
ALBIE SACHS

Institute of Commonwealth Studies

O Futuro do *Direito Romano* *Holandês* numa África do Sul Democrática e Não Racista

Algumas considerações preliminares

71

Este artigo tenta provocar uma reflexão sobre a reformulação futura do direito na África do Sul e sobre o

que actualmente há a fazer para preparar essa transformação.

NA maioria dos países o conceito de pluralidade jurídica favoreceu a expressão dos direitos dos povos contra as pretensões hegemónicas do Estado. Na África do Sul, a posição foi precisamente a contrária. Um Estado autoritário assente numa soberania racial institucionalizou — através da política de *apartheid* — o pluralidade jurídica como forma de frustrar as reivindicações populares. O movimento democrático anti-*apartheid* luta, assim, por um Estado unitário com igualdade de cidadania e contra qualquer forma de pluralidade constitucional que permita o estabelecimento de privilégios raciais em antigos ou novos moldes.

Simultaneamente, há que tomar precauções contra a substituição da antiga forma de autoritarismo de Estado e de intolerância por uma outra semelhante. Nesse sentido, defendemos os seguintes princípios:

- 1) Reconhecimento do direito à igualdade em termos de direitos cívicos, políticos e jurídicos, e do direito à diferença relativamente à língua e aos direitos culturais e religiosos.

2) Uma explícita Declaração de Direitos que garanta a liberdade de expressão, o pluralismo político e eleições livres.

3) A eleição de uma Assembleia Constituinte para redigir uma nova constituição.

4) O reconhecimento do papel de um vasto conjunto de organizações não governamentais na nova sociedade, incluindo os grupos de direitos cívicos que desempenharam um importante papel na luta anti-apartheid.

5) Colaboração de diferentes sectores da comunidade na redacção de declarações de direitos (direitos dos trabalhadores, direitos dos sexos, direitos religiosos, direitos de ensino, etc.)

6) Defesa do desenvolvimento de serviços jurídicos alternativos.

7) Transformação do sistema jurídico.

O artigo que se segue é um texto dirigido aos juristas sul-africanos em que se sugere, de acordo com a última alínea, de que modo a sua profissão pode ser transformada.

É característico dos professores de direito considerarem que, salvo alguns desvios ou imperfeições, o sistema que ensinam é de certo modo o melhor: os americanos porque têm uma Constituição, os ingleses porque não têm uma Constituição, os portugueses porque têm códigos, os moçambicanos porque o seu sistema era revolucionário e tinha códigos, e os sul-africanos porque não tinham Constituição nem códigos, e porque o sistema nem era revolucionário nem inglês.

Não devemos ser tão veementes. Antigamente, no último ano do curso da Faculdade de Direito da Universidade do Cabo, era obrigatório apresentar um trabalho, denominado «Tópicos Gerais», que incluía sempre um ponto sobre o futuro do *Direito Romano Holandês (DRH)*. Embora, teoricamente, pudéssemos expor livremente as nossas opiniões, sabíamos que a resposta que nos classificaria como inteligentes e dignos de uma licenciatura em direito era afirmar a excepcional aptidão do *DRH* para resolver litígios, defender a liberdade e fomentar o comércio. Relativamente à codificação do *DRH*, embora fossem poderosos os argumentos a seu favor, a verdade é que havia tanta jurisprudência sobre a interpretação dos códigos como no sistema de *common law* e, por isso, mais valia ficar com o que já existia. Os estudantes mais ousados sabiam que talvez fosse possível insinuar que estava

perto o dia em que — reconhecendo o contributo do direito inglês para o direito público, o direito comercial e o direito processual, bem como os contributos para a teoria do direito das várias gerações de juizes e professores de direito — provavelmente seria admissível usar a expressão Direito Sul-africano.

No entanto, a questão, agora, não é o que os professores de direito pensavam nos júris de exame, mas o que pensa o cidadão médio sul-africano. E já que na nossa sociedade dividida, cidadão médio é coisa que não existe, o que interessa é saber qual a opinião sobre o assunto dos homens e das mulheres que andam nos autocarros de Putco, dos que vão a pé para o trabalho ou dos que têm motorista. Como pessoa que, cada vez mais, se desloca de avião para o trabalho, apresentarei a minha própria opinião.

