



O desenvolvimento do estudo da legislação comparada

I

A applicação do methodo comparativo ao estudo do direito já tem uma historia bem longa. Quando no seculo IV, antes de Christo, quiz Aristoteles construir alguma cousa de solido em relação á politica, procedeu como havia procedido em historia natural. Colligiu todos os materiaes ao seu alcance, reuniu cento e muitas constituições de povos hellenos e italiotas, confrontou-ás com os resultados das especulações philosophicas de PLATÃO, de XENOPHONTE e de outros grandes observadores que haviam meditado sobre a vida social, e escreveu a sua *Politica*, que é, ao mesmo tempo, a primeira applicação do methodo naturalista ao direito e o primeiro estudo de legislação comparada, de que resta memoria.

Os romanos, quando quizeram preparar a sua primeira codificação, a lei das XII taboas, diz a tradição que enviaram emissarios a diversos paizes da Grecia, afim de estudarem a legislação desses povos. Qualquer que seja a interpretação que demos a esse facto referido por TITO LIVIO, parece indicar elle

claramente que já então os homens de valor comprehendiam a vantagem de estudar-se o direito estrangeiro. Tambem de LYCURGO se conta que andou pelos paizes visinhos colhendo a licção da experiencia, antes de emprehender a reforma da legislação de Sparta.

Passam-se os seculos, não sem que o confronto das instituições de povos differentes tivesse despertado a attenção de muitos e servido de assumpto ás suas cogitações, porém, certamente sem que se fizesse um estudo systematico de legislação comparada. E' com o insigne MONTESQUIEU, no seu immortal *Espirito das leis*, que apparece uma tentativa mais séria e mais fecunda dessa nova ordem de estudos. Mas ainda MONTESQUIEU, apesar do alto poder de seu ingenho, não fez mais do que descortinar os vastos horisontes que deviam ser o campo das explorações fecundas de seus successores. Entre esses successores, cumpre destacar a gloriosa figura do infatigavel HERMANN POST roubado aos seus labores quando havia apenas construido uma parte do vasto edificio que a sua poderosa intelligencia havia planeado. Ninguem levou mais longe o estudo da legislação comparada, e o que elle nos deixou, embora não terminado, ostenta a grandiosidade dos monumentos do oriente e a solidez das obras destinadas á perpetuação de uma forma definitiva do pensamento humano.

Abriu-se, com o valoroso jurista allemão, uma era nova para a sciencia do direito, na qual essa ardua disciplina se reconstitue pelo methodo experimental, tomando por base directa o estudo historico e comparativo.

Na Allemanha, na França, na Inglaterra, na Italia se fundam revistas e associações com o intuito

especial de estudar a legislação comparada. (1) Tomou tal brilho e extensão o movimento que RAOUL DE LA GRASSERIE, em um substancioso estudo publicado no ANNUARIO da Sociedade berlinense de legislação comparada, declara que o direito é simples conhecimento, mas a legislação comparada é uma verdadeira sciencia. (2)

LAMBERT, um dos proceres da sciencia do direito comparado em França, exprime-se em termos equivalentes: « De todos os instrumentos susceptíveis de ser empregados na procura das soluções juridicas mais conformes ás exigencias actuaes da equidade e da utilidade social o menos imperfeito e o mais geralmente utilisavel é o direito civil comparado. (3)

Influenciado por esse impulso progressivo que vae norteando a jurisprudencia em nossos dias, o illustre TODARO DELLA GALLIA (4) procura concitar o governo de seu paiz para que se não descure de facilitar, na idolatrada terra italiana, o incremento do estudo do direito comparado, creando, nas universidades italianas, pelo menos, duas cadeiras especiaes,

(1) Citemos, na Allemanha, a Sociedade internacional para o estudo do direito comparado e da economia politica (*Internationale Vereinigung fuer Vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*) que publica um *Annuario*, além de boletins e contribuições; na França, a *Sociedade de legislação comparada* (*Société de législation comparée*) que tambem edita um precioso *Annuario de legislação estrangeira* e boletins regulares, presidindo alem disso á publicação de codigos e leis estrangeiras; na Inglaterra, a *Society of comparative legislation* e o *Journal of comparative legislation*. Na Italia pode ser destacada a *Rivista de diritto internazionale e di Legislazione comparata*. E muitas outras revistas se podiam ainda lembrar, quer nesses paizes, quer ainda em outros.

(2) *Jahrbuch der int. Vereinigung fuer vergleichende Rechtswissenschaft*, vols. V e VI (1903) I Abtheilung: *Begriff und Wesen der vergl. Rechtswissenschaft*, trad. A. Lehmann.

