

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 44 • nº 175
Julho/setembro – 2007

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Funções do Direito Comparado

Weliton Carvalho

Sumário

1. Interesse do estudo. 2. Utilidade do Direito Comparado. 3. Recepção legislativa. 4. Conclusões.

1. Interesse do estudo

Tem o presente trabalho por propósito delinear as principais funções do Direito Comparado, as quais se forjam a partir do interesse dos métodos desse ângulo do fenômeno jurídico para a formação e aplicação da ordem jurídica.

Interesse é, portanto, instante de pré-compreensão para o seguro desenvolvimento do tema. O interesse, desse modo, desencadeia-se como possibilidade de utilização futura. Se é verdade que ninguém se interessa pelo inútil, não menos certo é afirmar que a delimitação da fruição somente ocorre após o despertar do sujeito em relação ao objeto.

Em síntese apertada, pode-se dizer que o interesse é o catalisador que rompe a inércia do processo cognoscitivo; a utilidade é aplicação do interesse bem sucedido. Nessa dimensão, está-se autorizado a dizer que a utilidade é o proveito do esforço, ou dito melhor: é o que do esforço se aproveita.

Essa realidade é verificável em qualquer expressão da ciência. Então, por lógica elementar, aplicável aos meandros do Direito Comparado.

Weliton Carvalho é Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Pernambuco, Professor da pós-graduação do Centro Unificado de Ensino do Maranhão - CEUMA, Juiz de Direito.

Neste ponto lembre-se de Ivo Dantas (2000, p. 63) ao afirmar que o Direito Comparado não tem funções práticas. Essas são derivadas das conclusões postas ao alcance dos operadores do Direito na precípua missão de regulamentar o comportamento dos homens em sociedade.

Não obstante essa observação de Ivo Dantas (2000), note-se que o caráter pragmático é que move o estudioso em seu labor científico. É comum, por circunstâncias, o estudioso renegar a caracterização científica em prol da utilidade do conhecimento adquirido. Em sede de Direito Comparado, pela própria polêmica da discussão em torno de seu caráter científico, alguns juristas hipertrofiaram o pragmatismo desse ramo do Direito em detrimento de sua cientificidade.

Muito a propósito dessa problemática, Felipe de Solá Cañizares (1954, p. 109), após se filiar à corrente que nega caráter científico ao Direito Comparado, escreve:

“El derecho comparado no debe ser una disciplina puramente teórica que se desenvuelve a base de abstracciones alejadas de las realidades de la vida. Si en otras épocas se vinculaba exclusivamente a las ciencias filosóficas e históricas, la tendencia moderna de considerarlo un método con múltiples aplicaciones, hace del derecho comparado una ciencia que es, ante todo, útil”.

No mesmo diapasão, H. C. Gutteridge (1954, p. 15) lançou essa sentença em forma de pergunta-resposta ao problema das funções do Direito Comparado: “El problema esencial no es qué es el derecho comparado? La verdadera cuestión es la de: para qué sirve?”.

Evidente que o traço científico do Direito Comparado não pode ser relegado a uma questão meramente acadêmica. Porém a investigação pragmática ganha relevo crescente em um mundo em crescente interação, em que os sistemas jurídicos se entrelaçam em velocidade cibernética.

Prova cabal dessa interação em cadeia entre os Estados se verifica na preocupação dos países com os rumos da economia como um dos fatores a influenciar o Direito, como ordem jurídica concretamente posta.

Não se pode negar que a denominada *sociedade globalizada* é uma nova fase do capitalismo. Nesse sentido, feliz o pensamento de René David (1953, p. 51): “Los negocios tienden cada vez más a hacerse internacionales”.

Essa nova feição do capitalismo exige cada vez mais o empenho dos comparatistas no domínio dos diversos sistemas e ordenamentos jurídicos. Reitere-se, aqui, as palavras de Jorge Miranda (1986, p. 207):

“As causas gerais do desenvolvimento contemporâneo do Direito comparado estão ligadas, como facilmente se compreende, a duas ordens de factores: o desenvolvimento da própria Ciência Jurídica e o incremento das relações internacionais e da circulação de bens e pessoas”.

Nesse contexto, vislumbra-se um curioso efeito reflexo entre a prática e o desenvolvimento científico do Direito Comparado: na medida em que o pragmatismo exige estudos comparativos entre ordens ou institutos jurídicos (macro ou microcomparações), o caráter científico desse ramo do Direito se sobrepõe.

