

direito

O DIREITO, O COSTUME E A MORAL

*Cândida da Silva Antunes Pires***

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Cada sociedade propõe a cada um dos seus membros a conformação da sua conduta a um certo número de regras, escritas ou não escritas.

A natureza dessas regras difere muito de sociedade para sociedade mas, em geral, todas tendem para o mesmo fim de assegurar uma vida social ordenada e promover a cooperação entre as pessoas. É uma constatação omnipresente.

Mas nenhuma regra poderá levar a resultados positivos se não for respeitada, o que justifica a concepção e implementação de um amplo sistema de sanções, quer para prevenir violações (intimidação), quer para repará-las (provocando tomadas de consciência).

O poder de criar regras susceptíveis de aplicação coactiva, ou seja, de instituir as leis, é privilégio exclusivo do poder político (o Estado), que assim vai criando um complexo normativo-jurídico em sentido próprio, adequado à sociedade a que se dirige e que deve acompanhá-la no seu desenvolvimento.

*** NOTA DA AUTORA: O texto agora facultado aos leitores desta Revista é o resultado do desenvolvimento dos tópicos da exposição sinóptica com que introduzi a leccionação de um curso de verão sobre Linguagem Jurídica, na então Universidade da Ásia Oriental, em Agosto de 1989.**

Um pouco ampliadas agora, e matizadas com notas e exemplos esclarecedores, as reflexões que nessa oportunidade propus aos frequentadores daquele Curso (quase todos candidatos ao então recém-criado em Macau Curso de Licenciatura em Direito) pretendem representar como que o corte longitudinal de um sistema de ideias e valores muito complexo e abrangente, com vista a facilitar a iniciados uma melhor compreensão dos seus elementos estruturais mais profundos.

Tenha-se, pois, em conta o carácter didáctico do discurso e a natureza do auditório a que originariamente foi destinado.

**** Mestre em Ciências Jurídicas e Professora Associada Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.**

Contudo, há que admitir que nem sempre as mais «oficiais» das sanções são as mais eficazes. O medo do ridículo, do desprezo ou da solidão pode também exercer pressão sobre os indivíduos e condicionar a sua conduta — aquilo que alguns sociólogos, na sua linguagem específica, apelidam de «sanções difusas».

Tais sanções são, ainda assim, tão exteriores à pessoa como as sanções jurídicas. E preciso atingir o nível da moral para encontrar, na consciência do próprio sujeito, uma fonte interiorizada da obrigação.

Em comunidades muito pequenas, onde todos se conhecem e onde a estreita interdependência chega a provocar um esbatimento das fronteiras da individualidade, o sentimento de conformação é tão forte que — pode dizer-se — não se torna necessário qualquer sistema objectivo de garantia: a identificação do homem com certos modelos de conduta é suficiente; tudo o que for peremptoriamente definido como «proibido» (o tabu) é, de resto, tão religioso como propriamente social.

Assim sendo, um poder neutral de jurisdição necessita ser centralizado apenas à escala das sociedades ditas complexas, que fazem apelo a um sistema de leis tornado efectivo pelos tribunais e sustentado pela força de entidades policiais. Um ideal de justiça cada vez mais exigente desenvolve-se progressivamente nestas sociedades, assistindo-se a uma transformação do poder de força cega em respeito, da materialidade em interioridade.

II. AS DIVERSAS ORDENS DE SANÇÕES

No desenrolar da nossa vida quotidiana, não pode propriamente dizer-se que, em cada momento, nos sintamos dominados pelo medo e contrangidos pela força. Em princípio, aceitamos com espontaneidade certas regras, mesmo que não sejam objectivamente obrigatórias, e optamos por acatar as que o são, em nome de determinadas noções do *bem* e do *mal* a que chamamos moral, cuja fonte situamos no íntimo da nossa consciência.

Esta perspectiva pessoal da moral está ligada, em cada um de nós, à afirmação da própria dignidade humana, tornando-se assim um fenómeno comum a toda a Humanidade, muito embora, na prática, certos imperativos morais possam variar de sociedade para sociedade e de época para época.

Um mesmo imperativo pode, de resto, ser diversamente apreciado e valorado segundo as circunstâncias. Ninguém porá em causa que o

respeito pela vida do próximo conforma um dever absoluto, e todavia nas modernas sociedades vem-se distinguindo muito claramente entre «homicídio por negligência» e «homicídio qualificado».

Em tempos idos, chegavam a punir-se animais quando considerados «culpados» na produção de certos danos; eram mesmo julgados em processos, apelidados com certa ironia de «estranhos e curiosos», tanto se estava ligado à materialidade dos actos cometidos. Mas as coisas foram mudando e, hoje em dia, nem mesmo uma criança de tenra idade que ferisse de morte um seu companheiro poderia ser culpabilizada por tal acto, por lhe faltar a maturidade necessária para perceber o alcance último desse mesmo acto: aquilo a que se chama *imputabilidade*.

Cada sociedade reflecte determinados valores para cuja definição contribui, e que por sua vez constituem a respectiva base de sustentação. Mas esses valores são tão diversos que por vezes assumem um carácter convencional: o que é permitido num determinado lugar pode ser interdito num outro qualquer; o que hoje é lícito pode ser proibido amanhã.

