

CONFERÊNCIAS

I

O DIREITO COMPARADO: SEU OBJECTO; SUA TÉCNICA.

Quando o Prof. JEAN ESCARRA — alta figura de jurista de projecção internacional — passou por Lisboa em Dezembro de 1940, a Faculdade de Direito honrou-se convidando-o para realizar duas conferências na sua sala dos Actos Grandes.

O Prof. ESCARRA — catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Paris e da Escola dos Altos Estudos Comerciais, encarregado de Curso do Instituto dos Altos Estudos Chineses, Conselheiro do Governo Chinês — quis ter amabilidade de redigir êle próprio, especialmente para o Jornal do Fôro, os resumos das suas conferências.

Por seu turno o Jornal do Fôro quis ter para esta Revista a gentileza de lhe ceder um desses resumos, dando-lhe a prioridade da publicação.

É este raro conjunto de circunstâncias que permite à nossa Revista apresentar aos seus leitores um inédito do ilustre escritor dos Princípios de Direito Comercial, de China e o Direito Internacional e de tantas outras obras de larga envergadura:

O Direito Comparado é uma disciplina moderna. «Há homens vivos que o viram nascer» — escreveu Sir Frederick Pollock. No entanto, o método comparativo, duma maneira geral, não é, considerado em si mesmo, senão o prolongamento de uma técnica mais antiga: o método histórico. Daí o ilustre comparatista francês Raymond Sallieilles ter podido dizer que o Direito Comparado

era história viva — por outras palavras : história «em marcha». Com efeito, pode dizer-se que, enquanto o método histórico tem como domínio o *tempo*, o Direito Comparado tem como domínio o *espaço*.

Disciplina j6vem, o Direito Comparado est6 ainda imperfeitamente fixado quanto ao seu objecto e 6 sua t6cnica. Donde a necessidade de examinar sucessivamente estes dois pontos.

A) Pelos meados do s6culo XIX aparecem em Fran7a obras publicadas sob os t6tulos : *Concord6ncia dos C6digos Estrangeiros e do C6digo de Napole6o*; *O C6digo de Com6rcio comparado de Fran7a e Inglaterra*; etc. 6 superfluo afirmar o car6cter, em qualquer modo pueril, d6ste g6nero de trabalhos. A indica76o de uma «concord6ncia» entre os artigos de v6rios C6digos n6o tem qualquer valor te6rico, e a sua utilidade pr6tica 6 muito discut6vel. Quanto 6 compara76o entre os C6digos de Com6rcio ingl6s e franc6s, peca pelo defeito inicial de n6o ter existido nunca um «C6digo de Com6rcio» em Inglaterra.

1.º Pretendeu-se encontrar para o Direito Comparado um objecto caracterizadamente utilit6rio: conseguiu-se, essencialmente, a melhoria de legisla76o de um pa6s, por enxertos de disposi76es legislativas de outro pa6s, supostas mais perfeitas. Sob 6ste aspecto o Direito Comparado seria, assim, um elemento de pol6tica legislativa. Deve observar-se que 6 de ordin6rio sob 6ste aspecto que 6 apreciado o Direito Comparado, ou, mais exactamente, a Legisla76o Comparada. Ora a experi6ncia demonstrou que esta utiliza76o do Direito Comparado 6, de longe, a mais dif6cil; que se fez dela, muit6ssimas vezes, um abuso perigoso; e que 6 prov6velmente quim6rico esperar, antes de decorrido muito tempo, resultados satisfat6rios daquela utiliza76o.

Observemos, antes de mais, que entre as disposi76es legislativas em vigor num pa6s, algumas h6 cujo sentido pode, de qualquer modo, considerar-se neutro ou «indiferente». Tais s6o, por exemplo, as disposi76es regulamentares s6bre a circula76o de ve6culos. Se a experi6ncia demonstra que essa circula76o est6 melhor regulamentada num pa6s do que noutro, n6o se v6, *a priori*, porque n6o seria poss6vel ir buscar disposi76es 6 legisla76o melhor, para preencher lacunas de regula76o deficiente.

Mas as dificuldades crescem em rápida progressão desde que se trata de modificar, através de empréstimos de legislações jurídicas básicas dum dado país num dado momento. Exemplos : a lei francesa de 1898 sôbre acidentes de trabalho foi parcialmente inspirada na legislação alemã sôbre o mesmo objecto. Ninguém ignora as repercussões que essa «inspiração» teve na evolução da doutrina e da jurisprudência francesas que, habituadas há um século a elaborar a noção de «culpa», que é a do Código Civil Francês, se foram pouco a pouco orientando no sentido da noção de «risco». Independentemente de aceitar-se ou não como melhor esta última noção, o certo é que estamos em presença de um exemplo nítido das conseqüências que podem derivar duma política legislativa assente sôbre o Direito Comparado.