Dentro do interesse diante do estudo do Direito Comparado, a produção da literatura enfocando esse novo paradigma jurídico tem contribuído para demonstrar sua autonomia e desvendar novas utilidades, em razão diretamente proporcional ao avanço das pesquisas.

2. Utilidade do Direito Comparado

Nesse âmbito da pesquisa, tentar-se-á demonstrar as várias utilizações do Direito Comparado. Evidente que não se tem a pretensão de esgotá-las, nem isso seria possível, dada a própria dinâmica do fenômeno

jurídico, que tem por destino se adequar às novas reclamações da vida. Apenas traçar-se-á uma visão genérica e quase consensual da aplicabilidade da ciência jurídica no seu momento de comparação de ordenamentos jurídicos.

Ao precisar o campo de utilização do Direito Comparado, Ivo Dantas (2000, p. 61-62) o divide em dois quadrantes bem definidos: o primeiro grupo denominou *objetivos pessoais*; o segundo, *profissional*, conforme se percebe nesta passagem:

“Pelo primeiro, ao qual denominados de objetivos pessoais, visa-se uma maior satisfação intelectual daquele que lança mão dos estudos sobre os sistemas jurídicos estrangeiros para verificar a forma como os fatos sociais, econômicos e políticos estão sendo tratados por outros povos. O objetivo, pois, é meramente subjetivo, cultural [...]”.

O segundo grupo de finalidades – em nosso entender – pode ser denominado de profissional e encontra-se mais ligado à Técnica e Política Jurídica ou mesmo Política Legislativa, oferecendo os elementos necessários à análise, por parte dos operadores do Direito, para melhor compreensão de institutos jurídicos – sobretudo aqueles que foram recepcionados pelo sistema nacional – existentes em outros ordenamentos, exatamente porque, queiramos ou não, assistimos, nos dias atuais, a uma tendência de universalização dos conceitos no campo da Ciência Jurídica”.

Por seu turno, Carlos Ferreira de Almeida (1998, p. 15), lançando mão do vocábulo *funções*, delimita, de modo pormenorizado, as diversas utilidades do Direito Comparado. Carlos Ferreira de Almeida (1998) vislumbra as seguintes funções do Direito Comparado: funções utópicas e realistas; funções relativas aos direitos nacionais; funções relativas à uniformização e harmonização de Direitos; funções relativas à

construção de regras de aplicação subsidiária e funções de cultura jurídica.

Cabe aqui, *en passant*, demonstrar as linhas gerais das concepções formuladas por Carlos Ferreira de Almeida (1998). Por *funções utópicas* entende ele aquelas dotadas de generalidades (por exemplo, formação de uma ciência jurídica universal). E as *funções realistas* seriam aquelas dotadas de maior racionalismo, concentrando o jurista esforços no sentido de construir finalidades utilitárias (por exemplo, regras de uniformização e harmonização de direitos).

Com relação às *funções relativas aos direitos nacionais*, sobressaem aquelas clássicas, quais sejam: interpretação, aplicação e integração do ordenamento jurídico, a partir de um certo conhecimento do Direito Comparado.

As *funções relativas à uniformização e harmonização de Direitos* significam a possibilidade de um ato internacional inserir em ordens jurídicas autônomas normas de mesmo conteúdo. Nesses casos exigem-se estudos de Direito Comparado da espécie microcomparação relativamente ao instituto que se deseja uniformizar.

A propósito das *funções relativas à construção de regras de aplicação subsidiária*, Carlos Ferreira de Almeida (1998) esclarece que certos tratados internacionais prevêm a aplicação, a título subsidiário, de princípios gerais comuns aos ordenamentos jurídicos envolvidos no pacto transnacional.

Finalmente, as funções de cultura se concretizam na formação dos juristas.

Bem observado, a dicotomia *objetivos pessoais* versus *finalidade profissional* corresponde exatamente ao dualismo *funções utópicas* versus *funções realistas*. Pode-se, ainda, notar que as demais classificações propostas por Carlos Ferreira de Almeida (1998) são especificações desse primeiro grupo.

A preocupação com as diversas utilidades ou funções derivadas do Direito Comparado ratifica o destino pragmático da ciência jurídica. Passa-se, agora, a indicar os substratos mais flagrantes de operacio-

nalização decorrente do cotejo produzido pelo comparatista.

