

# AS VANTAGENS DA COMPARAÇÃO JURÍDICA DE SISTEMAS.

João Casqueira Cardoso - *Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, UFP*  
Professor Assistente

## ABSTRACT

The paper focuses on the merits of legal comparison as a pedagogical tool for students of Humanities and Social Sciences. It studies the functions of legal comparison as well as the criteria used to build a typology of legal systems. The last part of the article looks at an example of “transplant” in an asian legal system, namely Japan.

## RESUMO

O artigo foca a questão dos méritos da comparação jurídica como instrumento pedagógico para os estudantes das Ciências Humanas e Sociais. São estudadas as funções da comparação jurídica, bem como os critérios a utilizar para a construção de uma tipologia de sistemas jurídicos. Na parte final, é considerado um exemplo de importação num sistema jurídico asiático, nomeadamente no Japão.

## INTRODUÇÃO

Este artigo debruça-se sobre o interesse da comparação jurídica de sistemas. A primeira parte analisa as várias funções possíveis da comparação jurídica, tal como são salientadas na doutrina jurídica. A segunda parte faz o levantamento de alguns dos critérios de categorização dos sistemas jurídicos para fins de comparação de sistemas. A terceira e última parte dá a conhecer e discute o caso do Direito japonês na sua relação com a questão da comparação jurídica. O Japão representa, com efeito, para muitos dos comparatistas, um paradigma histórico da importação ou transplante de normas jurídicas entre países.

### 1. AS FUNÇÕES DA COMPARAÇÃO

Identificamos na literatura jurídica (Fromont, 1998, pp. 2-4; Almeida, 1998, pp. 15-19) quatro questões e simultaneamente quatro méritos sobre as funções da comparação de sistemas jurídicos.

Primeira questão e primeiro mérito da comparação jurídica: o conhecimento dos sistemas jurídicos estrangeiros é útil para o conhecimento do seu próprio sistema jurídico.

Os sistemas jurídicos, institucionais e políticos não vivem totalmente isolados, nem tudo o que contém provém de fontes “puramente” nacionais. Existe um permanente intercâmbio de ideias e mecanismos, mesmo no caso dos sistemas que pretendem fechar-se às influências estrangeiras. Sendo assim, o estudo dos sistemas estrangeiros ajuda a esclarecer de alguma forma as metas, aplicações diversas ou funções escondidas de certos mecanismos comuns. Por exemplo, o instituto do “Provedor de Justiça” português por ser melhor percebido pela análise do seu antepassado escandinavo o “ombudsman” (ou, de forma mais correcta, “ombudsperson”), e ainda do seu equivalente francês — o “médiateur” (não se diz, lamentavelmente, “médiateur”).

Segunda questão e segundo mérito da comparação jurídica: a comparação de sistemas permite aperfeiçoar o direito nacional.

Esta ideia de aperfeiçoamento esteve precisamente na origem do desenvolvimento da ciência jurídica comparativista. A comparação de sistemas jurídicos sempre teve aliás como objectivo utilizar as soluções encontradas nos sistemas estrangeiros para melhorar o seu próprio sistema, através de reformas.

146 O uso de mecanismos ou institutos oriundos de sistemas estrangeiros para o fim de reformas do próprio sistema nacional foi bem analisado por um dos percursores da ciência jurídica comparada, Otto Kahn-Freund (1974). Um problema específico interessante apontado pela questão da utilização dos sistemas estrangeiros para reformas nacionais é o dos “transplantes”. Como salienta Alan Watson (1976), colocam-se três ordens de problemas ao “transplantar” um mecanismo de direito estrangeiro no direito nacional: primeiro, porquê “transplantar”? Segundo, como transplantar? Por fim, o que transplantar? Sobre este último problema, três respostas são possíveis: pode pretender-se transplantar um modelo de tipo “colonial” (é o chamado transplante “papel vegetal”) — transplantação que acarreta evidentes efeitos negativos; pode-se pretender adaptar um mecanismo estrangeiro, como por exemplo o mecanismo dos tribunais constitucionais europeus, inspirados fortemente do instituto do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América; por fim, pode pretender-se “re-criar” um mecanismo próprio a partir do mecanismo estrangeiro (por exemplo, o Provedor de Justiça, que não tem em Portugal as competências judiciais que tem na Suécia).

Terceira questão e terceiro mérito da comparação jurídica: a comparação pode ter por propósito contribuir para a elaboração de uma teoria geral do direito.

