



Importancia da Legislação Comparada

Si a Legislação é o complexo de todas as prescripções juridicas de um povo e si a Comparação é o processo pelo qual o espirito, analysando as cousas, procura descobrir as semelhanças e differenças que existam entre ellas, a Legislação Comparada me parece dever ser a Sciencia que tem por objecto immediato conhecer as semelhanças e differenças entre as leis de um povo e as dos outros povos com o fim de ensinar o que é melhor á segurança da ordem e á effi-
cacia do progresso das sociedades humanas.

A Comparação é que faz se destacarem as superioridades e inferioridades, as vantagens e desvantagens, as opulencias e miserias das instituições de certos paizes com relação as dos outros.

E si a Legislação Comparada não visasse por fim o alvo superior de aproveitar os resultados do confronto para proporcionar medidas

que tendam a preencher lacunas, a eliminar irregularidades, a esclarecer pontos duvidosos, a prever casos novos, a suavisar asperezas ou a reforçar fraquezas, de maneira que as condições sociaes se tornem, em toda parte, cada vez mais favoraveis á expansão das actividades e ao bem estar dos individuos, a mim se me figura que o estudo della não compensaria o esforço que requer.

Sim, de certo.

Examinar a historia, procurar, subindo no curso do tempo, o fio conductor que nos ha de levar ás raizes dos institutos actuaes, vir de lá seguindo as transformações porque elles tem passado entre os diversos grupos até hoje, sob as influencias de clima, alimentação, cruzamento de raça, condições materiaes de vida, cultivo intellectual, hábitos guerreiros ou pacificos, etc., perder tempo e energias na Comparação dos Codigos, somente para ornamentação do espirito ou poder exhibir em qualquer momento o luxo da erudição, penso, seria trabalho vão.

«Nestes ultimos dias da civilisação—pondera com razão Herbert Spencer (1)—vemos que no tocante ao vestuario dos homens, as condições de apparencia tem cedido o campo ás de conforto; ao mesmo tempo que, na sua educação, o util tem ultimamente cortado no ornamental.»

No presenté, a medida que certas illusões se desvanecem, certas convicções se firmam e a vida se nos mostra finalmente, como deve ser—a grande cousa—a que devemos dedicar todos os esforços para tornal-a menos má, menos desigual, menos dependente das fatalidades da natureza, como do arbitrio dos homens.

(1) A. Educação.

E quero crer que foi sempre essa intuição que se teve da Legislação Comparada, pois a Historia me conta que, desde os antigos, os homens encarregados de reformar as instituições de sua patria viajaram por plagas estrangeiras ou procuraram dalli mesmo instruir-se sobre o que estas haviam produzido de mais digno para ser adoptado.

E' assim, por exemplo, que Plutarco (2) nos diz, falando de Lycurgo :

«Il partit donc et il alla d'abord en Crète.

Il observa avec soin les institutions du pays et il conversa avec les personnages les plus en renom.

Il approuva fort quelques unes de leurs lois et il les recueillit pour en faire usage quand il serait de retour à Sparte.

De Crète, Lycurgue fit voile pour l'Asie.

Les Egyptiens croient que Lycurgue a aussi voyagé chez eux».

E' assim, por exemplo, ainda, que Edouard Cuq (3) nos refere, com relação á Lei das XII Taboas :

«L'influence de la Grèce sur la redaction des Douze Tables est attestée por le temoignage unanime des historiens. Ils l'expriment disant que le premier resultat de l'accord intervenu entre les tribuns et le senat fut l'envoie en Grèce d'une deputation de trois membres.

L'histoire de cette deputation est suspecte; mais les Decenvirs ont eu certainement connaissance du droit grec...

Plusieurs dispositions sont empruntées aux lois de Solon.

(2) Vies des Hommes Illustres, vol. 1.º,—Lycurgue.

(3) Institutions juridiques des romains, vol. 1.º, cap. 3...

D'autres rappellent les doctrines de Pythagores ou d'Heraclito.»

E' assim, por exemplo, tambem, que Planiol (4) se exprime, em referencia ao Codigo Civil de 1804.

