

DA TRADIÇÃO CONTINENTAL E A SUA RELAÇÃO COM OS SISTEMAS DO CONTINENTE (RPC), TAIWAN E MACAU*

Mi Jian **

A localização das leis de Macau é o passo mais importante durante o período de transição de Macau, o que é reconhecido por todos. De uma maneira geral, o direito de Macau, baseado no sistema jurídico português, tem por fontes principais os grandes códigos e determinadas legislações e está ligado ao sistema continental. Precisamente por esta característica do direito português, a tradução dos cinco códigos mais importantes de Portugal constitui a tarefa fundamental da localização das leis de Macau. Então, de que se trata a tradução continental? Como aparece e se desenvolve? Quais são as características? Por outro lado, qual é a relação entre os direitos de Macau, o Continente (RPC), Hong Kong e Taiwan, por causa da futura ligação íntima entre os territórios? Só depois de serem esclarecidos os problemas, será possível compreendermos o pano de fundo do direito de Macau, e, evitando desorientações, promover iniciativas no processo de localização das leis.

I A FORMAÇÃO E A ESTABILIZAÇÃO DA TRADIÇÃO CONTINENTAL

1. O QUE É A TRADIÇÃO CONTINENTAL?

A tradição continental ou os sistemas continentais são aqueles que têm por *fonte jus romanus ou jus civile* e se desenvolveram com base no seu sistema jurídico. Chamam-se sistemas continentais, porque o seu aparecimento, desenvolvimento e a «recepção» posterior ocorreram no

* Parte do presente texto é tirado da obra «A Tradição do Direito Civil e o Sistema Jurídico da China Contemporânea» da autoria de Mi Jian e Prof. Dr. Jiang Ping.

** Assistente da Universidade Zheng Fa de Beijing. Jurista do Gabinete para a Tradução Jurídica de Macau.

continente europeu. Da forma primitiva desta tradição jurídica, o *jus civile* da antiga sociedade romana, deriva a actual tradição do direito civil. Chamam-se, também, tradições romanas ou tradição do direito civil (the civil law tradition) pela sua mais longa relação histórica com o Direito Romano; até agora elas mantêm as instituições, jurisprudências e diversos princípios romanos como forma básica.

2. A CONSTITUIÇÃO DA TRADIÇÃO CONTINENTAL

A tradição, ou os sistemas continentais, surgiu no estado romano há cerca de dois mil e quinhentos anos. No entanto, eles só se constituíram depois da recepção do Direito Romano pelos povos germânicos da Idade Média. A base ou fundamento da recepção consistia no Corpus Iuris Civilis, compilação ordenada pelo imperador do Oriente, Justinianus. O Corpus Iuris Civilis era a compilação dos mais diversos Leges, Constitutiones Principum, Ius Praetorium e Iurisprudencia e representava, realmente, uma conclusão completa do desenvolvimento do Direito Romano do passado. Era o conjunto do Direito Romano, mas, também declarou o fim do seu desenvolvimento. No entanto, o mais importante é que, por meio da compilação jurídica, os romanos deixaram a sua criação inteligente, a herança da cultura jurídica, da qual brotou a tradição continental, recebida pelos demais países e que produziu a mais ampla influência no mundo de hoje.

Desde o século XI, após os conflitos armados prolongados no início da Idade Média, que as nações europeias concluíam sucessivamente o processo de feudalização. O novo ambiente político, mais estabilizado, e condições económicas mais dinâmicas, introduzidos pela constituição da nova relação produtiva na sociedade, promoveram, conseqüentemente, o desenvolvimento da economia social. Por isso, começava a surgir o capitalismo moderno e as cidades comerciais da Idade Média. No âmbito das novas relações produtivas da sociedade e da vida social, originadas pelas novas condições históricas, à necessidade de novo ordenamento normativo de comportamento social, surgida neste contexto, correspondia, exactamente, o direito e as instituições criadas pelos antigos romanos. Conseqüentemente, o renascimento do Direito Romano tornou-se necessário.

Os centros culturais na Europa, principalmente os criados nas cidades italianas, assumiam o papel mais importante no renascimento do Direito Romano. A Universidade de Bolonha, o mais antigo estabelecimento europeu do ensino superior da Idade Média, era a primeira que leccionava o Direito Romano, ganhava a fama, especialmente, pela Escola dos Glosadores ali formada. Ela tornava-se um centro académico de estudos do Direito Romano. À Escola de Bolonha acorreram estudantes de múltiplas proveniências. Tudo isto contribuiu, em larga medida, para a difusão do Direito Romano dentro e fora da Itália. No século XIII, os trabalhos da Escola dos Glosadores evoluiu para uma nova fase devido à Glossa Ordenaria (1250) de autoria de Accursius (1182-1260).

Surgiu, assim, a Escola dos Comentadores. Diferente dos Glosadores, que se limitavam, principalmente, a interpretar os textos do antigo Direito Romano, os comentadores dedicavam o seu maior esforço a adaptar as interpretações do Direito Romano ao desenvolvimento da sociedade naquela altura. «O seu resultado era restaurar a consciência e a dignidade do Direito, e a sua importância na manutenção da ordem social objectivada para o progresso da sociedade»¹. Na Europa, com excepção da Itália, os Estados germânicos eram os primeiros que procediam, com sucesso, a recepção do Direito Romano iniciada em Bolonha. Em termos gerais, a recepção operada pelos povos germânicos começava, primeiro, pelo ensino do Direito em universidades. Grande número de jovens juristas eram formados segundo os seus planos. Todos eles adoptaram o Direito Romano como disciplina obrigatória, porque nessa altura, «em todas as universidades europeias, o Direito Romano, completado pelo Direito Canónico, era a base de qualquer ensino jurídico»², situação mantida até ao século XIX. Embora o Direito Canónico fosse a matéria principal do ensino jurídico germânico até ao século XV, ele estava intimamente relacionado com o Direito Romano. Realmente este era o fundamento indispensável para os estudos daquele. Neste contexto, os estados germânicos da Idade Média concluíram, em primeiro lugar, a recepção do Direito Romano. O jus comune, «obra duradoura concluída pelos autores europeus»³, e também a base material da constituição e estabilização da tradição continental, era o resultado directo do renascimento e a recepção do Direito Romano pelos povos germânicos na Idade Média. Sem a transformação, operada pelo jus comune, do antigo no moderno, do especial no comum e da fragmentação na integração, não haveria hoje a tradição continental.

3. ESTABILIZAÇÃO DA TRADIÇÃO CONTINENTAL

A tradição continental estabilizou-se com o movimento das codificações dos modernos Estados capitalistas, o mais importante era o «Code Civil» (Código Civil francês) de 1804. As codificações de várias nações anteriores a este nunca tiveram influência tão profunda como este. A título de exemplo, o Código Civil do Estado escandinavo teve apenas reflexos na própria zona ou país. Por outro lado, a influência das codificações ordenadas pelo prussiano Friedrich II e o austríaco Joseph II era, também, relativamente limitada. Em grande medida, os primeiros códigos nacionais fundamentavam-se no Direito Romano. O aparecimento do Code Civil teve um papel determinante na estabilização da tradição do direito civil. Proveniente do Direito Romano, este constituiu-se pela tradição jurídica formada na recepção do Direito

¹ René David, «Les Grands Systèmes de Droit Contemporains», tradução de Qi Zhu Sheng, Editora de Publicações de Traduções de Shanghai, 1984, p. 25.

² Ob. cit., p. 41.

³ Ob. cit., p. 43.

Romano pelos povos germânicos e outros, e, marcando uma época, reuniu o pensamento da vida social moderna e o conteúdo da vida no mesmo código. A partir dessa altura, com a sistematização própria, a tradição do direito civil em sentido rigoroso estabeleceu-se finalmente, como paradigma da tradição continental e exemplo importante de codificações de outros países contemporâneos e ulteriores; as codificações francesas tinham o significado muito importante na história do Direito.

