

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 47 • nº 188
Outubro/dezembro – 2010

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Direito Constitucional Comparado

Breves aspectos epistemológicos

Orione Dantas de Medeiros

Sumário

1. Enunciação do problema: diferenças e semelhanças entre sistemas constitucionais. 2. Epistemologia e Direito Comparado: algumas questões de base. 2.1. Funções do Direito Comparado e recepção legislativa. 2.2. Micro e Macrocomparações. 2.3. Comparação horizontal e comparação vertical. 3. Sistemas jurídicos contemporâneos e Direito Constitucional Comparado. 3.1. Classificação dos grandes sistemas jurídicos. 3.2. Agrupamento dos direitos em famílias: *Common Law* e *Civil Law*. 4. Direito Constitucional Comparado: elementos teóricos. 5. Considerações finais.

1. Enunciação do problema: diferenças e semelhanças entre sistemas constitucionais

O Direito Comparado tem sido de grande interesse para os juristas. Ainda que os temas tenham-se diversificado e as divergências que estes provocam na atualidade, as questões fundamentais que encontramos no passado persistem em se manter. Trata-se de saber se o Direito Comparado é ciência ou método.

O presente artigo busca apresentar, de forma breve, aspectos epistemológicos relacionados com o Direito Comparado, em geral, e o Direito Constitucional Comparado, em particular, como um “novo” espaço de reflexão o qual, a cada dia, tem atraído estudiosos do direito, preocupados com os

Orione Dantas de Medeiros é Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Professor Assistente da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), bolsista do CNPq.

problemas advindos de um mundo globalizado, marcado pelas diferenças, insegurança e incertezas que desafiam os teóricos do direito neste início de século XXI.

Pensar o Direito Constitucional Comparado, em sua perspectiva epistemológica, significa tentar perceber o surgimento da ciência do direito em geral¹, sua trajetória e transformação ao longo da história, a partir do século XIX, na Europa Ocidental. Com efeito, a precedência do Direito Comparado concorreu para a lenta formação do Direito Constitucional Comparado, objeto de nossa reflexão.

Neste sentido, afirma-se que o Direito Constitucional Comparado resulta do avanço que emerge dos trabalhos de legislação estrangeira e das obras fragmentárias do Direito estrangeiro, matérias geralmente percorridas pelo estudioso para alcançar a temática do Direito Comparado².

¹ Ferraz Jr. (1980, p. 10), ao abordar o discurso da Ciência do Direito, escreve que: “costuma-se, de modo geral, entender a Ciência do Direito como um ‘sistema’ de conhecimentos sobre a ‘realidade jurídica’. Esta concepção é, evidentemente, muito genérica e pressupõe uma série de discussões que se desenvolvem não só em torno da expressão *ciência jurídica* propriamente dita, mas também, em torno do próprio termo *ciência*”. E prossegue: “Os pontos cruciais desta discussão são, a nosso ver, os seguintes: a) o termo *ciência* não é unívoco; (...) c) embora haja um certo acordo em classificar a Ciência do Direito entre as ciências humanas, surgem aí debates entre as diversas epistemologias jurídicas sobre a existência ou não de uma ciência exclusiva do Direito, havendo aqueles que preferem vê-lo como uma simples técnica ou arte, reduzindo-se a ciência propriamente dita do Direito a uma parte da Sociologia, da Psicologia, da História, da Etnologia etc. ou de todas elas no seu conjunto”.

² Abordando o tema Direito Constitucional Comparado, Raul Machado Horta salienta que, em 1938, com a publicação de uma coletânea de estudos em homenagem a Edouard Lambert, compreendendo três alentados volumes, sob o título comum *Introduction à l'étude du Droit Compare*, um breve espaço é dedicado ao Direito Constitucional Comparado. E prossegue afirmando que “dos cinco textos incluídos na seção do Direito Constitucional Comparado, apenas o de Carl Schmitt, intitulado *L'évolution récente du problème des délégations législatives*, na versão francesa de Paul Roubier, preenche os requisitos do tema do Direito Constitucional Comparado pelo tratamento dispensado à técnica

Na atualidade, o que justifica o estudo do Direito Comparado como ramo do conhecimento jurídico ou como método para se chegar a ele? Quais são os pressupostos que os levam a caracterização como conhecimento científico? Depois da Segunda Guerra Mundial, constata-se o surgimento de novas abordagens acerca do fenômeno jurídico, sobretudo com a crise do positivismo jurídico, de viés legalista, que produziu uma visão distanciadora entre o direito e a moral. No que tange ao Direito Comparado, vários são os trabalhos realizados. O ensino do Direito Comparado avançou nas Universidades; importantes instituições, como a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), ocuparam-se do Direito Comparado. Entretanto, tais estudos ainda são incipientes, talvez pelos juristas se encontrarem presos a uma formação científica contida nos limites de um horizonte histórico e nacional, reféns de uma visão do Direito limitada ao espaço interno. Todavia, o mundo jurídico na atualidade é muito mais complexo do que se pensou anteriormente. Ele é portador de outras dimensões e perspectivas (CONSANTINESCO, 1998). Fala-se hoje de uma “geografia jurídica”, cujo conhecimento é especialmente útil a uma época marcada, ao mesmo tempo, pela coexistência – e pela confrontação ou harmonização – de dois ou mais sistemas³ existentes.

Justifica-se o estudo do Direito Constitucional Comparado, entre outros fatores, devido ao impacto causado pela globalização⁴

da delegação legislativa na Inglaterra, na França, nos Estados Unidos e na Alemanha” (DANTAS, 2006).

³ Sistema aqui entendido como “blocos de legislações particulares, em face dos quais o comparativista deve se colocar antes de qualquer comparação institucional mais profunda.” (ANCEL, 1980, p. 59). A discussão acerca dos sistemas jurídicos contemporâneos será tratada no item 3 do presente artigo.

⁴ A globalização apresenta várias perspectivas, tais como, econômica, cultural, política, jurídica etc. Em seu aspecto jurídico, podemos citar o Direito Comunitário, o Direito da Integração, como parte de sua manifestação. Conforme o entendimento de José Eduardo Faria (1999, p. 52), “a globalização

sobre o constitucionalismo clássico, sobre o papel do Estado na esfera de direitos fundamentais e inclusive sobre o uso do direito comparado pelos juizes constitucionais⁵. Este último fator, pela relevância que assume na atualidade, já merece um estudo comparado, embora não seja objeto de nossa reflexão aqui.

Cabe ao Direito Constitucional Comparado, como ramo do Direito Comparado, apresentar-se como um dos elementos desse universalismo, tentando ajudar na compreensão dessa complexidade, de uma realidade cada vez mais cambiante, em um contexto de desenvolvimento científico e tecnológico, representado pelo surgimento e difusão em escala global da comunicação, via *Internet*, que torna as relações da vida nacional e internacional cada vez mais próximas e mais complexas, em sua multiplicidade de direitos, facilitando recepções legislativas⁶ para solução de problemas semelhantes.

corresponde à integração sistêmica da economia em âmbito transnacional, iniciada pela crescente mudança estrutural e funcional nos sistemas produtivos e pela conseqüente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos em âmbito nacional”.

⁵ Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 92) aponta que vários “centros académicos de investigación comparada en todo el mundo, a su vez, contribuyen eficazmente a un diálogo que, entre todos los que se desarrollan sobre los grandes temas del derecho público, es ciertamente de los más fructíferos”. E arremata: “En los últimos tiempos, sin embargo, este intercambio de experiencias há sido enfocado como problema de derecho constitucional general, bajo la forma de controversia sobre la utilización y la citación por parte de las Cortes de materiales normativos y jurisprudenciales ‘externos’”.

⁶ Escreve Peter Häberle (1996, p. 151-185 apud DANTAS, 2006, p. 108-109) que a atual interdependência efetiva entre as Constituições, especialmente, enquanto ao sem número de recepções atualmente produzidas, induz a buscar um modelo teórico geral. E prossegue em seu raciocínio afirmando que: “A esto hay que añadir que el actual mundo *uniformado* cada vez se hace más pequeño gracias a las intensas posibilidades de comunicación, por un lado, y también gracias, por otro, a que los problemas globales existentes son similares para todos, como, por ejemplo, los derivados del medio ambiente y de la tecnología. He

Durante muito tempo, o Direito Comparado foi confundido com Direito Estrangeiro e Legislação Comparada⁷. Diante de tal ambiguidade, buscou-se uma delimitação semântica, pois, para o estudo de Direito Comparado, não basta fazer comparação entre a legislação nacional e a legislação estrangeira (elementos do Direito Comparado); é preciso uma análise dentro de um quadro geral em que se incluem aspectos doutrinários e jurisprudenciais. O Direito Comparado tem a comparação (semelhanças ou diferenças), entre sistemas e/ou institutos jurídicos vigentes, como seu objeto. Os grandes sistemas jurídicos e as famílias de direito (as diferenças e semelhanças) não são opostos, mas conceitos interdependentes que estão necessariamente em tensões.

