MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
UNIVERSIDADE DO RECIFE
FACULDADE DE DIREITO

DIREITO COMPARADO E O SEU ESTUDO

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

Professor Catedrático de Direito Civil e Professor de Direito Civil Comparado na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais

F
340.5
S586d

SEPARATA DO VOL. II DOS ESTUDOS JURÍDICOS EM HONRA DE SORIANO NETO
RECIFE * PERNAMBUCO * 1962

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
UNIVERSIDADE DO RECIFE
FACULDADE DE DIREITO

DIREITO COMPARADO E O SEU ESTUDO

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

Professor Catedrático de Direito Civil e Professor de Direito Civil Comparado na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais

SEPARATA DO VOL. II DOS ESTUDOS JURÍDICOS EM HONRA DE SORIANO NETO
RECIFE * PERNAMBUCO * 1962

Universidade do Recife
Faculdade de Direito
BIBLIOTECA
25 30-10-62

Composto e impresso
nas oficinas gráficas
da Imprensa Oficial
Recife — 1962

DIREITO COMPARADO E O SEU ESTUDO

Caio Mário da Silva Pereira

Professor Catedrático de Direito Civil e Professor de Direito Civil Comparado na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais

1) Síntese histórica do Direito Comparado. 2) A concepção moderna da disciplina. 3) Comparação horizontal e comparação vertical. 4) Técnica própria. 5) Direito comparado e direito estrangeiro. 6) Subdivisão da disciplina. 7) Técnica do ensino e organização de um programa de Direito Comparado.

1) E' de tôda conveniência que um curso de Direito Civil Comparado se abra com a fixação de noções fundamentais, ocupando primeiro plano a conceituação da disciplina, sua compreensão, bem como a extensão atual dos estudos a respeito. Quem se dedica a êste trabalho com um propósito de especialização, verifica o interesse que o Direito Comparado vem despertando neste século, com grande desenvolvimento após a primeira guerra mundial, e, após um declínio, aliás justificado, durante o período do segundo conflito, com ainda maior extensão depois dêle. O entusiasmo por estas investigações, que ganha terreno envolvendo todos os juristas, focaliza a disciplina comparatista, fazendo proliferar os cursos, os institutos, e os trabalhos publicados, quer monografias, quer em revistas.

No Brasil êstes estudos, com sentido pragmático, são realizados em curso de doutorado nas Faculdades de Direito, po-

dendo ser lembrado o da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, o da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, os das Universidade do Recife, da Bahia e de Pôrto Alegre, além da cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, sob minha regência ha quatro anos. E' de ser lembrado, ainda, o Instituto Brasileiro de Direito Comparado, no Rio de Janeiro, cujas atividades vêm imprimindo às pesquisas comparatistas um admirável cunho científico, proveitoso e eficiente.

O Direito Comparado é na verdade a grande seára jurídica desta metade do século XX. Em notável oração pronunciada na sessão solene de abertura da Semana Internacional de Direito, realizada em Paris, de 15 a 21 de outubro de 1950, M. le Bâtonnier JACQUES CHARPENTIER salientou o rejuvenescimento do estudo do direito privado, por via da disciplina comparatista, em palavras cheias de vivacidade e de colorido: "Une autre surprise nous attendait. L'étude du droit comparé a rendu une nouvelle jeunesse aux études de droit privé" (1).

Pode-se fixar o Congresso de Paris, realizado em 1900, como o momento em que se desenhou o rumo novo que o comparatismo tomou no mundo, pois é certo que não é de hoje nem de ontem a tendência do jurista, no sentido de realizar o confronto de seu direito nacional com o direito estrangeiro. Costuma-se apontar frequentemente a "Política" de ARISTÓTELES (2) como dos primeiros ensaios do gênero no mundo, resultante da história comparada do direito público, como também o *jus gentium* é considerado uma elaboração comparatista do direito dos povos da bacia mediterrânea (3). Mas êsses primeiros exemplos, observa o prof. SOLA CAÑIZARES, não representam "una obra reflexiva y cientifica a base de un processo de comparación (4).

(1) — Travaux de la Semaine Internationale de Droit, L'Influence du Code Civil dans le monde, p. 12.
(2) — ASCARELLI, Studi di Diritto Comparatto, p. 3.
(3) — ASCARELLI, Studi, loc. cit.
(4) — Iniciación al Derecho Cimparado, p. 51.

O primeiro monumento comparatista é um trabalho anônimo realizado no IV século, e divulgado no Baixo Império com o título *"Collatio Legum Romanarum et Mosaicarum"*, em que se confrontou o Direito Romano e o Direito Hebreu (5), com tôdas as falhas de uma experiência, mas com o mérito de significar um tipo de estudo de cunho comparatista inequívoco. Não teve maior desenvolvimento, porém, o método, pois sòmente veio a despertar a atenção dos escritores na idade moderna, com os trabalhos de juristas ingleses por volta do XV e XVI século. Em razão do direito inglês ter seguido uma linha de evolução independente dos países continentais, aparecem na Inglaterra obras como a de FORTESCUE no século XV, *De Laudibus Legum Angliae*, em que o autor tece os louvores do direito inglês em comparação com o direito francês (6), ou a de FULBECK, sob a forma de diálogo entre um jurista inglês, um canonista e um romancista, intitulada *"The parallele of Conference of the Civil Law, the Canon Law of and the canon Law of this Realm of England"* ou a de ST. GERMAIN, *Doctor and Student*, igualmente sob forma de discussão entre um romanista e um jurista inglês (7).

É, daí em diante, notória a difusão deste gênero de trabalho.

Em primeiro plano se inscrevem os nomes de MONTESQUIEU, cujo ensaio *"De l'esprit des lois"* projeta o método comparativo definitivamente, e de FEUERBACH que na Alemanha empreendeu uma síntese universal do direito, não chegando a conclusão. Embora não falte quem dê a FEUERBACH o título de precursor do comparatismo moderno (8), parece que esta glória deve ser mantida com MONTESQUIEU, pela adoção franca do processo comparativo, pelo desenvolvi-

(5) — SOLA CANIZARES, p. 51; ASCARELLI op. et loc. cit.