Todos os países precisam dum sistema de leis. Era bom pensar que numa África do Sul democrática não vai haver mais mortes, mas vai. Continuará a haver assaltos, furtos e agressões; as pessoas continuarão a comprar carros e frigoríficos e a apanhar com tijolos na cabeça. O fim do *apartheid* não significa o fim dos conflitos. Terá de haver princípios e regras processuais para os resolver. Uma das características fundamentais da sociedade pós-*apartheid* será a substituição da arbitrariedade — a ausência dos sistemas coloniais e racistas — pela legalidade. A democracia que concebemos é uma democracia em que os tribunais deixarão de ser inacessíveis às pessoas, que, pelo contrário, passarão a poder recorrer a eles cada vez mais; em que o direito e as leis não ficarão em segundo plano, mas desempenharão um papel cada vez mais importante.

No caso da África do Sul, provêm da Europa as leis que regem os actos de compra e venda, os seguros, as empresas e a utilização de cheques, as leis que tratam de questões como a legítima defesa e as condutas desonestas, bem como as que se ocupam da responsabilidade por ofensas ou danos causados a terceiros. Tal como os caminhos de ferro, a roupa, as Bíblias e a língua inglesa, essas leis emanam de um contexto de expropriação e dominação; mas tal como os caminhos de ferro, a roupa, as Bíblias e a língua inglesa, elas foram apropriadas em diferentes graus por toda a população e 'sul-africanizaram-se'. Assim, ao fim de dois séculos, o inglês tornou-se

uma língua sul-africana: só na África do Sul é possível dizer-se «*he slipped on his guava*» [«bateu com a 'goiaba' (traseiro) no chão»]. Privadas das suas ligações com a dominação, não há razão para que essas instituições não sejam apropriadas e imbuídas de um novo espírito de forma a servirem toda a população, e não apenas uma minoria.

Foi o ideal de Verwoerd, e não o do povo, que afastou a grande massa da população daquilo a que ele chamava as pastagens verdes, que a confinou a uma visão distorcida e cristalizada do passado, que rejeitou qualquer dinâmica de progresso e de transformação. Essa visão era o prolongamento da atitude da Associação dos Advogados do Transval, na viragem do século, quando se recusou a admitir Alfred Mangena como membro, argumentando que ele era um nativo que deveria resolver os problemas pelo direito tradicional em vez de recorrer aos tribunais. Quando Mandela, no primeiro julgamento a seguir à sua detenção, fez a célebre denúncia da justiça sul-africana, fê-lo com tal elegância que enriqueceu o património do uso do inglês na África do Sul e, ao utilizar plena e cabalmente os princípios e as formas processuais do direito sul-africano, transformou o *DRH* numa arma de ataque. A sua principal crítica ao sistema jurídico não era o facto de ele ser um sistema de *DRH* mas sim de ser racista. Não levantava, por isso, qualquer objecção à existência de tribunais com juízes de carreira, às leis escritas, aos debates entre os advogados de acusação e de defesa segundo regras processuais definidas, mas ao facto de sentir que era um negro num tribunal de brancos. As leis eram feitas pelos brancos e aplicadas por eles num tribunal em que se respirava uma atmosfera de dominação branca, e era isso que não devia acontecer. E disse ainda que tinha de ser um sul-africano num tribunal sul-africano, e não alguém submetido a um sistema em que os culpados traziam o inocente à sua presença.

Uma das poucas vantagens do exílio é trabalhar sob diferentes tipos de sistemas jurídicos e poder proceder ao seu exame. De dia para dia se torna mais evidente o desenvolvimento duma cultura jurídica universal que, apesar de acentuadas variações, de país para país, em aspectos formais específicos, adopta cada vez mais ideias comuns baseadas em princípios geralmente aceites de justiça e de razoabilidade prática. São muitos os factores

que contribuem para tal: a existência das Nações Unidas e outros organismos internacionais (incluindo o Tribunal Internacional de Justiça, onde apraz registrar a notável a contribuição dos juristas africanos), o desenvolvimento duma economia mundial, a internacionalização das comunicações e dos divertimentos, e até o turismo de massas. Embora essa cultura jurídica tenha uma expressão mais notória no domínio da universalização dos direitos humanos e da sua salvaguarda, ela também se reflecte, embora de forma mais discreta, em aspectos como o direito do transporte de mercadorias, os contratos internacionais, o direito do ar, que utilizam uma linguagem idêntica para obter resultados semelhantes, e o direito comercial, o direito dos contratos e até o direito da família, que utilizam linguagens diferentes, mas cujos resultados cada vez se assemelham mais. Assim, os sistemas jurídicos de países geográfica e politicamente tão diferentes como o Zimbabué, o Senegal, o Brasil, Cuba, a Itália, a União Soviética, a Turquia e as Filipinas, todos recorrem, directa ou indirectamente, aos princípios do direito romano, facto que não deve causar surpresa, já que o próprio direito romano foi produto de uma universalização, muito devendo à experiência colhida na Europa, na África e na Ásia.

