria dos *Direitos religiosos*¹³⁸ – *hoc sensu*, Direitos cujas fontes primordiais são textos religiosos ou em que a religião fornece o fundamento dos principais institutos e regras jurídicas – ou dos *Direitos revelados*, i. é, Direitos que se entende procederem, direta ou indiretamente, de uma divindade e cujas finalidades últimas têm caráter transcendente. Nesses sistemas, os livros sagrados contêm preceitos jurídicos diretamente aplicáveis aos casos singulares; e o seu âmbito pessoal de aplicação é definido em razão da pertença do indivíduo a certa comunidade identificada pela religião que nela é predominantemente observada. A comparação destes Direitos envolve de alguma sorte a comparação das religiões de que eles fazem parte; e a compreensão destas últimas não pode

ignorar a sua vertente normativa¹³⁹. Observe-se, a este propósito, que se situam num plano algo diverso os *Direitos eclesiásticos*, ou sejam, os Direitos próprios das Igrejas, de que é exemplo o Direito Canónico. Este, sendo decerto também um Direito religioso¹⁴⁰, tem não apenas fontes divinas (a Sagrada Escritura e a Tradição), mas também fontes humanas (*maxime* o Código de Direito Canónico); e deixa ao Direito estadual um espaço de regulação das relações entre os seus destinatários que não tem paralelo, por exemplo, no Direito muçulmano¹⁴¹.

No pólo oposto dos sistemas jurídicos religiosos situam-se os que se caracterizam, ao menos no plano formal, pela *independência recíproca* entre Direito e religião e que, nesta medida, se podem dizer laicos. Estes são, fundamentalmente, os sistemas jurídicos integrados nas famílias romano-germânica e de *Common Law*, bem como o Direito chinês. Nalguns destes sistemas jurídicos admitem-se, não obstante o princípio da laicidade do Estado, *relações de coordenação* entre o Direito emanado deste último e o Direito eclesiástico. É o que sucede, *v.g.*, em Portugal, em Espanha e em Itália, em virtude das Concordatas celebradas entre estes países e a Santa Sé¹⁴²; por força delas, reconhecem-se efeitos na ordem jurídica interna desses Estados aos casamentos católicos e às sentenças proferidas sobre certas matérias pelos tribunais eclesiásticos.

II – Abster-nos-emos, em todo o caso, nesta obra de agrupar os sistemas jurídicos referidos em primeiro lugar numa única família jurídica ou categoria análoga¹⁴³. Por diversas razões.

Em primeiro lugar, porque para nós as relações entre o Direito e a religião constituem, como dissemos, um dos fatores a considerar na classificação dos sistemas jurídicos em famílias, mas não o único. Não podem, pois, ser tomadas como critério determinante da classificação de certo ou certos sistemas jurídicos.

¹³⁷ Cfr., nesta linha de orientação, Jacob Neusner/Tamara Sonn, *Competing Religions through Law. Judaism and Islam*, Londres/Nova Iorque, 1999.

¹⁴⁰ Haja vista designadamente ao cânone 1752 do Código de Direito Canónico, segundo o qual «a salvação das almas [...] deve ser sempre a lei suprema na Igreja».

¹⁴¹ Para um confronto entre este e o Direito Canónico, veja-se o que dizemos adiante, no § 42º, alínea a).

¹⁴² A Concordata entre Portugal e a Santa Sé data de 18 de Maio de 2004 e foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República nº 74/2004, de 16 de Novembro. Cfr. Saurino Gomes (coordenador), *Estudos sobre a Nova Concordata Santa Sé-República Portuguesa*, 18 de Maio de 2004, Lisboa, 2006.

¹⁴³ Ver porém, Zweigert/Kötz, ob. cit., pp. 296 ss. (na tradução inglesa, pp. 303 ss.), que autonomizam sob a epígrafe «sistemas jurídicos religiosos» os Direitos islâmico e hindu, examinando-os separadamente dos demais.

¹³⁷ Ver, sobre o tema, Walter Simons, «La signification des religions pour la science du droit comparé», in AAVV, *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, vol. I, Paris, 1938, pp. 82 ss.; Lorde MacMillan, «Law and Religion», in *Law and Other Things*, Cambridge, 1937, pp. 55 ss.; AAVV, *La révélation chrétienne et le droit. Colloque de Philosophie du Droit*, Paris, 1961; Adolf Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, 2ª ed., Basileia, 1961, vol. II, pp. 412 s.; Luis Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 2º, Coimbra, 1966, pp. 142 s.; Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5ª ed., Berlin/Nova Iorque, 1993, pp. 164 ss.; Paulo Otero, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, 1 vol., 1ª t., Lisboa, 1998, pp. 254 ss.; Harold J. Berman, *Faith and Order. The Reconciliation of Law and Religion*, Grand Rapids, Michigan/Cambridge, Reino Unido, 2000; *idem*, «Comparative Law and Religion», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, pp. 739 ss.; Andrew Huxley (org.), *Religion, Law and Tradition. Comparative studies in religious law*, Londres, 2002; Diogo Freitas do Amaral, *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, Coimbra, 2004, pp. 98 ss.; Jorge Bacelar Gouveia, «Religião e Estado de Direito – Uma visão panorâmica», in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Lisboa, 2006, pp. 429 ss. (especialmente pp. 431 ss.); e José Hermano Saraiva, *O que é o Direito?*, Lisboa, 2009, pp. 103 ss. Vejam-se ainda os estudos coligidos no tomo 38 dos *Arch. Phil. Droit*, com o título *Droit et religion*.

¹³⁸ Assim, Adolf Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, cit., vol. I, pp. 325 ss.; Zweigert/Kötz, ob. cit., pp. 296 ss. (na tradução inglesa, pp. 303 ss.).