Como primeiro código importante na história moderna, o *Code Civil* era, de facto, a «lei francesa», ou seja, o resultado da fusão, em longo período, dos «costumes comuns» e do Direito Romano. Aqueles eram confusos e sem forma escrita, este era reduzido a escrito. A forma do *Code Civil* seguiu, integralmente, a estrutura dos *Institutes Justiniani*, do Direito Romano. Além disso, extraiu dele muitas matérias e princípios. Consequentemente, quer no plano das fontes históricas, quer no plano dos conteúdos materiais, o *Code Civil* representava, certamente, a tradição romanista, isto é, a continuação e o desenvolvimento da tradição civilista. Cerca de cem anos depois da sua publicação, o Código Civil Francês tornou-se no paradigma legislativo, não só das nações europeias, mas também foi imitado na Europa do Leste, no Próximo Oriente, no centro e sul da América, e até na zona do norte da América. Mesmo a Alemanha e a Itália, foram, também, longamente influenciadas. Até hoje, a ele estão subordinados ainda os códigos civis belga, luxemburguês e holandês.

II A CONSOLIDAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DA TRADIÇÃO CONTINENTAL

Se o *Code Civil* foi o símbolo da estabilização da tradição civilista, o Código Civil Alemão (conhecido pela sua sigla BGB) marcou a sua consolidação e desenvolvimento. Por outras palavras, ainda que não houvesse este código, a tradição civilista existia objectivamente. Todavia, o aparecimento deste código desenvolveu e melhorou esta tradição, para esta ganhar vitalidade de continuação em novas condições históricas. Nisso reside, precisamente, o maior mérito histórico do BGB. Mais ainda, a partir da base sedimentada na história, os alemães publicaram o Código Civil Alemão, intimamente relacionado com o Direito Romano. Eis o significado do BGB na cultura jurídica moderna e contemporânea. O nascimento do código possibilitou o desenvolvimento da tradição civilista estabelecida pelo *Code Civil*. Assim, ela conseguia novo alcance da época no âmbito de instituições e técnicas, de princípios e pensamento, de forma e conteúdo.

Comparado com o *Code Civil*, o BGB não apresentava apenas originalidade de estilo, mas também muitas diferenças relativas a forma e ao conteúdo. Analisada a causa, deu-se conta, principalmente, da nítida diversidade de períodos históricos em que os dois códigos se

inseriram. Normalmente, «*a característica de elaboração de um código civil é determinada, fundamentalmente, pelos certos requisitos históricos de que depende a sua criação*»⁴. O BGB saiu praticamente um século mais tarde que o *Code Civil*. Neste período histórico, certos países capitalistas mais industrializados da Europa prepararam e realizaram grandes viragens históricas. Ao momento da publicação do *Code Civil* correspondiam a recente conquista do poder pela burguesia e o vigoroso desenvolvimento do capitalismo liberal. Por seu turno, à publicação do BGB, o capitalismo liberal estava a ultimar o processo de transição para o capitalismo monopolista. Por isso, o pensamento e a normatividade revelada neste código situaram-se longe da radicalidade e avançamento daquele: verifica-se nitidamente, ao contrário, a serenidade e o conservantismo. Quanto a isso, o jurista alemão, Radbruch, tem a melhor apreciação: «*Se o BGB fosse a abertura do século XX, era melhor chamar-lhe o fim do século XIX*»⁵. Ou na palavra de Zitelmann, ele é «*a conclusão cautelosa de uma realidade histórica, mas não o começo corajoso de um novo futuro*»⁶. No entanto, seja como for, ele revelou as relações sociais não veiculadas pelo Código Napoleão condicionado pela sua época. Por outro lado, sob influência profunda do pandectismo, a linguagem, a técnica, as concepções e a estrutura do código alemão eram muito originais. O desenvolvimento da tradição civilista pela publicação do BGB era comprovado pela história. As codificações na Itália, Grécia, Portugal, Japão, e na China no fim da dinastia Qing ou princípio da República, até as leis chinesas contemporâneas têm a sua influência directa ou indirecta.

III

AS CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DA TRADIÇÃO CONTINENTAL

Como a tradição continental é um dos mais importantes sistemas jurídicos na história do desenvolvimento do Direito no mundo, e introduz profunda e ampla influência na vida social do mundo de hoje, de que maneiras podemos julgar e apreciar o seu desenvolvimento histórico e a existência na realidade? Para isso, há que precisar, em primeiro lugar, as características básicas que separam a tradição continental de outras tradições ou outros sistemas jurídicos. Zweigert e Kötz, ambos juristas alemães, propuseram os seus critérios ou requisitos a considerar para classificar os sistemas:

1. Fonte e evolução de uma ordem jurídica
2. Forma específica de raciocínio jurídico.

⁴ Konrad Zweigert/Hein Kötz «Einführung in die Rechtsvergleichung», livro I, p. 168 e ss., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1984.

⁵ Ob. cit., p. 169.

⁶ «Deutsche Juristenzeitung», 1900, p. 3.

3. Instituições jurídicas determinadas e representativas.
4. Fontes de Direito e tipos de interpretação.
5. Factores de pensamento⁷.

O jurista francês, René David considera que, «*O recomeço dos estudos do Direito Romano foi o fenómeno principal que marcou o nascimento do sistema jurídico romano-germânico. Os países dos juristas e praxistas que utilizavam as classificações, os conceitos e as formas de raciocínio do Direito Romano eram os que a ele pertenciam*»⁸. Cada um dos pontos de vista tem a sua originalidade, mas são iguais as características fundamentais. Em termos de globalidade, o primeiro seria mais inspirativo. De facto, como um sistema jurídico, a tradição continental tem várias características. As principais são:

Primeiro, proveniente do Direito Romano, tinha-o como fonte histórica e cultural em termos directos ou indirectos.

Conforme o referido, o conceito da tradição continental vinha directamente do Direito Romano, ou seja, da concepção do *jus civile* em Roma. Depois da extinção do Império Ocidental, os germânicos também absorveram o Direito Romano, conscientemente ou não. Do renascimento do Direito Romano derivava, directamente, o *jus comune*, do qual dependia a formação da tradição continental. O primeiro código civil do mundo moderno, o *Code Civil*, tinha relação inseparável com o Direito Romano, quer em termos de história, pensamento, instituições e estrutura do Código, quer no plano de muitas disposições concretas. Acontecia o mesmo relativamente ao Código Civil Alemão publicado cerca de cem anos depois. Certamente, a imitação e dependência do Direito Romano eram muito diferentes. Por outro lado, as codificações de várias nações modernas, integradas na tradição romanista ou continental por serem influenciadas pelas leis francesas e alemãs, devem ser consideradas originadas indirectamente do Direito Romano.

Segundo, tem por fontes principais leis codificadas, complementadas por leis regulamentadoras.

A característica mais fundamental da tradição continental são as leis codificadas. Estas também são o ponto mais importante que a separa de tradições jurídicas comuns. Já no tempo dos Estados romanos, a codificação era o núcleo de todo o ordenamento jurídico. A Lei das XII Tábuas elaborada em 450 a.C. constitui a codificação mais antiga do «Direito Civil». Depois da época clássica do Direito Romano, com base no desenvolvimento sem precedente do Direito Romano e da jurisprudência romanista, apareceram, sucessivamente, vários códigos, a saber, *Codex Gregorianus* (295 d.C.), *Codex Hermogenianus* (324 d.C.) e *Codex Theodosianus* (435d.C.). Depois da extinção do Império Ocidental, havia mais algumas codificações, mistura do direito consuetudinária-

⁷ «Einfuerung in die Rechtsvergleichung», p. 79.