(6) — ASCARELLI, 100 cit. LEVY, **Le système juridique de l'Angleterre**, p. 17.

(7) — LEVY ULLMANN, loc. cit.

(8) — Veja-se RADBRUCH ,no artigo publicado em "Recueil Lambert" sob o título **"Anselme Feuerboch precurseur du Droit Compare"**.

mento do trabalho no sentido de concluir algo, e pela repercussão universal que encontrou.

Foi no século XIX que se firmou o pendor comparatista, com o aparecimento em 1829 na Alemanha, da revista de MITTERMEYER e ZACHARIAE; na França em 1843; e na Bélgica em 1869, de publicações dedicadas à comparação dos direitos. Funda-se em França a "*Société de Legislation Comparée*" em 1869, cujo "*Bulletin*" desde então se edita e até hoje presta inestimáveis serviços, ininterruptamente (9).

O Congresso de Paris, em 1900, marca na verdade uma época nova, nêle brilhando três nomes insignes, que podem ser inscritos no pórtico deste edifício monumental que é o moderno Direito Comparado: SALEILLES, DEMOGUE e LAMBERT, êste último especialmente, pela dedicação e pelo entusiasmo que o levou a consagrar tôda a sua vida e tôdas as suas atividades à Ciência comparatista. Neste Congresso fixam-se as concepções de SALEILLES, para quem o direito comparado deve descobrir os princípios jurídicos universais da humanidade civilizada, capazes de substituir o velho direito natural em ruinas; e a de LAMBERT distinguindo a história comparativa dos direitos e a legislação comparada, esta com o propósito de formular regras comuns a diversos países que tenham um mesmo nível de civilização. E' preciso a êstes nomes acrescentar o de LEVY ULLMANN que iria, como professor e escritor, contribuir para o desenvolvimento do Direito Comparado, podendo citar-se como um tipo característico da escola francesa.

2) Foi então que se traçaram os novos lineamentos da disciplina, até então mais acanhada, mais tímida, mais reduzida, no seu campo de ação e nos elementos utilizados. A denominação por que se identificava, "legislação comparada", patenteia esta tendência, e significa a preocupação de se realizar o confronto das disposições de leis pertencentes a dois ou mais sistemas jurídicos, a respeito de um determinado tema.

(9) — A partir de 1949 transformou-se o **Bulletin de le Société de Legislation Comparé** e em **Revue International et de Droit Comparé.**

Quando se criaram no Brasil as primeiras cátedras, esta era a tendência dominante e esta a denominação. Quem lê as obras de CLÓVIS BEVILAQUA, *"Lições de Legislação Comparada"*, e CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *"Curso de Legislação Comparada"*, não encontra senão esta concepção para a disciplina. Obras do fim do século passado, traduzem bem as idéias em voga, que reduziam as atividades comparatistas a pouco mais do que uma resenha estatística de textos de leis.

O Direito Comparado, porém, vê a unidade dos sistemas jurídicos em seu conjunto e deve ter presente além da legislação, a jurisprudência, o conhecimento do meio social, a prática contratual, a tendência da técnica jurídica (10). O direito, ainda nos países de direito escrito como o Brasil, onde sua fonte primordial está na lei, não se limita a esta. Basta atender em que a norma legislativa tem na verdade o sentido que a interpretação jurisprudencial lhe dá, para se ver que fará trabalho incompleto quem pretenda tirar conclusões do cotejo apenas de textos legais, com abstração da atividade das côrtes de justiça. Demais disso a doutrina, a elaboração científica, voando mais alto do que o legislador, e mais desembaraçado do que o juiz, formula a elaboração dogmática das instituições, dando mais idéia do estado de evolução do sistema jurídico.

O investigador comparatista, realizando sua obra com o material legislativo apenas, fecha seus horizontes, e não tem a desenvoltura que a pesquisa do cunho nitidamente científico reclama. Para que possua estas qualidades essenciais, deve o autor da obra deste gênero verificar o que o legislador dispõe, e investigar também o que registram os arestos dos Tribunais, as influências da doutrina aqueles imponderáveis de todo organismo jurídico que TULIO ASCARELLI denomina "as premissas implícitas" dos sistemas em foco, econômicas, sociais, doutrinárias, às vezes não formuladas, mas sempre

(10) — RENÉ DAVID, Traité Elementaire de Droit Civil Comparé, p. 10 e s.

presentes nos sistemas de direito (11). Com todos êsses fatores e bem observando o que a prática civil e comercial realiza, o comparatista segue as linhas de ação de sua disciplina. Ilustrando a tese, e acentuando a necessidade de compulsar todos êstes fatores, lembro aqui um exemplo bem característico. Um jurista estrangeiro, que consulte a legislação brasileira reguladora do cheque, nela encontra o conceito universal de ordem de pagamento, dirigido pelo sacador ao sacado, em cujo poder tenha provisão de fundos. E encontra ainda a punição criminal para quem faça circular cheque sem provisão bastante. Mas a mobilidade do crédito em país novo, aliada à morosidade da justiça, sugeria aos emprestadores de dinheiro o expediente de tomar do devedor não um título regular de dívida, porém um cheque, com o qual, e sob ameaça de processo criminal, obtém mais prontamente o reembolso do dinheiro. Generalizada a prática, vieram à justiça questões a respeito, e, reconhecida a conivência do emprestador o seu acumpliciamento com o sacador, é recusada a punição criminal, restando apenas a vida executiva ao credor, eis que para o recebimento da queixa crime exigiu-se a intenção dolosa comprovada. Assim, operou-se uma transposição de conceitos, adquirindo o cheque, ao lado de sua significação da ordem de pagamento, estoutra de título de crédito amplamente vulgarizado, que não estava no pensamento do legislador, mas que o uso comercial e a jurisprudência têm consagrado.

É bem típico o exemplo, para justificar a conveniência de se realizar a comparação não apenas do texto de lei, porém de todo o conjunto do sistema.

