

ANOTAÇÕES SOBRE O DIREITO COMPARADO*

NOTES ON THE COMPARATIVE LAW

Edilson Pereira Nobre Júnior**

RESUMO

O presente texto se caracteriza pela exposição de noções relativas ao estudo do direito comparado. Aborda sua importância, evolução histórica, natureza, funções, técnicas e direitos a comparar, entre outros aspectos.

Palavras-chaves: Direito comparado; Ciência. Método; Funções; Famílias jurídicas.

ABSTRACT

This text is characterized by the exposition of notions related to the study of comparative law. It addresses its importance, historical evolution, nature, functions, techniques and rights to be compared, among other aspects.

Keywords: Comparative law; Science; Method. Functions; Legal families.

"O direito comparado é uma école de vérité que intensifica e enriquece a "oferta de soluções" (Zitelmann)¹.

1 POR QUE COMPARAR?

A compreensão de um fenômeno, qualquer que seja, pressupõe o seu destaque dos demais, para que com estes possa ser confrontado. Daí resultam distinções e semelhanças com as características que lhes distanciam e que lhes são comuns.

Nesse diapasão, Beviláqua² traçou a síntese segundo a qual a percepção da diferença e da

² Applicação do methodo comparativo ao estudo do direito. *Revista Acadêmica*, v. 1, n. 1, p. 89, 1891.



^{*} O presente artigo se destina à edição comemorativa de cento e trinta anos da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. A escolha do tema sucedeu em face do prestígio que, nessa instituição, teve e continua tendo o estudo do direito comparado, a partir das lições de Clóvis Beviláqua, Antônio de Andrade Bezerra e Ivo Dantas, cujas contribuições doutrinárias se encontram a ilustrar vários exemplares deste periódico. Essa singularidade é objeto tanto de reconhecimento internacional quanto interno. Demonstração disso se vê em Constantinesco (*Tratado de direito comparado*. *Introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 145-146. Tradução de Maria Cristina de Cicco), ao se referir à importância da contribuição de Beviláqua para o ensino de legislação comparada, o que foi ratificado por Haroldo Valadão (O estudo e o ensino do direito comparado no Brasil: séculos XIX e XX. *Revista de Informação Legislativa*, n. 30, v. 8, p. 9-10, abril-junho de 1971), o qual se reportou igualmente referindo-se à de Antônio de Andrade Bezerra. Recentemente, Ana Lúcia de Lyra Tavares (O ensino do direito comparado no Brasil contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, p. 74, dezembro de 2006) destaca a atualidade de Ivo Dantas na continuidade de tais iniciativas.

^{**} Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife. Pós-Doutoramento pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

¹ "El derecho comparado es una *école de vérité* que intensifica y enriquece la "oferta de soluciones". Passagem referida por Adrián Mancera Cota (Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano 41, n. 121, p. 218, jan./abr. 2008), a partir de transcrição de Zweigert, Konrad y Kötz (*Introdución al derecho comparado*. 3. ed. México, 2002. p. 17. Tradução para o espanhol por Arturo Aparicio Vázquez).



semelhança constituem duas operações fundamentais da inteligência humana. E com o Direito não se tem uma exceção. Daí falar-se de direito comparado ou comparação jurídica.

Percebe-se de Constantinesco³ que, ciência ou método, o direito comparado⁴ constitui o resultado da sintonia de dois fenômenos principais. O primeiro é a ampliação do horizonte histórico e científico, que, então, já no século XIX, não pode se limitar à Europa, ignorando outros povos, culturas e civilizações⁵. O segundo reside na radical e veloz transformação do mundo no qual habitamos, o qual vem sendo unificado cada vez mais, de modo que a vida econômica, política, jurídica e cultural vai superando a barreira das fronteiras nacionais⁶.

Semelhante a percepção de Jorge de Miranda⁷, ao notar que as causas gerais do desenvolvimento do direito comparado na contemporaneidade estão ligadas a duas ordens de fatores, quais sejam o desenvolvimento da própria ciência jurídica e o incremento das relações internacionais e da circulação das pessoas e bens.

Aduz que, à proporção que a ciência jurídica vai auferindo maior consciência da sua dimensão, abrindo-se para métodos cada vez mais exigentes, bem como procurando conceitos mais apurados, inclina-se a extravasar das fronteiras e a perseguir o que se passa noutros países.

Por sua vez, Graciela Medina⁸, a pretexto de realçar, na atualidade, a importância do estudo do direito comparado, expõe que os estudantes dos cursos jurídicos, quando transformados em advogados, terão a necessidade de se deparar, para o exercício de seu labor, com uma profusão de sistemas jurídicos, chegando a se tornar insuficiente o só conhecimento do modelo nacional.

Além disso, a inexorável frequência e intensidade com as quais se vão multiplicando as relações comerciais internacionais ampliam – diz a autora – o próprio âmbito da comparação que não pode se restringir aos sistemas da Europa continental e do common law. Prova disso está na circunstância de que inúmeras questões transnacionais e internacionais hão de encontrar a sua solução ao nível jurídico regional.

Rematando, afirma que a rasison d'être do ensino do direito comparado reside em que o jurista do século XXI se acha inserto num mundo global, com comunicações cada vez mais velozes e eficientes, de sorte que tais estudos permitirão àquele resolver os conflitos que lhe são postos pela dinâmica social com soluções adotadas noutros lugares, uma vez as tensões conflitivas estarem, a cada dia, tornando-se mais homogêneas.

Isso sem contar que aos operadores jurídicos estão disponíveis o conhecimento dos julgados dos tribunais estrangeiros, ao instante no qual proferidos, bem assim a legislação

³ Ibid., p. 8.

⁴ Constantinesco na nota de rodapé 1 (ibid., p. 4) lança uma explicação terminológica, reservando a expressão "Direito comparado" para as situações nas quais se refere à ciência autônoma, enquanto que "método comparativo" será utilizada quando se visualizar apenas o método de comparação. Quando, no trato da matéria, se disser respeito à disciplina jurídica autônoma, optar-se-á por "ciência dos Direitos comparados". Não seguiremos tal orientação. A ausência de uma maior habilidade para discorrer sobre o tema nos faz com que utilizemos tanto a expressão método, com ou sem adjetivação, ou direito comparado, grafando o primeiro vocábulo com minúscula, tal como praticamos com os diversos ramos jurídicos. A opção pela navegação à vista da costa se nos afigura a melhor medida, pois reduz as consequências adversas em caso de um naufrágio.

⁵ Nesse aspecto, diz o autor: "Na realidade, porém, é o direito comparado que mais contribui para ampliar o horizonte das ciências jurídicas nacionais e para conhecer e compreender algo do Direito dos outros povos" (ibid., 22).

⁶ O raciocínio é favorecido com a observação de Rodríguez Galán (El método en el derecho comparado. *In*: ABERASTURY, Pedro (coord.). Estudios de derecho comparado. 1. ed. Buenos Aires: EUDEBA, 2016. p. 164.), de não se apresentar casual que, em determinados momentos da história de uma civilização, surjam em diferentes nações inquietudes jurídicas comuns. A semelhança de problemas – diz – é consequência de o fato das civilizações marcharem inspiradas por idênticos fundamentos filosóficos que se refletem em todas as manifestações da cosmovisão que as promovem. O entendimento se reforça à medida que se intensifica o processo globalizante, o qual acarreta uma homogeneidade cultural.

Sobre o direito constitucional comparado. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 55, p. 248-249, abr./jun. 2006.

La enseñanza del Derecho Comparado. In: ABERASTURY, Pedro (coord.). Estudios de derecho comparado. 1. ed. Buenos Aires: EUDEBA, 2016. p. 33-36.



alienígena ainda à época da sua vigência, mas que, sem se encontrar afeiçoado ao conhecimento da estrutura da correspondente família jurídica, não se evidencia apto a compreender, de forma cabal e adequada, as fontes legislativas e as suas interpretações.

