

DIREITO COMPARADO, CIÊNCIA AUTÔNOMA

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

1) O jurista habituado com o trato corrente das diversas disciplinas — direito civil, direito penal, direito constitucional, direito administrativo — quando penetra o campo do Direito Comparado sente uma profunda diferença. Os princípios de que se vale no percorrer aquelas províncias são seculares, prestigiados por uma aceitação generalizada e consolidados pela experiência e vetustez. E, mais ainda — o que concorre grandemente para imprimir um sentido de pacificidade aos conceitos — o direito positivo já os recolheu, assentando-os na forma imperativa da norma de conduta, vazando-os na linguagem sugestiva e concisa com que se costuma dar redação aos dispositivos legais.

O jurista então, que se faz comparatista — deixemos passar o neologismo que vem associado à idéia da prática ou familiaridade com o Direito Comparado — começa por ter de manusear um material novo, a que o curso das idéias comuns ainda não deu feição mais íntima, utilizando-se de uma técnica nova, para encontrar um resultado também novo. Aqui, pois, é tudo novo.

O terreno não foi sequer desbravado, nem abertos os caminhos centrais, através de cujos rumos se possam entreolhar com absoluta nitidez os objetivos capitais. As controvérsias surgem a cada passo, e muitas vêzes levantadas em torno de pontos que intrinsecamente as não comportam, suscitadas que são pela razão de não haverem ainda os estudiosos fixado os lineamentos gerais, estruturadores da disciplina.

Quem quer que empreenda estudar o Direito Comparado afronta de início uma questão que atormenta os comparatistas, convocando à liça os melhores nomes, sem contudo obter deles acôrdo essencial. O volume da corrente aumentando, cresce no mesmo ritmo o teor da divergência.

É o problema, que aqui apresento, da conceituação íntima do Direito Comparado: se constitui, mesmo, um Direito, naquele sentido a que se prende a idéia de ramo da ciência jurídica, ou seja: se em verdade o Direito Comparado é ou não um "Direito". A indagação se desenvolve na apuração de sua autonomia, o que, aliado à primeira proposição, forma o problema que se encontra em precisar se o Direito Comparado é ciência e é autônomo, equacionamento a duas incógnitas que a epígrafe dêste estudo não disfarça.

Antes de afrontar a questão, julgo indispensável assinalar que não tenho a pretensão de resolvê-la, senão apenas de concorrer para a sua solução, trazendo sem a vaidade de ser inovador, uma contri-

buição modesta à interrogação que se desenha bem no pórtico da disciplina comparatista.

Estudioso do Direito Comparado, e sobretudo contaminado pelo entusiasmo e pelo idealismo que encontro em todos os escritores deste novo ramo da ciência do Direito, quis trazer a minha palavra ao debate, e, tomando posição na controvérsia, manifestar também a minha opinião, onde os grandes mestres pontificaram.

E não receio a acusação de debater o resolvido, porque efetivamente está aberto o problema, bastando lembrar que os mais recentes trabalhos registam a questão, como no discorrer o tema terei oportunidade de evidenciar.

2) Nenhuma novidade enuncio, quando afirmo que todo jurista é, sob certo e particular aspecto, um comparatista. A verdade é sedição, e todos os escritores do Direito Comparado a aceitam e proclamam.

Mesmo aqueles profissionais que não se preocupam com a investigação puramente científica e desinteressada dos problemas, pelo só exercício de seus trabalhos práticos, vêm-se freqüentemente a braços com questões de direito estrangeiro, que os obrigam a penetrar em terreno que os faz comparatistas.

Para ilustrar a afirmativa recorro que há pouco tempo, tive oportunidade, como advogado, de ventilar uma pendência travada a propósito de uma exportação de madeira realizada por firma desta praça, que originou um saque contra certo Banco em Londres, por intermédio de um Banco do Distrito Federal. A recusa em acatá-lo, pela razão de má execução do contrato de exportação obrigou o Banco a tirar o protesto em Londres e acionar regressivamente o sacador aqui.

Patrocinando o Banco, não apenas tive de esquadriñar o procedimento do estabelecimento bancário inglês, que recusou aceite ao título, em obediência às instruções do importador da madeira, seu cliente, como ainda tomei intimidade com a instituição do chamado "crédito confirmado" em matéria documentária, cujas regras unificadoras foram assentadas pela "Câmara de Comércio Internacional", em junho de 1933, e aprovadas as Normas e Usos Uniformes no XIII Congresso da mesma Câmara Internacional de Comércio, realizado em 1951 em Lisboa. A matéria que não está ainda regulada em definitivo (1) é nítida formação do Direito Comparado, e seu novo surto de progresso, notadamente nesta quadra de desenvolvimento do comércio internacional subsequente à segunda guerra mundial exige do profissional que ampara causas surgidas de possíveis conflitos entre comerciantes estabelecidos em Países diversos, um manuseio

(1) cf. GEORGES MARAIS, *Du crédit confirmé en matière documentaire* — Paris, 1945, *Introdução*.

com a legislação, com a doutrina e com as normas costumeiras adotadas nos diferentes Países.