Tem razão, então, ASCARELLI, quando sentencia que o direito, na realidade dos fatos, é o que quotidianamente se aplica e segue (12). E o Prof. RENÉ DAVID ilustra o tema observando que os comentaristas franceses deste século fazem a exagese da jurisprudência, ao invés de fazê-la de lei. (13)

(11) — Studi, p. 10.
(12) — Studi, cit. p. 7.
(13) — Traité, p. 30.

É esta a orientação moderna do Direito Comparado, apregoada pelos especialistas, e posta em prática pelos escritores que realizam estudos de temas de direito comparado.

Depois do grande Congresso de 1900 em Paris, realizou-se um segundo Congresso Internacional em Haya, 1937, um terceiro em Londres, no ano de 1950, e o IV em Paris em 1954. Não é possível mais lembrar os nomes da totalidade dos juristas eminentes que em vários países ligaram definitivamente seu nome ao Direito Comparado. Pela influência que têm prestado aos estudos, na atualidade, e pela dedicação às atividades deste gênero, é preciso focalizar os de RENÉ DAVID MARC ANGEL, LEVY ULLMANN, HENRI CAPITANT, CORNIL, na França; de GIORGIO DEL VECCHIO, MARIO SARFATTI, MARIO ROTONDI, GALCANO e ASCARELLI na Itália; de H. C. GUTTERIDGE na Inglaterra; do RABEL na Alemanha; de ROSCOE POUND, WIGMORE, SCHLESINGER nos Estados Unidos; de FELIPE DE SOLA CAÑIZARES na Espanha; de MARTINEZ PAZ na Argentina; de CLOVIS BEVILAQUA, CÂNDIDO DE OLIVEIRA e VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, no Brasil. São êstes nomes aqui mencionados em razão do maior desenvolvimento que deram ao Direito Comparado, e à mais frequente e intensa dedicação ao seu estudo, à sua difusão e às concepções que formulam, influenciando sensivelmente na propagação do comparatismo, e na fixação das características da nova disciplina.

Não se encontra, é certo, nestes eminentes comparatistas uniformidade de conceituação para ela. Ainda está em aberto a questão de sua existência autônoma, a saber se é um ramo novo da ciência jurídica ou se não passa de aplicação do método comparativo ao estudo do direito, da mesma forma que já de há muito se fazia com as ciências exatas ou as ciências abstratas, uma vez que as classificações das espécies em zoologia e botânica, como a classificação genealógica das línguas, ou as classificações etnográficas são meras aplicações do método comparativo. O prof. RÉNÉ DAVID chega a recusar existência do Direito Comparado, sustentando ainda no seu último curso na Faculdade de Paris: "Le droit comparé

n'existe pas. Mais ce qui existe, et qui présente un interêt de premier plan, c'est la méthode comparative, apliquée dans la science juridique" (14). Numerosos autores seguem esta orientação, se bem que nem todos aceitem a conclusão tão extremada, como observa o prof. SOLA CAÑIZARES; "Pero quizás David va demasiado lejos quando dice que al derecho comparado no existe y le nega el carater de disciplina autonoma y de ciencia con un objeto proprio" (15). Já o Conselheiro MARC ANGEL, secretario da Société de Legislation Comparée, se inclina para o lado oposto, considerando-o disciplina autônoma, e eu mesmo, em trabalho publicado na Revista da Faculdade de Direito, vol. de outubro de 1952, p. 33, e que foi reproduzido na Revista Forense (vol. 146, n. 24) e traduzido no "Boletin del Instituto de Derecho Comparado de Mexico" (n. 17, maio-agosto de 1953, p. 9), defendi o caráter científico e o sentido de autonomia que entendo possuir o Direito Comparado, por não limitar sua atuação apenas à comparação de direitos, mas procurar, através da comparação, a obtenção de resultados, de finalidades, e de objetivos que lhe são próprios.

3) É certo, e todos os comparatistas o aceitam, que em dois sentidos se pode aplicar o processo comparativo. O investigador às vêzes recua no tempo, e vai buscar os dados informativos da instituição em sua origem, rastreando-a pelos séculos, até alcançar o momento atual. Procura saber como as civilizações anteriores reagiram, em face de um determinado problema, e que solução lhe deram. Pesquisas, através do tempo, o modo como uma certa tese foi tratada. E tenta, comparando a concepção contemporânea do instituto com os seus lineamentos no passado, fixar a sua linha de evolução, que lhe permita configurá-lo no presente e prognosticar as suas tendências no futuro. Quem assim procede vale-se da "História do Direito", e faz paleontologia jurídica, na feliz expres-

(14) — **Cours de Droit Civil Comparé**, 1953-1954, p. 15.
(15) — **Iniciación al Derecho Comparado**, p. 101.

são lembrada por CLOVIS BEVILAQUA (16), e repetida por JOSÉ EDUARDO DA FONSECA, ao denominar as investigações de SUMMER MAINE e HERMANN POST de "paleontologia social" (17).

Outras vêzes, o estudioso estende os olhos pelo horizonte jurídico, e focaliza os sistemas atualmente em vigor entre os diversos povos, compara-os, procurando assinalar as suas aproximações e divergências. Tendo em vista o seu próprio direito, ou o objeto de determinado estudo, perquire a maneira pela qual o mesmo assunto encontra tratamento noutro organismo jurídico, indaga de que maneira o legislador de outro país positivou as normas de seu regime, ou como os tribunais as aplicaram e os cientistas o compreenderam. E aqui está em pleno campo do direito Comparado.