Por isso – e, porventura, muito mais -, não se há de cessar, mas, antes, é preciso se intensificar a pesquisa do direito comparado.

2 A COMPARAÇÃO JURÍDICA ATRAVÉS DO TEMPO

A doutrina demonstra que não é recente o emprego da comparação na seara jurídica, recuando à Antiguidade Greco-Romana. Marc Ancel⁹ relata como antecedentes as viagens de Licurgo, em Esparta, e Solón, em Atenas, para conhecer as instituições de outros povos, a fim de elaborar suas leis. Igualmente, aponta que os decênviros, encarregados de elaborar a Lei das XII Tábuas, acercaram-se de informações sobre as leis gregas¹⁰.

Outros autores aponta a contribuição de Platão e Aristóteles¹¹. O primeiro, em *As Leis*, utilizou-se assiduamente da comparação para identificar as normas da cidade ideal, enquanto o segundo, em *A Política*, fez a recolha de material relativo a mais de cem constituições dos povos helenos e italiotas para identificar os seus elementos úteis.

Após um largo intervalo¹², o recurso aos ensinamentos contidos noutras legislações retorna com Montesquieu, ao estudar o direito público inglês em seu *O espírito das leis* (1748), muito embora, no dizer de Ancel¹³, tenha atuado sem uma metodologia histórico-comparativa que lhe permitisse um estudo crítico das fontes e um exame sistemático da evolução de suas instituições¹⁴.

Em seguida, Ancel¹⁵ aponta que o comparatismo vai florescer no século XIX, por força da elaboração das legislações positivas em compasso com a nova forma que vai se impregnando às sociedades com o advento da Revolução Industrial, o qual foi responsável pelo incremento do comércio internacional.

Alguns sinais desse desenvolvimento, embora embrionariamente, são evidenciados, segundo Ancel¹⁶, pela constituição na França de uma Sociedade de Legislação Comparada, bem como pela criação da disciplina em Oxford, sob o título *Historical and Comparative Jurisprudence*, cuja regência coube a Sir Henry Summer Maine, e pela fundação na Bélgica da



⁹ Utilidade e métodos do direito comparado. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980. p. 19-20.

Esses informes – assinala Beviláqua (O desenvolvimento do estudo da legislação comparada. *Revista Acadêmica*, v. 11, n. 1, p. 217, 1903) - foram colhidos de emissários que o Senado enviou à Grécia.

Beviláqua (O desenvolvimento do estudo da legislação comparada. Revista Acadêmica, v. 11, n. 1, p. 217, 1903), Susana de la Siera (Limites e utilidades del derecho comparado en el derecho público. Revista de Administración Pública, n. 201, p. 72, set./dez. 2016), Graciela Medina (Ibid., p. 39), Luis Sanchez Agesta (Curso de derecho constitucional comparado. 7. ed. Madri: Universidad de Madri, 1980, p. 21) e F.H. Lawson (El campo del derecho comparado. Boletín del Instituto Mexicano de Derecho Comparado, v. 9, p. 10, set./dez. 1950) e Lucio Pegoraro e Angela Rinella (Sistemas constitucionais comparados. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 7. v. 1.).

A doutrina registra contribuições nesse intervalo. Pegoraro e Rinella (ibid., 9), por exemplo, reportam-se a: a) Hugo Grotius (1583-1645), cuja cultura enciclopédica lhe permitia cotejar os direitos dos povos nas suas distantes fases históricas; b) Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), o qual rejeitava o direito romano como única fonte e observava a história dos povos com base no direito comparado; c) Giovanni Battista Vico (1668-1744), ao sustentar a ideia de uma unidade entre direito natural e princípios jurídicos positivos, da qual era possível visualizar o caminho para a comparação jurídica.

¹³ Ibid., p. 20.

¹⁴ A observação, no entanto, é contestada por Pegoraro e Rinela, os quais noticiam que Montesquieu demonstrou uma aptidão especial para a comparação das leis e dos costumes dos povos, não se limitando a expressar as diferenças entre os direitos, mas, contrariamente, busca enunciar as causas de tais diferenças, pesquisando-as nas variadas estruturas sociais, na política, no costume e na religião. Daí afirmarem: "Montesquieu intui que o conjunto destes fatores é a única explicação das peculiaridades das leis e das regras de cada país, cujo conhecimento seria totalmente insuficiente se fosse limitado ao confronto dos textos legais" (op. cit., p. 9).

¹⁵ Ibid., p. 21.

¹⁶ Ibid., p. 21.



Revue de droit international et de droit comparé. Tudo isso no ano de 1869, sem contar um reflexo fático, no ano de 1868, quando da abertura japonesa para a ocidentalização, materializada pela tradução dos códigos franceses para servir de base à nova legislação e pela recepção da doutrina de juristas ocidentais.

No entanto, a formulação do que se aponta como direito comparado é posterior. Sistematizando a sua evolução, Ancel¹⁷ a triparte em três fases¹⁸. A primeira, tendo como marco os trabalhos realizados durante o Congresso de Paris de 1900, sintonizou-se com a ideia de que a comparação dos direitos, organizada cientificamente, seria apta a permitir a pesquisa e formulação de princípios comuns, consistentes nos princípios gerais de direito reconhecidos pelos direitos civilizados. Estes não se tratariam de princípios abstratos, mas da revelação de regras de direito comum legislativo, a partir de uma realidade múltipla.

Trouxe, no dizer do autor, algumas consequências precisas, tais como: a) a de que esse direito comum legislativo somente pode suceder entre coletividades com o cenário político-social, econômico e moral, restringindo-se ao que se denomina como direito dos países civilizados; b) o comparatista somente deve comparar coisas comparáveis; c) esse direito comum não emana da identidade formal das regras de direito.

Um segundo período, surgido após a primeira conflagração mundial, inseriu-se em conjuntura na qual alterada a estrutura política europeia, foi impulsionado pela tentativa de se construir um direito mundial para o século XX. Essa concepção universalista restou favorecida pela instituição da Sociedade das Nações. O labor desta favoreceu a estruturação da Corte Permanente de Justiça Internacional (1920), bem assim a criação em Paris do Instituto Internacional de Cooperação Intelectual (1925), de um instituto para a unificação do direito privado em Roma (1928) e da Associação Internacional de Direito Penal (1924).

Não obstante todas essas iniciativas, o período de instabilidade política e de belicismo que intermediou as duas grandes guerras não se mostrou favorável ao desenvolvimento, na prática, do direito comparado.

Disso emerge uma terceira fase, a qual, se favorecida pelo término da barbárie do nazi-fascismo, depara-se com o antagonismo emergente da guerra fria. A esse respeito, nota Ancel¹⁹ que se tem uma contraposição entre o direito ocidental e o direito socialista, tendo sido equivocada a postura da maioria dos juristas em não reconhecer este como um terceiro grande sistema.

Ao mesmo tempo, irrompe o fenômeno da descolonização, com o surgimento de novos países, todos na tentativa de estruturar o seu sistema jurídico, tendo o Comitê Internacional de Direito Comparado, vinculado à UNESCO, atuado no sentido de manter-se atento à coexistência entre as novas ordens jurídicas.

Mas uma grande questão se direcionou para saber se existe um direito comparado, bem como no que este consiste, o que se tentará, mesmo cônscio da impossibilidade de uma resposta definitiva, traçar algumas considerações no próximo tópico.

3 O QUE É O DIREITO COMPARADO?

¹⁷ Ibid., p. 29-39.