De tal forma assim é que pode haver a tentação de ironizar em torno de semelhantes flutuações, muito embora, bem vistas as coisas, seja fácil encontrar uma justificação plausível para elas. A caça e a pesca em tempo de defeso ou por processos interditos, em grandes comunidades, poderão ser consideradas simples *transgressões*, com as quais muita gente se diverte desafiando as regras; mas as mesmas actividades em semelhantes moldes serão um verdadeiro *crime* em certos agregados humanos, ou em tribos como a dos Pigmeus, porque privam o grupo do seu principal meio de subsistência.

Todas estas variações tornam muito difícil emitir juízos de valor sobre determinadas condutas humanas, no confronto de ambientes sociais diferentes, em sucessivas faixas da história da Humanidade.

Se tomarmos o exemplo da Alemanha nazi e das normas por que se regeu durante a Segunda Grande Guerra mundial, vemos como as democracias ocidentais as consideraram odiosas e repudiáveis; mas será apaixonante e surpreendente conhecer de que jeito, logo após o termo do conflito, o tribunal de Nuremberga veio a apreciar e julgar os «crimes de guerra»: como não sendo realmente crimes aos olhos dos seus autores, mas sim actos de obediência de soldados e subalternos.

Do mesmo passo, será interessante constatar que, ao hábito de julgar um estrangeiro segundo as regras vigentes no espaço onde é julgado, se contrapõe por vezes, curiosamente, um outro hábito que consiste em

tolerar a um estrangeiro vias de facto que se não tolerariam a um compatriota. Na Nova Guiné, por exemplo, os membros do clã admitem perfeitamente que um dos seus mutila, ou até assassina, um inimigo exterior a ele, mas puni-lo-iam severamente se ele praticasse, no interior do grupo, actos idênticos.

Tal mentalidade teve implantação e veio a traduzir-se em práticas de extrema crueldade, durante as duas grandes guerras mundiais, nos campos de prisioneiros.

A história mostra também que os deveres que uma dada sociedade impõe podem resultar de leis positivadas em textos escritos ou, muito simplesmente, de normas tácitas; mas em qualquer dos casos elas definem noções, geralmente aceites de forma unânime, do que é permitido e do que é proibido.

As *leis formais* — chamemos-lhes assim — sempre tiveram por função enunciar as regras de convivência social que cada Estado considera deverem ser respeitadas, e portanto comina a sua não observância com *sanções de carácter objectivo*: multas, prisão, trabalhos forçados, pena capital e outros tipos de penas, julgadas eficazes consoante os casos.

Mas como já aqui ficou aflorado, existem nas sociedades humanas, também, *outros tipos de sanções* a que pode chamar-se *difusas* e que se limitam à opinião dos outros e ao efeito que essa opinião produz na imagem que fazemos de nós próprios. Por que razão há quem não hesite em defraudar o Estado nas suas declarações de impostos e, em contrapartida, faz ponto de honra em pagar as dívidas de jogo que os seus companheiros não teriam meio legal para cobrar? Muito simplesmente porque esses indivíduos se sentem pessoalmente mais comprometidos no julgamento dos seus amigos do que no da autoridade do Estado e dos serviços públicos que, no caso das dívidas de jogo, se revela inteiramente formal.

Numa comunidade de extensão limitada a reprovação e a troça são suficientes; mas nas sociedades mais alargadas é preciso viver em constante relacionamento com desconhecidos, seres abstractos e intervariáveis, o que cria a necessidade de uma regulamentação legal.

As sanções de carácter difuso colocam-nos claramente no caminho da consciência moral. O arrependimento e o remorso, ainda que passíveis de explicação metafísica, surgirão como auto-punições de um sujeito que tenha interiorizado na íntegra os imperativos da consciência colectiva. E o indivíduo não terá necessidade do efectivo «olhar» de al-

guém em concreto porque, afinal, ele carregará consigo, onde quer que esteja, um suposto olhar severo e reprovador que o persegue: tal como, na história bíblica, sucedeu a Caim, no próprio isolamento da sua caverna...

É portanto útil reter, neste particular, que, nos *deveres*, teremos de admitir três níveis: a legalidade, a opinião pública constrangedora e a moralidade; e também que, se a própria existência desses deveres é uma constante, o seu conteúdo varia no tempo e no lugar e evolui, ainda que a ritmos diferentes. As leis podem mudar mais lentamente do que a consciência, o que potência - e não deixará mesmo de originar - grandes divergências que são, afinal, um motor do direito. Pense-se, por exemplo, na questão do trabalho infantil, vinda já do século XIX.

III. A FUNÇÃO DAS LEIS¹

Vimos como as exigências morais e as obrigações difusas regem a conduta humana de modo a conformá-la aos modelos valorizados pela sociedade em que se vive.

Também as leis visam a consecução de uma vida colectiva ordenada e harmoniosa, mas a sua força característica encontra o seu suporte no poder público instituído. Elas procuram a almejada harmonia de variadas formas.

Antes de mais, atribuindo a cada um dos cidadãos, enquanto tal, estatutos fundamentais destinados a conferir-lhes existência no mundo do direito. Enquanto cidadãos de um determinado Estado, todos somos titulares de direitos e deveres; e com a definição das nossas «incumbências» — familiares, profissionais, políticas —, as leis constróem, explícita ou implicitamente, redes de permissões e proibições. Um médico, um advogado, um comerciante, um deputado, não são livres de definir o respectivo estatuto a seu bel-prazer.