«Les territoires qui étaient reunis à la republique française, avant la paix d'Amiens, reçurent le Code à sa promulgation, comme la France propre.

Dans la suite Napoleon introduisit son Code, à mesure qui ses conquêtes s'etendaient, dans un certain nombre de nouveaux pays..

Enfin, certains pays adopterent volontairement le Code français.

... Les Republiques de l'Amerique du Sud, surtout la Bolivie, l'Uruguay, l'Argentina l'ont copié; puis l'Espagne, la Roumanie et l'Italie même en ont subi tour a tour l'ascendant.»

E' assim, por exemplo, mais, que Gorai (5) nos indica, quanto ao Codigo japonês de 1898:

« Bien que ce nouveau Code se soit inspiré, dans son plan general, du Code allemand, il se compose d'emprunts au Code français pour une moitié environ de ses dispositions.

On pourrait dire que, pour la theorie, on s'est inspiré du Code allemand, pour la pratique, on a fait des emprunts au Code français.

C'était chose naturelle puisque deux des trois redacteurs avaient étudié le droit en France.»

E' assim, finalmente, por exemplo que, para elaboração do projecto de 1890, COELHO RODRIGUES se transportou á Europa e alli se inspirou no Codigo de Zurich e principios predominantes na Al-

(4) Traité Elementaire de Droit Civil vol. 1.º, cap. 5.*.

(5) Le Code Civil — Livre du Centenaire.

lemanha, segundo palavras de EDUARDO SPINOLA (6) e que CLOVIS (7), para confecção do que apresentou em 1899, valeu-se muito dos seus conhecimentos adquiridos no estudo e ensino da Legislação Comparada de que é abalisado professor na Faculdade de Direito desta cidade, conforme se verifica de suas «Observações para esclarecimento do projecto do Código Civil Brasileiro.»

No tocante ao ensino da Legislação Comparada desde muito tempo que elle é recomendado pelas leis, nos termos do que expõe CANDIDO DE OLIVEIRA (8).

Assim é que a Lei da *Boa Razão*, de 1769, mandava que se aquilatasse da boa razão do direito romano pela noção que d'elle se dêsse nas leis das nações christãs, que os Estatutos redigidos em 1825 para os cursos de Olinda e S. Paulo indicavam não só a explanação do uso moderno do direito romano, como o exame da jurisprudencia analoga das nações polidas, e que o Dec. de 1879 preceituava que o estudo do direito constitucional, criminal, civil, commercial e administrativo fosse sempre acompanhado da comparação da legislação patria com a dos povos cultos.

Já se vê, pois, que a Legislação Comparada e com aquelle fim que lhe assignalo não é uma cousa nova.

Nem se diga que tudo isso foi apenas—«la double consequence inevitable de l'action long temps continuée de l'imitation» — como quer Tarde (9).

Não duvido que a imitação exercesse em todos os tempos e logares alguma influencia.

(6) Systema de Dir. Civ. Bras.

(7) Projecto do Cod. Civ. Bras.

(8) Curso de Legislação Comparada.

(9) Les Transformations du Droit.

Mas estou convencido de ser tudo isso antes a prova evidente de que, por um lado, o direito está subordinado, como producto do pensamento humano, á lei eterna da evolução, sob condições da *creditá*, do *ambiente* e da *lotta*, como adverte D'AGUANO (10), impondo-se por isso ás consciencias independente da imitação e até mesmo contra ella, e, por outro lado, de que tendo a vida o mesmo caracter fundamental em todas as epochas e localidades, as aspirações tendem irresistivelmente ao mesmo objectivo e exigem as mesmas garantias aos licitos interesses do homem.

O que ha e Clovis (11) o faz sentir é que nem sempre se fez a Comparação de Legislações com o methodo, com o systema, com o criterio, com a largueza e superioridade de vistas de hoje em dia.