(3) *Fonction du droit civil comparée*, Paris 1903, I, p. 45.

(4) *Lo stato presente degli studii de legislazione comparata in Italia*, Palermo, 1902; *Dell insegnamento della legislazione comparata*, Palermo, 1903.

uma para a comparação do direito privado e outra para a comparação do direito publico, ⁽⁵⁾ e instituindo uma secção permanente de legislação comparada, annexa ao ministerio da justiça, á similhaça do que existe em França. Esse gabinete de legislação comparada deverá acompanhar o movimento legislativo e juridico-scientifico na Italia e no estrangeiro; recolherá e coordenará as leis e os codigos estrangeiros comparando-os para formular, quando parecer opportuno, as modificações e innovações a introduzir na legislação italiana; prestará, emfim, outros serviços ao Governo e ao paiz preparando as bases scientificas das reformas legislativas.

Seria talvez opportuno que tambem se tractasse entre nós de introduzir um melhoramento similhante; por isso recommendo aos legisladores de minha patria o projecto formulado pelo distincto professor de Palermo, o qual viria certamente, si fosse convertido em lei, dar um impulso vigoroso ao progresso do direito como sciencia e como lei, pois, segundo excellentemente pondera DUQUESNE, aquelle que conhece sómente a sua legislação habitua-se, pouco a pouco, com as suas faltas e se inclina a considerala perfeita; e um olhar sobre o direito estrangeiro mostra-nos que outros povos encontraram, para os mesmos problemas que nos preoccupam, outras e

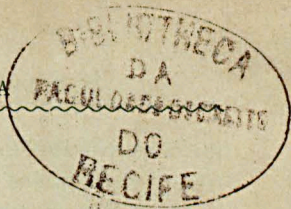
⁽⁵⁾ Segundo refere TODARO DELLA GALLIA as cadeiras de legislação comparada ora são geraes, como em Londres, Cambridge, Oxford, Lousana e Genova; ora têm por campo o direito privado como em Lund, Zurich, Napoles, Madrid e Manilha; umas vezes se occupam do direito publico, tal como as de Paris, Luvain e Napoles; outras vezes se restringem ao direito administrativo e á sciencia da administração, tal como as de Londres, Paris, Tokio e Genebra; aqui é o direito civil que se compára (Paris, Bordeaux, Gand, Genebra e Louvain); ou o direito commercial (Paris e Liège), além é a historia das instituições (Tokio). Destas indicações se vê que é em França que maior quinhão têm dado as organizações universitarias ao estudo da legislação comparada. Veja-se tambem *Lambert, op. cit.*, p. 46, nota 3.

melhores soluções, propuzeram e resolveram questões que a nossa legislação desconhece. » (6) Uma comissão encarregada de expôr systematica e regularmente o movimento legislativo do mundo culto aos olhos do Governo e do Congresso teria a missão de apontar-lhes as deficiencias do nosso direito e o modo por que, segundo a experiencia fornecida por outros povos, podiam ellas ser preenchidas. Este é o fim pratico, immediato. Além disso, as collecções, trabalhos, notas e confrontos da comissão, offereriam precioso cabedal para o desenvolvimento do estudo de direito comparado nas faculdades de direito. Finalmente, pondo ao alcance dos estudiosos esses materiaes, concorreria o Estado para que podessem elles, pela comparação dos institutos existentes nos paizes cultos, encontrar os principios fundamentaes da organização social e da disciplina juridica.

Emquanto a Italia não organisa essa repartição annexa ao ministerio da justiça, vão os juristas colhendo, como podem, os materiaes necessarios para a construcção scientifica, e entre os mais operosos se destaca DELLA GALLIA, auctor dos opusculos a que me estou referindo e traductor do conceituado *Codigo dos Bens* para o principado de Montenegro.

Foi para satisfazer a uma amavel solicitação do egregio collega Palermitano que redigi as ligeiras notas que se seguem, nas quaes procurei, em traços rapidos, succintamente como ordenava a conveniencia, mostrar a parte que deve ser assignalada á legislação comparada, no estudo do direito entre nós. Embora ligeiras essas notas, e despidas de interesse para o nosso meio, pois que expõem idéas e factos de conhecimento vulgar, entendi que deviam ter ingresso neste annuario.

(6) *Jahrbuch* cit. p. 171: *Der Nutzen des Studiums im Auslande fuer Juristen und Nationalekonomen.*



II

Estado actual dos estudos de legislação comparada no Brazil

No Brazil o estudo de legislação estrangeira é imposto, desde muito, pela necessidade, em que se acham os applicadores da lei, de obedecer a uma injuncção do velho codigo portuguez de 1603, que, ainda hoje, é a fonte principal do direito civil brasileiro, e o será emquanto não possuirmos um codigo civil. Parece que não está longe o dia da promulgação desse corpo de leis, pois o *Projecto de codigo civil brasileiro*, approved pela camara dos senhores deputados, se acha em estudos no Senado, desde o anno passado.