Aqui duplamente se aponta a importância do Direito Comparado: por um lado, é necessário um conhecimento ou um estudo destes princípios, de forma a habilitar o advogado a bem defender o seu cliente; por outro lado este estudo amplia cada vez mais a esfera do Direito Comparado, tanto pelo crescimento do número dos juristas que se fazem comparatistas, à força de o praticar, como pelo alargamento das pesquisas e a extração de princípios que obrigatoriamente resultarão destes esforços, quando bem orientados.

Muito maior familiarização com o direito estrangeiro, e muito maior aproximação com o Direito Comparado é exigida do jurista que se dedica aos estudos e investigações de natureza especulativa ou puramente doutrinária. Aqui a invocação do direito estrangeiro é de tão evidente necessidade que, a rigor, ninguém hoje em dia poderá escrever um trabalho jurídico, seja uma tese, seja a formulação dogmática de um instituto, seja a pesquisa em torno de uma solução nova para um problema antigo ou tentativa de resolução de novas questões que a vida contemporânea sugere aos juristas, sem se fazer comparatista.

Mas o mal, neste particular, está em que se esboça um comparatismo empírico, despido de orientação superior e principalmente de sistematização, que por isso mesmo às vezes prejudica, ao invés de auxiliar, o prestígio do Direito Comparado.

É, pois, com este sentido, que geralmente se fala em que não é possível admitir-se um jurista a que o comparatismo seja **extranho**. Mas, como sempre no mundo do conhecimento às expressões frequentemente se prendem sentidos variados, também aqui podemos assinalar uma dualidade conceitual ou ideológica que todos sentem, mesmo aqueles que não tiveram ainda lazer ou oportunidade de dirigir as suas cogitações para o terreno do Direito Comparado.

Logo de plano se observa que a invocação do direito estrangeiro, a pesquisa de jurisprudência estrangeira, a busca da lei estrangeira e o subsídio da doutrina estrangeira, todos indispensáveis ao desenvolvimento de um qualquer tema, não podem ter o condão de transformar o tema ou estudo em obra de Direito Comparado. É sem dúvida valer-se do Direito Comparado o aproveitar-se de todo este material. Mas não bastam estas evocações para fazer Direito Comparado.

Para tanto, será de mister que se erijam em objeto do estudo dois ou mais sistemas jurídicos, com todos os seus elementos componentes, a fim de que o confronto entre uns e outros possa fornecer ao estudioso as conclusões decorrentes da extração dos pontos em que eles se diferenciam e dos em que apresentam marcada analogia. É por isso que a invocação do direito estrangeiro, como subsídio para o exame de uma tese de direito nacional, frequentemente se faz atra-

vés de viagem por numerosos corpos de direito positivo, ao passo que os trabalhos de finalidade comparatista quase sempre limitam seu campo de operações a dois sistemas, eis que a necessidade prática da divisão do trabalho, como acentua DEL VECCHIO, impõe esta restrição.

3) Quando uma pessoa fala em Direito Civil, ou em Direito Comercial, todo mundo sabe a que se está referindo. O simples emprego de uma tal expressão logo se associa à noção de comando ou norma de conduta social. O eminente professor RENÉ DAVID, da Faculdade de Paris, assinala que qualquer destas locuções se prende a idéias, já assentadas, de regras de conduta para os particulares, nas suas relações privadas, as quais se invocam perante os tribunais e são por êstes aplicadas. Encontram correspondência em princípios que a doutrina e a legislação organizaram e sistematizaram. O mesmo não ocorre com o Direito Comparado, de que se desconhecem as regras, com aquêlê sentido de normas capazes de governar a conduta humana (2).

O primeiro obstáculo, portanto, à boa fixação da natureza do Direito Comparado, e a resposta à questão que a epígrafe dêste trabalho suscita, isto é, se é ou não ciência autônoma, está na dificuldade de sua conceituação.

De quantos conhecem a minha investidura na cátedra de Direito Civil Comparado tenho ouvido a indagação do que seja a disciplina. O meu primeiro cuidado é esclarecer os meus alunos a êste respeito. E, se não posso admitir como razoável, senão como produto da ignorância leiga, a dúvida suscitada pela expressão Direito Comparado, contida na pergunta — comparado com que? — a mim já feita e por mais de uma vez, não posso contudo deixar de acusar que a conceituação da disciplina é um óbice muito sério à resolução do problema de sua natureza.