Em segundo lugar, porque mesmo nos sistemas ditos de independência reciproca entre Direito e religião o fundamento último de muitas instituições jurídicas é confessional. Este é, aliás, um dos motivos por que a nosso ver não pode haver uma «comparação pura» de sistemas jurídicos, circunscrita à análise de normas ou institutos jurídicos: a fim de se captar a *essência* dos sistemas jurídicos, há que de tomar em conta os fatores metajurídicos que os moldaram – e entre estes sobressai a religião. Em maior ou menor grau, todos os sistemas jurídicos se acham impregnados de valores religiosos: todos eles têm, por assim dizer, um *fundo religioso*, dado pelas crenças e valores religiosos dominantes na sociedade em que vigoram. O princípio da igualdade perante a lei, por exemplo, é essencialmente uma noção cristã¹⁴⁴. E a própria distinção entre Direito secular e eclesiástico tem as suas raízes no Cristianismo. De resto, não são só os textos sagrados do Islamismo e do Judaísmo que contêm preceitos jurídicos: também os primeiros cinco livros da Bíblia cristã (o *Pentateuco*) são em boa parte um repositório de regras de conduta, que marcaram indelevelmente os sistemas jurídicos ocidentais. Na realidade, todas as religiões originárias do Médio Oriente contêm, em maior ou menor medida, um *corpus* de regras jurídicas reveladas, plasmadas num livro sagrado. O que não significa que seja idêntico o espaço que reconhecem ao Direito estadual na disciplina das relações interindividuais: este é, como se verá adiante, bastante mais amplo no Cristianismo¹⁴⁵ do que no Islamismo¹⁴⁶ e no Judaísmo¹⁴⁷.

Em terceiro lugar, porque também as religiões exprimem em alguma medida os usos, os costumes e o sentimento de justiça dos povos que as professam. Tal a razão por que diversas religiões comportam no seu seio diferentes escolas de pensamento cujo âmbito de influência se define na base de critérios territoriais ou pessoais. A própria religião tende, nesta medida, a ajustar-se à sociedade em que é observada e àquilo que os seus membros têm por justo ou desejável nas relações interindividuais. A ideia de subordinação do Direito à religião não pode, assim, ser tomada em sentido absoluto. A sua prestabilidade como critério de classificação dos sistemas jurídicos em famílias é, também por isso, limitada.

e) Lugar do Direito português entre os sistemas jurídicos

Mas qual o lugar do Direito português entre os sistemas jurídicos até aqui considerados?

¹⁴⁴ Voltaremos a este ponto adiante, no § 14.^o, alínea d), nº I.

¹⁴⁵ Haja vista, em especial, ao que dizemos no § 14.^o, alínea d), nº VII.

¹⁴⁶ Ver *infra*, § 41.^o, alínea a).

¹⁴⁷ Ver *infra*, § 76.^o.

Parece claro que ele se integra na família romano-germânica. Desde logo, pela sua matriz histórica: o Direito Romano vigorou em Portugal até ao séc. XIX como Direito subsidiário (posto que a partir da *Lei da Boa Razão*, de 1769, apenas na medida em que se mostrasse conforme com a *recta ratio*); e influenciou decisivamente o Direito Privado português¹⁴⁸. Depois, pelo seu sistema de fontes, em que avulta a lei. Finalmente, pelo método segundo o qual no âmbito dele são predominantemente resolvidos os casos concretos, isto é, a partir de regras gerais e abstratas, e não de precedentes.

Pode, no entanto, perguntar-se a qual dos ramos em que se divide essa família pertence o Direito português.

Para alguns autores, seria ao que designam por *domínio, família, grupo ou círculo romanístico (romanischer Gebiet, famille de droits romanistes, romanische Gruppe, romanischer Rechtskreis)*¹⁴⁹.

Há muito, porém, que a ciência jurídica portuguesa incorporou os quadros mentais do pandectismo germânico¹⁵⁰. E desde a entrada em vigor do Código Civil de 1966 o Direito Privado português está muito mais próximo do alemão do que do francês¹⁵¹. Neste sentido depõem nomeadamente: a) A adoção no Código Civil português da sistematização germânica do Direito Civil; b) A inclusão na Parte Geral do Código de uma regulamentação minuciosa do negócio jurídico e da declaração negocial, claramente tributária da dogmática germânica e da conceção abstrata do Direito que a inspira; c) O regime da formação dos contratos, nomeadamente no que respeita à perfeição da declaração negocial e à revogabilidade da proposta, o qual provém do Direito alemão; d) As regras sobre a *culpa in contrahendo*, que, embora recebidas do Código Civil italiano, se filiam na doutrina alemã da relação obrigacional sem deveres primários de prestação constituída com a entrada em negociações; e) O regime da interpretação e da integração dos negócios jurídicos, assente no binómio declarante-declaratário; f) As múltiplas referências feitas no Código à boa fé, largamente tributárias do labor da doutrina e da jurisprudência alemãs ao longo do séc. XX e da conceção social do Direito que as inspirou; g) A distinção entre a representação e o mandato,

¹⁴⁸ Ver *infra*, § 14.^o, alíneas b) e e).

¹⁴⁹ Ver, respectivamente, Adolf Schnitzer, ob. cit., vol. I, p. 207; Constaninesco, ob. cit., p. 84; Max Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., p. 78; e Zweigert/Kötz, ob. cit., p. 68 (na tradução inglesa, p. 69).

¹⁵⁰ Ver António Menezes Cordeiro, *Teoria geral do Direito Civil. Relatório*, Lisboa, 1988, pp. 131 ss.; *idem*, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.^a ed., Coimbra, 2012, pp. 235 ss.

¹⁵¹ Cfr., a respeito da influência exercida pela doutrina e pela legislação germânicas sobre o anteprojecto de Código Civil, Wilhelm Wengler, «Der Entwurf für ein neues portugiesisches Zivilgesetzbuch», *ACP*, 1967, pp. 64 ss.; e Jorge Sinde Monteiro, «Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil português de 1966», *BFDUC*, 2002, pp. 1 ss.

que o Direito francês desconhece; *h*) O regime da modificação ou resolução do contrato por alteração de circunstâncias, igualmente sem paralelo no Código Civil francês; *i*) A inclusão entre as fontes das obrigações da gestão de negócios e do enriquecimento sem causa, a respeito do qual o Código Civil francês não contém qualquer disposição genérica; e *j*) A regra geral sobre a responsabilidade civil extracontratual, que procura delimitar as factispécies geradoras do dever de indemnizar, definindo como tais apenas as violações de direitos absolutos e de disposições legais de protecção de interesses alheios, o que importa a rejeição de uma cláusula geral de estilo francês.

A filiação do Direito português no germânico não resulta, aliás, apenas do Código Civil, antes se revela também em outros diplomas legais posteriores a ele, que adotaram a técnica legislativa e os conceitos próprios do Direito alemão, como o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais¹⁵² e o Código das Sociedades Comerciais¹⁵³.

O Direito Privado português pertence hoje, por todo o exposto, ao ramo alemão da família romano-germânica.

