

## **DISCURSOS E CONFERÊNCIAS**

# Pequena Introdução ao Estudo do Direito Comparado

PROF. JOÃO PERBOYRE E SILVA

(Cat. de Direito Internacional Privado)

Magnífico Reitor,

Sr. Diretor,

Srs. Professôres,

Srs. Universitários.

## RAZÕES DA ESCOLHA DO TEMA

1) — Partimos da idéia de que uma Universidade, como lembra FERNANDO DE AZEVEDO, é, por sua própria definição e por sua finalidade, qualquer coisa de "universal". Deve a Universidade abranger todos os conhecimentos (*universitas rerum humanarum*), atenta ainda à circunstância de que a ciência não tem pátria. Mas, se assim é — concluimos — uma Escola Jurídica, integrante de constelação universitária, não pode esquecer ou desprezar o exame do direito nas suas manifestações através da variedade dos continentes e das épocas, ou seja na sua

---

Aula de sapiência pronunciada na data de abertura do ano letivo de 1957.

universalidade. É de seu dever, portanto, investigar, também, os domínios do direito comparado. E como, pelo menos ao que nos conste, nenhuma vez essa relevante matéria ainda foi desenvolvida nas grandes reuniões desta Faculdade, entendemos — que se nos perdoe a insólita ousadia — de aflorar, tímidamente, hoje, o problema, em sumária introdução.

### ATUALIDADE DO DIREITO COMPARADO

2) — Floresce, em nossos dias, e a nosso ver mais do que nunca, o estudo do direito comparado. Além dos centros autônomos, que o investigam em diferentes Estados, bastaria mencionar que sob os auspícios da UNESCO (“United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization”) foi fundada, em 1949, a Associação Internacional de Direito Comparado, com sede em Paris. Estranho seria realmente que nesta fase da história humana o exame do fenômeno jurídico permanecesse, isolado e jacobino, restrito às fronteiras de cada país. Não é assim, felizmente. Inúmeros cultores do direito ascendem ao cimo da cordilheira jurídica e lançam, para além de sua pátria, miradas que são às vezes de alcance universal.

### C O N C E I T O

3) — O direito comparado será o estudo de direitos estrangeiros e de sua comparação entre si ou com o nosso próprio. Na verdade, comparar não é apenas conhecer. Podemos conhecer vários direitos, mas, se não os compararmos devidamente, não estaremos lidando na seara do direito comparado. CÂNDIDO DE OLIVEIRA citou, com felicidade, esta definição de FREI DOMINGOS DE SOUSA no “Tesouro da língua portuguesa”: “Comparar é examinar ao mesmo tempo as semelhanças e as diferenças” (“Curso de Legislação Comparada”, p. 21). Aduziremos, entretanto, que se investigarmos, no direito comparado, as causas gerais das diferenças e semelhanças, estaremos realizando labor muito mais útil. Lembremos que nos diversos direitos, e como bem acentuou TULLIO ASCARELLI, existem “premissas implícitas”: premissas econômicas, sociais, doutrinárias, históricas, morais etc. O direito comparado revela, como talvez ne-

nhum outro — observa o mestre italiano — as relações entre essas premissas e a solução jurídica (ASCARELLI — “Saggi giuridici”, p. 10). Insistimos em que o método comparativo no direito será tanto mais fecundo quanto melhor examinarmos tais premissas, ou sejam os vários fatores que influíram na constituição das diferentes ordens jurídicas. Nem esqueçamos que no direito comparado há margem também para a comparação no tempo, como demonstraremos no curso desta dissertação.

### PIONEIRISMO

4) — DURKHEIM via em MONTESQUIEU quase o fundador do direito comparado (MIRKINE-GUETZÉVITCH — “Evolução Constitucional Européia” (Ensaio Sintético), trad., p. 21). E GUTTERIDGE, o eminente professor da Universidade de Cambridge, ia mais longe: assinalava que MONTESQUIEU podia reivindicar o título de fundador dêsse direito (GUTTERIDGE — “Le Droit Comparé”, trad. francesa, p. 30).

De fato, MONTESQUIEU, no “De l’esprit des lois”, mencionou grande cópia de leis e costumes de diferentes povos, comparando-os e buscando estabelecer as suas relações com os diversos meios físicos e sociais onde vigoravam. Mas ponderemos, sem de qualquer modo lhe deslustrar a perene glória, que muito antes dêle já havia povos que hauriam ensinamentos no direito de outros. Lenda ou realidade, não se diz que SÓLON (esta lembrança é de RENÉ DAVID) teria viajado cêrca de dez anos, examinando outras legislações, para melhorar, com o exemplo colhido, o direito ateniense? E não afirmam certos autores, como é o caso de REVILLOUT, que a própria Lei das XII Tábuas, fundamento do direito romano, tivera origem, quanto a alguns de seus dispositivos, em leis do Oriente, inclusive no direito egípcio?

O direito comparado — anota ASCARELLI — é por vêzes considerado um dos novos ramos da ciência jurídica. Realmente é assim, tendo-se em vista a formação de uma doutrina especializada, a publicação de monografias, tratados e revistas, a criação de institutos destinados ao seu estudo. Mas a comparação jurídica é quase tão velha quanto o estudo do direito, e já em tempos bastante antigos encontramos a tendência de levar em conta a ex-

periência jurídica alheia na elaboração das leis de cada país ("Saggi giuridici", p. 3).

Entretanto, na lição de vários autores, o direito comparado, assim como hoje o entendemos, terá pouco mais de um século de existência. Outros o dão como propriamente conceituado a partir do fim do século XIX, ou ainda apenas do Congresso de Paris, de 1900.

O prof. VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA preferia renunciar a semelhantes investigações, dizendo que, no estudo da matéria, devíamos reservar certo espaço, "que a nossa reverência consagraria ao comparatista desconhecido" (*Apud* F. AZULAY — "Os fundamentos do direito comparado", p. 56).

### DIREITO COMPARADO: UM MÉTODO

5) — Cumpre deixar claro, desde logo, a fim de evitar possíveis confusões, que o direito comparado não constitui um direito semelhante ao civil, ao comercial, ao penal, ao internacional privado, ao constitucional. Tanto quanto hemos até agora lido e meditado, e não obstante respeitáveis opiniões divergentes, será êle apenas um método. Será o método comparativo empregado no âmbito do direito. Para afirmá-lo, escudamo-nos, além de noutros juristas e de em nossas próprias lucubrações, em três ilustres comparatistas modernos: um, inglês — GUTTERIDGE; outro, francês — RENÉ DAVID; e o terceiro, argentino — ERNESTO CORDEIRO ÁLVAREZ.

"Boa parte da atmosfera de dúvida e suspeita que cerca o direito comparado — ensina GUTTERIDGE — e que dantes tanto se opôs ao seu desenvolvimento desapareceria se todos reconhecessem que a expressão "direito comparado" designa um método de estudo e de pesquisa e que não representa um ramo ou divisão especial do direito" (*Op. cit.*, p. 17).

E RENÉ DAVID: "O direito comparado outra coisa não é, de fato, senão a comparação dos direitos, é o método comparativo aplicado no domínio das ciências jurídicas" ("Droit Civil Comparé", p. 4).

