

FUNÇÃO, OBJECTO E METHODO DO DIREITO CIVIL COMPARADO (*)

ANDRADE BEZERRA

Procurando imprimir orientação nova ao ensino superior, desdobrou a ultima reforma o estudo do direito em dois cursos. Num, o de bacharelado, quiz-se exclusivamente attender á finalidade de ordem puramente profissional, visando a formação de praticos do direito. Noutro, o de doutorado, procurou-se dar um aperfeiçoamento de alta cultura áquelles que, já formados em direito, quizessem aprofundar os proprios conhecimentos, em estudos de ordem especulativa e por isso mesmo desinteressada, sem fins de immediata utilidade ou applicação, no dominio de certos departamentos fundamentaes na sciencia do direito.

Com essa innovação procurou a lei brasileira approximar-se do regimen das Faculdades de Direito francêsas, a cujos moldes geraes se adaptou. Naquellas Faculdades ha muitos annos o ensino é dividido em cursos de finalidade profissional, destinado a formação de notarios, advogados e juizes, e em secções de doutorado, de alta especialização scientifica, sendo de justiça reconhecer a notavel contribuição que, á literatura juridica francêsa, têm trazido as theses elaboradas nestes ultimos cursos. Não sabe aqui investigar se o reformador patrio não teria sido melhor avisado em assegurar, como nas Faculdades de typo allemão, a elevação, largueza e aprofundamento dos estudos feitos no curso common de direito, dando a cada professor os elementos

(*) — Notas da lição inaugural da cadeira de Direito Civil Comparado, no curso de doutorado.

necessarios á extensão e especialização da propria cultura, de modo a transformar as cathedras de direito em focos de irradiação juridica na vida cultural da nação: — do que esboçar somente, como agora se fez, perspectivas de renovação que ficam, talvez, como tantas outras, no papel, deixando-se os professores desamparados dos meios indispensaveis á completa e integral dedicação da propria vida ao ensino.

Essa verdade não é desconhecida do eminente autor da ultima reforma, o que se deduz da insistencia com que, em sua exposição de motivos, procura frizar o valor secundario dos planos de estudo, e a importancia fundamental, em todo systema de ensino, da função pessoal do professor e do regimen didactico. “O ensino no Brasil, diz elle, tem sido um ensino sem professores, isto é, em que os professores criam a si mesmos, sendo toda nossa cultura autodidacta. Faltam-lhe os largos e profundos quadros tradicionaes da cultura, nos quaes se processam continuamente a rotação e renovação dos valores didacticos, de maneira a constituir para o ensino superior e secundario um padrão, cujas exigencias de crescimento e de aperfeiçoamento se desenvolvem em linhas ascendentes”.

E', porém, mais facil enunciar uma verdade desse genero, do que tirar-lhe as rigorosas consequencias practicas. A verdade é que, até agora, pelo menos, não foram adoptadas as medidas capazes de renovar as bases e a finalidade do ensino juridico, entre nós, medidas que, a nosso ver, deveram ter por objectivo a integração completa do professor no seu ensino, permittindo-se-lhe viver exclusivamente para o ensino e do ensino.

O problema do ensino coincide com o problema do professor. E a verdade é que no Brasil actual o pleno desempenho das funções magistraes, conforme o ideal esboçado na reforma, exigiria um espirito de renuncia e sacrificio, que raiaria pela santidade ou heroismo. Podemos dizer que os poucos professores que temos tido, foram-no, não porque estimulados pelo regimen do ensino, mas apesar desse regimen, que vem transformando o magisterio num dos mais desinteressantes quadros do burocracismo, desestimulante e mal remunerado.

15

FINALIDADE DO CURSO

Já sabemos a finalidade para que foi instituído este curso : aperfeiçoar, por esforços especulativos e desinteressados, a cultura dos que pretenderem uma verdadeira formação scientifica, constituindo-se como que num seminario de doutrinadores e professores de direito. Com isso quiz a reforma remediar aquella falha apontada pelo prof. **Miguel Osorio de Almeida**, num profundo ensaio sobre **A alta cultura e a sua organização** : "No momento actual, o Brasil quasi não apresenta recursos para a formação de uma *élite*. Entre nós sempre se confundiu ensino superior com ensino technico e profissional. Ora, na Escola Polytechnica formam-se engenheiros, nas Faculdades de Medicina fazem-se medicos, da Faculdade de Direito saem advogados, e as Escolas de Pharmacia e de Odontologia nos dão pharmaceuticos e dentistas. O ensino em cada uma dessas escolas destina-se a preparar para uma profissão, para um officio e por mais interessantes que sejam, essas profissões e esses officios não constituem meios de chegar á alta cultura. As sciencias fundamentaes, aquellas justamente que poderiam concorrer para a grande cultura do espirito, são e não podiam deixar de o ser, muito resumidamente e muito elementarmente estudadas nessas escolas. Além das sciencias ahi ensinadas, existem innumeras outras, de alta importancia pratica ou cultural, das quaes não se tem noticia em nossos estabelecimentos chamados superiores. Entre nós, portanto, quem quer fazer uma instrucção realmente superior e deseja iniciar-se na arte da pesquisa original, só tem dois recursos : ou vae para o estrangeiro ou estuda só e por si".