Quero mesmo crer que ambos os assuntos andam de parilha. A fixação do conceito de Direito Comparado e o problema de sua natureza não irmãos gêmeos, e tão ligados, que um sem a outra corre o risco de não encontrar rumo certo e claro.

Eis porque tenho de me referir à primeira, para alcançar solução ao segundo, uma vez que não posso deixar como premissa superada aquela conceituação.

Mas desde logo, e antecipando tôda objeção ou crítica, repito que é imprescindível, ao enfrentar o problema da natureza do Direito Comparado, fazer abstração dos perfis clássicos de "Direito", tais como a generalidade dos escritores o entendem. Quem quiser traçar o contôrno do Direito Comparado sem se desprender das idéias que compõem o quadro clássico dos direitos, evidentemente terá de

(2) *Droit Civil Comparé*, pág. 3.

começar negando a esta disciplina não apenas autonomia e cunho científico, mas deverá avançar ainda mais longe no campo negatista, e "*prima facie*", lhe recusará mesmo o título de Direito.

Pouco importa que a aproximação se faça com o Direito Civil, quase por toda parte codificado, ou com o Direito Administrativo, ainda na quase totalidade dos países não codificado; ainda que se tenha como fator de comparação o Direito Penal, cujas regras, na quase unanimidade dos sistemas, assentam no pressuposto da predefinição legal do delito ou o Direito Aeronáutico, em formação diante de nossos olhos; se a análise do Direito Comparado, seu conceito, e seu valor, fôr empreendida com base nestas idéias, será impossível sustentar a existência do Direito Comparado até como expressão de um ramo auxiliar da ciência jurídica.

Acontece, porém, que a capacidade de abstração do homem, manifestada e sempre reafirmada em todos os setores de sua atividade, leva-o a alterar sem desvio de rigor científico os conceitos acadêmicos, introduzindo modificações de conteúdo às expressões jurídicas, dentro de uma normal oscilação de valor semântico.

É por isso que, abstendo-se da definição de Direito como é conhecida na acepção com que se usa nas locuções Direito Civil, Direito Comercial, etc., será admissível indagar se o Direito Comparado tem autonomia, tem cunho científico, e, assim, compõe um ramo novo da árvore jurídica. Noutros termos: utilizando-se o vocábulo "Direito", na acepção comum às mencionadas locuções, não se pode afirmar a existência do Direito Comparado. Para que se lhe reconheça vida própria é indispensável esclarecer que a palavra "Direito" tem aqui outro sentido, o que não é novidade, pois que se trata de vocábulo plurivalente, com sentidos diversos, que não cabe minuciar neste ensaio, nem será preciso repetir.

4) Um dos maiores nomes do comparatismo moderno, e dos mais entusiastas do Direito Comparado, RENÉ DAVID, professor da cadeira na Faculdade de Direito de Paris, e defensor da utilidade do Direito Comparado, como meio de maior aproximação entre os homens, nega-lhe autonomia.

Para este eminente jurista não se pode falar na disciplina ou ciência autônoma do Direito Comparado. A própria denominação é por ele combatida preferindo usar, para dar idéia do assunto, a que a doutrina alemã adota: comparação dos direitos (*Rechtsvergleichung*). O que se chama Direito Comparado não passa, ao seu parecer, do método comparativo aplicado à ciência do Direito, de igual que este mesmo método é utilizado pelas outras ciências.

Não encontra o professor DAVID existência independente no Direito Comparado, que somente tem vida em função da finalidade a que visa. E, para demonstrá-lo, analisa o objeto da disciplina, como o apresentam a generalidade dos comparatistas.

Servir-se dêste método, para esclarecer a história das instituições não é fazer direito comparado, sustenta êle, mas história comparativa das instituições. A pesquisa das leis que regem o desenvolvimento da sociedade é objeto da sociologia ou da filosofia do direito. Valer-se do direito comparado para melhorar o direito interno será praticar política legislativa, ou, se se levar mais longe êste objetivo, esclarecendo as soluções ou as tendências do direito nacional, importará em fazer direito civil aprofundado e comparado, mas não será Direito Comparado (3).

Esta tendência à negação de autonomia científica ao Direito Comparado é partilhada por grande número de autores, que procuram reduzi-lo às proporções de um método de estudo, sem vida própria. Não pensam de forma diferente MESSINEO, para quem o chamado Direito Comparado é apenas um método, "in luogo di un'autonoma disciplina scientifica" e DE FRANCISCI que reconhece a existência de "un metodo comparativo", de cunho subsidiário, mas "non esiste nè può esistere" uma ciência particular do Direito Comparado (4).