¹⁸ Essa demarcação não é uníssona entre os autores, havendo variações. Tomando como ponto de partida a comparação jurídica nos Estados nacionais, Luigi Moccia (Perspectiva histórica de los orígenes y de los planteamientos del moderno derecho comparado (por una teoría del ordenamiento jurídico «aberto»). In: Comparação jurídica y perspectivas de estudio del derecho. 1ª ed. Córdoba: ARA Editores, outubro de 2015, p. 22-23) distingue igualmente três períodos principais, mas com visão de conteúdo diversa. O primeiro - e mais extenso - retrata a experiência comparativa em busca das afinidades entre os sistemas nacionais, durando do século XVI até o início do XIX. Em seguida, há o intermédio, que se protrai até o final do século XIX, época na qual as pesquisas revestiram a influência positivita e de índole nacional, dos quais resultou a ruptura da precedente tradição de estudos jurídicos e da sua conexão até o direito comparado. À derradeira, há a fase, iniciada nas primeiras décadas do século XX, na qual se empreendeu à consolidação e difusão do direito comparado como área especializada do ensino jurídico, com o seu ingresso nos cursos das faculdades de direito.



O primeiro aspecto a ser posto em destaque está em saber se existe o direito comparado como ciência ou se trata de um método. Optamos por não enveredar em busca de uma solução para o problema. Isso, quer pelo nosso não conhecimento percuciente, ou – e o argumento é invencível – porque seria necessário, no mínimo, um Amazonas de tinta para fazê-lo e, assim, correndo-se o risco de não se chegar a uma conclusão segura.

As opiniões se dividem²⁰. Adrián Mancera Cota²¹ se inclina por entender que melhor se afigura considerá-lo mais à feição de um método do que de uma ciência. Isso em face das vantagens que acarreta como instrumento para comparação como porque o ato de comparação não se limita a distinguir similitudes e diferenças, mas identificar a compatibilidade entre os sujeitos comparados.

Daí, segundo o autor, "o direito comparado é uma técnica metodológica que permite ser utilizada para realizar comparações entre duas ou mais matérias em vários sistemas jurídicos"²².

Igualmente incisivo, Rui Pinto Duarte²³, após afirmar que o direito comparado consiste na comparação de ordens jurídicas diversas, cuida-se, pois, de uma atividade. Assim, não é um ramo jurídico, seja no sentido de um conjunto de normas afins identificáveis como uma fração autônoma do Direito, seja no sentido de um ramo da ciência jurídica.

Idêntica percepção colhe de Rivero, para quem o direito comparado não configura uma disciplina jurídica distinta, tal como o direito civil ou o direito constitucional, pois, contrariamente a estes, não possui regras. A despeito da nomenclatura, há "apenas a ideia de *método*: "método que consiste em estudar, paralelamente, as regras e os *institutos jurídicos*, para esclarecê-los mediante tal confronto"²⁴.

Ancel²⁵ aponta, após tentar expor a discussão, e acentuar as diversas opiniões, que um dos principais argumentos daqueles que se lançam à crítica sobre a existência do direito comparado – que, então, não passaria de um método – é o de que este não possui um objeto próprio, tais quais os demais segmentos jurídicos, porquanto as matérias que estuda pertencem, na verdade, a um outro ramo do direito.

A despeito disso, conclui pelo contrário, alicerçado em dois fundamentos. Inicialmente, tendo em vista que, sob a forma de análise dos grandes sistemas jurídicos em vigor, aquele tende a elaborar uma geografia jurídica paralela à história das comparações. Noutro passo, é de se inferir que a utilização sistemática do método comparativo não mais significa senão a metodologia de uma ciência que, ao final, aporta num resultado próprio, o qual é de ser considerado como pertencente a uma ciência específica.

A aceitação do direito comparado como ciência é compartilhada por vários autores. Dentre estes, é possível se destacar Caio Mário da Silva Pereira²⁶, ao sustentar que, ao estudar os direitos positivos, com as manifestações jurisprudenciais e doutrinárias, o direito comparado atua da mesma maneira que os vários segmentos jurídicos, especialmente o direito civil, possuindo um

²⁶ Direito comparado, ciência autônoma. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 4, p. 46-47, 1952.



Lucio Pegoraro e Angela Rinella (ibid., p. 13), sem pretenderem afirmar uma posição sobre a questão, tentam sistematizar as correntes doutrinárias a respeito. O intenso debate, bem como os seus protagonistas, também foi objeto de longa e detalhada descrição por Jean Constantinesco (ibid, pp. 286-317), o qual, um pouco adiante (ibid., p. 321), declara que a vontade de construir a ciência autônoma dos direitos comparados produziu resultados decepcionantes.

²¹ Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano 41, n. 121, p. 215-217, jan./abr. 2008.

²² "es una técnica metodológica que permite ser utilizada para realizar comparaciones entre dos o más materias en varios sistemas jurídicos" (ibid., p. 217).

²³ Uma introdução ao direito comparado. *O Direito*, ano 138, n. 4, p. 770-771, 2006.

²⁴ Curso de direito administrativo comparado. Tradução de José Cretella Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 17.

²⁵ Ibid., p. 44-51



conteúdo próprio, formulando conceitos e apresenta resultados específicos²⁷.

Ainda podem ser destacados nesse pendor Jorge de Miranda²⁸, Angelo Sereni²⁹, Ana Lúcia de Lyra Tavares³⁰, Ivo Dantas³¹ e Jaro Mayda³².

De logo, algumas observações devem ser feitas, para que se possa individualizar o direito comparado, seja como método ou ciência.

A primeira delas é a de que não há que ser confundido com o direito estrangeiro. Neste se tem, com uma quase total assiduidade, uma descrição ou delineamento de um determinado sistema jurídico diverso do nacional. Não há um confronto, verificador de dissemelhanças e similaridades. De qualquer forma, não se pode negar que as ordens jurídicas estrangeiras são instrumentos para o desenvolvimento da comparação³³.

Tampouco se pode, principalmente na atualidade, pretender equipará-lo à legislação comparada. Em assim laborando, reduz-se o campo de investigação ao cotejo de regras legais integrantes de dois ou mais ordenamentos quando, na verdade, o direito comparado vai além, não somente no que concerne ao manancial jurídico, mas - e principalmente - quanto a indispensáveis instrumentais extrajurídicos, como destacaremos adiante³⁴. Não obstante, a visão entre legislações diversas foi o princípio entre nós³⁵.

²⁷ Interessante, por incisivas, as conclusões do autor: "Não é apenas um método de estudo. É um estudo. Tem um objeto e realiza uma finalidade. Utiliza-se da comparação, mas não se exaure na comparação em si mesma, o que certamente o reduziria ao método apenas. Através da comparação dos sistemas legislativos (no que está procedendo como método), atinge às suas conclusões, formula conceitos próprios, e oferece resultados que não se confundem com os apresentados pelas investigações acaso realizadas particularmente por qualquer dos outros ramos da ciência jurídica" (ibid., p. 47).

²⁸ Sobre o direito constitucional comparado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 55, p. 257-258, abr./jun. 2006.

²⁹ Función y método del derecho comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 41, p. 344, maio/ago. 1961.

³⁰ O ensino do direito comparado no Brasil contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, p. 82, dezembro de 2006. Ressalta a autora, para justificar a sua opinião, ser a partir dos dados obtidos por meio do estudo e do ensino do direito comparado que se torna possível se alcançar outros patamares para o aperfeiçoamento das relações jurídicas e para o aprimoramento dos sistemas de direito.

³¹ Teoria do processo e da história constitucionais. Uma análise epistemológica na perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 100-104. O autor enfatiza que a comparação é o resultado final de um estudo comparativo, o seu objeto, sendo o método apenas o caminho a ser seguido para obtê-la.