Tendo em vista os dois sentidos de comparação, o inspirado na sua materialização geométrica, eu chamo ao primeiro de "*comparação vertical*", e ao segundo "*comparação horizontal*". Em ambos atua o método comparativo. No primeiro, faz o jurista uma comparação em profundidade, sem se preocupar com a ocorrência do mesmo fenômeno jurídico em outros países ou sistemas na atualidade. Desce verticalmente até à fonte, ou desta sobe verticalmente até o momento presente. No segundo, abraça os sistemas jurídicos vigentes, realiza uma comparação especial, como que olhando pelas janelas do vizinho a ver o que se passa em sua casa, confronta no mesmo plano horizontal os sistemas que lhe interessam, para tirar as suas conclusões quanto ao bem ou mau tratamento do tema, para se valer da experiência alheia, para melhorar o seu direito nacional, e até, excepcionalmente, formular norma que possa uniformizar um instituto no plano internacional.

Estas comparações, vertical e horizontal, não são inimigas, não se repelem. Concorrem ambas para abrir os horizontes do jurista, ou, como salienta o prof. ASCARELLI, uma e outra alargam a nossa experiência jurídica, no espaço e no

(16) — **Lições de Legislação Comparada**, p. 22.
(17) — **Introdução ao Estudo do Direito Público**, p. 9.

tempo (18). Atuando em planos geométricos diferentes, elas se completam. A investigação histórica, e só ela às vêzes, pode explicar, como aparecem em sistemas jurídicos diferentes, de cuja interpenetração não ha notícia, lineamentos análogos para um mesmo instituto. Constituem por certo estudos autônomos, o da História das instituições e do Direito Comparado. Êles não brigam, contudo. Auxiliam-se, um se vale do outro. Sem se confundirem, guardando ao revés sua existência autônoma, prestam-se reciprocamente ajuda. para realizarem os seus propósitos. Não tinha razão, porém, KOHLER, quando pretendia confundir direito comparado e história universal dos direitos. Os planos de ação diferem. Os resultados mais ainda: enquanto a história se satisfaz e se completa com a narração ou exposição estática, e a pesquisa histórica é a penetração vertical das camadas estratificadas, o Direito Comparado confronta os direitos contemporâneos, não apenas para registrar o que ocorre nos diversos países, porém para extrair do cotejo conclusões que são finalidades específicas de disciplina comparatista, pelas quais ela se distingue e se personaliza.

4) Não basta, para realizar estudo de Direito Comparado, promover o confronto mais ou menos empirico de normas ou de institutos em mais de um sistema jurídico. Todos nós repetimos que qualquer jurista digno deste nome é comparatista, mas apenas no sentido de que não se pode conceber o homem de ciência, em direito, com os seus conhecimentos limitados ao seu próprio sistema nacional. Todo aquele que realiza uma pesquisa mais séria, mais profunda, tem forçosamente de investigar o que ocorre em outras legislações e pôr o seu direito em confronto com o direito alheio.

Mas êste processo não basta para fazer do comparador um comparatista. Um estudo de Direito Comparado não se caracteriza apenas pelo fato de seu autor cotejar dois ou mais direitos, nem é bastante para que um estudo seja de direito comparado haver nêle êste confronto.

(18) — Studi di Diritto Comparato, p. 5.

O Direito Comparado, se tem os seus objetivos, as suas finalidades próprias, em virtude das quais não posso deixar de lhe reconhecer autonomia e caráter científico, tem também a sua técnica, as suas regras, nas quais o jurista se tem de iniciar. Não ha nisto nenhum esoterismo. Mas é necessário o respeito pelas normas fundamentais da disciplina, para a iniciação comparatista.

Não tem influência sôbre a necessidade de iniciação comparatista o objetivo direto a que o estudioso visa. Assim é que os juristas podem orientar o seu estudo no propósito de obter resultados mais abstratos, ou mais concretos; fazer as suas pesquisas com propósito de indagação filosófica ou com finalidade prática; conseguir elementos para pesquisas exclusivamente científicas, ou orientá-las na solução profissional de casos de advocacia. Para tôdas as finalidades comparatistas é necessário obedecer a uma técnica, seguir regras funcionais, obedecer a certos princípios básicos, sob pena de se retirar de trabalho comparatista sua natureza científica.

O direito comparado pode ser uma disciplina mais teórica quando atua no campo da Filosofia do Direito, ou da História do Direito, ou quando é utilizado para o melhor entendimento entre os povos e maior interpenetração internacional, ou quando se propõe o aperfeiçoamento maior da cultura jurídica, aproveitado para ilustração e alargamento dos horizontes do conhecimento jurídico, proporcionando ao homem do direito a oportunidade de realizar a compreensão do fenômeno em sentido universal.

Não deve, entretanto, manter-se puramente teórico, desenvolvendo-se afastado da realidade da vida (19). Sem perder o valor de uma ciência pura, nem abandonar as características próprias das investigações mais altas, é igualmente útil e merecedor das maiores atenções quando dirige suas atividades nos propósitos práticos. Não desmerece de seu conteúdo científico a disciplina comparatista quando utilizada no rumo

(19) — SOLA CAÑIZARES, Iniciación, p. 109.

da política legislativa com o objetivo de melhoria do direito nacional, nem quando se põe como auxiliar do direito internacional privado, ajudando-o na eleição da norma aplicável. À advocacia, o Direito Comparado serve diuturnamente, e de maneira especial nos grandes centros, onde a todo instante surgem questões reclamando do profissional uma atuação comparatista à vista da natureza dos interesses em jogo. Impressionado com o fato de serem pouco frequentadas as classes de direito comparado, o prof. RUDOLF B. SCHLESINGER observa que os estudantes na maioria dos países continuarão a se desinteressar pelo direito comparado a não ser que se conduza o seu ensino no sentido de contribuir para a sua formação profissional, seja como advogado ou juiz, seja como legislador ou administrador (20). Mas é preciso, mesmo cumprindo sua finalidade prática, evitar considerá-lo (e o aconselha ASCARELLI) um simples catálogo de artigos de legislação estrangeira que o reduziria a mera resenha estatística (21).

Qualquer que seja, então, o propósito, a orientação, o objetivo, a finalidade mais abstrata ou mais imediatista do estudo, não podem as investigações se conduzir desajustadamente, sem prévia iniciação do pesquisador.

