

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

DOUTORADO

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO I

PROF.: RAUL MACHADO HORTA

1. O DIREITO COMPARADO E O ESTUDO DOS SISTEMAS	p. 12
1.1. Direito comparado: ciência ou método...	p. 13
1.2. Estados de comparação	p. 15
1.2.1. Questões preliminares	p. 17
1.2.2. Direito comparado e direito estrangeiro	p. 18
1.2.3. O direito comparado e o estudo dos sistemas	p. 19
1.2.4. A utilização dos métodos existentes	p. 22
1.3. Finalidades do direito comparado	p. 23
2. CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO	p. 25
3. ANÁLISE DAS FAMÍLIAS	p. 26
3.1. Famílias de direito	p. 27
3.2. Famílias de "common law"	p. 29
3.3. Direitos religiosos e tradicionais	p. 30
4. CONCLUSÃO	p. 31
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	p. 33

BELO HORIZONTE, julho de 1989

SUMÁRIO

23

1. INTRODUÇÃO	p. 03
2. UMA QUESTÃO TERMINOLÓGICA: ORDEM, FAMÍLIA OU SISTEMA?	p. 04
2.1. Léontin-Jean Constantinesco	p. 05
2.2. René David	p. 10
2.3. Marc Ancel	p. 11
3. O DIREITO COMPARADO E O ESTUDO DOS SISTEMAS. p. 12	
3.1. Direito comparado: ciência ou método... p. 13	
3.2. Métodos de comparação	p. 15
3.2.1. Questões preliminares	p. 17
3.2.2. Direito comparado e direito estran- geiro	p. 18
3.2.3. Condições preliminares da pesquisa comparativa	p. 19
3.2.4. A utilização dos métodos existentes.. p. 22	
3.3. Finalidades do direito comparado	p. 23
4. CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO	p. 25
5. ANÁLISE DAS FAMÍLIAS	p. 26
5.1. Família romano-germânica	p. 27
5.2. Família dos direitos socialistas	p. 28
5.3. Família de "Common Law"	p. 29
5.4. Direitos religiosos e tradicionais	p. 30
6. CONCLUSÃO	p. 31
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	p. 33

Não se deve olvidar, outrossim, que a matéria que envolve uma análise dos grandes sistemas é muito vasta. Como diria O. S. GRANDES SISTEMAS seria e não apenas um romance de ocasião. Assim, devido às restrições naturais que envolvem um trabalho monográfico, não temos a pretensão de esgotar o assunto. Restou-nos apenas fazer uma apresentação.

1. INTRODUÇÃO

2. UMA QUESTÃO METODOLÓGICA: ORDEM, FAMÍLIA OU SISTEMA?

Uma das grandes dificuldades com que o estudante, principalmente o da pós-graduação, se vê às voltas ao estudar o direito comparado diz respeito ao material de consulta. Afóra os livros de René David e de Léontin-Jean Constantinesco, praticamente nada mais há de substancial. A situação nos faz pensar em Dante: embora o direito comparado, no que toca aos grandes sistemas, seja tão fascinante e fantástico como o paraíso da Divina Comédia há, no entretanto, apenas a divina Beatriz como cicerone, ou seja, alguns poucos livros. Um outro obstáculo com o qual se defronta o estudioso desta matéria pertine às línguas. Para usarmos a terminologia de René David, os sistemas filosóficos e religiosos, bem como a família dos direitos socialistas são, e acreditamos não incorrer em exagero, impenetráveis. As línguas faladas na União Soviética e no Oriente Médio são de difícil domínio e até de acesso. Acrescente-se o latim, não mais estudado pelas últimas gerações, igualmente fundamental para se degustar o direito romano, por sinal, a grande matriz do nosso direito, o brasileiro.

Apresentamos nesse breve esboço o frontispício, por se assim dizer, do estudo dos grandes sistemas. Antes de adentrarmos porém, sucintamente assertaremos o que pretendemos com o nosso trabalho.

Num primeiro contato, como é o nosso caso, com os grandes sistemas, pensamos que o mais importante (e também por ser o mais interessante) seja uma visão panorâmica das diversas famílias. Além disso, uma abordagem dos problemas que envolvem o seu estudo, como também um comentário acerca das suas classificações e nomenclatura, igualmente merecem a atenção.