Tentando uma melhor visualização do tema, dividiu-se este artigo nos seguintes pontos: Epistemologia e Direito Comparado: algumas questões de base, no qual são

aquí la razón última de la necesidad de ver la razón última de la necesidad de ver lo que hace el vicino para aprovechar los logros ya alcanzados por este, y ello no solo por la notória escasez de recursos, sino también por puro y simple ahorro de tiempo y trabajo. De ahí la primera toma de contactos con lo foráneo; léase con las primeras recepciones. Es posible que en ello actúe como factor sugestivo la propia efectividad del ejemplo, ajeno, añadiéndose posteriormente las corrientes propias del denominado espíritu de la época e incluso las propias modas. Desde un punto de vista histórico, podríamos decir que dicho momento bien podría llamarse la hora de las recepciones, si bien hay que tener en cuenta que no siempre se dan en igual medida las condiciones adecuadas para que las reformas se efectúen siguiendo los modelos extranjetos. (...) los siguientes cauces y procedimientos de recepción a través de los que se asume lo creado en otros Estado. 1) Por vía de la revisión total de la Constitución (Suiza, por ejemplo). 2) Por vía de la revisión parcial de la Constitución. 3) Por vía legislativa. 4) por vía de la jurisprudencia constitucional, incluyendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Constitucional europea. 5) Por vía de la Teoría de la constitución. 6) Por vía de la praxis jurídica (por ejemplo, la relativa a acuerdos de los *länder* con la Federación)”.

⁷ Existe uma tradição de estudos comparados que, segundo alguns autores, remontam à Antiguidade clássica, com Aristóteles (*Política*), ou à Idade Moderna, com Montesquieu (*Do Espírito das Leis*), segundo outros.

abordadas categorias, funções do Direito Comparado e recepção legislativa, micro e macro comparações, comparação horizontal e comparação vertical; em seguida, são abordados alguns sistemas jurídicos contemporâneos e Direito Constitucional Comparado, agrupamento dos direitos em famílias, como a do *Civil Law* e *Common Law*. Por último, abordam-se alguns elementos teóricos para um Direito Constitucional Comparado.

2. Epistemologia e Direito Comparado: algumas questões de base

Inicialmente, surge uma questão, de ordem filosófica, que precisa ser posta, visto não haver posição pacífica entre os autores: trata-se do significado da expressão “epistemologia”. O termo epistemologia é frequentemente considerado como sinônimo de gnoseologia (MORA, 2001, t. 2, p. 852). Entretanto, por Gnoseologia entende-se o estudo do conhecimento como gênero (vulgar, científico, filosófico etc.), ao passo que a Epistemologia é o estudo do conhecimento científico. Epistemologia – do grego *episteme* – designa um tipo especial de conhecimento que se pretende verdadeiro, racional, sistematizável. Aqui será entendida como o estudo da Teoria do Conhecimento Científico⁸. Ligado ao fenômeno jurídico, compreende-se o estudo do conhecimento jurídico, ou seja, uma epistemologia jurídica, um estudo sistemático dos pressupostos, do objeto e do método.

A questão de o Direito Comparado ser ciência ou método ainda hoje incomoda

⁸ Discutindo a temática, Ivo Dantas (2006, p. 13) afirma: “... preferimos a expressão *Teoria do Conhecimento* como sinônimo de *Gnoseologia*, ou seja, tendo por objeto o *conhecimento em si*, seu conceito e fases de formação, independentemente de estarmos diante do conhecimento vulgar, científico ou filosófico; à expressão *Epistemologia* reservamos como seu objeto o estudo da *Teoria do Conhecimento Científico*, ou seja, *Teoria da Ciência*, investigando seus caracteres e metodologia”.

os estudiosos do Direito. A posição aqui adotada será a do Direito Comparado como sendo ciência, isto é, o equivalente à expressão Teoria do Direito Comparado (DANTAS, 2006, p. 6-13). Isso já é o bastante para identificar uma opção filosófica diante do Direito em geral, bem como no âmbito do Direito Comparado, em particular, a qual repercutirá no Direito Constitucional Comparado, caracterizando-o de conhecimento jurídico e não como apenas um método.

No *Vocabulaire Juridique*, publicado em Paris em 1936 e coordenado por Henri Capitant, definiu-se o Direito Comparado como “o ramo da ciência do direito que tem por objeto a aproximação sistemática das instituições jurídicas de diversos países”. Essa definição também correspondeu, ao mesmo tempo, à da Academia Internacional de Direito Comparado de Haia, nos estatutos de sua fundação (13 de setembro de 1924) (ANCEL, 1980, p. 43).

Quando se afirma a não existência do Direito Comparado como ciência jurídica autônoma, geralmente toma-se como ponto de partida uma sistemática do Direito, na qual se fala de Direito Civil, de Direito Penal ou de Direito Administrativo. Nesse sentido, considera-se que o Direito Comparado não tem um objeto próprio, como o têm os diferentes ramos do direito. Adotando tal visão, é que diversos autores apontam a impossibilidade de autonomia do Direito Comparado como um ramo da ciência jurídica. Para os que adotam tal perspectiva, o Direito Comparado é método jurídico⁹ de

⁹ Vale lembrar que, durante décadas, o direito comparado foi considerado apenas como um método, definido como conjunto de diligências e de processos, encadeados de forma racional, destinados a conduzir o jurista a considerar e a perceber, mediante um processo ordenado, metódico e progressivo de confrontação e comparação entre os sistemas jurídicos, as *semelhanças* e as *diferenças*, neles existentes, assim como suas causas, isto é, a comparação consistiria, precipuamente, em extrair as relações existentes entre as estruturas e as funções dos termos a serem comparados, pertencentes a ordens jurídicas diferentes (FRADERA, 2001, p. 5-8).

comparação que se aplica às matérias que pertencem a um outro ramo do Direito, ou melhor, um modo científico de unificação (coordenação) e aperfeiçoamento dos institutos jurídicos vigentes.

A esses problemas de geografia jurídica, acresce Marc Ancel (1980, p. 19-51) um problema metodológico de monta, que relega a um segundo plano as controvérsias teórico-doutrinárias, tradicionais desde 1900, sobre a função e a natureza do Direito Comparado. Após 1945, as perspectivas críticas do comparativismo foram inicialmente sustentadas na Inglaterra por H. C. Gutteridge, na célebre obra *Comparative Law* de H. C. Gutteridge, publicada em 1946 e apresentada como *An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. No mesmo sentido, Hamson publica em 1955 *The Law: Study and Comparison*. Esses autores ingleses partem da ideia de que o Direito Comparado não é um ramo autônomo da ciência jurídica; ele (o direito comparado) consiste unicamente no emprego de um método particular, o método comparativo, o qual pode e deve ser usado em todos os ramos do direito.

Seguindo essa linha crítica, na França, René David em muito tem contribuído para o estudo e o aperfeiçoamento do Direito Comparado, sobretudo na obra *Traité Élémentaire du Droit Comparé*, de 1960, chegando a afirmar categoricamente que o Direito Comparado nada mais é do que “o método comparativo aplicado no terreno das ciências jurídicas”. Do mesmo modo, na Itália, vamos encontrar tal posição na doutrina de Túlio Ascarelli em *La Funzione del Diritto Comparato e il Nostro Sistema di Diritto Privato*, de 1949. Todos eles acrescentam valiosa contribuição para o estudo da Teoria do Direito Comparado, embora negando-lhe a autonomia científica.

Por outro lado, há autores como Leontin-Jean Constantinesco, em sua obra *Einführung in die Rechtsvergleichung*, publicada em 1971, que emprega indistintamente a expressão Direito Comparado para de-

signar o método e a ciência autônoma. Entretanto, esclarece que: “Cada vez que se aluda al Derecho Comparado como método se empleará el término *método comparativo*. Siempre que se aluda a la disciplina autónoma se utilizará la expresión *Ciencia de los Derechos Comparados*” (CONSTANTINESCO, 1998, p. 26).

Por último, há aqueles autores que se inclinam para o lado que considera o Direito Comparado como ciência autônoma. Entre eles podemos destacar Marc Ancel com seu *Utilité et méthodes du droit comparé – Eléments d’introduction à l’étude comparative des droits*, publicado em 1971. Nessa mesma perspectiva, no Brasil, podemos citar, por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira, em seu artigo intitulado *Direito Comparado, Ciência Autônoma*, de 1952, ao defender o caráter científico e o sentido de autonomia, que possui o Direito Comparado, e Ivo Dantas¹⁰, em seu “Direito Constitucional Comparado”. Em sentido contrário, podemos citar entre outros, José Afonso da Silva, com “Um Pouco de Direito Constitucional Comparado”¹¹.

