

O DIREITO COMPARADO E A UNICIDADE JURÍDICA UNIVERSAL

J. M. OTHON SIDOU

SUMÁRIO: 1. *Imitação e comparação.* 2 e 3. *Argumentos pró e contra o Direito Comparado.* 4. *Um direito novo com raízes em milênios.* 5 e 6. *Suas diversas fases.* 7. *A unidade do direito nas Leis Uniformes.* 8. *A metodização do Direito Comparado.* 9. *O concurso da Etnologia jurídica.* 10. *Um direito universal — tentame ambicioso, não porém irrealizável.*

1. A *imitação* é instintiva dos entes vivos, e, como corolário, a *comparação* é inata do ser humano. Particularizando o universo das ciências e das artes, todos os setores do conhecimento praticam a imitação e se esmeram na comparação. Imita-se, não por emular, e compara-se, não por competir, mas em busca do aperfeiçoamento e da auto-superação. Entretanto, para que se possa alcançar esse fim, comparar é apenas um trecho do percurso, a que falta longa e laboriosa jornada: — *investigar*. Na etapa comparativa, pratica-se um método, ou procede-se metodicamente; na fase investigativa, busca-se uma ciência, ou procede-se cientificamente.

Se a precípua finalidade do Estado, como povo politicamente organizado, é a busca do *bem comum* pela justiça social, resulta claro que a observação do direito de outros povos é uma constante que a humanidade sempre praticou, e mais se evidencia à medida em que a civilização se apura e a intercomunicação dos povos se intensifica.

Visando apenas ao seu sentido teleológico, ou atividade-fim, o Direito Comparado — denominação que, tal como o de outras ciências afins, não o qualifica com abrangência — é o campo jurídico dedicado à investigação comparativa dos diversos sistemas em aplicação, para efeito do aprimoramento

do direito. Daí se intui que é um direito mais comparativo do que imitativo, e mais investigativo do que comparativo, num perene processo construtivo.

Ressalta uma indagação preliminar: ciência ou método o Direito Comparado? Nutrida na História jurídica, que, estática, revela o comportamento humano no passado, e na Sociologia jurídica, que, dinâmica, entende com a teoria geral da evolução do direito, a nossa disciplina é *ciência*. Se, excluindo esse aspecto, ficarmos apenas na comparação legislativa para efeito de haurir subsídios em proveito do apuramento das leis nacionais de um sistema particular, o Direito Comparado é um *método*. Como quer que seja, e tendo por mira o sentido teleológico, é uma *ciência auxiliar*. (1)

Também, tal qual a designação menos abrangente, o ser ciência auxiliar é restritiva para o Direito Comparado. Se ele não se limita à comparação, cotejamento ou confronto, o que pouco renderia ao desenvolvimento sócio-político, ou aprimoramento da civilização, do mesmo modo não se reduz a auxiliar, ajudar ou obsequiar a legislação. Seu escopo é conhecer as semelhanças e neutralizar as divergências no tocante a um sistema jurídico em face de outro ou ao conjunto de sistemas jurídicos, perquirindo o porquê das dissimilitudes, aceitando o que de salutar é praticado por outros povos, com humildade, e oferecendo-lhes o que temos de mais razoável, sem desdém. E sua tarefa última no aprimoramento da civilização, quimérico como possa parecer, é marchar ao encontro da unicidade do direito, tornando-o uma ciência menos árida e menos esquiva.

2. Apesar de reconhecerem, porque seria estulto obscurecer, a inata tendência humana para a imitação, obviamente pelo caminho da comparação, juristas houve e talvez haja, que enviesam contra a serventia do Direito Comparado, com base em quatro argumentos principais:

a) a complexidade da matéria em cada contexto nacional, onde as leis pululam à medida em que fatos ou peculiaridades domésticas encarecem tratamento legal específico;

b) a dificuldade da assimilação da legislação estrangeira, brotada de origens diversas e sedimentada em diversos costumes;

c) o apego chauvinista à idéia de ser o direito um 'patrimônio nacional', o *summus* para seu povo, daí o sacrilégio de mesclá-lo com intromissões exógenas;

d) o ser o Direito Comparado um 'direito em formação', ainda em processo de desenvolvimento, e assim carente da fixidez exigida a um autêntico ramo da disciplina jurídica.

De pronto, fácil é redargüir, no alusivo a ser um direito em formação, que

o elemento retardador ou o grande óbice ao desenvolvimento da especulação comparativa partiu das superadas escolas dominantes no século XVIII, como esclarece o jurista italiano Mario Sarfatti, em sumário estudo sobre “os primeiros passos do Direito Comparado: (2) a tradicional Escola do direito natural, “desdenhosa de toda observação baseada em fenômenos sociais”, e a Escola histórica, que se opunha à legislação de um modo geral, firmada no pressuposto de que a evolução jurídica se produz necessariamente, de maneira independente da vontade humana, tomando o direito romano como parâmetro.

Quanto ao chauvinismo, verdade é que tal sentimento denota hoje mais vaidade do que aversão, se recordarmos que era marcante no passado o desprezo aos direitos dos povos estrangeiros, hoje esmaecido ou mesmo inexistente. Lembra Del Vecchio (3) que até um espírito iluminado como Cícero declarou serem “quase ridículos” os direitos dos povos estranhos a Roma.

Direito, patrimônio nacional! Essa alegação é o disparate absoluto. As ciências não têm pátria, conseqüentemente o direito, antes de ser uma abiogênese nacional, é um fenômeno humano, portanto desconhece fronteiras. Sua nacionalidade é artificial, meramente política, e se apouca ante o cosmo jurídico. Observem-se os ‘princípios gerais de direito’. Eles, tão como o direito natural, com a mudança apenas do nome, são apátridas. Grandes preceitos abstratos que são chamados a exercer o relevante papel de integradores das lacunas do direito positivo, constituem patrimônio da humanidade, sem vinculação a qualquer nacionalidade, porque desfrutam de agasalho em todas elas. E só por arroubo ou regougo intermitente de sistemas fascistas se pode dar sentido doméstico aos princípios gerais de direito. (4) Tanto supranacionais eles são que os mais diversos sistemas políticos amiúde os convocam da abstração para convertê-los em cânones constitucionais.

