

A CIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

O Direito Comparado ganhou¹ notável impulso neste século. O jurista convenceu-se de sua importância na elaboração de todo trabalho de maior profundidade. Não se vê uma tese de concurso ou um livro de investigação científica sem que o seu autor dedique parte, mais ou menos extensa, à comparação do assunto em sistemas diversos. Do ponto de vista prático, é um grande auxiliar da advocacia. A obra de RUI BARBOSA dá o testemunho de como se valeu ele do confronto com o Direito Constitucional Americano no desenvolvimento de suas proposições.

O interesse brasileiro pelo Direito Comparado vem de longe, havendo ensejado sua inclusão no currículo de duas faculdades, ao mesmo tempo que inspirou duas obras pioneiras: *Lições de Legislação Comparada*, de CLÓVIS BEVILÁQUA; e *Curso de Legislação Comparada*, de CANDIDO DE OLIVEIRA, o primeiro em Recife e o segundo no Rio de Janeiro.

Há, porém, um descompasso em relação à ciência comparativa, vinda do início deste século, operando-se enorme transformação de conceito e de conteúdo.

Principalmente, no terreno de seu prestígio, ocorreu enorme alteração, e verificou-se inconfundível aproveitamento de seu ensino.

Na verdade, o Direito Comparado é a grande seara jurídica da metade do século XX. JACQUES CARPENTIER, na abertura da Semana Internacional de Direito, de 15 a 21 de outubro de 1950, em Paris, enuncia:

“Une autre surprise nous attendait. L'étude du Droit Comparé a rendu une nouvelle jeunesse aux études du droit privé.”

O Direito Comparado, como técnica, é muito antigo. O primeiro trabalho com este caráter é uma publicação anônima do IV século, divulgada no Baixo Império, com o título: *Collatio Legum Romanarum et Mosaicarum*, em que se confronta o direito hebreu com o romano. O teor integral do trabalho está na obra *Textes de Droit Romain*, de FRÉDÉRIC GIRARD.

No século XV, foi publicado por FORTESCUE um livro, *De laudibus legum Angliae*, em que o autor canta as excelências do Direito inglês em comparação com o Direito francês.

Segue-se-lhe a obra de FULBECK, sob a forma de um debate entre um jurista inglês, um canonista e um romanista.

No século XVIII, dois grandes nomes se projetam: FEUERBACH, na Alemanha, com uma síntese universal do direito; e MONTESQUIEU, com a obra mundialmente citada (e nem sempre lida) *De l'Esprit des Loix*, em que toma em confronto as instituições jurídicas inglesa e francesa.

Embora não falte quem dê primazia a FEUERBACH, o verdadeiro precursor do Direito Comparado é sem dúvida MONTESQUIEU, pela adoção franca do processo comparativo, pelo desenvolvimento do trabalho, no sentido de chegar a algumas conclusões, e pela repercussão universal que encontrou.

No século passado, firmou-se a tendência para o Direito Comparado. Apareceu, na Alemanha, em 1829, uma revista fundada por MITTERMAYER e ZACCHARIAE; na França, em 1843.

Fundou-se, na França, em 1869, a *Société de Législation Comparée*, que sobrevive até hoje. Sob sua responsabilidade editou uma publicação com o título *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, que nunca se interrompeu, nem durante os períodos de conflagração bélica, tendo apenas mudado o nome, em 1949, para *Révue Internationale de Droit Comparé*, com maior desenvolvimento e maior profundidade. É uma das maiores publicações especializadas, no mundo, sobre a matéria.

O nascimento do moderno Direito Comparado, ou verdadeiramente da Ciência Comparatista, data do Congresso de Paris, realizado em 1900, onde sobressaíram e pontificaram três grandes mestres: SALEILLES, DEMOGUE e LAMBERT, este último especialmente, pela dedicação e pelo entusiasmo que o levou a consagrar toda a sua vida e todas as suas atividades à Ciência Comparatista. A obra mestra, na matéria, é o seu livro *La Fonction du Droit Civil Comparé*, Paris, 1903. É conhecido o trabalho de

SALEILLES realizando estudos comparatistas entre o Direito francês e o Código Civil Alemão de 1896, *Bürgerliches Gesetzbuch*, entrado em vigor precisamente em 1900. Quem consulta o grande *Tratado das Obrigações*, de DEMOGUE, encontra, ao final de cada capítulo, a epígrafe “Droit Comparé”, em que focaliza a matéria nos sistemas alemão, inglês, suíço, austríaco, italiano, espanhol, marroquino, tunisiano.