Mas se um dia, por razões políticas ou de qualquer outra ordem, se sentir necessidade de fazer tábua rasa do passado e criar um sistema jurídico de uma África do Sul democrática e não racista, será ainda a esses princípios universais que teremos de recorrer. Mesmo que demos uns retoques e uma apresentação diferente, os resultados serão substancialmente idênticos aos que já hoje temos, com a diferença de que serão adoptados num quadro de igualdade e de soberania plena. Por outro lado, nada impediria as pessoas de afirmar, dando expressão à sua recém-adquirida soberania, que, em vez de gastar energia a tentar reinventar a roda, aceitavam os instrumentos legais disponíveis para depois os desenvolver, tanto quanto possível, no interesse de uma justiça igual para todos. Por outras palavras, se o *DRH* já cá existe, se o conhecemos mais ou menos bem, se temos os livros, as leis e as regras processuais, mais vale utilizá-lo.

Neste ponto, seria interessante observar a experiência dos países vizinhos depois da independência. A Constituição da Independência de Moçambique, de 1975, embora

radical, declarava expressamente que todas as leis existentes que não fossem incompatíveis com a Constituição se mantinham em vigor. Assim, os cinco códigos que continham as bases fundamentais do direito, ou seja, os códigos de direito civil, processo civil, direito penal, processo penal e direito comercial, mantiveram-se todos em vigor e continuam, ainda hoje, a ser o suporte vital dos tribunais das diferentes instâncias. O que se alterou imediatamente foi quase todo o direito público e certos aspectos do direito da família. Quanto ao resto, os tribunais foram reestruturados, as regras processuais adquiriram um cariz menos técnico e, com o tempo, foi-se introduzindo legislação sobre determinadas actividades económicas e algumas questões de direito penal. O Zimbabué, que beneficiou parcialmente do aconselhamento dos líderes moçambicanos, acentuou ainda mais a importância de uma transição suave e não abrupta. Pode afirmar-se que, em ambos os países, e no período imediato à independência, a necessidade de medidas legislativas urgentes, impostas pela nova realidade do país, relegou para segundo plano a reformulação do direito em aspectos respeitantes, por exemplo, ao homicídio, roubo, responsabilidade por ruptura de contrato, emissão de títulos ou falsificação de cheques. São inúmeras as tarefas para os juristas que pretendam transformar o sistema jurídico num instrumento forte e sólido numa democracia não racista. Mas esmiuçar o *common law* e encetar um extenso projecto de elaboração de novos códigos, não é uma delas.

Poderá inferir-se desta análise que um estudante, que hoje escreva a sua tese de licenciatura em direito, deva dar a mesma resposta, condescendentemente conservadora, que há três décadas garantia o diploma? De modo nenhum.

Em primeiro lugar, para que aquilo que actualmente se designa por *DRH* sobreviva, é necessário que deixe de chamar-se assim. Antigamente, a expressão *Direito Romano Holandês* tinha um aspecto vagamente patriótico porque, mais do que uma subordinação imperialista, sublinhava uma particularidade local. Entre os grandes defensores do *DRH*, contam-se Rose Innes, Solomon e Maasdorp, que não eram nem anti-africanos, nem anti-boers, nem anti-ingleses. Por ironia, o prestígio que transmitiram ao sistema foi quase totalmente destruído por uma geração mais recente de juizes que, a pretexto de depurar e salvar

o *DRH*, conseguiram conjugar opiniões extremamente autoritárias que defendiam o sistema de *apartheid* com uma erudição medieval tão rebuscadamente longínqua e impraticável, que quase parecia a caricatura de uma investigação jurídica séria. Portanto, para sobreviver, o *DRH* tem de ser depurado das «purificações» e proclamar-se aquilo que é: direito sul-africano. A expressão *DRH* é simultaneamente imprecisa e desatenta: imprecisa por evidenciar apenas uma das várias fontes do direito sul-africano e desatenta por realçar as origens coloniais do sistema. É necessário um direito verdadeiramente sul-africano para uma nova nação sul-africana.

Mudar de nome é, no entanto, só um começo. Muito mais importante do que essa alteração de nome, ou até do que a adaptação da doutrina, é a transformação do poder judicial e das próprias profissões jurídicas. A justiça não pode ser feita nem pode aceitar-se enquanto os juizes e os advogados não forem muito mais representativos de toda a comunidade, muito mais sensíveis e muito mais acessíveis a toda a população.