Quanto às inúmeras objeções postas pelos críticos do Direito Comparado, ao menos duas são refutadas. A primeira das objeções diz respeito ao acesso às fontes estrangeiras, ligadas aos ordenamentos que se pretende comparar (fontes entendidas não apenas no sentido de textos legislativos, mas também como Doutrina, Jurisprudência e costumes); a segunda está

¹⁰ Esse autor considera que, “... à medida em que se compreendam os conceitos de *método e ciência*, bem como do que seja *autonomia científica*, não haverá, em sua consciência, como assumir posição diferente, sobretudo, se levarmos em conta os modernos estudos da Epistemologia”. E arremata dizendo: “No caso específico do Direito Comparado, o seu estudo apresenta dificuldades que, entretanto, uma preparação metodológica correta do pesquisador, poderá superá-las” (DANTAS, 2006, p. 99).

¹¹ Acerca desta questão, assim se expressa: “No nosso entender é difícil mostrar o direito comparado como ciência. O direito comparado não passará de método – não é ciência, porque lhe falta objeto próprio” (SILVA, 2009, p. 34).

relacionada ao problema linguístico, ou seja, conhecimento da língua usada pelo Estado cujo Direito se pretende comparar. Tais obstáculos são superáveis por uma preparação metodológica e intelectual que englobará a adequada terminologia utilizada pelo sistema ou ordenamento jurídico estrangeiro e seu significado.

Em linha de defesa, para caracterizar o Direito Comparado como conhecimento científico, basta que disponha de um objeto (a pluralidade de ordens jurídicas), um método específico (o método comparativo) (ALMEIDA, 1998, p. 27), bem como de um terceiro elemento, que é sua autonomia doutrinária e didática¹².

Em síntese, pode-se afirmar, com base em alguns dos autores aqui já mencionados, que existe um Direito Comparado com caracterização de ciência, e não como método. Esse é apenas um dos elementos que autorizam a dita caracterização, ao lado de um objeto formal e de uma autonomia doutrinária e didática, além da questão terminológica. De início, é preciso lembrar a distinção necessária entre Legislação Comparada, Direito Estrangeiro e Direito Comparado, pois elas não correspondem a mesma coisa.

A denominação Direito Comparado normalmente é confundida equivocadamente com Direito Estrangeiro e Legislação Comparada¹³. Muitos são os trabalhos que

¹² Quanto à autonomia doutrinária, contemporaneamente, milhares de trabalhos monográficos, tratados, manuais confirmam tal perspectiva, entre os quais podemos citar, no geral, os estudos de Cañizares, Gutteridge e René David, enquanto que, no caso específico do Direito Constitucional Comparado, temos os trabalhos de Garcia Pelayo, Sanches Agesta, Biscaretti di Ruffia, G. de Vergottini e outros mais (DANTAS, 2006, p. 101). No tocante à autonomia didática, existe nos cursos de Pós-Graduação e nas diversas instituições internacionais e nacionais criadas para cultivar o Direito Comparado, como exemplo, o Instituto Pernambucano de Direito Comparado, entre outros.

¹³ Neste sentido, adverte Ivo Dantas (2006) que: “este equívoco é muito comum entre os autores brasileiros os quais, em bom número, costumam dizer, por exemplo, ‘no *direito comparado*, a Constituição italiana...’ quando deveriam, corretamente, afirmar: ‘no

se intitulam de direito comparado, quando efetivamente o que fazem é justapor disposições de ordenamentos estrangeiros, sem a preocupação de detectar, sistematicamente, semelhanças e diferenças em torno de pontos específicos (TAVARES, 1999, p. 89-104).

A distinção entre o Direito Comparado e o Direito Estrangeiro era clássica, desde antes de 1900, data do I Congresso Internacional de Direito Comparado, mas ela nunca foi muito clara e, por conseguinte, teoricamente negligenciada (ANCEL, 1980, p. 109-110). O Direito Comparado depende em muito dos estudos de Direito Estrangeiro, que é a sua matéria-prima.

No que diz respeito à expressão Legislação Comparada, vale ressaltar que a sua impropriedade inicia-se no instante em que se tenta identificar Direito com Legislação. Pois “aquele tem um sentido mais amplo que a segunda, sendo esta (legislação), apenas, uma das formas de manifestação daquele (=Direito Positivo)” (DANTAS, 2006, p. 66).

Aliás, lembra Caio Mário da Silva Pereira (1955, p. 33-47), no Brasil, quando da criação das primeiras cátedras, a concepção dada à disciplina era Curso de Legislação Comparada. Nas obras publicadas em fins do Século XIX e início do Século XX, pode-se registrar esta tendência dominante. Quem lê, por exemplo, Lições de Legislação Comparada (1897), de Clóvis Beviláqua, e Curso de Legislação Comparada (1903), de Cândido de Oliveira, poderá constatar tal fato.

Entretanto, o estudo de Direito Comparado vai além do aspecto legislativo (instante refletido no texto posto); inclui também os aspectos doutrinário e jurisprudencial. Compreende a realidade dos sistemas jurídicos em seu conjunto tais como a legislação, a jurisprudência, o conhecimento do meio social, a prática

direito estrangeiro, a Constituição italiana...’. O Direito comparado é a análise que será feita, levando-se em conta o direito nacional e o direito estrangeiro”.

contratual, a tendência da técnica jurídica (PEREIRA, 1955, p. 38).

Para a grande maioria dos comparativistas, a expressão “Direito Comparado” deve ser entendida em seu sentido restrito, que é bastante distinta de Direito estrangeiro. A esse respeito, escreve Ana Lúcia de Lyra Tavares (1999, p. 96) que,

“na verdade, o estudo de ordenamentos jurídicos alienígenas constitui uma fase preparatória indispensável para a comparação jurídica, mas com ela não se confunde, uma vez que pode limitar-se a meras descrições sobre um ou outro aspecto daqueles ordenamentos ou a eventuais cotejos sistemáticos. Nos casos em que são focalizadas com exclusividade as fontes legislativas, têm-se ensaios de legislação comparada, campo que, de resto, precedeu historicamente o direito comparado”.

Legislação Comparada, Direito Comparado são expressões também encontradas nas denominações de algumas Sociedades, Institutos e Periódicos especializados. Vários são os exemplos: a Sociedade de Legislação Comparada criada em Paris, em 1869; o primeiro Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em 1900, que incorporava em sua designação oficial; o *Bulletin Mensual de la Societé de Legislation Compare* de Paris (revista esta que circula desde 1949 com a denominação de *Revue Internationale de Droit Compare*); Documentação e Direito Comparado, *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa; *Comparative Judicial Review*, Reinforth Foundation, Flórida, USA; *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM (revista esta que circula desde 1968 com a denominação *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*); *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Instituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, Itália. No Brasil, *Revista de Direito Comparado*, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Curso de Pós-Graduação em Direito; *Revista de*

Direito Comparado Luso-Brasileiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro; em Recife, foi criado, no ano de 2000, o Instituto Pernambucano de Direito Comparado.¹⁴

De um modo geral, tais terminologias chegam a expressar as concepções teóricas, segundo as quais se projetam para o Direito Comparado, apontando vários objetivos que constituem funções próprias e específicas do Direito Comparado. Entretanto, antes de apontar algumas posições doutrinárias sobre o tema, é preciso lembrar que o Direito Comparado não terá funções práticas. Suas conclusões serão utilizadas pelos “operadores” do direito, como os legisladores, os magistrados, os advogados etc., visando a uma melhor e adequada regulamentação dos acontecimentos sociais relevantes de determinada sociedade.

2.1. Funções do Direito Comparado e recepção legislativa

O Direito Comparado possui funções próprias e específicas. As suas finalidades, segundo Paolo Biscaretti di Ruffia (1975, p. 13-15 apud DANTAS, 2009), podem ser agrupadas em quatro: na satisfação de meras exigências de ordem cultural; na interpretação e valorização das instituições jurídicas do ordenamento nacional; na notável aportação que a ciência do direito constitucional pode proporcionar ao campo da “nomotética”, isto é, em relação com a política legislativa; e na unificação legislativa.

Giuseppe de Vergottini (1985 apud DANTAS, 2006, p. 106), ao afirmar que comparar significa, antes de tudo, cotejar para manifestar analogias e diferenças, entende que é preciso também perguntar qual é a razão de tal operação lógica. Indica finalidades do Direito Constitucional Comparado entre

¹⁴ Sob a presidência do Prof. Ivo Dantas (2006, p. 70), o Instituto Pernambucano de Direito Comparado patrocinou o I Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Comparado, tendo como tema central das discussões, Constitucionalismo & Globalização. Veja também Dantas (2009).

as quais estão a “clasificación y agrupación de ordenamientos; interpretación de las instituciones constitucionales; preparación de la normación; unificación de derechos y armonización de la normativa pluralista”.