5) Não se deve confundir o estudo do Direito Comparado com o de direitos estrangeiros. Para mim, que reconheço autonomia e valor científico na disciplina comparatista, como para os que não lhe dão esta classificação, como para quem não vê no Direito Comparado mais do que o método comparativo aplicado à ciência do Direito, seus elementos definidores são pacificamente aceitos: o método utilizado é o comparativo, que não se esgota com a simples comparação mas tem um propósito, um objetivo ou uma finalidade a realizar, e o material de que se vale ou o campo no qual atua são os direitos estrangeiros.

(20) — Teaching Comparativo Law, in "The American Journal of Comparative Law", vol. 3, p. 495.

(21) — Studi, p. 12.

É preciso, não obstante, fazer bem clara a distinção entre o estudo do direito estrangeiro e o do Direito Comparado. Quem se propõe penetrar no conhecimento de um sistema jurídico estrangeiro reduz o seu trabalho e o seu estudo a adquirir conhecimento, seja de um instituto, como o divórcio, seja de tôda uma província, como o direito de família, seja de todo um ramo da árvore jurídica como o Direito Civil. Mas a orientação de seu estudo é sempre despida do senso crítico, desvestida do propósito de confrontar o sistema com outro qualquer. Um tal trabalho não chegaria a ser Direito Comparado, por faltar o cotejo do sistema com o próprio nacional ou um outro. Para que se tenha direito comparado é mister uma atuação mais dinâmica do investigador, dirigida no sentido de pesquisar o instituto, a província ou o ramo do direito em mais de um sistema simultaneamente, para atingir a um resultado ou a um objetivo. É por isto que ARMINJON, NOLDE e WOLF, em feliz observação, salientam que uma coleção de trabalhos de direito estrangeiro jamais constituiria um tratado de Direito Comparado.

Para bem distinguir o estudo de direito estrangeiro do de direito comparado, nada como o princípio que o prof. RÉNÉ DAVID enuncia: o direito estrangeiro pode ser estudado independentemente do direito comparado, mas, ao inverso, é impossível fazer direito comparado sem que previamente se tenha estudado direito estrangeiro. É uma questão de bom senso, acrescenta o prof. francês, pois que a comparação de dois direito requer que, antes de mais nada, se tome conhecimento de um e de outro (22).

É mesmo impossível qualquer investigação comparatista com o prévio conhecimento do direito estrangeiro. Quem vai fazer o estudo de um assunto, mais ou menos extenso, de direito comparado, começará pela sua delimitação, a fim de que se não perca em dispersão inútil, que lhe frustraria o propósito. Após o que, deverá aprofundar o seu conhecimento, no

(22) — Traité, p. 8.

sistema ou nos sistemas escolhidos, pesquisando a legislação, a jurisprudência e a doutrina, de forma a dominar a matéria.

Não importa a finalidade do estudo: seja para interpretação ou compreensão do princípio, seja para fins legislativos, quando se pretende desenvolver o sistema nacional com o subsídio alienigena, o conhecimento das instituições jurídicas estrangeiras é indispensável (23).

E, finalmente, exercerá o seu juizo crítico, para extrair do confronto dos sistemas as conclusões.

Na cátedra, o problema assume outro aspecto. Escolhido um sistema para cotejo como nacional, o primeiro trabalho do professor, que precisa de dominar completamente o sistema estrangeiro (24), deverá ser o de ministrar aos seus alunos os princípios fundamentais de sistema estrangeiro, eis que parte do pressuposto de que já conhecem o direito nacional. Pondo os alunos em contacto com o direito estrangeiro, sua estruturação, sua técnica, suas fontes e o valor delas, prepara o terreno para a comparação.

No desenvolvimento do meu curso, sigo, em grande parte, à orientação do professor RÉNÉ DAVID, até quando êste eminente e caro mestre da Faculdade de Paris, propõe fazer os seus alunos conhecedores do sistema jurídico escolhido para cada ano letivo.

Com o propósito de lhes despertar maior interesse e também de iniciá-los nas peculiaridades mais íntimas do Direito Comparado, reservo as últimas teses do meu programa de cada ano para o confronto das instituições civis brasileiras, com as do sistema em exâme. Assim é que, no ano em que estudo o direito inglês, dedico uma parte do curso ao cotejo do direito de família nos dois sistemas; do casamento, sua dissolução e seus efeitos; a filiação legítima e a posição do filho natural; a transmissão hereditária de bens; a concepção de propriedade

(23) — ROBERTO MOLINA PASQUEL, Ensayo sobre el metodo para la interpretación y recepción de instituciones de Derecho estrangeiro, in Boletin dl Instituto de Derecho Comparado de México, n. 12, setembro-dezembro, 1951, p. 47.

(24) — SCHLESINGER, Teaching Comparative Law, rev. citada, p. 501.

e sua divisão; os contratos; a responsabilidade civil. Se é o direito sovietico que vai ser examinado, ou começo por dar uma noção deste sistema, mas termino por cotejar o direito de família na URSS com o brasileiro, a diversidade de fundamento para a filiação, passo à propriedade, a nacionalização dos meios de produção em confronto com a liberdade de disposição no direito brasileiro, frizo o problema do usufruto da terra e coletivação agrária, refiro-me aos contratos e à sua diferença com a teoria do contrato no meu país, e falo no problema da responsabilidade civil num e noutro sistema.

Assim procedendo, dou exemplo prático de como o comparatista se vale do direito estrangeiro como material utilizável, de que maneira faz uso do método comparativo, e, finalmente, acentúo a conveniência de se extrair deste cotejo algum proveito.

6) A amplitude da disciplina comparatista é tal, que pode ser extendida a todo o direito, desde as abstrações filosóficas até as especializações de território mais limitado.

Esta observação logo sugere a necessidade de sub-divisão didática, como requisito preliminar da orientação do estudo.