Fale, agora, ERNESTO CORDEIRO ÁLVAREZ, aliás Diretor do Instituto de Direito Comparado de Córdoba: "O direito comparado não é, definitivamente, senão um método; a compara-

ção é método de conhecimento, indistintamente usado tanto pelo direito como por qualquer outra atividade do mundo científico" ("Jornadas Franco Latino-Americanas de Derecho Comparado", de 1948, p. 84).

Com efeito, se recorreremos ao método comparativo para o estudo de outras ciências, por que também não o utilizaríamos no direito?

SAUER relembra que os êxitos do método comparativo nas Ciências naturais, na Lingüística e na Ciência da Religião exerceram profunda influência na do direito ("Filosofia Jurídica y Social", trad., espanhola, § 6º, p. 20).

### DEVER DOS GRANDES JURISTAS

6) — Comparar não é apenas conhecer — dissemos. Entretanto, na comparação está implícito o conhecimento, que lhe é prévio, que lhe é condição *sine qua*, essencial. Ora, aquêles que aspiram ao relêvo de verdadeiros juristas não podem ilhar-se no conhecimento apenas de seu direito pátrio, da mesma forma como seria decepcionante que o filósofo não conhecesse as maiores correntes universais da Filosofia, ou um sociólogo não estudasse a obra dos mais preclaros mestres estrangeiros da Ciência da Sociedade, ou um economista se circunscrevesse ao que no seu país se tenha escrito sôbre fenômenos econômicos.

Como disse MARC ANCEL, num século em que as relações internacionais se afirmam progressivamente e em que a distância entre os países cada dia se reduz, já não pode o jurista ser especialista completo, na matéria que escolheu, se igualmente não conhece as principais soluções que, nessa matéria, são aceitas no estrangeiro ("Jornadas Franco Latino-Americanas de Derecho Comparado", de 1948, p. 96).

E eis a lição de RENÉ DAVID: "Todo jurista digno dêse nome deve, para cumprir sua missão, ser capaz de, se fôr caso, utilizar o método comparativo" (Op. cit., p. 7). E aduz que se priva de um meio de estudo extremamente importante para sua disciplina aquêle que não fôr apto a fazer uso do método comparativo (p. 9).

"O ensino do direito só muito imperfeitamente atingiria seu fim — ponderam ARMINJON, NOLDE e WOLFF — se se limi-

tasse a expor e comentar a legislação nacional, em seu estado presente, como se ela fôsse perfeita, universal, única, sem fazer caso da melhoria de que ela é susceptível, ignorando sua origem e sua evolução e abstraindo as legislações estrangeiras" ("Traité de Droit Comparé", I, p. 14).

Entre nós, manifesta-se CARLOS MAXIMILIANO: "Hoje, não mais se concebe a existência de um juriconsulto, merecedor dêsse título, e adstrito ao estudo das leis de seu país. Os vários códigos e os vários direitos, especialmente no terreno civil e comercial, constituem faces, aspectos de um só Direito Privado, do moderno JUS COMMUNE universal" ("Hermenêutica", n. 136).

Seria êrro inscrever-se alguém nas fileiras da xenofobia jurídica. O tempo encarregou-se de superar tôdas as formas de isolacionismo. Já no seu "Espírito do Direito Romano" escrevia IHERING: "O isolamento é o crime capital dos povos, porque a lei suprema da história é a comunidade".

## DIREITO COMPARADO E LEGISLAÇÃO COMPARADA

7) — Com indiscutível razão, ilustres comparatistas modernos empregam, em vez da expressão "legislação comparada", estoutra: "direito comparado". A simples legislação, na realidade, é óbvio, não compreende todo o direito. Ao contrário do que ocorre nalguns países, como o Brasil, a principal fonte de direito, noutros, não é a lei, mas a *jurisprudência*. Tal se verifica — demos o exemplo — no mundo anglo-saxão. O sistema de direito anglo-americano — lembra OSCAR RABASA — formou-se, desde o princípio, à base da jurisprudência dos tribunais. Daí por que o mesmo escritor acrescenta que o sistema do direito inglês quer dizer sistema das grandes sentenças e dos grandes juizes. Juizes como Lord Cook, Lord Mansfield e Lord Eldon, na Inglaterra; e Marshall, Story, Taney, Gibson e outras eminências, nos Estados Unidos (OSCAR RABASA — "El Derecho angloamericano" — Estudio expositivo y comparado del "Common Law" — (p. 20). E um pouco adiante: "A *common law* ou direito anglo-americano é, pois, um direito elaborado pelos juizes, donde a razão por que, na Inglaterra e nos Estados Unidos, tem o nome de *judge-made law*, ou direito feito pelo juiz" (Op. cit., 30).

Sob outro aspecto, mesmo entre nós, o costume, que não constitui legislação, é direito.

Poderiam suceder-se os exemplos. Bastam porém êsses para demonstrar que a expressão "direito comparado", muito mais ampla que a outra, deve prevalecer no estudo da matéria.

### COMPARAÇÃO NO ESPAÇO E NO TEMPO

8) — Mas não é só. Embora o "direito comparado" se estude predominantemente no espaço, ou seja na amplitude geográfica, não vemos como limitar a essa coordenada o método comparativo. Também poderá êste ser utilizado no tempo, isto é, mediante o exame do direito vigente em várias épocas.

MARCEL PRÉLOT, citado em MIRKINE-GUETZVÉTICH, esclarece, referindo-se à França: "Para ser realmente comparado, deve o direito comportar a aproximação sistemática, seja das instituições francesas com as estrangeiras... seja ainda das instituições de um mesmo país, em diferentes épocas. Esta última forma de direito comparado pode ser chamada "*direito comparado no tempo*" ("Précis de droit constitutionnel", Paris, 1949, p. 23 — *apud* GUETZEVITCH, *op. cit.*, p. 20).

A seu turno, acentua GASTON MAY existir interêsse de ordem científica a justificar a pesquisa do passado das instituições jurídicas. O direito do tempo atual contém, dentro de larga medida, elementos do direito de períodos anteriores. Para compreender o direito atual é preciso conhecer seu estado antigo. E ainda o mesmo autor: "Mas, se se estuda a história do direito em países diferentes, e se se confrontam os resultados, aparece matéria para úteis comparações. Tal o fim objetivado por moderníssimo ramo da ciência histórica: a história comparada das instituições" ("Intraduction à la science du droit", 3a. ed. ps. 146 e 147).

Em valioso estudo, o prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, proclamando que "em dois sentidos se pode aplicar o processo comparativo", ou seja no *tempo* e no *espaço*, chama ao primeiro "comparação vertical" e ao segundo "comparação horizontal". ("Direito Comparado e o seu estudo", *in* "Revista da Faculdade de Direito", da Universidade de Minas Geraes, outubro de 1955).

Na obra que escreveu há cerca de sessenta anos e a que deu o título de "Legislação Comparada", transmitia BEVILÁQUA, invocando HERMANN POST, o ensinamento de que a comparação do direito no *espaço* era a *jurisprudência etnológica*, enquanto a comparação no *tempo* era a *paleontologia jurídica*" (BEVILÁQUA — Op. cit., p. 22).

Quanto a nós, poderemos dizer: direito comparado no *espaço*, ou seja através da Geografia; e direito comparado no *tempo*, ou seja através da História.

Mas não confundamos a comparação no tempo com a simples história do direito. Esta poderia ser entendida, talvez, como a simples menção cronológica das instituições. E comparar significa muito mais do que apenas relacionar.