Isso representa muito mais do que nomear alguns magistrados negros. Os tribunais têm de ser verdadeiramente sul-africanizados, para que neles todos se sintam bem e para que quem for a tribunal reconheça que está a ser julgado pelos seus pares e não pelos seus patrões.

Num período de transição, é particularmente importante que o poder judicial goze do maior respeito por parte dos mais amplos sectores da população. Não se trata de baixar os padrões das práticas processuais, da dignidade ou do respeito pela lei, mas de garantir que o talento, a probidade, os conhecimentos e a experiência de todos os sul-africanos estejam representados entre os juizes e os funcionários judiciais dos diferentes escalões. Deveria também encarar-se a composição de tribunais colectivos e a possibilidade de reintroduzir os júris, ou outras formas de participação de leigos, a fim de permitir a cooperação equilibrada entre os profissionais e a comunidade. Seria, no entanto, particularmente prejudicial que uma magistratura exclusivamente branca e envelhecida, nascida e criada numa África do Sul de *apartheid*, tivesse a última palavra a dizer sobre as importantes transformações sociais necessárias à extinção do *apartheid* (e, oxalá, da opressão sexual).

Seria, sem dúvida, irónico que os juízes, que durante décadas aplicaram obediente e servilmente a mais cruel das leis, subitamente escutassem as críticas de John Dugard ao positivismo jurídico e começassem a atender os seus apelos a um forte empenho dos tribunais e ao respeito pelos princípios do direito natural, justamente na altura em que o Parlamento se democratiza e se procura que a legislação, em vez de restringir, alargue o âmbito da liberdade humana. A África do Sul tem demasiados problemas, mesmo sem nunca se ter sentido espartilhada por um poder judicial como o dos nove anciãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, da época de Roosevelt, que declararam inconstitucional a legislação do *New Deal* porque, ao exigir que os patrões concedessem garantias mínimas aos trabalhadores, violava o princípio da liberdade contratual. De facto, tendo em conta a extrema delicadeza e importância da interpretação da nova constituição democrática e a necessidade de que os juízes envolvidos no processo gozem da confiança de toda a comunidade, deveria pensar-se seriamente na criação dum Tribunal Constitucional, formado por indivíduos de manifesta integridade e competência, sem que obrigatoriamente todos sejam juízes de carreira (como acontece nos Tribunais Constitucionais italiano, português e alemão).

É também importante pensar cuidadosamente na criação de serviços de aconselhamento. Na verdade, tem de franquear-se o acesso às carreiras jurídicas. Serão necessários inúmeros programas de acção, de preferência com voluntários, para corrigir os enormes desequilíbrios existentes: menos de dez por cento dos profissionais de direito são negros, para uma percentagem de oitenta e cinco por cento da população total. A primeira medida a tomar será eliminar os obstáculos ao acesso às carreiras jurídicas, não apenas financeiros e psicológicos, mas de ordem prática: a necessidade de saber latim, que apenas é ensinado nas escolas de brancos, a dificuldade em conseguir estágios, para já não falar dos escritórios e dos próprios tribunais.

A formação jurídica implica muito mais do que o simples domínio da dogmática e da prática processual, embora isso seja importante. Exige saber como organizar um escritório, gerir o dinheiro, contactar clientes, colegas e funcionários públicos, quando se deve ir a tribunal ou fazer um acordo. Implica questões de ética, de forma de rela-

cionamento e comportamento, uma quantidade de saberes impalpáveis que só se adquirem com a prática. É este o aspecto mais difícil de dominar e que urge resolver. Não há dúvida que os escritórios de advogados têm uma atmosfera própria e que um certo grau de intimidade e colaboração desempenha um papel muito importante na especificidade de cada um deles. É evidente que uma tentativa inábil e demasiado burocratizada para alterar a situação pode redundar numa situação de igualdade aparente em que a profissão continuaria a ser efectivamente dominada apenas por uns quantos. Não se pense, porém, que estas considerações servem de desculpa para que os escritórios de advogados se perpetuem como enclaves racistas.

Existindo uma vontade forte para resolver a questão, nada obsta a que o desejo dos actuais advogados de manter o que consideram práticas normais se concilie com o direito de todos os indivíduos íntegros e devidamente qualificados a ganharem honestamente a vida numa profissão interessante, e o direito da comunidade a sentir-se representada numa instituição social importante e de facilmente ter acesso a ela. Nesta questão, vários factores poderiam ser decisivos: uma atitude fortemente empenhada dos profissionais, incentivos fiscais ou quaisquer outros que fomentem a igualdade de tratamento, apoio das autoridades locais, dos bancos e das seguradoras aos escritórios de advogados que concedam oportunidades iguais e se empenhem activamente na eliminação do racismo, e a elaboração criteriosa de programas de acção supervisionados por membros do corpo judicial ou de outra instituição competente para o efeito.