Mas quem pôde prever a marcha que as cousas tomarão e o destino que espera afinal esse *Projecto*?

A determinação do codigo philippino, a que me referia em começo, quer que os conflictos juridicos se resolvam segundo as leis, e, na falta destas, pelos estylos de julgar e pelo direito consuetudinario. Si o caso, porém, não tiver sido previsto pelas leis nem pelos costumes, nem pela praxe de julgar, ordena o citado codigo (liv. 3, tit. 64) que se recorra ao direito romano. Fala ainda o codigo philippino no subsidio do direito canonico, mas essa referencia perdeu todo o interesse pratico, por ser o direito brasileiro essencialmente leigo depois da proclamação da Republica.

O direito romano, para ser applicavel á solução das pendencias juridicas ha de mostrar-se conforme á boa razão (Cod. phil. 3,64 *in fine*). [7] A lei de 18

[7] «As quaes leis imperiaes mandamos somente guardar pela boa razão em que são fundadas».

de Agosto de 1769, § 9, explicando o que se deve entender pela bôa razão jurídica, declarou que os preceitos do direito romano: 1.º deviam ser afastados quando se fundassem em superstição ou costumes particulares do povo romano; 2.º, deviam ser ainda afastados nas materias politicas, economicas, mercantis e maritimas, por serem mais valiosas as regras a respeito estabelecidas pelas nações christãs; 3.º, no direito civil tinham valor somente pelos principios geraes de moral e equidade que contivessem.

Estes esclarecimentos eram pouco satisfactorios. Por isso a lei de 28 de Agosto de 1772 (*Estatutos da Universidade de Coimbra*) offereceu uma regra mais segura para saber-se quando o direito romano se conforma com a bôa razão:—São conformes á bôa razão as leis romanas acceitas pelo uso moderno.

«Tal é o caminho *plano e curto* que os dictos *Estatutos* ensinam para vir no conhecimento, si as leis romanas são fundadas na bôa razão», exclama CORREIA TELLES, (8), não sem certa ironia.

Pelo que se vê, o direito romano, como subsidiario do civil patrio, ha de ser aferido pelo uso moderno. Tanto importa *exigir o estudo da legislação dos povos cultos que receberam o direito romano*, ou por outras palayras, eis como é indispensavel, no Brazil, o estudo da *legislação comparada sobre o direito privado*. E como, para as materias politicas, economicas, mercantis e maritimas, são preferidas as leis das nações christãs, illuminadas e polidas, que com ellas estão resplandecendo na bôa, depurada e sã jurisprudencia, a necessidade da legislação comparada se estende ao direito commercial e ao publico. Em relação ao processo federal, o dec. n. 848 de 1890,

(8) *Commentario critico á lei da boa razão*, in *Auxiliar Juridico*, p. 459, 2ª col.

art. 387, 2.^a parte, nos diz que lhe serão subsidiarios os *estatutos dos povos cultos e espccialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity.*

Esta feição do direito patrio não podia deixar de reflectir-se na organização do ensino do Direito entre nós. Já fiz menção dos Estatutos da Universidade de Coimbra onde se lê esta recommendação aos professores: « indagarão o uso moderno das mesmas leis romanas entre as sobredictas nações que hoje habitam a Europa ». As Faculdades de direito, creadas no Brazil depois da independencia, mantiveram essa orientação, porque as leis portuguezas, anteriores a 25 de Abril de 1821, continuaram a vigorar no Brazil, segundo as determinações da resolução de 20 de Outubro de 1823, art. 1.

Assim é que os primeiros estatutos organisados para o curso juridico fundado no Rio de Janeiro em 1825 recommendavam o estudo *Jurisprudencia analoga das nações polidas* (9).

O dec. de 19 de Abril de 1879 que instituiu entre nós o ensino livre, estabelece, no seu art. 23 § 5.º, que o *estudo do direito constitucional, criminal, civil, commercial e administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação patria com a dos povos cultos.*

Já não era somente para o fim de conhecer a bôa razão dos preceitos do direito romano e preencher as lacunas do direito patrio que se exigia do estudante o exame das legislações estrangeiras, e sim tambem como meio de alargar os conhecimentos dos jovens cultores do direito e preparal-os para as

[9] Dec. de 9 de Janeiro de 1825 ; CANDIDO DE OLIVEIRA, *Legislação comparada*, pr. 2.

espinhosas missões de juizes e legisladores de sua patria, pois nessa qualidade necessitariam de conhecer os monumentos legislativos dos povos cultos para esclarecimento e aperfeiçoamento do direito nacional.