Apesar dessa divisão dicotômica do método comparativo em direito, convém insistir em que é no *espaço* que êle predominantemente se aplica.

## UTILIDADE DO MÉTODO COMPARATIVO

9) — A esta altura, já será lícito indagar: para que nos há-de servir o método comparativo? Qual a utilidade do direito comparado? Na verdade, seria desaconselhável qualquer estudo que não propiciasse resultados úteis, ainda que o simples aprimoramento da cultura. Mas o método comparativo no direito — preleciona RENÉ DAVID — pode ser empregado com OS MAIS DIVERSOS FINS ("Droit Civil Comparé", p. 4) E GUTTERIDGE fala na "imensidade do campo" em que pode ser usado êsse método (Op. .cit., p. 101).

Sem idéia de esgotar o assunto, cuja área se afigura imensa ao jurista inglês, e acentuando que nalguns pontos, aparentemente novos ou revolucionários, apenas procuramos desenvolver o que se acha virtualmente contido no pensamento de RENÉ DAVID e GUTTERIDGE, e em certos casos também considerando aquelas "premissas implícitas" que, segundo ASCARELLI, existem nas diversas legislações, — acreditamos que o método comparativo no direito será útil para colimar, entre outros, os seguintes objetivos: I — melhor conhecimento dos povos e disci-

plina do espírito internacional; II — melhoria do direito pátrio; III — pesquisa de princípios gerais de direito; IV — uniformização do direito; V — solução dos conflitos interestaduais de leis; VI — compreensão das relações entre Geografia e direito; VII — entre Religião e direito; VIII — entre Economia e direito; IX — entre Raça e direito; X — entre História e direito; XI — entre Revolução e direito; XII — entre Filosofia e direito.

Como se infere do que já frisamos, a relação é apenas exemplificativa.

### MELHOR CONHECIMENTO DOS POVOS E DISCIPLINA DO ESPÍRITO INTERNACIONAL

10) — O estudo do direito comparado leva à melhor compreensão dos povos. E tal é o entendimento primeiro do organismo fundado sob os auspícios da UNESCO. Efetivamente, a Associação Internacional de Direito Comparado tem por escopo, consoante seus Estatutos, favorecer o conhecimento e a compreensão mútuos das nações. Visa também a encorajar a difusão da cultura, desenvolvendo o estudo dos direitos estrangeiros e o emprêgo do método comparativo nas ciências jurídicas.

Se algum dia — afirmou o prof. EDUARDO COUTURE — compreendermos o direito de um povo, poderemos ter certa esperança de, com um pouco mais de esforço, chegar a compreender o próprio povo (“Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, de Montevideu, janeiro-junho de 1955).

Não existe exagero em assegurar que, examinando e adequadamente comparando instituições estrangeiras, poderemos compreender, ainda que em certos limites, o espírito dos povos, a que elas servem. Não chancelaríamos a assertiva, indubitavelmente lírica ou pueril, de que o direito comparado viesse a consolidar a paz entre os Estados. Nem ao que nos conste ninguém jamais o disse. Mas não haveria hipérbole em declarar que certos dissídios se originam do mútuo desconhecimento de países.

Há cerca de 30 anos, o grande sociólogo SOROKIN, russo de nascimento, mas naturalizado norte-americano, dava à estampa formoso livro — “Social Mobility” — num de cujos capítulos emprestava ênfase à mobilidade horizontal dos povos. “Talvez a mais notável característica das sociedades ocidentais

— escrevia êle — seja uma circulação social intensa, desde o fim do século dezoito”. “O caráter móvel da atual sociedade manifesta-se, antes de mais nada, numa intensa e crescente circulação horizontal de seus membros”. E observou que a população se tornava mais e mais internacionalizada. (Op. cit., ps. 381 e 382).

Decorridos três decênios, as considerações do culto sociólogo adquirem mais nítidos contornos. A mobilidade horizontal, que êle circunscrevia às sociedades do Ocidente, processa-se, hoje, ora maior, ora menor, em todo o orbe, não obstante as divisões até ideológicas. Pois bem: o estudo do direito comparado pode constituir elemento de relevância para que produza melhores frutos êsse espírito internacional. Os estadistas, sobretudo, precisam conhecer os princípios essenciais das várias ordens jurídicas. E dêsse modo evitarão certos lapsos de repercussão deplorável. A crermos no testemunho ou interpretação do prof. ROBERT LE BALLE, o insucesso da Liga das Nações deve atribuir-se, em parte, ao desconhecimento de Direito Constitucional Comparado. Em 1919, ao firmar-se o Tratado de Versalhes, todos os aliados acreditaram que Wilson, Presidente da República norte-americana, tinha a faculdade de, por si mesmo, vincular seu país ao famoso Pacto. Ao concluir-se, porém, a elaboração da Carta, notou-se que era essencial, para a adesão daquela soberania, que o Poder Legislativo “yankee” ratificasse o transcendental documento. E como procedeu o Congresso dos Estados Unidos? Sua-vemente, escreve o prof. LE BALLE, o Congresso disse a Wilson que êle, Presidente, havia ultrapassado seus poderes, pois não tinha o direito de assumir tão extensos compromissos. E o documento não foi ratificado. “Ignorância... incompreensão, oriunda do desconhecimento dos respectivos direitos parlamentares” — assim conclui LE BALLE (“Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, de Montevideu, janeiro-junho de 1955, p. 51). Parece incrível.

### MELHORIA DO DIREITO PÁTRIO

11) — Assertiva que os grandes comparatistas confirmam é aquela segundo a qual pode o direito comparado contribuir para melhorar o direito pátrio. MAINE, o eminente sábio in-

glês que, em 1861, publicava a obra famosa "Direito Antigo" ("Ancient Law"), já escrevia, noutro de seus trabalhos, que a principal função do direito comparado consistia em tornar mais fácil a legislação e contribuir para a melhoria do direito, no plano prático.

É pacífico, hoje, que os doutrinadores, os legisladores e os juizes têm ou pelo menos deviam ter acentuado interesse em examinar o direito de outros povos, comparando-o com o nacional. E dêsse processo muitos não fizeram, por vezes, salutar fonte de inspiração.

"Não há legislador ou codificador — fala ERNESTO CORDEIRO ÁLVAREZ — que não cite, como fonte inspiradora de sua lei ou de seu Código, algum Código ou alguma lei do estrangeiro" ("Jornadas Franco Latino-Americanas de Derecho Comparado", p. 85).

E em nosso País os TEIXEIRAS DE FREITAS, os BEVILÁQUAS e os RUIS não ocultaram o concurso do direito de outros povos na estruturação dos edifícios jurídicos, em que se salientaram.

"A idéia de observar o que se passa no estrangeiro e de estudar as leis estrangeiras — comenta RENÉ DAVID — não pode deixar de impor-se ao legislador quando êle trata de reformar o direito de seu país" (Op. cit., p. 114).

Parecerá que tem preponderado, nesse caso, a força da imitação. Mas não será apenas isso. O legislador — volta a pronunciar-se RENÉ DAVID — está sempre exposto à censura de realizar trabalho arbitrário. E justifica-se demonstrando que sua obra é racional. Um dos melhores meios de comprová-lo consiste em apoiar-se êle na experiência ou nas experiências de países estrangeiros. Em todos os tempos e em todos os países — insiste DAVID — o legislador, pode dizer-se, desde o momento em que sua atividade se desenvolveu, se vem inspirando freqüentemente em exemplos alienígenas.