O problema não é, porém, a mera questão do acesso dos futuros juristas a uma carreira, mas do acesso do público a todo o sistema jurídico. Todos os sistemas jurídicos favorecem o acesso de uns estratos da população em prejuízo de outros, mas poucos são tão tortuosos como o sul-africano. O *apartheid* significa que os mais desfavorecidos economicamente, aqueles cujos direitos são mais frequente e flagrantemente violados, ou aqueles cujos gravíssimos e dramáticos problemas de ordem jurídica muitas vezes implicam questões de vida ou de morte, são exactamente os que, mais dificilmente, têm acesso ao direito. Enquanto isso, os que têm poder, seja ele económico, físico ou político, e que por isso mesmo são

confiantes, autoritários e arrogantes, com um simples telefonema ou uma ordem ao secretário, uma piscadela de olho ou um aceno de cabeça num campo de golfe, podem reunir um batalhão de consultores jurídicos para lhes resolver os problemas. Uma economia mista, com um sector privado sólido, pressupõe um sistema misto de serviços jurídicos com um sector privado vigoroso e confiante. Em todo o caso, para garantir o eficaz funcionamento duma futura Declaração dos Direitos, será necessário um sector jurídico desburocratizado e decidido, pronto a desafiar actos arbitrários e inconstitucionais, venham eles donde vierem. Mas isso não significa que a ausência quase total de assistência jurídica pública, de advogados de defesa oficiais e de associações jurídicas de interesse público seja desculpável.

Actualmente, numerosos juristas, homens e mulheres, quer na actividade privada, quer em centros de aconselhamento jurídico ou em universidades, suportam, corajosamente, uma enorme sobrecarga. Funcionam à margem do sistema oficial, sempre com excesso de trabalho, frequentemente mal pagos, ocupando-se dos casos mais difíceis, muitas vezes em ambientes hostis. O facto de entre eles se contarem os melhores e mais brilhantes juristas do país pode ser reconfortante, mas não afasta a necessidade de se criarem as condições para aumentar o seu número e de se desenvolver amplamente o seu campo de actuação. Neste momento, pouco mais podem fazer do que aceitar casos experimentais ou casos de grave violação de direitos humanos ou de cariz político. Os inúmeros problemas do quotidiano, quase sempre criados ou agravados pelo *apartheid*, não podem, pura e simplesmente, ser atendidos. Prevê-se a criação de centros de atendimento jurídico de bairro, ou nos locais de trabalho, financiados por cotizações dos trabalhadores, entidades patronais, sindicatos, autarquias locais, governo central e, porque não, pelos próprios advogados, quer sob a forma de imposto directo ou de uma espécie de imposto de transacções, por exemplo, sobre as transferências de título de grandes propriedades ou sobre grandes heranças.

A questão das práticas e tradições tem também de ser encarada. Maior quantidade não significa necessariamente melhor qualidade, mas também não conduz automaticamente ao pior. No contexto da África do Sul, se maior

quantidade significar mais representatividade, isso já é uma virtude. O que há a fazer relativamente à maior quantidade é garantir que, sem racismo nem paternalismo, se preserve e enriqueça tudo o que é benéfico para o desenvolvimento da África do Sul e importante para a qualidade de vida.

Infelizmente, não pode afirmar-se que todo o passado da profissão tenha sido meritório. Foi a Associação dos Advogados do Cabo que levou os tribunais a impedir que as mulheres exercessem a advocacia, com o argumento de que, pelo facto de serem mulheres, não estavam abrangidas pelo termo «pessoa» referido no estatuto de admissão aplicável. Como já foi dito, a Associação dos Advogados do Transval procurou negar a entrada aos africanos e, mais recentemente, tentou excluir Nelson Mandela da lista dos seus membros, devido à sua intervenção na «Campanha contra as Leis Injustas». A Ordem de Joanesburgo não perdeu tempo a expulsar Bram Fischer, provavelmente o seu associado mais distinto de todos os tempos. MK Gandhi, na sua autobiografia, refere com mágoa o tratamento desdenhoso que recebeu dos seus colegas do Natal. Até há bem pouco tempo, era considerado normal que os advogados negros, quando defendiam um caso no Supremo Tribunal de Bloemfontein, bebessem o chá que traziam em garrafas-termos dentro dos seus automóveis, enquanto, nas instalações do Tribunal, os seus colegas brancos tomavam as bebidas que lhes eram oferecidas. Fazia parte da tradição que os advogados negros se vestissem em salas diferentes, que sofressem a humilhação de lhes verem vedada a utilização das instalações das chamadas áreas reservadas aos brancos e que, até há pouco tempo, as testemunhas brancas fossem tratadas por senhor ou senhora e as testemunhas negras apenas pelo nome próprio. Esta tradição profundamente racista ainda persiste, embora de forma menos flagrante.