Um jurista que nos é caro, entre outros títulos, por ter dedicado seus dotes de espírito e seus conhecimentos a investigações comparatistas em torno do direito Brasileiro — TULLIO ASCARELLI — em estudo inserto naquela brilhante coletânea publicada sob o título de "Scritti Giuridici in onore di FRANCESCO CARNELUTTI" (Pádua, 1950) cuida em especial do exame da função do Direito Comparado (*La Funzione del Diritto Comparato e il nostro sistema Diritto Privato*).

Extremamente radical e convicto de suas idéias, abre o ensaio com um enunciado que parece não admitir dúvida ao menos, negando peremptoriamente a ciência comparatista, que nem em tese pode, para êle, existir: "Più che di diritto comparato si dovrebbe in realtà parlare di metodo comparato nello studio dei problemi giuridici poichè, in realtà, per la sua stessa natura, non esiste e non può esistere un "diritto" comparato, ma solo la comparazione dei vari istituti o dei vari problemi" (5).

A negação da autonomia do Direito Comparado é assim formulada pelos espíritos mais esclarecidos. E nem se pode pôr o problema num terreno de profissão de fé, de forma a afirmar que os que lhe negam a existência independente são os mesmos que lhe recusam valor e eficiência, no plano nacional ou no plano universal.

Ao contrário, encontramos em RENÉ DAVID a mais ampla defe-

(3) *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, págs. 4 a 6.

(4) Ambas as citas são através de MARIO SARFATTI, *Introduzione allo studio del Diritto Comparato*, pág. 29, as quais não me foi possível encontrar no original, por constarem de artigos publicados em revistas fora de meu alcance.

(5) Vol. III, pág. 11.

sa da disciplina, quer com finalidades de ordem prática, quer de ordem científica. Dedica uma boa parte de seu *Traité* ao desenvolvimento dos objetivos do Direito Comparado. Não posso aqui resumir seu pensamento, que se rastreia através de vários capítulos. Limito-me a apontar os pontos essenciais, que podem ser ressaltados como epígrafes de temas desenvolvidos, e o faço em forma tão resumida que mais parecem verbetes de um índice.

Um primeiro interesse do método comparativo se encontra dentro do plano interno, e, aqui, o jurista não visa à extração de princípios super-estruturais, porém coloca sua mirada como que dentro de sua própria casa, "pour parvenir à une meilleure connaissance de son propre droit national" (pág. 77). Lembra que nas Faculdades francesas, a comparação com as legislações estrangeiras freqüentemente se faz e sua utilidade é francamente reconhecida "comme un moyen efficace de rajeunir et de vivifier les études de droit français" (pág. 78).

Recorda que o propósito de melhorar o direito nacional vem afirmado desde o período lendário da história jurídica, que registra haverem os legisladores sábios das Cidades antigas viajado no propósito deliberado de se informarem do que se passava em outras terras, antes de trabalharem na melhoria de seus próprios direitos: Solon, Licurgo, os Decenviros (pág. 113). Mas não estará este aproveitamento do direito estrangeiro, hoje mais que nunca necessário, em copiar servilmente as instituições. O aproveitamento da experiência alheia contribui para o desenvolvimento do direito nacional através de uma boa crítica, que saberá escoimar o produto importado daquilo que não é adaptável às condições estranhas ao meio próprio e originário. (págs. 117 e seguintes).

Num plano mais alto, o Direito Comparado conduzirá à unificação ou à harmonização dos direitos, que pareceu, durante uma certa época, seu objetivo essencial (pág. 140). Depois de acentuar que o problema se decompõe em dois outros — o da possibilidade e o da conveniência da unificação — alinha os casos em que a solução poderá ser coroada de êxito (pág. 162).

Onde me parece que se situa a maior força de idealismo do eminente professor da Faculdade de Paris não é aí, nem quando ele desenvolve a aplicação do método comparativo aos estudos de história e filosofia do direito (capítulo V), nem mesmo ao chegar à sustentação de que "le droit comparé permettra au droit de recouvrir, ou d'acquérir le caractère international qui appartient à toute véritable science" (pág. 214). A nota predominante de suas idéias está naquele propósito de concórdia entre os homens, naquelas palavras apostolares, em que se acha vasada a convicção sincera de que só um bom conhecimento das sociedades estrangeiras premunirá os indivíduos a se compreenderem. É indispensável

que todos se preparem para entender o que fazem e falam os estrangeiros: "Étudier leurs institutions et leur droit est un moyen pour nous de les connaître et de mieux nous entendre avec eux, d'éviter des malentendus et des états de tension internationale" (pág. 39).

Da mesma forma, ninguém pode ver em Ascarelli senão um entusiasta do Direito Comparado. Do ponto de vista interno, além de outras conclusões a que autoriza chegar, tais como a ampliação da experiência jurídica no espaço, o auxílio que presta ao progresso jurídico, a utilização da experiência alheia, o desenvolvimento da linguagem jurídica internacional, faz salientar a investigação do que êle chama "le premesse implecite (economie, sociali, dottrinarie, ecc.) dei diversi diritti, premesse, a volte, non formulate, ma tuttavia essenziali e capaci di illuminare la portata delle soluzioni giuridiche" (6).