⁸ René David, «Les Grands Systèmes de Droit Contemporains», Shanghai, p. 49.

rio germânico e do direito escrito de Roma. São elas *Edictum Theodorici* (500 d.C.), Lei Romana Visigótica Ocidental, *Lex Romana Burgruniorum* (517 d.C.). Além destas, havia ainda o mais importante, o *Corpus Iuris Civilis*. Na fase final da época medieval apareceu o uso moderno pandectístico (*Usus Modernus Pandectarum*). Além disso, quase todos os países europeus da Idade Média tentaram a codificação, sem influência do Direito Romano. Em Espanha, o Imperador de Castela, Afonso X ordenou a publicação do Código das Sete Partidas (*Código de Las Siete Partidas*, 1265 d.C.). Pouco depois, apareceram, também, em Portugal as Ordenações (ver o capítulo 6). Chegada a época moderna, o código como a principal forma jurídica acabou de constituir a regra da tradição continental. Países como França, Alemanha, Suíça, Itália, Espanha, Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Portugal não fugiram a ela.

No entanto, considerado o código como a fonte principal da tradição continental, não se devem desprezar outras fontes da tradição jurídica. Mormente na época moderna e contemporânea, leis e jurisprudência tomam um papel cada vez mais importante. Elas preenchem o vazio deixado pelos códigos e alargam novos espaços em correspondência ao desenvolvimento social. Criando novos princípios jurídicos, elas passam a ser uma parte importante indispensável da tradição continental. Sem elas, um ordenamento jurídico deixa de ter cabimento.

Terceiro, o direito civil é o centro do ordenamento jurídico.

Quase todos os ordenamentos ou sistemas jurídicos continentais preferem o direito civil como o seu núcleo. De facto, o sentido do direito civil aqui referido é em termos jurídicos. Por isso, tem a sua causa histórica e social. Como foi referido, a tradição continental vem, historicamente do Direito Romano, e deduz o seu significado do *jus civile*. Realmente, o Direito Romano que tratamos é o direito privado grossamente integrado no *jus civile*. Quer o *jus civile*, quer o direito privado romanista, os seus conteúdos principais correspondem, exactamente, às categorias modernas do direito civil. Assim, é natural que a tradição jurídica, desenvolvida com base no Direito romano, ostenta com o direito civil. Aqui, o direito civil é, desde sempre, a base importante das suas teorias e instituições jurídicas. O desenvolvimento de outros ramos de direito depende do direito civil. Em termos sociais, as instituições ou categorias civis reflectem as mais comuns relações de trabalho e de vida. São sempre normas de comportamento das pessoas que vivem, trabalham e progridem num determinado ordenamento social. Por conseguinte, é mais que evidente que para conhecer as instituições jurídicas de uma sociedade ou de um país, é necessário, primeiro, ter em mente as suas instituições do direito civil. Precisamente por esta causa, a maioria dos juristas no mundo de hoje, considera ainda tradicionalmente o direito civil como o verdadeiro núcleo. «*Nalguns Estados, ele tem ainda a natureza para-constitucional*»⁹. Isso explica,

⁹ Gordon, Michel «Tradições Jurídicas Comparadas», West Publishing Co., 1982, p. 48.

igualmente, porque muitos comparatistas elegem o código civil ou legislação civil como objecto principal de investigação ao estudarem os modernos sistemas jurídicos civis ou outros sistemas.

Quarto, o progresso do Direito depende da ciência do Direito.

Embora o desenvolvimento do Direito em cada sistema jurídico seja influenciado, sem excepção, pela ciência do Direito, não há sistema jurídico que dependa tanto dela como o continental. No tempo do Direito Romano, o factor importante que incentivava o desenvolvimento rápido deste era o progresso da ciência do Direito romanista. É possível afirmar que, sem a ciência do Direito Romano, não haveria Direito romanista que subsistisse até hoje e cheio de honra. Desde o meio da República até à época anterior à do Direito Romano clássico. Embora o Direito Romano fosse enriquecido largamente por *Edictum Praetorum*, este fundamentava-se frequentemente em opiniões e consultas de jurisconsultos¹⁰. A prosperidade do Direito Romano clássico é, realmente, a da ciência do Direito romanista. O autor autorizado da ciência do Direito Romano da Alemanha contemporânea, Max Kaiser, disse que, «*O direito privado romano, que desenvolveu decisivamente no período pré-clássico e no clássico, aparecia como iurisprudencia nesta época. Os seus criadores no pensamento, ou seja, os mestres de direito, não eram pessoas desligadas da realidade, mas pessoas integradas na vida jurídica real — não necessariamente na organização judiciária — eles criaram a sua ciência directamente da vida jurídica, e, através do seu saber, serviam imediatamente a prática jurídica. Por meio da união perfeita de aplicação, melhoramento jurídicos e a ciência do direito, a veracidade de vida tornou-se possível no Direito Romano*»¹¹.

O renascimento do Direito Romano iniciado no século XI começou precisamente com a ciência do direito e acabou também com ela. Os glosadores e os comentadores não escaparam a esse caminho. Os Pandectistas da Alemanha nos séculos XVIII e XIX prestaram contribuições especialmente importantes no processo de desenvolvimento do direito alemão. Relativo à tradição continental, desde a sua estabilização até hoje, a ciência é sempre a parte importante. Aqui se nota a diferença clara com o *common law*. Este consiste principalmente em jurisprudências. Por conseguinte, em termos gerais, a posição dos juristas na tradição continental é mais alta que a dos juizes, mas na tradição do *common law* a posição dos juizes é mais elevada que a dos juristas. Na história do desenvolvimento do direito, juristas são lembrados sempre na tradição continental, por seu turno, os juizes são, normalmente, honrados no sistema de *common law*¹². No entanto, no interior da tradição continental, as críticas e menosprezo dos efeitos da ciência do direito são cada vez maiores. Um autor alemão, Kirschmann, teve uma

¹⁰ «Rudolf Sohm Institutionen», Duncker & Humbolt, 1917, p. 102.

¹¹ Max Kaiser, «Das R#omische Privatsrecht», C.H. Beck, 1966, p. 12 e ss..

¹² «Tradições Jurídicas Comparadas», p. 81 e ss.

tese famoso, «*Da sem valia da ciência do direito como ciência*», nesta ele disse sem reserva que «*basta três frases do legislador, todos os livros respectivos tornar-se-iam em lixo*»¹³. Todavia, até hoje, a posição da ciência do direito nesta tradição não sofre, ainda, nenhuma agitação ou enfraquecimento.

IV

A TRADIÇÃO CONTINENTAL E O SISTEMA JURÍDICO MODERNO DA CHINA

1. O PANO DE FUNDO DE REFORMA DO DIREITO TRADICIONAL

Diferente da causa de pertencer à tradição continental do sistema jurídico português, o ordamento jurídico chinês só dela faz parte a partir do corrente século. Antes disso, o direito chinês estabelecia-se com base na sua própria tradição histórica e cultural, formava a tradição jurídica chinesa com sistema e características próprias, muito diferente da tradição continental e da tradição do direito anglo-americano, fundada na história e cultura ocidentais. No entanto, a partir da segunda metade do século XIX, a política fechada da China fracassou completamente. Perante as forças militares e económicas de potências ocidentais, o governo de Qing, corrupto e incompetente, estava num beco sem saída, muitas vezes humilhava e traía a sua própria nação, era fortemente criticado pela administração e administrados. Consequentemente, o então governo chinês era forçado, embora contra sua vontade, a enfrentar os crescentes contactos no âmbito económico e político, e consciente de que a política e o ordenamento jurídicos do passado, fechados ao exterior, não respondiam, de maneira nenhuma, às necessidades da época. Por outro lado, a radicalização dos conflitos sociais na China abalaram imediatamente a governação da Dinastia Qing. Nestas situações, as pessoas com perspectiva dentro e fora do Governo dedicavam-se a encontrar o caminho para sair da crise e salvar a nação e o povo. A maioria delas considerava que o fracasso da China se devia ao atraso e imperfeição dos sistemas político e jurídico. Por isso, a saída da China só se encontraria na reforma dos sistemas políticos e jurídicos. Pelas imaturas condições sociais de então, a reforma política acabou, temporariamente com o fracasso dos reformistas, mas a reforma jurídica era levada adiante e chegava praticamente ao fim. A orientação da então reforma jurídica tinha por modelo sistemas jurídicos ocidentais especialmente o sistema jurídico continental para estabelecer o ordenamento jurídico da China adaptado à vida social moderna e com relacionamentos com o exterior. Através dos esforços dos governos do final de Qing,

¹³ Radbruch «Einführung in die Rechtsvergleichung», K. F. Kohler, 1958, p. 102.

do Norte da República da China, os trabalhos de transformação do direito chinês tradicional terminaram praticamente, no início dos anos trinta deste século. Foram elaborados e publicados, sucessivamente, vários projectos de códigos, e estabeleceu-se o fundamento e o sentido do desenvolvimento do direito chinês na época moderna. Embora a história moderna da China estivesse submetida a um longo e acidentado caminho e com modificações constantes de sistema político, o destino e a forma do desenvolvimento jurídico não sofriram nenhuma alteração.

