

As Funções da Legislação Comparada

Hoje, que a legislação comparada tomou na ordem dos estudos juridicos um grande desenvolvimento e uma altissima consideração, cumpre que façamos uma ligeira parada nessa marcha accelerada em que vamos, arrastados pela avalanche dos factos e documentos que affluem de todos os pontos cardeaes, e assignemos o verdadeiro posto dessa disciplina entre os outros ramos da jurisprudencia, determinando qual o seu fim, qual o seu objecto, qual a sua funcção.

Parecerá, talvez, estranho que indaguemos de qual deva ser o verdadeiro objecto da legislação comparada, quando ella fornece materiaes a annuarios e revistas de grande conceito scientifico (1), entra copiosamente nas obras

(1) *Annuaire de legislation étrangère*; *Bulletin de la société de legislation comparée*; *Jahrbuch der internationalen Vereinigung fuer vergleichende Rechtswissenschaft*; *Mittheilungen*, da mesma sociedade; *Zeitschrift fuer vergl. Recht. und Staawissenschaft*; *Journal of the Society of comparative legislation*, etc.

juridicas de nossos dias, saturando-as de luz, alargando-lhes os intuitos e consolidando-lhes os conceitos.

O facto, entretanto, não é novo ; antes, se reproduz na historia das sciencias do espirito e da sociedade. A politica, o direito, a sociologia, a psychologia e a propria philosophia sentem-se, a cada passo, obrigados a discutir as suas noções fundamentaes e o seu methodo, para atirar fóra o que, pelo attricto do tempo, se tornou imprestavel, e adquirir instrumentos novos, mais aperfeiçoados e mais efficazes.

Em relação ao direito comparado, é geralmente sentida a necessidade moral de fixar-lhe a orbita e determinar o contingente que delle se exige para auxiliar a intelligencia humana a solver os graves problemas da vida social.

Em 1900, reuniu-se em Pariz um congresso internacional de direito comparado, que se preoccupou especialmente de precisar-lhe o objecto escolher-lhe o methodo e, por assim falar, o levantamento desse vasto e fecundo campo de applicação das actividades mentaes.

E o sr. *Eduard Lambert*, propondo-se a expôr o *direito commun legislativo* em referencia ao regimen successorio, julgou indispensavel fazer previamente a analyse critica das diversas concepções do direito comparado, ás quaes oppôz a sua (2).

E' que, na realidade, já passou definitivamente a epocha dos estudos preliminares, da reunião dos elementos, do accumular dos materiaes. Muito ainda resta a fazer neste sentido ; mas, para que não desgarrremos num oceano de praias ignoradas, é preciso que assentemos

(2) *La fonction du droit civil comparé*, Pariz, 1.^o vol. 1903.

no rumo a seguir. A principio, não falando de algumas excepções geniaes (3), entendeu-se que a legislação comparada não era mais do que a exposição do direito estrangeiro.

Esta concepção deu nascimento, em França, á *Sociedade de legislação comparada*, que inestimaveis serviços tem prestado á sciencia do direito, com as suas publicações de leis e códigos estrangeiros, e, em outros paizes, suscitou a fundação de outras associações congeneres, egualmente benemeritas.

Nas legislações estranhas, buscavam-se esclarecimentos para as obscuridades do direito nacional, meios de completal-o em suas deficiencias e, como disse *Zitelmann*, recursos para o aperfeiçoamento da technica juridica.

Essa ordem de estudos não era estranha aos juristas brasileiros, mesmo antes de se crear, para as escolas de direito, uma cadeira de legislação comparada. As ord. 3, 64, a lei de 18 de agosto de 1769, § 9 e os estatutos da Universidade de Coimbra (28 de agosto de 1772) remettiam-nos para o estudo do direito romano e do *uso moderno*, para supprirem-se as lacunas do direito privado nacional, razão pela qual os nossos civilistas sempre se preocuparam com o conhecimento do direito exotico, ainda que o adquirissem limitadamente sem systema e escolha. A reforma do ensino juridico, creando uma cadeira de legislação comparada, só foi uma innovação, quando se comprehendeu que essa materia, como explicava o aviso de 16 de julho de 1894, constituia uma disciplina juridica autonoma, tendo objecto e methodo incon-

[3] E' o caso de *Aristoteles* e *Montesquieu*.



fundíveis com os das outras doutrinas ensinadas nas escolas de direito.