ORIENTAÇÃO DO ENSINO

Conhecido, assim, o objectivo de nosso curso, é facil comprehender a orientação que deveremos imprimir aos estudos de direito civil comparado. Não temos de desenvolver um estudo systematico de toda a materia do direito civil, nem isso fôra materialmente possivel, no periodo que nos é prefixado, mas, de escolher algumas de suas instituições, para sobre ellas procedermos a estudo aprofundado pelo methodo historico-compara-

tivo, proprio e peculiar á nossa disciplina. Começaremos pelo exame do **objecto, methodo e funcções do direito civil comparado**, materia desta primeira lição. Estudaremos, depois, dois themas ainda de ordem geral: os processos de elaboração do direito civil e os methodos de interpretação juridica. Na parte especial, analysaremos, á luz do direito comparado, os seguintes themas :

1. O casamento quanto :

- a) á celebração;
- b) á indissolubilidade do vinculo matrimonial;
- e) á situação economica da mulher casada.

2. A liberdade nos contractos :

- a) contractos de adhesão;
- b) contractos collectivos de trabalho.

3. Da culpa objectiva e do risco profissional.

Isso quanto á parte que propriamente nos toca, que é a menor, pois o curso visa sobretudo estimular o gosto e a capacidade para os estudos especulativos, bem pouco valendo sem vossa cooperação activa e constante. Vossa tarefa será a de auxiliar a cadeira, amparando-a em suas falhas e imperfeições, revendo e completando os estudos por ella apresentados. Para esse fim, reservaremos uma de nossas duas aulas semanaes, destinando-a á revisão critica e complemento das exposições que faremos sobre nosso programma.

Além dessa cooperação que sinceramente invocamos, como o estimulo mais forte, que se nos possa offercer, caber-vos-á escolher, com a mais ampla liberdade, dentro do vasto campo do direito civil, os aspectos ou problemas que mais vos interessarem, para sobre elles formulardes vossas monographias. Só uma exigencia vos é feita : que o methodo seguido em taes trabalhos seja o historico-comparativo, peculiar á nossa disciplina.

Temos, assim, á nossa frente uma ampla e longa estrada a palmilhar. Sejam os bons companheiros de viagem, considerando-nos modestamente simples aprendizes dessa vasta sciencia, tão pouco e tão mal estudada

entre nós, que, em outros meios, tem tentado a argucia e o talento de tantos e tão notaveis juristas e que pode profundamente influir, se desenvolvida com acerto e elevação de vistas, para a renovação de nossos methodos de elaboração juridica.

Numa hora, como a que atravessamos, de geral remodelação do nosso aparelhamento legislativo, nada mais opportuno, nem mais util, que informarmos o espirito nos methodos do direito comparado, os quaes nos mostram, através a diversidade fatal das contingencias actuaes e historicas de cada ambiente, as linhas geraes e communs de uma mesma evolução juridica, continuamente orientada naquella lei de espiritualização progressiva, em que **Giuseppe Carle** via o signal do progresso juridico da humanidade.

CONHECIMENTO DAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

Se todos os tratadistas de direito civil concordam em reconhecer a vantagem de alargar, pelo methodo historico-comparativo, o campo de observação daquelle ramo juridico, divergem, no emtanto, na conceituação do methodo, objecto e fins do direito comparado, a cuja existencia, como disciplina autonoma muitos oppõem mesmo a mais formal negativa. E em tal incerteza e diversidade de opiniões, quanto ao papel dessa sciencia, reside, segundo observa **Lambert**, a causa principal do pequeno desenvolvimento que ella tem conseguido em contraste com as prodigiosas esperanças que chegou a suscitar.