A integração no sistema jurídico romano-germânico ou tradição continental do tradicional direito chinês começou com legislações do final de Qing e acabou nos princípios da República. Ele originou que as instituições existentes se libertassem gradualmente, do condicionalismo da tradição do direito chinês e reuniram, basicamente, as características da tradição continental no âmbito de diversas instituições, formas de criação, exemplos de estrutura e processo de realização, começou, assim, a harmonizar-se com os ordenamentos jurídicos dos países do mundo contemporâneo.

As legislações modernas e contemporâneas são a consequência necessária para que a China moderna se voltasse para o exterior. A oportunidade do acontecimento é o fracasso da política fechada. Há autores que consideram que *«a fonte primitiva do movimento legislativo da primeira fase da China moderna para a Guerra Sino-Japonesa, verifica-se mais nos finais de Qing»*¹⁴. As actividades legislativas *«começaram, verdadeiramente, após a Guerra Nipo-Russa. Na altura, os intelectuais consideraram que a causa de o pequeno Japão conseguir vencer um grande país era o resultado da constitucionalização japonesa. Eles acreditaram em que os Estados autoritários dificilmente conseguissem fortalecer-se. Por isso, publicar uma Constituição e convocar o Parlamento eram aspirações da classe de intelectuais em geral»*¹⁵.

No entanto, segundo as situações históricas da altura, as actividades legislativas nos finais de Qing, planeadas durante muito tempo, só começaram realmente em 1902, dois anos antes da Guerra Nipo-Russa. No ano 28 do Reinado do Imperador Guang Xu, o governo da Dinastia Qing decretou formalmente a reforma do direito, em consequência das propostas apresentadas por dois governantes esclarecidos, o Governador das províncias de Jiang Nan e de Jiang Xi e o Governador das províncias de Hu Nan e de Hu Bei¹⁶. A ordem das Cortes de reforma do

¹⁴ Yang You Jiong, «História de Actividades Legislativas Chinesas Modernas», Imprensa Comercial de Taiwan, 1967, p. 1.

¹⁵ Ob. cit., p. 3.

¹⁶ O Decreto Imperial determina: *«Só que, o método de administrar define-se, de melhor forma, segundo as circunstâncias. As condições do passado e do presente são diferentes. Não há aplicações satisfeitas sem considerações. Mais ainda, recentemente as conjunturas são cada vez mais favoráveis e os comércios mais desenvolvidos, as legislações nos domínios de exploração mineral, estradas e comércio devem ter regulamentações específicas. Encarrega os embaixadores de*

direito era apoiada na sociedade. No mesmo ano, o Imperador Guang Xu voltou a decretar: «*considerando as crescentes actividades de comércio e contactos, ficam Shen Jia Ben e Wu Ting Fang encarregados a apreciar e interpretar cuidadosamente todas as leis vigentes segundo as situações de contactos e as leis de cada Estado, afim de os intercâmbios entre a China e o exterior serem ordenados. Publique-se*»¹⁷.

Dois anos depois, no dia 1 de Abril do ano 34 do Reinado de Guang Xu, as Cortes de Qing estabeleceram formalmente o Departamento de Revisão das Leis. Desde então, os trabalhos de reforma do direito chinês começaram realmente. Começaram por destacar especialistas para o estrangeiro a fim de proceder a pesquisas dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seleccionar entendidos para estudar direito ocidental no estrangeiro e contratar juristas estrangeiros para ajudar a elaboração de projectos de leis. Neles os juristas japoneses desempenharam um papel importante.

2. O PROCESSO CONCISO DA REFORMA DO TRADICIONAL SISTEMA JURÍDICO DA CHINA NOS FINAIS DA DINASTIA QING

O direito chinês tradicional era, realmente, o conjunto das normas sociais, morais e penais, não se distinguindo o civil e o penal. O ditado popular «Se não é moral é penalizável» explica precisamente os efeitos das normas sociais e penais como normas de vida social na tradição chinesa e as relações entre elas. As chamadas normas sociais e morais eram formadas pelas «regras», as normas penais derivavam das «leis». Aquelas não eram normas jurídicas, só estas o eram. Por isso, as legislações penais e administrativas têm antecedentes históricos na China, mas é difícil de encontrar precedentes no âmbito de legislações civil e comercial. De facto, era, exactamente, neste domínio que se conseguia sucesso nas legislações do final de Qing e produzia maior impacto no desenvolvimento do direito chinês contemporâneo. Na altura, o projecto do direito civil era elaborado segundo as investigações sobre os usos e costumes de províncias feitas pelos funcionários seleccionados da Administração, as jurisprudências estrangeiras respectivas e os relatórios das províncias». No segundo ano do Reinado do Impera-

investigação e recolha das leis vigentes de cada Estado e de remetê-las ao Departamento dos Negócios Estrangeiros. E manda Yuan Shi Kai, Liu Kun Yi e Zhang Zhi Dong seleccionar cuidadosamente uns peritos que conhecem bem as leis chinesas e estrangeiras e os destacar à capital esperar ordens, criar novo departamento, proceder revisões, solicitar aprovação e promulgação. Esperam-se as novas leis pragmáticas, justas, aplicáveis no interior e exterior, flexíveis e respondem às exigências do povo». «Documentação de Guang Xu do Grande Qing», vol. 486.

¹⁷ «Documentação de Guang Xu do Grande Qing», vol. 498; ver também Shen Jia Ben, «Anulação das Normas Repetidas nas Leis».

dor Xuan Tong (1910), saiu o projecto. Este foi submetido, depois, a várias revisões e acrescentada a fundamentação legislativa. No ano seguinte, o projecto foi fixado definitivamente. Era o chamado, posteriormente, «*Projecto do Direito Civil do Grande Qing*». Este projecto do direito civil tinha por modelo as leis civis alemãs, suíças e japonesas.

Na fase final da Dinastia Qing, a China estava a enfrentar os conflitos com o Ocidente, reflectindo-se primeiramente intuitiva e objectivamente nos comércios com o exterior. Por isso, no tempo em que o Projecto do Direito Civil do Grande Qing estava na ordem do dia, as Cortes já tinham elaborado leis comerciais¹⁸. No ano 29 de Guang Xu (1903), as Cortes de Qing começaram formalmente a fazer leis comerciais. Na feitura destas, as convenções comerciais celebradas entre a China e as grandes potências ocidentais constituíram referência para a legislação. Devido à grande diversidade dos ramos do direito comercial, era impossível concluir a curto prazo. Por isso, foram apresentadas, em primeiro lugar, a Lei Geral dos Comerciantes, com nove artigos e a Lei das Sociedades Comerciais, com 131 artigos. «*A Lei das Sociedades Comerciais do Grande Qing*» foi concluída no mesmo ano e posta em vigor por ordem real. No entanto, ela era demasiado simples, não respondendo às necessidades sociais daquela altura, tendo sido encarregado um japonês, Shida Kotaro para presidir à elaboração do projecto da Lei Comercial. Por essa *razão*, o projecto tinha por fonte, principalmente, a lei comercial japonesa e esta, complementarmente, a lei comercial alemã¹⁹. Por conseguinte, as duas partes da Lei Comercial, princípios gerais e a regulamentação das sociedades, publicadas no ano primeiro de Xuan Tong (1909), sofreram oposições generalizadas de associações comerciais de todo o país por «*não corresponder às situações nacionais*». A partir dessa altura, as associações comerciais procederam, elas próprias a investigações. Com base nisso, consultando as respectivas novas legislações de outros países, concluíram «*A História das Investi-*