Mas o eminente jurista italiano também enxerga no Direito Comparado um objetivo mais alto e uma finalidade mais sublime, uma valoração superior, que o faz desprender das questões mais rasteiras e alar-se a uma região de onde pode abranger uma perspectiva universal: "Il valore del studio del diritto comparato stà innanzitutto in questo suo valore profondamente umano, in questo riconoscimento (sul quale si fonda la sua stessa possibilità) della necessaria umanità e universalità del diritto e perciò della unità e fratellanza tra gli uomini" (7).

Dissociam-se, portanto, as idéias do reconhecimento da autonomia e da proclamação do valor da disciplina. A questão, para os adversários da conceituação como ciência autônoma, é bem outra. O Direito Comparado não passa de um método de estudo. Mas, ainda assim, ninguém pode contestar a sua eficácia, nos diversos planos de sua incidência. Da mesma forma que o método de comparação é utilizado no estudo e para investigação dos problemas no terreno das ciências exatas, como no plano das sociais, com os melhores resultados, assim também as vantagens dêle se recolhem, quando transposto para a órbita especial da ciência jurídica.

Será, pois, como método utilizado no estudo do Direito, e não como um ramo autônomo e independente da árvore jurídica que o Direito Comparado frutifica tão fartamente.

A tese traz fôrça de convicção, e na esteira de tão grandes nomes, fácil é deixar que se firmem as raízes.

5 — Não obstante a autoridade dos mestres e a fôrça do raciocínio, acredito que o Direito Comparado existe *a se*. Vive vida

(6) *Saggi Giuridici, Premesse allo studio del diritto comparato*, pág. 10.

(7) *La Funzione del Diritto Comparato*, in "Scritti...", vol. III pág. 14.

própria, e não consiste apenas na aplicação de um método. É autônomo. Forma um ramo novo da ciência jurídica.

Penso que ainda não se podem vislumbrar, em toda a extensão, as linhas de seu contorno como disciplina independente. A sua pouca idade, a fase de formação em que ainda se encontra, e a circunstância de diferir o Direito Comparado dos ramos clássicos do Direito, embaraçam a visão de seu conjunto, e obstam a que se identifique esta nova disciplina com as conhecidas.

Mas é bem de ver que não existe diferença profunda e radical entre as diversas divisões do Direito. É apenas por uma razão de ordem didática e também de método que se costumam repartir os conceitos jurídicos em grupos sob as denominações conhecidas de Direito Civil ou Administrativo, Direito Constitucional ou do Trabalho, etc. Basta descer a uma análise mais profunda, e as diversidades vão desaparecendo, até sumir de todo, confundindo todos os princípios na unidade orgânica do Direito. Mesmo aquela divisão milenar das normas jurídicas em públicas e privadas é bastante artificial. Quantos preceitos se acham em zona fronteiriça, de tal forma descaracterizados, que é impossível dizer a rigor se são de direito público ou de direito privado? Quantas regras de direito privado se publicizam por terem sido introduzidas na Constituição? Que dizer do Direito da Família, cada vez mais público que privado? E do Direito do Trabalho? Nem se pode esquecer aquela noção tão rigorosamente exata, formulada por DUGUIT, numa das suas admiráveis conferências no Cairo. “Il faut se prémunir contre une erreur communément repandue celle qui consiste à établir une séparation absolue entre le droit public et le droit privé. Sans doute il faut distinguer ces deux parties du droit, mais il ne faut pas établir entre elles une sorte de muraille infranchissable: ce qu'est une notion de droit l'est aussi bien en droit public qu'en droit privé”. (8).

Pelo fato, pois, de se dissemelhar o Direito Comparado dos ramos tradicionais em que se costuma esgalhar a árvore jurídica não se pode eliminar a idéia de constituir êle uma disciplina que goza de autonomia científica. Seria uma província diversa das outras, mas sem por isso perder as características de entidade autônoma, ou ao menos se despessoalizar.

6 — Naquela obra tão profunda e admirável que é *La Fonction du Droit Civil Comparé*, o eminente Lambert muito bem conceitua a ciência comparatista. Ponho de lado a separação entre o que chama de “história comparativa” e o que denomina “legislação comparada”.

A história comparativa atua no terreno do Direito Comparado da mesma forma que a história de um sistema jurídico (uma

(8) *Leçons de Droit Public Général*, pág. 39.

legislação, prefere dizer LAMBERT, empregando o vocábulo em senso largo). Sempre que alguém se dedica ao estudo de uma tese jurídica, ou à construção dogmática de um instituto, arriscará não alcançar um resultado satisfatório se desprezar a história do direito. Esta é alicerce indispensável à qualquer construção, e tanto mais imprescindível quanto o progresso da ciência jurídica mais afaste os conceitos atuais dos princípios originários, encobrendo muitas vezes os fatores essenciais, chaves de seu progresso.