No que toca à *unificación legislativa*, como uma das finalidades do Direito Comparado, referida por Ruffia, e à *unificación de derechos y armonización de la normativa pluralista*, defendida por Vergonttini, estas fazem parte de uma visão que afirma a necessidade de o mundo contemporâneo difundir soluções jurídicas cada vez mais aproximadas pelos diversos Estados, mesmo sabendo da impossibilidade de transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos.

Marc Ancel (1980, p. 17-18) não se diferencia dos autores acima mencionados, quando aponta que:

“apesar da diversidade das legislações, existe uma universalidade do direito; o conhecimento do direito estrangeiro é frequentemente indispensável ao advogado, ao juiz e ao árbitro; permite ao jurista uma melhor compreensão do direito nacional, cujas características particulares se evidenciam, muito mais, através de uma comparação com o direito estrangeiro; o método comparativo é indispensável ao estudo da História do Direito e da Filosofia do Direito; nenhuma legislação nacional pode dispensar o conhecimento das legislações estrangeiras”.

Nesse sentido, pode-se falar do fenômeno denominado de Recepção Legislativa, que, para Ana Lúcia de Lyra Tavares (1987, p. 2), corresponde à “introdução, em um sistema jurídico, de normas ou institutos de outro sistema”. A Constituição brasileira de 1988 traz vários exemplos, entre os quais podemos citar a Medida Provisória e o Mandado de Injunção.

São várias as possibilidades de comparação que, de todo ou de parte do sistema,

permitem-nos falar em uma Macrocomparação e uma Microcomparação, bem como em uma comparação horizontal e uma comparação vertical.

2.2. Micro e Macrocomparações

Nos estudos de Direito Constitucional Comparado, German J. Bidart Campos e Walter F. Carnota (BIDART CAMPOS; CARNOTA, 1998, p. 11-15 apud DANTAS, 2006, p. 112), ao fazerem referência à metodologia de análises, apontam dois critérios: o primeiro consistiria em uma exposição resumida ou pormenorizada do Direito Constitucional de cada país *sub examine* (Estados Unidos, Grã-Bretranha, Alemanha, França, Suíça, Espanha etc.). Tal metodologia de unidades políticas isoladas obriga o estudioso a extrair das exposições parcelas de sua própria comparação.

Quanto ao segundo critério, procura-se abreviar essa tarefa. Em vez de se estudar o Direito Constitucional país por país, procura-se expor, agrupando-se as linhas comuns ou similares de um grupo de estados, assinalando-se também as diferenças. Não se explica, separadamente, como é o Direito Constitucional britânico, francês, norte-americano, português, brasileiro etc. Em síntese, trata-se de elaborar algumas tipologias empíricas que levam em conta uma certa uniformidade, analogia ou denominações comuns. Tais tipologias, embora não alcancem a totalidade de estados que tem no mundo, abarcam alguns blocos de países, por exemplo, da União Europeia, do lado Latino-americano etc.

Ambos os critérios utilizados são típicos da macrocomparação. Seria mais produtivo ao comparatista se dedicar a setores do sistema e/ou determinado instituto, tornando o estudo mais viável do que aquele que visa o sistema jurídico, como um todo. Dessa forma, poderá o comparativista voltar-se para o sistema constitucional, sistema tributário, sistema penal, como partes do sistema jurídico total, ou ainda dentro de cada um deles, fixar-se em determinado instituto como, por

exemplo, fato gerador, pena, sistema partidário ou controle da constitucionalidade das leis (DANTAS, 2006, p. 113).

Essas possibilidades de comparação, do todo ou de parte do sistema, que permitem falar em dois tipos de comparação: a Macrocomparação e a Microcomparação. Mas devemos atentar para o fato de que essas expressões assumem sentido diverso entre os autores. Por exemplo, para Mauro Cappelletti (1993, p. 13-42), o direito comparado é, na realidade, um método (*Rechtsvergleichung* [comparación jurídica] e não *vergleichendes Recht* [derecho que compara]). É, em suma, uma maneira de analisar o direito de dois ou mais sistemas jurídicos diversos. Assim,

“existe aquella que podemos llamar ‘micro-comparación’, cuando la comparación se efectúa en el ámbito de ordenamientos que pertenecen a la misma ‘familia jurídica’ (por ejemplo, entre Francia e Itália), o bien, ‘macro-comparación’, si el análisis comparativo se conduce a caballo entre dos o más familias jurídicas, por ejemplo, entre un ordenamiento del *Civil Law*, como el de Itália, y uno del *Common Law*, como el de Inglaterra.”

Mas, a comparação de sistemas, de instituições atuais em dois ou mais países, poderá ser feita numa perspectiva micro ou macro, independentemente da família à qual eles se vinculam.

Além das micro e macrocomparações, alguns autores apontam para o fato de que esta não seja a única perspectiva do Direito Comparado. Ao lado de uma perspectiva espacial, poderá haver comparação no tempo. Nesse sentido, fala-se de comparação horizontal e de comparação vertical, termos que serão explicitados a seguir, pois poderão causar equívocos de natureza epistemológica.

2.3. Comparação horizontal e comparação vertical

Acerca das expressões “comparação horizontal” e “comparação vertical”, elas

nem sempre assumem o mesmo significado entre os autores. Surge, então, a necessidade de que ambas as expressões sejam compreendidas, uma vez que, dependendo do sentido que se atribui a elas, pode-se chegar a caminhos diferentes, sobretudo no tocante à distinção entre o Direito Comparado e a História do Direito.

Partindo-se da ideia de que o Direito Comparado assenta em sistemas jurídicos positivos não necessariamente vigentes ou de sistemas coexistentes em determinada época, admite-se um caráter vertical à comparação. Esse é o posicionamento assumido por autores como Jorge Miranda. Argumenta ele: “O Direito constitucional comparado – se se quiser, a comparação de Direitos constitucionais – assenta, todavia, em sistemas jurídicos positivos, embora não necessariamente vigentes” (MIRANDA, 1997, p. 26).

Dessa forma, resulta não ser adequado supor que a única perspectiva do Direito Comparado (em geral) e do Direito Constitucional Comparado (em particular) seja a espacial. Pode-se também encontrar uma outra perspectiva, a temporal, conforme já assinalada acima.

Por outro lado, contrariamente, há autores para os quais, falar em Direito Comparado, implica necessariamente a comparação de dois ou mais sistemas jurídicos vigentes. Por exemplo, para Ivo Dantas (2006, p. 115-116), o Direito Comparado implica sempre a existência de dois ou mais sistemas jurídicos vigentes que serão objeto de comparação, dos quais, preferencialmente, um deles é o sistema jurídico nacional. Nesse sentido, não se admite falar em comparação vertical, no sentido de comparação no mesmo sistema, ou seja, fazendo a evolução do instituto em suas diversas fases, dentro do mesmo sistema jurídico.

Ao Direito Comparado interessa os sistemas legais ou sistemas jurídicos vigentes. A comparação feita no âmbito do Direito (nacional) pode ser utilizada com

independência dos direitos estrangeiros (comparação interna), estando nesse caso fora do objeto da chamada Ciência do Direito Comparado.

Referindo-se à comparação vertical e à comparação horizontal, Caio Mário da Silva Pereira (1955, p. 35-51) esclarece que o processo comparativo pode ser aplicado nos dois sentidos e que todos os comparatistas o aceitam. Pode o investigador, às vezes, recuar no tempo e buscar os dados informativos da instituição em sua origem, rastreando-a pelos séculos, até alcançar o momento atual. Nesse sentido, o pesquisador pode investigar, comparando a concepção contemporânea de algum instituto com os seus lineamentos no passado, fixar a sua linha de evolução, que lhe permite contextualizar o instituto no presente, e prognosticar as suas tendências no futuro. Mas, quem assim procede,

“vale-se da História do Direito e faz paleontologia jurídica, na feliz expressão lembrada por CLÓVIS BEVILÁQUA e repetida por JOSÉ EDUARDO DA FONSECA ao denominar as investigações de SUMMER MAINE e HERMANN POSTA de paleontologia social.

Outras vezes, o estudioso estende os olhos pelo horizonte jurídico e focaliza os sistemas atualmente em vigor entre os diversos povos, compara-os, procurando assinalar as suas aproximações e divergências. Tendo em vista o seu próprio direito, ou o objeto de determinado estudo, perquire a maneira pela qual o mesmo assunto encontra tratamento noutro organismo jurídico, indaga de que maneira o legislador de outro país positivou as normas de seu regime, ou como os tribunais as aplicaram e os cientistas o compreenderam. E aqui está em pleno campo do direito comparado. Tendo em vista os dois sentidos de comparação, e inspirado na sua materialização geométrica, eu chamo

ao primeiro de comparação vertical, e ao segundo de comparação horizontal.”