A primeira e mais generalizada concepção do direito civil comparado restringe-lhe o objectivo ao conhecimento das legislações estrangeiras. Os principios do direito internacional privado obrigam os tribunaes a applicar disposições de leis de outros paizes nos casos de conflicto sujeitos á sua decisão. O conhecimento desses textos legislativos impõe-se como indispensavel condição para o exercicio de tal função. O direito civil comparado seria assim um complemento do direito internacional privado.

Se o conhecimento do direito estrangeiro é elemento de grande valor para o juiz, o legislador e o juriscon-

sulto, fornecendo-lhe o material indispensavel á comparação das instituições juridicas; se os trabalhos das diversas associações que se propõem divulgar a obra legislativa dos povos estrangeiros, representam esforços dignos de todos os encomios: o certo é que não se poderia dar a taes estados o titulo de direito civil comparado. Toda a literatura da legislação comparada, cujo objecto se restringe ao conhecimento das disposições legislativas sobre cada instituição, limita-se ao exame simultaneo ou á justaposição dos textos legais de diversos paizes, sem se elevar á comparação dos principios dominantes em cada um dos systemas juridicos confrontados; revelando com isso uma tendencia lamentavel a isolar o estudo dos codigos e das leis do estudo da doutrina e da jurisprudencia e da vida real de cada systema juridico.

Nota com agudeza **Ernesto Schuster** que a relação entre o conhecimento de cada um dos direitos em vigor e a sciencia do direito comparado offerece singular semelhança com a relação existente entre a sciencia da linguagem comparada e o conhecimento de cada lingua em particular, ou ainda entre a grammatica comparada e o conhecimento de varias grammaticas. Do mesmo modo que aquelle que aprende varias linguas ou varias grammaticas não adquire com isso a iniciação na sciencia da linguagem ou da grammatica comparada; quelle que se familiariza com varias legislações não se pode pretender instruido na sciencia do direito comparado.

MEIO DE RENOVACÃO DOS ESTUDOS JURIDICOS

Uma segunda concepção vê no direito comparado utilissimo instrumento de educação juridica, encarando-o como meio de renovar e vivificar os estudos do direito civil nacional. Foi sob a influencia dessa concepção que se criaram, em 1890, na França os cursos de direito civil aprofundado e comparado, que serviram de modelo ao recentemente criado em nossas Faculdades de Direito.

Essa innovação, já velha de tantos annos, correspondia na França á reacção que alli então já se operava e veio se avolumando nestes ultimos tempos, contra os

methodos estereis da chamada escola de exegese, os quaes partiam do postulado da immobilitade do direito escripto. Erigia essa escola em dogma a rigidez da lei, sua aptidão a tudo prever e a tudo regular, considerando exgotadas todas as outras fontes do direito, e proclamando, apesar dos desmentidos quotidianos da experiencia, que a adaptação do systema juridico em vigor ás transformações do meio social e economico já não se pode realizar senão quando e na medida em que o legislador o autorizasse. Impotentes para impedir os phenomenos ineluctaveis de elaboração espontanea e extralegislativa do direito, impuzeram a si proprios a regra de os não levar em conta.

Dahi resultou, como fatal consequencia, que, aos poucos, o direito ensinado nas escolas e exposto nas obras de doutrina, viesse a differir cada vez mais do applicado pelos tribunaes.

Muitos attribuiam esse mal á insufficiencia cultural do ensino ministrado nas escolas de direito, de objectivo exclusivamente profissional, acreditando-se que, no dia em que os juristas recebessem em suas escolas uma formação intellectual generalizada poderiam tirar mais largos resultados dos methodos dominantes. Para renovar e vivificar os estudos do direito civil bastaria impô-lhes a visinhança e o contacto quotidiano de estudos mais vivos e mais scientificos.

Mas, os criadores dos cursos de direito civil comparado não consideravam essa disciplina, um ramo scientifico autonomo. Seu objecto era o mesmo dos cursos communs de direito civil. Apenas differiam na forma e no espirito. A comparação dos direitos estrangeiros não era alli encarada como um fim, mas como um meio; devia ser apresentada a titulo accessorio e somente na medida em que fosse de molde a fornecer ao estudante um conhecimento mais preciso e mais completo do direito nacional. Mesmo desprovido de character scientifico, apresentava esse ensino a vantagem de revelar a existencia de certos instrumentos accessorios, mas ás avezes preciosos, de interpretação do nosso direito positivo.