4

Não se deve olvidar, outrossim, que a matéria que envolve uma análise dos grandes sistemas é muito vasta. Como diria o poeta, é um amor para uma vida inteira e não apenas um romance de ocasião. Assim, devido as restrições naturais que envolvem um trabalho monográfico, não temos a pretensão de esgotar o assunto. Desejamos apenas fazer uma apresentação.

2. UMA QUESTÃO TERMINOLÓGICA: ORDEM, FAMÍLIA OU SISTEMA?

O subtítulo pode parecer "prima facie", ocioso. Entretanto, a palavra é, por se assim dizer, a matéria-prima do direito. Para lembrar a sua importância, no direito especificamente, basta recordar a obra de Ihering, intitulada "A finalidade do direito" onde, por várias vezes, o autor dissecava uma palavra para chegar à origem da mesma e, a partir daí, explicar uma instituição do direito. Fora do campo do direito, há uma frase famosa de Sócrates, já do domínio comum: "antes de começarmos a falar, vejamos de que é que estamos falando." Possivelmente pensando nisto, assertou o famoso pensador inglês Bentham: "o erro nunca é tão difícil de ser destruído do que quando tem suas raízes na linguagem." Encontramos na obra de Ogden e Richards todo o cap. II dedicado ao problema da linguagem. Numa nota de rodapé os autores citam A. Ingraham, o qual oferece nove usos da linguagem. Destes, destacamos dois, que nos parecem os mais importantes: para a comunicação de idéias e como instrumento do pensamento. (El significado del significado, p. 64).

Este pródromo indica que a questão é relevante. Primeiro, porque não há uniformidade terminológica entre os autores; segundo, porque não se trata apenas de mera designação, como veremos; e, em terceiro, apesar deste trabalho não ser de filosofia deve, não obstante, primar pela ciência. Assim, diz Hegel: "O objeto da ciência filosófica do direito é a i deia do direito, quer dizer, o conceito do direito e a sua realização." (Princípios da filosofia do direito, p. 17).

Constantinesco parece se inclinar pela expressão "ordem". Já René David é francamente partidário da denominação "família". E Marc Ancel dá sua preferência a palavra "siste

ma". Isso, a nosso ver, merece um comentário, razão porque analisaremos os três autores em separado.

2.1. LÉONTIN-JEAN CONSTANTINESCO

Como já salientamos, Constantinesco parte da ordem, do ordenamento, passando pela família para chegar aos sistemas. Para tanto, ele usa uma tipologia específica que é, por sua vez, conectada. É mister portanto, que a analisemos.

A tipologia usada pelo autor é a seguinte: micro e macrocomparação; método comparativo e ciência dos direitos comparados e, elementos determinates e fungíveis.

Para Constantinesco, microcomparação é a aproximação comparativa de regras ou instituições jurídicas pertencentes a ordens jurídicas diferentes. Ela se prende ao exame do fenómeno jurídico, seccionado e reduzido em suas últimas células ou em suas partículas elementares. Assim, "J'entends par micro-comparaison le rapprochement comparatif de règles ou d'institutions juridiques appartenant à des ordres juridiques différents. L'objectif de l'analyse est ici limité et son résultat nécessairement fragmentaire. Toutefois il y a certains aspects de la réalité juridique que la micro-comparaison ne peut ni saisir, ni révéler. De par sa nature analytique et de par son objet limité, la micro-comparaison s'attache à l'examen du phénomène juridique, sectionné et réduit à ses cellules ultimes ou à ses particules élémentaires." (Traité de droit comperé, v.1, p. 209).

E a macrocomparação? Esta, segundo o autor, depois de afirmar que a análise microscópica mostra que o elefante é um acervo infinito de células, é a única capaz de fazer ressaltar as verdadeiras características das ordens jurídicas. É interessante, entretanto, acompanhar o raciocínio do autor: "L'analyse microscopique montre que l'éléphant est un amas infini de cellules. Mais pour comprendre ses structures caractéristiques et pour en saisir sa spécificité, il faut changer d'échelle d'observation. Pour saisir le phénomène juridique, non dans son uniformité microscopique, technique et cellulaire, mais dans ses structures fondamentales et spécifiques, donc dans sa morphologie caractéristique, il faut é-

galement changer d'échelle d'observation. Comme dans l'exemple précité, c'est en passant de la micro-comparaison à la macro-comparaison, seule échelle capable de révéler les structures caractéristiques et les morphologies spécifiques qu'on peut saisir la réalité juridique. Seule la macro-comparaison peut faire ressortir les véritables caractéristiques des ordres juridiques." (ibid., p. 210).