Mas as leis têm ainda por missão estabelecer quem exerce a autoridade e dispõe do uso da força. Em muitos regimes, elas definem para a coerção limites ditados pela necessidade de salvaguardar princípios

¹ A palavra «lei» é polissémica, pelo que importa fixar o sentido prevalente com que aparece neste texto. Emprega-se, aqui, em sentido lato, como *regra* ou *norma* («nomos» na Grécia; «lex» em Roma), que fixa o que deve ser, como apanágio de uma autoridade pública ou de uma autoridade cujo poder é reconhecido ou delegado pela autoridade pública.

A *lei* surge aqui como uma *regra de direito*, de entre as regras de outras espécies.

fundamentais, o que tem uma dupla valência: o Estado não pode permitir-se tudo; e ninguém pode fazer justiça por suas próprias mãos. Deste modo, v. g., a consagração legal de sanções para quem cometa homicídio exclui em absoluto a vingança exercida pela família da vítima.

Em caso de alteração da ordem pública, as próprias leis prevêem mecanismos de reposição da efectividade das normas que materializam. «A força está na lei» — usa dizer-se. Mas a verdadeira reposição da ordem requer que sejam encontrados os responsáveis e que sejam julgados, proporcionando-lhes embora os necessários meios de, por seu turno, apresentarem a sua própria versão dos acontecimentos, a sua defesa.

As leis encarnam-se, então, em pessoas com formação específica — os magistrados —, com competência, sabedoria e sensatez suficientes para ajustar a norma positivada de forma geral e abstracta à infinita diversidade e riqueza dos casos da vida.

Mas há um outro aspecto que importa relevar, e que é o da natural necessidade de que as leis se vão ajustando, não só à transformação progressiva das estruturas sociais e das relações de força nelas existentes, mas também à própria evolução das normas consuetudinárias, e mesmo das normas morais.

As leis devem, em suma, servir a vida; e não só a vida material, mas também a do espírito e a dos valores em constante movimento.

Não é um facto que, no seu tempo, as perturbações provocadas pela Revolução Industrial determinaram todo um conjunto de medidas, desde a definição das condições de segurança nas fábricas à implementação de meios destinados a garantir os salários dos trabalhadores? O incremento do fabrico de automóveis, a crise da habitação... enfim, tantos problemas sobre os quais, no corredor do tempo, as leis se têm visto forçadas a debruçar-se paulatinamente, com a conseqüente proliferação de textos.

Acompanhando também a evolução da moral, elas, as leis, como que vão operando a transformação do que era simples *caridade* em *direito*, do que era simples *piedade* em *justiça*. Recorde-se que foi a tomada de consciência da condição humana na criança e no escravo — posta em causa durante anos e anos — que determinou, no século XIX, uma reformulação profunda de normativos legais e até mesmo de princípios.

Porém, do que verdadeiramente se tratou foi de uma evolução da própria consciência humana, que um belo dia saíu do seu estado latente

para se manifestar, mesmo que dissimuladamente, no sangue de um mártir ou no grito de um poeta, em caminhada lenta, crivada de obstáculos, de resistências concertadas, mas seguindo sempre segura do seu triunfo pela conciliação de ideais nobres com interesses sociais concretos.

Em semelhantes circunstâncias de tanta premência, nada mais resta às leis do que despir as suas vestes «conservadoras» e lançar-se à desfilada para apreenderem na sua rede de comandos os novos ideais e as novas realidades que incessantemente brotam da vida; num processo evolutivo que, todavia, deve desenrolar-se com muita prudência, pelo menos quando os novos ideais representem transformações tão profundas que o postergar abrupto dos ideais antigos pudesse levar ao extremo do desaparecimento do direito no absurdo da sua própria contradição.

Aliás, uma como que *inércia da lei*, tida como factor essencial de segurança do sistema jurídico, manifesta-se com mais acuidade nas sociedades elementares, onde as leis parecem funcionar mecanicamente, através de uma *ordem* quase intangível. O que nada tem de surpreendente: nas comunidades de reduzidas dimensões as leis reflectem, afinal, os costumes que cada geração reassume e transmite à geração seguinte; estreitamente ligadas à religião, quase a confundir-se com ela, as leis revelam-se como absolutas e transcendentais; não há qualquer razão para mudar porque, na ausência de progressos técnicos, as condições de existência mantêm-se inalteradas.

Por seu turno, nas sociedades mais evoluídas, é necessário construir sistemas jurídicos a um tempo ordenados e polivalentes, muitas vezes vertendo elementos costumeiros nos quadros racionais. A coexistência de grupos com necessidades e interesses muito divergentes entre si, cria dificuldades sérias, mesmo a nível da apreciação dos valores, porque cada um desses grupos reclama a tutela do direito para as carências que lhe são próprias.

IV. A ORDEM NAS SOCIEDADES ARCAICAS

As sociedades desprovidas de Estado não têm governo, nem políticos, nem tribunais. Não estão politicamente organizadas.

Nesses meios sociais o êxito é conseguido através da instituição de uma *ordem* que lhes permite subsistir indefinidamente e desenvolver actividades próprias como a caça, o cultivo da terra e a educação dos jovens.

Essa *ordem* procede de um conjunto de costumes ajustados entre si como as peças de um puzzle, alguns dos quais chegam a apresentar um

carácter fortemente coercitivo, assim garantindo a articulação e o efectivo funcionamento de todo o agregado normativo não escrito.