Isto mesmo só se tornou possivel depois da propagação do methodo experimental, que tão prodigiosos resultados tem produzido no estudo das sciencias physicas e naturaes, da publicação dos Codigos de todos os paizes, das reuniões de Congressos juridicos, do estreitamento das relações internacionaes, da criação de cadeiras e revistas especiaes da disciplina, sob o influxo das idéas da philosophia da epocha, de modo que, agora, a Legislação Comparada, havendo-se destacado por assim dizer completamente da nebulosa juridica, accentua seu caracter de sciencia autonoma, com methodo, objecto e fim proprios, inconfundiveis, estendendo sua acção a todo o globo, quando d'antes se limitava a partes insignificantes delle.

E' que, como escreve Ihering: (12)—«la

(10) Gen. ed. Evol. del Dir. Civ.

(11) Revista Ac. da Faculdade do Recife, Anno XIV.

(12) L'Esprit du Droit Romain.

prosperité d'un peuple se compose d'une succession non interrompue d'elements étrangers. Sa langue, ses arts, ses mœurs, sa civilisation toute entière, en un mot, son individualité ou sa nationalité est, comme l'organisme physique et intellectuel, le produit d'innombrables actions exercées par le monde extérieur ou d'emprunts faits à celui-ci...

Dans le monde moderne l'histoire du droit prend un essor plus élevé: elle devient vraiment une histoire du droit. Les lineaments des droits isolés cessent de se côtoyer sans se toucher: ils se croisent, ils se réunissent en un seul tissu dont le droit romain et le droit canon constituent la trame originaire commune.

Centres puissants, ces deux droits émergent au-dessus de la multitude des sources isolées du droit.

Ils confondent la pratique et science des nations les plus diverses dans une action commune»...

Ou, como, pondera Saleilles (13):

«Il est aussi anormal d'isoler un peuple de l'humanité, qu'il serait radicalment, faux d'étudier l'individu en dehors de la Société le serait aujourd'hui perdre son temps et sa peine que de démontrer une pareille évidence.

Le courant porte invinciblement au cosmopolitisme juridique.»

E' que os espiritos eminentes, collocando-se acima dos prejuizos de raça, localidade, religião, patria, inspirando-se uns nos outros, aproveitando uns os trabalhos dos outros, continuando uns o edificio levantado pelos outros, querem erigir bem alto o templo do direito, onde a re-

ligião de todos seja o *suum cuique tribuere* do jurista romano.

E' que, por ultimo, os nobres destinos humanos impõem que o direito se universalise, alargue sua sombra proctetora por todos os cantos da terra, abrigue sob sua immensa ramagem toda a familia e a Legislação Comparada, pesquisando as causas das differenças e verificando que se fundam em preconceitos, vai eliminando-as pouco a pouco para dar logar ás semelhanças das normas e á egualdade dos preceitos.

E, quando mesmo, conforme pensam alguns, esse resultado jamais pudesse ser conseguido, o que não é verdade, porque o progresso nesse sentido é enorme e incessante, ainda assim, acho, deve ser este sempre o idéal que nos inspire e alente.

Das considerações até aqui adduzidas resultam a importancia, a utilidade, a necessidade do estudo da Legislação Comparada.

Desçamos a mais alguma minuciosidade e todos se convencerão disso.

E' no estudo da Legislação Comparada que o jurista aprende a conhecer o que deve ensinar, o que deve recommendar, o que deve propor para tornar o direito cada vez mais perfeito, mais completo, mais garantidor dos interesses individuaes.

« O conhecimento isolado da legislação do seu paiz, como observa DUQUESNE (14), leva pouco a pouco o jurista a se habituar com os seus defeitos e a considerá-la perfeita. Ao contrario, um olhar para o direito estrangeiro mostra-lhe frequentemente que outros povos encontraram

(14) Clovis, cit. Revista, Anno XIV.

para os mesmos problemas que nos preocupam outras e melhores soluções, levantaram e resolveram questões que a legislação patria desconhece. »

E' no estudo da Legislação Comparada que o Legislador encontra, na phrase de CLOVIS (15): «o museu abundante, o vasto laboratorio de experiencias indirectas onde se poderá abeberar da lecção fecunda dos homens e dos povos, principalmente si não se limitar a estudar as disposições em abstracto e antes perguntar á estatística e á historia quaes os resultados produzidos pela applicação das leis que examinar, que causas determinaram, que estorvos embaraçaram seus effeitos beneficos, que auxiliares multiplicaram seu poder de acção.»