Cumprido destacar ainda que o Direito Comparado estende nossos conhecimentos através do espaço, enquanto que a História do Direito nos permite enriquecer nossa cultura com referência ao tempo. O estudo do Direito Comparado nos permite compreender melhor os distintos sistemas jurídicos; compreender as bases fundamentais dos direitos contemporâneos ou de determinada época histórica, assim como as linhas essenciais de seu desenvolvimento. Também nos ajuda a descobrir as relações que há entre as normas jurídicas por um lado, e, por outro, as realidades sociais e os problemas da sociedade. Ademais, o Direito Comparado nos dá a possibilidade de explicar nosso sistema jurídico a um jurista estrangeiro e, sobretudo, nos faz compreender profundamente nosso próprio Direito.

Por fim, o objetivo principal do Direito Comparado é estudar – comparando – ordens ou sistemas jurídicos, podendo-o fazer sob as perspectivas do macro ou micro-comparação, entendidas estas expressões tanto no sentido da quantidade dos sistemas (vários sistemas = macrocomparação) quanto da quantidade de institutos (ex: o fato gerador do Imposto de Renda em dez sistemas, hipótese em que se pode falar em análise macro, ou em dois – microcomparação) (DANTAS, 2006, p. 124).

3. Sistemas jurídicos contemporâneos e Direito Constitucional Comparado

De início, pelas razões já externadas anteriormente, reafirma-se a importância do conceito de sistema jurídico no estudo do Direito Comparado e no Direito Constitucional Comparado, em particular. Sem embargo, parte-se aqui de uma ideia, segundo a qual o sistema é um conjunto ordenado de elementos que traz consigo a caracte-

rística da unidade, da coerência e da (in) completude, ou seja, deverá ser visto como sistema em seus elementos mais genéricos. Em particular, o sistema jurídico pressupõe o elemento da vigência; e o direito vigente é aquele direito positivo¹⁵ que rege uma determinada época e lugar, por exemplo, a Constituição americana de 1787, embora seja permanentemente interpretada, como qualquer texto jurídico. Em consequência, a vigência supõe sempre a positividade; na positividade supõe a vigência, pois pode haver direitos positivos não vigentes.

O conceito de sistema jurídico é também importante porque a partir dele é que serão apresentadas as diversas classificações, quer seja em uma perspectiva genérica, quer seja, no âmbito específico do Direito Constitucional Comparado, com o agrupamento das diversas famílias constitucionais, apontando, por exemplo, as diferenças e semelhanças entre o modo ou não de Controle de constitucionalidade das leis, entre Cortes Constitucionais, Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes de Justiça Constitucional etc.

Entretanto, a ideia de sistema em Direito é uma questão que provoca dúvidas e discussões, conforme já alertado no início do presente trabalho. Abordando a teoria evolutiva dos sistemas, a ideia de sistema como base do discurso científico nos fornece um dado e nos leva a pensar o Direito assentado numa série de fenômenos que se concretizam com regularidade¹⁶. Sem

¹⁵ Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é denominada pela distinção entre “direito positivo” e “direito natural”, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão “direito positivo” é, entretanto, relativamente recente, de vez que se encontra apenas nos textos latinos medievais (BOBBIO, 1996, p. 15).

¹⁶ Cordeiro (2002, p. 62-66). Há referência a autores e obras que tomam a ideia de sistema como a base de qualquer discurso científico, em Direito. A seu favor depõem como o(s): “da necessidade de um mínimo de racionalidade na dogmática” (WERNER KRAWIETZ); “da identificação das instituições com sistemas de ações e de interações” (TALCOTT PARSONS); “do

essa regularidade, nem que seja mínima, o Direito não teria qualquer consistência, ideal ou real: ininteligível, imperceptível e ineficaz, ele deveria ser afastado das categorias existentes. Impõe-se, desde logo, uma primeira ideia de sistema: o Direito assenta em relações estáveis, firmadas entre fenômenos que se repetem, seja qual for a consciência que, disso, haja.

A multiplicidade dos direitos é um dado factual. Tal fenômeno deve ter sua dimensão avaliada, bem como a sua significação. Pergunta-se: em que consiste e como se manifesta a diversidade dos direitos? Há elementos variáveis e elementos constantes no direito. A diversidade dos direitos não corresponde unicamente a uma variedade de normas que eles comportam. O fenômeno jurídico é mais complexo. Está longe de ser uniforme, entre todos os povos.

Se no mundo contemporâneo existem muitos direitos, cada direito constitui de fato um sistema. Emprega-se um determinado vocabulário para expressar certos conceitos, agrupam-se regras em certas categorias, comporta-se o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para interpretá-las. Tudo isso ligado a uma dada concepção da ordem social que determina o modo de aplicação e a própria função do direito (DAVID, 2002, p. 19-20). Apesar desta diversidade, autores e cultores do Direito Comparado insistem na necessidade de classificação dos diversos sistemas.

Seria impossível estudar todos os sistemas existentes; são muitos, tanto quanto o número que se tem de Estados. Mas semelhante estudo ameaçava confundir-se com

direito como um sistema de comunicações” (NIKLAS LUHMANN); “do apoio sociológico da estruturação jurídica” (KAUFMANN/HASSEMER); “do tipo de pensamento dos juristas” (AULIS AARNIO), etc. Acrescenta: “Mas depõem, sobretudo, as considerações muito simples, acima efectuadas, sobre a própria existência do Direito e sobre a necessidade de, na sua comunicação, utilizar uma linguagem inteligível e redutora, sob pena de inabarcável a complexidade. Ou seja: há um sistema interno e deve haver um externo”.

o que é realizado pela Ciência Jurídica. O que há de específico no direito comparado é o uso do método comparativo, pelo qual os elementos retirados de várias ordens jurídicas são comparados, assinalando-se semelhanças e diferenças. Desse modo, afirma-se que o Direito Comparado pretende levar-nos ao conhecimento dos direitos estrangeiros, pela determinação dos traços essenciais, à demarcação de agrupamentos que, por sua vez, nos permitirá a determinação dos sistemas jurídicos contemporâneos.

Para José de Oliveira Ascensão (1978, p. 120-121 apud DANTAS, 2006, p. 131),

“A posse das fundamentais linhas orientadoras de um grupo de direitos permite ao jurista vencer as grandes dificuldades que prova sempre um embate com um direito alheio, dificuldades que são tanto maiores quanto mais afastado do seu for o direito que deve trabalhar.”

Os problemas enfrentados na classificação dos sistemas jurídicos começam com a existência de omissões de certas propostas, que se limitam aos Direitos Ocidentais, eurocêntricos, esquecendo-se de levarem em conta os Direitos Orientais. Assente-se que inúmeras são as classificações apresentadas pelos estudiosos do Direito Comparado, cada uma tomando por base critérios próprios.

3.1. *Classificação dos grandes sistemas jurídicos*

Em razão da limitação do presente trabalho e da falta de consenso entre os cultores do Direito Comparado, trata-se aqui de apresentar as propostas de classificação dos sistemas jurídicos apenas em alguns autores, embora não se negue a importância daqueles que ficarem de fora.

Há autores que tomam por base para a sua classificação a estrutura conceitual dos direitos ou a importância reconhecida às diferentes fontes do direito. Há outros que julgam estas diferenças de ordem técnica como de caráter meramente secundário,

pondo em primeiro plano as considerações substanciais, o tipo de sociedade que se pretende estabelecer com a ajuda do direito, ou, ainda, o lugar que é reconhecido ao direito como fator de ordem social. Em face de tais posições, de modo pragmático, limita-se optar por caracterizar três grupos de direitos que, no mundo contemporâneo, ocupam uma situação predominante, pelo menos para nós ocidentais: família romano-germânica, família da *comonn law* e família dos direitos socialistas (DAVID, 2002, p. 22-23). Não restam dúvidas de que essa é uma posição eurocêntrica ocidentalizada, que deixa de fora outros sistemas jurídicos.

A crítica à ótica eurocêntrica provocou a reflexão sobre características distintivas dos sistemas presentes na China, na Índia, nos países muçulmanos e na África. Para essa tomada de consciência, contribuiu a constatação de que a ocorrida adoção de fontes europeias (códigos franceses ou códigos anglo-indianos) não significou uma correspondente recepção do direito europeu por parte daqueles países (SACCO, 2001, p. 227). Assim, surge o reconhecimento da existência de particulares grupos de sistemas, extraeuropeus, dotados de profundas características próprias.