Assim, toda vez que se pretenda reformar ou criar um instituto jurídico, será aconselhável ou imprescindível procurar, em ordens estrangeiras, as melhores normas, adaptando-as convenientemente ao meio em que o instituto há-de vigorar.

Sem dúvida, requer êsse trabalho alguma compreensão do método comparativo.

A propósito, permita-se-nos invocar, mais uma vez, a lição de GASTON MAY: "Deve o legislador — pontifica êle — preocupar-se igualmente com as legislações estrangeiras, a fim de saber como têm elas regulado os problemas que se impõem à sua atenção. Cumpre-lhe, porém, nesse tocante, evitar um escolho. A servil imitação de uma legislação estrangeira, sua importação feita sem arte, sem retoque, na legislação nacional, é tarefa impossível e vã. Copiando brutalmente a legislação de outro país, arrisca-se êle a tomar emprestado apenas o exterior, e não o espírito. Arrisca-se também a perturbar os hábitos, os modos de viver e de pensar do país para onde a legislação é importada. É preciso, portanto, não transplantar o direito estrangeiro para um solo que não é o do seu crescimento, mas transplantá-lo adaptando-o às exigências da legislação nacional". (Op. cit., p. 156).

Diante dessas palavras, temos a impressão de quase estar ouvindo o nosso OLIVEIRA VIANA, quando, em crítica a nosso ver muito exagerada, fala em "marginalismo jurídico" do escol brasileiro, apontando os pensadores nacionais como "idealistas utópicos" e "constitucionalistas do Astral" ("Instituições Políticas Brasileiras", vol. II).

Quanto a nós, pode ser mais prejudicial do que benéfica a desmarcada preocupação de envolver um direito em vestimentas berrantemente jacobinas. O estágio, que a humanidade atingiu, não aconselha a diferenciação profunda dos direitos entre os povos. Antes é desejável que os institutos jurídicos privados se vão a pouco e pouco (nos limites do possível, é claro) assemelhando, no concôrto das nações. A transmissibilidade ou migração de direitos, respeitadas certas adaptações, implica excelente serviço à tarefa de aproximação dos homens.

Cumprê, é certo, ao transplantar leis de um para outro Estado, não contrariar os *mores* do povo — empreguemos a palavra que a sociologia consagrou. E lembremos, como o faz A. AZULAY (op. cit., p. 33), a expressiva imagem de NIBOYET, quando êste compara a transmissibilidade jurídica, de um povo para outro, com a transfusão de sangue de um para outro indivíduo. Se há necessidade de sangue para êsse fim, "não se toma êsse líquido vital do primeiro que aparece. Fazem-se análises, não sómente para saber se o doador é capaz, como para concluir se o seu sangue pode adaptar-se ao daquele que o recebe". O

mesmo deve acontecer no empréstimo de regras jurídicas de um a outro Estado.

Mas vem a propósito citar as palavras de DEL VECCHIO: "Todo povo pode assimilar o direito de outros, pode fazê-lo próprio, COM OPORTUNAS ADAPTAÇÕES" ("Filosofia del Derecho", trad. espanhola, ps. 46 e 47).

De seu lado, ARMINJON, NOLDE e WOLFF, depois de acentuarem haver Estados que têm feito seu, parcialmente ou em bloco, um direito estrangeiro, chegam mesmo a escrever: "Felizes plágios, graças aos quais se elabora, podemos esperá-lo, um direito comum universal" (Op. cit., I, p. 20).

### PESQUISA DE PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

12 — A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro dispõe, art. 4º: "Quando a lei fôr omissa, o juiz decidirá o caso de acôrdo com a analogia, o costume e os PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO".

Estamos em face das chamadas lacunas da lei.

Aliás, se existe êsse art. 4º, não se pode falar em lacunas da ordem jurídica. A ordem com êle plenificou-se. Pois o dispositivo aponta, precisamente, os meios destinados ao preenchimento das omissões.

Não cabe aqui o exame da analogia nem do costume. Impõe-se, entretanto, interrogar: que são princípios gerais de direito? A controvérsia é manifesta. Mas a êsse respeito — diz argutamente BENOIT JEANNEAU — o direito comparado nos oferece preciosas indicações ("Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative", p. 201). E, nos comentários ao artigo citado, a doutrina brasileira expressa opinião que se vincula ao assunto dêste trabalho. Efectivamente, interpretando a locução "princípios gerais de direito", muitos dos nossos juristas vão haurir fôrças, para conceituá-la, também no espírito do direito alienígena.

Pronuncia-se, a propósito, BEVILÁQUA: "As noções de liberdade, de justiça, de equidade, a moral, a sociologia e A LEGISLAÇÃO COMPARADA concorrem para desprender, do conjunto das idéias, que formam a base da civilização moderna, OS

PRINCÍPIOS GERAIS e as permanências do direito" ("Cod. Civil Comentado", vol. I, obs. ao art. 7º.).

Outro jurista de envergadura (referimo-nos a CARVALHO SANTOS) discorre: "Os princípios gerais de direito, nesse sentido, abrangem a doutrina pròpriamente dita, o ensinamento dos jurisconsultos, A LEGISLAÇÃO DOS POVOS CULTOS e a tradição" ("Cod. C. B. Interpretado", vol. I, 3a. ed., p. 106).

A seu turno, sustenta CARPENTER que os princípios gerais de direito envolvem a doutrina dos melhores escritores e A LEGISLAÇÃO DOS POVOS CULTOS" ("Manual Paulo Lacerda", vol. 4, p. 117, *apud* CARVALHO SANTOS, op. cit., p. cit.)

De seu lado, FERREIRA COELHO, analisando a mesma expressão, coloca, em seguida aos princípios que serviram de base à formação do direito nacional, aquêles "GERALMENTE ACEITOS PELOS POVOS CIVILIZADOS" ("Cod. Civil", vol. II, ps. 133 e 134).

Em essência, não discrepa dêsse pensamento CARLOS MAXIMILIANO. Para êle, os princípios gerais de direito "abrange, não só as idéias básicas da legislação nacional, mas também os princípios filosóficos, fundamentais do direito, SEM DISTINÇÃO DE FRONTEIRAS" ("Hermenêutica", n. 349).

O erudito ESPÍNOLA estabelece uma gradação: deve buscar-se, primeiro, o que êle chama *princípios gerais do direito nacional*; depois é que haveria apêlo aos PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO UNIVERSAL, que "se manifestam como os resultados mais gerais do estudo da jurisprudência, da ciência jurídica e da LEGISLAÇÃO COMPARADA" ("Trat. Dir. Civil Brasileiro", vol. IV, p. 618).

Como se observa, nenhum dos juristas neste ponto mencionados esquece, para a conceituação de PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO, o possível recurso à ordem jurídica de outros países. E o emprêgo dêsse recurso envolve, também, um processo de comparação, para saber se o princípio, sendo geral entre outros Estados, se harmoniza com o direito nacional, ou com êste entra em choque.

Vê-se, pois, ainda neste ponto, a utilidade do direito comparado.

Conseqüentemente, sempre que a lei seja lacunosa e não

caiba, na hipótese, nem o suprimento da analogia, nem o do costume, deve o intérprete amparar-se dos citados princípios, que, segundo foi demonstrado, poderão deduzir-se, por vêzes, de instituições jurídicas extranacionais.

