

DIREITO COMPARADO (*)

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

1. O direito comparado representa um esforço do racionalismo para unificar o direito de um mundo dividido. Não é um ramo tradicional da ciência jurídica; não foi cogitado pelos romanos, mestres construtores dos alicerces de direito privado ocidental. É um ramo da jurisprudência ocidental e, se quisermos precisar, da jurisprudência de nossa época. Pode-se dizer, com H. C. GUTTERIDGE (*Comparative Law*) — se é possível, nesses casos, fixar datas — que o ano de 1900 marca, com o *Congresso Internacional de Direito Comparado*, realizado em Paris, o momento de sua aparição oficial no cenário jurídico mundial.

Todavia, antes de 1900, com AZCÁRATE e MEILLI, cogitou-se do direito comparado (1). Mas não é só, pois, inegavelmente, os estudos etnológicos de BACHOFEN, POST e MAINE, no terreno das organizações jurídico-sociais dos povos primitivos, devem ser considerados como de direito comparado. Todavia, foi com a obra de LAMBERT — *La fonction du droit civil comparé* — aparecida em 1903, portanto, depois do Congresso de Paris, que se iniciou, na França, como nos demais países europeus, uma série de estudos comparativos do direito.

Há quem pense não se tratar de uma ciência, motivo por que preferem denominá-lo de “método comparativo” ou, como os alemães, *Rechtsvergleichung*, “comparação de direitos” em vez de “direito comparado” (2). Mas há também os que, como LAMBERT, com mais razão, o consideram uma parte da ciência do direito.

A nosso ver, devemos separar método e ciência. Esta supõe sempre um método e, em função deste, varia a sua natureza. Inegavelmente, o estudo do direito positivo de um país, por exemplo, do direito brasileiro ou do francês, é científico. Neste caso, o método empregado não é o comparativo.

(*) Trabalho a ser publicado in “mélanges LAMBERT”.

(1) As Constituições de ARISTÓTELES e “*De l'Esprit des Lois*” (1748), de MONTESQUIEU, podem ser situados na pré-história do Direito Comparado.

(2) Alguns comparatistas denominam os estudos comparativos do direito de “comparação de direitos”, enquanto outros, de *legislation comparée*, que teve certa aceitação na França, empregada, algumas vezes, por LAMBERT.

Mas, se empregarmos este método, ao estudarmos direitos diferentes, acabaremos atingindo resultados mais amplos e diversos dos obtidos com o estudo do direito nacional. Ora, tais resultados — sistemáticos, com coerência lógica, compatíveis entre si — não podem ser confundidos com o método que os estabeleceu. Têm autonomia em relação aos resultados obtidos com outros métodos. Formam, assim, um ramo novo da ciência. Como o objeto foi sempre o Direito, constituem ramo da ciência jurídica. Mas, como o método empregado foi o comparativo, esta ciência dever-se-á chamar: *Direito Comparado*, ou, então, querendo-se, legislação comparada.

Qual o fim prático dessa ciência? Primeiro, fornecer uma visão mais ampla do direito, indispensável às investigações jurídicas mais profundas. Facilitar a compreensão de regras, instituições e princípios jurídicos de cada país, pois o direito de cada país, refletindo o tipo de Civilização em que está integrado, tem afinidade com direitos de outros países integrados no mesmo tipo de Civilização. Mas não é só, pois se destina, também, a facilitar a obra dos legisladores e, dentro de um tipo de Civilização, como, por exemplo, o Ocidental, a uniformizar algumas regras jurídicas.

Não deve, assim, ser entendido como *ciência jurídica universal*, como a entende DEL VECCHIO (3), pois cada civilização tem o seu direito, da mesma forma que tem sua ética, sua ciência, sua arte e suas instituições (SPENGLER, TOYNBEE e SOROKIN). Portanto, só deve haver “ciência” dos direitos de cada tipo de civilização, e não ciência jurídica universal.

O direito comparado não pode ter, também, por objetivo o estabelecimento de um direito universal, pois sabemos que os direitos variam fundamentalmente com as civilizações e, assim, como unificá-los? Em nossa época, como unificar o direito da sociedade capitalista com o direito socialista? Por outro lado, o comparativismo pode atingir a resultados gerais, jamais universais. GUTTERIDGE, em *Comparative Law*, esclareceu, com muita precisão, que “em cada sistema jurídico, há determinadas matérias que não permitem comparação, devido, geralmente, a particularidades da vida social, econômica ou política”. Assim, todas as tentativas de universalização da ciência jurídica ou do direito, por meio do direito comparado, são utópicas, frutos do que poderíamos chamar *narcisismo jurídico*, que pretende universalizar o direito e a ciência jurídica do Ocidente.