Antes da chegada dos ingleses à Rodésia, os tonga constituíam uma comunidade deste tipo. Foram os administradores britânicos que ali criaram as primeiras chefias locais e os primeiros tribunais, a cujo julgamento passaram a ser submetidos os litígios civis e os pequenos delitos de carácter penal.

Anteriormente, a tribo dividia-se em grupos de descendência ma-trilinear e as linhagens, entrecruzadas através de casamentos exogâmicos, distribuíam-se por todo o território. De sorte que cada agregado populacional local e cada grupo de parentes estavam muito limitados na possibilidade de cada um dos seus membros conhecer pessoalmente os outros².

Entre os tonga, no caso de ofensa ou violação de direitos, uma série de mecanismos se desencadeava em cascata.

Suponhamos que um homem da linhagem **A** era atacado ou roubado por um outro da linhagem **B**. A vítima, com o apoio do seu grupo de parentes, não tentava exercer uma vingança directa, mas era o próprio grupo que agia em seu lugar, apoderando-se de uma mulher do grupo **B**; e se este grupo não se apressasse a oferecer uma reparação, a mulher seria vendida como escrava.

Mas a mulher podia — o que complicava as coisas — pertencer ao grupo **B** apenas pelo seu casamento porque tinha nascido no seio de um terceiro grupo **C**; e podia até acontecer que o seu avô materno (considerado o seu «pai social») pertencesse ao grupo **D**. Neste caso, o grupo **C** e o grupo **D** tinham o dever de se aliar na punição ao grupo **B** por falta de protecção. Nada mais restava a este último do que oferecer o pagamento urgente de uma indemnização para não correr o risco de ver partir todas as suas mulheres como escravas.

Na comunidade tonga o sistema de parentesco não permitia que alguém atacasse ou se defendesse individual e isoladamente. Qualquer afronta feita a uma pessoa era assumida e vingada por toda a sua família. Em contrapartida, o grupo de parentes era responsabilizado colectiva-

²Sobre *sistema matrilinear de parentesco e casamentos exogâmicos*, ver o nosso artigo intitulado «Família, Parentesco e Casamento. Assimetrias Espaciais e Temporais», publicado na Revista deste título n.º 48, relativa a Junho de 2000, de páginas 617 a 639.

mente pela prática de um acto ilícito por parte de qualquer dos seus membros, pelo que cada qual devia pensar duas vezes antes de impor à sua família, com os seus comportamentos, uma obrigação indemnizatória. Até porque, afinal, essa situação acabava por voltar-se contra o próprio, na medida em que sobre ele recairia a hostilidade dos seus parentes chamados a pagar por um delito que não tinham cometido. E é bom que se diga que tal hostilidade se traduzia, muitas vezes, em reacções verdadeiramente excessivas e brutais.

Por seu turno, a *religião tonga* desempenhava um papel ordenador considerável, impondo limites à violência e mentalizando os indivíduos para o cumprimento estrito do *costume*. Praticava-se o culto dos antepassados da linha materna, que eram reputados como vigilantes e fiscalizadores do bem estar e dos comportamentos individuais. Chegava a admitir-se que os próprios antepassados podiam, eventualmente, aplicar sanções, traçando para os prevaricadores um mau destino e rejeitando as orações que eles lhes dirigissem. Aliás, essa má sorte poderia mesmo atingir todo o grupo de parentes.

As sanções de carácter religioso manifestavam-se, neste tipo de ambiente social, a uma escala mais alargada que a do parentesco matrilinear; também os ascendentes da linha paterna podiam exercer uma função de vigilância muito apertada, o que podia conferir à má sorte um cariz duplamente ameaçador³.

Na maior parte das sociedades elementares, a religião e as estruturas de parentesco sempre exerceram, como na comunidade tonga, uma dupla função de prevenção de litígios e de restabelecimento da ordem transitoriamente perturbada; escudavam-se num complexo de *normas costumeiras* que ninguém se atrevia a pôr em causa, a tentar alterar ou sequer a interpretar a seu modo. Esses *costumes* regulavam toda a vida dos grupos de parentes na suas relações mútuas, tendendo à consecução de um equilíbrio, de uma harmonia global, sem que uma terceira força, neutral e poderosa, tivesse de intervir, como hoje sucede com as leis e com os tribunais que as aplicam.

³ Da evolução a que, ao longo da história, se vem assistindo do sistema de justiça privada para o sistema de justiça pública e dos vários estádios desse processo evolutivo pode encontrar-se uma descrição magistral em «História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV», da autoria de Gama Barros.

V. O CASO TÍPICO DE UM TRIBUNAL NUMA COMUNIDADE ELEMENTAR

Paradigma da situação que acaba de descrever-se pode considerar--se o caso de uma pequena aldeia chamada Bisipara, situada no coração da Índia, cercada de florestas e montanhas e afastada de qualquer meio de transporte. Não obstante fazer parte da República da Índia, ela tem vindo a manter parte das características das sociedades elementares.

Muito embora as forças policiais indianas tenham a missão de fazer respeitar as leis do Estado em todo o seu território, o governo central instituiu, numa comuna próxima de Bisipara, um tribunal próprio da aldeia a que foi dado o nome de «panchayat». Este tribunal é integrado pelos chefes de todas as famílias da aldeia, à excepção dos membros de uma casta a que eles chamam «os intocáveis».