No Direito Público, é mais mitigada a influência germânica. A Constituição portuguesa, por exemplo, recebeu essencialmente o modelo francês de organização do poder político, patente *inter alia* no estatuto, no regime de eleição e nas competências do Presidente da República¹⁵⁴. Não obstante isso, ela aproxima-se em diversos aspectos do sistema alemão¹⁵⁵. É o caso, nomeadamente, do regime de aplicabilidade direta e de eficácia em relação a terceiros (*Drittwirkung*) dos preceitos sobre direitos liberdades e garantias¹⁵⁶, da consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁵⁷ e do sistema de fiscalização da constitucionalidade¹⁵⁸.

Podemos, nesta medida, dizer-se que o Direito português recebeu e combinou os contributos alemão e francês para a família jurídica romano-germânica.

¹⁵² Aprovado pelo D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro.

¹⁵³ Aprovado pelo D.L. nº 262/86, de 2 de Setembro.

¹⁵⁴ Ver, sobre o impacto daquele modelo no Direito Constitucional português, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, 8ª ed., Coimbra, 2009, pp. 167 s.

¹⁵⁵ Cfr. André Thomashausen, «Der Einfluss des Grundgesetzes auf ausländisches Verfassungsrecht: Portugal», in Klaus Stern (org.), *40 Jahre Grundgesetz. Entstehung, Bewahrung und internationale Ausstrahlung*, Munique, 1990, pp. 243 ss.; Paulo Otero, *Direito Constitucional português*, vol. I, *Identidade constitucional*, cit., pp. 290 e 295 s.

¹⁵⁶ Consignado no art. 18º, nº 1.

¹⁵⁷ Acolhido no art. 26º, nº 1.

¹⁵⁸ Haja vista aos arts. 277º e seguintes.

f) O Direito comum de língua portuguesa

I – Como se verá ao longo desta obra, a evolução dos sistemas jurídicos sempre dependeu, em alguma medida, de fenómenos de *recepção* ou *transplante* de ordens jurídicas estrangeiras ou passadas¹⁵⁹.

Vários fenómenos dessa natureza tiveram por objeto o Direito português. Está neste caso o que ocorreu no Brasil após a independência, onde, em virtude do art. 1º da Lei de 20 de outubro de 1823¹⁶⁰, as Ordenações Filipinas permaneceram em vigor, em matéria civil, até 1 de janeiro de 1917, data em que começou a aplicar-se o novo Código Civil, cujo art. 1807 as revogou no tocante às matérias por ele reguladas. Mas também este diploma legal, não obstante os traços de originalidade que o caracterizavam, preservou em múltiplos aspetos a tradição jurídica portuguesa – porventura até mais fielmente do que o próprio Código Civil português de 1867¹⁶¹.

A recepção do Direito português deu-se igualmente em outras antigas possessões ultramarinas portuguesas.

Foi o que sucedeu em Goa, Damão e Diu. Aí vigoram ainda, por força do *Goa, Daman and Diu Administration Act 1962*, as disposições do Código Civil português de 1867¹⁶² respeitantes, designadamente, ao Direito da Propriedade, ao Direito da Família¹⁶³, ao Direito das Sucessões¹⁶⁴ e à responsabilidade civil, assim como diversa legislação avulsa portuguesa sobre as mesmas matérias, incluindo a Lei

¹⁵⁹ Ver especialmente os §§ 14º, alíneas b), nº II, e f), e 80º.

¹⁶⁰ Que dispôs: «As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelíssima, actual Rei de Portugal, e Alvarés, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como regente do Brasil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Império, emquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas».

¹⁶¹ Neste sentido, Guilherme Braga da Cruz, «Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro», in *Obras esparsas*, vol. II, *Estudos de História do Direito e Direito moderno*, Coimbra, 1981, pp. 25 ss. (pp. 66 s.). Ver ainda, sobre o assunto, António Santos Justo, «A base romanista do Direito Luso-Brasileiro das Coisas (Algumas figuras jurídicas)», ROA, 2009, pp. 73 ss.

¹⁶² De que existem traduções em língua inglesa, organizadas por Manohar Sinai Usgãoocar, *Family Laws of Goa, Daman and Diu*, 2 vols., Goa, 1979/1988; Dário Moura Vicente e outros (orgs.), *O Direito da Família e das Sucessões no Código Civil português de 1867: uma perspectiva do século XXI – Family and Succession Law in the Portuguese Civil Code of 1867: a XXIst Century Approach*, Lisboa, 2008; e Ave Cleto Afonso, *The "Portuguese" Law of Goa (Succession and Inventory)/O Direito "Português" de Goa (Sucessão e Inventário)*, Goa, 2009.

¹⁶³ Como, por exemplo, as que estabelecem o regime supletivo de bens do casamento, que é naqueles territórios, como dispunha o referido Código, o da comunhão geral.

¹⁶⁴ O Direito das Sucessões foi, porém, objecto de um projecto legislativo intitulado *The Goa*

do Divórcio de 1910. Tais disposições aplicam-se não apenas aos cristãos nascidos durante o período da administração portuguesa e aos seus descendentes, mas também aos hindus, muçulmanos e outros habitantes não cristãos em todas as matérias não reguladas pelos respetivos códigos de usos e costumes. Desempenham, por isso, um importante papel na integração das diferentes comunidades religiosas que habitam esses territórios, incorporados na União Indiana em 1961¹⁶⁵.

Também nos países africanos de expressão oficial portuguesa foi preservado, por força de disposições constitucionais transitórias, o Direito português anterior à independência¹⁶⁶.

Foram, é certo, entretanto adotadas novas leis, algumas das quais alteraram significativamente o Direito anterior¹⁶⁷. Mas em muitos casos essas leis inspiram-se, pelo menos em parte, no Direito português e acompanham a evolução recente deste. Assim sucedeu, por exemplo, em Angola, com a lei sobre as cláusulas contratuais gerais, de 2002, e a lei sobre as sociedades comerciais, de 2004¹⁶⁸, na Guiné-Bissau, com a lei da arbitragem voluntária, de 2000¹⁶⁹, em

Moçambique, com o Código Comercial de 2005¹⁷⁰, em Cabo Verde, o Código de Processo Civil de 2010¹⁷¹.