E', finalmente, no estudo da Legislação Comparada que o juiz encontra elementõs para bem cumprir sua missão.

Com effeito: sabe-se que o juiz não pode deixar de decidir as causas sujeitas á sua competencia, sob o pretexto de que o caso é omisso ou obscuro nas leis patrias. Nova Cons. das Leis Civ. art. 58, Cod. Francez, art. 4.º; Cod. Civ. Hollandez art. 131.

As leis não podem tudo prever; mas o juiz carece a tudo prover, declarando o direito das partes em litigio.

O remedio, as proprias leis patrias o indicam. A Ord. L. 3.º, tit. 64. dispunha:

« E quando o caso de que se trata não for determinado por lei, estylo ou costume de nossos reinos, mandamos que seja julgado, sendo materia que traga peccado, pelos sa-

grados canones. E sendo materia que não traga peccado, pelas Leis Imperiaes...

As quaes Leis Imperiaes mandamos somente guardar pela boa razão em que são fundadas.

E, si ainda não for o caso ahi determinado, se guardem as glosas de Accursio e na falta a opinião de Bartholo... E, por ultimo, seja elle remettido a Nós para darmos sobre isso a nossa determinação.»

Posteriormente a Lei de 18 de Agosto de 1769 ordenou que as glosas e opiniões não fossem mais seguidas e que a boa razão das Leis Imperiaes fosse a dos principios e regras do direito das gentes ou a que se estabeleceu nas leis politicas, economicas, mercantis e maritimas das nações christãs.

E ainda depois, a Lei de 28 de Agosto de 1772 estatuiu que a boa razão do direito romano fosse a daquellas normas que não se fundassem em preconceitos daquelle povo, mas houvessem sido recebidas no uso moderno das nações cultas

Exceptuando o direito canonico e a *remessa do caso ao soberano para determinar como fosse do seu agrado*, cousas incompativeis com a lettra e o espirito de nosso Pacto Fundamental, as outras prescripções ainda se acham em vigor entre nós, por força do disposto no art. 83 da Const. de 24 de Fevereiro.

E, actualmente, o Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890 repetiu no art. 387 que:—

« Os Estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações juridicas da Republica dos



Estados-Unidos da America do Norte; os casos da Common Law e Equity seriam subsidiarios da jurisprudencia e processo federaes.»

Ora, nestas condições, o juiz, que não acha nas leis patrias a solução da questão submettida ao seu veredictum, tem de recorrer á Legislação Romana, aos Estatutos dos povos cultos, á Common Law e á Equity dos Estados Unidos.

Mas, o juiz não se orientará nesse oceano de leis si não tiver a bussola que só o estudo da Legislação Comparada lhe pode fornecêr.

Assim, elle precisa saber, antes de tudo, que o direito romano, depois de haver subido do *strictum jus* ao direito pretoriano e deste ao da Compilação justiniana, soffreu a influencia dos direitos germanico e canonico, com os quaes se fundiu.

Que, apesar dessa influencia, tal era a superioridade do direito romano e tal foi o aperfeiçoamento que lhe imprimiram as Universidades e os Glosadores, que elle dominou quasi exclusivamente na Italia, na Hespanha, em Portugal e até na Romania e Grecia.

Que, si o direito romano não predominou quasi exclusivamente, forneceu em todo caso a maior parte das normas de que se compõem os Codigos de França, Austria, Hollanda, Suissa e Allemanha, inclusive o de 1900, conforme a lecção de Dernburg (16), que nos ensina:

«Di tre parte constitutive principali consta il diritto communi: in primo luogo del diritto romano, come trovasi fissato nel Corpus juris del Imperatore Giustineano; in secondo luogo dei

principii del diritto canonico; ed in terzo luogo delle consuetudeni e leggi di origine germanica. Fra queste tre parte constitutive il diritto romano prende il prima parte.

Il maggior numero delle norme del diritto comune é de origine romana.»