Também, num outro aspecto, os advogados enquanto corpo profissional organizado, longe de terem uma tradição de coragem, foram pelo contrário extremamente timoratos ou, pior ainda, indiferentes perante as repetidas intromissões dos poderes legislativo e executivo relativamente ao respeito dos direitos e liberdades fundamentais — por exemplo, em áreas onde a aplicação da lei ou funcionamento dos tribunais são directamente afectados, como

sucede com a declaração do estado de emergência que pode durar anos, com a detenção sem culpa formada, a apresentação a tribunal de testemunhas trazidas directamente do isolamento de vários meses, a recusa aos detidos da assistência de advogados de defesa e a impossibilidade, directa ou indirecta, de recurso da decisão judicial.

Felizmente, há outros factos que podem ser apontados com orgulho. Não é preciso falar de Grotius e Coke para encontrar defensores da liberdade de acesso às carreiras jurídicas. Gandhi, Schreiner, Krause, Seme, Mathews, Fischer, Nokwe, Berrange, Kahn, Muller, Mandela, Tambo, Slovo e Kies, uma longa lista, que pode ser ainda aumentada, de pessoas de todos os quadrantes da nossa comunidade para quem a luta pelas suas carreiras estava indissoluvelmente ligada à luta pela justiça. A lista dos que, sem terem entrado em confronto violento com a justiça, usaram os seus conhecimentos jurídicos na defesa dos que eram levados a tribunal por infracção a leis do *apartheid* ou de segurança, é ainda mais longa e cresce de dia para dia: Pitje, Kentridge, Bizos, Mohamed, Kuhny, Aaron, Cheadle, de Villiers, Richman, etc.... Especialmente interessante é, talvez, o papel desempenhado ao longo do tempo por alguns juizes de grande visão e talento. Rose-Innes foi um juiz de quem qualquer país se sentiria orgulhoso, e ele é parte tão integrante do nosso património como os actuais juizes torcionários. Foi um eminente jurista que investigou o *DRH* e o adaptou às condições modernas e que imbuiu os seus julgamentos do maior espírito de liberdade e igualdade possível. Krause, um corajoso boer defensor da liberdade, preso por pertencer ao *MK* da sua época, foi durante toda a vida um opositor à pena de morte e um fervoroso adepto da reforma penal. Hoje em dia, a Magistratura conta, nas suas fileiras, com juizes prontos a fazer frente aos «segurocratas» e a proclamar a sua desaprovação relativamente a diplomas legais cruéis e opressores. Não é necessário nomeá-los: por eles falam as lúcidas sentenças que proferiram.

Abertura, tolerância, sentido de justiça, respeito pela dignidade e igualdade de todos são qualidades que nunca estiveram ausentes, tanto na Magistratura como fora dela, mas que o sistema de dominação racial sempre impediu que se expressassem livremente. A criação de uma África do Sul não-racista e democrática vai finalmente permitir

que essas características se libertem e que, de excepção, passem a regra da vida jurídica do país. Há outras qualidades que devem ser mantidas e desenvolvidas pelos juristas do pós-*apartheid*. A par do racismo e da indiferença perante o sofrimento, há determinadas práticas que merecem ser preservadas a todo o custo, por exemplo, nunca induzir conscientemente o tribunal em erro, ser leal com os clientes, manter a palavra dada aos colegas, efectuar uma contabilidade meticulosa, preparar conscienciosamente os processos, apresentar as provas de forma cuidada e demonstrar dignidade profissional. Os advogados sul-africanos têm reputação de se comportar com ousadia, mas com compostura, e seria um lamentável empobrecimento para todo o país se essas características se perdessem.

No período de transição de uma sociedade fechada e de *apartheid* para uma sociedade aberta e democrática, é necessária a presença de advogados imaginativos e corajosos que garantam soluções criativas para os difíceis problemas de justa conciliação das partes em conflito e evitem o reaparecimento dos velhos hábitos autoritários de outrora. A liberdade não surgiu com atropelos legais, nem tão-pouco será mantida com essas tácticas. É preferível um reaccionário ou uma reaccionária honesta com uma conduta directa e sem rodeios, do que juizes oportunistas e corruptos que destruam o verdadeiro espírito de igualdade, afirmando servir a nova sociedade, mas continuando intimamente fiéis à antiga.