Nesta primeira phase, o direito comparado, ainda que encerrado em estreito circulo, fomentou a renovação juridica, porque, segundo pondera *Duquesne*, aquelle que sómente conhece a legislação de seu paiz pouco a pouco se habitúa com as suas faltas e propende a considerá-la perfeita. Ao contrario, um olhar para o direito estrangeiro mostra-nos, frequentemente, que outros povos encontraram, para os mesmos problemas que nos preoccupam, outras e melhores soluções, levantaram e resolveram questões que a legislação patria desconhece (4).

Já se inicia, com esse reconhecimento, um primeiro cotejo de legislações, que naturalmente leva o jurista a aprofundar mais a sua critica em relação ao direito nacional e a propôr adequadas reformas que, talvez, o legislador execute.

Insensivelmente, o estudo da legislação comparada se transforma, assim, num valioso instrumento da *politica juridica*, isto é da arte destinada a operar as transformações conscientes do direito de cada paiz. O seu objecto é, então, no dizer de *Saleilles*, (5) revelar o *dever social* do legislador, a acção que lhe cumpre exercer na transformação do direito para o pôr de harmonia com o interesse geral.

Em minhas *Licções de legislação comparada*, disséra eu anteriormente: «o legislador terá na legislação comparada um museu abundante e mesmo vasto laboratorio de experimen-

(4) *Jahrbuch der int. Vereinigung fuer vergl. R. W.*, VI und VII, p. 171.

(5) *Conception et object du droit comparé*, no *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 387.

tação indirecta, onde se poderá abeberar da lição fecunda da experiencia secular dos homens e dos povos, principalmente si não se limitar a estudar as disposições legislativas em abstracto, e, antes, perguntar á estatística e á historia quaes os resultados produzidos pela applicação das leis que examinar, que causas as determinaram, que estorvos embaraçaram seus efeitos beneficos, que auxiliares multiplicaram seu poder de acção». (6)

Emérico Amari, que os italianos consideram o fundador da sciencia do direito comparado, mas cuja obra não teve a divulgação merecida, talvez pela feição metaphysica e accentuadamente idéalista que apresenta, assignalou tambem esta funcção ao estudo comparativo do direito. (7)

Parece mesmo que este aspecto da legislação comparada foi o que mais larga e profundamente impressionou os espiritos, fazendo surgir uma série de estudos, admiraveis pela profundez, penetração e saber, acerca do que se concordou em chamar *politica legislativa ou politica juridica*. (8)

Por um erroneo desenvolvimento de idéas, a politica juridica chegou a suppôr que afinal desaparecera a antithese entre o elemento in-

(6) Primeira ed. Recife, 1893, pag. 14; 2.^a ed. Bahia 1897, p. 26.

(7) Conheço a obra de AMARI através da *analyses* carinhosa de ZUINO TODARO. (*Rivista di Legislazione comparata*, Palermo 1903, pags. 6 e segs.) Diz AMARI que a legislação comparada descobre a verdadeira fórmula da biologia juridica:—la potenza nel legislatore limitata dai rapporti fattori delle leggi, e due dei principi fondamentali della vita delle leggi, cioè la libertà regolata e la riforma indefinita.

(8) Algumas universidades já incluíram esta ultima disciplina nos seus programmas de ensino.

consciente e o elemento consciente do direito, com a eliminação completa do costume, de cujo logar e imperio se apoderou, como dominador absoluto, o regimen da lei escripta.