Que o mesmo direito romano não influíu, entretanto, ou muito pouco, nos costumes dos Turcos, Russos, Escandinavos, Inglezes e Americanos do Norte, os quaes se conservaram aferrados ás tradições do seu direito originario para só de pouco tempo a esta parte cederem á pressão das ideas novas.

Que, porisso, Glasson (17) divide as legislações em tres grupos:—daquellas em que «l'element romain s'est juxtaposé à l'element barbare ou coutumier pour se fusioner ensuite avec lui; das que «ont conservé comme base du droit Civil la legislation romaine dont l'esprit a passé dans leurs Codes actuels»; e das que «ont gardé leur caractère national, fondé le plus souvent sur le droit barbare, modifié par les coutumes»—grupos estes a que CLOVIS e C. DE OLIVEIRA ainda juntam um quarto, formado dos Codigos Americanos do Sul, onde algo de novo e original tem sido introduzido.

E só depois de todas essas noções é que elle pode estar habilitado a procurar a solução das duvidas, conforme a logica e a lei, primeiro nas legislações que mais directa e profundamente absorveram o direito romano, e só depois, então, nas outras, pela ordem do seu afastamento daquelle intenso fóco de luz.

Ainda mais: tendo o juiz de consultar na

(17) Le Mariage Civil et le Divorce.

jurisprudencia e processo federaes especialmente a Common Law e a Equity, elle precisa saber, egualmente antes de tudo, que essa Common Law e essa Equity se formaram na Inglaterra.

Que, como nos explica o cit. GLASSON (18) le droit civil derive encore aujourd'hui en Angleterre de deux sources principales: le droit commun (Common Law) et les statuts (Statute Law). La Common law comprend un ensemble de coutumes et de principes qui ont pris force legale à la suite d'un usage immemorial avec le consentement exprès ou tacite du pouvoir legislatif. Les coutumes sont generales ou speciales et les coutumes generales s'appliquent a tous et á toutes les juridictions: ce sont elles qui regissent, en grande partie, les successions aux biens reels, la propriété fonciere, les formes et les effets des contrats, les testaments, les actions en justice.

Que «la loi commune peut etre moderé par l'equité, qui est la correction de ce en quoi la loi est defectueuse à raison de son universalité ».

Que esse direito da Inglaterra, constante dos *Reports* e *Records*, (collecções das decisões dos magistrados) ou das obras dos jurisconsultos, foi levado para os Estados-Unidos pelos colonos e ali continuou a viver modificado pelas circunstancias do novo meio, como nos accrescenta Cooley (19), nestes termos:

«The colonists claimed that Code of law accompanied them, as a standart of right and of tecton in their emigration and that it remained protheir la », excepting as in some particulars it

(18) Ob. cit.

(19) Gen. Princip of Const. Law.

was found unsuited to their circumstances in the New-Word.»

E que, ainda, apesar do aferro á tradição, nos Estados-Unidos do Norte mesmo, já ha Codigos, como os da Luiziania, Carolina, e de Nova-York, que outros buscam imitar.

Alem disso, o juiz tem constantemente diante de si casos de casamento e divorcio de estrangeiros, successão de estrangeiros, contractos de estrangeiros, execução de sentenças estrangeiras.

E, em todos esses casos, por disposição de lei patria, precisa o juiz conhecer como a capacidade e o estado delles são regulados nos seus respectivos Codigos.

Emquanto não se chega á uniformidade de preceitos juridicos entre as nações, cada Estado procura estender o mais possivel a força de suas leis para protecção dos respectivos subditos, onde quer que se achem, e essa protecção vai abrindo espaço a um Direito Internacional Privado, que, dia a dia, se expande e fortifica.

E é ainda na Legislação Comparada que entronca mais esse ramo de estudos, que conta hoje innumeras disposições positivas obrigatórias e um riquissimo arsenal de tratados, compendios, de revistas e decisões.

Julgando, portanto, bastante o que hei affirmado para comprovar os meus assertos, concluo por estabelecer, como uma regra geral, que o estudo da Legislação Comparada é, na quadra em que nos achamos, um estudo indispensavel a todos que se dedicam ao direito, sejam professores ou advogados, magistrados ou legisladores.