Em Macau, o Direito vigente filia-se também na tradição portuguesa, tendo a Lei Básica deste território mantido em vigor a legislação local após a transferência da respetiva administração para a República Popular da China, ocorrida em 1999¹⁷². Deu-se assim cumprimento ao que ficara acordado na *Declaração Conjunta Luso-Chinesa*, de 1987¹⁷³. Na referida legislação incluem-se o Código Penal, o Código de Processo Penal, o Código Civil, o Código de Processo Civil e o Código Comercial, adotados entre 1995 e 1999, através dos quais se procurou modernizar e adaptar à realidade local a legislação portuguesa¹⁷⁴.

Timor-Leste é um caso particular. A ocupação deste antigo território português pela Indonésia, entre 1975 e 1999, determinou a aplicabilidade, durante este período, das leis indonésias¹⁷⁵. O Direito português cessou então a sua vigência de facto. Mas o novo Direito deste país, em formação desde a independência, reflete também a cultura jurídica portuguesa – bem patente, por exemplo, na Constituição de 2002 e no Código Civil de 2011.

Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Bill, 2008, que procurou conservar a traça do Código de 1867.

¹⁶⁵ Cfr., sobre a situação do Direito português em Goa, Damão e Diu, Líbia Lobo Sardesai (org.), *Glimpses of Family Law of Goa, Daman and Diu*, Margão, s.d.; Dirk Otto, «Das Weiterleben des portugiesischen Rechts in Goa», in Erik Jayme (org.), 2. *Deutsch-Lusitanische Rechtstage. Seminar in Heidelberg 20.-21.11.1992*, Baden-Baden, 1994, pp. 124 ss.; Carmo D'Souza, *Legal System in Goa*, vol. II, *Laws and Legal Trends (1510-1969)*, Panjim, 1994/1995, pp. 253 ss.; *idem*, «Evolução do Direito português em Goa», *RFDUL*, 1999, pp. 275 ss.; *idem*, «Civil Law Studies: An Indian Perspective», in Anthony D'Souza/Carmo D'Souza (orgs.), *Civil Law Studies. An Indian Perspective*, Newcastle Upon Tyne, 2009, pp. 2 ss.; Manohar Sinai Usgaocar, «Bird's Eye View of the Portuguese Civil Code of 1867 and of the Portuguese Civil [Procedure] Code of 1939», *ROA*, 1998, pp. 19 ff.; *idem*, «Civil Code as a Source of Civil Rights», *Goa Law Times*, 2001, vol. 1, pp. 1 ss.; F. E. Noronha, *Understanding the Common Civil Code. An Introduction to Civil Law*, Nagpur, 2008, pp. 95 ss. e 111 ss.

¹⁶⁶ Cfr., relativamente à Guiné-Bissau, o art. 1º da Lei nº 1/73, de 27 de Setembro de 1973; quando a São Tomé e Príncipe, o art. 158º da Constituição de 1990; no tocante a Angola, o art. 165º da Lei Constitucional de 1992; quanto a Cabo Verde, o art. 288º da Constituição de 1992; e a respeito de Moçambique, o art. 305º da Constituição de 2004.

¹⁶⁷ Veja-se o levantamento feito por Helena Leitão, «O Código Civil português de 1966 nos PALOP e as tendências de reforma», *Themis*, 2008, pp. 129 ss.

¹⁶⁸ Cujo texto pode ser confrontado em Carlos Feijó, *O novo Direito da Economia de Angola. Trabalhos preparatórios. Legislação básica*, Coimbra, 2005.

¹⁶⁹ Reproduzida in Emílio Kalfit Kosta/Ricardo Borges, *Legislação Económica da Guiné-Bissau*, Coimbra, 2005; e in Faculdade de Direito de Bissau/Centro de Estudos e Apoio às Reformas Legislativas (orgs.), *Guiné-Bissau. Código Civil (com anotações) e legislação complementar*, 2ª ed., Lisboa, 2007.

¹⁷⁰ Ver Eduardo Saturnino, *Colectânea de Legislação Comercial*, Maputo, 2008.

¹⁷¹ Disponível in <http://www.legis-palop.org>.

¹⁷² Vide o art. 8 desse diploma legal, segundo o qual: «As leis, os decretos-leis, os regulamentos administrativos e demais actos normativos previamente vigentes em Macau mantêm-se, salvo no que contrariar esta Lei ou no que for sujeito a emendas em conformidade com os procedimentos legais, pelo órgão legislativo ou por outros órgãos competentes da Região Administrativa Especial de Macau».

¹⁷³ Cfr. o anexo I a essa Declaração, nos termos do qual: «após o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau não serão nela aplicados o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados os actuais sistemas social e económico, bem como a respectiva maneira de viver, durante cinquenta anos».

¹⁷⁴ Cfr. Teresa Vieira da Silva/Carlos Dias (coords.), *Direito e Justiça em Macau*, Macau, 1999; Luís Miguel Urbano, «Breve nota justificativa», in *Código Civil. Versão portuguesa*, Macau, 1999, pp. VII ss.; Alexandre Dias Pereira, *Business Law: A Code Study. The Commercial Code of Macau*, Coimbra, 2004; Rute Saraiva, «Ventos de Este, Ventos de Oeste. A "questão de Macau" nas relações internacionais», in *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*, vol. II, Lisboa, 2006, pp. 707 ss.; e José de Oliveira Ascensão, *A legislação de Macau no termo da administração portuguesa*, disponível em <http://www.fd.ul.pt/ICJ/>.

¹⁷⁵ Ver Paulo Otero, «A lei aplicável às relações jurídico-privadas envolvendo timorenses e constituídas em Timor-Leste entre 1975 e 1999», in Jorge Miranda (org.), *Timor e o Direito*, Lisboa, 2000, pp. 37 ss.; António Marques dos Santos, «O sistema jurídico de Timor-Leste – Evolução e perspectivas», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, 2004, pp. 595 ss.; e Florbela Pires, «Fontes do direito e procedimento legislativo na República Democrática de Timor Leste – alguns problemas», in *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. II, Coimbra, 2005, pp. 101 ss.

II – Em razão dos referidos fenómenos de receção, os sistemas jurídicos dos Estados membros da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP)¹⁷⁶, bem como os de Goa, Damão, Diu e Macau, apresentam hoje importantes traços de união, que permitem configurá-los, sob este prisma, como um grupo dotado de certa autonomia e coesão.

Esta circunstância decorre, desde logo, do facto de nesses sistemas jurídicos vigorarem *fontes legais comuns*.

No Direito Privado, não será demais sublinhar a este respeito o facto de o Código Civil português de 1966 ser aplicável nos países africanos de língua oficial portuguesa, exceto em matéria de Direito da Família: a *Constituição Civil* destes países (como já se lhe chamou) é, pois, ainda hoje fundamentalmente a mesma.