3. Opõem-se aos argumentos depressores do Direito Comparado os seguintes pontos positivos.

I — Um ideal unívoco prevalece em todos os povos, em todos os tempos, depois que emergiram da horda para a aglutinação social: o *bem comum*, somente por meio do qual se encontra o bem individual. Tomando-se por princípio irretorquível que o homem raciocina de modo semelhante em torno de problemas correlatos, onde quer que esteja nos mais diversos pontos do Universo, atinar-se-á que longe de ser regra a diversidade de tratamento legislativo para fenômenos jurídicos idênticos, tal diversidade é a exceção, portanto capaz de ser dissipada.

Não há menosprezar que todos os fenômenos da vida social são conexos entre si. Raciocina Del Vecchio (5) que as discordâncias entre os diversos

sistemas jurídicos atraem muito mais a atenção do estudioso do que as concordanças; mas, se se aprofunda o exame, descobre-se que as divergências são só aparentes, e de algum modo se relacionam muito mais às partes acessórias e extrínsecas do que a suas raízes profundas. E exemplifica com a tutela da vida individual, que somente podia realizar-se por meio da *vingança* do grupo familiar, praticada pelos mais diferentes modos. (6) Assumida a tutela pelo Estado, a vingança transformou-se em *delito*, cuja intenção é substancialmente a mesma. Outro exemplo que nos ocorre diz com as sanções contra a violação das obrigações contratuais, praticadas por diferentes modos nos vários períodos históricos. Na forma do *ius civile*, produto das XII Tábuas, elas próprias reflexo dos velhos costumes, a execução da sentença era exercida diretamente sobre o corpo do devedor e só indiretamente sobre o seu patrimônio. Com o advento da *lex Poetelia papiria* (séc. III a.C.), passou a execução a incidir diretamente sobre o patrimônio, tal como hoje, e só por exceção sobre a pessoa do devedor. No fundo, o objeto é o mesmo, ou seja, caracterizar o contrato como objeto de obrigação.

II — O conhecimento não apenas da legislação, mas do direito de outros povos, retratado na doutrina e na jurisprudência, é sumamente útil, ou mesmo indispensável, ao juiz, ao advogado, ao consultor, ao doutrinador, ao professor, porque a todos eles, como sintetiza o Professor János Tóth, da Universidade de Genebra, “a comparação lhes ajudará a descobrir que a solução dada para o direito de seu país não é a única possível”. (7) Uma autoridade de indiscutível mérito, por ser um dos intérpretes máximos de um sistema jurídico, tão diverso do direito continental, o Hon. Viscount Jowitt, Lord Alto Chanceler da Grã-Bretanha, em conferência proferida no Brasil, na inauguração do Instituto de Estudos Legislativos e Direito Comparado (1948), ofereceu expressivo depoimento: “Sempre que me é submetida a minuta de alguma lei nova, e sempre que escuto os debates na Câmara dos Lordes, sempre me vem o desejo de saber como outros países abordaram por meio de sua legislação os novos problemas que enfrentamos, nós e a bem dizer mais ou menos todas as comunidades civilizadas.” (8)

Neste ponto de observação da legislação estrangeira, regra primária a ser levada em apreço ensina que a pesquisa deve ser efetuada no próprio idioma nela empregado, e mesmo assim, não o idioma literário, mas o idioma jurídico, algumas vezes afastado da linguagem leiga. O direito tem sua terminologia própria, mesmo no âmbito doméstico. A palavra *prédio*, por exemplo, na linguagem jurídica, abrange toda propriedade imóvel, rústica ou urbana, enquanto no falar comum qualifica apenas o imóvel edificado; *coisa*, na linguagem leiga, denota apenas a condição de móvel; em direito é tudo quanto existe

na natureza, concreto ou abstrato, exceto o homem; *advertência*, no falar usual, exprime observação, aviso, chamamento de atenção, enquanto em direito administrativo significa admoestação e, com mais rigor, punição na área militar. Outro exemplo, agora em face de idioma estrangeiro: '*trust*', em inglês, significa confiança, crédito pessoal, e juridicamente é fideicomisso; negócio jurídico pelo qual uma pessoa transfere e confia a outrem (*trustee*) coisas ou direitos, para que essa os empregue com objetivo determinado, mas sem ter sobre eles a disposição legal e efetiva. Importado o termo para consumo legal brasileiro, e devidamente aportuguesado ('*truste*'), é a organização econômico-financeira de empresas obedientes a um centro decisório, com o fim básico de interferir no mercado e exercer poder monopolístico. Ali, figura lícita de direito das obrigações; aqui, figura ilícita de crime contra a economia popular. (9)

III — É sumamente arriscado legislar, em torno de figuras jurídicas, vendo-as apenas pela ótica doméstica, com desprezo do subsídio forâneo, ao menos para tomá-los como esboço, donde ser certo afirmar que os legisladores de outros povos, alicerçados na experiência, são nossos legisladores de amanhã.

4. O Direito Comparado é um direito novo, se considerado que se impôs em face da amplitude da comunicação dos povos nos últimos tempos. Basta ter em mente que o homem hodierno está afastado por quatrocentas gerações do tempo até onde é possível devassar a História, mas que o comércio internacional do século XX equivale, em volume, ao dobro de toda a mercancia praticada pela Humanidade em todas aquelas gerações, ou sejam, doze mil anos.

Nesse aspecto, pode-se assentar que o Direito Comparado é um *novum ius*, tanto quanto o são o Direito do Trabalho, o Direito Aero-espacial, o Direito de Informática, o Direito Nuclear. Como direito metodizado e de mais alargado campo especulativo, é sem dúvida novo.

Mas suas origens deitam raízes no mundo antigo, praticado por civilizações que de muito precederam a nossa.