Algumas noções propedeuticas gerais aparecem no primeiro plano, comuns a todo estudo comparativo. Quem quer que pretenda realizar um aprendizado comparatista, seja sob delimitação pragmática de um curso universitário, seja sob a direção de um especialista em um instituto de direito comparado, seja em esfôrço isolado e autodidático, não pode prescindir da definição da disciplina, sua história, sua técnica, etc. Daí a exigência, para todo estudante ou estudioso de direito comparado, da familiarização com as noções básicas, qualquer seja a orientação que pretenda depois seguir, teórica ou prática, generalizada ou especializada, e, nesta última hipótese, faça os seus estudos no campo do direito privado ou do direito público, tenha o seu objetivo circunscrito ao direito civil ou comercial, à teoria do Estado ou ao direito penal.

Não é sem razão que os tratados de Direito Comparado se abrem com noções gerais. As obras básicas, no tipo do "Traité de RÉNÉ DAVID, da "Iniciaciòn de SOLA CAÑIZARES, da "Introducione" de MARIO SARFATTI, ou do "Traité de ARMINJON, NOLDE et WOLF ou do livro "Comparative Law" de H. C. GUTTERIDGE têm a preocupação dominante de pôr ao alcance dos seus leitores o conhecimento destes princípios propedeuticos, sem os quais aquêle que aprende o Direito Comparado não pode organizar o seu estudo num sentido científico e eficiente. Em trabalhos de especialização esta mesma tendência vem muito acentuada, não se desviando dela TULIO ASCARELLI em "Studi di Diritto Comparato in tema di intepretazione", ou SCHLESINGER, in "Comparative Law, Cases and Materials".

Após esta primeira fonte de estudo, que contém os prolegômanos da disciplina, o estudo se orientará para a divisão geral do direito em público e privado. E o Direito Comparado se fará num ou noutro lado. Nem se discute que o direito comparado possa comportar as mesmas divisões que o direito nacional (25).

Atualmente, tem sido objeto de cursos especializados quase que só o Direito Civil e o Direito Penal, pelo fato de se conseguir, nestes ramos da ciência jurídica, noção essencial do conteúdo de um sistema. Quem pretende se informar da técnica comparatista em tema de direito privado, pode adquirir completa aptidão realizando a sua iniciação no direito civil comparado, da mesma forma que a especialização penal abre os horizontes neste rumo.

Os maiores e mais desenvolvidos estudos até agora feitos, na generalidade dos países e pela generalidade dos escritores, se situam no campo do Direito Civil. É na cátedra de Direito Civil Comparado que se tem formado comparatistas eminentes. Aliás, como observa o prof. F. H. LAWSON, catedrá-

(25) — Veja-se ARMINJON, NOLDE et WOLF, Traité, vol. I, p. 40.

tico de Direito Comparado na Universidade de Oxford, o direito privado é mesmo o campo mais fecundo para a comparação (26).

Mas não pode ter esta disciplina o monopólio, devido à relevância que assume o Direito Penal Comparado, como elemento indispensável ao alargamento dos horizontes no setor do crime e da pena, oferecendo subsídio a quem se dedique à criminologia, aos estudos penitenciários, etc.

Outro campo de ação, menos explorado pelo comparatista, mas não menos importante é o de Direito Constitucional, do Direito Administrativo e da Teoria do Estado, proporcionando o estudo, sob êsse aspecto das instituições políticas, da atividade governamental e da forma do Estado. Para focalizar o interesse que êstes assuntos oferecem ao comparatista, mais não seria necessário lembrar de que a obra clássica de MONTESQUIEU, "*De l'esprit des Lois*". Foi sem dúvida reconhecendo esta importância que o Instituto de Direito Comparado da Faculdade de Paris promoveu, sob a direção de M. GILBERT GIDEL, a publicação de vários ensaios, sob o título "*Travaux Pratiques de Droit Public Comparé*".

No famoso Congresso de Paris em 1900, data inicial da fase moderna da ciência comparatista, debateram-se temas de direito público, que se encontram registados nos respectivos "Procès-verbaux" como o do prof. LERNAUDE, "*Legislation Comparée et Droit Public*" e de M. DESLANDRES, neste mesmo sentido geral, "*Observations sur le fonction de la science de droit comparé par rapport au droit public*".

Propondo o desenvolvimento do Direito Comparado neste terreno, tão propício à observação de tôda atualidade, penso que nas Faculdades de Direito onde a ciência comparatista é ensinada (o que se faz o curso de doutorado em virtude da natureza mesma da disciplina) é de tôda conveniência a criação de uma cadeira de Direito Público Comparado, que se proponha ao estudo comparativo da Teoria do Estado e do *Direito*

(26) — **El Campo del Derecho Comparado**, in "Boletim del Instituto de Derecho Comparado de Mexico", n. 9, setembro-dezembro de 1950, p. 9.

Constitucional. Com esta iniciativa completar-se-ia com real proveito a extensão da disciplina comparatista, de forma a abranger a organização da vida nacional em cotejo com as instituições políticas dos principais países (Direito Público Comparado), o confronto da vida interna de um povo com o dos outros, no campo de suas instituições privadas (Direito Civil Comparado), e a comparação da atividade repressora dos delitos, ou das instituições penais (Direito Penal Comparado).

É a necessidade didática que aconselha a incidência particular do Direito Comparado, nos diversos ramos da árvore jurídica, da mesma forma que não ofenda a unidade substancial do Direito e sua divisão em ramos, cujo estudo as universidades realizam em cátedras autônomas.

7) Ponto de interesse, no que diz respeito ao estudo do Direito Comparado é a sua técnica de ensinamento, em cujo desenvolvimento não perco de vista a advertência do prof. RÉNÉ DAVID: é muito difícil conceber e organizar o ensino de direito comparado, que para se fazer vem reclamar um certo aprendizado (27). O estudo de direito comparado é difícil, exigindo a um só tempo dedicação, espírito crítico e objetividade (28).

Os especialistas adotam grande variedade de orientações. Não obstante isto, alguns pontos parecem atrair convergentemente os escritores e os professores.