A renovação que se vem operando nos methodos de elaboração do direito estimulará a acção fecundante dos estudos de direito civil comparado sobre os estudos do direito civil interno. Entre as missões naturaes que de-

vem ser restituídas á doutrina pelo desaparecimento do dogma da immobilitade do direito, uma das principaes consistirá em guiar e activar o movimento da jurisprudencia, em approximar o direito estabelecido do que deveria existir. O jurisconsulto não poderá desempenhar-se dessa missão sem sahir do horizonte demasiadamente estreito da sua jurisprudencia nacional. Cumprir-lhe procurar fóra as directrizes e pontos de apoio solidos. Pedir-lhe-á em primeiro logar ás diversas sciencias sociaes. Infelizmente essas sciencias, com excepção da economia politica, procuram ainda o proprio caminho e não offerecem resultados seguros. De todos os instrumentos susceptiveis de emprego na procura das soluções juridicas mais conformes ás exigencias actuaes da equidade e da utilidade sociaes, o menos imperfeito e o mais geralmente utilizavel é o direito civil comparado.

O estudo do direito civil comparado permite ao jurisconsulto aproveitar as experiencias tentadas no estrangeiro; informar-se sobre o modo pelo qual as diversas regulamentações dadas a uma mesma materia pelas legislações dos principaes paizes de semelhante civilização, se comportaram na prova definitiva da pratica; sobre os meritos e os defeitos que essa prova revelou; sobre os resultados economicos e sociaes de cada uma dessas regulamentações. Facilitar-lhe-á assim numa larga medida a descoberta das regras melhor adaptadas ás necessidades da sociedade contemporanea.

E' incontestavel que o estudo do direito civil comparado pode constituir um methodo de ensino e educação juridica precioso, um excellento elemento de renovação dos estudos de direito civil interno. Mas limitar-lhe a função a esse fim fôra tomar como seu objecto o que, na realidade, é apenas um de seus efeitos, embora dos mais fecundos resultados.

INFLUENCIA NA ELABORAÇÃO DO DIREITO INTERNO

Emquanto a concepção anteriormente indicada assinalava ao direito civil comparado a função de renovação do direito nacional, *lex lata*, quanto á interpretação e aproveitamento do systema juridico em vigor, outra concepção considera de modo preponderante essa influen-

cia sobre a *lex ferenda*, sobre as reformas legislativas a introduzir.

Segundo esta ultima concepção, os estudos de direito civil comparado são um dos principaes instrumentos de elaboração duma sciencia ou antes de uma arte, cujo objecto é preparar as transformações constantes do direito interno, guiando e esclarecendo o legislador nacional na realização de sua missão politica.

A funcção legislativa pode exercer-se por dois modos : 1.º O legislador propõe-se fixar, interpretar ou desenvolver as regras juridicas pre-existentes, remediar as difficuldades que apresenta a constatação do direito não escripto. Trata-se, não de criar, mas de revelar o direito. 2.º Intervem o legislador para retocar ou corrigir o systema juridico em vigor, mudar-lhe algumas das peças, accessorias ou essenciaes. Ahi não se considera interprete, mas criador do direito. E' hoje a forma caracteristica da funcção legislativa. A ella se prendem não só nossas leis especiaes, quasi todas com um fim de reforma, mas as codificações que não são simples consolidações de systemas juridicos preexistentes, mas obras originaes que realizam innumeras innovações e não aproveitam as prescrições do direito anterior sem as haver submettido á prova da discussão e da critica. E' o que se chama **politica legislativa ou politica juridica**. O direito comparado fornece a quantos cooperam nessa renovação do systema juridico os indispensaveis elementos para o bom desempenho dessa tarefa.

Em cada paiz o valor das instituições juridicas não depende somente da sabedoria e da actividade do legislador; mas tambem da extensão e da intensidade da cultura intellectual que é alli fornecida pelas universidades aos especialistas do direito, em vista de sua formação profissional. Foi a presciencia confusa dessa verdade que provocou a penetração ainda demasiado timido e superficial, das sciencias sociaes nas faculdades de direito. O direito comparado poderia assegurar o contacto entre os estudos juridicos e os estudos economicos e historicos.

Se o não podemos fazer, de modo completo, pois não temos no curso de bacharelado cadeiras de direito comparado, informemos o ensino das disciplinas de direito privado do espirito daquella disciplina habilitando-nos

a utilizar as luzes das sciencias historicas e economicas e da sociologia juridica, levando-nos á descoberta da orientação a imprimir, no dominio do direito; á conducta social, e especialmente á tarefa laboriosa e fecunda de politica juridica, imposta a cada um de nós pela divisão do trabalho social.