Narra a tradição que Licurgo, o de Esparta (séc. IX a.C.), e Sólon, de Atenas (séc. V a.C.), viajaram pelo seu mundo para conhecer instituições de outros povos, a fim de por esse meio melhor assentarem sua legislação. Platão e Aristóteles empreenderam comparações legislativas, esse último em torno das constituições das *polis*, ele próprio autor, como depõe, de diversas delas. É histórico que a Lei das Doze Tábuas, do ano 452 a.C., teve sua elaboração precedida de uma viagem dos decênviros à Grécia, para conhecerem a legislação ateniense de Sólon. E embora seja de considerar, e insistir, que o *ius civile* dos antigos romanos não é emulação do direito grego, mas a formulação dos

costumes da Roma arcaica, aquela viagem de observação comparativa não é de ser desdenhada para dar o caráter puramente nacional ao primeiro direito escrito dos quírites. Data do ano 400 de nossa era a *Mosaicarum et romanarum legum collatio*, um estudo medíocre sobre as concordâncias do direito dos hebreus com o direito dos romanos, mas nem por isto deixa de ser o primeiro escrito de Direito Comparado. No cerne da Idade Média, uma pioneira manifestação de estudos jurídicos tomando por observação direitos diversos, foi evidenciada na Escola da Pavia, analisando ao mesmo tempo o direito longobardo, praticado pelos habitantes da Lombardia, o direito romano e o direito canônico. E, saltando os tempos, já no século XVIII, com o célebre 'Espírito das Leis', Montesquieu dá mostra de ser um comparatista do direito.

Todavia essas manifestações históricas, por si, não seriam mais do que o embrião de um direito *in fieri*, guardando portanto para o moderno cientificismo a mesma relação que o *ius gentium* do *praetor peregrinus* guarda para com o Direito Internacional estruturado por Grócio. (10)

5. Se os dados acima expostos comprovam por um lado que em todos os tempos os obreiros da ciência jurídica procuraram subsidiar seus estudos e a feitura de suas leis no direito alóctone, não se deixando enredar na auto-estima, são todavia elementos desprovidos de sentido crítico, que é a mais penetrante característica do Direito Comparado moderno.

Esse moderno direito tem sua vertente no século XIX. E dele pode-se apontar como pioneiro a Paul A. Feuerbach, que, em 1810, deu a denominação hoje correnteia de *Juristische Abhandlungen* (Jurisprudência [ou Direito] Comparado) ao ensino por ele ministrado em Munique.

Outro jurista seu compatriota, N. Falk, em sua 'Enciclopédia Jurídica', (11) incluía o estudo comparativo das legislações de outros povos no elenco das *ciências auxiliares* do direito, ao assinalar que — “o exame das diferentes formas sob as quais o direito é produzido entre os diversos povos, nos leva a considerar, num golpe de vista mais amplo e mais imparcial e a apreciar com mais naturalidade, o direito e as instituições de nossas pátria”. Preleciona mais adiante o mestre de Kiel: “A elaboração científica dos direitos estrangeiros, que bem se pode chamar *jurisprudência comparada*, ou comparativa, expondo e desenvolvendo as concordâncias do direito de diferentes nações (*consensus gentium*), ajuda sem dúvida eficazmente tanto a descobrir regras nacionais como a confirmar a teoria universal do direito.”

Isto escrito em 1821 evidencia que o passado século, por alguns de seus argutos jurisconsultos, não esteve alheio às cogitações comparatistas, e mais

ainda, que eles já anteviam a possibilidade, remota como possa parecer, da unificação do direito universal.

Desse modo, o movimento comparatista começou pela doutrina, como ocorre com todo instituto jurídico embrionário. Essa doutrina se dimensionou no âmago das sociedades de juristas que se formaram na Europa a partir do meio século passado, com seus congressos, revistas e anais plenos de estudos comparativos. 1869 marcou para a França o surgimento da primeira Sociedade de Direito Compaçado. Nesse mesmo ano, a Universidade de Oxford, na Inglaterra, implantou em seu curso jurídico o estudo dessa disciplina, denominada 'Historical and Comparative Jurisprudence', sob as luzes do saber de Summer Maine, de quem partiu o conceito segundo o qual "a função principal do Direito Comparado é facilitar a legislação e o melhoramento prático do direito".

6. Não deve passar em obliúvio que foi a unidade formal do direito conquistada pelas codificações do século passado valioso elemento propiciador para a estruturação da fase científica do Direito Comparado. Foi então que se robusteceu como rotineiro, e mesmo indispensável, esmiudar as legislações alienígenas brotadas de comum origem, por extensão incentivando a pesquisa relacionada a outros sistemas jurídicos. Esse *modus procedendi* é ligado à própria codificação pioneira, a francesa, a partir de 1804, sabido que os redatores do *Code Civil*, sob a perspicácia de Portalis, investigaram o direito europeu de então, e às precodificações do século XVIII, basicamente o prusiano *Corpus Juris Fredericiani*, a despeito das reações antilegislativas da Escola Histórica de Gustavo Hugo e Savigny.

Tal não passou despercebido à argúcia do jurista francês Albert Amiaud, que, em sua coletânea 'Legislations civiles de l'Europe, de l'Amerique', anota: A promulgação dessas leis uniformes tem certamente aberto o caminho ao projeto, quiçá ainda quimérico, em todo caso louvável, de eliminar ou ao menos atenuar, em seus pontos mais importantes, os conflitos internacionais de direito privado. (12)

Até aí se resumia o Direito Comparado como método. Estudava-se, nos cursos jurídicos, *Legislação Comparada*, e esse, para exemplo, era o nome da disciplina da qual Clóvis Beviláqua foi lente na Faculdade de Direito do Recife. Ao conhecimento do Mestre na matéria comparativa, realçado em sua obra 'Lições de Legislação Comparada', cuja primeira edição é de 1893, (13) muito deve ser creditada sua escolha para elaborar o Projeto de Código Civil, superando as tentativas frustradas de quase meio século.

Um objetivo maior iria surgir no limiar do século XX. Elemento ponderável passou a incorporar-se aos estudos comparatistas após a primeira Grande

Guerra (1914-1918), talvez em decorrência dela mesma. Quando a paz desde à Terra “e dá balanço na estupidez humana” que são as guerras, e ao cabo de cada uma, o homem passa a aspirar por uma conjugação de esforços em busca do bem comum universal, e o direito é alvo dos ideais de unificação.