É certo que dois métodos de estudos se apontam, no ensino da disciplina, os quais, posso denominar de americano e francês, pela sua adoção mais franca nas universidades e faculdades americanas e francesas. O método americano, caso"Od" *thod*, consiste no exâme de arestos de Tribunais (*casos*), submetidos à crítica e ao comentário em que participam o professor e os alunos. É o que se pode chamar com propriedade de "escola ativa" pois o *case system* envolve no debate da

(27) — Traité, p. 9.
(28) — ARMINJON, NOLDE et WOLF, Traité, I, p. 34.

matéria em pauta tôda a classe, permitindo tal discussão o desenvolvimento de raciocínio e conhecimento dos temas em tôda a sua minúcia.

Paralelos e complementares de *case system* são os *case-books* divulgados em obediência ao mesmo método, em que o autor ou os autores apresentam a questão judicial e sentença (*caso*), explicando-as, debatendo-as. Obedece a êste sistema o alentado volume de autoria do professor RUDOLPH B. SCHLESINGER, *Comparative Law, Cases and Materials* (1950).

A quem desconhece a técnica poderá afigurar-se pouco adequado ao Direito Comparado êste sistema. Dispondo de farto material, entretanto, os americanos utilizam o *case method*, e o aplicam ao direito estrangeiro com o maior desembaraço. Tenho à mão obra dos professores JOHN N. HAZARD e MORRIS L. WEISBERG, o primeiro de Columbia University e o segundo de Pennsylvania, realizando um estudo de Direito sovietico (*Cases and Readings in soviet Law*) sob esta orientação.

Evidentemente eu não discuto as excelências do método, nem me arriscaria pretensiosamente a restringir no seu proveito. Mas não o creio eficiente nas faculdades e universidades brasileiras, por várias razões. A mais importante é a deficiência de materiais: as nossas universidades, infelizmente sem exceção, não oferecem materiais de estudo e de pesquisas, sôbre direito estrangeiro, de forma a habilitá-las a adotar, para o estudo do direito comparado, o *case system*. Nossas bibliotecas não estão providas de obras estrangeiras, e de revistas estrangeiras, com esta fartura, nem conseguiriam manter em permanente atualização as necessárias informações sôbre direitos estrangeiros a êste ponto.

Uma outra razão decorre da observação do prof. SCHLESINGER: embora seja um propagador do *case method*, nota que sua adoção para o ensino do direito comparado nos Estados Unidos provém de que os estudantes americanos estão acostumados a êle, e treinados no seu uso. Para um estudo que não é familiar, parece-lhe particularmente importante não

aumentar o desconforto do principiante, impondo-lhe o contacto com uma disciplina nova através de um método novo de estudo (29).

O sistema francês, é o oposto ao *case method*. Efetiva-se pelo sistema da preleção realizada pelo professor, que da cátedra ministra aos alunos as lições teóricas. Não se cuida do debate em tôrno de temas jurídicos abstratos, ou de casos sujeitos aos tribunais. O mestre profere suas aulas, que os alunos se limitam a ouvir, podendo depois adquirir de entidades profissionais o curso posicopiado, que serve de base ao seu estudo, para os exâmes.

O sistema francês é mais fácil adotar, porque não requer do professor o manuseio de farto material, impondo-lhe porém munir-se de obras básicas, tratados, revistas, que lhe são particularmente accessíveis, com os quais pode fornecer aos alunos a base doutrinária fundamental, que os habilitará para qualquer especialização.

A aplicação do sistema ao Direito Comparado não precisa de ser encarecida.

Os brilhantes resultados produzidos, são o seu melhor advogado. É do desenvolvimento de seu curso na Faculdade de Paris que o professor RÉNÉ DAVID compôs o notável *Traité Élementaire de Droit Comparé*, livro hoje essencial ao estudioso do Direito Comparado. De seu curso nasceu, ainda, em colaboração, com o professor americano JOHN N. HAZARD seu estudo "*Le Droit Soviétique*". Êste mesmo sistema francês produziu a obra de LEVY ULLMANN *Le systhéme juridique de l'Angleterre*, em que esboçou com segurança a estrutura das instituições inglesas.

Na Inglaterra ao lado da preleção magistral, adota-se nas universidades residenciais a sub-divisão da classe em pequenos grupos sob a direção de um *tutor*, para adoção de um método ativo de debates e discussões, sob a denominação de *Tu-*

(29) — Teaching Comparative Law, in American Journal of Comparative Law, 1964, p. 500.

torial system (30). Especialmente quanto ao Direito Comparado, a Universidade de Cambridge tem organizado, cada dois anos, cursos de férias, destinados aos juristas estrangeiros, que se distribuem por pequenos grupos e que além dos trabalhos de seminário, ouvem as conferências dos professores, inteirando-se do método inglês. Segundo o testemunho do assistente do Instituto de Direito Comparado de Paris, M. DENIS LEVY, os resultados têm sido encorajadores (31).

Êste método não é aplicável no Brasil, ao menos na atualidade, porque não dispõem as universidades de materiais adequados para debate, nem de "tutors", à disposição do professor. Com a tendência, que já se defende, de se criarem lugares de "assistentes" é possível que no futuro se utilize a experiência inglêsa da formação de grupos de estudo nas classes de Direito Comparado.

A Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, que mantém a cadeira de Direito Civil Comparado no Curso de Doutorado sob o regime da liberdade de cátedra, exige dos alunos, para sua promoção, que apresentem dois trabalhos escritos, correspondentes aos dois semestres do ano letivo, sem o que não podem ser admitidos ao exâme.

Exijo então, no meu curso, que êles escrevam sôbre a matéria que constitui o programa do ano, desenvolvendo no primeiro semestre um tema que verse generalidades ou prolegômenos de Direito Comparado, e, no segundo, assunto relacionado com o sistema jurídico escolhido. Assim procedendo, obtenho que êles se dediquem às noções propedeuticas da disciplina e façam pesquisa tendo por objeto um sistema de direito estrangeiro, em confronto com o brasileiro.

8) Uma última palavra sôbre a organização de um programa de Direito Civil Comparado.

---

(30) — SOLA CAÑIZARES, Iniciación, p. 154.