POLITICA JURIDICA

A essa concepção se prende a noção de politica juridica, disciplina autonoma, esboçada por Saleilles — no sentido de politica geral, sem referencia a paiz algum em particular — e desenvolvida pelo porf. Leão Petrazicki, sob a denominação de *Civilpolitik*. Se a politica juridica do notavel professor russo destina-se somente ao legislador, escapa, em compensação, a todas as contingencias condicionantes da acção politica do direito. Não se comprehende na *Civilpolitik* a adaptação do systema juridico ás variações do meio social. Trata-se de edificar uma base unica para toda a humanidade civilizada e não accomodar cada direito positivo ás necessidades do paiz a que esse direito se applica. Essa ultima tarefa incumbirá á sciencia do direito positivo de cada paiz. A politica civil deve pois ser edificada fóra de toda preocupação de applicação a um meio determinado e ter um objecto immutavel.

A orientação do eminente professor russo leva a uma renovação das bases do systema juridico, approximada do movimento da jovem escola neo-realista do direito, que revive, depurada das antigas imperfeições, a concepção do eterno direito natural, não como immutavel modelo do direito positivo, mas como uma orientação superior de justiça a que esse direito deve tender, sob pena de falhar á sua missão social.

ORIENTAÇÕES DOUTRINARIAS

Depois de assim examinadas as concepções geraes sobre a função do direito comparado, passemos a examinar as idéas formuladas por alguns juristas que se procuraram especializar no assumpto.

Para Esmein, cumpre distinguir o estudo do direito comparado do de legislação comparada. Esta estuda,

em si mesmas e segundo seu valor proprio, as disposições legislativas dos diversos povos, quanto a uma instituição determinada (tutela de menores, garantias reaes, p. ex.). Parte do direito nacional comparando suas soluções ás das legislações estrangeiras.

Assim orientado, esse estudo é de pouco proveito. O ensino superior não tem por fim armazenar detalhes de factos, mas iniciar nos methodos scientificos e fornecer idéas geraes que permittam adquirir por si mesmo conhecimentos extensos, pessoaes e fecundos.

Ha dois methodos para o conhecimento dos principios e da natureza das instituições. Um dogmatico e abstracto, consiste em procurar pacientemente o pensamento do legislador, quando se trata de lei escripta; em interpretar o espirito das populações quando se trata de costume; e sobretudo em approximar e combinar as soluções precisas fornecidas pelo direito positivo. Outro methodo, mais recente, e esse de observação, emprega dois instrumentos: a historia do direito e o direito comparado. A primeira, mostrando que as instituições duradouras mudam a propria alma, através essas transformações no tempo, indica-lhes os principios mais exactos. O direito comparado completa o ensino da historia do direito, mostrando nas varias legislações a applicação parallela das mesmas idéas fundamentaes. Não se comparam só as fontes formaes, leis e costumes, mas a interpretação que lhes é dada pelos escriptores e tribunaes, e as doutrinas que as organizam em systemas. Attinge-se assim a uma generalização do direito mais alta e mais scientifica.

Nessa comparação não se toma o direito nacional como centro. Cumpre estudar a instituição parallelamente em cada um dos systemas de direito originaes que produziu a humanidade, ou, ao menos, a civilização occidental, fazendo relevar em cada um, os caracteres distinctivos que lhe imprimiram o genio do povo e o desenvolvimento historico.

Para isso é preciso classificar as legislações ou os costumes dos differentes povos, reduzindo-os a um pequeno numero de familias ou de grupos, cada um representando um systema de direito original. E dar a conhecer a formação historica, a estrutura geral e os traços distinctivos de cada um desses systemas, é a par-

te primeira e essencial, em todo ensino scientifico do direito comparado.

Limitando-nos á civilização occidental — em falar do estudo comparado dos costumes primitivos, tão importante para a sociologia — esses grupos podem ser em numero de quatro : grupos latino (França, Belgica, Italia, Espanha, Portugal, Rumania, Republicas Centro e Sul Americanas) ; grupo germanico (povos escandinavos, Allemanha, Austria, Hungria) ; grupo anglo saxonio (Inglaterra, Estados Unidos, dominios e colonias inglezas) ; e o grupo slavo.

Para Weiss, a legislação comparada é a historia em acção, a historia viva. Mostra-nos a serie completa das evoluções, metamorphoses de que uma instituição juridica é susceptivel.