Convém, a esses três nomes, acrescentar o de LEVY ULLMANN, que iria, como professor e escritor, contribuir enormemente para o desenvolvimento do Direito Comparado.

Até a realização do Congresso de Paris, de 1900, a disciplina comparatista era tímida, acanhada, e, sobretudo, com horizontes limitados. A própria maneira como se conhecia indicava-o. Designada e praticada como *Legislação Comparada* refletia a preocupação de reduzir sua atividade ao confronto de disposições de leis pertencentes a dois ou mais sistemas jurídicos, a respeito de um dado tema.

Acontece que um sistema jurídico não se reduz aos textos legais. Ele se expande, além da legislação, pela atividade jurisprudencial, pelo conhecimento do meio social, a prática dos contratos, a tendência da técnica jurídica (cf. RENÉ DAVID, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, p. 10 e segs.). Mesmo nos países de direito escrito, como o Brasil, onde a principal fonte do direito é a lei, não se limita a esta. Basta atentar em que a norma jurídica tem na verdade o sentido que a interpretação pretoriana lhe dá. Basta observar como um mesmo princípio legal sofre alterações no seu conteúdo, não obstante conservar fidelidade formal, no espaço de alguns anos. Demais disso, a doutrina, com a elaboração científica, estende a investigação dogmática das instituições, dando melhor conhecimento do processo evolutivo do sistema.

A investigação comparatista tem de se aprofundar em todos esses sentidos, registrando ainda o que TULLIO ASCARELLI denomina “as premissas implícitas” de cada sistema, econômicas, sociais, doutrinárias, às vezes não formuladas, mas sempre presentes nos sistemas de direito (TULLIO ASCARELLI, *Studi di Diritto Comparato*, p. 10). O trabalho comparatista, para ter valor científico, há de compulsar todos esses fatores. O direito, na realidade dos fatos, diz ASCARELLI, é o que quotidianamente se aplica e segue. O Prof. RENÉ DAVID ilustra a proposição, observando que os mo-

ernos civilistas franceses fazem freqüentemente a exegese da jurisprudência, ao invés de fazê-la da lei (*Traité*, cit., p. 30).

É, então, esta a orientação moderna da disciplina comparatista, que cambia de nome, deixando para trás a designação *Legislação Comparada*, para denominar-se como *Direito Comparado*.

Depois do Congresso de Paris, de 1900, realizou-se outro, igualmente notável, em 1937, na Haya, um terceiro em Londres, em 1950, e mais um em Paris, em 1954, e ulteriormente eles se multiplicaram.

Não é possível lembrar os nomes dos que se dedicam à ciência comparatista. Apenas a título de amostragem, apontam-se: RENÉ DAVID, MARC ANCEL, LEVY ULLMANN, HENRI CAPITANT, ARMINJON, NOLDE e WOLFF, na França; GIORGIO DEL VECCHIO, MARIO SARFATTI, MARIO ROTONDI, GALCANO, SCIALOJA, ASCARELLI, na Itália; H. C. GUTTERIDGE, na Inglaterra; RABEL, na Alemanha; ROSCOE POUND, WIGMORE, SCLESINGER, HASARD, nos Estados Unidos; SOLA CANIZARES e GASTON TOBENAS, na Espanha; MARTINEZ PAZ, na Argentina; CLÓVIS BEVILÁQUA, CANDIDO DE OLIVEIRA, VIRGILIO DE SÁ PEREIRA, LINOLEME, no Brasil, e eu mesmo, que regi a cadeira de Direito Comparado na Universidade de Minas Gerais por mais de dez anos, e lecionei a matéria, por vários períodos letivos, no curso de Pós-Graduação, na UFRJ.

Aludindo, algumas vezes, aqui, à expressão “ciência comparatista”, devo referir-me à polêmica em torno deste controvertido tema, a saber se o Direito Comparado pode assumir as proporções de uma *ciência autônoma*, ou se não passa de *método comparativo* aplicado ao estudo do direito.