Foi o que se observou a partir da terceira década deste século. “Este *mundialismo* ambicioso — escreve o jurista francês Marc Ancel — oriundo de uma confusão singular de espírito científico, de generosidade e de ilusão, confere um escopo novo e precioso ao Direito Comparado.” (14)

Não satisfazia apenas aos juristas dos anos vinte buscar aproximação com as leis dos outros povos para equacionar as suas. Urgia criar um direito mundial, pelo menos para os povos do mesmo grau de civilização ou pelo menos para os temas mais agudizados. Fundou-se a Sociedade das Nações, que, uma inófia como possa ter-se revelado na condução da paz, dimensionou o Direito Internacional. E conferências diplomáticas se intensificaram desde então, visando a uniformizar institutos comuns, notadamente do direito das pessoas e das obrigações. Os vencedores de 1919 traçaram, mediante vários instrumentos, as diretrizes da paz, por meio de um dos quais foi alcançada conquista num dos pontos que mais impunham uniformidade: a regulamentação do trabalho universal, paulatinamente avançada pela Organização Internacional do Trabalho, então criada.

À ilharga do mesmo sentimento, outras conquistas se foram acrescentando.

Devolvida a aeronave a seu papel pacífico, celebrou-se em 1929 a Convenção de Varsóvia sobre transporte aéreo. E um ano antes, em Havana, concluiu-se o Código de Direito Internacional Privado, mais conhecido como Código Bustamante, adotado no Brasil e em quase todos os Estados latino-americanos. (15)

Remanescente de 1910 e 1912, então meras regras, foram elaboradas em Genebra, 1930 e 1931, respectivamente, a Lei Uniforme sobre Cambiais e a similar sobre Cheque.

E em 1944, no epílogo da Segunda Guerra Mundial, concluiu-se em Chicago a Convenção de Aviação Civil Internacional, reguladora da navegação aérea e de que participam, a bem dizer, todas as nações do Universo.

Ainda no campo do transporte aéreo, e agora enlaçada ao direito penal, foi elaborada em Tóquio, 1963, a Convenção sobre delitos e certos outros atos praticados a bordo de aeronaves.

Junto a outros instrumentos unificadores que surgiram no passado e que foram ou vêm sendo aperfeiçoados para acompanhar o ritmo do progresso, de natureza pública, uns, tal como a União Postal Universal e o Sistema Interna-

cional de Medidas, o outrora Sistema Métrico Decimal, e de natureza privada, outros, tal como as Regras de York e Hamburgo, e as relativas aos transportes ferroviário e marítimo, pode-se deduzir que não é tão quimérica a unicidade jurídica universal.

Com efeito, por qualquer dos grandes campos jurídicos que se possa peregrinar — familiar, obrigacional, penal, laboral — e sobretudo pelo concurso da Organização das Nações Unidas, observa-se que há um comum esforço determinado mais de aproximação do que de comparação e menos de aproximação do que de equalização, no sentido de fazer a legislação dos povos ultrapassar a barreira tradicional dos sistemas jurídicos.

Não subestimáveis elementos propulsores da uniformidade legislativa, no campo regional internacional de nossos dias, constituem, direta ou indiretamente, os blocos político-econômicos, tais como a Cooperação Escandinava, unindo Suécia, Noruega, Dinamarca, Finlândia e Islândia; a União Européia, antiga Comunidade Européia, criada em 1993, conglobando a maioria dos países do Velho Mundo; a União Belgo-Luxemburguesa; e, mais recentemente, o Nafta (Estados Unidos, Canadá e México), a Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico (APEC), e o nosso Mercosul.

Digno de especial registro, no campo legislativo propriamente dito, é a iniciativa do Instituto Ibero-Americano de Derecho Procesal, tomada na década dos 70, para a formulação das Bases para a reforma da legislação processual civil da América Latina, passo inicial para a projetada redação de um Código Tipo para o Continente latino-americano.

No âmbito interno de cada país, a tendência é a unificação. Exemplifica-se com a França, onde, segundo Voltaire, para quem viajasse do Meio-dia para o Norte, as leis mudavam tantas vezes quantas tivesse de trocar de montaria... Hoje, essa legislação multifária desapareceu.

A legislação interna, aqui e alhures, tem cedido a paradigmas, ou 'normas gerais', para empregar o termo de nossa Constituição Federal (art. 24, § 1º). No México, as legislações civil, penal e processuais respectivas são de índole federativa. Cada uma das trinta unidades federadas possui seu código, mas o número se reduz se considerarmos que paulatinamente se vão acomodando ao Código do Distrito Federal e Territórios. (16) Mesmo nos Estados Unidos, de direito vinculado ao *common law*, certos corpos normativos elaborados por organismos privados, sobretudo no campo do direito obrigacional, se encarregam da unificação de preceitos e constituem paradigmas para a prática em outros Estados-membros. (17)

7. Não convém obscurecer que surgem naturais percalços na esteira da unificação do direito, levada a efeito pelas leis internacionais. O direito, como

ramo da Sociologia, ou para melhor sentido objetivo, como tudo que é vivo, é mais que tudo infenso à estática; processa-se em contínua evolução, em consonância com os fatos e, sobretudo, em obediência às circunstâncias. Seria ingenuidade, portanto, pretender que as leis uniformes guardem o grau de uniformidade conquistado, à custa de muita persuasão, no instante de seu acabamento, ou que dispensem adaptações à medida em que são submetidas ao atrito desgastante da aplicação cotidiana.

Vem então indagar como deve ser levado a efeito o processo supridor de lacunas denunciadas pelo tempo ou saneador de simples imperfeições, obra humana que são, resvaladas no momento elaborativo. O problema tem sido objeto de particular atenção por parte de organismos dedicados ao Direito Comparado, com destaque para o Institut International pour l'Unification du Droit Privé, com sede em Roma.

De logo há de ser descartado o método, presente em alguns tratados da espécie, (18) que manda interpretá-los em obediência aos costumes ou práticas locais, ou ao sabor do entendimento das partes, eis que disto resultariam interpretações tribunalícias incoincidentes, as quais, sem regras de sentido mais objetivo, descambariam facilmente para a desunificação do direito que se pretende unificar. A interpretação legal, ensina a hermenêutica jurídica, obedece a forte contingente intelectual de cada intérprete em face de cada circunstância. É técnica comandada pelo binômio — intelecto do intérprete (mais) ocasião.