O sr. *Lambert* submete esse modo de ver a uma critica aprofundada e erudita, alcançando demonstrar que elle repousa numa dupla illusão: a crença de que as codificações immobilisam o direito e a supposição de que o regimen consuetudinario se caracteriza por uma total inconsciencia no metabolismo juridico. (9) O estudo que o douto jurista faz da natureza e da função das fontes extra-legislativas do direito e, em particular, do costume, é completo, exhaustivo e convincente. Ao lado do legislador, diz elle, subsistem, ainda hoje, como órgãos da politica juridica, comquanto num plano inferior, a jurisprudencia dos tribunaes, a pratica extra-judiciaria e a doutrina.

Destacando e criticando as diversas funções da legislação comparada, que acabam de ser apontadas, o sr. *Lambert* as considera insufficientes e superficialmente examinadas. No seu pensar, são duas as concepções especificas do direito comparado: o que elle denomina *historia comparativa*, que é um ramo de sociologia descriptiva constituindo, ao lado da sciencia da linguagem e da sciencia das religiões, a *sciencia do direito*, tomada a expressão no seu sentido tecnico e elevado; e a *legislação comparada*, que visa um fim pratico, sendo um dos órgãos de revelação e de applicação do direito. (10)

A *historia comparativa* do direito tem por

(9) LAMBERT, op. cit. pags. 109-112.

(10) LAMBERT, op. cit. pag. 914.

missão «descobrir, pelo estudo comparativo da série das relações de successão que existem entre os phenomenos juridicos, as causas que explicam essas relações, revelando, assim, ao jurisconsulto, as leis naturaes a que obdecem as manifestações da vida social, cujo conjuncto fórma o direito, mostrando-lhe o vinculo e a razão de ser das transformações da vida juridica, permitindo-lhe reconhecer que fórmas correspondem, em cada instituição, ás diversas phases do desenvolvimento social, aos variados regimens economicos. Assim comprehendida, a sciencia do direito comparado não poderia limitar o campo de suas investigações aos systemas juridicos, actualmente em vigor; deve naturalmente extendel-o aos systemas que regeram as sociedades já desaparecidas. A historia é inseparavel do direito comparado assim comprehendido.» (11)

A legislação comparada, propriamente dita, não é uma sciencia, é uma arte, tendo por fim «desprender, da confrontação dos systemas juridicos que compara, a parte commun de concepções e de instituições que nelles existe latente.» (12) A comparação aqui deve limitar-se ás legislações entre si apparentadas, sob pena de não dar resultados. Este é o problema que o sr. *Lambert* propõe-se resolver, destacando o *direito commun* entre alguns povos, ligados entre si por laços estreitos de educação commun, approximados pela acção de influencias historicas e economicas.

A tentativa de fixar o *direito commun europeu* é, agora, pela primeira vez, concebida pelo

(11) Op. cit., pag. 915

(12) Op. cit., pag. 918.

sr. *E. Lambert*, e tão fortemente aparelhado para a empresa se mostra elle com a sua erudição copiosa e solida, com os seus habitos de analyse percuciente, com a sua educação historica, juridica e philosophica, com o cabal conhecimento do assumpto, que, desde já, podemos ter certeza de que mais uma bella construcção se vae erguer no extenso e rico dominio da jurisprudencia.

Entretanto, a fundada esperanza de obter a mais abundante fructificação deste novo emprehendimento não nos auctorisa a excluirmos os outros resultados já colhidos e ainda esperados da *legislação comparada*, no sentido restricto em que o illustrado escriptor francez emprega a expressão. Ella continúa a ser um poderoso instrumento de politica legislativa, um auxiliar da technica juridica.

Saleilles (13) assigna á legislação comparada um fim mais elevado, qual é o de pôr em relevo *un direito commun da humanidade culta*, repousando «sobre a marcha comparativa de direito no conjuncto de sua evolução entre os povos civilizados».

Grandiosa empresa, sem duvida, a que nessas palavras se planeia; mas, como observa *Lambert*, é a sciencia e não a arte que é chamada a executal-a, e um dos embarços com que hoje luta o direito comparado é, precisamente, a confusão entre a parte scientifica e a parte pratica desta ordem de estudos.