Notadamente, a proeminente utilidade do Direito Comparado reside na melhor compreensão do direito nacional. Evidente que o jurista dotado de sólida formação em Direito Comparado terá maior domínio do ordenamento pátrio, naquelas atividades que são cotidianas aos operadores do Direito: interpretação, aplicação e integração. Além, é claro, de possuir uma visão crítica sobre a política legislativa desenvolvida em seu país.

Essa função do Direito Comparado como paradigma do conhecimento do ordenamento jurídico nacional foi elucidada por José de Oliveira Ascensão (1994, p. 113).

“A Ciência do Direito tem a lutar muito com estes ensinamentos. Se o legislador se inspirou em leis estrangeiras, o conhecimento dessas leis favorece a compreensão da lei nacional. Assim acontece, no mais alto grau, quando o legislador se remeteu servilmente ao modelo alheio. Frequentemente aparecem trechos legais que por si não fazem sentido, e que só se iluminam quando se descobre que são uma transposição de uma fórmula vigente no estrangeiro[...]”.

No mesmo sentido, René David (1953, p. 80) reconhece que o Direito Comparado possibilita ao jurista conhecer melhor a cientificidade do ordenamento nacional, já que terá uma visão mais sólida sobre suas estruturas e a interação de seus princípios com os demais sistemas jurídicos contemporâneos.

Função derivada dessa primeira, mas que com ela guarda autonomia, é a que se refere ao aperfeiçoamento da legislação nacional. Trata-se, a rigor, da denominada recepção legislativa. É exatamente nesse instante que o comparativista pode apresentar soluções ao seu ordenamento de origem, valendo-se da experiência alienígena.

Sem dúvida, uma das mais ousadas funções derivadas do Direito Comparado

é aquela que pretende a unificação legislativa. A proeminência dessa função é tão evidente que Felipe de Solá Cañizares (1954, p. 113) afirma que o próprio Direito Comparado com ela se confunde, já que “ha existido una tendencia a considerar que el objeto esencial del derecho comparado es la unificación legislativa, y se ha llegado incluso a confundir derecho comparado y unificación de leyes”.

Evidente que essa pretensa unificação é quase utópica e, na concretude dos fatos, relativa, pois o Direito reclama para si peculiaridades forjadas no caldo cultural da nação. Na melhor das hipóteses, pode acontecer uma maior semelhança normativa “entre países que forman parte de un mismo círculo cultural, que tiene una tradición política y estructura social semejante”, consoante apreciação de Pablo Lucas Verdú (1984, p. 416).

Outra possibilidade palpável de maior aproximação entre ordens jurídicas alienígenas é defendida por Paolo Biscaretti de Ruffia (1975, p. 15) ao vislumbrar a formação de blocos transnacionais.

Por outro turno, após expor as idéias de Lambert, segundo as quais é possível extrair das instituições e das concepções de diferentes ordenamentos um Direito Comum Legislativo, Caio Mário da Silva Pereira (1953, p. 7) foi cauteloso com relação à unificação legislativa.

“Não me filio à corrente capitaneada embora por um tão insigne e brilhante espírito. Menos extremado, e mais razoável se me afigura Mario Sarfatti, quando aponta o Direito Comparado como ciência suscetível de provocar uma contínua aproximação entre as legislações e de extrair das que se encontram em um mesmo grau de adiantamento os princípios próximos, a bem dizer comuns, e, assim, empreender a unificação do Direito”.

Sendo o Direito fenômeno universal, é natural que o acúmulo da experiência humana reclame do cientista do Direito

cultura jurídica para entender o fenômeno estudado. Percebendo tal realidade, Carlos Ferreira de Almeida (1998, p. 19) toma a função cultural como “a mais importante e certamente a mais nobre das funções do direito comparado”. Essa posição se fundamenta no sentido de observar que o jurista sem visão comparativista tende para a auto-suficiência, o isolamento e o provincianismo.

A importância do Direito Comparado como insumo da formação cultural do jurista e de toda e qualquer ordem jurídica é notada por Felipe de Solá Cañizares (1954, p. 118-120) e veementemente ratificada por René David (1950, p. 683-684):

“O direito comparado é um instrumento essencial de cultura geral para o jurista, porque sem ele, como sem a história da qual ele é complemento e homólogo, sem ele não é possível chegar a conclusões que ultrapassam a porta do direito particular e não se pode encontrar a universalidade que postula toda verdadeira ciência”.