No domínio do Direito Comercial encontram-se exemplos igualmente significativos. Citemos, entre outros : o instituto da sociedade de responsabilidade limitada da lei francesa de 1925, inspirado na lei alemã de 1892 ; os trabalhos que levaram à elaboração, em Genebra em 1930, dum estatuto uniforme da letra de câmbio e do cheque. A concepção teórica na qual êste estatuto se inspira é de origem germânica ; mas, pelo jôgo das «reservas», os Estados signatários do estatuto uniforme conservaram, de facto, a liberdade de combinar aquele estatuto com as suas próprias concepções nacionais, porque — coisa estranha ! — existe um «nacionalismo jurídico» em matéria de efeitos de comércio. A França, por exemplo, não quis abandonar a sua teoria clássica da «provisão». Ora introduzir a «provisão» na construção jurídica da letra de câmbio é falsear inteiramente a concepção sôbre a qual se funda a lei uniforme, e, em conseqüência, as vantagens esperadas da unificação ficam, em grande parte, illusórias.

É, porventura, necessário dizer que as dificuldades que acabamos de assinalar as vamos encontrar, em grau muito mais elevado ainda, quando se encara a aplicação de uma política legislativa comparativa em matéria de regime da terra, ou no domínio dos direitos da família, das sucessões, etc. ? É verdade que pode citar-se, em sentido contrário, o exemplo da Turquia nova, que, há alguns anos, foi buscar pura e simplesmente aos Códigos estrangeiros (especialmente aos Códigos suíços) os elementos com os quais constituiu a sua legislação moderna. Mas é ainda dema-

siado cêdo para apreciar os resultados desta curiosa experiência. Pode, em todo o caso, estabelecer-se em princípio que as precauções a tomar para «transplantar» para um país a lei feita para outro, devem ser pelo menos iguais às tomadas por um agricultor para transplantar uma árvore dum para outro solo. Ora não parece que os partidários do Direito Comparado, considerado como instrumento de política legislativa, tomem alguma vez tais precauções. A êste respeito, a indigência dos trabalhos de doutrina, quando fazem citações de «Direito Comparado», não têm simile senão nos trabalhos parlamentares, pretendendo desastrosamente justificar a introdução de uma lei nova por ser um «empréstimo» buscado em leis estrangeiras. Podia fazer-se uma lista vasta das leis nacionais inaplicáveis justamente por se inspirarem em precedentes estrangeiros que não tinham valor senão no seu país de origem.

2.º Na realidade, existe para o Direito Comparado um objecto bem mais modesto — de resto tão difícil de atingir como o precedente — mas de facto o único que pode pretender atingir-se no momento presente, e mesmo assim duma maneira parcial. Segundo êste outro ponto de vista, o Direito Comparado não é senão um *método*. Êste consiste em tomar uma dada instituição jurídica e em estudá-la, por um lado, no sistema de direito nacional, por outro num ou mais sistemas de direito estrangeiro; êste estudo será feito de harmonia com uma técnica especial da qual diremos mais adiante algumas regras essenciais.

São evidentes as vantagens de ordem geral que pode trazer o emprêgo do método comparativo assim aplicado ao estudo do direito (alargamento e elasticização do equilíbrio jurídico).

Mas sobretudo o Direito-Comparado-Método permite fazer experiências do mais alto valor. Estas podem resumir-se na fórmula seguinte: um mesmo resultado — isto é: a satisfação de uma mesma necessidade jurídica — é obtida por meios diferentes. Num certo país o resultado será conseguido, por exemplo, através dum mecanismo racional (fixação de um conceito do qual são tiradas séries de consequência de ordem prática); noutro país essas mesmas consequências serão formuladas duma maneira dalgum modo intuitiva, ou resultarão simplesmente da evolução histórica, às vezes mesmo «biológica» por assim dizer, como ins-

tituição que não é, por vezes, senão uma simples criação de
práticos.