Também ao comparatista a história fornecerá subsídio indispensável a um trabalho proveitoso, principalmente se se levar em conta que ela salientará com mais nitidez os pontos de aproximação dos sistemas de origem comum, e fará ressaltar as diferenças dos que provêm de troncos ancestrais diversos.

Mas não se pode, e o sustento com a vênia devida a um tão eminente mestre como é LAMBERT, dizer que as duas disciplinas — história comparativa e legislação comparada — se achem atualmente englobadas sob a denominação anfibológica de Direito Comparado.

Prefiro aproximar esta denominação do que êle distingue sob o nome de legislação comparada, reservando à história um lugar à parte, correspondente a um papel específico no estudo de qualquer tema de direito. Se se trata de um direito nacional, a história da instituição em exame será invocada como elemento subsidiário e grandemente proveitoso. Se, porém, o problema está no terreno do Direito Comparado, a invocação do fator histórico, correndo como comparação vertical, conduzirá o estudioso às origens dos sistemas em exame, ou em especial do instituto nos sistemas em foco, de sorte que extraídos os elementos necessários à investigação, o comparatista poderá conduzir a pesquisa da atualidade dos sistemas — comparação horizontal — e atingir o resultado almejado.

O eminente LAMBERT, um dos criadores da moderna ciência comparatista, depois de assinalar o papel da legislação comparada (digamos Direito Comparado) como instrumento da revelação, da criação e da aplicação do direito, mediante o qual e através do confronto dos sistemas jurídicos, será possível extrair o fundo comum das instituições e das concepções, e reunir um complexo de máximas comuns aos sistemas adotados como objeto de comparação (pág. 916) usa de um simile de todo feliz.

Recorda que ao tempo em que foram redigidos os costumes, foi grande a atividade dos juriconsultos, trabalhando no afastamento das diferenças entre os vários costumes existentes numa e mesma província ou entre os costumes provinciais, até elaborarem um direito comum costumeiro. Não são muito mais profundas nem muito mais numerosas as divergências entre os principais Códigos latinos e germânicos, diz êle. Não se deve, então, renunciar àquele traba-

lho, neste novo terreno, de aplainamento das diversidades acidentais entre êles. As codificações de nossos dias, completa LAMBERT, não de provocar tão brilhante floração da literatura do direito comparado, "en substituant, comme matière première du travail du comparatiste, les droits unitaires nationaux aux droits particuliers d'un même pays". Esta, ao seu parecer, a tarefa atual do direito civil comparado. (pág. 922).

Com êste objetivo o Direito Comparado chegará à elaboração do Direito Comum legislativo, à semelhança do que se fêz, utilizando-se do material costumeiro.

Aliás, a só lembrança dêste resultado do esforço comparatista faz lembrar o pensamento de SALEILLES, que via na meta do Direito Comparado a construção do Direito Comum da Humanidade Civilizada.

De ambos, entretanto, sou obrigado a divergir.

O Direito comum legislativo, de LAMBERT, elaborado analogamente ao direito comum costumeiro, não pode deixar de ser uma obra normativa. Mesmo admitindo o campo restrito de ação, como êle indica, às legislações aparentadas ou que tenham de comum um fundo histórico originário, é bem de ver que traduz uma idéia demasiado utópica para se converter em realidade. Não vou, pois, a êste extremo de concordar em que o Direito Comparado possa gerar um corpo de direito positivo abrangente de vários sistemas legislativos.

Mas também não compartilho da concepção de SALEILLES, que enxerga no Direito Comum da Humanidade Civilizada "um ideal destinado a substituir o velho direito natural caído em ruínas" (9).

Acredito na capacidade criadora do Direito Comparado, lavorando sobre os sistemas legislativos como outrora se fêz sobre os costumes, e produzindo um trabalho semelhante e não igual. Não posso conceber, ao menos na atualidade, a confecção de um direito supra-nacional de feição legislativa, ou normativa, ou revestindo a forma de um direito positivo universal.

Mas considero perfeitamente viável, realizável, concretizável uma construção dogmática tendo por base direitos nacionais. Estes serão os materiais, ou os simples do edifício. Dos sistemas legislativos nacionais o Direito Comparado extrairá os princípios informativos dos vários institutos, e, operando uma sintetização que não é estranha aos processos de formação doutrinária, construirá dogmática super-estrutural, que exprimirá o estado da civilização jurídica em dado momento histórico. Não é fruto de uma coincidência cega a ocorrência simultânea de fenômenos jurídicos

(9) cf. CAPITANT, *Conception, Méthode et Fonction du Droit Comparé*, in *L'Œuvre Juridique de Raymond Saleilles*, pág. 93

ou a formação paralela de instituições em vários Países não ligados por traços históricos de união. Nem se pode atribuir esta manifestação coincidente a mera eventualidade de imitação, a que a lei de TARDE se referia, sem procedência todavia.