Todavia, julgamos conveniente salientar que não se trata, no caso, de aplicar uma lei estrangeira, pois tal aplicação nos levaria às regras de outra disciplina, ou seja ao Dir. Int. Privado. Trata-se — o que é diferente — de colhêr certos princípios superiores, ou certas idéias, que, tendo o caráter de gerais, sejam inerentes ao espírito de outras ordens jurídicas.

E é interessante pôr em realce que a Côrte Internacional de Justiça, principal órgão judiciário das Nações Unidas, inscreve, entre as fontes de que poderá valer-se nas decisões, "os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas" (Estatuto da Côrte, art. 38, c).

### UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO

13) — Será realidade algum dia o direito privado uniforme? Dar-se-á, porventura, não importa quando, o advento do Direito Mundial? "Utopia!" — eis a resposta que em geral se tem articulado. O direito — acrescenta-se — variará sempre de país a país, mercê da diferença de condições étnicas, econômicas, políticas, históricas, geográficas, morais, religiosas. Noutros têrmos: variará exatamente por causa daquelas "premissas implícitas", segundo ASCARELLI, em cada legislação. Outros poderiam também alegar que, no ensinamento da Escola Histórica, o direito se forma, em cada povo, assim como se forma o idioma. E, se é difícil a universalização do Esperanto lingüístico, mais difícil haveria de ser a mundialização dum Esperanto jurídico.

EDUARDO COUTURE, o saudoso decano da Faculdade de Direito de Montevideu, ponderava, não faz muito: "Mas a unificação do direito é uma teia de Penélope, que os juristas tecem de dia e os povos desfazem à noite, pela infinita variedade de suas tradições, localismos, costumes, rotinas. Um direito único para a humanidade é preocupação mais estética do que jurídica, é anelo formal, que se esquece da história e da geografia".

Não obstante, o que a grande maioria reputa quimera ainda

não morreu no espírito de muitos. Nem morrerá. Tem a perene força da esperança que anima e transfigura o coração dos crentes. É chama votiva inapagável. E êsses idealistas como que recitam estas palavras de LAMARTINE: "As utopias amiúde não passam de verdades prematuras". Em 1928, fundava-se o Instituto de Roma para a unificação do direito privado. E, para não mencionar outros exemplos, que de fato são numerosos, recordemos que na Sétima Conferência Pan-americana o delegado ALFREDO SOLF Y MURO, do Peru, apresentava um projeto, que obteve aliás bom acolhimento, no sentido de que o pan-americanismo jurídico trabalhasse pela adoção homogênea dos direitos civis, dentro de um Código único.

Seja como fôr, o que se faz mister assinalar, aqui, é que para o trabalho de unificação, total ou parcial, imprescindível se revela o auxílio do direito comparado. A obra unificadora tem logrado alguns êxitos, na esfera mercantil, através da comparação. Com efeito, somente comparando ordens jurídicas é que se tem penosamente conseguido realizar algo em tal setor. E quando, na Conferência Pan-americana, a que aludimos, o ilustre SOLF Y MURO predicou a unificação do direito civil do Novo Mundo, acrescentou devia processar-se, com êsse escopo, um estudo de direito comparado entre os direitos do Continente, convido proclamar, em homenagem à cultura brasileira, ter sido o Código Civil do Brasil o que êle apontou para servir de base à sonhada uniformização.

GUTTERIDGE, em seu livro notável, observa seria incompleta a obra que se propusesse indicar a natureza e os fins do direito comparado sem falar no movimento de unificação jurídica (Op. cit., p. 186).

COSENTINE adotou, para as lides no âmbito dêsse direito, o lema "comparar unificando e unificar reformando". "O direito visa à universalidade" — afirmou. E a vitória da universalidade, para êle, era "o grande papel reservado ao direito comparado" (ILMAR P. MARINHO — "Dir. Comparado, Dir. Int. Privado e Dir. Uniforme", p. 83).

Cumprindo que a legislação uniforme seja tanto quanto possível perfeita, o direito comum — ensinam ARMINJON, NOLDE e WOLFF — deve resultar de uma seleção feita através

de todos os sistemas jurídicos, colhendo-se o que ofereçam de bom e eliminando-se ou corrigindo-se o que apresentem de defeituoso (Op. cit., I, p. 94). Trabalho que implica, é manifesto, um processo comparativo, em elevado grau.

LEVY ULLMANN — quem o cita é MARC ANCEL — dera como fim aos comparatistas realizar, deliberadamente, e de modo especial por meio de “conferências de unificação”, o “direito mundial do século XX” (MARC ANCEL — “Jornadas Franco Latino-americanas”, cit., p. 81).

### SOLUÇÃO DOS CONFLITOS INTERESPACIAIS DE LEIS

14) — Não nos deteremos, por desnecessário, na demonstração de que o direito comparado, favorecendo o conhecimento de regras jurídicas exóticas, e embora não se limite a isso, também facilita a solução dos conflitos interestaciais de leis, projetando-se, por conseguinte, nos domínios do Dir. Int. Privado. É preciso conhecer e aplicar, nalguma hipótese, a norma estrangeira? Obviamente aplicá-la-á com mais facilidade e segurança aquêle que se dedicar ao estudo da disciplina em análise.

### GEOGRAFIA E DIREITO

15) — Já que, segundo a lição de RENÉ DAVID, o método comparativo pode ser aplicado aos mais diversos fins, e desde que, na arguta observação de ASCARELLI, existem “premissas implícitas” nas diversas ordens jurídicas, — demonstraremos como as investigações de direito comparado podem também proporcionar ao estudioso o exame de outros temas fascinantes. Escolhamos, para início, a análise das relações entre a Geografia e o direito.

Não é de agora, mas de há séculos, que se menciona a influência de fatores geográficos no comportamento humano. SOROKIN, em “LES THÉORIES SOCIOLOGIQUES CONTEMPORAINES”, exhibe um inventário dessa tendência. Os mais antigos documentos do Oriente, que até nós tenham chegado — revela o sociólogo — encerram várias proposições desse gênero. As velhas crenças astrológicas nada mais representam, em essência, do

que a materialização da idéia de que o destino do homem é governado pelas estrêlas e pelas outras condições geográficas. (E daí o dizer-se, intercalamos, que determinada pessoa tem boa ou má estrêla). Os provérbios populares e a antiga "ciência do tempo" são imbuídos da mesma idéia. Eles contêm numerosas proposições concernentes à influência das diferentes condições geográficas nos traços físicos e psíquicos dos homens e nos acontecimentos sociais e históricos. Centenas de pensadores isolados, cujos nomes e idéias a história conserva, têm mencionado, sob qualquer forma, um ou outro dos fatores geográficos: os pensadores da Índia e da Pérsia; os sacerdotes e médicos do Egito; os astrólogos de diversos países; os profetas judeus; e quase todos os filósofos, historiadores, poetas e escritores eminentes da antiga Grécia e de Roma; muitos padres da Igreja; muitos pensadores da Idade Média (SOROKIN — "LES THÉORIES Sociologiques Contemporaines", cap. II, p. 92).