Além disso, o Código português serviu de base ao Código Civil de Macau e ao projeto de codificação civil timorense.

No Brasil, o Código Civil de 2002 recebeu também do Código português importantes elementos de inspiração¹⁷⁷: foi o que sucedeu com a tutela dos direitos de personalidade¹⁷⁸, o negócio jurídico¹⁷⁹ e a representação¹⁸⁰, figuras que o Código de 1916 não disciplinava autonomamente. Outro tanto pode dizer-se da boa fé, acolhida no Código como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos e como regra de conduta dos contraentes¹⁸¹, da proscição do abuso de direito¹⁸² e da inserção do enriquecimento sem causa entre as fontes das obrigações¹⁸³.

Importa notar a este respeito que também o Direito português se tem mostrado permeável à influência brasileira. Esta pode ser detetada, por exemplo, no Anteprojecto de Código do Consumidor¹⁸⁴, que é tributário de várias soluções consignadas no Código brasileiro de Defesa do Consumidor (a vários títulos

¹⁷⁶ Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste.

¹⁷⁷ Cfr. A. Santos Justo, «O Direito luso-brasileiro: codificação civil», *BFDUC*, 2003, pp. 1 ss.; Francisco Amaral, «A parte geral do novo Código Civil brasileiro. Influência do Código Civil português», in Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (org.), *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. II, *A parte geral do Código e a teoria geral do Direito Civil*, Coimbra, 2006, pp. 43 ss.; e Judith Martins-Costa, «A contribuição do Código Civil Português ao Código Civil Brasileiro e o abuso de direito. Um caso exemplar de transversalidade cultural», *Themis*, 2008, pp. 107 ss.

¹⁷⁸ Arts. 11 e seguintes.

¹⁷⁹ Arts. 104 e seguintes.

¹⁸⁰ Arts. 115 e seguintes.

¹⁸¹ Arts. 113 e 422, respectivamente.

¹⁸² Art. 187.

¹⁸³ Art. 884.

¹⁸⁴ Cfr. Comissão do Código do Consumidor, *Código do Consumidor - Anteprojecto*, Lisboa, 2006.

pioneiro), desde a própria opção pela codificação até à consagração, no plano organizacional, de um «sistema nacional de defesa do consumidor»¹⁸⁵.

No Direito Público, destaca-se a afinidade entre a Constituição portuguesa e as de vários países africanos de língua portuguesa e de Timor-Leste, patente, designadamente, na consagração: a) *Do princípio republicano*, com a eleição direta do Chefe de Estado; b) *Do princípio do Estado unitário*, com a rejeição do federalismo; e c) *Do princípio do Estado social*, com a atribuição de um relevante papel ao Estado na organização social e económica¹⁸⁶.

Igualmente significativo é o acolhimento dado em alguns países lusófonos ao sistema de Governo semipresidencialista, posto que o mesmo assumia neles diferentes cambiantes¹⁸⁷.

Não menos relevantes são as semelhanças entre os regimes constitucionais desses países em matéria de atos legislativos, particularmente em virtude do papel central conferido ao Governo a este respeito¹⁸⁸.

As manifestações da cultura jurídica portuguesa no Brasil, nos países africanos de língua oficial portuguesa e em Timor-Leste, de que demos conta acima, revelam, a nosso ver, a adesão dos respetivos sistemas jurídicos não apenas à técnica jurídica, mas também a muitos dos valores que inspiram o Direito português: princípios como a *igualdade*, a *autonomia privada* e a *boa fé*, que são o esteio do sistema jurídico português, encontraram acolhimento na Constituição e na lei ordinária dos referidos países.

Igualmente significativo é o facto de os juristas formados nesses sistemas partilharem, em larga medida, os mesmos quadros mentais. Em virtude da comunhão de fontes, de conceitos e de referências axiológicas existente entre estes sistemas jurídicos, e também graças à cooperação nos domínios da produção legislativa, do ensino universitário do Direito e da formação dos magistrados, é hoje manifesta a facilidade de comunicação entre os juristas oriundos dos países

¹⁸⁵ Vejam-se, sobre o projecto, José de Oliveira Ascensão, «O Anteprojecto do Código do Consumidor e a publicidade», in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. III, Coimbra, 2006, pp. 7 ss.; e António Pinto Monteiro, «Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor», in *ibidem*, pp. 37 ss.

¹⁸⁶ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *As Constituições do Estado de Língua Portuguesa*, 2ª ed., Coimbra, 2006, p. 19; *idem*, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, 2011, pp. 342 ss.

¹⁸⁷ Ver Carlos Blanco de Moraes, «Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona», in Antunes Varela/Diogo Freitas do Amaral/Jorge Miranda/J.J. Gomes Canotilho (orgs.), *Ab uno ad omnes. 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra, 1998, pp. 55 ss. (pp. 61 s.); Carlos Feijó, «O Semi-Presidencialismo em África e, em especial, nos PALOP», *RFDUAM*, nº 2 (2002), pp. 27 ss.; e Jorge Bacelar Gouveia, «Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma», *Themis*, 2006, pp. 119 ss. (pp. 139 s.).

¹⁸⁸ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Elementos de Direito Público Lusófono*, Coimbra, 2011, pp. 95 ss.

e territórios mencionados. Dessa facilidade de comunicação dá testemunho a citação frequente de autores portugueses e brasileiros pela doutrina dos países em referência. Pode, nesta medida, falar-se de uma *cultura jurídica comum* a eles.

III – Não obstante o exposto, fazem-se também sentir hoje, tanto em Portugal como nos demais países e territórios lusófonos, poderosas *forças centrifugas*, que operam no sentido de uma diferenciação dos respetivos sistemas jurídicos.

Entre elas avultam: *a)* Em Portugal, a integração na União Europeia (pese embora o interesse que os atos de Direito Comunitário têm suscitado nos demais países de língua oficial portuguesa e a repercussão que têm tido nos Direitos locais); *b)* No Brasil, a integração no Mercosul e a proximidade geográfica, económica e jurídica relativamente aos Estados Unidos (particularmente sentida no Direito Público); *c)* Nos países africanos de língua oficial portuguesa, a integração na Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO), de que são membros Cabo Verde e a Guiné-Bissau, na Organização Para a União do Direito dos Negócios em África (OHADA), cujos atos uniformes são hoje diretamente aplicáveis em dezasseis países deste continente, incluindo a Guiné-Bissau¹⁸⁹, na União Económica e Monetária Oeste-Africana (UEMOA), de que é também parte a Guiné-Bissau, e na Comunidade de Desenvolvimento do África Austral (SADC), a que pertencem Angola e Moçambique; *d)* Em Goa, a integração na República da Índia, posto que como Estado dotado de autonomia legislativa; *e)* Em Macau, a integração como Região Administrativa Especial na República Popular da China; e *f)* Em Timor-Leste, a projetada adesão deste país à Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), na qual já possui o estatuto de observador.