Algunas reflexiones críticas sobre el derecho comparado contemporáneo. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 9, p. 644-646, 1970. Interessante anotar que o autor chega a afirmar que o direito somente se converterá numa disciplina científica quando adote o método científico e seja dotado de uma jurisprudência, no sentido de uma teoria empírica e que, segundo a experiência e a análise, o caminho para que tal venha a ser alcançado é a metodologia comparatista.

Héctor Fix-Zamudio (La modernización de los estudios jurídicos comparativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 64, p. 75, jan./abr. 1989) observa que o estudo dos ordenamentos estrangeiros com fins comparativos não deve ser considerado como uma atividade meramente especulativa, mas, diversamente, implica uma análise para a correta aplicação das disposições normativas de nossa época, de maneira que se pode perceber uma influência e relacionamento recíproco entre os sistemas jurídicos.

³⁴ Esse traço constou de Carlos Maximiliano: "Não se perca de vista uma verdade corrente: a simples *Legislação Comparada* não tem, para o hermeneuta, o mesmo valor que o *Direito Comparado*. Este é uma ciência completa; aquela, uma síntese, nem sempre compreensível de plano; apenas propicia a ilusão, aparência de cultura, em vez de uma sólida base de conhecimentos; pois só fornece as palavras, não o espírito das normas compulsórias" (*Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 133). Na atualidade, essa mesma impressão consta de Ivo Dantas (ibid., p. 64).

O Decreto nº 9.360, de 17 de janeiro de 1885, o qual aprovou o Estatuto das Faculdades de Direito do Império, instituiu o pioneirismo, nestas plagas, da cadeira de Legislação Comparada sobre o Direito Privado, mantida, na República, pelo Decreto nº 1.232 – H, de 02 de janeiro de 1891. A partir de 1903, a disciplina veio perdendo a sua relevância, sendo paulatinamente substituída em favor da nova cátedra de Direito Internacional Privado, o que se deu em face dos Decretos nºs 3.890 e 11.530, de 1901 e 1915, respectivamente, e pela Lei nº 144, de 11 de novembro de 1935. Ressurge, com Decreto nº 19.852, de 11 de abril de 1931, que instituiu o curso de doutorado em Direito, prevendo, no parágrafo único do seu art. 27, as matérias de Direito Civil Comparado e Direito Penal Comparado.



Ultimando este tópico, e, mesmo sem desconhecer a conatural falibilidade das definições, opta-se pela adoção do conceito delineado por Graciela Medina, para quem "o Direito Comparado é uma disciplina que confronta as semelhanças e as diferenças dos diversos sistemas jurídicos vigentes no mundo com o propósito de compreender e melhorar o sistema jurídico de um determinado Estado"³⁶.

4 A COMPARAÇÃO JURÍDICA E A SUA FUNCIONALIDADE

A percepção de um complexo funcional à comparação jurídica é igualmente antiga, sendo desta contemporânea. Prova disso Sanchéz Agesta nos refere que, desde Aristóteles, já se poderia antever que aquela se propunha para a satisfação de três objetivos fundamentais, a saber: a) a avaliação empírica das constituições para que se pudesse deduzir uma constituição modelo; b) a análise comparativa tratava de induzir elementos comuns como princípios de uma teoria (por exemplo, a análise do regime constitucional); c) o contraste da peculiaridade de uma ordem constitucional concreta com outras, para uma melhor compreensão de suas singularidades.

Nos tempos que correm, uma visão da doutrina nos oferece um variado e múltiplo arcabouço funcional para a comparação jurídica, ora os autores optando por uma ampla ou uma mais restrita enunciação. É possível, a partir de um confronto, sistematizar-se algumas funções que são de referência frequente.

Para esse fim, interessante se evidencia Angelo Sereni³⁷, ao bipartir as funções do direito comparado em teóricas ou instrumentais e práticas. Atento à primeira categoria, vê-se a de técnica ou de política legislativa, permitindo que o legislador se valha do conhecimento e da experiência adquirida em outros ordenamentos.

Isso, segundo o autor, impõe-se, num primeiro aspecto, diante de uma crescente uniformidade entre os problemas jurídicos dos diversos países, em decorrência da integração do mundial, a propiciar a intensificação das relações internacionais e, ao mesmo tempo, pela afinidade entre os regimes políticos, sistemas econômicos e concepções morais de países diversos. Noutro passo, pela circunstância de que vários sistemas jurídicos, no seu curso evolutivo, passam por fases, nas quais se deparam com problemas que sistemas mais desenvolvidos já tiveram o seu tratamento jurídico de forma precedente.

O auxílio ou guia ao legislador é alvo de referência seja dos doutrinadores clássicos quanto dos mais recentes. A ele se reportou Beviláqua³⁸, ao afirmar que aquele terá na legislação comparada um vasto laboratório de experimentação indireta, principalmente se não se limitar ao estudo das disposições legislativas dos povos abstratamente, mas, antes, indagar à estatística e à história quais os resultados produzidos pela aplicação das leis que comparar, as causas que as determinaram, os estorvos que embaraçaram seus efeitos benéficos ou que reforçaram o seu poder de ação.

Esse ponto não passou despercebido a Andrade Bezerra, para quem os estudos de direito civil comparado constituem um dos principais instrumentos de elaboração duma ciência, ou melhor, de uma arte, "cujo objeto é preparar as transformações constantes do direito interno, guiando e esclarecendo o legislador nacional na realização de sua missão política"³⁹.

Igualmente o realçou Constantinesco⁴⁰, mostrando terem sido uma prática no curso do tempo. Galvanizou a sua atenção à legislação alemã a partir da segunda metade do século XIX, especialmente quanto à elaboração, bem como às reformas, do Código de Processo Civil



³⁶ "el Derecho Comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propóito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado" (ibid., p. 39).

³⁷ Ibid., p. 336-344.

³⁸ Aplicação do methodo comparativo ao estudo do direito. *Revista Acadêmica*, v. 1, n. 1, p. 94, 1891.

³⁹ Funcção, objecto e methodo do direito civil comparado. *Revista Acadêmica*, Anno 40, p. 36.

⁴⁰ Ibid., p. 153-155.



(*ZivilprozeBordnung*), do Código Civil (BGB), trabalho para cuja consecução se recorreu à comparação interna (entre o direito comum e os diversos direitos locais) e externa (análise dos direitos europeus) e para a unificação do direito penal e processual penal.

Mais moderno, Rui Pinto Duarte⁴¹ confirma que uma opção que tome por base o conh ecimento de soluções já experimentadas é mais consciente do que outra que assim não se qualifique. Idem Graciela Medina⁴².

Ao depois, observa Sereni⁴³ que da evolução legislativa se destaca a tendência de vários Estados a proceder à chamada unificação de seus direitos, com o propósito de proceder à disciplina de relações jurídicas mediante normas idênticas, embora não desconheça as dificuldades para tanto.

René David chegou a visualizar na unificação das ordens jurídicas o grande propósito do direito comparado⁴⁴. Uma tentativa a esse respeito pode ser apontada, à busca de uma similitude entre os ordenamentos, como residente no direito comunitário e se manifesta mediante as diretivas expedidas pelo Parlamento Europeu, nos termos dos artigos 288° e 289° do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Sixto Sánchez Lorenzo⁴⁵, ao depois de acentuar que se assiste no século XXI a um progresso perene da integração jurídica, proporcionado pelo direito comparado como instrumento à unificação do direito em escala universal, indica como exemplo paradigmático justamente a União Europeia, a qual contempla a incorporação de um primeiro país de tradição islâmica (Turquia), trazendo para o jurista o repto à compatibilização de seu sistema jurídico, principalmente no campo do direito privado, com os integrantes das grandes e díspares famílias da *common law*, romano-germânica, escandinava e a outrora socialista.