¹⁸ «A China tinha valorizado as relações diplomáticas desde antiguidade. No tempo poderoso de Qing, os diversos países visitavam-na e mantinham-se boas relações. Depois da abertura dos caminhos marítimos, as situações mudaram-se rapidamente. Começou com os arrendamentos de pequenas zonas para emigrar e fazer negócios e deslocar entre Cantão e a Costa Oriental por alguns países tal como Portugal e Holanda. As potências como a Inglaterra, a França, América e a Alemanha apressaram-se a chegar. As suas intenções eram procurar a abertura do mercado. No ano 1839, procedendo proibição de ópio e formação de aliança precipitada, a Inglaterra, com base em Hong Kong, abriu cinco cidades aos comércios exteriores. A França, a América, a Suíça e Noruega concluíram acordos sucessivamente. Espanha, Itália, Áustria, Portugal e a Bélgica invocaram o exemplo da Inglaterra e da França para celebrar acordos comerciais. A fronteira marítima tornou-se agitada desde então». Ver «*Escritos da História de Qing*», vol. 153, tomo 128, Relações com Outros Estados, I.

¹⁹ O projecto do primeiro Código Comercial Japonês, que foi elaborado pelo alemão Hermann Rosier, tinha, inteiramente, por modelo o Código Comercial Alemão.

gações da Lei Comercial». Apresentada esta às Cortes e submetida às revisões pelos Departamentos de Indústria e Agricultura de todo o país, foi finalmente publicado o novo «Projecto da Lei Comercial». Mas continha, apenas, duas partes, de princípios gerais e da lei das sociedades comerciais.

Ao elaborar as leis civis e comerciais na fase final da Dinastia Qing, também foram feitas as leis penais e processuais. «*A Lei Penal do Grande Qing*», cuja preparação era presidida pelo autor japonês Okada Sataro, foi concluída no ano segundo de Xuan Tong (1910). As cortes de Cheng mandaram imediatamente publicar e pôr em vigor²⁰. O projecto da Lei de Processos foi, em primeiro lugar, preparado por Wu Ting Fang e foi apresentado às Cortes no ano 32 de Guang Xu. Todavia, neste projecto não fez a distinção entre o processo civil e o penal. Por isso, foi posteriormente elaborado um novo projecto com a ajuda do japonês Ogawa Jijiro. Os projectos das Leis Processuais Civil e Penal foram concluídos no ano segundo de Xuan Tong. Eram os primeiros projectos de leis processuais na história moderna da China.

3. AS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE REFORMA JURÍDICA CHINESA NOS FINAIS DE QING

Os diversos projectos de leis feitos na fase final de Qing, seguiram, basicamente, os modelos dos Estados dotados de sistemas jurídicos continentais. Foi assim com as leis civil, comercial, penal e até processual. O «*Projecto da Lei Civil do Grande Qing*» tinha por modelo o Código Civil Alemão. Foi influenciado profundamente pelo Pandectismo aos níveis de matérias, estilo, pensamento e princípios. Ao mesmo tempo, também foi influenciado pelo direito civil suíço e japonês em muitas áreas. Precisamente por estes aspectos, analisado no ângulo da cultura jurídica, as legislações dos finais de Qing provenientes directamente da reforma jurídica dessa altura desligaram-se, em larga medida, da base social, histórica e cultural do próprio povo, originando a sua deficiência e a impossibilidade de aplicar são complementarmente na sua sociedade nacional. A título de exemplo, as Leis Comercial, de Títulos e de Comércio Marítimo foram da autoria do japonês Shida Kotaro e referenciaram, na maioria das partes, a lei comercial japonesa. Conforme o referido, a lei comercial japonesa tinha, de facto, por modelo a lei comercial alemã. O fenómeno de recepção aqui verificado evidencia que o ordenamento jurídico moderno da China, desenvolvido com base nas legislações dos finais de Qing herdou a tradição do sistema jurídico continental. Além das leis da área comercial referidas, as legislações dos finais de Qing abrangeram também as Leis de Falência, de Bancos e de Concessão de Registo às Sociedades de Barcos. Elas tinham, também, por modelo o sistema jurídico continental.

²⁰ V. Pan Wei He, «História do Moderno Direito Civil da China», p. 123.

No entanto, a altura de concluir praticamente as legislações dos finais de Qing, foi exactamente o tempo da sua extinção. Por essa razão, a maioria das legislações não chegaram a ser publicadas e postas em vigor. De qualquer maneira, a direcção do desenvolvimento do direito chinês foi estabelecida genericamente. Extinta a Dinastia Qing, os trabalhos legislativos dos tempos de governo do Mar Norte e do Partido Nacionalista foram procedidos com esta base. Por isso podemos dizer que eles constituíram a continuação e o acabamento da legislação dos finais de Qing. Assim, não é legítimo apagar as contribuições desta para a história do desenvolvimento do ordenamento jurídico chinês.

4. A CONTINUAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DA REFORMA JURÍDICA NA FASE FINAL DE QING

Extinta a Dinastia Qing, foi estabelecida a República. Por causa do resultado da confrontação de diversas forças políticas daquela altura, conduziu à criação do poder político do Norte. Depois de Yuan Shi Kai subir ao poder, invocando a razão de que as leis da República não estavam discutidas e publicadas, mandou recorrer às leis e à nova Lei Penal de Qing, que não fossem contrárias às instituições da República, e se fosse caso disso, perderiam a sua eficácia. No dia 3 de Janeiro de 1912, o Parlamento da República resolveu que a Lei Penal, o Projecto da Lei de Processos Civil e Penal, decretados na última Dinastia Qing, e as Leis de Proibição de Ópio e de Nacionalidade, publicadas sucessivamente, podiam ser aplicadas temporariamente, excepto as que fossem contrárias às instituições da República e que perderiam eficácia conseqüentemente. Por outro lado, como não foi possível aplicar o projecto da lei civil por não estar publicado, recorreram às regulamentações respectivas nas leis de Qing para resolver as causas cíveis.

Em 1914, o Departamento de Agricultura e Comércio do Governo do Norte modificou a Lei Comercial segundo o «*Projecto da Lei Comercial do Grande Qing*» não publicado pelo então Departamento do Estado da Dinastia Qing e a Investigação da Lei Comercial proposta pela Associação Nacional Geral do Comércio. O «*Regulamento das Sociedades Comerciais*» foi publicado em Janeiro do mesmo ano e o «*Estatuto dos Comerciantes*» em Março. Ambos entraram em vigor no dia 1 de Setembro. Não eram chamados «*lei*» mas «*regulamento*» porque não foi realizado o processo formal legislativo. Quanto à sistematização dos dois regulamentos, tinham por modelo a Lei Comercial japonesa, e a maior parte da matéria era baseada no novo Código Comercial Alemão. Ao mesmo tempo o Governo do Norte começou a elaborar a Lei dos Títulos de Crédito. Até 1918, foi restabelecido o Departamento dos Assuntos Legislativos e determinou os cargos de director, subdirector, redactor-geral, revisor e investigador, etc. A criação do Departamento deu continuação aos trabalhos legislativos interrompidos pela extinção da Dinastia Qing. Em 1921, foi publicado o «*Regulamento do Processo Civil*» elaborado pelo Departamento dos Assuntos Legislativos. No ano

seguinte, o segundo projecto da «*Lei dos Títulos de Crédito*» foi acabado com a participação do francês Escara. Nos anos seguintes foram apresentados novos projectos, um em cada ano. A lei só foi feita com o quinto projecto da Lei dos Títulos em 1925. Concomitantemente, o novo projecto do Código Civil também foi concluído e publicado. Este foi o segundo projecto do Código Civil da China desde a fase final de Qing. No entanto, o projecto não chegou a entrar em vigor. Todavia, a elaboração do direito civil desta vez e as actividades legislativas definiram finalmente o sistema e a estrutura básicas do ordenamento jurídico chinês contemporâneo. Foram realizados globalmente o auto-afloramento da tradição do ordenamento jurídico da China e o processo de transição para a tradição jurídica do Ocidente.