Por outro lado, nos países africanos de língua oficial portuguesa e em Timor-Leste o Direito consuetudinário assume – por força até de disposições constitucionais¹⁹⁰ – uma importância sem paralelo em Portugal e no Brasil, sendo muitas vezes observado (sobretudo nos meios rurais) em detrimento do Direito oficial¹⁹¹. A efetividade do Direito de fonte legal é, por isso, muito menor nesses sistemas jurídicos.

¹⁸⁹ Ver M. Januário da Costa Gomes/Rui Araidé, *OHADA. Tratado, regulamento e actos uniformes*, Coimbra, 2008. Acerca do Direito da OHADA, cfr. *infra*, § 49º, e) e a bibliografia aí citada.

¹⁹⁰ Haja vista aos arts. 4º da Constituição moçambicana, 2º, nº 4, da Constituição de Timor-Leste e 7º da Constituição de Angola.

¹⁹¹ Sobre o tema, veja-se o nosso estudo «Unidade e diversidade nos actuais sistemas jurídicos africanos», in António Menezes Cordeiro/ Luis Menezes Leitão/januário Costa Gomes (orgs.), *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem à Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra, 2007, pp. 317 ss. No sentido do texto, cfr. também Luis de Lima Pinheiro, in Erik Jayme (org.), *2. Deutsch-Lusitanische Rechtstage. Seminar in Heidelberg 20.-21.II.1992*, Baden-Baden, 1994, p. 122.

Não menos relevante é o surgimento nestes países de codificações autóctones, que procuram atender a necessidades particulares da vida jurídica local e que em parte integram o Direito consuetudinário vigente neles, como o *Código da Família* de Angola e a *Lei da Família* de Moçambique.

Em alguns casos, os sistemas jurídicos em apreço assumem hoje, em razão destes fatores, um *caráter híbrido ou misto*.

É o que sucede com o Direito de Goa, Damão e Diu. As disposições do Código Civil português de 1867, que, como dissemos, ainda aí vigoram, coexistem nesses territórios do antigo Estado Português da Índia com outras, de inspiração anglo-saxónica, cuja aplicabilidade resulta da extensão aos mesmos do Direito vigente na República da Índia¹⁹². Lentamente, porém, a técnica legislativa anglo-saxónica tem-se alargado à regulação das matérias em que persiste, quanto às soluções de fundo, a tradição portuguesa¹⁹³.

A convergência entre os sistemas jurídicos em exame deu-se também, posto que de forma mais mitigada, no Brasil, onde se manifestou sobretudo no Direito Constitucional. A Constituição brasileira de 1891 consagrou o modelo constitucional norte-americano, reconhecível, designadamente, no modelo federal do Estado, então adotado, no acolhimento do sistema de governo presidencialista e no papel atribuído ao poder judiciário, que passou a ter no seu vértice um Supremo Tribunal Federal dotado de poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis¹⁹⁴. Este esquema constitucional passou, bem que atenuado, para as constituições brasileiras posteriores¹⁹⁵. Mas a influência norte-americana não se cingiu à conformação dos poderes constituídos: à época da referida Constituição, o *Common Law* e a *Equity* valiam como Direito subsidiário nos casos submetidos aos tribunais federais brasileiros¹⁹⁶.

¹⁹² Está neste caso, por exemplo, o *Indian Contract Act 1872*. Ver, para um confronto deste com o regime do Código Civil português, Luis Menezes Leitão, «The Formation of Contracts: A Comparison between the Indian Contract Act of 1872 and the Portuguese Civil Code of 1966», in Anthony d'Souza/Carmo d'Souza (orgs.), *Civil Law Studies: An Indian Perspective*, Newcastle upon Tyne, 2009, pp. 171 ss.

¹⁹³ Veja-se, por exemplo, o *The Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Bill, 2008*, que em larga medida conserva, na regulação das matérias que tem por objecto, o regime do Código de 1867.

¹⁹⁴ Cfr. Ana Lúcia de Lyra Tavares, «Identidade do sistema jurídico brasileiro, recepções de direito e função do direito comparado», *RBDC*, 2009, pp. 59 ss. (p. 70).

¹⁹⁵ Neste sentido, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, *Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais*, 8ª ed., Coimbra, 2009, p. 206.

¹⁹⁶ Cfr. o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a justiça federal brasileira, o qual estabeleceu no art. 386: «Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na

Mais recentemente, a influência dos sistemas de *Common Law* tem-se feito sentir também em Macau. A título de exemplo, refira-se a este respeito a consagração, nos arts. 928 e seguintes do Código Comercial desta Região Administrativa Especial da República Popular da China, da figura do *floating charge* (aí denominada «garantia flutuante»), característica daqueles sistemas.

A tudo isto acresce a circunstância de estes países se encontrarem em estádios muito diferentes de desenvolvimento económico, o que tem consequências inevitáveis nos respetivos sistemas jurídicos, *v.g.* no tocante ao regime da atividade comercial e da proteção do consumidor; e bem assim de certas conceções políticas europeias – como as que se prendem com o papel reservado ao Chefe de Estado – se mostrarem por vezes inadequadas à cultura e às tradições de outros continentes¹⁹⁷.

Não falta, por outro lado, quem, tendo em conta os diferentes graus de realização das liberdades fundamentais e dos direitos sociais nos países lusófonos, saliente o *caráter nominal* das Constituições de alguns deles, o qual contrastaria com a índole normativa de outras¹⁹⁸.

IV – Não obstante o que acabamos de dizer, deve reconhecer-se que nos sistemas jurídicos dos países e territórios de língua portuguesa vigora hoje um Direito comum; e que esses sistemas jurídicos constituem um subgrupo no seio da família jurídica romano-germânica¹⁹⁹.

República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processó federal».

¹⁹⁷ Ao que não será estranha, por exemplo, a reforma constitucional angolana de 2010. Ver, sobre esta, Jorge Miranda, «A Constituição de Angola de 2010», *O Direito*, 2010, pp. 9 ss.