Uma das utopias cosmopolitas na moda na Europa desde o século XIX é a criação de um *direito* comum a todos paralelamente com a criação de uma *língua* comum. Para tal criação, seria necessário fundir diversos mecanismos do direito complementares. De maneira mais realista, o objectivo ou a função da comparação pode ser o de compreender melhor as relações que existem em qualquer país entre a cultura ou a sociedade, por um lado, e as instituições ou o direito, pelo outro. Como, por exemplo, explicar a alta taxa de crimes sexuais nos Estados Unidos, onde tais crimes são porventura punidos o mais severamente no mundo e, pelo outro lado, a taxa relativamente baixa de sanções de tais crimes são relativamente suaves em comparação com os Estados Unidos — como é o caso nos países escandinavos.

Quarta questão e quarto mérito da comparação jurídica: a comparação de sistemas tem como função última o incentivo das relações internacionais.

Esta função geral da comparação de sistemas divide-se em quatro sub-pontos:

Primeiro, a comparação é um pré-requisito para as relações entre pessoas de nacionalidades diferentes. É um dos aspectos do direito internacional privado dos conflitos de leis que deve permitir a aplicação do direito estrangeiro a casos jurídicos com carácter de “extraneidade”, isto é, em conexão potencial com várias ordens jurídicas. Progressivamente, o “velho” método dos conflitos de leis vem substituído pela criação, a nível regional — sobretudo na Europa comunitária — de um direito privado europeu já integrando a possibilidade de aplicar um critério uniforme de selecção do direito aplicável, como, por exemplo, no caso de um contrato, a lei nacional escolhida pelas partes ou, na falta de indicação explícita, a lei do lugar de celebração do contrato.

Segundo, a comparação possibilita a comparação entre Estados, evitando eventuais mal entendidos. Por exemplo, a compreensão das competências dos Estados Federais de um Estado estrangeiro com organização político-jurídica federal evitará negociar tratados internacionais com o agente errado.

Terceiro, a comparação de sistemas tem como efeito indirecto a luta contra o “chauvinismo” jurídico, incitando a uma maior abertura e espírito curioso necessário a qualquer aprendizagem.

Quarto, a comparação é mais tecnicamente útil ao juiz de direito nacional, quando é chamado a aplicar o direito estrangeiro.

Para tirar o melhor partido das funções e méritos da comparação jurídica, a ou o jurista, bem como mais geralmente a ou o estudante de Ciências Humanas e Sociais, deverá resolver um problema metodológico: qual o critério de categorização dos sistemas jurídicos para fins de comparação?

## 2. CRITÉRIOS DE CATEGORIZAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS

Cinco critérios de categorização dos sistemas jurídicos para fins de comparação podem ser destacados:

Primeiro critério de categorização, o carácter dominante da ordem social.

Certos sistemas jurídicos são dependentes da ordem social na qual se inserem, particularmente o factor religioso da sociedade. Em outros sistemas, como é o caso da maioria dos sistemas ocidentais, os mecanismos jurídicos fundamentais são construídos à volta de uma ideia da defesa da pessoa humana vista como sujeito autónomo — e porventura, vista como potencialmente ameaçada pela intervenção do Estado, como é o caso no Direito dos Estados Unidos da América. Este critério é um critério de categorização de tipo antropológico, no qual tenta-se determinar qual o elemento dominante no direito: o grupo, político, religioso, económico, o indivíduo, o Estado?

Segundo critério de categorização, o papel do Direito no sistema ou na família jurídica. O papel do Direito na sociedade é variável. Pode ser um papel mais simbólico do que efectivo, mais persuasivo ou pedagógico do que sancionar e punitivo. Trata-se de analisar de um ponto de vista sociológico a função dominante do direito na sociedade para identificar categorias salientes: por exemplo, direitos ocidentais, essencialmente baseados numa visão do Direito como sistema de normas vinculativas, susceptíveis de serem aplicadas pela força, será essencialmente diferente dos direitos africanos ou asiáticos tradicionais, essencialmente persuasivos. Outra tipologia funcional do direito incide sobre o papel do direito na transformação social: tem o direito um papel de transformação ou de conservação social?

Terceiro critério de categorização, as fontes os modos de formação do direito.

Consoante o sistema ou a “família” jurídica, a ou as fontes principais do direito serão: o costume, a lei (como produto do órgão legislativo ou do órgão executivo através de competência delegada pelo legislador), a jurisprudência, a constituição, o direito internacional. Cada uma destas fontes do direito, ou a combinação das mesmas, reflecte uma característica própria de um sistema ou grupo de sistemas jurídicos: por exemplo, o casuismo, no caso da importância da jurisprudência.

Quarto critério de categorização, a estrutura da regra do direito.