A diversidade das leis, que é facto natural, importa numa grande lição, justificando a funcção externa e interna da legislação comparada. O ponto de vista externo é o do legislador. Sempre que a lei nacional tiver de ser formada por imperfeita ou incompleta, cumpre receber a lição das vicissitudes legislativas estrangeiras, dos resultados felizes ou infelizes das tentativas empreendidas em outros paizes. O ponto de vista interno é o da interpretação. A mór parte dos codigos têm um fundo commum. Salvos certos pontos que soffrem a acção contingente do meio social, as legislações dos povos de mesma cultura apresentam affinidades evidentes. Uma assenta o principio ; outra, além do principio, desenvolve-lhe certas consequencias. A interpretação no primeiro paiz deve levar em conta o desenvolvimento apresentado no segundo.

Para Thaller a lentidão com que se tem desenvolvido o direito comparado provem do facto de se ter communmente restringido a comparação ás legislações. A diversidade das instituições não resulta somente da differença de legislações, mas do contraste dos temperamentos nacionaes e das geneses das idéas dominantes. A multiplicidade das soluções que se agrupam em torno de uma lei provem da concepção primordial de um certo traçado de principios, traduzivel numa formula de base, sem a qual nos sentiríamos desorientados.

O unico meio de fazer direito comparado é prendermo-nos ás doutrinas que explicam a economia e o perfil

dum organismo juridico ou que formam sua base latente. Para verificar se duas leis podem fundir as proprias differenças, cumpre examinar se a opinião acceita nos dois paizes sobre o dado primeiro da instituição é ou não a mesma. Quando esses dados differem, cumpre indagar o gráo de resistencia que oppõem essas legislações a soluções concordantes, diversamente inspiradas. A logica offerece extraordinarios recursos de elasticidade, especialmente quando se applica ao aperfeiçoamento da legislação. E disso temos exemplo na sciencia do direito pretoriano.

Para Lambert confundem-se numa mesma denominação amphibologica de **direito comparado** duas disciplinas distinctas, que só teem de commum o emprego do methodo comparativo. A primeira é um dos ramos particulares da sciencia social ou, mais exactamente, da sociologia descriptiva. A segunda é uma das formas superiores da arte juridica. Lambert dá á primeira a denominação de **historia comparativa** e á segunda a de **legislação comparada**. A denominação que conviria perfeitamente ao direito civil comparado seria a de **direito internacional privado** ou **civil**. Mas esse titulo já foi usurpado por outro ramo do direito e por isso devemos contentar-nos em chamal-o direito civil comparado ou legislação civil comparada.

A primeira dessas disciplinas, historia comparativa, tem fim exclusivamente scientifico e especulativo. Forma o quadro e a parte descriptiva da sociologia. A segunda, a legislação comparada, tem fim pratico, de acção. E' um dos instrumentos e um dos órgãos de revelação, criação e applicação do direito. Não é uma sciencia ; é uma arte. Tem como papel desprender do confronto dos systemas juridicos que compara, o fundo commum das concepções e instituições que é alli latente ; de formar um deposito de maximas communs a essas legislações e enriquecel-o constantemente por incursões successivas no dominio do particularismo.

Para Saleilles o direito comparado procura definir o typo ideal, todo relativo, que resulta da comparação das legislações, de seu funcconamento e resultados, quando a uma instituição determinada, levando em conta o estado economico e social a que deve corresponder,

mas sem se collocar no ponto de vista de suas possibilidades immediatas de applicação.

O objecto proprio do direito comparado deve desenvolver-se em tres sentidos scientificos : Estudo critico de cada uma das legislações estrangeiras, encaradas do ponto de vista economico e social ; pesquisa dos pontos de contacto susceptiveis de corresponder a uma corrente de evolução commum a varios paizes ; determinação de um ou varios typos juridicos, para uma instituição dada, em cujo sentido deve orientar-se a politica juridica dos paizes de estado social sensivelmente similar. E' sciencia independente, com objecto e methodos proprios. Seu objecto não se confunde com o do direito propriamente dito. O direito estuda a lei existente ; o direito comparado procura deduzir a lei que deve ser, tentando estabelecê-la, não sob a forma exacta, susceptivel de adaptar-se ao direito nacional, mas sob a forma de um typo generico, que sirva de concepção commum ás reformas legislativas a serem realizadas nos differentes paizes.

Bufnoir diz que o direito comparado não é senão o prolongamento no presente do que constitue a historia no passado. E' historia que se realiza, não sob a forma de uma evolução inconsciente e fatal, mas sob a forma de uma direcção consciente, susceptivel de orientação scientifica.

Kohler observou que não ha uma só de nossas instituições cujos elementos essenciaes não sejam tomados ao fundo de cultura do conjuncto dos Estados civilizados. Para orientar o desenvolvimento de cada uma dessas instituições em suas applicações locaes particulares, voltamo-nos a esse fundo commum de cultura afim de alli haurirmos como que a propria seiva do desenvolvimento juridico.