O chefe da aldeia preside ao tribunal e nele existe também um escrivão cujas funções compreendem a recolha e organização dos dados de certos litígios a submeter ao julgamento dos tribunais comuns oficiais.

Na aldeia não existem, nem juizes de carreira, nem advogados, e a assistência das audiências apenas se compõe de aldeões interessados que passam quase todo o seu tempo no tribunal.

As causas privadas iniciam-se geralmente com a apresentação de uma petição, feita por um habitante da aldeia, colocando questões como a invasão da sua propriedade pelo rebanho de um vizinho. Mas, a par disso, ninguém hesita em submeter também ao julgamento do «panchayat» desavenças familiares, ou a denunciar quem se esquive a participar em tarefas comunitárias (v.g., a reparação do templo ou das condutas de água), ou ainda quem se dedique à prática de formas de magia negra.

Quem for julgado responsável deve, consoante os casos, indemnizar as suas vítimas ou pagar uma multa ao tribunal; e nas situações mais graves, é aplicada *a pena do ostracismo*, com todo um conjunto de consequências a nível de convivência social na aldeia: o barbeiro não mais fará a barba ao condenado; o carpinteiro, o sacerdote ou o lavador de roupa não mais lhe prestarão serviços; o pastor não mais guardará o seu rebanho; ninguém poderá visitá-lo na sua casa por ocasião das festas de família; o culpado não poderá casar os seus filhos ou filhas; em suma, será tratado por toda a aldeia como se não fizesse parte dela. Ora, numa comunidade tão estreitamente unida como a de Bisipara, o ostracismo quase equivale a uma condenação à morte.

As questões submetidas ao tribunal exigem, muitas vezes, que a audiência se prolongue por vários dias porque as partes em confronto gozam de poderes relativamente amplos no apresentar da sua versão dos acontecimentos, tanto nas questões privadas como nas acções públicas. Não existem limites à proposição de demandas nem ao oferecimento de provas e, por estranho que pareça, chega a admitir-se a invocação e prova de factos que, à partida, nada têm a ver com o litígio.

É que este tribunal, o «panchayat», desempenha uma função muito mais ampla do que a estrita resolução do caso concreto submetido a julgamento. Pretende-se que os seus veredictos venham também a exercer uma função «profiláctica» — digamos assim —, cortando pela raiz os males causadores de perturbação da ordem pública, com o fim de manter na aldeia uma tranquilidade a toda a prova.

Pode assim dizer-se que as sentenças do tribunal de Bisipara devem servir, de modo directo, o interesse colectivo da paz social, procurando sempre obter, mesmo em processos criminais, o acatamento espontâneo das sentenças.

Nos casos de muita gravidade endossa-se o julgamento aos deuses e as partes prestam juramento perante o templo ou aceitam submeter-se a provas muito duras, análogas às que na Idade Média ocidental se chamavam «ordálios» ou «juízos de Deus». Nesses casos, o castigo será ditado pelos próprios deuses e não já pelos juizes.

Em comunidades com estas características cada pessoa está sempre em contacto estreito com todas as outras; o dia-a-dia, as festas, as cerimónias públicas ou familiares, tudo se desenrola em comum, e por isso não admira que tribunais como o «panchayat» se preocupem tanto com a sanidade e regularidade do ambiente social, procurando consensos e tentando evitar decisões comprometedoras do próprio tribunal. O mesmo é dizer que, em meio tão pequeno e fechado, a harmonia de todo o grupo é uma necessidade vital, como se se tratasse da tripulação de um submarino durante o tempo em que navega.

VI. O APARECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES LEGAIS

Em qualquer sociedade politicamente organizada seria inconcebível um sentido de justiça tão vago e imperfeito como o que fica descrito.

A autoridade pública representa uma força activa e organizada que exerce o seu poder na prevenção e na repressão, em nome do interesse colectivo; de tal sorte que, em caso de crime, pode mesmo admitir-se a

sua intervenção independentemente de qualquer queixa, através dos «*procuradores*», que agem em nome do poder público instituído.

Pode, pois, dizer-se que, com a criação do Estado, as instituições jurídicas se independentizam das instituições religiosas ou das estruturas de parentesco, muito embora tal estágio da evolução social não tenha sido atingido de um momento para o outro, nem ao mesmo tempo em todos os lugares do mundo.

Voltando ao exemplo da Índia, nas regiões cujos habitantes tradicionalmente se dedicam à pastorícia e à caça, tem-se registado uma evolução muito peculiar no sistema de organização social e de administração da justiça.

Vem de há muito que, nesses locais, as grandes caçadas de Verão reuniam os membros de clãs pertencentes a diversas tribos, chegando a juntar-se num único e grande acampamento mais de duas mil pessoas. Ora tal enquadramento requeria, naturalmente, a criação de órgãos muito próximos das actuais instituições do Estado.

No comando supremo havia um grande chefe assistido por um conselho integrado pelos chefes dos grupos de parentes; e porque a extensão do acampamento tornava impossível o seu controlo por uma só pessoa, eram criadas companhias de soldados especialmente designados para essas funções.

Semelhantes companhias, em número de quatro ou cinco por cada acampamento, desempenhavam funções policiais, superintendiam na sua organização e zelavam pela manutenção da ordem. Exerciam ainda estreita vigilância durante as cerimónias mais solenes que reunissem todas as tribos, mas tinham sobretudo o dever de disciplinar as grandes caçadas colectivas, punindo severamente quem contribuisse para perturbar a táctica definida pelo comandante. A sanção poderia cifrar-se na destruição da tenda do prevaricador, ou até no confisco dos seus bens.