Outras se podem mencionar no que concerne às funções ditas teóricas. Beviláqua⁴⁶ menciona a da verificação dos princípios básicos da ciência jurídica, tornando mais segura a sua doutrina. Com isso, permite-se que a ordem jurídica evolua, adaptando-se às condições de vida e ao estado da cultura dos povos.

À mesma feição, é possível se observar a utilidade de que a comparação proporciona quanto ao aprimoramento, mediante via interpretativa, do direito nacional. Andrade Bezerra⁴⁷ já advertia que o estudo do direito civil comparado, ao propiciar que o jurisconsulto se informe sobre os modos de disciplina de uma mesma matéria por outros Estados, bem como sobre os seus resultados econômicos e sociais, possa melhor descobrir as regras que mais satisfatoriamente se adaptem à sociedade nacional.

⁴² Ibid., p. 39-40. A autora, numa recordação, alude ao exemplo de Vélez Sarsfield, que, ao redigir o Código Civil argentino, teve especial empenho em conhecer o direito comparado através das leis então vigentes à época, tendo como principais fontes de inspiração o Código Civil Francês de 1804, do qual foram reproduzidos literalmente 445 artigos, e o Esboço de Augusto Teixeira de Freitas, que influenciou especialmente o livro das pessoas.

⁴³ Ibid., p. 338-340. O autor observa que a unificação encontra dificuldades notáveis, somente podendo se realizar nos limites de matérias específicas ou grupos destas, o que sucede mediante os procedimentos de aproximação, harmonização ou coordenação. A primeira consiste na progressiva adoção de disposições uniformes em seu conteúdo e seus efeitos. Por sua vez, a harmonização terá por objeto somente regras legislativas. Quanto à coordenação, terá por alcance não somente leis, mas regulamentos, tendo como objeto o de garantir uma regulação orgânica das relações às quais se refere e a eliminar resultados contrapostos em sua aplicação.

⁴⁴ Eis as palavras do autor: "A unificação do direito foi considerada, depois do início do século XX, e especialmente no período que se passou entre as duas guerras mundiais, como sendo um dos temas maiores, se não o objeto exclusivo, dos estudos do direito comparado" (L'unification du droit a été considérée, depuis le début du XX siècle, et spécialement dans la période qui s'écoulée entre les deux guerres mondiales, comme étant un des thèmes majeurs, sinon l'objet exclusif, des études de droit comparé" (L'unification des droits européens, *Boletim da Faculdade de Direito*, n. 44, p. 44, 1960).

⁴⁵ El derecho comparado del siglo XXI. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número comemorativo, sexagésimo aniversario, p. 1101-1102, 2008.

⁴⁶ Applicação do methodo comparativo ao estudo do direito. *Revista Acadêmica*, v. 1, n. 1, p. 94, 1891.

⁴⁷ Ibid., p. 34-35.

⁴¹ Ibid., p. 776.



Recentemente, Graciela Medina⁴⁸ reforçou essa percepção, sustentando que o conhecimento da legislação, da jurisprudência e da doutrina de outros países, favorece a uma melhor compreensão dos institutos do direito do próprio sistema jurídico, invocando vários exemplos no campo do direito civil e comercial.

De acordo com Sereni⁴⁹, há que se falar também numa funcionalidade prática para o direito comparado. Uma delas reside na singularidade deste permitir a determinação da natureza e dos efeitos de fatos e atos jurídicos no âmbito de uma pluralidade de sistemas jurídicos.

Aqui, ao que parece, há uma proximidade com o que, antes, Beviláqua⁵⁰ realçou, expondo que muitas vezes a compreensão de um texto de lei, para que possa ser apreendida em toda a sua lucidez e amplitude, bem assim o preenchimento das lacunas legais, depende do estudo consciencioso das fontes das quais emergiu, ou das disposições gerais dos povos cultos.

E, noutra dimensão, diz Sereni ⁵¹, ainda quanto às funções práticas, que as relações internacionais ensejaram o desenvolvimento de novas formas associativas e figuras contratuais, mediante o uso de métodos e critérios comparativos. Alude aos novos entes internacionais e aos contratos na área de exploração petrolífera, celebrados entre países europeus com países mulçumanos.

Essa funcionalidade também foi observada por Adrián Mancera Cota⁵², ao salientar que o direito comparado facilitou a formulação e aplicação dos princípios e regras do direito internacional, permitindo, assim, a elaboração de tratados no âmbito das organizações internacionais, tais como a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas e a Corte Internacional de Justiça.

Antes de ultimar este tópico, é de se despertar a atenção para Sáchez Lorenzo⁵³, quando alude a uma função subversiva do direito comparado. Esta tem a sua relação com as consequências do progresso tecnológico, as quais, difundidas em searas como a sanitária, a econômica e a social, irradiam-se dos países inovadores para os menos avançados. Isso repercute no universo jurígeno.

Sem embargo dos componentes culturais implicarem importante freio às importações jurídicas, parcela relevante desse refrear configura, na verdade, escusas destinadas a impedir o progresso de certas sociedades. Aí que, pois, surge o valor subversivo do direito comparado, ao servir de mecanismo contra a imposição do nacionalismo e totalitarismo cultural⁵⁴.

Eis, portanto, algumas utilidades que, conjunta ou isoladamente, resultam do progresso da ação do direito comparado, justificando-o.

5 COMO COMPARAR?

Advertimos, de logo, que neste tópico não discorreremos sobre as várias fases que integram o método comparativo, propriamente dito.

Aqui optamos por ser adequada a procura de uma resposta para duas indagações. A primeira é sobre o que se vai comparar. Apenas e somente a legislação? A resposta é negativa. A

⁴⁸ Ibid., p. 42-42.

⁴⁹ Ibid., p. 340.

⁵⁰ Applicação do methodo comparativo ao estudo do direito. *Revista Acadêmica*, v. 1, n. 1, p. 95-96, 1891.

⁵¹ Ibid., p. 341.

⁵² Ibid., p. 224.

⁵³ Ibid., p. 1105-1106.

⁵⁴ De transcrição compulsória passagem do autor: "E nesta função talvez encontremos a alma do direito comparado, pois é aqui onde se converte numa arma contra o pensamento único empobrecedor e tirano; num antídoto contra os nocivos efeitos de estereótipos e dogmatismos; numa causa pela luta contra o etnocentrismo e os totalitarismos culturais; numa via para o progresso, o câmbio e a superação; numa garantia do talante crítico e da liberdade" (Y en esta función tal vez encontremos el alma del derecho comparado, pues es aquí donde se convierte en un arma contra el pensamiento único empobrecedor y tirano; en un antídoto contra los nocivos efectos de estereotipos y dogmatismos; en una causa por la lucha contra el etnocentrismo y los totalitarismos culturales; en una vía para el progreso, el cambio y la superación; en una garantía del talante crítico e de la libertad" (ibid., p. 1106).



legislação, só por só, é insuficiente para o êxito de uma comparação.

Pegoraro e Rinella⁵⁵ aludem à indispensabilidade de serem investigados os formantes dos ordenamentos⁵⁶. Por isso, a comparação há de ir além da lei, mas englobar, igual e com relevância, a tendência evolutiva da jurisprudência e as orientações da doutrina.

E não apenas o manancial jurídico. Aduzem os autores que é de se observarem os dados de um contexto extrajurídico, tais como a cultura, a economia, os movimentos sociais etc.

Numa direção semelhante, já acentuava entre nós Caio Mário da Silva Pereira⁵⁷ que o direito comparado visualiza a unidade dos sistemas jurídicos em seu conjunto, motivo pelo qual deve se ter presente além da legislação, a doutrina, o conhecimento do meio social, a prática contratual e a tendência da técnica jurídica.