Nesse sentido, observa René David (2002, p. 23) que nenhum quadro realista pode ser estabelecido no que diz respeito aos direitos do mundo contemporâneo, sem se ter em conta outros sistemas que não se reportam às três famílias enumeradas acima. São eles os Direitos muçulmano, hindu e judaico; o do Extremo Oriente e também o da África e de Madagascar. Assim também é a posição de Mário Losano, numa concreta e ampla análise que faz dos grandes sistemas jurídicos do mundo – anglo-americano e indiano, islâmico e romanístico (nas suas ramificações russa e sul-americana) – comparados com o direito europeu e examinados antes e depois do encontro com a civilização ocidental¹⁷.

¹⁷ Para uma síntese dos sistemas jurídicos, cf. Losano (2007).

O agrupamento dos direitos em família,¹⁸ para René David (2002, p. 22), é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. Todavia, adverte que “não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve, por conseguinte, reconhecer”.

Por outro lado, adverte Felipe de Sola Cañazares (1954, p. 169-176 apud DANTAS, 2006, p. 141-142) que, teoricamente, e mesmo prescindindo dos direitos que não estão vigentes, o campo da comparação é muito vasto, pois pode estender-se a todos os sistemas jurídicos contemporâneos. Podem distinguir-se três grandes sistemas baseando-se no espírito comum dos direitos que agrupam. Os Sistemas Ocidentais: *Common Law* (Norte-americano e Inglês), Sistemas Romanistas, Sistema de Direito Romano, Sistemas Escandinavos, Sistemas Ibero-americanos; Sistemas Soviéticos (ex-URSS e sistemas soviéticos); Sistemas religiosos (Direito canônico, Direito muçulmano e Direito Hindu) e Sistema Chinês.

No Brasil, no tocante à classificação dos grandes sistemas jurídicos, encontra-se de forma original¹⁹ em trabalhos de Clóvis Beviláqua (1897, p. 69), que leva em conta as especificidades da América do Sul. Posteriormente, em outro momento histórico, coube a Caio Mário da Silva Pereira (1954, p. 25 et seq.) apresentar os sistemas agrupados da seguinte forma: Grupo dos Direitos do sistema romano-cristão, que

¹⁸ A noção de “família de direito” não corresponde a uma realidade biológica; recorre-se a ela por questões de ordem didática, valorizando as semelhanças e diferenças que existem entre os diferentes direitos. Sendo assim, todas as classificações têm o seu mérito.

¹⁹ Ao tratar dos grandes sistemas jurídicos, a participação de Clóvis Beviláqua “é original e não se encontra nas obras dos autores europeus, porque leva em conta a situação em que ficaram as ex-colônias ibéricas da América do Sul depois das respectivas independências.” (...) Clóvis Beviláqua não é eurocêntrico” (LOSANO, 2007, p. 36).

abrange todas as legislações de filiação genética romana e de inspiração cristã; Grupo dos Direitos do sistema do *Common Law*; Grupo dos Direitos do sistema soviético e Grupo dos Direitos dos sistemas filosófico-religiosos. Este último se subdivide em 3 (três) outros grupos: o sistema muçulmano – direitos da comunidade islâmica, que tem o Alcorão como livro supremo; o sistema hindu, que realiza a filosofia bramânica; e o sistema chinês – expressão do pensamento filosófico confucionista (Cf. DANTAS, 2006, p. 147-148). Para José Cretella Júnior (2007, p. 221-240), defensor da ideia de que o Direito Comparado consiste em um simples método, os sistemas se classificam fundamentalmente em dois: sistemas de base romanista e sistemas de base não romanista.

Apresentando sentido diferente à expressão famílias jurídicas em face da ideia de sistema, Consuelo Sirvent Gutiérrez e Margarita Villanueva Colin (1996, p. 5-6 apud DANTAS, 2006, p. 212-213) afirmam que “el vocablo sistema se usa para hacer referencia al derecho nacional y el de familia para denominar al conjunto de sistemas que desbordan las fronteras de una Nación”.

Apesar de a maioria dos autores se referirem apenas às famílias do *Civil Law* e do *Common Law*, salienta Ivo Dantas (2006, p. 213) que não se pode desprezar a existência de famílias com caráter nitidamente religioso (modelo muçulmano) e aquelas que se inspiram nas ideias marxistas. Ele acrescenta ainda que, apesar da queda do Muro de Berlim e de todas as modificações ocorridas na Europa, não parece que possa justificar a exclusão do modelo socialista, do que seria exemplo (e só ele bastaria para justificar) o sistema jurídico cubano.

Portanto, são várias, e diferentes umas das outras, as propostas de classificação apresentadas pelos cultores do Direito Comparado, de forma que cada autor busca amparo em um ou mais critérios e tendo todas as classificações o seu mérito. Tudo

depende do quadro em que se colocuem e da preocupação que, para uns e outros, seja dominante, sentencia René David (2002, p. 22).

A classificação em famílias de Direito será tratada abaixo de forma sumária, em razão dos limites e dos propósitos do presente trabalho, levando-se em consideração duas grandes famílias: a família do *Civil Law* e a família do *Common Law*.

3.2. Agrupamento dos direitos em famílias: *Common Law* e *Civil Law*

O agrupamento dos direitos em família, certamente, é uma forma arbitrária de reduzir a complexidade, mas a que didaticamente se recorre, como importante meio utilizado para racionalizar a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo.

De início, cumpre advertir que o sentido de família aqui não corresponde a uma realidade biológica (vide nota de rodapé nº 18), bem como lembrar que não há concordância sobre os critérios de se efetuar agrupamento dos direitos em famílias, e que nenhuma classificação consegue dar conta de toda a realidade do mundo jurídico contemporâneo. O que se tentará aqui é pôr em relevo as características essenciais de dois grupos de direitos que, no mundo contemporâneo, ocupam uma situação de destaque: trata-se da família do *Common Law* e da família do *Civil Law* ou Romano-Germânica.

Da contraposição entre o *Civil Law* (sistema continental europeu, de origem Romanista) e o *Common Law* (sistema anglo-saxão), surgem entre eles elementos que informam semelhanças e diferenças. Se, por exemplo, a escolha do critério diferenciador for a principal fonte do direito, centra-se na lei (*Civil Law*) e em precedente judicial (*Common Law*).

Ao referir-se às relações entre essas famílias de direitos, René David (2002, p. 26) informa que os países de direito romano-germânico e países de *Common Law* tiveram numerosos contatos ao longo de vários

séculos, sendo que sofreram influência da moral cristã e das doutrinas filosóficas em voga, desde a época da Renascença, que construíram valores, como o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos.

A expressão do *Common Law* não deve ser confundida nem entendida como o sistema inglês. Embora nascido na Inglaterra, o *Common Law* se aplica a vários Estados; não deve ser confundido como britânico, tendo-se em vista que essa expressão diz respeito à Grã-Bretanha, entidade política que engloba a Escócia, a qual, por sua vez, adota e está incluída no sistema romano-germânico; por último, não deve ser identificado com a expressão “anglo-saxão”, em face de que esta refere-se ao sistema de direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação do *Common Law*, naquele país.

Ao tratar da importância histórica do direito inglês, verifica René David (Idem, p. 351-352) que o *Common Law* tem sua elaboração na Inglaterra, principalmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça, depois da conquista normanda, mas que compreende outros países de língua inglesa.

O direito inglês, elaborado historicamente pelos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), é um direito jurisprudencial, (*case law*), e é pelo estudo da jurisprudência que convém iniciar o estudo das suas fontes.

Vale ressaltar que a palavra “jurisprudência” não tem um sentido único. Na França, serve para designar as decisões judiciárias. A palavra inglesa *jurisprudence* tem um sentido muito diferente; aplica-se ao que se chama na França a teoria geral e a filosofia do direito. A palavra francesa *jurisprudence* é traduzida em inglês por *The decisions of the Courts*.

Por outro lado, quanto à família romano-germânica ou *Civil Law*, no tocante às fontes, a lei, considerada *lato sensu*, é aparentemente, nos nossos dias, a fonte pri-

mordial, quase exclusiva. Todos os países da *Civil Law* surgem como sendo países de direito escrito. Os juristas procuram, antes de tudo, descobrir as regras e soluções do direito, estribando-se nos textos legislativos ou regulamentares emanados do parlamento ou das autoridades governamentais ou administrativas. A função dos juristas parece ser fundamentalmente a de descobrir, com auxílio de vários processos interpretativos, a solução que cada caso corresponde à vontade do legislador. A lei assume uma posição de superioridade diante de outras fontes. René David (*Ibidem*, p. 112) faz crítica a essa posição, nos seguintes termos:

“Esta análise, por mais corrente que seja, está de fato muito distante da realidade. A doutrina na qual se resume esta descrição bem pode ter sido o ideal de uma certa escola de pensamento, dominante no século XIX, na França. Contudo, ela nunca foi plenamente aceita na prática e hoje reconhece-se na própria teoria, cada vez mais claramente, que a soberania absoluta da lei é, nos países da família romano-germânica, uma ficção; há lugar, ao lado da lei, para outras fontes muito importantes do direito.”