A civilização, num dado momento, cria problemas idênticos, em vários pontos da terra, e o Direito, como expressão da civilização, oferece solução idêntica. Ao Direito Comparado caberá, então, elaborar a construção doutrinária universal com base nas incidências nacionais, e, só assim, poderá adquirir o Direito o cunho de universalidade, que é próprio de toda ciência, como por mais de uma vez os juristas que se dedicam ao Direito Comparado salientam, e que já não há mister documentar, pois que o conceito é hoje um lugar comum de todos os escritores comparatistas.

7) H. C. GUTTERIDGE, professor de Direito Comparado da Universidade de Cambridge, considera esta disciplina um ramo independente, da ciência jurídica. Em trabalho publicado sob o título "*La valeur du Droit Comparé*", naquele monumental repostório que é o "*Récueil d'Etudes en honneur d'Edouard Lambert*", defende a sua opinião, e, sem a isto se referir, parece rebater os que reduzem o Direito Comparado a um simples método de estudo, quando formula seu parecer, dizendo que se trata de "um ramo da ciência jurídica que consiste no estudo, pelo método comparativo, dos conceitos ou das regras de direito de dois ou vários sistemas" (10).

E, na verdade, não se pode confundir a disciplina com o método de que ela se serve. Não há negar que o Direito Comparado se vale do método comparativo para atingir aos seus resultados. Mas êle não se reduz ao método, pura e simplesmente. Se fôsse necessário, ainda aqui, um simile, poder-se-ia trazer a debate a Glotologia. Esta existe e tem sua independência afirmada precisamente porque, utilizando-se do método comparativo no terreno filológico, constrói o que se chama a ciência da linguagem. Ela não se confunde com método de que se vale. Este é o seu instrumento de trabalho, ou veículo de ação, aquela um departamento da etnologia, que opera valendo-se de um método analítico sobre o campo linguístico, sem contudo e por isso permanecer escravizada ao método.

A construção do Direito Comparado assemelha-se no "processo" de ação, e pode da mesma forma, defender seus foros de independência. Nem tomará aspecto de obstáculo irremovível ao reconhecimento de sua autonomia o fato de se ostentar de público a nova ciência às mais das vêzes sob feição particularista de Direito Civil Comparado, ou Direito Penal Comparado, ou Direito

Constitucional Comparado, de igual que o Direito é considerado ciência não obstante ser às mais das vêzes estudado nas suas manifestações especializadas, como Direito Civil, Judiciário Penal, etc.

O mesmo ocorre com a Filosofia do Direito, ciência e independente, considerada em si mesma, e não menos científica e não menos autônoma pelo fato de admitir a incidência do pensamento filosófico sobre os ramos tradicionais do Direito dando ensanchar ao surgimento da Filosofia do Direito Civil, Filosofia do Direito Penal, etc., como o próprio Direito Comparado, pode receber o seu impacto, para dar nascimento à Filosofia Jurídica Comparatista, que o mesmo GUTTERIDGE aponta como um aspecto particular do Direito Comparado. (11).

O ilustre Comparatista de Cambridge, que proclama e defende a independência da disciplina de sua especialidade, não diverge, fundamentalmente, porém, dos demais mestres, ao delimitar o objeto da sua ciência, e ao descobrir, do confronto entre dois ou mais sistemas jurídicos, até onde vão as suas diferenças, ou se estas são essenciais ou meramente acidentais (pág. 296). Aí chegado, o observador perquirirá as causas destas diferenças, e indagará de sua relação com a estrutura geral dos sistemas (loc. cit.).

Admite, entretanto, o ilustre professor que não é de se confundir o objeto do Direito Comparado com a unificação do Direito, seja no sentido da sua universalização, seja, mais restritamente, da unificação dos princípios continentais ou dos de direito anglo-americano, pois que será possível realizar extensivo estudo comparatista sem afrontar aquêlê problema (pág. 297).

No seu livro "*Comparative Law*" enfrenta a questão que venho aqui examinando, a saber se o Direito Comparado é ou não uma ciência autônoma. E depois de advertir que a controvérsia é mais particularmente acêsa nos países de direito continental ou como preferem os ingleses dizer — the civil?law countries — opina que a matéria não tem tão acentuada importância, reduzindo-se, quase a uma discussão logomáquica, pois o problema está na interpretação dos termos "ciência" e "método" (pág. 5).