Outro aspecto em que o Direito Comparado tem despertado grande interesse, principalmente nos dias que correm, é exatamente a função de compreensão do panorama internacional. Essa função se concretiza pelo intercâmbio que cada país pode estabelecer com outro, no intuito de conhecer dele o ordenamento jurídico, em toda sua complexidade (inclusive analisando os elementos metajurídicos que o formaram, para com ele estreitar relações, mormente econômicas, com alguma margem de segurança).

Outras funções menos marcantes poderiam ainda ser mencionadas, como sucede com a função do Direito Comparado em face do Direito Internacional Público, do Direito Internacional Privado, da História do Direito e da Filosofia do Direito. Sem contar a aplicabilidade do Direito Comparado em face da administração da justiça, da advocacia e da própria diplomacia.

Como se nota, seria impossível abordar cada uma dessas funções nos estreitos limites de um artigo. Assim sendo, em atendimento a uma reclamação pragmática e de vida cotidiana dos parlamentos, faz-se a opção de verticalizar o estudo sobre a função de recepção legislativa como uma das mais preponderantes do Direito Comparado.

3. *Recepção legislativa*

O instituto da recepção legislativa, genericamente percebido por Felipe de Solá Cañizares (1954, p. 111) como *perfeccionamiento de la legislación nacional*, requer o maior dos cuidados, posto que não se trata simplesmente de se copiar os institutos estrangeiros e introduzi-los na legislação pátria.

A problemática do presente estudo é denunciada desde logo por uma imprecisão terminológica muito bem detectada por Ana Lúcia de Lyra Tavares (1987, p. 3) ao constatar que o termo *recepção legislativa* é tido como sinonímia de migrações jurídicas, transplantes legais, empréstimos legislativos e importações de direitos. E o mais grave é que esses termos são usados de maneira aleatória, tanto na micro quanto na macrocomparação.

Ana Lúcia de Lyra Tavares (1987, p. 2) percebeu bem ao afirmar que a recepção legislativa se perfaz com “os fenômenos de introdução, em um sistema jurídico, de normas ou institutos de outro sistema”. Note-se que Ana Lúcia de Lyra Tavares (1987) teve o cuidado de indicar ser a recepção legislativa produto de uma fenomenologia, e não um ato aleatório e irresponsável, sobre o qual já se insurgiu Felipe de Solá Cañizares (1954, p. 111).

“Muchas veces se ha imitado una disposición o un conjunto de disposiciones únicamente porque se habían promulgado en un país extranjero importante o porque quienes elaboraron la ley extranjera eran unos juristas

eminentes. Y después ha resultado que aquella ley extranjera 'importada' no había producido los efectos que de ella se esperaban".

Significa isso dizer que a recepção legislativa deve ser precedida de rigoroso estudo de Direito Comparado, levando-se em conta as causas que motivaram a produção de determinada norma ou instituto, bem como a realidade sociológica em que nasceu, sua análise prática, além das causas que fundamentam seu sucesso ou fracasso. Não podemos esquecer da lição de Ferdinand Lassalle (1994) que mostrou a relação profunda entre a norma e a realidade.

Se as razões da recepção legislativa mudaram ao longo do tempo, postando-se hoje em face da nova feição do capitalismo internacional, outras têm fundamentos diversos. Atualmente a formação de blocos econômicos implica um fluxo de recepção legislativa entre os países de maior sedimentação jurídica. Por outro turno, nos países denominados periféricos, pela atual geopolítica, outros fatores favorecem o fenômeno da recepção legislativa, tais como a insegurança na escolha do modelo jurídico do Estado, um certo complexo de inferioridade diante do mundo europeu decorrente da colonização, a formação da elite jurídica nacional a partir do pensamento dominante sem visão crítica e, sobretudo, a velha mania de entender que a lei por si só transforma a realidade.

Nessas considerações bem se poderia abrir um parêntese para desenvolver o perfil do Brasil diante do instituto da recepção legislativa, que nem sempre alcança o êxito desejado, em que pese estar o Estado brasileiro atualizado com o que há de mais avançado no Direito internacional, como faz prova esta passagem de Ana Lúcia de Lyra Tavares (1991, p. 74).

"O texto constitucional de 88 não foge à regra dos anteriores: é documento atualizado com as mais recentes tendências do constitucionalismo contemporâneo, incorporando

as principais inovações do direito estrangeiro, em especial no campo dos direitos e garantias fundamentais".