Mas, além de sciencia independente, é o direito comparado sciencia auxiliar, fazendo admittir no conjuncto do direito nacional os dados do direito comparado, como typo ideal a que deve tender a orientação de cada direito particular.

21

O DIREITO COMPARADO NO BRASIL

Passando agora a considerar o direito comparado do ponto de vista especial do nosso systema juridico, devemos reconhecer que no regimen anterior ao codigo civil eram mais frequentes as applicações do methodo historico comparativo aos estudos de direito. Por determinação do velho codigo filippino, na falta de lei, estylo ou costume a applicar ás hypotheses occorrentes, deveria o interprete recorrer ao direito romano, naquillo em que se não afastasse da bôa razão. E a lei de 28 de Agosto de 1772 determinava que eram, conformes á bôa razão as leis romanas aceitas pelo uso moderno. Tanto importava, diz Clovis Bevilacqua, exigir o estudo da legislação dos povos cultos que receberam o direito romano.

Com o advento do codigo civil parece ter diminuido o interesse pratico da comparação de nosso direito com os dos povos estrangeiros, sendo aliás phenomeno registado após a elaboração de cada codigo uma decadencia passageira dos estudos juridicos, facto observado na propria Allemanha.

Aquella feição do direito patrio não poderia deixar de reflectir-se na organização do ensino entre nós. Assim é que os primeiros estatutos organizados para o curso juridico fundado no Rio de Janeiro em 1825, recomendavam o estudo da jurisprudencia analoga das nações polidas. O decr. de 19 de Abril de 1879, que instituiu entre nós o ensino livre, estabelece, em seu artº. 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. E rematando essa evolução, criou o decr. de 17 de Janeiro de 1885 uma cadeira especial de legislação comparada sobre o direito privado, que se manteve até a reforma de 1911.

Será interessante examinar, embora summariamente, o conceito que faziam do direito comparado os tres professores de legislação comparada nas Faculdades de Recife, S. Paulo e Rio de Janeiro.

Para Clovis Bevilacqua o objecto immediato da cadeira de legislação comparada sobre o direito privado era a comparação. A comparação, o confronto, o cotejo

da legislação brasileira com a estranha em sua forma actual e accessoriamente, com as phases anteriores de seu desenvolvimento. Em todas as outras cadeiras em que se estuda o direito privado mais aprofundadamente, mais detalhadamente, a comparação não passa de um accidente. E' accessorio é illustração de assumpto especial. Na cadeira de legislação comparada, porém, a comparação é o systema, é a substancia mesma do assumpto, emquanto que o direito privado é uma determinação, uma limitação. E', por assim dizer, simplesmente o thema sobre o qual se vão desenvolver as variações que apenas deixam ouvir notas fundamentaes delle, diluidas nas opulencias e nas modificações rapidas de sua progressão.

Candido de Oliveira dava maior alcance á actuação da disciplina de que foi mestre. A seu ver, a legislação comparada não fornece somente as bases para a concordancia dos textos. Tem objectivo mais elevado. Comparando, ella faz uma selecção; estabelecendo o confronto, apontando as differenças, o comparador caminha para a unidade, mostrando que, em todos os tempos, sob todos os climas, em todas as legislações, existem normas dominadoras, principios universaes, que são a prova mais eloquente da homogeneidade da raça humana. Por outro lado, estreitando-se esses vinculos de nação a nação, serve-se á causa sagrada da universalização do direito, que seria o ideal supremo da civilização.

João Monteiro, em trabalho de grande repercussão, advoga eloquentemente a causa do direito comparado cujo objectivo devêra ser a universalização do direito.

Todas as sciencias confluem no homem, diz elle; porque sendo o homem, como ensina Protagoras, a medida de tudo quanto existe no mundo social, o direito não é outra cousa senão o mesmo homem pensando e agindo, agindo e conquistando, sempre e em toda parte, a propria criação racional, o amor e a sympathia, o espirito nas harmonias da intelligencia e a carne na satisfação das necessidades sensíveis. O direito é tudo isto, porque tudo isto é identico em cada linha do mundo civilizado. E' a synthese de todas as coordenações moraes. E' portanto, a universalidade humana. Está para a coexistencia social, como as letras para as syllabas, as syllabas para as palavras, as palavras para a proposi-

ção, a proposição para a permuta das idéas. E' cadeia indissolúvel.