Os sistemas jurídicos e institucionais são o resultado de histórias próprias a cada país. São também, e este aspecto é às vezes negligenciado, o produto das “escolas” nacionais — como a famosa Escola italiana de Bolonha — dos lugares de formação inicial ou profissional dos profissionais do direito, e ou intervenientes na elaboração e aplicação das regras jurídicas. Nesta medida, a aventura humana está sempre ligada à aventura ou ao destino de um sistema. Nesta medida também é possível dizer que um país tem o direito que merece. Se o sistema for mal gerido, marcado por atrasos graves e flagrantes circunstâncias das decisões, isto reflectirá seguramente um problema humano e educacional global da população deste país: atraso generalizado, indisciplina, falta de constância a nível das personalidades ou equipas encarregadas da liderança, etc.

Quinto critério de categorização, a complexidade dos critérios. Este critério dos “critérios” de categorização é ilustrado por João de Castro Mendes (1982-1983). O autor aponta para a existência de três tipos de critérios, do mais simples ao mais complexo. Primeiro tipo

148 de critérios: os critérios simples homogêneos. Castro Mendes cita o exemplo do “regime” político dado pelo húngaro Gyula Eörsi (1983, p. 342). Outro critério citado é o critério da “raça”, utilizado pelo suíço Georges Sauser-Hall. Este termo é entendido no seu sentido lato, distinguindo os indo-europeus dos semíticos, pois sub-dividindo cada grande grupo racial em sub-grupo (por exemplo: grupo indo-europeu subdividia-se em grupo hindu, greco-romano, germânico, eslavo, etc.). Por fim, outro critério simples homogêneo citado por João de Castro Mendes é o critério dito “genético” usado por Martínez-Paz. Com este critério visa-se identificar as raízes de cada sistema: se foi marcado pelo direito romano de maneira semelhante, se foi penetrado pelas ideias democráticas, etc.

Segue um desenvolvimento menos teórico, com um exemplo de aplicação do direito comparado.

### 3. UM EXEMPLO DE IMPORTAÇÃO DE SISTEMA JURÍDICO

O termo importação é usado por Éric Agostini (1998). O seu equivalente será o termo, mais frequentemente usado na literatura jurídica anglo-saxónica, de “transplante”. O Japão constitui um exemplo interessante de importação de sistemas jurídicos ocidentais.

No Japão, a seguir a Era Meiji (1868), as regras de Direito importadas dos países europeus visa reforçar a arquitetura de um novo regime político e económico em via de modernização. A comparação serve aqui, claramente, de meio de reforma do Estado. O Direito preexistente à segunda metade do Século XIX, enunciado sob a forma de códigos de inspiração confucionista, tinha dificuldade para tornar-se realidade normativa — pelo menos no sentido entendido pelos estudiosos ocidentais. Na verdade, paralelamente aos códigos, prevalecia o costume ou ritos costumeiros (chamados *giri*), ao mesmo tendo ética e norma jurídica de natureza extra-judicial.

季康子問、使民教忠以勸、如之何、子曰、臨之以莊、則教、孝慈、則忠、舉善而教不能、則勸。

Chi K'ang Tzū<sup>1</sup> perguntou,  
“Como pode ser inculcado ao povo o respeito, a lealdade e o estímulo?”

Confúcio disse,  
“Goveme com dignidade e haverá respeito, com piedade filial e compaixão e haverá lealdade. Eleve os bons e ensine os incapazes e haverá estímulo.”

<sup>1</sup> Oficial do Estado de Lu (魯)

Texto jurídico chinês da autoria de Confúcio, o *Lun Yü*, Capítulo 2, Verso 20.

Fonte: <http://www.confucius.org/lunyu/langp.htm> [consultado em 20 de Maio de 2004]

A adopção pelo governo japonês de códigos inspirados do Ocidente não visava na realidade apenas uma modernização do seu direito, contudo. Era também um meio tático para convencer os países ocidentais da necessidade de levar o seu parceiro económico e político japonês a sério, como um dos seus pares, quebrando nisto a linha seguida pelos tratados internacionais desiguais impostos ao Japão em 1858. O Japão adopta assim um Código penal de influência francesa (a Código civil não veio a ser aplicado, devido ao seu carácter demasiado afastado dos hábitos matrimoniais japoneses). O Japão importou antes o código civil alemão — o famoso “Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) promulgado em 1896 (entrou em vigor em 1900). Foi usado para o Código Civil japonês entre 1891 e 1898.