Um exemplo dos mais frisantes, que pode indicar-se no domínio do Direito-Comparado-Método, encontra-se na matéria das «fundações» estudadas nos direitos alemão e inglês. Na Alemanha, a regulamentação técnica da fundação assenta inteiramente sobre o conceito da personalidade moral, elaborada, com uma prodigiosa riqueza de imaginação, por uma doutrina secular. Na Inglaterra, essa regulamentação técnica das fundações saíu inteiramente do processo do *trust* inventado pelos práticos. É evidente que o estudo comparativo do jôgo e dos resultados respectivos dêste conceito doutrinário e desta fórmula empírica é fecunda em observações e constatações de enorme valor. É, finalmente, permitido dizer-se que, se não pode esperar-se grande coisa de benéfico do Direito-Comparado-Político-Legislativo, pode esperar-se tudo do Direito-Comparado-Método. Repetimos que a-pesar dêste objectivo na aparência limitado, o futuro desta jovem disciplina, que é a ciência comparativa do Direito, oferece prespectivas infinitas.

3.º Pode mesmo entrevêr-se um outro objecto do Direito Comparado, êsse ligado à filosofia do Direito. Seria então o problema mesmo da existência e da finalidade do Direito que esperaria do Direito-Comparado uma renovação das suas soluções. Foi Aristoteles, salvo êrro, quem notou que, se é verdade que o fogo arde da mesma maneira entre os Persas e entre os Gregos, é verdade também que as leis dêstes dois povos diferem, uns considerando «justo» o que os outros consideram «injusto» e reciprocamente.

Não me parece, de resto que Aristoteles, ao fazer esta afirmação, tenha querido visar outra cousa que não fôsse a diversidade das legislações positivas. Mas a técnica do Direito-Comparado permite ir muito mais longe. Permite entre outras coisas :

a) Verificar a permanência e a universalidade de certas necessidades de ordem jurídica exigindo um mínimo de regulamentação positiva, e esta regulamentação intervindo normalmente sob uma forma técnica aperfeiçoada (lei misturada de sanções e de costumes obrigatórios). Exemplo : condições e efeitos do casamento ;

b) Verificar, por outro lado, a permanência e a universalidade, sob a diversidade das regulamentações positivas, duma noção comum do Direito, noção de carácter transcendental. (A questão de saber se esta noção se confunde com o que vulgarmente se chama o «Direito natural» não está aqui incluída).

Entrevê-se finalmente, graças ao Direito Comparado, essa espécie de «resíduo filosófico» das instituições comparativas, e esta constatação é provávelmente mais fecunda em resultados práticos do que a simples procura dum «fundo legislativo comum» pela comparação de muitos sistemas de direito positivos. Este resíduo filosófico, estranho à diversidade das legislações, e estranho mesmo às variações na concepção do justo e do injusto, identifica-se, em tôdas elas, com a noção dum equilíbrio entre pretensões contrárias, equilíbrio que é, êle mesmo fundado sôbre um mínimo (e por isso irredutível) de equidade. Lembremo-nos que a média da humanidade, por um cruel paradoxo, não conhece ainda senão um direito que apenas raramente coincide, e como que por acaso, com êsse mínimo de equidade.

Finalmente, é apenas à base dêste resíduo filosófico que pode pensar-se fazer política legislativa comparativa, visto que êste resíduo filosófico é o único denominador comum do conjunto dos sistemas do direito positivo.

B) Qualquer que seja o objecto que ao Direito Comparado se atribua, o seu emprêgo exige uma técnica rigorosa que está longe de se ter fixado. Podem, no entanto, indicar-se aqui quatro regras fundamentais dessa técnica :

1.º É indispensável alargar o domínio da comparação e não fazer simplesmente *legislação* comparada. A comparação deve abranger o conjunto das fontes do direito: lei, costume, jurisprudência, e a própria doutrina quando esta seja, efectivamente, uma fonte de direito positivo ;

2.º Não deve comparar-se senão o que admite comparação no tempo e no espaço. (Esta regra é muitas vezes esquecida pela maior parte dos comparatistas) ;

3.º A análise deve preceder sempre a síntese. Deve, por isso, analisar-se a regulamentação técnica duma dada instituição através os sistemas jurídicos tomados como elementos de comparação,

e só depois deverá fazer-se a síntese dos resultados obtidos. (Esta regra tem sido tão esquecida como a precedente);

4.º Deve, enfim, repôr-se no seu quadro histórico, social, nacional, etc., a instituição estudada. Donde, a necessidade de utilizar numerosas disciplinas auxiliares: geografia, história, sociologia, linguística, etc.

Conclusão :

O *processus* a seguir no emprêgo do Direito Comparado deveria ser, portanto, o seguinte :

- a) utilização da técnica acima indicada, permitindo obter
- b) um método comparativo nacional, que conduz à descoberta
- c) dum resíduo filosófico à base do qual pode estabelecer-se
- d) uma política legislativa comparativa.

Jean Escarra