Ainda no particular dos formantes a serem alvo de observação, é de se destacar John Henry Merryman⁵⁸, para quem, dentre os aspectos dos sistemas jurídicos a serem considerados, afiguramse úteis: a) a cultura jurídica (atitudes básicas sobre o direito, a natureza da obrigação jurídica, a forma e o estilo próprios do sistema jurídico etc.); b) as instituições jurídicas (tribunais, legislativos, órgãos administrativos, faculdades de direito etc.); c) os papéis desempenhados pelos protagonistas (atores) dentro do sistema jurídico (juiz, advogado, notário, partido etc.); d) as formas de atividade jurídica (regulação privada, litígios civis, educação jurídica etc.); e) as normas jurídicas secundárias; f) as normas jurídicas primárias⁵⁹.

Em segundo lugar, é preciso que se responda como se vai realizar a comparação. Daí se tem dois modelos principais, quais sejam a micro e a macrocomparação. Com a primeira tem-se como objeto o confronto dos institutos ou regras específicas de um sistema jurídico. A outra, por seu turno, envolve a análise das estruturas fundamentais de mais de uma ordem jurídica.

O exame relativo à motivação dos atos administrativos nos modelos brasileiro e francês é um exemplo típico de microcomparação, enquanto o das constituições econômicas no plano europeu se apresenta como uma macrocomparação.

De qualquer modo, é aconselhável que, quase sempre, o investigador, na microcomparação, proceda, como um ponto de partida, a uma verificação dos traços gerais ou macro dos direitos a comparar. Esse início, tais como a percepção das origens comuns dos modelos, afigura-se como crucial para um bom desenvolvimento da tarefa a vencer⁶⁰.

Quanto a tais perspectivas, não esquecer Constantinesco⁶¹, ao lançar crítica favorável à macrocomparação. Aponta que, na microcomparação, tem-se uma análise limitada e com resultado necessariamente fragmentário. Desse modo, sustenta, para que se possa colher o fenômeno jurídico fora de sua uniformidade microscópica, técnica e celular, mas, diversamente, nas suas estruturas fundamentais e específicas, fazer-se preciso uma mudança de ângulo visual, passando-se da

⁵⁶ A expressão "formantes" é empregada por Rodolfo Sacco (*Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jacob Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.), o qual, num instante anterior, referiu-se ao vocábulo "componentes". No que concerne àqueles, alude aos criptotipos, ou seja, a formantes ocultos, que consistem em dados operantes, mas desconhecidos. Diz: "O criptotipo é simplesmente o modelo que ainda não é conhecido, e que poderá tornar-se conhecido em seguida. E apenas a comparação tem a força de penetração que é necessária para tonar cognoscíveis estes dados implícitos" (ibidem, p. 158).

⁵⁷ Direito comparado e o seu estudo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 7, p. 37-38, 1955.

⁵⁸ Fines, objeto y método del derecho comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 25-26, p. 72, ju./dez. 1976.

Para uma melhor compreensão, é de se advertir que o autor recorre a Hart para conceituar normas primárias e secundárias. Dessa maneira, as normas jurídicas primárias são aquelas cujos preceitos criam, regulam, modificam ou extinguem relações jurídicas, enquanto as normas secundárias são "normas sobre normas", ou seja, disciplinam a forma com que as normas primárias hão de serem criadas, interpretadas e aplicadas.

⁶⁰ A importância do conhecimento das qualidades gerais de um sistema jurídico para a microcomparação é perceptível em Adrián Mancera Cota (ibid., p. 228), ao assinalar que há necessidade do investigador levar em consideração as características daquele (estrutura, sistema de fontes, sistema judicial, profissão jurídica etc.), os ramos do direito nacional, as instituições ou conceitos e o seu desenvolvimento histórico.

Ibid., p. 327.



⁵⁵ Ibid., p. 19.



microcomparação para a macrocomparação 62. Isso porque o escopo da comparação é o de revelar os elementos determinantes que integram o núcleo central de cada ordem jurídica.

Jorge de Miranda⁶³ aponta que ambas as técnicas podem, a um só momento, estarem presentes. Exemplifica a investigação sobre a liberdade religiosa num grande número de países, pois, se é uma microcomparação, por versar sobre um único instituto jurídico, revela também a macrocomparação, seja pela extensão do campo de observação e pela circunstância das diversas concepções adotadas nas diversas constituições refletirem concepções gerais de direito.

A hipótese acima referida, vista sob outra ótica metodológica, é capaz de representar uma classificação diversa, não coincidente com uma comparação micro ou macro. Identifica-se melhor, na observação de Francisco Velasco Cabalero⁶⁴, com as modalidades comparativas vertical e horizontal.

Diz o autor que, na comparação vertical, a atenção do comparatista se situa numa posição alheia e elevada com relação a vários ordenamentos, identificando as distintas soluções para o enfrentamento de um mesmo tipo de problemas ou realidades. Apresenta-se como prescritiva, mediante a busca num conjunto de ordenamentos de soluções normativas para determinadas questões, ou explicativa, ao observar vários direitos como material empírico e para formular enunciados teóricos que expliquem ou racionalizem suas semelhanças e diferenças.

Mais frequente do que a vertical, tem-se a comparação horizontal, a qual tanto pode ser bidirecional ou unidirecional. Em especial quanto a esta – acentua Caballero⁶⁵ – que o pesquisador olha para um direito determinado, com o fim deste extrair respostas ou explicações para o outro modelo jurídico.

Um questionamento interessante se volta à comparação entre modelos jurídicos com vigência diferenciada no tempo, ainda que digam respeito ao mesmo ou a diferentes ordenamentos. Tal é capaz de conduzir a que se procure distinguir entre história e direito comparado.

Com enfoque no plano do direito constitucional, Jorge de Miranda⁶⁶ diz que a necessidade de se precisar tal diferença sucede quando se tem: a) uma comparação simultânea no passado; b) uma comparação sucessiva num único país; c) uma comparação sucessiva em diferentes países; d) uma história comparada de instituições de diferentes países.

O autor procura um critério distintivo. Por isso, acentua que o direito comparado tem por fim o estabelecimento de relações de semelhança ou diferença entre institutos e sistemas, enquanto a história visa à fixação de relação de causa e efeito entre aqueles. Desse modo, o primeiro é predominantemente estático, sendo a segunda dinâmica. Exemplificando, diz que o exame paralelo das três constituições republicanas portuguesas (1911, 1933 e 1976) é possível de pertencer à comparação jurídica, contanto que o estudioso busque limitar-se aos elementos identificadores, interpretando suas identidades e contradições.

O liame entre o direito comparado e a história do direito foi alvo de atenção por Agustín Parise⁶⁷, ao demonstrar inicialmente que evoluíram como disciplinas diversas, protagonizando estudos autônomos, deixando de apresentar um enfoque uniforme.

A despeito disso, afirma que o direito apresenta uma dimensão histórica que deve emergir

⁶⁷ Derecho Comparado e historia del derecho: amalgama de dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica. *In*: ABERASTURY, Pedro (coord.). *Estudios de derecho comparado*. 1. ed. Buenos Aires: EUDEBA, 2016. p. 185-189.



⁶² Eis, nesta página, as palavras do autor: "Somente a macrocomparação pode destacar as reais características das ordens jurídicas. Os objetos de pesquisa da ciência dos Direitos comparados devem ser não um micro-fato ou um elemento jurídico isolado, mas as estruturas fundamentais dos ordenamentos analisados. Estes são os componentes determinantes das ordens jurídicas, consideradas como entidades globais, e dos sistemas, vistos como grandes unidades tipológicas irredutíveis, que englobam diversos ordenamentos" (*loc. cit.*, p. 327).