Contudo, alterar o nome do *DRH*, abrir o acesso à magistratura e às carreiras jurídicas, desenvolver formas alternativas de acesso aos tribunais e aproveitar todos os aspectos positivos da tradição jurídica do nosso país não será suficiente. Esses passos ajudarão a tornar o direito mais acessível, mais sensível e democrático e permitirão que o sistema jurídico desempenhe um papel activo numa transição ordeira e respeitadora dos direitos individuais. Ajudarão a garantir a paz de que o país necessita e que a maioria da população nunca mais sentiu desde o início da conquista e da espoliação. Mas, intimamente, nunca se aperceberão de que o facto cultural e político, muitas vezes informalmente chamado sistema jurídico, radica em três, e não apenas duas, fontes de direito: o *DRH*, o direito inglês e o direito africano. Na realidade, o facto de a África do Sul ser, no fim de contas, um país africano povoado

por pessoas de diversas origens, nunca foi considerado na sua verdadeira dimensão. Longe de constituir uma parte fundamental do sistema jurídico, a componente indígena africana tem sido relegada para uma posição marginal ao *DRH*. Na melhor das hipóteses, ela é tolerada e reconhecida como uma questão de ordem interna tutelada pelos brancos ou, pior ainda, é manipulada para justificar a bantustanização do país.

É inadmissível que, numa África do Sul democrática, esta insultuosa atitude de desprezo se mantenha. Não se trata apenas de, por uma questão de respeito, ser necessário estudar e conhecer convenientemente o direito tradicional africano, na sua forma original ou na sua forma actual, mas de a tradição africana conter muitos elementos e qualidades susceptíveis de enriquecer e fortalecer todo o sistema jurídico.

Isto levanta muitas questões, uma das quais é saber se deve existir um único sistema segundo o qual os mesmos direitos e deveres se aplicam a todos os sul-africanos, independentemente do seu passado cultural, ou se deve admitir-se uma pluralidade jurídica que permita a coexistência de leis diferentes conforme os vários sectores da população, relativamente a certas áreas específicas como o direito da família, as sucessões e o direito de utilização da terra. Essa pluralidade poderia estabelecer-se com base num direito individual ou regional, isto é, aplicável a pessoas com um determinado passado cultural, ou numa escolha efectuada pelas partes implicadas ou, ainda, numa combinação de qualquer destes critérios.

Há muitas variantes possíveis: poderia existir um sistema judiciário único que aplicasse soluções pluralistas de acordo com o contexto e, talvez, com a vontade das partes; poderia haver sistemas separados com juizes de diferentes proveniências que utilizassem diferentes regras processuais; ou poderia, ainda, existir um sistema pluralista nas instâncias inferiores, mas controlado por uma instância superior única. Mais concretamente, poderia haver um sistema nacional e não racial de juizes e magistrados que aplicasse um direito nacional único. Em alternativa, esse mesmo sistema nacional único poderia funcionar, permitindo, por exemplo, que os juizes ou magistrados aplicassem regras do direito tradicional africano em casos específicos. Outra possibilidade seria criar ou reconhecer determinadas instâncias de decisão jurídica na

pessoa, por exemplo, dos chefes tradicionais ou dos imãs, com competência para julgar casos de casamento e divórcio de pessoas de determinado contexto cultural. Finalmente, as decisões dos chefes tradicionais e dos imãs poderiam ser revistas pelos tribunais nacionais de acordo com certos princípios constitucionais fundamentais.

Antigamente, as questões deste tipo eram decididas da maneira que melhor servisse a dominação colonial ou racista. As pessoas directamente implicadas sempre foram as que menos puderam pronunciar-se sobre a solução dessas questões. No futuro, a grande diferença será a possibilidade de todos participarem no debate, atribuindo-se um peso especial àqueles para quem a questão tem maior importância prática e sentimental. Esta não é, como pode ver-se, uma questão a que, antecipadamente, possa responder-se de forma segura.

A minha intuição, e só ela, diz-me que as pessoas irão optar gradualmente por um sistema nacional único que acentue a igualdade dos direitos e deveres fundamentais de todos os sul-africanos, independentemente da língua, cor, filiação étnica ou religiosa. O *apartheid* desacreditou o pluralismo, e o desejo de unidade, sobretudo em relação a instituições públicas como os tribunais, é muito forte. Permitir-se-á, simultaneamente, que as pessoas livremente contraiam e dissolvam uniões conjugais de acordo com a tradição e apliquem as regras tradicionais, se assim o entenderem. Isto já acontece, por exemplo, no caso de católicos que, voluntariamente e por questões de fé, podem aplicar aos seus casamentos as regras do direito canónico (que proíbe o divórcio), mas que, enquanto cidadãos, podem, se o pretenderem, invocar em tribunal os princípios do direito estadual (que permite o divórcio).