¹⁹⁸ Cfr., sobre o ponto, o estudo de Luís Carlos Martins Alves Jr., «O sistema constitucional dos países lusófonos (um breve passeio no modelo jurídico-político de Angola, do Brasil, de Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste)», na *RBDC*, n.º 39 (2.º semestre de 2010), pp. 179 ss.

¹⁹⁹ Ver, na mesma linha fundamental de orientação, Manuel Malheiros/Marliese Reinert-Schoerer, «Die Entkolonialisierung und die Verbreitung der portugiesischen Rechtskultur», in Erik Jayme (org.), 2. *Deutsch-Lusitanische Rechtstage*, Baden-Baden, 1994, pp. 99 ss., que caracterizam os Direitos dos países lusófonos como um «subsistema» da família romano-germânica (p. 108); António Marques dos Santos, «As relações entre Portugal, a Europa e o Mundo Lusófono e as suas repercussões no plano jurídico», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, 2004, pp. 579 ss. (p. 585), para quem se trataria de «uma família jurídica mais chegada dentro da grande família romano-germânica de direitos»; e António Menezes Cordeiro, «O sistema lusófono de Direito», *ROA*, 2010, pp. 17 ss., que define, a p. 119, o que designa por sistema lusófono como «um subsistema com elementos híbridos e uma elaboração coerente própria, dentro de uma família alargada de Direito romano-germânico» (no mesmo sentido, *Tratado*, cit., p. 272).

A formação deste subgrupo resulta da existência nesses países e territórios de uma comunhão de institutos, valores e soluções para determinados problemas jurídicos²⁰⁰, a qual reflete os intensos laços históricos, culturais, sociais e afetivos existentes entre os mesmos, sem que todavia os respetivos sistemas jurídicos deixem de comungar também da ideia de Direito que caracteriza aquela família jurídica²⁰¹.

A tendência atual é claramente para o reforço desses laços e, concomitantemente, dos traços comuns aos sistemas em presença. Entre os fatores que mais significativamente têm contribuído para tal destacam-se a paulatina formação, por via do ensino e da investigação científica, de uma doutrina específica sobre os problemas nucleares dos Direitos dos países e territórios de língua portuguesa e a cooperação entre estes países e territórios no domínio da formação dos juristas. Às Universidades cabe, assim, um papel fundamental na consolidação do *Direito comum de língua portuguesa*.

§ 3º Indicação de sequência

Na exposição subsequente, vamos examinar os sistemas jurídicos romano-germânicos, de *Common Law*, muçulmanos, hindu e chinês.

Entre os primeiros, tomaremos como objeto precípuo de análise o Direito francês, o alemão e o português. Nos segundos, examinaremos os Direitos ingleses e norte-americano.

A opção a este respeito efetuada tem na sua base duas ordens de considerações. Por um lado, a preocupação em centrar a análise comparativa nos sistemas mais representativos das famílias e tradições jurídicas atrás referidas. Por outro, a necessidade de incluir nessa análise o Direito português, que, numa exposição primordialmente dirigida aos estudantes e juristas dos países de língua portuguesa, não pode deixar de servir de termo de referência na comparação a efetuar.

²⁰⁰ Comunhão essa igualmente salientada por José de Oliveira Ascensão: cfr. «No encerramento das I Jornadas de Direito Civil Luso-Moçambicanas», *RFDUL*, 1994, pp. 221 s. (p. 222).

²⁰¹ No sentido, porém, da autonomização de uma *família jurídica lusitana*, ver Erik Jayme, «Betrachtungen zur Reform des portugiesischen Ehegüterrechts», in *Festschrift für Inne Zajay*, Tübinga, 1982, pp. 262 ss.; *idem*, «Das Familienrecht von São Tomé und Príncipe. Zu den Konstanten der Lusitanischen Rechtsfamilie», in Sibylle Hofer/Diethelm Klippel/Ute Walter (orgs.), *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, 2005, pp. 1411 ss. Este autor sublinha a originalidade de certas soluções do Direito português (v.g. em matéria de regimes de bens do casamento, em que se sucederam, como regimes supletivos, a comunhão geral – que valeu como tal até 1967 – e a comunhão de adquiridos – em vigor desde então, posto que com certas limitações) e a influência que essas soluções tiveram no Direito de outros países, mormente o brasileiro (que teve evolução análoga à do português) e os dos países africanos de língua oficial portuguesa. Ver também, sobre o ponto, Carl Friedrich Nordmeier, *Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht*, Tübinga, 2008, pp. 16 ss.

Procuraremos ainda caracterizar nesta parte da obra os Direitos africanos e determinar se correspondem a uma família ou tradição jurídica *a se stante* ou se, ao invés, se integram nalguma das já examinadas.

Importa referir que, devido às diferenças linguísticas e à dificuldade de acesso às fontes, o desenvolvimento adiante conferido aos sistemas jurídicos muçulmano, hindu e chinês, bem como aos Direitos africanos, não poderá ser o mesmo que reservamos aos Direitos romano-germânicos e de *Common Law*. As vantagens que, do ponto de vista pedagógico, se colhem do confronto desses sistemas com estes últimos justificam, todavia, que os mesmos não sejam excluídos da comparação a empreender. Julgamos, com efeito, que é o cotejo desses sistemas, mais distantes do nosso, com a ordem jurídica nacional, que melhor permite captar os elementos mais profundos e estáveis desta última – e esta é, a nosso ver, uma das missões essenciais do ensino do Direito Comparado. No mesmo sentido depõe a circunstância de, noutro contexto histórico, vários desses sistemas jurídicos (*maxime* o Direito muçulmano, o Direito hindu e os Direitos tradicionais africanos) terem vigorado em territórios portugueses ou sob administração portuguesa, motivo por que não são de modo algum estranhos à experiência jurídica nacional – como o revela, além do mais, a produção científica existente entre nós acerca desses sistemas jurídicos.