⁶³ Ibid., p. 248.

⁶⁴ Metodología comparativa para el derecho administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, v. 200, p. 55-57, jul./set. 2019.

⁶⁵ Ibid., p. 57.

⁶⁶ Ibid., p. 245-247.



em cada estudo comparativo. Melhor explicando, diz o autor que aquele que empreende pesquisas comparadas de história do direito não se lança a projetos exclusivamente comparativos ou jushistóricos. Antes, o produto de tais investigações se beneficia das técnicas e aproximações empregadas em ambas as disciplinas⁶⁸.

Com o propósito de uma melhor sistematização do campo investigativo do direito comparado, é possível se recorrer a Pegoraro e Rinella⁶⁹, especialmente quando delineiam o que denominam de níveis de comparação. Os principais dizem respeito: a) ao objeto, ou seja, sobre qual ramo jurígeno versa a pesquisa (direito em geral, direito privado, direito constitucional etc.); b) ao aspecto temporal, envolvendo investigações sincrônicas (quando confrontam próximos temporalmente, ainda que distantes no espaço) ou diacrônicas (com as quais se desenvolve uma abordagem entre direitos distantes no tempo, mas no âmbito do mesmo ordenamento); c) à sua dimensão (número de ordens jurídicas) e finalidades, sendo exemplos as já mencionadas técnicas da macrocomparação e da microcomparação.

E não param por aí. Aludem que as averiguações comparativas podem envolver outras divisões em categorias, motivo por que acrescem: a) o seu desenvolvimento em ordenamentos não soberanos, como é o caso do exame de um tema entre unidades federativas (pesquisa interna); b) a realização de uma pesquisa micro entre ordenamentos de níveis diferentes, como é o caso do direito da Comunidade Europeia e dos Estados-membros ou de uma federação e dos entes federados.

6 **QUAIS DIREITOS A COMPARAR?**

Uma questão prévia, e porventura a mais importante em sede de comparação jurídica, é a que diz respeito à escolha da ordem ou ordens jurídicas a serem posta sob confronto. A partir de tal operação, é que se criam condições para que se possa delinear os temas a serem estudados.

É indiscutível que uma profusão de quase duzentos ordenamentos, se considerarmos o número de Estados soberanos no Globo, traz um desafio investigador. Para que este possa ser enfrentado com êxito vem se procedendo ao agrupamento de sistemas por categorias, o que se convencionou denominar de famílias jurídicas. Estas representam um conjunto de sistemas que coincidem e se assemelham a partir de determinados traços comuns. Os sistemas, por sua vez, reportam-se cada um deles a direito estatal determinado.

Muito embora não desconheça a apreciável diversidade dos direitos, se considerado o teor e o conteúdo de suas regras, René David⁷⁰ advertia que aquela é menor do que se supõe quando se retêm os seus elementos fundamentais e mais estáveis, com o auxílio dos quais podem ser descobertas as regras, interpretá-las e determinar-se o seu valor.

Daí que, segundo o autor, em sendo as regras infinitamente variadas, as técnicas que se prestam para enunciá-las, classificá-las, ou os modos de raciocínio para a sua interpretação, podem ser reduzidas a poucos tipos, pelo que se mostra possível o agrupar de diferentes direitos em famílias, a exemplo do que se verifica quanto a outras ciências⁷¹.

⁷¹ Numa síntese, lê-se do autor: "O agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindoos a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo" (Ibidem, p. 22).



⁶⁸ O autor (ibid., 192-193), com o propósito de melhor explicar a delimitação, e igualmente a interdependência, das províncias histórica e jurídica, traça três quadros comparativos. No primeiro, traz o estudo de um instituto em três intervalos de tempo e três sistemas, o que ilustra uma análise comparativa da história do direito. No seguinte, temse a visão de um instituto num momento específico, mas em ordenamentos diversos, apontando se tratar de direito comparado. Ao final, há o exame de um assunto jurídico num mesmo país, mas em lapsos temporais diferentes, de maneira que se cuida de um tratamento que é meramente histórico.

⁶⁹ Ibid., p. 53-54.

⁷⁰ Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 21-22.



Essa tentativa não é nova. Dela já cuidara Beviláqua⁷², fazendo-a à medida da convergência dos direitos nacionais, romano e canônico, a partir do exposto por Ernesto Glasson. Denominou-a de classificação genética do direito civil moderno.

Com isso, apontou um primeiro grupo, consistente nas legislações onde se conservaram, predominantemente, os institutos nacionais, tais como na Inglaterra, nos países escandinavos, nos Estados Unidos da América e na Rússia. Num segundo grupo, reuniu as legislações que dum modo mais ou menos radical assimilaram o direito romano e cujos códigos então vigentes contêm elementos germânicos e adaptações canônicas, sendo exemplo a Espanha, Portugal, Itália e Romênia. Seguindo-se, vê-se em terceiro lugar o conjunto formado pelos direitos nos quais os elementos romano e germânico, a despeito da influência canônica, conservaram-se distintos, fenômeno que, verificado na França e na Alemanha, transplantou-se para a Bélgica, Holanda e Suíça.

Num toque de originalidade, Beviláqua adita um quarto grupo, a ser composto das legislações dos países latino-americanos. Justifica tal posicionamento pelo fato daquelas não poderem se inserir logicamente em qualquer das três categorias enunciadas, pois, sendo provenientes de fontes europeias aparentadas proximamente entre si (direito português e espanhol), modificaram diversamente esse elemento comum pela assimilação de traços europeus de outra categoria. Além disso, esse conjunto, por decorrerem de países novos, apresenta certas ousadias de quem não tem o receio do novo, espraiando-se mais larga a liberdade⁷³.

Há várias tentativas de classificação⁷⁴, muito embora a mais conhecida e empregada para fins didáticos seja a de René David⁷⁵. Assim, temos: a) a família romano-germânica, agrupando os países nos quais a ordem jurídica se formou com lastro no direito romano das compilações do Imperador Justiniano, desenvolvida graças ao esforço das universidades europeias; b) a *common law*, abarcando o direito da Inglaterra e os sistemas que se modelaram com base naquele, tributando-se a sua elaboração ao trabalho dos juízes; c) a família dos direitos socialistas, destacada da família romano-germânica, a qual preconizava, com base na doutrina marxista-leninista, o estabelecimento de uma nova estrutura econômica; d) dos direitos mulçumano, hindu e judaico; e) do direito do extremo Oriente; f) do direito africano.

Até há pouco prevalecia o critério de que a comparação é de suceder entre institutos de sistemas pertencentes a uma mesma família. Prova disso, Beviláqua, a propósito da legislação comparada, susteve que a comparação "deve limitar-se ás legislações aparentadas, sob pena de não dar resultados"⁷⁶.

No entanto, nas últimas décadas, a influência do fenômeno globalizante parece ter suplantado tal ponto de vista. Isto porque os sistemas jurídicos, nas suas características, viram-se envoltos por uma aura de uniformidade. É digno de menção, portanto, a redução das diferenças entre as famílias romano-germânica e da *common law* quanto à preponderância das suas fontes. Enquanto na primeira a jurisprudência vinculativa, em face da consagração da jurisdição

⁷⁶ As funções da legislação comparada. Revista Acadêmica, v. 14, n. 1, p. 103, dezembro de 1906.



⁷² Licções de legislação comparada sobre o direito privado. 2. ed. Bahia: Livraria Magalhães, 1897. p. 72-79.