A capitulação incondicional do Japão aquando da Segunda Guerra mundial transformou o processo de ocidentalização do Direito japonês de forma substancial. Uma Constituição semelhante ao modelo dos Estados Unidos da América foi imposta pela autoridade

americana de ocupação. Incluía um reforço implícito do papel da jurisprudência na vida jurídica do Japão, através da institucionalização do Controlo de constitucionalidade das leis. A introdução de conceitos de defesa dos direitos do acusado, por exemplo o *habeas corpus*, foram também originalidade em relação às situações passadas. Com efeito, para os direitos asiáticos, e seguindo a tradição confucionista, a melhor defesa do acusado não é reclamar um processo ou protestar perante as autoridades, mas sim quebrar-se e confessar as suas culpas — embora imaginárias.

Em suma, a ocupação americana no Japão, que contrasta com a vaga anterior de importações pelo carácter imposto (tratava-se claramente de um transplante de tipo “papel vegetal” ou neo-colonial), veio reforçar no Japão a tensão existente entre o Direito aplicável e as normas tradicionais. O Direito não tem no Japão o prestígio que tem na maioria dos países ocidentais porque é culturalmente desvalorizado como reflectindo o conflito, o antagonismo e a formalização das obrigações sociais que é profundamente contrária à cultura. Assim, no Japão prevalecem regras que têm o carácter de obrigações naturais, de cariz ético. Em matéria de estatuto pessoal, em particular, houve uma grande resistência ao formalismo do Direito moderno e importado. O casamento celebrado segundo mitos ancestrais continua assim a ser praticado e a ser admitido a produzir efeitos jurídicos. O registo obrigatório dos contratos de casamento antes do seu registo (afinal o aviso de casamento) para que sejam oponíveis a terceiros não é respeitado na prática. E em matéria de sucessão a regra da igualdade entre herdeiros é frequentemente violada de modo a optar pelos princípios do confucionismo tradicional de preferência pelo herdeiro macho.

Apesar, ou por causa, desta tensão, certos institutos jurídicos japoneses foram adaptados para suavizar a relação entre as ordens moderna e tradicional no Japão. Retomando a análise de Séroussi (2000, pp. 164-166), podemos citar três exemplos: em primeiro lugar, manteve-se e é considerada como válida, a prática compromissória precontenciosa (*jidān*), onde intervêm terceiros (quer actores privados, quer actores públicos, como por exemplo — estranhamente — agentes das forças policiais). Segundo, os juizes estão abertos aos procedimentos em equidade, i.e. soluções judiciais extra-legais convenientes para ambas as partes num processo. Finalmente, é utilizada a técnica jurídica original do *chotei*, que permite a delegação da resolução do processo judicial a uma comissão de conciliação — um juiz e dois conciliadores qualificados — comissão cuja solução é vinculativa para as partes.

## CONCLUSÃO

Os pontos desenvolvidos neste breve artigo salientaram o interesse pedagógico da comparação jurídica de sistemas. A comparação jurídica funciona como espelho do próprio sistema do analista: através da comparação, percebe melhor o seu próprio sistema. A comparação jurídica permite assim, *inter alia*, um aperfeiçoamento do direito nacional. Mas a comparação jurídica tem um alcance maior, e que responde à necessidade actual, num mundo que se quer globalizante, de perceber os outros Direitos e, na medida do possível, de criar uma plataforma para um entendimento no plano jurídico. Como vimos através do caso japonês, este entendimento não pode e não deve passar pela imposição de um “modelo” de sistema alheio às tradições locais mas sim pela adaptação, forçosamente demorada, de eventuais transplantes no terreno dos Direitos tradicionais.

## 150 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agostini, Éric (1998). *Direito Comparado*. Porto, Résjurídica.
- Almeida, Carlos Ferreira de (1998). *Introdução ao Direito Comparado*, 2ª edição, Coimbra, Almedina.
- Confucio (2004) *Lun Yü*. [Em linha]. Disponível em <http://www.confucius.org/lunyu/langp.htm> [consultado em 20 de Maio de 2004]
- Eörsi, Gyula (1983). A Propos the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *In: The American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, n.º 2, p. 342.
- Fromont, Michel (1998). *Grands systèmes de droit étrangers*, 3ª edição, Paris, Dalloz.
- Kahn-Freund, Otto (1974). On Uses and Misuses of Comparative Law. *In: Modern Law Review* 37, p.1.
- Mendes, João de Castro (1982-1983). *Direito Comparado*, Lisboa, Edição AAFLD.
- Séroussi, Roland (2000). *Introduction au Droit Comparé*, Paris, Dunod.
- Watson, Alan (1976). Legal Transplant and Law Reform. *In: Law Quarterly Review*, Vol. 79, p. 92.