A interpretação da deficiência textual ou supridora de lacunas atribuída a um órgão supranacional específico, a toda evidência composto por um número reduzido de espertos, também não parece ser a melhor solução, pois padece, como a prática tem demonstrado, do mesmo vício desvirtuador do anelado objetivo; ademais, daria forte pretexto a denúncias dos tratados pelas altas partes insatisfeitas com os novos rumos apresentados sem a sua prévia concordância nacional.

Quer-nos sentir mais razoável o emprego da revisão temporária na vivificação das leis uniformes, em obediência a períodos fixos não delongados, em cada um dos quais se repetiriam convenções amplas, em tudo idênticas às que elaboraram o texto primitivo. Nelas tentar-se-ia, por implícito, de restaurar a unidade naqueles pontos incogitados no nascedouro ou daqueles comprometidos no percurso.

Exemplo que nos ocorre, embora não sujeito à fixidez de prazo atualizador, são as já numerosas Convenções sobre transporte aéreo — Varsóvia (1929), Haia (1955), Guatemala (1971), a que se juntaram os Protocolos 1 a 4, de Montreal (1975 a 1976), e a Convenção de Guadalajara (1961), todos consti-

tuindo uma mesma 'família' de tratados, cuja conglobação e atualização já resultaria sumamente útil.

Os modernos instrumentos internacionais da espécie têm-se valido do engenhoso método das *reservas*, ou seja a declaração unilateral feita por um Estado, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de descompromissar-se da aplicação de certas disposições em sua aplicação nesse Estado; recurso regulado pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969.

É esse um meio de obter consenso do maior número de Estados a um texto internacional, ou de lograr o mínimo, em determinado instante, em prol da unificação do direito. Parecidamente uma contramarcha no intuito monista, não o é, porque, considerando que a *reserva* tem um sentido dúplice, de afastar a regra incômoda para, sem afetar o tratado, permitir a liberdade da legislação interna do país, e ao mesmo tempo de guardar tal regra para uma eventual aplicação quando ela, pela maturação do direito, se tornar propícia, esse último é, à evidência, a porta aberta para fazer-se impor o anelado intuito.

A prática tem comprovado que as "reservas" são elementos coadjuvantes da unicidade do direito. Ao concluir a elaboração do Código Bustamante, a Convenção de Havana, no artigo 3º de suas Disposições Preambulares, reconhecia que "cada uma das Repúblicas contratantes, ao ratificar a presente Convenção, poderá declarar que faz reserva quanto à aceitação de um ou vários artigos do Código anexo a que a reserva se referir". Pulularam as restrições, aferradas sobretudo à impugnação do divórcio a vínculo, ao respeito ao sistema do *ius soli* como meio aquisitivo da nacionalidade, à 'lei do domicílio', ao conceito de empresa nacional etc. O que se observa hoje é a progressiva assimilação dos princípios do Código Bustamante por países americanos que, à época, se apressaram em declarar restrições, e hoje os incorporaram a sua legislação interna e mesmo (caso do Brasil quanto ao divórcio) a seus preceitos constitucionais.

8. Observamos o Direito Comparado em sua manifestação empírica, aquela que vem da aurora das civilizações até os primórdios do século passado. Mencionamos as duas tendências deste direito já metodizado: a de então até o final da primeira Grande Guerra, ou seja, a da aproximação legislativa; e a do período entre as duas Guerras, e daí por diante, marcada pelo anelo de um direito universal. Falta-nos observar a fase paralela, mais recente e obviamente a mais aprimorada, a fase crítica do comparatismo.

Antes, porém, faz-se mister conceituar o que é o direito em estudo, à luz desta última fase, e as necessárias fontes em que ele se subsidia.

Henri Capitant, no 'Vocabulaire Juridique' (1934), define-o como o "ramo da ciência do direito que tem por objeto a aproximação sistemática das instituições jurídicas de diversos países".

Não se cogita aí de perseguir um direito universal, mas é a partir daí que se poderá alcançar avanços pronunciados nesse norte. É a partir daí, esposando o raciocínio de Sarfatti, (19) que se pode extrair do conjunto de direitos diversificados um fio de idéias comuns que eventualmente sirvam para a futura elaboração de leis iguais entre Estados.

Para esse desiderato, há necessidade do concurso de outros canteiros do conhecimento, que se podem considerar auxiliares do Direito Comparado, ele embora sendo uma ciência auxiliar. Assim, a Filosofia Jurídica, por sua indispensabilidade em todos os setores do direito; a Sociologia Jurídica, a qual propicia o estudo do direito menos no aspecto filosófico estático do que como fenômeno social dinâmico, buscando harmonizá-lo com a vida naquilo em que, irmão da Economia e da Política, delas se descompassa; e a História do Direito, que é o repositório desvelador da origem das instituições e permite descobrir a razão dos sistemas jurídicos e o motivo pelo qual tais instituições tomaram diversa configuração.

De pronto precisa ficar bem claro que se não confunde o papel do Direito Comparado e o de sua ciência auxiliar, a História do Direito. E tanto é salientado por Del Vecchio: — "Quando se fala no subsídio da História é erro crer que a nossa ciência deva limitar-se a redigir um simples catálogo ou inventário dos costumes e das leis positivas. O Direito Comparado distingue-se da História precisamente porque, embora recolhendo e interpretando o maior número possível de dados históricos, dispõe-nos em ordem que não é meramente cronológica, porque confronta testemunhos e documentos homogêneos, mesmo quando provenham de épocas diversas e de povos distintos".(20) Guarda o Direito Comparado um desempenho que o excelso mestre chama de *metahistórico*. Outrossim, agora citando Glasson, "não basta comprovar que o direito de tal ou qual nação é semelhante ao nosso ou dele difere; é preciso também procurar as causas das semelhanças e dos contrastes". E acrescenta: "Para obter esse resultado, é indispensável pedir socorro à História". (21)