Depois, e até nossos dias, não têm faltado espíritos percucientes que anotam certa correlação, maior ou menor, entre os fatores geográficos e o organismo político e social. Essa interpretação geográfica — era inevitável — haveria de alcançar o direito. MONTESQUIEU, na sua obra perenemente famosa, que é de 1748, proclama a relação das leis com o clima e o solo. Embora incidentemente, PASCAL, em seus "Pensamentos", estranha que o justo e o injusto mudem de qualidade mudando de clima, que três graus de elevação do polo transformem a jurisprudência e que um meridiano decida da verdade. A justiça — argumentava o pensador — é una, e deveria ser observada em qualquer parte do mesmo modo. Divertida justiça, que um rio ou montanha limita. "Verdade aquém dos Pirineus, êrro para lá".

No século passado, MANCINI acentua que o clima, a temperatura, a situação geográfica, montanhosa ou marítima, a natureza e a fertilidade do solo e, além disso, a diversidade das necessidades e dos costumes determinam, em cada povo, com preponderância quase completa, O SISTEMA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS.

E para que falar em RATZEL, com sua retumbante "Antropogeografia" e sua "Geografia Política"? E no professor sueco KJELLEN, que deu o nome de *Geopolítica*, segundo lembra

MENZEL, à investigação dos fundamentos geográficos das comunidades políticas? Iríamos demasiado longe.

Ainda há poucos anos, o professor francês MAX SORRE empregou a expressão *Geografia do Direito*. Mais recentemente, NICOLAU DOS SANTOS, catedrático da Universidade do Paraná, escreveu ensaios sobre o que intitula *Geografia Jurídica*. E — recordemo-lo por curiosidade — MAUSS (citação de GEORGES GURVITCH, em "Sociology of Law", p. 294) chegou, no primeiro decênio deste século, ao ponto de, tendo examinado as estações na vida dos Esquimós, pretender mostrar como o regime jurídico nas tribos primitivas diferia do inverno para o verão. O direito do inverno caracterizar-se-ia pela coabitação intensamente concentrada, recordação do clã, e seria animado de religião e tendências coletivistas. Já o direito do verão, regulando a vida de pequenas, esparsas famílias, teria caráter mais secular e mais favorável ao individualismo.

Ora, não há como o exame e comparação das várias ordens jurídicas distribuídas no espaço para que possamos compreender até que ponto influiu, em cada uma, o ambiente geográfico. As instituições jurídicas não devem ser consideradas como abstração, mas apreciadas em suas possíveis relações com o segmento da geografia, onde se desenvolvem. Obedecendo a esse critério, poderá o intérprete verificar, por exemplo, como a situação insular da Grã-Bretanha favoreceu a plasmação da "common law" — um sistema jurídico tão diferente do continental europeu, nutrido que este foi pelo leite da loba romana. O art. 88 da nossa primeira Constituição republicana, segundo o qual o Brasil em caso nenhum se empenharia "em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação" — idéia louvável, mantida nas Cartas Políticas de 1934 e 1946 — não apenas traduzia nosso esplêndido idealismo como também era o reflexo de uma realidade geográfica: a amplidão territorial brasileira, suficiente para constituir o cenário da grandeza de um povo, sem qualquer pensamento de esbulho contra áreas estranhas. Ao nosso ver, quando, na República Cisplatina, a Constituição dispõe que o uruguaio não perde a nacionalidade nem mesmo pela naturalização em outro país — regra que contraria a norma geralmente observada no plano internacional — semelhante fato se há explicar, em última análise, por outro

dado geográfico: a exigüidade territorial do país vizinho, que não lhe permite alimentar a ilusão de vir a contar algum dia com extraordinário número de nacionais.

## RELIGIÃO E DIREITO

16) — Semelhantemente ao que ocorre com os fatores geográficos, também se verifica, em ordens jurídicas, a influência de credos religiosos. Mesmo pondo à margem interpretações exageradas, mutíssima cousa existe, nesse tocante, merecedora de acolhida.

Como preleciona RENÉ DAVID, é indubitável que certas regras, em cada direito, se vinculam à religião ou à filosofia professada pela unanimidade ou pela maioria dos habitantes. Aos olhos dêstes, algumas normas ou instituições jurídicas são absolutamente intangíveis, pois se acham de modo íntimo ligadas a uma religião que a seus olhos é sagrada ("Droit Civil Comparé", p. 153).

No concernente à Antiguidade, e a êsse propósito, dispensável seria a menção do livro de FUSTEL DE COULANGES — "La Cité Antique" — tão amplamente divulgado e conhecido. Veja-se, porém, a obra de PIERRE NOAILLES — "Du Droit Sacré au Droit Civil". NOAILLES escreve: "Se há uma regra geral, que se pode colhêr da história comparada, é que todos os povos, no primitivo estágio de civilização, acreditaram ser de origem divina o direito que regulava as suas relações. Tôdas as regras de comportamento, inclusive as leis, são, para êles, um dom de seus deuses. Êles não compreendem que sejam distintos os dois domínios: o da religião, em que dependem da vontade divina, e o do direito, em que são senhores, domínio regulado por sua própria vontade, ou, de modo geral, por uma vontade humana, seja a dos membros da Cidade, seja a do Rei. Não escaparam os romanos — continua NOAILLES — a essa lei geral, e jamais perderam a memória da origem divina do direito" (Op. cit., p. 16).

Iria além das proporções do presente estudo a pesquisa da influência do *jus canonicum* no direito ocidental. Invoque-se, entretanto, a palavra de RUFFINI, que mostra como a condição das pessoas, as relações de família e principalmente o direito

matrimonial eram regulados pela lei canônica. A teoria do domínio, a dos direitos reais, a da prescrição, a da posse, embora em essência permanecendo romanas, experimentaram profundíssimo influxo da jurisprudência canônica. Princípios de direito eclesiástico modificaram a teoria romana das obrigações, especialmente com respeito ao consenso, à usura, à mora, à condição geral do devedor; e dessa influência não esteve isento o direito das sucessões (*Apud ANTONIO BOGGIANO PICO — "Il matrimonio nel Diritto Canonico"*, p. 7, nota 3). E mais adiante, ainda RUFFINI: "Onde, porém, o direito canônico adquiriu absoluta preponderância foi em tudo aquilo que se refere ao direito processual e ao penal" (*Op. cit., loc. cit.*).

Veja-se, ainda hoje, como se pronuncia nas legislações anti-divorcistas o prestígio religioso. A indissolubilidade matrimonial, na Itália, deve-se, em parte maior (isto é de meridiana evidência), à circunstância de no território da Península se erguer, vigilante, o Vaticano. Também no Brasil, o divórcio já estaria incorporado à ordem jurídica, não fôsse a indormida e tenaz presença do Catolicismo. Na Espanha, fôra o mesmo instituto introduzido, em 1932, com o advento do regime republicano. Mas, vitoriosa, a revolução de Franco, animada, como se sabe, de sentimento religioso, ab-roçou a lei divorcista. Nem é de esquecer o exemplo de Portugal. Viera o divórcio com a República, menos de um mês após a proclamação desta. Foi com efeito instituído pelo decreto de 3-11-910. Contudo, o regime de Salazar, em que se afirma indiscutível o plasma católico, haveria de celebrar uma Concordata que vibraria profundo golpe no instituto. De fato, conforme o acôrdo entre o Estado português e a Santa Sé, assinado em julho de 1940, Portugal reconhece os efeitos civis do matrimônio efetuado na conformidade das regras canônicas. E a simples celebração religiosa — lê-se em GABRIEL LE BRAS — impõe aos cônjuges a renúncia ao divórcio (GABRIEL LE BRAS — "Divorce et separation des corps dans le monde contemporain", I, ps. 247 e 249).