A evolução accentuou-se neste sentido com o dec. de 17 de Janeiro de 1885 que instituiu, pela primeira vez entre nós, uma cadeira especial de *legislação comparada sobre o direito privado*, collocando-a, infelizmente, no curso de sciencias sociaes, e, portanto, desligando-a das sciencias juridicas que lhe deviam servir de base. Este decreto, aliás, não teve plena execução, de modo que somente depois da Republica, com o dec. de 2 de Janeiro de 1891 é que se inauguraram as cadeiras de legislação comparada sobre o direito privado nas faculdades de direito do Brazil.

Este ultimo decreto ainda mantém a cathedra de legislação comparada no curso de sciencias sociaes, entendendo a principio o governo que os alumnos que tivessem feito o curso de sciencias juridicas estavam desobrigados de prestar o exame dessa nova materia, sob o fundamento de terem estudado o direito civil e o commercial comparando a lei patria com a estrangeira (10).

O auctor destas linhas apresentou uma reclamação contra este modo de ver, a qual obteve o apoio da Congregação da Faculdade de Direito do Recife e o favor do ministro de então, Dr. Cassiano do Nascimento. O ministro attendendo ás razões de ordem theorica e doutrinaria apresentadas, e tambem a uma interpretação do regulamento mais consentanea com o movimento evolutivo do direito, revogou o aviso anteriormente citado, na parte em que dispensava

[10] Aviso de 7 de Novembro de 1891.

aos estudantes que quizessem seguir o curso juridico e o social, a matricula na cadeira de legislação comparada.

Em 1895 restabeleceu-se a unificação dos cursos professados nas Faculdades de direito da Republica (dec. de 30 de Outubro), e a nossa disciplina, que já era materia obrigatoria de exame, obteve uma collocação mais apropriada no quinto anno do tirocinio academico. Nessa mesma situação a manteve a ultima reforma realisada pelo Dr. Epitacio Pessôa, quando ministro dos negocios interiores (dec. de 12 de Janeiro de 1901).

E' de esperar que, attendendo ao grande desenvolvimento e á importancia que, nos centros cultos, vae tendo o estudo da legislação comparada, uma proxima reforma venha crear ao lado da cadeira de legislação comparada sobre o direito privado, uma outra que tenha por objecto o confronto das disposições legislativas dos diversos povos a respeito do direito publico.

Actualmente possui o Brazil dez Faculdades de direito, sendo duas federaes, uma no Recife e outra em S. Paulo. Todas essas escholas de direito, modeladas pelos regulamentos da União teem uma cadeira destinada ao ensino da materia de que tractamos.

Si volvermos os olhos para a litteratura juridica, veremos que o exame do direito estrangeiro preoccupava, sem duvida, os juristas a que costumamos dar o nome de *reinicolus*, como se reconhecerá abrindo os trabalhos de LOBÃO, GOUVEIA PINTO, COELHO DA ROCHA, mas reconheceremos, ao mesmo tempo, que essa ordem de estudos adquiriu, nos dias que correm, muito maior extensão. Não é somente o direito privado, civil e commercial que se procura esclarecer pelo confronto dos codigos estrangeiros;

é o direito criminal exposto por JOÃO VIEIRA, LIMA DRUMOND, VIVEIROS DE CASTRO, e é o direito constitucional explanado por JOÃO BARBALHO, RUY BARBOZA e VARELA.

Nos trabalhos forenses occupa uma grande extensão o subsidio que os advogados procuram colher do direito alienigena, e é de justiça reconhecer que eruditas monographias teem apparecido entre esses escriptos de circulação limitada, como são, por exemplo, as do Dr. AMPHILOPHIO.

A litteratura especial e expositiva da legislação comparada é que ainda não pode apresentar uma extensa lista de obras. Creio que apenas se podem incluir nesta classe os seguintes livros: *Universalisação do direito* pelo Dr. JOÃO MONTEIRO, notavel professor da Faculdade de S. Paulo, a quem coube inaugurar o curso de legislação comparada naquelle estabelecimento de ensino, na ausencia do cathedra-tico; *Resumo das lições de legislação comparada*, pelo escriptor destas linhas; *Curso de legislação comparada* pelo Conselheiro CANDIDO DE OLIVEIRA, professor da cadeira respectiva na Faculdade livre de direito da cidade do Rio de Janeiro.

Recife, 18 de Abril de 1903.

CLOVIS BEVILAQUA.