Talvez a pergunta mais importante para juristas e parlamentares seja esta: ora, se o texto magno de 1988 se encontra atualizado com os mais notáveis avanços das Constituições modernas, por que não funciona entre nós? Ana Lúcia de Lyra Tavares dá a resposta (1991, p. 74).

"A persistência desse idealismo jurídico não surpreende, pois ele decorre da formação legalista dos autores do novo Texto. Ela denota, igualmente, uma crença profunda no poder transformador de uma Constituição que, beneficiária do apoio das forças representativas da sociedade, torna-se instrumento para a superação dos graves problemas econômicos e sociais com que se defronta o país".

Basta, portanto, o exemplo da Constituição Brasileira para se perceber o grau de responsabilidade daqueles que operam com o instituto da recepção legislativa, posto que este não se exaure com a mera transposição do instituto alienígena para o corpo do ordenamento nacional. Aliás, uma vez mais, o Brasil é exemplo dessa assertiva, na própria voz de Ana Lúcia de Lyra Tavares (1987, p. 11), ao afirmar: "Se se comparar as técnicas empregadas pelos legisladores brasileiros para efetuar importações desde os tempos do império e da Primeira República (1891 a 1930) até os dias que correm, dificilmente poder-se-ia afirmar que houve um aprimoramento quanto ao processo em si de recepção".

Essa responsabilidade de pesquisar com a maior acuidade possível é o mínimo que se pode impor a todo aquele encarregado de realizar a recepção legislativa, posto que esta não se esgota no momento em que se produz a norma. Em verdade, a recepção legislativa envolve desde a eficácia do ordenamento jurídico até o trabalho dos operadores do Direito para lhe dar a ver-

dadeira dimensão no cotidiano de dirimir litígios.

Nesse particular, importamos institutos alheios a nossa realidade sem considerar o grau de eficácia que estes podem proporcionar na soberania nacional.

Não é por outro motivo que Ivo Dantas (2000, p. 68) afirma que a atual Constituição brasileira é pródiga em transplantar de ordenamentos jurídicos alienígenas institutos que chegam ao cúmulo de se contradizerem, como ocorrem com as denominadas medidas provisórias.

Assim a ciência do Direito Comparado não pode ser usada de modo arbitrário, sob pena de se colocar em cheque sua própria utilidade e desprestigiá-la naquilo que lhe é mais caro: seu alcance de autonomia perante outros ramos do Direito.

4. Conclusões

1. A moderna concepção o Direito Comparado não se exaure no mero cotejo entre ordenamentos diversos, mas sobretudo como fator de observação para futuras políticas legislativas, além da compreensão dos ordenamentos nacionais.

2. O estudo do Direito Comparado decorre do interesse de se cotejar ordens jurídicas diversas para posterior utilização das conclusões auferidas.

3. Várias são as utilidades do Direito Comparado, as quais podem ser enquadradas em dois grandes grupos: o primeiro, podemos denominar aquele cujo conteúdo é de objetivos pessoais; o segundo plasma-se em preocupação profissional.

4. As diversas utilidades do Direito Comparado ratificam o destino pragmático da ciência, mas não amesquinha a alta indagação científica desse ramo do conhecimento jurídico.

5. Uma das mais importantes utilidades do Direito Comparado é a recepção legislativa; fenômeno por meio do qual as ordens jurídicas se alinham com o que há de mais avançado no campo do Direito. Não

obstante, essa atualização do ordenamento jurídico interno deve ser precedida de uma análise crítica bastante lúcida para não se importar instituto fadado à ineficácia.

Referências

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

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1975.

COOKE GUTTERIDGE, Harold. *El derecho comparado: introducción al método en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Institutvo de Derecho Comparado, 1954.

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. *Le droit comparé enseignement de culture générale*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, a. 12, n. 4. out./dez. 1950.

_____. *Tratado de derecho civil comparado: introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953.

LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?*. Barcelona: Ariel, 1994.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1984. 1 v.

MIRANDA, Jorge. *Sobre o direito constitucional comparado*. *Separata de Direito e Justiça*, Lisboa, v. 2, 1981/1986.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Universalização da ciência jurídica*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, a. 4, 1953.

SOLÁ CAÑIZARES, Felipe de. *Iniciación al derecho comparado*. Barcelona: Institutvo de Derecho Comparado, 1954.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. *A constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 28, n. 109, jan./mar. 1991.

_____. *A utilização do direito comparado pelo legislador*. *Contextos*, Rio de Janeiro, n. 1, mar. 1987.