O assunto é empolgante. RENÉ DAVID, o grande mestre francês, é muito enfático, quando diz: “Le Droit Comparé n'existe pas. Mais ce qui existe, et qui présente un intérêt de premier plan, c'est la méthode comparative, appliquée dans la science juridique” (*Cours de Droit Civil Comparé*, realizado em Paris, em 1953/1954, p. 15). Numerosos escritores seguem esta orientação, mas nem todos a aceitam. O Prof. SOLA CANIZARES diz que DAVID vai muito longe: “Pero quizás DAVID va demasiado lejos cuando dice que el derecho comparado no existe y le nega el caráter de disciplina autónoma y de ciencia con un objeto proprio” (*Iniciación al Derecho Comparado*, p. 101). O Conselheiro MARC ANCEL, ex-Secretário da Sociéte de Législation Comparée, considera-o disciplina autônoma. Eu mesmo, em estudo publicado na *Re-*

vista da Faculdade de Direito de Minas Gerais (outubro de 1952, p. 33), reproduzido na *Revista Forense*, vol. 146, p. 24, e traduzido para o espanhol e difundido pelo *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* (n.º 17, maio/agosto de 1953, p. 9 e segs.), defendi o caráter científico e o sentido de autonomia da disciplina comparatista, merecendo a adesão do professor GASTON TOBENAS, da Universidade de Barcelona, nestes termos: “Para una tercera dirección, contraria del todo a las dos anteriores, el Derecho Comparado constituye una ciencia principal, autónoma, com un contenido propio, com método ajustado al objeto perseguido. El civilista argentino SPOTA considera en este sentido el Derecho Comparado como autónoma y auténtica ciencia. Y el comparatista brasileño SILVA PEREIRA dice, en defensa de esta misma tesis: “El Derecho Comparado existe en sí. Vive vida propia y no consiste sólo en la aplicación de un método. És autónomo. Forma una rama nueva de la ciencia jurídica... En verdade, no se puede confundir la disciplina con el método de que ella se sirve. No hay que negar que el Derecho Comparado se vale del método comparativo para obtener sus resultados. Pero no se reduce al método pura y simplemente... No es sólo un método de estudio. És un estudio. Tiene un objeto y cumple una finalidad... En este particular no hay que olvidar que a él le cabe alcanzar sus resultados y que estos resultados no presentan identidad o analogía con los que persiguen las otras ramas del Derecho, lo que conduce a concluir por sua autonomía” (cf. Don JOSÉ CASTAN TOBENAS, *Reflexiones sobre el Derecho Comparado y el Método Comparativo*, Madrid, 1957, p. 79).

Entendo que o Direito Comparado é mais do que um método. É um ramo cada vez mais eficiente e mais autónomo da ciência jurídica, por não limitar sua atuação apenas à comparação dos direitos, como técnica de ilustração. Através da comparação, procura-se obter resultado efetivo, determinar finalidades práticas, realizar objetivos determinados.

Para precisar o conteúdo do Direito Comparado, é necessário fazer uma demarcação topográfica dos estudos.

Quando alguém se aprofunda na pesquisa das fontes sociais e jurídicas, investigando como determinada instituição vigorou em uma civilização passada, informando-se como vicejou no ordenamento social, faz *História do Direito*, e se vai mais longe, realiza trabalho de paleontologia jurídica, na feliz expressão de

CLÓVIS BEVILÁQUA (*Lições de Legislação Comparada*, p. 22) e repetida por JOSÉ EDUARDO DA FONSECA, ao denominar as investigações de SUMNER MAINE e HERMANN POST como “paleontologia social” (*Introdução ao Estudo do Direito Público*, p. 9). A este procedimento, eu denomino “comparação vertical”, numa tomada de empréstimo de natureza geométrica.

O *Direito Comparado* há de proceder com a sua própria técnica, e neste sentido é o único ramo do direito a assim operar. O comparatista focaliza os sistemas jurídicos atualmente em vigor, procurando assinalar as suas aproximações e as suas divergências. Tendo em vista o seu próprio direito, ou o objeto de determinado estudo, perquire a maneira pela qual o assunto é tratado noutro organismo jurídico. Não pode restringir seu enfoque à pesquisa legislativa, porém estendê-la à jurisprudência, à doutrina, às demais manifestações da atividade jurídica, evitando que seu trabalho se converta em resenha catalográfica de normas isoladas.

Não é desprezível a associação dos dois processos de comparação: vertical ou histórica e horizontal ou direito comparado, como aconselha ASCARELLI. Constituem por certo estudos autônomos o da História do Direito e o Direito Comparado. Sem se confundirem, eles se completam, prestam-se ajuda recíproca. Não tinha, porém, razão KOHLER, quando pretendia confundir direito comparado e história universal dos direitos. São estudos distintos, no seu processo e nos seus resultados. Enquanto a História se satisfaz e se completa com a narração ou exposição estática, o Direito Comparado confronta os direitos contemporâneos, não apenas para registrar o que ocorre nos diversos países, porém extraíndo do cotejo conclusões que são finalidades específicas da disciplina comparatista, pelas quais ela se distingue e se personaliza.