O mesmo se passa com muitos judeus, para quem as consequências sociais e religiosas do casamento numa sinagoga são, na prática, muito mais importantes do que os meros efeitos legais estabelecidos pelo direito estadual. No entanto, se um casal judeu se apresentar a tribunal, as leis do direito judaico não serão atendidas e aplica-se o direito geral da África do Sul.

No caso de casamentos africanos tradicionais, isto significa que o facto de o *lobolo* ter ou não sido pago é apenas uma questão de ordem familiar, com a qual os tribunais nada têm a ver. Poderia, também, estabelecer-se

critérios de reconhecimento dos casamentos tradicionais africanos — bem como de determinação de direitos e deveres dos que, sem celebração oficial de casamento, mantivessem uma união conjugal — que, depois de reconhecidos, seriam abrangidos por certos princípios gerais do direito da família, independentemente dos ritos observados. As famílias poderiam continuar a debater a questão do *lobolo* enquanto costume social, mas não enquanto matéria de direito.

Em minha opinião, creio que as pessoas preferem um sistema que seja africanizado até certo ponto, mas que não fomenta a divisão étnica nem os intermináveis litígios sobre complicadas questões de relações de família. Gostariam de ver africanos na magistratura e de ouvir os seus problemas discutidos nas línguas em que se sentem mais à vontade. Prefeririam regras processuais mais flexíveis, urbanas e acessíveis, como nos tribunais africanos tradicionais, e gostariam que certos aspectos gerais da cultura africana fossem reconhecidos pelo direito como, por exemplo, a consulta do conselho de família antes do casamento ou do divórcio, e as porfiadas tentativas de reconciliação através de conversações e mediação.

Há, no fundo, um enorme património jurídico que o actual sistema é incapaz de utilizar e que poderia desempenhar um papel vital, especialmente nos conflitos de família e de vizinhança. Existem já na África do Sul vários tribunais informais que funcionam nos locais em que as pessoas vivem e trabalham. Estes tribunais não têm grande importância no domínio da lei escrita, mas são utilizados em larga escala na resolução de graves problemas locais. São claramente tributários da tradição africana e, na verdade, testemunham muito melhor a eficácia e versatilidade do direito tradicional africano do que qualquer manual do vulgarmente chamado direito consuetudinário. Daí que o desafio que nos é lançado seja procurar aproveitar o imenso empenhamento da comunidade na resolução de conflitos, de uma forma que não destrua a sua espontaneidade nem crie manifestas injustiças.

Com base em dez anos de experiência em Moçambique, um país que verteu muito sangue e viu destroçadas muitas das suas esperanças, mas que obteve também assinaláveis êxitos em alguns domínios, um dos quais é a actuação dos tribunais populares na resolução dos conflitos de família, eu diria que esses tribunais têm um

grande futuro na África do Sul. Poderão aproveitar profundamente a tradição africana, funcionando de um modo menos formal e menos profissionalizado do que os tribunais estaduais, encarar os problemas de uma forma mais versátil e menos tecnicista, e integrar vários membros que tentarão obter uma decisão por acordo entre as partes. Poderão transformar e modernizar a tradição africana, ou melhor, poderão reflectir a nova tradição africana, presente nos sindicatos, nos grupos religiosos e nas organizações comunitárias, incluindo entre os juizes, mulheres e homens, novos e velhos, e utilizando um bom-senso prático na aplicação de soluções justas aos problemas concretos que lhes forem apresentados. Assim, no caso de ruptura de matrimónio, preocupar-se-ão sobretudo com a partilha dos bens, com a questão da habitação e da melhor protecção dos filhos, em vez de inquirir sobre todos os pormenores dos contratos ante-nupciais. Os tribunais funcionarão apenas ao nível popular e não terão poder para aplicar penas de prisão nem penas corporais.

É possível que estas intuições venham a resultar mal. A questão essencial é as pessoas serem consultadas e directamente envolvidas em todas as fases. O papel dos juristas será fundamental na formulação das questões a apresentar à população e na procura de instituições que consigam concretizar as suas aspirações.

Assim, o *Direito Romano Holandês*, que sobreviveu até agora com transplantes do direito inglês, sobreviverá no futuro com transfusões do direito africano e alterando o nome para Direito Sul-africano.

Londres, Agosto de 1989. ■

(tradução de Teresa Lello)