Os soldados de cada companhia eram geralmente recrutados no seio dos diferentes grupos de parentes, o que lhes conferia ampla representatividade, justificando o poder de, face a situações imprevistas, criarem regras novas, com força vinculativa.

Apesar de tudo, há que reconhecer que à instituição dos regimentos de soldados faltava, muitas vezes, a necessária subtilidade e alguma flexibilidade, sobretudo quando eram chamados a resolver litígios internos, surgidos entre os próprios soldados que os compunham.

Tratava-se, no fundo, de uma tentativa ainda muito rudimentar de instituição de um poder independente, neutral e eficaz como o que hoje existe nas sociedades desenvolvidas⁴.

VII. A LEI E SUA EFECTIVIDADE NAS SOCIEDADES ORGANIZADAS

Nas sociedades organizadas as leis devem fazer face a uma imensidão de problemas de toda a ordem, cujos contornos têm a ver com a dimensão populacional e a solidão que daí resulta para as pessoas, com a grande diversidade do nível de vida e com o fenómeno da especialização nos vários sectores.

Por isso, nestas sociedades, o universo jurídico carece de riqueza e flexibilidade em grau que não pode comparar-se ao das sociedades elementares (onde os anciões são fiéis depositários de costumes e tradições). O sistema jurídico tem de ser ordenado, sistematizado e reunido em *compilações* ou *códigos*, de molde a poder ser conhecido e respeitado por todos, juristas e não juristas, o que abre caminho à regra segundo a qual «a ignorância da lei não aproveita a ninguém».

Mediante estudos levados a cabo no ocidente, tem vindo a distinguir-se, a nível mundial, entre *países de direito anglo-saxónico*, *países de direito romano*, *países de direito germânico* e *países de sistema jurídico misto ou híbrido*; grupos ou *famílias de direitos* cujos critérios de distinção têm sido muito discutidos entre os comparatistas, ao mesmo tempo que vão criando novas subdistinções.

Curiosamente, no que se refere ao direito chinês, durante muitos anos, na obras dedicadas ao estudo dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos, ele aparecia integrado num conjunto designado por «direitos do Extremo Oriente», considerado, portanto, não enquadrável em nenhuma das apontadas famílias, quando muito no grupo dos sistemas mistos.

É que, durante anos a fio, não só o afastamento geográfico como o próprio processo histórico da China, na sua riqueza e na sua extensão,

⁴ É de um passado não tão distante assim a existência na Europa de uma situação, provisória embora, mas análoga à das companhias de soldados na Índia.

Terminada a 2.^a Grande Guerra mundial, a Áustria foi governada temporariamente por uma comissão representativa das quatro forças vitoriosas. A organização das patrulhas que zelavam pela manutenção da ordem pública era semelhante, em alguns aspectos, à daquelas companhias. Nelas se podiam ver, lado a lado, militares franceses, americanos, ingleses e russos.

determinaram uma atitude de alheamento dos investigadores, com a invocação de razões ligadas à escassez de elementos disponíveis.

Ultrapassada essa fase, a postura dos comparatistas mudou e hoje podemos encontrar, em algumas sedes doutrinárias, abordagens muito interessadas sobre o posicionamento do direito chinês no quadro dos grandes sistemas do direito contemporâneo.

Podemos também contar com estudos que, baseados na própria história da China, partem *da fase imperial* — quando ao direito cabia um papel menor e o regime vigente se mostrava impregnado da *filosofia política confucionista* que dava aos ritos (li) uma importância enorme —; passando *por fases de grande contestação* encarnada pela *escola dos legistas* — com uma concepção da lei e do direito muito próxima da que sempre prevaleceu no Ocidente —; por uma *outra fase* em que o direito se foi adaptando a uma posição de compromisso segundo a qual a base da vida social era o preceito moral apenas completado pelo jurídico (*fa*) quando o indivíduo não fosse suficientemente virtuoso para acatar espontaneamente os ditames da moral; até *à fase moderna*, desdobrada em várias sub-fases de reformas muito profundas, com avanços e recuos no que toca ao papel reservado ao direito e às suas instituições; e por último até *à fase contemporânea*, com uma muito sensível aproximação ao sistema romanístico do direito, que permite considerar o sistema jurídico chinês integrável nas grandes famílias de direitos, nos grandes sistemas do direito contemporâneo.

No que respeita à *família anglo-saxónica de direitos*, a ela pertencem a Inglaterra, a maior parte dos Estados Unidos da América do Norte e do Canadá e outros países que integraram a chamada «Commonwealth», como a Austrália e a Nova Zelândia. Nesses sistemas, de tendências conservadoras e tradicionalistas, o costume nunca foi escrito mas logrou paulatinamente força de lei, sendo reforçado pelo «*precedente*» criado pelos tribunais.

Pode no entanto dizer-se que, na Inglaterra de hoje, *a lei* desempenha, em determinadas matérias, um papel que não é inferior ao da jurisprudência, embora, globalmente, o direito inglês permaneça um direito de tipo essencialmente jurisprudencial.

País de direito romano é, desde logo, Portugal, cujo sistema jurídico tem vindo a ser, na sua essência e desde há séculos, aplicado em Macau.