Convém uma palavra em torno da orientação pragmática do estudo comparativo, tendo em vista a finalidade enfocada pelo escritor. Um estudo de Direito Comparado não se caracteriza apenas pelo fato de seu autor cotejar dois ou mais direitos de forma empírica.

Há que obedecer a critérios precisos de orientação. Pode escolher para confronto sistemas jurídicos de tendências próximas, como, por exemplo, a filiação natural no Direito brasileiro e no Direito francês ou italiano. Ou, reversamente, tomar siste-

mas de formação diferente, e pesquisar o princípio da responsabilidade civil no Direito brasileiro e no Direito inglês ou norte-americano. Mas há de ser opção consciente e bem dirigida.

A finalidade do estudo pode orientar-se no propósito de obter resultados mais abstratos, ou mais concretos; levar a investigação a indagações filosóficas ou de finalidade prática; conseguir elementos de pesquisa exclusivamente científica, ou orientá-la na solução profissional de casos concretos.

A orientação moderna é a de não se dispersar no terreno puramente abstrato. Sem perder características científicas, ou abandonar o plano puramente doutrinário, é da maior utilidade quando se detém nos propósitos práticos. As melhores revistas de direito comparado são o bom exemplo disto. Vejam-se na *Revue Internationale de Droit Comparé*, editada pelo Societé de Legislation Comparée, estudos deste teor:

“La réforme du droit de la famille héliénique”, “Transferts interbancaires par teletransmission au Etats Unis”, “Étude historique et comparée de l’arbitrage”, “Possession et clause de réserve de propriété en droits français et allemand”.

Vejam-se no *American Journal of Comparative Law*, publicado pela Universidade da Califórnia, Berkeley, esses outros:

“Inheritance Law”, “Foreign Law in English”, “New Family and New Property”, “European Citizenship”.

Na Revista Argentina de Derecho Comparado:

“Monopolio y Fusion de Empresas”, “El reconocimiento como acto unilateral”, “Las clausulas economicas y sociales en las Constituciones francesas”. São exemplos de como o Direito Comparado contribui eficientemente para o desenvolvimento do Direito, em nossa época, objetivando material sumamente objetivo.

A par desses estudos, a bem dizer monográficos, merecem atenção os de cunho geral, como o grande livro de RENÉ DAVID sobre *Les Grands Systèmes de Droit Contemporain*, Paris, Dalloz, 1959; ou o *Traité de Droit Comparé*, em três alentados volumes, de PIERRE ARMINJON, BORIS NOLDE e MARTIN WOLFF, Paris, 1950; ou a obra que escreveu RENÉ DAVID de parceria com JOHN HAZARD, tendo por objeto o sistema de Direito soviético, Paris, 1954; ou a obra especializada de SCHLESINGER sobre o Direito soviético, *Comparative Law, Cases and Materials*; ou os estudos especiais de TULLIO ASCARELLI em *Studi di Diritto Comparato in tema di Interpretazione*.

Embora o direito privado seja o campo mais fecundo para a comparação, como observa o Prof. F. H. LAWSON, da Universidade de Oxford, não é o único que o abriga, como se vê no trabalho de LERNAUDE, *Legislation Comparée et Droit Public* e de M. DESLANDRES, *Observations sur la fonction de la science de droit comparé par rapport au Droit Public*; ou de GILBERT GIDEL, *Travaux Pratiques de Droit Public Comparé*; ou ainda os numerosos estudos de Direito Penal Comparado.

Espraiando-se para além de se resumir em simples método de trabalho, o Direito Comparado assume caráter de maior autonomia na atualidade do direito. Não é sem razão, dada a sua enorme e profícua contribuição para a elaboração jurídica, de cunho puramente doutrinário ou de conteúdo precisamente prático, que se fala em Ciência do Direito Comparado. Ao assunto tenho-me dedicado com interesse, e da comparação me tenho valido em todas as minhas obras.

Decorridos trinta anos do estudo que realizei sob a epígrafe *Direito Comparado, Ciência Autônoma*, e tendo em vista as contribuições de mestres de todos os quadrantes da terra, continuo sempre convicto de que o Direito Comparado projetou-se como um ramo autônomo da ciência jurídica, dotado de suas próprias características, e perseguindo suas próprias finalidades, tudo a abrir-lhe espaço próprio. Já é tempo de nos desvencilharmos da idéia de que somente são ramos da árvore jurídica aqueles que a tradição consagrou.