E, fiel ao seu lemma de universalização, accrescenta : "A harmonia entre a vida juridica de cada povo está indicando a possibilidade de chegarmos á perfeita harmonia da vida juridica universal. Havemos de lá chegar. A' soberania autonómica de cada povo se haverá de substituir, como disse **von Tienhoven**, a soberania universal da justiça, que é a formula pratica do direito. No futuro, que esta febril contemporanea renovação social vae a largos passos encurtando, não haverá grupos de civilização, mas a civilização humana e com a unidade politica virá a universalização legislativa e o mundo inteiro se chamará a **Cosmopolis do Direito** !"

OBJECTO DO DIREITO COMPARADO

Hoje ninguém subscreveria os entusiasticos e ardorosos conceitos do eminente jurista brasileiro sobre a função do direito comparado, até porque os tratadistas modernos se não chegam a negar qualquer influencia aos estudos de legislação comparada, mais se inclinam a incluí-los entre os methodos de aperfeiçoamento do direito nacional, preferindo, do ponto de vista didactico, acceital-os como um dos aspectos do conhecimento do direito patrio, cujas instituições são cotejadas com as de outros paizes.

Pensamos, entretanto, que o direito comparado é disciplina autonoma, com um objecto formal e methodos proprios. Está elle para os diversos ramos do direito, como a sociologia para as differentes sciencias sociaes. O objecto material de cada uma dessas sciencias tambem o é da sociologia, mas dum ponto de vista diverso. A sociologia é, no conceito de Tarde, a sciencia das comparações comparadas entre os objectos das sciencias sociaes particulares, approximações que lhe revelam a acção constante, infinitamente diversificada, das mesmas leis de psychologia social.

Assim no direito comparado, observa **Geny**, por traz dos phenomenos psychologicos de imitação, que representam a acção exterior reciproca dos direitos de diversos paizes, revela-se facilmente a idéa de que uma regra, deduzida do **consensus** dos systemas juridicos

collocados num mesmo nivel de civilização, tem por si, uma especie de consciencia juridica collectiva, mais larga do que a manifestada no seio dum paiz determinado e capaz, por consequencia, de certas resistencias nacionais.

Podemos, assim, ficando num meio termo entre as concepções extremadas, assignalar, com Saleilles^a ao direito comparado a seguinte função :

1. O direito comparado, como sciencia principal independente, tem por fim : 1.º, o estudo das diversas legislações, encaradas pelo lado social; 2.º, a approximação, sob forma de grupos constituídos por suas similhanças organicas, construcções juridicas e praticas reveladas pelo estudo das legislações; e, emfim, sob forma de conclusão, a indicação de um ou varios typos juridicos resultantes dessa critica comparativa e destinados a servir de objectivo á orientação progressiva, das legislações particulares, sob reserva absoluta da manutenção das formas tradicionaes e das diversidades historicas que as distinguem.

2. O direito comparado, como sciencia auxiliar, tem por objecto servir ao desenvolvimento progressivo do direito nacional, offerecendo esse fim positivo, quer á evolução legislativa, quer ás construcções doutrinarias, quer á interpretação jurisprudencial.

3. A medida em que essa influencia do direito comparado em materia de interpretação pode ser admittida, depende, ella mesma, das concepções aceitas como dominantes em materia de interpretação juridica e pode variar sgundo os differentes ramos do direito.

CONCLUSÃO

E para concluir, uma advertencia que nos evite os funestos exageros do sociologismo, uma vez que na elaboração do direito comparado, temos de soccorrer-nos das sciencias sociaes, para o exame detalhado das instituições juridico-sociaes em confronto. E' erro pensar que o espirito sociologico introduzido nos estudos juridicos nos leve ao determinismo de soluções impostas por certas condições do meio social, que a observação revela. E a sciencia social mais desenvolvida nunca poderá passar do indicativo, do descriptivo, do que é, para o nor-

23

mativo, o que deve ser, forçando-nos a deduzir do que é ou do que foi, — o que será.

Concluamos com a seguinte observação de **Tarde** : Enquanto o indicativo e o imperativo não se confundirem em nossas linguas, as luzes da sciencia serão sempre distintas dos impulsos da vontade e do coração. Um mestre da linguistica demonstrou que o imperativo foi o primeiro modo dos verbos, o germen inicial da linguagem. Dá-se o mesmo em todo direito, que começou sempre por uma ordem. Juridicamente tudo começa e acaba nisso, por um acto de querer, que se communica. Na evolução do direito, a parte do consciente, do reflectido, do proposital, — o elemento de liberdade — nem sempre encaminhado no melhor condicionante tem influencia muito menor do que o suppunham os chamados naturalistas do direito.