Não será demais repetir que, em face dos grandes princípios, há identidade entre todos os povos do Universo, independentemente de cultura e de meio geográfico. Semelhanças e identidades se observam nos direitos dos diversos povos, com ou a despeito de comunicação entre eles. E voltamos a evocar Del Vecchio: "É necessário notar também que, além dessas semelhanças que podemos chamar *nativas*, derivadas diretamente da comum natureza humana, há outras, que podemos chamar *dativas*, devido ao fato, igualmente

inegável, de que comunicações e 'recepções' de idéias e instituições jurídicas tiveram lugar algumas vezes em épocas distantes, e têm lugar com extensão crescente e freqüente, à medida que a evolução avança".(22) Daí é fácil desumir que a transfusão de preceitos jurídicos opera de modo mais penetrante, como é óbvio, quando se trata de povos de igual ou quase igual estágio cultural. Mas é certo também considerar que povos menos adiantados podem adotar de algum modo o que foi elaborado por outros mais adiantados.

Vejamus um exemplo. O pátrio poder, ou a autoridade do pai sobre o filho é universal; idêntico para assírios e babilônios, gregos e romanos, ameríndios e íncolas da Austrália, anglôfonos do *commom law* e europeus do Continente. Os desdobramentos dessa *potestas* é que, no tempo e no espaço, experimentaram esgalhamento, derivando desvios; assim, a menoridade, a perda do pátrio poder, o casamento, e mais devido ainda, desvios em face dos respectivos substitutos da emancipação, da tutela, do regime matrimonial de bens etc. Outra mostra oferece o instituto da propriedade, que tem o mesmo sentido para todos os habitantes da Terra que o praticam. São os desdobramentos desse instituto, como a aquisição e a perda, ainda mais fracionada na usucapião e no abandono, e mais nos direitos reais limitados (*iura in re aliena*), que conduziram às dessemelhanças legislativas entre sistemas.

Além do mais, se é da índole humana raciocinar de modo semelhante em torno de problemas correlatos, (23) por que não obteria, ou não obterá o homem, pela aproximação legislativa, aparando arestas, fazendo concessões mútuas, aproximar-se de um direito único?

É a busca dessa aproximação que será pessimismo ver como onírica; ambiciosa, talvez. No domínio das ciências exatas, o homem, movido por ambição natural, tem obtido prodígios da técnica. Por que tal não avançaria no domínio do direito? Pensar de modo negativo seria o mesmo que entender que a civilização está regredindo. Quem, no âmago da Idade Média, séculos XI e XII, pensaria em uniformizar como direito escrito as regras sobre o *empréstimo a risco*? Entretanto, instituto similar, temos hoje a Lei Uniforme sobre letras de câmbio. Essa, do mesmo modo como as convenções sobre o direito do trabalho, navegação e transporte, estatuto da mulher, regulamentos do estrangeiro e do apátrida, direito do mar e várias leis internacionais outras, são conquistas do Direito Comparado, e só por meio dele, com o emprego do método comparativo, lograram formulação e tem aplicação, pelo menos para um número considerável de povos, mesmo de sistemas jurídicos diversos.

A dificuldade com que esbarra a ciência comparatista está nesses grandes sistemas, (24) curiosamente praticados por povos do mesmo nível cultural. Estudando-os, veremos que, mesmo diversificados na base, não porém antagô-

nicos nos fins, muito já se tem obtido em unificação, ou aproximação, como se queira conceituar. E assim porque há inegavelmente um “fio condutor dos princípios comuns às legislações dos países de civilização igualmente adiantada”, como deduz Sarfatti. (25)

9. Temos, do quanto exposto, que da simples curiosidade sobre a legislação de outros povos, fase empírica, o Direito Comparado evoluiu para a fase da aproximação, imposta pelo comércio entre os povos, e palmilha presentemente pelo estudo científico, alicerçado pela História, o que, ainda impellido pela irrefreável intercomunicação, propicia a uniformização do direito.

Este método científico tem a denominação de *Etnologia Jurídica*, ou seja, o campo doutrinário do Direito Comparado dedicado ao estudo comparativo dos povos em sua evolução, para, por esse meio, chegar à afinidade existente nos direitos modernos.

A concepção hodierna do Direito Comparado, metodológica e científica, não eliminou o hábito da curiosidade pelas coisas alheias, ínsito das espécies; nem o método, instrumento da concepção científica, da comparação legislativa. Ela apenas ampliou e tornou científica a comparação. Parificou a comparação à investigação, fazendo-a recuar no tempo ao encontro das origens. Noutras palavras, transformou a comparação elementar, ou superficial, na investigação científica e aprofundada.

Em preciosa contribuição, o professor norte-americano R. B. Schlesinger expõe o que chama ‘núcleo comum’ dos vários sistemas jurídicos, apresentando-o como um novo campo do estudo comparativo, e propõe o método mais adequado para apontar os princípios comuns àqueles diferentes sistemas. Todos eles se originam de um mesmo ‘núcleo’ ou ‘denominador’, que constitui o ‘direito comum do gênero humano’. O método consiste basicamente em partir das divergências para as convergências, ao encontro da unidade básica, e então buscar um critério capaz de dissipar tais discordâncias. E tanto porque, como assinala o erudito professor, ‘na atualidade quase ninguém põe em dúvida a existência de alguma espécie de núcleo comum’. (26)

10. Se o Direito Comparado recebe o substancial nutriente da História, da Filosofia e da Sociologia jurídicas, ele é, repetimos, ciência auxiliar do direito em qualquer de seus campos, assim civil como penal e processual, notadamente do Direito Internacional Privado e do Direito Comercial. Basta dizer que os direitos muçulmano e chinês, ambos formadores de sistemas jurídicos distintos, aos poucos têm feito concessões ao sistema continental, ou romano-germânico, dele se aproximando em significativas áreas.

Os vários sistemas que se podem classificar no cosmo jurídico surgiram *ex uno* e são separados antes por contingência política do que por fator natural.