Pode-se inferir que os sistemas jurídicos levam em conta os condicionamentos históricos e temporais, bem como identificar algumas características comuns àqueles modelos que formam as diversas famílias, seja a Família do *Common Law*, seja a família do *Civil Law*, seja qualquer outra com seus variados sistemas.

Neste sentido, procura-se apontar alguns elementos que marcam os sistemas jurídicos do *Civil Law*, por exemplo, a Supralegalidade do texto constitucional e consequente sistema hierarquizado de normas, com controle de Constitucionalidade; predomínio da Lei escrita; e a atuação do Poder Judiciário restrita à interpretação e aplicação da Constituição e das Leis.

Partindo de uma visão geral, ficaram resumidamente acima as classificações das famílias de Direito do *Civil Law* e do *Common Law*, tomando as fontes como um dos critérios diferenciadores. *Civil Law* ou Romano-germânica, a Lei como sua principal fonte (lei em sentido amplo, incluindo-se aí a Constituição); *Common Law*, a Jurisprudência, no sentido de decisões das cortes.

O tópico a seguir analisará apenas o sistema constitucional, entendido como subsistema do ordenamento total, isto é, do sistema jurídico como um todo.

4. *Direito Constitucional Comparado: elementos teóricos*

Nunca é demais lembrar que a simples descrição dos diversos sistemas jurídicos não significa que estejamos fazendo Direito Comparado. Trata-se de questão de natureza epistemológica, já anteriormente tratada, importante para compreendermos a perspectiva da qual estamos falando.

O sistema jurídico estrangeiro é elemento indispensável para a análise do Direito Comparado. Mas a simples descrição não é suficiente, porquanto é necessário que se faça a confrontação desse sistema jurídico estrangeiro em face do sistema jurídico nacional, ou de sistemas jurídicos diversos, para que possamos falar em Direito Comparado. Ou seja, com relação ao Direito Constitucional Comparado, o sistema constitucional estrangeiro é elemento indispensável ao estudo do Direito Constitucional Comparado. Partindo desse ponto de vista, é importante ressaltar que há controvérsias entre os autores acerca dos critérios de seleção dos sistemas. Vejamos a posição de alguns deles.

Paolo Biscaretti di Ruffia, ao analisar diversas premissas metodológicas referentes ao Direito Comparado, admite estar diante de uma difícil questão, em razão de uma generalidade de critérios. Mas considera necessária para servir de orientação nas investigações comparativas. Neste passo,

refere-se às posições de Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolff e René David.

Em sua análise, esclarece Ruffia (1996, p. 91-94 apud DANTAS, 2006, p. 158-161) que, se realizarmos exame preliminar dos ordenamentos constitucionais contemporâneos, podemos comprovar sua origem recente. As distintas Constituições promulgadas nos diversos países, a partir de 1787, podem ser distribuídas em uma série concatenada de ciclos constitucionais sucessivos.²⁰

Por sua vez, tratando do mesmo assunto, observa Jorge Miranda (1997, p. 101 et seq.), apontando o difícil problema de traçar um quadro capaz de dar conta das múltiplas formas e instituições, que: "... não é fácil surpreender um quadro suficientemente largo e preciso não só das múltiplas formas e instituições como das grandes coordenadas do Direito Constitucional". Atualmente são aproximadamente 200 Estados formalmente soberanos, todos com os seus ordenamentos particulares e revestidos na sua grande maioria por Constituições escritas.

Mas, é necessário levar ao fim tal tarefa, quer no âmbito de trabalhos comparativos, quer no da exposição do estudo de temas da teoria da Constituição. Jorge Miranda (Idem, p. 101) apresenta as perspectivas para alcançar tal tarefa. São elas: "o recurso à Teoria Geral do Estado, a tipologia das formas políticas, a observação de experiências constitucionais, a formação de sistemas e famílias de Direito Constitucional".

²⁰ Em nota de rodapé de nº 82, página 158, de seu livro aqui citado, fazendo referência aos ciclos constitucionais, o Prof. Ivo recorda que, entre nós, Pinto Ferreira (1983, v. 1, p. 55-67), nos seus Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, refere-se a diversos Ciclos Constitucionais, afirmando: "A doutrina dos ciclos constitucionais tem profunda importância para o direito público, melhor esclarecendo a sua essência e tendência evolutivas. O ciclo constitucional define-se pelo seu traço de originalidade e pela sua expansão no mundo das formas políticas, a exemplo dos ciclos constitucionais inglês, norte-americano, francês, alemão e soviético, como Constituições-tipos, que têm servido de figurino ou modelos a outras nações".

Quanto às famílias²¹ de Direito Constitucional e seu método de formação, observa Jorge Miranda (Ibidem) que esse método consiste,

"por um lado, em examinar o Direito Constitucional de um país tal como se apresenta na sua realidade de um sistema dotado de vida própria e, por outro lado, em tentar agrupar sistemas semelhantes ou afins num pequeno número de famílias ou tipos constitucionais. (...) oferece uma tríplice vantagem. Baseia-se no Direito Constitucional como um todo, embora tenha de escolher os elementos sobre que vai incidir a comparação; torna-o integrado no sistema jurídico a que pertence; visa descobrir a continuidade institucional, mas, ainda mais, a coerência actual de valores, conceitos e normas.

É um método que abre tanto para uma dimensão temporal quanto para uma dimensão espacial (de tendência universalizante) como nenhum outro e que, assim, se situa bem entre as tentativas de agrupamento de ordens jurídicas a que procede o Direito comparado. Contudo, tem de ser usado com prudência, por se terem tornado menos firmes os contornos

²¹ Jorge Miranda (1997, p. 107-109) denomina de fases pelas quais se desdobra o processo intelectual de agrupamento dos sistemas em famílias de Direito constitucional. São elas: "1ª) - Observação dos sistemas constitucionais (não de todos necessariamente, mas de uma maior parte e mais significativa, na sua realidade e diversidade); 2ª) - Recolha de caracteres comuns e destrição de caracteres diferenciadores; 3ª) - Procura ou conformação de sistemas com caracteres semelhantes; 4ª) - Sempre que essenciais os pontos de contacto, inclusão dos sistemas nas mesmas famílias - sendo, porém, imprescindível proceder a análise histórica e sistemática; 5ª) - Averiguação da possível existência de um sistema donde derivem historicamente os outros sistemas, por comunidade de origem, imitação, influência ideológica ou imposição; 6ª) - Com os elementos comuns aos vários sistemas integrados em cada família, construção da unidade dogmática ideal correspondente a esta e sua consideração como sistema abstracto coerente".

de sistemas e famílias num mundo em mundança.”

Por último, Jorge Miranda (1997) reconhece a existência de quatro grandes famílias de Direito constitucional no século XX: a inglesa, a norte-americana, a francesa e a soviética.

Partindo de um entendimento tridimensional do Direito, Bidart Campos e Walter Carnota (1998, t.1, p. 29-50 apud DANTAS, 2006, p. 165-166) propõem um critério que denominam de *Marcos Generales* para o estudo do Direito Constitucional Comparado:

“El derecho constitucional comparado que nosotros propugnamos no se encuentra enclausurado en las normas de la constitución documental. Por el contrario, fieles al realismo y al trialismo jurídico, visualizamos a un derecho constitucional de cara o solidário con la realidad existencial. Por eso podemos afirmar también que estado, en su sentido dinâmico, es sinônimo no sólo a régimen político, sino a *constitución en su acepción material o real*.

La preanotada dimensión existencial que le imprimimos al derecho constitucional comparado nos obliga a detenernos, siquiera brevemente, en los *marcos* en que se despliega su capacidad ordenadora y estructuradora.

Sabemos que el derecho constitucional de cada estado es su causa formal, es decir, es aquel ingrediente aglutinante que lo informa, que le infunde organización y encuadre. Ahora bien, la pregunta clave a formular es ésta: *qué es lo que se organiza, estructura u ordena?*

Ao analisar, “el territorio como uno de los supuestos del régimen político”, “El supuesto humano o población”, “como cambia el ejercicio del poder? Su influencia en el derecho”, esses autores, apresentam o Direito Constitucional Comparado como disciplina integradora. Assim escrevem:

“Si hay una rama jurídica que está mejor posicionada para lograr síntesis integradora, es el derecho constitucional comparado. Captando analogias y diferencias, aprehendiendo datos culturales diversos, estableciendo patrones comunes, se logra el avance de los valores de libertad, de pluralismo político y social, y de solidaridad a los que debe aspirar toda comunidad.