Desviemo-nos, um momento, para a órbita do chamado mundo islâmico. Escrevendo, em 1892, na "Revue Philosophique", citava GABRIEL TARDE estas palavras de SAWAS PACHÁ: "No mundo islâmico, tudo é religioso. A língua é um

dom de Deus... A legislação igualmente é um dom de Deus: é o efeito imediato da revelação...”

Efetivamente, direito e religião confundem-se no islamismo. O direito muçulmano abrange todos os aspectos do procedimento humano: o jurídico, o religioso, o político, o litúrgico, o ascético. E o Corão é a sua principal fonte.

Sem dúvida, nos países muçulmanos, e como ensina RENÉ DAVID, a subordinação do direito à religião foi, no curso dos últimos cinquenta anos, limitada a certos domínios. Tornou-se possível, nos outros domínios, sobretudo nos do direito comercial e das obrigações, admitir certas regras muito aproximadas daquelas que vigem nos países cristãos do Ocidente. No tocante particularmente ao Egito, e como lembram ARMINJON, NOLDE e WOLFF, ainda em 1875 e 1883 eram ali promulgados Códigos calcados nos Códigos franceses (Op. cit., I, ps. 13, 152 e 153). Não obstante, continua acentuada a fôrça jurígena religiosa nas nações maometanas, em geral.

É pelo método comparativo aplicado ao direito, pela aproximação e interpretação dos institutos no espaço e no tempo, que melhor pode o estudioso apreender até onde se manifesta, nas ordens jurídicas, a penetração das idéias religiosas: até onde a religiosidade contribuiu para assemelhar ou diferenciar as normas de direito. Isso, ainda hoje, apesar da secularização dos regimes jurídicos.

## ECONOMIA E DIREITO

17) — Atingimos um setor em que, rigorosamente, seria supérflua qualquer consideração: é aquêlê das relações entre os fatores econômicos e o direito. “Nenhum fator da vida do direito — assinala GEORGES GURVITCH — há sido até aqui analisado ou discutido tão intensamente como a economia. Razão: manifesta-se indiscutível que há laços particularmente estreitos entre a vida jurídica e a vida econômica” (“Sociology of Law”, p. 295). Ninguém nega a sua intensa correlação (p. 296). Nem será necessário recuar até o extremo de MARX, que escreveu: “O modo de produção na vida material determina o caráter geral dos processos sociais, políticos e espirituais da vida” (“Crítica à Economia Política”, *apud* SOROKIN — “Les Théo-

ries Sociologiques Contemporaines”, p. 285). Mesmo porque a interpretação monista, o determinismo integral dos fatores econômicos (se a tanto querem chegar alguns estudiosos do marxismo), nunca nos mereceu acolhida. Contudo, que tais fatores, a exemplo de outros, influem na modelação de normas jurídicas — é verdade tão manifesta que dispensa demonstração. Nítido, com efeito, é o entrelaçamento entre economia e direito. Naturalmente o influxo de fatores econômicos pode ser também investigado nos limites apenas do direito interno de cada país. Jamais, porém, com a amplitude, a relevância e a precisão que o direito comparado oferece.

### R A Ç A E D I R E I T O

18) — Esse método comparativo ensancha igualmente a melhor compreensão da influência da raça em diversos setores jurídicos. Não nos deteremos na demonstração de que foi a raça, ao cair do Império Romano, e com a invasão dos bárbaros, verdadeiro foco ejetor do direito. Nem será preciso frisar como, noutras quartéis da história, o estatuto jurídico, ora dos judeus, ora dos mouros, ora dos amarelos, tem sofrido restrições na ambiência de outros povos. Ainda em nossos dias, o problema da discriminação racial, com seus reflexos no direito, se manifesta nalgumas. E, não faz muito, pretendeu o nacional-socialismo, com suposto fundamento na raça, nova concepção do direito e da vida. Nem será preciso lembrar GOBINEAU, com a idéia, que difundiu, da superioridade ariana. Viu-se, pouco antes da última guerra e no seu curso, o direito influenciado pela mística do racismo. Influência que se fêz sentir assim no direito das gentes como no interno. Consoante o testemunho de JACQUES FOURNIER, a elaboração do direito nazista devia realizar-se “em bases pròpriamente alemãs, com materiais autênticamente alemães e no exclusivo intèresse do povo alemão” (“La Conception Nationale-Socialiste du Droit des Gens”, p. 4).

Já tivemos oportunidade, em artigo estampado na imprensa local, de timidamente sugerir, em parte, uma tentativa de interpretação racial dos destinos políticos da América do Centro e do Sul. Caudais volumosas de sangue árabe derramaram-se e fluíram na península ibérica, ao tempo do domínio islâmico, ali

vigorante cêrca de oito séculos. Esse ardente sangue haveria de transfundir-se, em larga proporção, como decorrência do descobrimento, para o solo do Novo Mundo. Tal fato, mais algo de outros fatores (geografia, cruzamento das raças, incipente cultura) haveriam influído na instabilidade das instituições políticas entre os povos de origem ibérica nesta região do globo. E é sintomático lembrar como Portugal e Espanha, nossas gloriosas e fecundas matrizes étnicas, ainda vivem sob regimes fortes...

Simplem sugestão — frisamos.

Como quer que seja, há exemplos que evidenciam como o fator racial pode ter dosado certas instituições e como pode o direito comparado, infletindo para a história, melhor esclarecer tal assunto.

## HISTÓRIA E DIREITO

19) — Falamos em história. Na verdade, a existência e a evolução dos institutos jurídicos — é intuitivo — encontram-se no âmago dos acontecimentos históricos. Não é possível estabelecer cisão entre umas e outros. Confundem-se. Tôda introdução de um direito, em qualquer Estado, é história, ainda que nem todo fato histórico seja direito. Se as coordenadas essenciais de qualquer evento são o ESPAÇO e o TEMPO, seria de todo inconcebível um instituto não vinculado a uma expressão *geográfica* e a uma expressão *histórica*.

Quem estuda, portanto, direito comparado — e o estuda verdadeiramente, por não fazer dessa pesquisa um labor superficial — terá ensejo de investigar relevantes ocorrências nos anais da humanidade, ligadas à elaboração das ordens jurídicas, neste ou naquele país. COUTURE chegou a grafar que o direito é a história escrita de um povo. DEL VECCHIO fala, mais de uma vez, na *comunicabilidade* ou *transmissibilidade* do direito, isto é, na expansão das normas jurídicas de um agrupamento humano a outro, de um a outro meridiano ou paralelo. Esse fato da transmissão de institutos de uma a outra nação está indissolúvelmente vinculado à história, ou, melhor, constitui manifestação da própria história.

No seu "Tratado de Direito Comparado", entendem AR-

MINJON, NOLDE e WOLFF que é diminuta a influência de outros fatores (raças, crenças, meios geográficos) na determinação da multiplicidade das ordens, ou, como êles preferem dizer, dos sistemas jurídicos. Essa multiplididade resulta sobretudo — escrevem — de circunstâncias acidentais, DE ACONTECIMENTOS HISTÓRICOS (Op. cit., I, p. 11).