E se tal assim ocorre é porque a ciência do direito não está limitada pelo tempo nem pelo espaço, como preleciona Feuerbach, nome que deve ser guardado pelos estudiosos da nossa disciplina, porque é a ele a quem se deve a primeira formulação dos estudos do Direito Comparado, primeiramente nas aulas de sua Universidade e principalmente nos ensinamentos deixados em sua obra póstuma *Idee und Notwendigkeit Universal Jurisprudenz* — que traduzimos como ‘concepção e necessidade de formar um direito universal’.

Essa concepção, tanto quanto o desejo de voar, emulando os pássaros, que o homem perseguiu desde Ícaro até que afinal realizada, essa idéia de um direito universal é hoje mais que um desejo, uma necessidade, que será perseguida até o dia em que a quimera transformar-se em realidade.

NOTAS

(1) Todas as ciências e artes humanas prestam seu concurso ao Direito, porém algumas ressaem e mais de perto auxiliam a Ciência básica em seu desenvolvimento aplicativo; a saber: *Hermenêutica*, que oferece as regras para a interpretação; *Direito Intertemporal*, destinado a diluir os eventuais conflitos resultantes da entrada em vigor da lei nova em face de situações constituídas pela lei antiga; *Economia*, ou Ciência econômica, eixo em torno do qual gravita o quotidiano humano; *Medicina Legal*, contribuição da Ciência médica ao esclarecimento de fatos e atos jurídicos de natureza civil ou penal; e *Direito Comparado*, objeto deste excursão.

(2) SARFATTI, Mario. ‘Los primeros pasos del Derecho Comparado’, in Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Mexico, nº 40, pg. 29 *et seq.* México, 1961.

(3) DEL VECCHIO, Giorgio. ‘Las bases del Derecho Comparado y los principios generales del derecho’, in Boletín, cit., nº 40, p. 31, 33.

(4) Sem ser de atribuir a inclinação ideológica, porém a cincada jurídica, o Brasil oferece exemplos da espécie em dois corpos legislativos de alto relevo. Um, a Consolidação das Leis do Trabalho (1943), que, no art. 8º, manda aplicar, à falta de “disposições legais ou contratuais, a jurisprudência, a analogia, a equidade e outros princípios e normas gerais de direito, PRINCIPALMENTE DO DIREITO DO TRABALHO”. Outro, o Código Tributário Nacional (1966), que, no art. 108, estabelece a ordem sucessiva para a aplicação da legislação tributária, em caso de omissão e lacuna: analogia, princípios gerais de Direito Tributário, PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PÚBLICO e equidade. Esses dois dispositivos merecem o mesmo grau de crítica ao princípio contido no art. 12 do Codice Civile italiano (1942), ao estatuir que a omissão “si decide secondo i PRINCIPI GENERALI DELL’ORDINAMENTO GIURIDICO

DELLO STATO". Dar aos princípios gerais de direito uma pátria (vezo fascista) ou mesmo subordiná-los à classificação de públicos ou privados, ou a determinado ramo do direito, é o mesmo que conferir essa conceituação restritiva ao direito natural, com o que nenhum jurista concordará.

(5) DEL VECCHIO, op. cit., p. 31.

(6) Método arcaico de justiça privada, o *talião*, que, a rigor não é uma pena, mas um mensurador de pena, consistia em infligir ao ofensor o mesmo mal por ele causado ao corpo da vítima, constituindo portanto um princípio limitativo da vingança, de antanho sem limitação.

(7) JANOS TÓTH. 'Derecho Comparado en Europa Oriental', in Rev. da Comisión Internacional de Juristes; vol. 6, p. 2. Genebra, 1965.

(8) JOVIT, Viscount. 'As razões para o estudo do Direito Comparado', in Rev. Jurídica, da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ); vol. XVII. Rio de Janeiro, 1959. § Vem a propósito parafrasear HOLBACH, com sua conhecida sentença — "quem diz que só sabe direito não sabe direito" ('L'Interpretation de la loi sur les sociétés', p. 114; Paris, 1906), para afirmar: — quem diz que só conhece sua legislação não conhece legislação.

(9) ANSPACH (L.-E.-I) e COUTANCE (A.-M.). 'Dictionnaire de droit et termes juridiques anglais'. V^o *Trust*. Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence. Bruzelles, 1920.

(10) SARFATTI. 'Introducción al Estudio del Derecho Comparado'. Trad. del Instituto de Derecho Comparado, p. 2. Imprenta Universitaria. México, 1945.

(11) FALK, N. 'Encyclopédie Juridique'. Trad. da 4^a ed. por C.-A. Pellat; § 152. Edit. Gustave Thorel. Paris, 1824. Págs. 440 *et seq.*

(12) AMIAUD, Albert. 'Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe, de Amerique, etc.'. p. 10. F. Pichon, ed. Paris, 1884.

(13) Confessa Clóvis em a 'Nota Preliminar' da 2^a edição de seu livro, saído na Bahia, em 1897: "Já estava concluído o meu trabalho, quando me veio às mãos o novo cod. civil do império alemão. (...) Nada havia que alterar. Que adicionar sim, que havia".

(14) ANCEL, Marc. 'Utilité et méthodes de Droit Comparé'. Neuchatel, 1971. Há tradução em português, de Sergio José Porto (Fabris, Porto Alegre, 1980), única obra específica sobre Direito Comparado editada no Brasil, que nos conste.

(15) O Código de Direito Internacional Privado, mais conhecido como Código Bustamante, é o resultado da Sexta Conferência Internacional Americana, reunida em Havana, em 1928. O onomástico por que se tornou mais conhecido é homenagem a seu principal autor, o chanceler cubano Antonio Sanchez de Bustamante. Além de um Preâmbulo e de um Título Preliminar, cujo artigo 3^o classifica as leis em *pessoais*, ou de ordem pública interna, *locais*, ou de ordem pública internacional, e *voluntárias*, supletórias ou de ordem privada, o instrumento engloba 437 fontes dispostas em quatro Livros, com a seguinte matéria: *Livro I* — Direito Civil Internacional (Pessoas, Bens,

Modos de Adquirir, Obrigações e Contratos). *Livro II* — Direito Comercial Internacional (Comerciantes e Comércio em Geral; Contratos especiais de comércio, Comércio marítimo e aéreo; Prescrição). *Livro III* — Direito Penal Internacional, em título único. *Livro IV* — Direito Processual Internacional (Princípios Gerais, Competência, Extradução, Direito de comparecer em Juízo, Cartas rogatórias e Comissões rogatórias, Exceções que têm caráter internacional, Prova, Recurso de cassação, Falência e Concordata, e Execução de sentença proferida por tribunais estrangeiros).