Em 1929, o Governo do Partido Nacionalista preparou, de novo, o projecto do Código Civil com base no do Governo do Norte. Foi acabado três anos depois. Era o chamado Terceiro Projecto do Código Civil e também o antecedente do Código Civil vigente de Taiwan. O projecto inspirou-se ainda mais nos Códigos Civis Alemão e Suíço, e também foi influenciado, em certa medida, pelo Código Civil Soviético. Foram promulgadas, primeiro, as três partes de princípios gerais, coisas e obrigações. Outras duas partes, a da família e de sucessões só foram concluídas e publicadas em 1931. Até essa altura, foram concluídos os trabalhos iniciais de legislação na modernidade durante 30 anos desde a fase final de Qing. Eles modificaram e integraram definitivamente o sistema jurídico tradicional da China no sistema jurídico continental²¹.

V A RELAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DA CHINA CONTINENTAL E DE TAIWAN

Desde a extinção da Dinastia Qing até agora, a história contemporânea da China (relativa à China continental) é dividida em duas fases históricas completamente diferentes pelo ano 1949. Antes deste, ou seja, na fase da República da China, o seu sistema jurídico recebeu directa-

²¹ Wu Jing Xiong, comparatista contemporâneo da China, presidente da Faculdade de Direito da Universidade de Dong Wu da época do Partido Nacionalista, proferiu a sua opinião sobre este tema: «Analisando cuidadosamente os artigos 1.º a 1 225.º do novo Código Civil, comparando depois, artigo por artigo, a parte das obrigações com os Códigos Civis da Alemanha e da Suíça, 95 por cento dos artigos têm precedentes, alteraram apenas a aparência senão copiados pura e simplesmente». Afirmou também Mei Zhong Xie, autor de Taiwan, «nas leis civis vigentes, cerca de 60 a 70 por cento acolheram os exemplos legislativos da Alemanha e 30 a 40 por cento os exemplos da Suíça. Também incorporaram alguns exemplos de leis francesa, japonesa e soviética». Wang Zhong Qi, outro autor de Taiwan, considerou ainda mais directamente que aquilo que utilizámos na legislação foi completamente o sistema jurídico mais recente do Ocidente». («Colectânea de Teorias de Direito», Colecção de Discursos de Saberes Chineses e Cultura Contemporânea, p. 294). Independente da veracidade das opiniões dos autores, —

mente o ordenamento e sistema jurídico estabelecidos no processo legislativo realizado entre a época final de Qing e o princípio da República. Depois de 1949, já na República Popular da China (RPC), o seu sistema de direito é o novo ordenamento jurídico estabelecido e desenvolvido com base na revogação das leis legislativas da época republicana²². Mas é de notar que a «revogação» da antiga tradição jurídica não implica, de facto, a solução de continuidade do processo de desenvolvimento do direito chinês contemporâneo, não implica o total abandono, por parte da RPC, das legislações da República da China. Foi marcada, somente, uma fase histórica totalmente nova do direito e sistema jurídico da China no tempo contemporâneo iniciada com os fundamentos do passado. Realmente, a revogação do direito e do seu sistema da República da China pela RPC foi apenas a negação relativa à sua política de direito e de alguns pensamentos políticos representados na lei. No que diz respeito aos pensamentos jurídicos, mentalidades tradicionais e os respectivos princípios normativos criados no âmbito da vida social geral e com base na longa tradição histórica e cultural, na RPC tinha que haver continuidade e receber o desenvolvimento necessariamente. Isso é uma regra social e histórica inalterável pela vontade do governante. Este é um facto histórico a acontecer necessariamente sem dependência da forma de recepção e desenvolvimento adoptada, nem da designação dada pelo governante.

De qualquer maneira, com as duas fases históricas diferentes na história do desenvolvimento do direito chinês, existe, inevitavelmente, ligação entre a legislação da época da República da China e a legislação da RPC de hoje. Isso apresenta naturalmente a nacionalidade e a continuidade do desenvolvimento do direito chinês contemporâneo. No entanto, depois de 1949, a legislação e a legalidade não conseguiram, lentamente, o desenvolvimento saudável. Desde os anos 80, a legalidade chinesa alcançou um melhoramento gradual e um desenvolvimento rápido. Existem razões que nos levam a crer que, no futuro, o direito chinês produzirá efeitos cada vez mais importantes na administração da sociedade.

É de salientar que a relação de recepção existente nas leis e instituições jurídicas de antes e depois de 1949 reside não só na ligação histórica e cultural, evidencia-se também nos estudos e referências ao direito de Taiwan feitos pelos juristas da China continental. Por outra

verifica-se, pelo menos, uma realidade objectiva: ainda que o sistema jurídico contemporâneo da China não dissociasse da tradição histórica e cultural do próprio povo, não era inteiramente o próprio e tradicional sistema jurídico. Em compromisso, o sistema jurídico contemporâneo da China é aquele que tem por modelo o tradicional sistema jurídico do direito civil do Ocidente e é reformado por inteiro. Por isso, é, fora de dúvida, um sistema jurídico ocidentalizado em termos de estrutura e sistema fundamentais e formas representativas.

²² Em Fevereiro de 1949, o Comité Central do Partido Comunista Chinês decidiu revogar os seis códigos do Partido Nacionalista. Esta resolução foi confirmada na Conferência Nacional da Consultiva Política, em Setembro do mesmo ano.

palavra, a influência do direito de Taiwan sobre o da China continental é inegável. Na passagem dos anos 70 para os 80, os estudos e referências de juristas da China sobre o direito de Taiwan tinham efeitos directos ou indirectos muito importantes em promover a reflexão do então círculo jurídico da China e na construção efectiva do ordenamento jurídico. A situação foi criada por duas razões principais. Em primeiro lugar, o próprio direito de Taiwan e da China continental é a continuação da mesma tradição jurídica, tem a base idêntica de história, cultura e povo. Por isso, a influência mútua surge naturalmente. Em segundo lugar, a China continental daquela altura mal começou a recuperação da grande confusão prolongada. Realmente, a ordem jurídica foi restabelecida da ruína total. Suspensa por uma dezena de anos, a teoria do direito passou a ser praticamente um deserto. Por outro lado, a situação política e económica da altura precisava urgentemente do aperfeiçoamento do ordenamento jurídico e do desenvolvimento da teoria do direito. Surgiu assim, nessa situação, o fenómeno de valorização dos estudos de direito de Taiwan feitos unilateralmente na China. Todavia, na medida em que o desenvolvimento e aprofundamento da teoria jurídica da China continental, da aplicação vasta da política de abertura da China continental ao exterior, os pontos mais importantes das investigações e estudos jurídicos chineses foram transferidos de Taiwan para o mundo. O horizonte de estudos e inspirações da China continental em direito estrangeiro torna-se cada vez mais amplo. Mais ainda, a influência e intercâmbio entre as classes jurídicas de Taiwan e da China, antes unilaterais, transformam-se gradualmente em bilaterais. De facto, aparece cada vez mais a semelhança entre as instituições jurídicas da China continental de hoje e de Taiwan e o intercâmbio e influência mútuos entre os juristas de dois lados do canal apresentam-se cada vez mais frequentes e amplos. No ano passado, uma delegação da classe jurídica de Taiwan visitou formalmente a China. Os autores das duas margens conseguiam reunir e trocar impressões. A sua sucessão não se limitou à área jurídica. Recentemente, Taiwan, em colaboração, principalmente, com os juristas jovens e os mais experientes da China continental, procedeu a redacção e edição de uma série de obras de introdução sistemática ao direito chinês. É previsível que os intercâmbios das teorias jurídicas dos dois lados do canal sejam reforçados sucessiva e inevitavelmente. Como resultado, irá contribuir para a aproximação da legislação das duas margens. E ao nível de sistema jurídico, as instituições jurídicas da China continental e de Taiwan tinha, têm e terão por característica fundamental fazerem ambas parte da tradição continental.