Bibliografia específica

- ALEXANDRINO, José de Melo – *Elementos de Direito Público Lusófono*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- ALVES JR., Luís Carlos Martins – «O sistema constitucional dos países lusófonos (um breve passeio no modelo jurídico-político de Angola, do Brasil, de Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste)», *RBDC*, nº 39 (2ª semestre de 2010), pp. 179 ss.
- ANCEL, Marc – «Le comparatiste devant les systèmes (ou "familles" de droit», in Herbert Bernstein, Ulrich Drobnig e Hein Kötz (orgs.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübinga, J. C. B. Mohr, 1981, pp. 355 ss.
- BERMAN, Harold J. – «Comparative Law and Religion», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 739 ss.
- CHENG, Tong Io, e Wu YANNI – «Legal Transplant and the On-Going Formation of Macau Legal Culture», in Salvatore Mancuso/Tong Io Cheng (coordenadores), *XVIIIth International Congress on Comparative Law. Macau Regional Reports*, Macau, Imprensa Wah Ha, 2010, pp. 14 ss.
- CONSTANTINESCO, Léontin-Jean – «Ideologie als determinierendes Element zur Bildung der Rechtskreise», *ZfRV*, 1978, pp. 161 ss.

- CORDEIRO, António Menezes – «O sistema lusófono de Direito», *ROA*, 2010, pp. 17 ss.
- GALGANO, Francesco – *Atlante di Diritto Privato Comparato*, 3ª ed., Bolonha, Zanichelli Editore, 1999 (com a colaboração de Francesco Ferrari, Gianmaria Ajani e outros).
- GLENN, H. Patrick – «Legal Cultures and Legal Traditions», in Mark Van Hoecke (org.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing, 2004, pp. 7 ss.
- «Do in the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions», *McGill L.J.*, 2005, pp. 864 ss.
- «Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 421 ss.
- «The National Legal Tradition», *EJCL*, vol. 11.3 (2007).
- HUSA, Jakko – «Classification of Legal Families Today. Is it Time for a Memorial Hymn?», *RDC*, 2004, pp. 11 ss.
- «Legal families», in Jan M. Smits (org.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Reino Unido/Northampton, Estados Unidos, Edward Elgar, 2006, pp. 382 ss.
- HUXLEY, Andrew (org.) – *Religion, Law and Tradition. Comparative studies in religious law*, Londres, RoutledgeCurzon, 2002.
- KÖTZ, Hein – «Abschied von der Rechtskreislehre?», *ZEuP*, 1998, pp. 493 ss.
- MALHEIROS, Manuel, e Marliese REINERT-SCHOERER – «Die Entkolonialisierung und die Verbreitung der portugiesischen Rechtskultur», in Erik Jayme (org.), *2. Deutscher-Lusitanische Rechtstage. Seminar in Heidelberg 20.-21.11.1992*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, pp. 99 ss.
- MATTEI, Ugo – «Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems», *AJCL*, 1997, pp. 5 ss.
- MENDES, Armindo Ribeiro – «A existência de famílias de ordenamentos jurídicos e as críticas recentes às classificações tradicionais», in AAVV, *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. I, Lisboa, Coimbra Editora, 2006, pp. 317 ss.
- MONTEIRO, Jorge Sinde – «Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil português de 1966», *BFDUC*, 2002, pp. 1 ss.
- MORAIS, Carlos Blanco de – «Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona», in Antunes Varela/Diogo Freitas do Amaral/Jorge Miranda/J.J. Gomes Canotilho (orgs.), *Ab uno ad omnes. 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 55 ss.
- NELKEN, David – «Defining and Using the Concept of Legal Culture», in Esin Öricü/David Nelken (orgs.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 109 ss.

- OTTO, Dirk - «Das Weiterleben des portugiesischen Rechts in Goa», in Erik Jayme (org.), *2. Deutsch-Lusitanische Rechtstage. Seminar in Heidelberg 20.-21.11.1992*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, pp. 124 ss.
- SANTOS, António Marques dos - «As relações entre Portugal, a Europa e o Mundo Lusófono e as suas repercussões no plano jurídico», *Lusitana. Direito*, 2003, pp. 73 ss. (reproduzido em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, 2004, pp. 579 ss.).
- TALLON, Denis - «Existe-t-il encore un système de droit socialiste?», in Ingeborg Schwenzer/Günter Hager (orgs.), *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 2003, pp. 413 ss.
- TAVARES, Ana Lucia de Lyra - «A tradição jurídica brasileira», *RBDC*, n.º 33 (2.º semestre de 2007), pp. 139 ss.
- «Conexões entre o sistema constitucional português e o sistema constitucional brasileiro», *RBDC*, n.º 34 (1.º semestre de 2008), pp. 81 ss.
- «O Direito Comparado na história do sistema jurídico brasileiro», *RBDC*, n.º 36 (1.º semestre de 2009), pp. 161 ss.
- THOMASHAUSEN, André - «Der Einfluss des Grundgesetzes auf ausländisches Verfassungsrecht: Portugal», in Klaus Stern (org.), *40 Jahre Grundgesetz*, Munique, 1990, pp. 243 ss.
- TWINING, William - «Globalisation and comparative law», in William Twining (org.), *Globalisation and Legal Theory*, Evanston, Illinois, Northwestern University Press, 2000, pp. 174 ss.
- VICENTE, Dário Moura - «O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas», in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Martin de Albuquerque*, Coimbra, 2010, pp. 401 ss. (reproduzido na *RBDC*, n.º 36, 1.º semestre de 2010, pp. 85 ss.).
- «Das gemeinsame Recht der Portugiesischsprachigen Länder» (em curso de publicação).
- WALD, Arnoldo - «Doit-on repenser les “familles juridiques”?», in AAVV, *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jourvan*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, pp. 187 ss.
- WATSON, Alan - «Legal Culture » Legal Tradition», in Mark Van Hoecke (org.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing, 2004, pp. 1 ss.
- ZWEIGERT, Konrad - «Zur Lehre von der Rechtskreisen», in Kurt H. Nadelmann/Arthur T. von Mehren/John N. Hazard (orgs.), *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leida, 1961, pp. 42 ss.

Bases de dados específicas

- <http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/eng-monde.htm> (World Legal Systems)
- <http://www.cjlp.org> (Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa)
- <http://www.cjlp.org> (Comunidade dos Países de Língua Oficial Portuguesa)
- <http://www.dhnet.org.br/direitos/cplp/> (Legislação dos Povos de Língua Portuguesa)
- <http://www.dre.pt/lojp> (Imprensa Oficial de Língua Portuguesa)
- <http://www.fd.ul.pt/CooperacaoRelInternacionais/InstitutoDeCooperacaoJuridica/BibliotecaDigitalIusCommune.aspx> (Biblioteca Digital *Ius Commune*).
- <http://www.legis-palop.org> (Base de Dados Oficial dos PALOP)