O Código é a cristalização de numerosas conferências realizadas em várias capitais do Continente americano desde a segunda metade do século passado, a penúltima das quais no Rio de Janeiro, em 1927, quando Sanchez de Bustamante apresentou seu Projeto.

Participaram da Conferência de Havana quatorze países latino-americanos, além dos Estados Unidos, dos quais, afora esse, que se reservou futura adesão, apenas Equador e Venezuela não formularam reserva. O Brasil tomou reservas aos artigos 52 e 54, relativos, esse ao divórcio, e aquele, à prevalência da lei de domicílio do casal, para regular a separação de corpos e o divórcio, então repellido por nosso País, e ambas as reservas, hoje sem mais significado.

(16) SIDOU, J.M. Othon. 'Panorama actual del Derecho Civil mexicano'. Separata da Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Autonoma de Mexico. Tomo XI, ns. 43-44, p. 809-840.

(17) Os Estados Unidos não adotaram as Leis Uniformes Internacionais sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória, e Cheque. Mas prevalece em vários Estados da Federação, pelo menos no relativo ao cheque, norma protótipo do Estado de Nova Iorque.

(18) O Prof. Kurt H. Nadelmann, em estudo traduzido por Fernando Labastida para o *Boletín* del Instituto de Derecho Comparado de Mexico (n^o 48, p. 611 *et seq.*; 1963), sob o título 'Interpretación uniforme del derecho uniforme', oferece como exemplo o Código Uniforme do Comércio dos Estados Unidos, promulgado em Pennsylvania, 1952.

(19) SARFATTI, Mario. 'Introducción', cit., p. 72.

(20) DEL VECCHIO, Giorgio. Op. cit., p. 33.

(21) GLASSON, Emmanuel. 'Sur les rapports du droit français et du droit allemand', na Introdução à 'Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne', de Frederik Schulte; trad. de Fournier. Paris.

(22) DEL VECCHIO, *ibidem*.

(23) Numerosos institutos do remoto direito comprovam que o homem raciocina de modo semelhante em torno de assuntos correlatos. Vejamos alguns exemplos. O 'levirato', casamento obrigatório do irmão do morto com a viúva, a fim de assegurar a descendência, era prática a um só tempo de sumerianos, hebreus, egípcios, indus, caucasianos e povos da Oceania, segundo Hermann Post. A *potestas maritalis* tem no casamento *cum manu* e *sine manu* dos romanos e no *Muntehe* e *Friedelehe* dos germânicos, séculos antes das invasões nórdicas, muito de identidade. A execução

mediante a *manitio* do direito assírio guarda funda semelhança com a *manus iniectio* romana. A prática de lançar os condenados por certos crimes infamantes, do alto de um penhasco (rocha Tarpéia, em Roma; rochedo Yampéia, na Grécia) era comum também aos direitos de povos cuja existência seria inconcebível por uns e outros. O desmembramento, pelos credores, do corpo do devedor insolvente, objeto das XII Tábuas (*partis secanto*), é prática encontrada no velho direito escandinavo.

(24) Sem falar no sistema soviético esboçado a partir da revolução russa de 1917, visto com seus juristas sempre foram enfaticamente adversos ao Direito Comparado, e noutros sistemas de reduzida contribuição, as vertentes do moderno direito resumem-se no Sistema Continental europeu, no Direito Muçulmano e no *Common Law*.

Começando pelo menos influente, o *Direito Muçulmano*, ou Islâmico (palavra que exprime 'resignação à vontade de Deus'), provém do mosaísmo hebreu, irradiou-se da Ásia Menor para o Norte da África, durante séculos, dominou a parte setentrional da Península ibérica e vem sendo aplicado na quase totalidade dos países árabes. É considerado pelos doutrinadores um sistema jurídico em decadência; e assim parece ser, a partir de que, sobretudo com a queda do Império otomano, conseqüência da Primeira Grande Guerra (1914-1918), as pressões econômicas das potências européias sobre as diversas unidades árabes levaram-nas a absorver muitos princípios do Sistema Continental, ou dele se aproximar.

O *Sistema Continental* derivou de uma só fonte, o direito romano, ele próprio já penetrado pelas leis dos conquistadores. A despeito da queda do Império Romano do Ocidente, o direito dos vencidos, por influência da expansão do Cristianismo, propiciou o fenômeno da 'recepção', sendo sensato asseverar que, ao advento da Idade Moderna, toda a Europa Continental praticava os princípios do direito romano. Fatores diversos (o grande cisma do protestantismo, o ultraracionalismo germânico, a erupção legislativa começada com o Código Civil francês, sabida a ojeriza votada à legislação pela Escola Histórica) determinaram a fratura desse Sistema para dar lugar a uma família própria, a do direito romano-germânico, separado do ramo puramente latino, ou romano-latino, que é o nosso.

O *Common Law* resulta da desvinculação do Sistema Continental, determinada a partir da conquista da Inglaterra pelos normandos, com Guilherme, o Conquistador, duque de Normandia, no séc. XI, mais precisamente a partir de 1066. Um evento político, como tantos anteriores, que entretanto resultou na mais profunda cisão operada na ciência jurídica universal. É o sistema anglo-saxão, adotado nos países anglófonos, baseado nos *cases* (direito dos precedentes), na *equity* (correção dos *cases* com fundamento na equidade) e complementado pelo *statute law* (a pequena parcela do direito escrito emanado das leis elaboradas pelas Casas do Parlamento).

(25) SARFATTI, Mario. 'Introducción', cit.

(26) SCHLESINGER, Rudolf B. 'Il nucleo comune dei vari Sistemi giuridici: un nuovo campo di studi comparativi all'orizzonte', in *Rivista di Diritto Civile*, ano IX, nº 1, p. 68-81. Padova, Itália, 1963.