Mas como *exemplo modelar* desta família de direitos costuma apontar-se a França, que beneficiou muito cedo de um figurino de lógica, de claridade e «prudência» que Roma criou concomitantemente ao próprio Estado, nos primórdios da história do Ocidente.

Sem embargo, a implantação do direito romano em França teve as suas dificuldades. A coexistência de povos diferentes, sobretudo depois das grandes invasões, originou uma espécie de diversificação do direito, em razão do território e em razão das pessoas («personalismo das leis»). Os usos germânicos foram penetrando, especialmente no norte, chegando a ser codificados; e isso deu origem à distinção, no século XV, entre «França do costume» e «França do direito escrito». Todavia, era o direito romano, ensinado a par do direito da Igreja Católica (direito canónico), que fornecia os quadros mais gerais.

A acção unificadora desencadeada concertadamente pelos monarcas franceses e pelos sucessivos parlamentos levou à decisão dos revolucionários de 1791, segundo a qual seria feita uma única compilação de leis civis, génese do célebre Código Civil de Napoleão I (1804)⁵.

Contudo, a simples existência de um ou mesmo de vários corpos de leis escritas nunca se mostrou suficiente para garantir a sua efectiva aplicação. Tornar-se-ia necessária toda uma organização de tribunais encarregados de redefinir a lei em relação a cada caso concreto, de apurar responsabilidades, de dosear as sanções.

Grosso modo, podem distinguir-se dois grupos fundamentais de questões susceptíveis de ser submetidas à apreciação dos tribunais: umas referentes a litígios entre particulares sem pôr em jogo o interesse colectivo — são as *questões civis* relativas, designadamente, a contratos; outras que traduzem a reacção do corpo social ameaçado na sua segurança — são as *questões penais*, ligadas a crimes e outros ilícitos de natureza análoga.

Mas pode acontecer que estes dois tipos de questões coexistam num mesmo caso concreto: alguém que infringiu a lei penal é punido, por hipótese, com pena de prisão, mas se, com a sua conduta, causou danos a uma pessoa determinada, constitui-se na obrigação de a indemnizar.

⁵Já em 1848-1806 A.C. havia sido gravado na pedra o código do rei da Babilónia, Hammourabi, tornando-se a mais antiga compilação de leis conhecida. Mas tratava-se mais de uma colecção de sentenças do que de um agregado de princípios fundamentais, ao mesmo tempo que incluía a declaração de independência e estabelecia os direitos gerais da pessoa humana.

Na apreciação e decisão de questões destes dois tipos, os tribunais interpretam e aplicam aos factos concretos normas de Direito Civil e normas de Direito Penal, naturalmente complementadas pelas respectivas normas processuais que regulam os mecanismos a desencadear para a sua realização coactiva.

De uma forma geral, mas com variantes de país para país, os *tribunais* integram-se numa hierarquia, normalmente disposta em pirâmide, variando em espécies e nas suas competências e podendo desdobrar-se em juízos pelos quais se distribuem as causas a julgar.

Nos países de maior extensão territorial há circunscrições munidas de tribunais cuja competência é genérica ou especializada e que funcionam com um juiz singular ou sob a forma de tribunal colectivo ao qual, em alguns casos, se juntam os jurados (cidadãos comuns seleccionados por sorteio).

Em todos os graus de jurisdição o Estado é representado por *procuradores* que, tal como *os juízes*, integram a *magistratura*, embora exerçam funções de natureza um tanto diferente; e, como em geral falam de pé, há quem se refira aos procuradores como pertencendo à «magistratura de pé», por contraposição aos juizes que ouvem, apreciam e decidem, constituindo a chamada «magistratura sentada».

A independência dos juizes pode considerar-se garantida pela sua «inamovibilidade», ou seja, pela circunstância de não poderem ser mudados ou transferidos, como regra, sem o seu acordo.

Por seu turno, os litigantes fazem-se representar em tribunal por mandatários profissionais — *os advogados* —, que elaboram as peças processuais necessárias, compilam e oferecem as provas e alegam nas audiências.

Assim se realiza, no confronto do ataque e da defesa, *o ideal da Justiça* na generalidade dos países modernos, ainda que cada um deles possa imprimir-lhe um cunho particular.

Símbolos da justiça são, pois, desde longa data: a *balança*, cujo fiel deve manter-se na vertical durante o desenrolar da demanda, o que simboliza a equidistância do juiz relativamente às partes; e *a espada*, sempre pronta a castigar o violador da lei.

VIII. A LEI E A JUSTIÇA

Foi já dito que numa sociedade arcaica as relações sociais são essencialmente constituídas por relações pessoais e directas. O grupo man-

tém-se coeso por virtude de uma como que pressão interna feita do respeito e acatamento dos costumes, considerados inderrogáveis.

Também se disse que o mesmo não sucede nas sociedades industriais, no seio das quais os indivíduos se movem dentro de grupos socialmente heterogêneos onde é muito provável que se não conheçam uns aos outros.

Razão suficiente para que, em tais sociedades e nesta perspectiva, ao direito já não compita a função de tutelar situações globalmente harmônicas, feitas a um tempo de entreatada e de relações fechadas. Instituições como o referido «panchayat» parecem completamente ultrapassadas porque, em cidades cosmopolitas, pouco importa que alguém em concreto esteja em litígio com familiares ou vizinhos, apenas se lhe exigindo que não transgrida certas regras abstractamente pré-definidas. E se as infringir sofre as consequentes sanções em nome, precisamente, dos direitos dos outros.