VI

A TRADIÇÃO CONTINENTAL E O SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS DE MACAU DE HOJE

Como o território especial administrado por Portugal com legislação ultramarina, foram aplicadas gradualmente em Macau leis portuguesas a partir do meado do século XIX. Agora, quer na teoria, quer nas

situações reais, o direito de Macau, incluído o direito civil, é, em princípio, a extensão do direito português a Macau. As leis civis vigentes em Macau têm por fonte principal o Código Civil português de 1966²³. No entanto, é de sublinhar que a extensão e aplicação em Macau da legislação de Portugal levadas a cabo pelos seus órgãos legislativos nem sempre estão imunes a alterações. Normalmente são feitas reservas ou revisões. Por outro lado, os órgãos legislativos de Macau procedem frequentemente alterações e complementos necessários conforme as situações concretas locais. Nem o Código Civil foi excepção²⁴. Seja como for, está fora de dúvida que o direito civil de Macau seja ele o mesmo direito civil português.

Tal como na maioria dos Estados europeus, o sistema jurídico português pertence igualmente à tradição jurídica continental. Isso é determinado principalmente pela sua própria tradição histórica e cultural. Concretamente, como um Estado europeu, tem a sua longa tradição cultural no Ocidente, e tem-se desenvolvido, desde sempre, segundo o sentido da tradição cultural do Ocidente. Isso também constitui uma característica própria e intrínseca. No momento de desenvolvimento vigoroso do moderno movimento iluminista, Portugal foi profundamente influenciado. Na altura, havia um desenvolvimento rápido do capitalismo liberal, ou seja, no tempo de expansão da «economia burguesa». Em correspondência, os seus factores de nacionalidade cresceram também depressa. Por isso, Portugal enfrentava do mesmo modo as tarefas de estabelecer e regulamentar as relações de produção e de vida do capitalismo liberal. Os costumes e normas jurídicas dispersas do passado já não conseguiam adaptar a sociedade e política desenvolvida em pleno e responder às necessidades económicas. Por isso, tornava-se inevitável a compilação e unificação de normas jurídicas e consuetudinárias passadas, bem como a sua reorganização e aperfeiçoamento. Evidentemente, a integração do sistema jurídico português na tradição do direito continental é resultado de evolução natural de uma tradição histórica e cultural, completamente diferente da sua concretização na China moderna através da reforma jurídica.

Do meado do século XV até ao princípio do século XVII, Portugal tinha sucessivamente três compilações jurídicas importantes, eram as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). As ordenações constituíram a base da tradição nacional de ulteriores codificações portuguesas, eram, ao mesmo tempo, conteúdo importante do direito português. Mas era muito evidente que foram influenciadas pelo Direito Romano. Por outro lado, a teoria jurídica portuguesa nessa

²³ O Código Civil português foi estendido formalmente a Macau por decreto-lei da República Portuguesa e portaria do Governador de Macau em 1966 e 1967, respectivamente.

²⁴ Foi objecto de várias revisões profundas. A revisão de 1976 sobre *emphyteusis*, casamento e arrendamento dos imóveis foi particularmente importante *emphyteusis*.

época também foi largamente influenciada, em grande medida, pelas teorias jurídicas romanista e francesa. O autor da época, Rocha Peniz, fez imensas referências na sua obra, «*Prática Formularia*», do *Code Civil* e escritos de Domat, um civilista famoso de França nessa época. Ao mesmo tempo, Correia Telles procedeu a redacção e publicação de «*Digesto Portuguez*» em 1825. Mas Coelho da Rocha, um jurista famoso que ocupava a situação de relevo na história de direito português, foi o que referenciou mais os códigos estrangeiros, «*Instituições de Direito Civil Portuguez*» de 1848 era a obra mais global e influente de Portugal no século XIX. Ele próprio foi profundamente influenciado pelo direito francês e alemão. Neste pano de fundo, na compilação e elaboração do código civil, Portugal também recebeu naturalmente, em estado perfeito, a tradição jurídica continental, representada por França, codificada e herdada do Direito Romano.

Em 1822, surgiu em Portugal o primeiro código, a Constituição Política. Ela foi a pedra angular e o começo de codificação moderna e contemporânea de Portugal. Em 1867, foi promulgado o Código Civil Português. Este consolidou a base formal de integração do direito português na grande família da tradição continental. Na altura, a influência da Filosofia e Direito Alemão sobre Portugal estava a aumentar gradualmente. Nomeadamente, era maior a influência do Pandectismo sobre o círculo jurídico português. Em 1896 foi aprovado o BGB. Este influenciou mais ainda a classe jurídica portuguesa. Em 1966, Portugal promulgou o novo Código Civil. Este é o código civil aprovado em último lugar de entre os Estados europeus do direito continental. Por conseguinte, ele podia recolher os frutos das codificações anteriores, consultando e introduzindo especialmente o direito alemão e italiano.

VII

A RELAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO VIGENTE EM MACAU COM OS DA CHINA CONTINENTAL E DE TAIWAN

A relação do sistema jurídico vigente em Macau com os sistemas jurídicos da China e de Taiwan pode ser explicitada pelos pontos comuns e diferentes dos sistemas jurídicos das três regiões.

1. PERTENCER IGUALMENTE À TRADIÇÃO JURÍDICA CONTINENTAL

Tal como foi referido, sejam os sistemas jurídicos da China e de Taiwan, seja o sistema jurídico vigente em Macau baseado no Direito português e nos seus principais códigos, eles são atribuídos, de facto, à tradição do direito continental. Por outra palavra, os sistemas jurídicos das três zonas possuem a mesma característica fundamental. Por isso, para as duas partes, chinesa e portuguesa, quanto à localização do direito no período de transição de Macau, e a clarificação do destino do futuro sistema jurídico de Macau, são mais fáceis, relativamente a Hong Kong,

de comunicação e modificação. A tradução dos grandes códigos portugueses para chinês é determinada pela China e Portugal como o conteúdo importante dos trabalhos jurídicos na transição, porque a característica básica da tradição jurídica continental é precisamente considerar o código como fonte principal de direito. Temos, conseqüentemente, um critério relativamente intuitivo para apreciar os trabalhos de localização do direito de Macau. Por esta condição especial formada historicamente, apareceu mais um factor positivo, em situação muito ocasional, para a localização do direito de Macau ou da construção no período de transição.

2. O MESMO PANO DE FUNDO A NÍVEL NACIONAL, HISTÓRICO E CULTURAL

Em termos globais, tanto a China como Taiwan e Macau (Hong Kong inclusive) são sociedades constituídas por chineses ou principalmente por estes. Por isso, teoricamente, os sistemas jurídicos destas zonas devem ter por pano de fundo a história e cultura do povo chinês. No entanto, isso não implica negar ou recusar sistemas jurídicos provenientes de tradição nacional, histórica e cultural do estrangeiro. Realmente, o problema de recepção de cultura, tradição e sistema jurídico estrangeiros foi já resolvido no processo de reforma de direito chinês na época final de Qing e princípio da República. Não se deve voltar a discussões inúteis. Todavia, um sistema jurídico proveniente do povo estranho não pode ser aplicado complementemente sem nenhuma alteração na sociedade que o recebe. Isso é a experiência comprovada pela história do desenvolvimento jurídico do mundo. Por isso, o sistema jurídico vigente de Macau, representante da cultura jurídica de Portugal, há que conjugar afinal com a cultura principal da sociedade de Macau.