(...)

El derecho constitucional comparado, en cuanto confronta los ordenamientos jurídicos y los regímenes políticos existentes en el mundo, requiere de un conocimiento interdisciplinario de los marcos donde tales ordenamientos y regímenes se incardinan. El cuadro resulta amplísimo y, en consecuencia, difícil de ser abordado en su totalidad y plenitud. Modestamente hemos de procurar una prieta síntesis” (BIDART CAMPOS; CARNOTA, 1998, t. 1, p. 29-50 apud DANTAS, 2006, p. 165-166).

Esses autores, em vez de descreverem sistemas constitucionais, utilizam-se da técnica que se volta para o estudo de determinados temas, como, por exemplo, Classes de Constituições, Rigidez e Flexibilidade Constitucionais, Supremacia Constitucional, Constitucionalismos, Controle de Constitucionalidade, Mutações Constitucionais (DANTAS, 2006, p. 167), entre outros temas.

5. Considerações finais

O Direito Constitucional Comparado é uma criação do século XX e representa um esforço teórico-conceitual no âmbito de uma Teoria Geral do Direito. Conforme demonstrado ao longo do texto, o Direito Constitucional Comparado tem objeto próprio, que é a comparação entre dois ou mais sistemas constitucionais; sua problematização está relacionada com as

diferenças e semelhanças entre sistemas; utiliza-se de um método, que não lhe é exclusivo, que é o método comparativo. O objetivo principal do Direito Comparado é estudar – comparando – ordens ou sistemas jurídicos, podendo-o fazer sob as perspectivas da macro ou microcomparação, entendidas estas expressões tanto no sentido da quantidade dos sistemas (vários sistemas = macrocomparação) quanto da quantidade de institutos (exemplo: a prisão civil por dívidas em dez sistemas, hipótese em que se pode falar em análise macro, ou em dois sistemas – microcomparação).

Sem pretensão de determinar rigidamente o seu nascimento, chega-se a considerar que dois artigos servem como marco importante do Direito Constitucional Comparado. O primeiro artigo, intitulado *L'évolution recente du problème des delegations législatives*, de autoria de Carl Schmitt, foi publicado na coletânea de estudos em homenagem a Edouard Lambert, no ano de 1938; o segundo, *A comparative study of the Austrian and the American Constitution*, de Hans Kelsen, publicado no *Journal of Politics*, em maio de 1942, com tradução para a língua portuguesa com o seguinte título: “O controle judicial da constitucionalidade (um estudo comparado das Constituições austríaca e americana)”. Entretanto, esses autores não estavam preocupados com o estudo do Direito Constitucional Comparado como ramo do Direito Comparado ou do caráter científico deste, embora estivessem inaugurando um novo espaço para a reflexão teórica.

No Brasil, não obstante o pioneirismo e a originalidade, a produção bibliográfica acerca do Direito Comparado ainda é incipiente. Os primeiros trabalhos datam do final do século XIX, na Faculdade de Direito do Recife, com os escritos de Tobias Barreto, no contraponto feito entre teoria jurídica brasileira e teoria alemã, e os estudos sistemáticos de Clóvis Beviláqua (LOSANO, 2007, p. 15-40), retratados na “Aplicação do methodo comparativo ao estudo do

direito”, de 1891, e o “Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado”, de 1897. No início do século XX, Cândido Luiz Maria de Oliveira publica o “Curso de Legislação Comparada”. Posteriormente, tivemos a publicação do “Direito Comparado, Ciência Autônoma”, de Caio Mário da Silva Pereira, publicado em 1952, que representou um novo marco teórico na doutrina do Direito Comparado no Brasil. Como crítico dessa perspectiva, temos Cláudio Souto, com “Da Inexistência Científico-Conceitual do Direito Comparado”, escrito em 1956.

Após essa data, tantos outros trabalhos e autores não menos importantes, que são dignos de serem lembrados, também fazem parte do rol de publicações acerca do Direito Comparado, como por exemplo, Haroldo Valladão, com “O Estudo e o Ensino do Direito Comparado no Brasil: séculos XIX e XX”, publicado em 1971, na Revista de Informação Legislativa; José Cretella Junior, *Droit Administratif Compare*, de 1973, traduzido para a língua portuguesa em 1990, com o título “Direito Administrativo Comparado”.

No que diz respeito ao Direito Constitucional Comparado, a produção bibliográfica brasileira comporta pouco mais de uma dúzia de publicações nestes últimos anos, entre as quais, podemos citar, a título de exemplo, o artigo publicado por Ana Lúcia de Lyra Tavares, em 1999, intitulado “Notas sobre as dimensões do Direito Constitucional Comparado”; a obra “Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia”, de autoria de Ivo Dantas, publicado em 2000, obra que já se encontra em sua terceira edição; cite-se também o livro “Um Pouco de Direito Constitucional Comparado”, de José Afonso da Silva, publicação de 2009. Deixamos de citar aqui outras obras e autores brasileiros cultores do Direito Constitucional Comparado, em razão do espaço, não por serem menos importantes.

Atualmente reconhece-se a importância do estudo do Direito Comparado, em geral,

e do Direito Constitucional Comparado, em particular, como mais uma ferramenta para ajudar a reflexão no campo jurídico, uma vez que a ele se atribui uma visão mais global do direito, promovendo uma consciência integradora, em suas múltiplas diferenças e semelhanças existentes entre os vários sistemas jurídicos, rompendo com uma postura que leva o direito a um certo “gueto jurídico nacional”, sem se preocupar com os desafios globais que temos de enfrentar. Evidentemente que o Direito Comparado tem seus limites, mas quer seja como ciência autônoma, quer seja como método próprio de comparação de direitos, poderá quicá ajudar na solução global para problemas globais.

É preciso reconhecer a influência, ou quem sabe a aproximação das famílias do *Civil Law* e do *Common Law*, com a experiência atual europeia. Ao estudioso do Direito Constitucional Comparado cabe buscar compreender esses fenômenos, pelos quais se verifica a recepção (ou imposição) de institutos constitucionais; influência entre modelos constitucionais, como exemplo, no controle da constitucionalidade, na adoção de súmulas vinculantes, nas garantias dos direitos fundamentais, no papel das Cortes Constitucionais, dos Tribunais Constitucionais, das Supremas Cortes de Justiça nas decisões de grande relevância na vida dos cidadãos.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao Direito comparado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do Direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980.

BEVILÁQUA, Clóvis. Aplicação do methodo comparativo ao estudo do Direito. *Revista Acadêmica. Faculdade de Direito de Recife*, Recife, a. 1, 1891.

_____. *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito Privado*. Salvador: Liv. Magalhães, 1897.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporâneo: cuatro estudios de Derecho comparado*. México: Porrúa, 1993.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito comparado: introdução ao Direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORDEIRO, A. Menezes. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Teoria do Direito comparado*. Recife: Programa de Pós-Graduação da UFPE, 2009.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Editora, 2002.

FARIA, José Eduardo. *O Direito e a economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FRADERA, Vera Jacob. Apresentação. In: SECCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito comparado*. São Paulo: RT, 2001.

KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das constituições austríaca e americana. In: _____. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MORA, J. Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Edições Loyola, 2001. t. 2.

MIRANDA, Jorge. Sobre o Direito Constitucional comparado. *Separata de Direito e Justiça*, Lisboa, v. 2, p. 201-222, 1981/1986.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1.

OLIVEIRA, Cândido Luiz Maria de. *Curso de legislação comparada*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1903.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, a. 4, p. 33-47, 1952.

_____. Unidade da cultura jurídica ocidental. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, 1954.

- _____. Direito comparado e seu estudo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, a. 7, p. 35-51, out. 1955.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito comparado*. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Um pouco de Direito Constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOUTO, Cláudio. *Da inexistência científico-conceitual do Direito comparado*. Recife: [s.n.], 1956.
- TAVARES, Ana Lucia de Lyra. A utilização do Direito comparado pelo legislador. *Contextos*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 1-20, mar. 1987.
- _____. O estudo das recepções legislativas. In: VALLADÃO, Haroldo (Org.). *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Haroldo Valladão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.
- _____. Nota sobre as dimensões do Direito Constitucional comparado. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 89-104, jan./jul. 1999.
- _____. A crescente importância do Direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 155-188, 2001.
- VALLADÃO, Haroldo Teixeira. O estudo e o ensino do Direito comparado no Brasil: séculos XIX e XX. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, p. 3-14, abr./jun. 1971.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho Constitucional comparado*. Madrid: Espase Calpe, 1985.
- ZAGREGELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.