Enquanto que o paradigmático «panchayat» tinha necessidade de ser coadjuvado e apoiado por toda a população local na sua missão de aplicar sanções (de outro modo, mal se compreenderia o sentido e a eficácia de uma pena como o ostracismo), ao invés, os tribunais de estilo ocidental que hoje existem procuram as suas garantias de funcionamento e eficácia no próprio sistema jurídico considerado no seu conjunto e na sua coerência interna. O público em geral não tem participação activa nas audiências e até, se nelas se manifestar ostensivamente, o presidente do tribunal pode mandar evacuar a sala.

Hoje em dia, o juiz forma a sua convicção e julga a partir de situações concretas genericamente previstas na lei, ocorridas em circunstâncias também pré-definidas; e deve decidir, em cada caso, se os comportamentos assumidos infringem ou não os comandos das normas jurídicas. Tudo se passa como se o juiz centrasse a sua atenção, mais em certos parâmetros pré-estabelecidos do que propriamente nas pessoas em causa.

Diga-se, no entanto, que isto que acaba de se afirmar melhor se compreende e se admite em matéria civil do que em questões criminais porque, no cível, a ordem pública não é perturbada de modo significativo por um simples diferendo entre particulares, em que não há propriamente «culpados» e «inocentes»⁶.

⁶ Como costume dizer aos meus alunos a propósito da delimitação do conceito de *parte* em Processo Civil, muito embora à parte passiva caiba a designação de *réu*, o vocábulo não tem neste tipo de litígios a mesma carga emocional que na posição de *réu/arguido* em processo criminal.

De facto, *em matéria civil*, apenas há pessoas que têm razão e outras que a não têm, à luz do direito aplicável, no âmbito de uma relação jurídica privada designadamente contratual. Os aspectos pessoais ou as convicções do proprietário, do locatário ou do senhorio em nada relevam e por isso não interessam ao tribunal, que muitas vezes não chega a ter qualquer contacto pessoal e directo com os litigantes. O sentido da decisão do juiz depende apenas do conhecimento e convicção acerca da verdade dos factos submetidos à sua apreciação e do domínio perfeito de um sistema de ideias e valores muito complexo, com feição e terminologia próprias, que, mostrando alguma vulnerabilidade, pode tornar-se permeável à prática de jogos de palavras e acções menos recomendáveis, sob a aparência de legalidade.

Diferentemente, *em matéria penal* estão em causa os próprios sujeitos, com o seu presente e o seu passado, julgando-se ao mesmo tempo o acto e o seu agente, a materialidade e as intenções. Julgar o acto em si abstraindo do seu autor, seria como que exercer uma espécie de vingança, nos moldes de antigamente.

O exercício da jurisdição penal deve, pois, ser dirigido à prevenção e à emenda. Investigando as causas mais profundas, vai agir-se sobre elas com vista a neutralizá-las. Se por exemplo alguém rouba por falta absoluta de meios de subsistência, porque não proporcionar-lhe formação profissional que lhe permita viver decentemente?

Parece, deste modo, evidenciar-se alguma aproximação ao ideal do «panchayat», mas apenas quando de questão penal se trate, já que em matéria cível tudo terá de ser diferente.

Estaremos, então, perante uma distinção indestrutível esta que parece cavar-se entre o «civil» e o «penal»? Serão assim tão nítidas as fronteiras que os separam?

Porventura não. Se a ordem pública, devidamente entendida, respeita também, senão mesmo mais, ao futuro do que ao presente — e é exactamente nessa ideia que se alicerça a esperança de reinserção social —, parece claro que o aparecimento deste direito social contribuirá, de certo modo, para esbater as fronteiras da distinção.

Uma coisa é certa: a necessidade transtemporal e transterritorial da existência de uma *justiça*.

Não tem o Direito essa importantíssima e bifronte missão de constituir direitos e de garantir a sua efectividade através de mecanismos de tutela completa e eficaz?

Não lhe compete também, para cumprir cabalmente a função a que é chamado, assumir uma dinâmica tal que acompanhe a própria evolução da sociedade?

Como na frase de Paulo (Digesto, 50, 17,1): «O direito é, na sua essência, um mundo real *quod est*».

IX. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em jeito de conclusão diria que, com a publicação deste texto — cuja génese e características vão assinaladas na nota inicial — foi meu desígnio reavivar ideias e valores que merecem constante reflexão e aprofundamento por parte dos estudiosos e dos aplicadores do direito, independentemente do sítio do mundo em que cada um se encontre.

Creio que nunca será demais reafirmar que, em qualquer sociedade humana, em qualquer espaço (estadual ou não), é sempre muito útil, mesmo essencial, pensar e compreender *o direito, a coerção e a moral* como fenómenos sociais diferentes, que são, mas relacionados, que também são, e de modo muito significativo.

No que toca ao sistema jurídico de Macau, porque tem como fonte inspiradora, desde há séculos, um sistema pertencente à família romano-germânica de direitos, e porque o actual direito da Região Administrativa Especial de Macau continua matricialmente ligado a essas mesmas raízes, parece fazer sempre sentido a abordagem de aspectos relativos à formação histórica desse grande sistema de direitos e à génese e evolução de alguns institutos com que aqui se lida no quotidiano — complexo e delicado — da aplicação do direito em geral e da administração da justiça em particular.