2. Pensamos ser fundamental a contribuição do Direito Comparado para a *Teoria Geral do Direito*. Não só para as “teorias gerais” positivistas, que tratam “cientificamente” de questões filosóficas, para as quais de grande importância é o Direito Comparado, como, também, para as autênticas “teorias gerais do direito”, entendidas como teoria formal do direito.

Considerando, como consideramos, a Teoria Geral do Direito, não como teoria geral do direito nacional mas como teoria comum a vários direitos,

(3) DEL VECCHIO, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*, Torino, 1909, 2.^a ed.; *Id.*, “*L'unità dello spirito umano come base della comparazione giuridica*” (Riv. Int. Fil. del Dir., 1950). No mesmo sentido: CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “A universalização da ciência jurídica” (*Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, 1950).

ou melhor, ao *direito de uma civilização*, sem ser, portanto, uma teoria *universal* do direito, temos que concluir ser o concurso do Direito Comparado fundamental para essa teoria, por fornecer-lhe os elementos comuns dos diversos direitos. Partindo desses elementos comuns, através de sucessivas generalizações, é possível ao teórico do direito construir a *teoria comum* a esses direitos, pertencentes a um tipo de civilização, ou seja, a *Teoria Geral do Direito*.

3. Terá o Direito Comparado relações com a *Sociologia Jurídica*? Se considerarmos o método comparativo, usado pelo comparatista, que DURKHEIM, em *Règles de la méthode sociologique*, considera ser o método sociológico por excelência, como, aliás, já foi dito por J. CARBONNIER (4), as relações entre essas duas partes da ciência jurídica são inegáveis.

Mas, exclusivamente do fato de sociólogos e comparatistas usarem o mesmo método, não se pode concluir pela contribuição do Direito Comparado à Sociologia Jurídica, porque outras ciências também usam o método comparativo.

Pensamos depender a resposta à indagação inicial das tarefas que forem atribuídas à Sociologia do Direito.

Compreendemos a Sociologia Jurídica como a parte da Sociologia, que encara o direito como fenômeno social, ou, ainda, como fenômeno sócio-cultural, estudando os fatores de sua transformação, desenvolvimento e declínio, com o fim de, através do estudo comparativo desses fatores em várias sociedades: 1) estabelecer generalizações sobre a questão genética do direito; 2) indicar as relações dos tipos de direito com as estruturas sociais e culturais bem como explicar, sociologicamente, as idéias e instituições jurídicas, descobrindo suas bases sociais.

As suas tarefas, a nosso ver, se reduzem às seguintes: 1) demonstrar a relatividade dos direitos e dos ideais jurídicos; 2) demonstrar que cada direito é uma função de um tipo de vida social e das condições econômicas, morais, geográficas e demográficas da sociedade; 3) indicar os fatores sociais das transformações jurídicas; 4) elaborar uma teoria sociológica do conhecimento jurídico, do saber jurídico, mostrando os objetivos provocadores das idéias jurídicas; 5) verificar os resultados sociais das regras, teorias e instituições jurídicas, a fim de facilitar o trabalho do legislador e do jurista na reforma e interpretação do direito; 6) apurar os fatores sociais de fatos jurídicos (divórcio, casamento, furto adúlterio, etc.) e a inter-relação de tais fatos com a realidade social; 7) estabelecer os tempos e espaços sócio-culturais do direito; 8) verificar os fatores sociais que determinam a presença em diferentes direitos de elementos jurídicos comuns e de elementos jurídicos diversos; 9) definir o direito em termos sociológicos (5).

Ora, o Direito Comparado, estabelecendo os elementos comuns do direito, facilita o trabalho do sociólogo no campo jurídico, fornecendo-lhe elementos

(4) "L'apport du droit comparé a la sociologie juridique" (*Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée*, Paris, 1969, pág. 75).

(5) V. nosso livro *Introdução à Ciência do Direito*, Rio de Janeiro, 1972, 5.^a edição, pág. 25.

para traçar os espaços e tempos sócio-culturais do direito e a descobrir os fatores possibilitadores desses espaços e constitutivos desses tempos e desses elementos, bem como as razões sociais que determinam a presença em direitos, situados no mesmo espaço e tempo sociais, de diversos elementos, apontados pelo comparatista.

Assim, afirmativamente respondemos à pergunta inicial, por crermos haver relações estreitas entre o Direito Comparado e a Sociologia Jurídica.

