

I) Sistemas Jurídicos da *Common Law* e Romano-Germânico²

1. *Common Law*

A Inglaterra foi uma província romana, desde a sua conquista efectiva pelo imperador Cláudio até ao ano de 410, data em que deixou de o ser e passou a ser constituída por pequenos reinos independentes, habitados por um povo predominantemente celta: os Bretões.

No Séc. V os Bretões chamaram em sua ajuda para se defenderem de tribos do Norte, principalmente anglos e saxões, os quais rapidamente passaram de auxiliares a conquistadores, massacrando os seus aliados Bretões, com excepção dos que conseguiram fugir para o País de Gales ou para a Bretanha, no Norte da actual França.

Começou então o período anglo-saxónico e o país converteu-se ao cristianismo.

A parte mais importante do direito era então o costume local, aplicado pela assembleia dos homens livres, a *County Court*, que funcionava como tribunal.

Em 1066 a Inglaterra foi conquistada³ pelo Duque da Normandia, Guilherme o Conquistador, cujo exército se compunha por normandos e aliados; estes novos senhores, acostumados ao seu direito normando e francês do Norte, sobretudo no que respeita à propriedade imobiliária, introduziram pela primeira vez um poder eficazmente centralizador, assente no rei, apoiado na *curia regis*, em que se destacavam os *royal courts*, que constituem a base da *Common Law*.

² Para maiores desenvolvimentos, vide João de Castro Mendes, *Direito Comparado*, publicação da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1982, René David, *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, 2.^a Ed., Editora Meridiano, Lda., Lisboa, 1978 e Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, 2.^a Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980.

³ Batalha de Hastings.

Quando um litígio era presente aos tribunais reais estes não podiam aplicar um costume local, razão pela qual surge o costume geral.

Na Inglaterra os tribunais reais decidem com base em casos concretos, pelo que o casuísmo e o jurisprudencialismo são características predominantes da *Common Law*:

- não existem códigos e para a resolução de problemas jurídicos citam-se casos jurisprudenciais, referidos pelos nomes das duas partes contrárias, ligados pela palavra *versus*;
- as soluções tomadas pelos tribunais reais pré-existem a qualquer quadro de regras escritas, ou mesmo de normas consuetudinárias: elas representam o que se afigura ao julgador como a solução natural do caso, sobre a qual pesam os princípios, valores, convicções e características étnicas e naturais dos juízes e da sociedade inglesa (a chamada *solução inglesa* ou *espírito inglês*);
- os juízes não têm um papel verdadeiramente criador ou ontológico, mas puramente cognitivo, que pressupõe um direito latente e pré-existente, do qual estes são os depositários; por vezes resolvem o caso descobrindo no costume geral inglês regras gerais que aplicam, ficando assim diminuída a vantagem que o sistema poderia ter de uma maior justiça no caso concreto.

A grande diferença entre o sistema inglês (*Common Law*) e o continental (*Civil Law*) é o pensamento jurídico: enquanto aquele é um **direito de casos**, este é um **direito de regras**; se o sistema inglês tem aversão a sistematizar e a estabelecer regras gerais, antes tomando a posição perante um caso concreto e procurando resolvê-lo com base noutra idêntico, assim se desenvolvendo o direito caso a caso, o sistema continental sobrevaloriza a sistemática e o estabelecimento de regras, num edifício construído dedutivamente e do qual são extraídas regras particulares para os casos concretos.

O direito inglês assenta, assim, numa **base não escrita**, no *costume geral de Inglaterra*, numa espécie de direito natural emanado da justiça, da humanidade, da adequação e da razoabilidade.

Desde cedo se estabeleceu a regra do **precedente**, no sentido de que o juiz deve seguir as decisões já tomadas,⁴ embora este precedente seja apenas

⁴ Quanto ao argumento de direito que foi essencial para a decisão do caso, a *ratio decidendi*, e não já quanto às meras questões de facto.

persuasivo e não vinculativo, porque o juiz pode afastá-lo se a decisão anterior lhe parecer manifestamente injusta ou absurda.

E embora também exista direito escrito (*Satute Law* ou *Acts of Parliament*), este é uma mera adenda ao corpo principal do direito inglês, o jurisprudencial, já que a regra não é incorporada no sistema de direito inglês enquanto não for interpretada e aplicada pelos tribunais.

2. *Civil Law*

O Direito Romano constitui a sua influência de base, cuja recepção inicialmente derivou da conquista romana, embora em cada país viesse a ser influenciada pelos costumes locais.

Esta recepção, que tem o seu apogeu com a aceitação do direito romano justinianeu, contido na compilação conhecida por *Corpus Iuris Civilis*, passa a ser o *direito comum* na maior parte da Europa.

Tal recepção justificou-se essencialmente pela necessidade de impedir o império da lei do mais forte e as decisões arbitrárias, de fomentar o progresso e as relações comerciais através da promoção da ordem e da segurança e ainda pelo prestígio da ordem jurídica romana,⁵ uma vez que as normas de índole local, muitas vezes irracionais e sem autoridade suficiente, cedo se revelaram ineficazes para garantir os indicados fins.

É assim que o direito romano é recebido em Itália, na Alemanha, em França, em Espanha, em Portugal e um pouco por quase toda a Europa.

Esta família de sistemas jurídicos, também designada de romano-germânica, baseia-se essencialmente no **direito escrito** e na generalização com recurso a princípios gerais e a normas abstractas, com vários planos de generalidade e abstracção.

Enquanto este tipo de direito deduz a solução a partir de uma norma geral e abstracta (**dedução**), o direito anglo-saxónico resolve os problemas no caso concreto e é depois, com base nessa decisão, que a doutrina e a jurisprudência, em termos de precedente, induzem as regras gerais contidas na decisão (**indução**).

⁵ Importante marco deste prestígio foi o Centro de Estudos de Direito, criado em Bolonha, a partir dos Sécs. XI/XII.