Não se confunda esta idéa scientifica de generalisar, organisando, num todo systematico, as semelhanças que a comparação revela entre as legislações de um determinado grupo de

(13) *Le droit commercial comparé*, nos *Annales de Droit commercial*.

povos, com a pretensão utópica de alcançar a universalização do direito, ou mesmo a unificação parcial de um grupo de regimens jurídicos, idéa que seduziu o espirito ardoroso do illustrado professor da Faculdade de direito de S. Paulo, dr. *João Monteiro*. (14)

O pensamento de *Saleilles* é bem diverso. O que elle pede á legislação comparada é que saiba colher, nas malhas do methodo experimental, os principios basilares do direito, as fórmulas geraes que se reproduzem entre os diferentes povos cultos, e cujas semelhanças se escondem por baixo de uma espessa vegetação de institutos divergentes.

E nem é uma concepção original essa que nos apresenta *Saleilles*. Ha muito que a sciencia se orientára nesse sentido, visando uma generalização mais vasta, procurando desprender da infinita variedade das manifestações jurídicas, as construcções permanentes que constituem não simplesmente o direito dos povos cultos, nem o direito dos arianos em opposição ao dos semitas, mas—o *direito humano*.

São conhecidos, geralmente, os trabalhos de *Hermann Post*, collimando esse elevado escopo. (15) O plano grandioso apresentado e, em parte, admiravelmente executado pelo egregio pensador tudesco, é o seguinte: A sciencia geral do direito compõe-se de trez secções: 1.º, investigação psychologica da idéa do direito

(14) A *Universalização do direito*, S. Paulo, 1892. RAOUL DE LA GRASSERIE também acredita na possibilidade de unificar-se, definitivamente, o direito, não de todos os povos, pelo menos, dos que adquiriram a mesma cultura. (*Jahrbuch der int. Vereinigung fuer vergl. R. W.*, VI-VII, pag. 348.)

(15) Vejam-se especialmente, *Grundlagen des Rechts*, 1884; *Allgemeine Rechtswissenschaft*, 1891; *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 2 vol., 1894-1895.

na consciencia dos individuos ; 2.º, estudo do direito como aspecto da vida social humana ; 3.º, exame da connexão entre a consciencia juridica individual e o direito em sua fórmula de regimen da vida social.

Limitando-se á segunda parte da sciencia geral do direito e pretendendo apenas reunir e elaborar os materiaes necessarios ás altas construcções a que ella se propõe, o infatigavel trabalhador intellectual estendeu as suas investigações a todos os povos da Terra, quer ainda existentes quer já desaparecidos.

Depois de apreciar o valor das diversas fontes da sciencia geral do direito, decisões, sentenças, direito consuetudinario, leis e codigos, passa e indicar o modo de pô-las em ordem e condição de funcționarem. Esta operação consiste na pesquisa das causas que determinaram o apparecimento das varias fórmulas da vida juridica.

E' a *historia* que nos vae mostrar em cada povo, pela evolução dos institutos e das normas, que manifestações juridicas primeiro emergiram do cháos primitivo, quaes as que desapareceram na voragem do tempo, quaes as que suscitaram o apparecimento de outras, e, por este modo, fornecerá, ao investigador, dados muito positivos para a vinculação causa dos phenomenos juridicos de cada grupo social.

Ultimada esta investigação historica, ainda não está conhecido o encadeiamento casual das fórmulas da vida juridica. Assim como a philologia comparada conseguiu reunir diversos grupos de linguas, mostrando que nada mais eram todas ellas do que ramificações de uma lingua primitiva, por intermedio da *legislação comparada*, seguindo a mesma trilha, fixam-se as mais

características analogias jurídicas entre os povos do grupo aryano, greco-italianos, germanos, slavs, celtas, iranianos, hindús, etc.

A este methodo, que une a historia á comparação, vem juntar-se o da ethnologia comparada, que, fundada em documentos numerosos e irrefutaveis, demonstra como certas manifestações da vida social se repetem entre muitos povos da Terra, qualquer que seja a raça a que pertençam, qualquer que seja o ponto do Globo que habitem. Por esta fôrma, a investigação das causas determinantes da phenomenologia jurídica, alarga-se de modo consideravel, e, assim como transpuzêra as fronteiras de cada paiz, para estender-se até ás lindes dos vastos grupos ethnicos, agora rompe estas linhas de limites e tenta audaciosamente abranger o conjunto do direito de todos os povos da Terra.