3. A INFLUÊNCIA MÚTUA DOS SISTEMAS JURÍDICOS DAS DIVERSAS ZONAS

Embora Macau seja Território autónomo, pelas suas condições especiais de política e economia e características da produção social moderna e actividades de vida, é determinada a sua submissão inevitável a influência de política, economia e direito de outros territórios dentro da zona em que se situa. Está fora de dúvida que Macau, a China, Hong Kong e Taiwan se relacionam intimamente e influenciam mutuamente hoje e no futuro. O sistema jurídico também não foge a essa regra. Segundo o observado desde longa data, é extremamente ampla a influência da praxe jurídica de Hong Kong sobre a de Macau. Por outro lado, nos domínios de família, casamento e sucessão, Macau tinha por critério as disposições respectivas no Código Civil de Taiwan (República da China) durante um largo período. No entanto, desde o estabelecimento de relação diplomática entre a China e Portugal em 1979, especialmente depois da publicação da «Declaração Conjunta Luso-Chinesa», Macau passou a referenciar o direito da China continental, mas só ao nível de teoria. Nos últimos anos, na sequência da expansão constante e frequên-

cia dos contactos comerciais e económicos de Macau com a China, Taiwan e Hong Kong, o direito comercial destas três zonas permeiam e influenciam cada vez mais o mesmo ramo de direito de Macau. De facto, nas relações comerciais, económicas e culturais, as influências das diversas partes são sempre mútuas. Pela diferença de força política e económica, essas influências têm tendência para ser superior no sentido do exterior para Macau. Tal como nas situações comuns, o direito de Macau é normalmente influenciado, em direcção unilateral, pelo direito de Hong Kong, China e Taiwan.

4. OS DIFERENTES SISTEMAS SOCIAIS

Embora a China, Macau, Hong Kong e Taiwan sejam territórios do mesmo Estado, têm sistemas sociais diversos por razões históricas. A realidade objectiva determina que os territórios têm necessariamente sistemas jurídicos diferentes. No entanto, em termos globais, a diversidade reside principalmente nalguns problemas no âmbito do direito público, como as matérias do Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal e determinados sectores de direito processual. As instituições do direito privado, como o Direito Civil e o Direito Comercial, especialmente deste, são, na sua maioria, idênticas. Além disso, como o princípio de «Um País, Dois Sistemas» vai ser, no futuro, o critério da gestão social nos territórios de Hong Kong, Macau e Taiwan, a influência mútua e a aproximação gradual são necessárias no âmbito de direito. De facto, a diversidade de sistemas jurídicos originada da diferença de sistemas sociais é sempre uma existência objectiva. Por isso, é inegável que exista ligação íntima entre os sistemas sócio-político e jurídico. Os diferentes sistemas sócio-políticos representam-se necessariamente por sistemas jurídicos diferentes. As diferentes mentalidades políticas sugerem mentalidades jurídicas diferentes. Isso implica que, em certa medida, exista necessariamente diferenciação entre os sistemas jurídicos da China continental e de Macau. Todavia, é de notar que a separação e conflito provocados pelas divergências de ideologia e diferenças de concepção valorativa, incluídas as de política, direito, economia e moralidade, vai diminuindo em função da comunicação mais ampla e profunda da humanidade. Pela natureza idêntica do Homem, a sociedade internacional de hoje tem a maior possibilidade de sempre para procurar o desenvolvimento conjunto segundo o princípio de admitir o comum dentro das diferenças. Por conseguinte, apesar das diferenças entre os sistemas jurídicos da China continental e de Macau, chegará a conjugação e aperfeiçoamento segundo este entendimento.

VIII

O FUTURO DO SISTEMA JURÍDICO DE MACAU

Foram explicitadas a tradição continental e a relação entre os sistemas jurídicos da China continental, Taiwan e Macau. A partir daí,

compreende-se genericamente o ambiente macroscópico do direito da zona em que Macau se situa e as fontes do seu sistema jurídico. Relativamente a Hong Kong, por que o seu sistema jurídico pertence ao sistema anglo-americano, apesar da ligação apreciável com o de Macau, constitui um tema diferente. Então, qual é o futuro do sistema jurídico de Macau no ambiente jurídico dessa zona?

Segundo os espírito e princípio da Declaração Conjunta Luso-Chinesa e da Lei Básica de Macau, o futuro sistema jurídico de Macau vai ser o da região administrativa especial estabelecido com base no princípio de «Um País, Dois Sistemas» e independente do da China continental. Concretamente, a construção e o desenvolvimento do sistema jurídico de Macau deve ter os seguintes princípios:

1. DEVE SER O SISTEMA JURÍDICO PRÓPRIO DO TERRITÓRIO

Como um território administrado por Portugal desde cedo, as leis vigentes em Macau são sobretudo leis portuguesas ou leis que têm estas por referência. Conforme as fontes reais do actual direito de Macau, a maior parte das leis foram extendidas de Portugal. Muitas delas são, sem dúvida, capazes de ser aplicadas em Macau olhadas sob o ângulo de normas genéricas de vida e comportamento da sociedade humana. Seja como for, o pano de fundo legislativo das leis não são de Macau, por isso algumas delas não são aplicáveis em Macau. Por outro lado, é de evidenciar que o futuro direito de Macau não será o sistema jurídico da China continental nem o de Portugal. Ele terá que ser o direito próprio de Macau, da região administrativa especial. Em termos concretos, o pano de fundo de legislação no futuro deve ser a sociedade do território de Macau. A opinião pública representada deve ser a da maioria da população, e a tradição histórico-cultural reflectida deve ser a conjugada de Portugal e da China.

2. TEM POR BASE O SISTEMA JURÍDICO VIGENTE

Nos termos do artigo 8.º da Lei Básica de Macau, depois de Macau se tornar numa região administrativa especial da China em 1999, 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. Isso implica que o fundamento do sistema jurídico da futura Região Administrativa Especial de Macau são as leis vigentes actualmente em Macau.

No entanto, as leis vigentes actualmente em Macau são o fundamento do sistema jurídico da futura Região Administrativa Especial de Macau não significa que todas as leis vigentes vão transitar para a futura região especial. Aqui há duas ordens de limitações, em termos de matéria e de processo. Em primeiro lugar, relativamente à matéria, não se pode contrariar a Lei Básica e as leis estão a reflectir as situações reais

da sociedade de Macau. Processualmente só são consideradas leis eficazes e postas em vigor depois de se cumprir a formalidade legislativa do órgão legislativo da região administrativa especial.

3. TEM POR MODELO A TRADIÇÃO CONTINENTAL

Tal como foi referido, o modelo do sistema jurídico actual de Macau é a tradição continental. É claramente o resultado directo da longa vigência da legalidade portuguesa em Macau. Mas este resultado corresponde precisamente aos sistemas jurídicos vigentes da China e de Taiwan. Por isso, sobre o futuro sistema jurídico de Macau após 1999, é desprovido de razão alterar a característica tradicional do direito vigente em Macau. Isto é, ele continua a ter por fontes jurídicas fundamentais as leis, principalmente os códigos. Assim, os códigos principais têm grande significado em Macau. Com efeito, conforme foi dito, isso não implica que expulse da legiferação o sistema de precedentes do estilo anglo-americano.

4. A CONCERTAÇÃO COM OS SISTEMAS JURÍDICOS DOS TERRITÓRIOS PRÓXIMOS

No mundo moderno, não há política, economia e vida social que exista, isoladamente, em absoluto. O sistema jurídico representa naturalmente esta ligação. A situação em Macau não foge à regra. Por isso, para obter o melhor efeito social do sistema jurídico de Macau, ele não pode ignorar a relação possível entre a legislação local e os sistemas jurídicos dos territórios vizinhos. Mais ainda, Macau será uma região administrativa especial no futuro, diferente da China continental. Consequentemente, não é possível a identidade com a China em alguns aspectos do sistema jurídico. Todavia, em muitas áreas, pode-se proceder às modificações possíveis sobre os mesmos ramos de direito entre a China, Macau, Taiwan e Hong Kong, no sentido de evitar os conflitos regionais desnecessários do direito. Nos âmbitos de casamento, sucessões, prescrição, títulos comerciais e legislações de sociedades comerciais, não são poucos os problemas susceptíveis de conjugação.