Não dá o professor inglês a importância que lhe atribuem os escritores franceses e italianos. Chega a desprezar mesmo a indagação — Que é o Direito Comparado? — e a encarecer, como tendo real importância a outra — qual é o seu objeto? "A method of study does not lend itself to definition otherwise than by an indication of the purposes for which it may be employed, and the essential problem is not — What is comparative law? The question of real importance is — What is its purpose? (12).

(11) op. cit., pág. 296.

(12) op. cit., pág. 5

Não compartilho destas idéias, nem posso crer seja assim tão secundária a questão. O só fato de vir à tona de estudos dos mais categorizados comparatistas já é bastante para justificar sua relevância. Sem dúvida, para quem se enterreiria numa região exclusivamente prática, é despicienda a indagação se o Direito Comparado é ciência e tem autonomia. Da mesma forma, ao profissional que reduz o Direito em geral ou o Direito Civil à proporção apenas de um mero instrumento de trabalho, por meio do qual conduz as suas demandas num sentido material de puro objetivo pecuniário, pouco se lhe dá de saber se o Direito é ciência, ou se o Direito Civil tem autonomia. Mas ao homem de estudo, àquele que enxerga o Direito em posição muito superior ao terra-a-terra das cogitações de ganha-pão, é importante saber que ao realizar os seus estudos está fazendo ciência.

Ora, neste particular, o Direito Comparado ocupa lugar de notório destaque. Num estudo publicado recentemente (fascículo de outubro-dezembro de 1950, da *Revue Internationale de Droit Comparé*), RENÉ DAVID assinala o papel cultural dos estudos comparatistas, lembrando que as Faculdades francesas, de modo geral, visam a dar aos alunos uma cultura geral, e não apenas a formar práticos. Por esta razão entende que o Direito Comparado deve ocupar lugar preponderante nos programas; pela superior razão de que êle é "un instrument essentiel de culture générale pour le juriste, parce que, sans lui, comme sans l'histoire dont il est le complément et l'homologue, il n'est pas possible d'arriver à des conclusions qui dépassent la portée d'un droit particulier et l'on ne peut s'élever à l'universalité que postule toute véritable science". (13).

A importância da indagação aí está.

Se o Direito Comparado tivesse apenas o propósito de formar o advogado prático, e colocar nas mãos dêste os instrumentos para o desempenho de sua profissão, realizaria sem dúvida um elevado propósito, mas não interessaria defender sua autonomia nem ao menos cunho científico.

Mas já tenho repetido, e com as maiores autoridades sustentado, que a disciplina comparatista, tal como é unânimemente aceita, e, especialmente, com o sentido com que na cátedra é prelecionada, tem a sua mira voltada para muito mais longe. Nesta acepção dos vocábulos, ou nesta conceituação, tem o Direito Comparado o mesmo valor científico e a mesma autonomia que os demais ramos do Direito.

Trabalhando com o material contido nos direitos positivos, nas manifestações judiciárias e nas lucubrações doutrinárias atra-

(13) *Le Droit Comparé, enseignement de culture générale*, in *Rev. cit* pag. 683.

sés de que corporificam os diversos sistemas legislativos, o Direito Comparado trabalha e instrui da mesma maneira que o Direito Civil tece os seus conceitos tendo por base o Código Civil, as decisões das Câmaras Cíveis e as obras doutrinárias civilistas. 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.

Nesta independência ou particularidade de seus conceitos, dos princípios que consegue extrair, dos resultados a que pode atingir, e do sempre crescente desenvolvimento de suas atividades enxergo uma objetividade própria do Direito Comparado, e nesta possibilidade de oferecer as suas conclusões e defender uma finalidade, que não é de nenhuma outra disciplina jurídica mas somente do Direito Comparado, eu vejo a sua autonomia.

Ele procede como seus irmãos, os outros ramos da ciência jurídica, investigando, extraindo princípios, formulando conceitos, construindo, pelas abstrações de que é capaz o jurista, as doutrinas que enriquecem o Direito. Aí está seu aspecto científico, ou o seu sentido científico, tão agudo quanto o das demais províncias jurídicas. Tanto quanto se pode tachar de científica a obra jurídica, científica é a elaboração comparatista. E, se trabalhando como os outros ramos do Direito, ele é tão científico quanto os demais, a autonomia de que se pode orgulhar estará na diferenciação ou independência do resultado atingido, que, em verdade, é próprio do Direito Comparado, e verdadeiramente específico.

O Direito Comparado atinge às suas finalidades, alcança os seus objetivos e realiza os seus "desiderata" de modo inconfundível com o de todo outro ramo jurídico. Neste particular não há duvidar de que a ele cabe alcançar os seus resultados, e de que estes resultados não apresentam identidade ou analogia com os que perseguem os outros ramos do Direito, o que leva a concluir por sua autonomia.