Ainda estamos distanciados desse alvo, sem duvida, e muito ; mas vae a sciencia marchando para elle com energia e confiança. Pela classificação dos institutos parallellos entre povos antigos e modernos, já pôde a jurisprudencia ethnologica apontar fôrmas jurídicas que se reproduzem por todos os agrupamentos humanos, outras que se encontram em grande numero delles sem attingirem á universalidade, e, finalmente, algumas que são creações peculiares, idionomicas de um povo ou de um grupo de nações. (16)

Esta universalidade de fôrmas ou principios não importa immutabilidade. Ao contrario, normas e institutos juridicos estão ligados ás modalidades da vida social, nascendo e morrendo

(16) Veja-se, especialmente o capitulo 3.º da *Allg. Rechtswissenschaft* :—*Die Bearbeitung des Rechtsquellen*

com ellas. Nesse admiravel livro, a *Jurisprudencia ethnologica*, Hermann Post mostrou como a fórma de organização social, a que elle dá o nome de *Geschlechterfassung*, determina em todos os povos o desenvolvimento de certos institutos que todos desaparecem, quando ella se desmantela para ceder o passo á organização de outra categoria.

Menos exhaustivamente, porém de modo a deixar bem firmada a persuasão, outros estudiosos teem percorrido outros dominios, reconhecido identidades, destacado permanencias, indicado tendencias e direcções. Si Post explorou, como nenhum outro, o lado social da vida juridica, podendo de suas informações tirar-se a conclusão de que as semelhanças juridicas, inexplicaveis historicamente pela transmissão hereditaria, pelas conquistas, pela recepção ou pela imitação, resultam da identidade da estrutura social em seus fundamentos; outros, como Kohler, investigaram, pacientemente, nas manifestações juridicas, o elemento psychico, a face que se reflecte no mar obscuro da consciencia humana. As perquisições de direito comparado, desenvolvidas com muita acuidade mental por esse denodado jurista, são vantajosamente conhecidas no mundo pensante, e os resultados geraes a que chegou fôram com muita felicidade condensados em um bello e succinto discurso, proferido o anno passado perante a *Sociedade de legislação comparada e economia politica*, de Berlim. «Entre o direito e a vida psychica dos povos, diz Kohler, existe a mais intima conexão. Póde-se affirmar que a historia da jurisprudencia é uma especie de psychologia retrospectiva. E quando mais longe remontamos na historia da humanidade, tanto melhor com-

prehendemos como os impulsos d'alma tendem a crear uma situação juridica.» (17)

O pavor suscita o sentimento religioso no homem primitivo, para quem o universo está povoado de espiritos poderosos e crueis que exigem sacrificios de vida e liberdade, submettendo os miseros mortaes a um certo numero de preceitos rigorosos. E um systema juridico surge completo, apresentando feições semelhantes entre os povos mais differentes.

Mas o homem, apesar do seu mysticismo, sente-se um joguete nas mãos dos espiritos implacaveis e procura na união, cada vez mais dilatada, com os seus semelhantes, fazer-se forte e adquirir tranquillidade. E' o tempo dos casamentos por grupos e do totemismo, de onde abroilharam fôrmas superiores de organização social.

Preparado, robustecido pela vida em sociedade, o individuo affirma-se, afinal, como força autonoma. Porém de novo o empolgam a religião e a sociedade sob outras fôrmas, com outros impulsos, enovelando-se as tres idéas, cujas energias propulsivas constituem o progresso humano e cujas oscillações mudam o aspecto dos estados de cultura: a sobrenatural, a social e a individual. (18)

Percorrendo as linhas geraes da evolução do pensamento e da actividade humana, conclue *Kohler*: «Não foram, portanto, a fome e o amor que crearam o direito. Crearam-no principalmente: o sentir indefinido do homem, que conduz a mente ao supernaturalismo; o instin-

(17) *Vitteilungen der Int. Vereinigung fuer vergl. R. W.* october, 1904, pag. 375: *Die Grundlagen des Rechts*.