Quando focalizamos a recepção do direito romano na Alemanha, ou a adoção quase integral do direito civil suíço na Turquia, ou a introdução e vigência, no Brasil, das Ordenações do Reino, — estamos fazendo história e nos encontramos nas fronteiras do direito comparado. E quem, estudando a elaboração e nascimento do Código Civil francês, pode afastar dêsse estudo o conhecimento do período napoleônico?

## REVOLUÇÃO E DIREITO

20) — Embora as revoluções se compreendam também na tessitura da história, merecem lugar à parte no exame do direito comparado. Investigando os vários direitos, no tempo ou no espaço, não pode o comparatista deixar de muitas vezes sentir, nos institutos jurídicos, a marca de movimentos revolucionários. Seria enfadonha a exemplificação. Veja-se, porém, como a unificação do direito civil da França, com o Código de 1804, está ligada à revolução de 1789, e como êsse Código veio a servir de modelo aos de outros países. Observe-se a revolução fascista, com a influência que exerceu na ordem jurídica italiana e até, em menor escala, nas de outros Estados. Analise-se a revolução russa e notem-se as profundas transformações que ela impôs ao direito na esfera soviética. Nessa esfera, entrou a ideologia a modelar regras jurídicas. É um pensamento, portanto, que visa à transformação dessas regras. Pode o estudioso formular, aqui, a pergunta: deve o legislador, como o assegurava SOLARI, "adaptar a lei, mais do que à realidade física e histórica, À NATUREZA DOS GOVERNOS OU AO PRINCÍPIO QUE OS IMPULSIONA, isto é, a relações fixadas, não pela natureza e pela história, e destas dependentes, MAS PELA RAZÃO ABSTRACTA"? (SOLARI — "Filosofia del Derecho Privado", trad. espanhola, I, p. 143).

O método comparativo, não só no espaço como sobretudo no tempo, deitará algum luz sôbre o assunto.

## FILOSOFIA E DIREITO

21) — Nítido se projeta, na tela dos conhecimentos, o enlace do direito comparado com a Filosofia do Direito. E aqui atingimos o cimo da cordilheira, pois êste problema constituirá, talvez, o coroamento do estudo da disciplina.

Postos de lado os fatôres, que até aqui mencionamos — geográficos, religiosos, raciais, econômicos, históricos e políticos, fatôres que não emprestado, no tempo e no espaço, diferentes nuances a normas jurídicas — cumpre saber se há e quais vêm sendo, através das épocas e nações, as chamadas permanências ou uniformidades do direito. A matéria sôbre que dissertamos dará resposta a essa pesquisa, e estaremos penetrando o átrio da Filosofia Jurídica.

Realmente, se a Filosofia do Direito nutre a "aspiração de investigar o sentido e a essência do Direito" (SAUER); se é "a doutrina que estuda as leis mais gerais e as causas mais remotas das instituições jurídicas" (COGLIOLO); se visa a revelar princípios fundamentais do direito, na sua possível universalidade; se postula a verificação de regras segundo as quais os institutos nasçam, evoluam ou por vêzes desapareçam — se assim é, o direito comparado surge como flagrantemente indispensável ao estudo da Filosofia do Direito. Grotesco e vão seria o pensamento dos que porventura almejassem, cerceados por montanhas jurídicas nacionais, alcançar a substância dessa Filosofia!

## DIFICULDADES

22) — Constituiria leviandade subestimar os embaraços que se antepõem ao estudo consciente do direito comparado. Não nos iludamos. E ainda aparecem criaturas que o desvirtuam, como era o caso de Lord BOWEN, que assim definiu, irônicamente, os comparatistas: "homens que sabem um pouco de todos os direitos do planêta, exceto o direito de seu próprio país". E outras vozes ainda objetarão: "Nenhum homem pode vir a dominar, em todos os pormenores, o direito de sua pátria. Como

pretender que alguém senhoreie os direitos de muitas nacionalidades?”

Com efeito, revelar-se-ia absurda semelhante aspiração. Mas não é de tal emprêsa, inquestionavelmente sobre-humana, que se cogita. Significaria rematada insensatez admitir a possibilidade de se lançar um só homem, com êxito, a êsse tentame, superior às Doze Façanhas de Hércules. Não se obscurece, entretanto, que o comparatista pode, e aliás deve, estudar e conhecer as características gerais dos grandes sistemas jurídicos em que se divide o globo e apreender-lhes, digamos, o espírito. E pode especializar-se em determinado ramo do direito — no civil, no comercial, no penal, no constitucional, ou noutro — promovendo, em face do regime jurídico de vários países, a investigação do setor que haja escolhido. Os mais qualificados e exigentes comparatistas, como SALEILLES, LAMBERT e LEVY ULLMANN — recorda MARC ANCEL — afirmaram a necessidade inelutável da especialização em matéria comparativa. Além disso, aduzimos, qualquer técnico em direito pode adquirir as necessárias noções do método comparativo, para utilizar-se dêle, quando fôr caso.

Como quer que seja, qualquer centro universitário, onde se promovam pesquisas de direito comparado (o que sòmente deve ocorrer num curso de doutoramento), precisa dispor de vasta biblioteca especializada e — complemento essencial — atualizada, inclusive com a permanente aquisição de revistas que divulguem, regularmente, diplomas legais estrangeiros novos.

Apesar das enormes dificuldades, o que não se compreende é que se deixe de realizar algo em tal sentido, numa época em que, na expressão do citado MARC ANCEL, “assistimos à inevitável internacionalização da ciência do direito”.

## CONCLUSÃO

22) — Longe de nós a idéia de haver esquadrinhado o amplo campo do método comparativo no direito. Se aceitarmos o pensamento de GUTTERIDGE, exposto linhas acima, êsse campo é imenso. E aqui apenas tentamos, em palidíssimos contornos, uma pequena introdução à disciplina, ainda omitindo, para não

elastecer o trabalho, a análise, mesmo sumária e perfunctória, dos principais sistemas jurídicos da atualidade.

Para concluir, convém relembramos que há pouco mais de quatro séculos um religioso polonês entrou a estudar outros planetas e estrêlas, nas relação dêstes entre si e com a terra. Em essência, fêz obra de observação e comparação entre corpos celestes, de certo modo como pode o jurista hodierno observar e comparar ordens jurídicas. E daquêlle trabalho esclarecido, constante, pertinaz, resultou, alvissareira, uma revolução no modo de conceber o sistema planetário — uma das maiores e mais fecundas que tenha já realizado a centelha do espírito humano. Contrariamente ao que até então proclamava a ciência oficial, não era a terra, mas o sol, o centro do universo. Queremos referir-nos — bem se percebe — à grandiosa revelação de COPÉRNICO.

Semelhantemente, observando e comparando os sistemas de direito, analisando-os, investigando-os profundamente, sociològicamente, é de esperar possa a humanidade, um dia, realizar outra revolução, esta nas ciências sociais, descobrindo e coordenando as verdadeiras e irrefutáveis leis do nosso universo jurídico, leis animadas, tanto quanto possível, da flama de uma justiça que se aproxime do ideal, com algo daquela que as almas puras concebem e colocam nas paragens estelares.

Justiça — foi dito. Sempre, como se observa, o anelo da justiça. A paz, entre os povos, ou no seio de cada Estado, a tem como pressuposto, ou condição *sine qua non*. Mesmo porque, segundo já dizia KANT, se falta a justiça não vale a pena que os homens vivam sôbre a terra.