⁷³ Sobre o ponto, colhe-se do autor a passagem que segue: "Nada é preciso aditar em relação aos povos latinoamericanos, cujas legislações se firmando sobre o direito herdado das metrópoles européas, se têm expandido ao sopro das transformações sociaes, da imitação do direito de outros povos julgados mais cultos, dos progressos da sciencia juridica e das aspirações da consciencia moderna. Qualquer, porém, que tenha sido a largueza desses desenvolvimentos, em todas essas legislações se mantém, como base do direito civil, a concepção dos romanos, onde se enxertáram contigentes germanicos e canonicos, mais ou menos abundantemente, e alterações determinadas pelo progredir das idéas da civilização" (ibid., p. 78). É de se advertir que decidimos preservar, na transcrição, a ortografia constante do original.

⁷⁴ É o caso de Vicente Ráo (O Direito e a vida dos direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 75. v. 1.) que, reportando-se à legislação civil, bem como empregando a expressão sistemas positivos de direito, alude aos segmentos romano, germânico, anglo-americano, soviético, mulçumano, hindu, israelita, sem prejuízo da descoberta de outros.

⁷⁵ Conferir afirmação de Rui Pinto Duarte (ibid., 789).



constitucional, vai se expandindo, tem-se, quanto à segunda, que tal ocorreu quanto à legislação, a qual se multiplicou a partir da Primeira Guerra Mundial.

Da mesma forma, os direitos das famílias hindu, do extremo Oriente e da África, passaram, seja em face do processo de colonização ou não, a sentir uma densa influência dos arquétipos dos modelos ocidentais⁷⁷.

Essa tendência de aproximação parece apenas não vir ocorrendo quanto ao direito mulçumano, diante das singularidades de suas fontes⁷⁸, de matiz religioso, o que é capaz de tornar desaconselhável.

O cenário, portanto, não mais se evidencia impeditivo para um estudo comparativo entre institutos de sistemas de famílias jurídicas diferentes, em face das semelhanças que se vão notando entre o ramo romano-germânico e o da *common law*. Isso, com maior razão, é recomendável que não somente entre os países dos modelos originais, mas entre estes e os que os desenvolveram posteriormente, bem como naquelas ordens jurídicas que se encontram a vivenciar uma forte influência daqueles padrões sistemáticos.

7 PALAVRAS FINAIS

Tal qual se tem na indicação do título, procurou-se aqui a exposição de noções gerais sobre o que denominamos de direito comparado. Não se visou discorrer, sobre alguns dos seus aspectos controvertidos. Por isso, eis um trabalho que não ultrapassou da superficialidade.

Não obstante, o seu objetivo foi o de, num mundo cada vez mais globalizado, chamar a atenção do jurista pátrio para a importância do conhecimento crítico dos padrões encontradiços no direito de outros povos para que, a exemplo do verificado na sua origem, possam ser avaliados como igualmente úteis para o enfrentamento dos nossos problemas. Espero que o escopo tenha sido atingido. Caberá ao leitor o julgamento.

REFERÊNCIAS

AGESTA, Luis Sanchez. Curso de derecho constitucional comparado. 7. ed. Madri: Universidad de Madri, 1980.

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos*. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

BEVILÁQUA, Clóvis. Applicação do methodo comparativo ao estudo do direito. *Revista Acadêmica*, v. 1, n. 1, 1891.

BEVILÁQUA, Clóvis. O desenvolvimento do estudo da legislação comparada. *Revista Acadêmica*, v. 11, n. 1, 1903.

Descreve René David (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 411-412.) que, à feição de fontes, o direito mulçumano tem: a) o Corão, livro sagrado do islã, constituído pelas revelações de Alá ao último dos seus profetas, Maomé; b) a Suna, que relata a maneira de ser e de se comportar de Maomé; c) a Idjmâ, consistente no acordo dos doutores.



⁷⁷ Como já salientado linhas atrás, por força do direito comunitário, especialmente das suas normas, especialmente dos regulamentos e diretivas, vai se procedendo a uma uniformização da disciplina de determinados assuntos (artigo 288º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). Luigi Moccia (Comparación jurídica, derecho y jurista europeo: un punto de vista global. *In: Comparação jurídica y perspectivas de estudio del derecho*. 1. ed. Córdoba: ARA Editores, 2015. p. 51) observa que esse processo de europeização jurídica deságua num direito de significado constitucional, comum a todos os ordenamentos nacionais, com relação aos quais a ordem jurídica da União se apresenta como parte integrante daqueles, com o propósito de favorecer a convergência ou integração mediante um ordenamento europeu de direito comum aos cidadãos.



BEVILÁQUA, Clóvis. *Licções de legislação comparada sobre o direito privado*. 2. ed. Bahia: Livraria Magalhães, 1897.

BEVILÁQUA, Clóvis. As funções da legislação comparada. *Revista Acadêmica*, v. 14, n. 1, dezembro de 1906.

BEZERRA, Antônio de Andrade. Funcção, objecto e methodo do direito civil comparado. *Revista Acadêmica*, Anno 40, 1932.

CABALERO, Francisco Velasco. Metodología comparativa para el derecho administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, v. 200, jul./set. 2019.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COTA, Adrián Mancera. Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano 41, n. 121, jan./abr. 2008.

DANTAS, Ivo. *Teoria do processo e da história constitucionais. Uma análise epistemológica na perspectiva comparada.* 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

DAVID, René. L'únification des droits européens. Boletim da Faculdade de Direito, n. 44, 1960.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUARTE, Rui Pinto. Uma introdução ao direito comparado. O Direito, ano 138, n. 4, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La modernización de los estúdios jurídicos comparativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 64, jan./abr. 1989.

GALÁN, Rodríguez; ABERASTURY, Pedro (coord.). El método en el derecho comparado. *In: Estudios de derecho comparado.* 1. ed. Buenos Aires: EUDEBA, 2016.

LAWSON, F.H. El campo del derecho comparado. *Boletín del Instituto Mexicano de Derecho Comparado*, v. 9, set./dez.e 1950.

LORENZO, Sixto Sánchez. El derecho comparado del siglo XXI. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número comemorativo, n. 60, 2008.

MAYDA, Jairo. Algunas reflexiones críticas sobre el derecho comparado contemporáneo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 9, 1970.

MERRYMAN, John Henry. Fines, objeto y método del derecho comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 25-26, jul./dez. 1976.

MEDINA, Graciela; ABERASTURY, Pedro (coord.). La enseñanza del Derecho Comparado. *In: Estudios de derecho comparado.* 1. ed. Buenos Aires: EUDEBA, 2016. p. 33-36.

MIRANDA, Jorge de. Sobre o direito constitucional comparado. Revista de Direito





Constitucional e Internacional, v. 55, abr./jun. 2006.

MOCCIA, Luigi. Perspectiva histórica de los orígenes y de los planteamientos del moderno derecho comparado (por una teoría del ordenamiento jurídico <<aberto>>). *In*: COMPARAÇÃO jurídica y perspectivas de estudio del derecho. 1. ed. Córdoba: ARA Editores, 2015.

PARISE, Agustín; ABERASTURY, Pedro (coord.). Derecho Comparado e historia del derecho: amalgama de dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciência jurídica. *In*: ESTUDIOS de derecho comparado. 1. ed. Buenos Aires: EUDEBA, 2016.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*. São Paulo: Contracorrente, 2021. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 4, 1952.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e o seu estudo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 7, 1955.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 1.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução de José Cretella Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jacob Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SERENI, Angelo. Función y método del derecho comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 41, maio/ago. 1961.

SIERA, Susana de la. Limites e utilidades del derecho comparado en el derecho público. *Revista de Administración Pública*, n. 201, set./dez. 2016).

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O ensino do direito comparado no Brasil contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, dez. 2006.

VALADÃO, Haroldo. O estudo e o ensino do direito comparado no Brasil: séculos XIX e XX. *Revista de Informação Legislativa*, v. 8, n. 30, abr./jun. 1971.