(18) *Mitteilungen* cit. pag. 377.

cto social; e, por fim, a ambição do poder por parte do individuo, o goso inebriante de ter os outros debaixo de seu imperio.» (19)

E' por esse caminho que podemos determinar a marcha geral da evolução do direito humano, as causas efficientes de suas transformações, as suas modalidades sociaes e as reacções psychicas. Obteremos, assim, mais do que simples tendencias, porque assignalaremos o encadeiamento dos factos no passado e no presente e poremos em relevo as permanencias geraes.

Olhado o problema por esse angulo, não é o restabelecimento do direito natural que se levanta deante dos olhos do investigador, mas a generalisação, inductivamente obtida, pelos processos scientificos, do phenomenismo juridico.

Entendida por esse modo a idéa de principios universaes do direito, idéa que não pretende estancar as fontes productivas da legislação nos diversos Estados do mundo, nem submeter a regras identicas as agremiações humanas que teem necessidades, aspiração e cultura diversas, deve ser o alvo mais elevado que tenha em mira a sciencia do direito comparado. Universalidade, no sentido da generalisação de certas normas, ou mesmo na accepção de persistencia de certos principios e tendencias, não quer dizer immutabilidade; quer, apenas, significar que certas acquisições do pensamento humano já se pôdem considerar definitivas emquanto subsistirem as fórmulas de organização social conhecidas, pois que o direito é uma criação humana, um producto da vida social, um re-

(19) *Mitteilungen* cit. pag. 377.

vestimento das relações da vida em comum.

Já me referi á *Geschlechtsverfassung*, de que trata *H. Post*, expondo as normas e institutos que essa organização de caracter pessoal determina por toda a face da Terra. Recordarei mais que em toda sociedade humana, o parentesco é fonte de relações jurídicas, relações tanto mais numerosas e extensas quanto mais forte se mostrar a organização familiar; que o sexo e a idade determinam, nos diversos systemas juridicos até hoje existentes, modificações da capacidade civil que, entre si, offerecem consideravel analogia; que a *couvada* apparece em toda parte, num dado periodo de cultura; que egualmente universal é o costume do *levirato*; que a vindicta particular dos parentes precedeu a composição e a pena imposta pela auctoridade publica; que as penas de decapitação, garrote, enforcamento, e outras egualmente crueis como a de prender o corpo á cauda de cavallos bravios ou a carros em disparada, são mais geraes do que se imagina; que quanto mais primitivo é o processo, tanto mais formalista. Estes e outros pontos fixados pela historia comparada, os quaes se pôdem ver principalmente em *Post* e em *Nöhler*, fazem brotar a convicção de que o apparelho juridico se move segundo regras universaes.

Si me fosse permittido, lembraria tambem as *leis de expansão e reforço*, para as quaes tive ensejo de chamar a attenção dos doutos, pois cada vez mais claro me parece que a evolução do direito se vae effectuando: *a)* pelo reconhecimento de um numero de mais em mais avultado de direitos attribuidos a cada pessoa; *b)* pelo alongamento progressivo das garantias juridicas, que

são concedidas a um maior numero de pessoas;
c) pela segurança sempre crescente dos direitos reconhecidos. (20)

Não é possível naturalmente construir um corpo de leis concreto e vivo para applicar-se a toda a humanidade culta. Tal utopia é irrealisavel e contraria aos dados da observação scientifica; porém é possível acompanhar o desenvolvimento geral do direito, destacando-lhe os factores, apontando-lhe as aquisições permanentes, indicando-lhe as tendencias e mostrando o alvo a que se dirige o pensamento juridico humano, que não é naturalmente o sentimento mystico do *amor*, o phanal immutavel que nos propõe *Petrazycki*, porém a justiça em toda a sua extensão e profundidade, condição de vida para a sociedade, garantia e liberdade para o individuo.

Clovis Bevilacqua.



(20) *Criminologia e direito*, p. 195 e segs.