4. Prestará o Direito Comparado algum concurso à *Filosofia do Direito*? Tudo depende da posição filosófica assumida e das tarefas a ela atribuídas. Se o jusfilósofo enveredar pelos caminhos do positivismo jurídico, que reduz a Filosofia do Direito a uma síntese das várias ciências do direito, estreitíssimas serão as relações entre o Direito Comparado e a Filosofia do Direito. Se tomar a posição jusnaturalista, o Direito Comparado, no dizer de LAMBERT, podendo estabelecer o “direito comum legislativo”, contribuirá para confirmar ou negar a presença do Direito Natural no Direito Positivo.

Mas, se adotar outras posições filosóficas, a questão tornar-se-á mais difícil, salvo no que concerne às relações entre a moral e o direito, para a qual, como já notou J. BRETTER DE LA GRESSAYE (6), o Direito Comparado é indispensável, por poder descobrir a presença da moral nos direitos positivos.

Se reduzir a tarefa da Filosofia do Direito a problemas filosóficos tradicionais (essência, estrutura, lógica, valores, finalidade, etc); o Direito Comparado auxílio algum dará ao jusfilósofo. Assim, se limitar o problema filosófico ao problema dos valores jurídicos (LASK, RADBRUCH, KELSEN, GURVITCH) ou ao da categoria da razão pura organizadora da experiência socioeconômica (STAMMLER) ou à essência ou estrutura do direito (REALE, COSSIO, RECASENS SICHES) ou à lógica jurídica (KELSEN), o Direito Comparado estará ausente. Todavia, se além dessas questões clássicas, reconhecer, como reconheceu DEL VECCHIO, como sendo filosófico o tema “fenomenológico”, destinado a, entre as singulares normas, descobrir as regras gerais e comuns no processo histórico e as constantes observadas em seu desenvolvimento, ou se incluir nessa filosofia, como incluiu REALE, a “culturologia jurídica”, destinada a descobrir o “sentido real” do direito histórico, ou, ainda, se, fenomenologicamente com HUSSERLL procurar a essência dos fenômenos ou atos jurídicos (REINACH, SCHREIER), o Direito Comparado fornecerá subsídios valiosos. Finalmente, se considerar a Filosofia do Direito como o “tribunal” julgador dos direitos positivos, tomando posição em relação a eles, no momento em que o Homem e a Civilização estão ameaçados, o Direito Comparado servirá para revelar os direitos que desrespeitam os “direitos do Homem”, ou seja, a Declaração dos Direitos da ONU.

Assim, concluindo, das tarefas atribuídas à Filosofia do Direito depende o maior ou menor auxílio do Direito Comparado.

Mas, não nos devemos esquecer da necessidade que tem o jusfilósofo de uma visão mais ampla do direito histórico, sobre o qual devem recair as

(6) “L’apport du droit comparé à la philosophie du droit” (*Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée*, Paris, 1969, pag. 71/72).

suas reflexões, fornecida pelo Direito Comparado. Por isso não podemos negar a importância do Direito Comparado para a Filosofia do Direito.

5. Enorme é a importância do Direito Comparado para os *países em desenvolvimento* como, por exemplo, é o caso do Brasil, porque o desenvolvimento necessita de novas estruturas e de novos tipos de negócio jurídico, que o direito tradicional e o direito nacional não podem fornecê-los. Exige o desenvolvimento nova forma jurídica para as relações econômicas, muitas vezes, criadas e adotadas pelos países desenvolvidos, principalmente pelos Estados Unidos.

As reformas legislativas e os novos códigos no campo do direito privado, nos países em desenvolvimento, devem ser precedidos de estudos comparativos de direitos não pertencentes ao espaço social do direito europeu-românico. As atenções do comparatista, inclusive do europeu, nesse terreno, deve-se voltar para os novos *modelos jurídicos norte-americanos e japoneses*. A importância desses estudos, se é grande para a Europa, é maior, como dissemos, para países como o Brasil em processo de desenvolvimento, que necessitam da experiência jurídica de países que desenvolveram os seus mercados de capitais para atender as necessidades do desenvolvimento econômico. Tal desenvolvimento exige novos tipos de garantia, que as tradicionais garantias reais revelaram-se insuficientes e inadequadas, bem como destituídas de flexibilidade e de solução rápida. As novas garantias criadas e desenvolvidas nos Estados Unidos estão, muitas vezes, em conflito com institutos tradicionais, desfigurando-os em certos casos, sem raiz alguma no direito romanístico-continentar. Novas categorias jurídicas, diversas dos esquemas e categorias tradicionais, são exigidas pelo desenvolvimento, como por exemplo, *alienação fiduciária, leasing, trading company*, etc., destituídas de raízes no direito tradicional.

Assim, o grande problema que o Direito Comparado terá que resolver é o da conciliação do direito tradicional, cujas raízes se encontram no Direito Romano e no Direito Europeu anterior a 1950, com o novo Direito, oriundo do desenvolvimento econômico.