(31) — **Une Méthode d'Etude du Droit Comparé, in Revue Internationale de Droit Comparé, 1952, p. 695.**

O que primeiro atrai aqui a atenção do professor é a escolha dos direito a comparar. Êles podem ser vários ou reduzir-se a dois apenas, o que mais comumente acontece, por uma imposição de ordem prática. Um deverá ser o sistema nacional. É a conveniência do estudo que o aconselha, tanto da parte dos alunos, que já trazem noções básicas do seu próprio direito, como do professor que tem à mão elementos mais precisos e mais numerosos materiais.

Para confronto com o sistema nacional, a escolha do outro é de tôda liberdade, e a maior ou menor proximidade e analogia com o nacional tem simultaneamente suas vantagens e suas desvantagens. Em três rumos, então, pode caminhar o professor.

Primeiro, elegendo um sistema jurídico mais próximo do seu, pertencente ao mesmo grupo, ligados ambos por afinidades marcantes. Será a comparação do direito brasileiro com o português ou com o francês, por exemplo. A inspiração filosófica idêntica, a técnica, a estrutura, facilitam o trabalho comparativo, permitindo que se detenha em análise minuciosa dos institutos, com o realce de circunstâncias particulares que acusam as peculiaridades de cada um.

Em vez de incidir a escolha em um direito assim, pode ela alcançar sistema que guarde distância mais larga, embora sob inspiração filosófica ou ideológica menos remota. Será o caso do confronto entre o direito brasileiro e o direito inglês, por exemplo. Ambos os sistemas obedecem a linhas uniformes resultantes da aproximação íntima dos postulados morais, econômicos e políticos, e procuram realizar mais ou menos o mesmo teor de justiça. Mas servem-se de técnicas absolutamente diversas, modelando-se em formas estruturais diferentes. Por esta razão, o cotejo destes sistemas exigirá o aprendizado das linhas gerais, da história, da teminologia, das particularidades do direito inglês, possibilitando aos alunos a compreensão geral do sistema, após o que se poderá fazer o cotejo das respectivas instituições. A perspectiva do sistema é fundamental para o trabalho comparativo, e tomará obrigatoriamente boa parte do curso. Os resultados serão compensado-

ramente grandes, pois que o contraste com um direito mais distanciado ressaltará para o estudante o conhecimento do seu próprio direito, e lhe alargará mais o horizonte. O professor SOLA CAÑIZARES não oculta as suas preferências por um trabalho desta ordem.

Em terceiro lugar, o sistema escolhido pode ser mais afastado ainda, não tendo de comum com o nacional nem a inspiração filosófica, nem o postulado moral, nem o conteúdo político. É o que se dará na comparação entre o direito brasileiro e o direito soviético. Também êste estudo é aconselhável e útil. É, porém, mais difícil. Requer do professor uma exposição mais profunda sôbre o sistema de direito em foco, o seu esboço histórico, o exâme da escola filosófica que o domina, os objetivos essenciais a que visa aquêle ordenamento jurídico. E sòmente depois que o estudante compreende o contraste profundo entre aquêle sistema, no seu conjunto, e o nacional, é que poderão ser cotejadas as instituições da família, da propriedade, da sucessão ou das obrigações. Verifica-se, entre nós, como acontece na França, como se dá nos Estados Unidos, como se observa em tôda parte, uma enorme curiosidade a respeito do que se passa na Rússia Soviética, parecendo que todo o mundo faz questão de apurar o que existe por detrás da cortina de ferro. Esta curiosidade é um estímulo para os estudantes, e favorece o bom rendimento do curso.

Não é aconselhável a escolha de um sistema jurídico como o chinês ou o indú, demasiadamente distanciados do brasileiro, expressões do teores muito diferentes e muito desconhecidos da civilização, dos quais nos chegam informações imprecisas e inseguras, sem ao menos uma bibliografia satisfatória.

Feita a escolha dos sistemas, duas perspectivas se abrem ao professor: curso monográfico profundo, ou o curso de maior generalização através do cotejo, em suas linhas básicas, das principais instituições.

O curso monográfico, que alguns professores têm usado no Brasil, proporciona o estudo aprofundado de um tema limita-

do, mas não consegue proporcionar os resultados que o Direito Comparado oferece, quando aproveitado na sua moderna concepção.

O estado geral das instituições jurídicas põe o aluno em contacto com a vida de um outro povo, e lhe permite abrir os seus horizontes de maneira brilhante. E melhor se coaduna com a natureza da disciplina, que difere das cadeiras do curso de bacharelado, no qual predomina o propósito de preparar um profissional capaz de advogar ou julgar. Seria impossível ao comparatista penetrar nas minúcias dos vários sistemas. Daí, então, com a necessidade, que a própria natureza dos estudos lhe impõe, de tomar apenas as linhas fundamentais dos institutos, o professor de Direito Comparado "está obrigado a ser superficial, de outra sorte se perderia na moxinifada da erudição" (32).

Adotando o tipo de trabalho que melhor lhe pareça, o professor tem o dever de difundir o estudo desta disciplina que se evidencia "o instrumento essencial de cultura geral para o jurista" (33) e que proporciona novas oportunidades de desenvolvimento científico, elevando o teor das investigações, e melhorando a qualidade do estudo jurídico.

fmv/90
F.D.R.
Doação
2.10.62
Silva Pereira, Caio Mário da, 1913-

(32) — H. LAWSON, El Campo del Derecho Comparado, in "Boletin" citado.

(33) — RÉNÉ DAVID, Le Droit Comparé Enseignement de Culture Générale, In Revue Internationale de Droit Comparé, 1950, p. 683.

fmv. medio/88
fmv. julho/67
fmv fmv. 1981 £/85
SCR 62-1732

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
UNIVERSIDADE DO RECIFE

Silva Pereira, Caio Mário da
Direito comparado e o seu estudo
F75-62 F340.5 S586d

Prove que sabe honrar os seus compromissos devolvendo com pontualidade êste livro à Biblioteca.

E 10 · 20.000 · 62