Quanto ao método comparativo e a ciência dos direitos comparados, entende Constantinesco que em relação ao objeto de investigação e quanto aos resultados obtidos, o método comparativo e a ciência dos direitos comparados se distinguem fundamentalmente; mas os dois não se excluem, sendo, ao contrário, a face de um mesmo todo; o método comparativo é o método da ciência dos direitos comparados; com os resultados parciais obtidos pelo primeiro, a segunda pode se desenvolver; ambos não se confrontam, mas se distinguem; também não se repelem, mas se completam. Lemos à pág. 211 de sua obra supracitada: "Ainsi, de par l'object de la recherche et de par les résultats obtenus, la méthode comparative diffère fondamentalement de la Science des droits comparés. Cependant les deux ne s'excluent pas; elles ne sont que les deux faces complémentaires d'un même tout. La méthode comparative est la méthode de la Science des droits comparés. C'est par les résultats partiels obtenus, que la première permet à la seconde de s'edifier. Loin de se confrondre, les deux se distinguent; mais loin de se repousser, elles se complètent."

Agora Constantinesco conecta a macrocomparação ao ordenamento, às famílias e aos sistemas, como também o método comparativo à microcomparação: "La méthode comparative - autant que processus systématique d'analyse - est la même. Il y a cependant entre la micro et la macrocomparaison une différence d'objet d'étude et de but poursuivi, qui constitue en réalité une différence d'échelle. La première a pour objet l'examen des particules juridiques élémentaires formant les ordres juridiques. Ce sont des micro-éléments. Par contre, l'objet d'étude de la macro-comparaison est une grande structure et notamment les structures déterminantes et les ordres juridiques eux-mêmes."

Il y a entre les deux également une différence concernant les buts dans lesquels on mène la recherche comparative. L'objectif de la première est d'éclairer une institution ou une règle juridique, en réalité un petit élément ou un détail: les buts de cette opération sont nombreux et variés. L'objectif de la seconde est d'éclairer les grandes structures fondamentales ainsi que le profil caractéristique des ordres juridiques, afin de dégager les familles juridiques et les grands Systèmes juridiques.

Une troisième différence provient du fait que dans la micro-comparaison, l'emploi de la méthode comparative peut répondre à la fois à des buts théoriques (élargissement du domaine des connaissances juridiques) et pratiques (politique législative, politique jurisprudentielle, unification juridique, etc.). Dans la macro-comparaison le but ne peut être que théorique et scientifique. En effet, le but de la macro-comparaison est de préciser les structures déterminantes des ordres juridiques, d'établir, par les structures communes à plusieurs ordres juridiques, leur parenté typologique et, par elle, dégager les familles et les Systèmes juridiques." (ibid., p. 211-12).

Os elementos determinantes e fungíveis são, para Constantinesco basilares, de fundamental importância. São eles que oferecem um critério de classificação dos elementos que estão no bojo dos ordens jurídicos, bem como permitem passar dos ordens para os sistemas: "Les critères susceptibles de classer les éléments à l'intérieur des ordres juridiques et ensuite les ordres juridiques en Systèmes juridiques sont fournis par la distinction que je fais et qui, à mon avis, est fondamentale, entre éléments fungibles et éléments déterminants." (ibid., p. 212).

E o que são os elementos determinantes e os elementos fungíveis? Os primeiros tem uma característica ideológica e teleológica. Eles determinam a individualidade específica da ordem jurídica. Já os elementos fungíveis, se mudarem, não afetarão a estrutura fundamental e deixarão ileso a morfologia originária e específica da ordem jurídica que os contém. De acordo com Constantinesco, "Toutes les particules juridiques élémentaires ont d'abord et surtout une signifi-

cation technique. Sur ce plan il n'y a guère de différence entre les éléments déterminants et fongibles. Cependant les éléments déterminants ont, en plus, une signification idéologique et téléologique, qui s'explique par le fait que ces particules juridiques élémentaires se trouvent directement en relation avec le système de valeurs sur lequel tout ordre juridique est construit de façon consciente et réfléchie ou irréfléchie. Les éléments déterminants expriment, individuellement et surtout conjointement, les systèmes de principes et de valeurs, ainsi que la finalité téléologique de l'ordre juridique en question.

J'appelle ces éléments déterminants parce que ce sont eux qui attribuent à tout ordre juridique son individualité spécifique; ce sont eux qui les déterminent en posant leurs structures fondamentales; ce sont eux qui conditionnent ces structures fondamentales et, par elles, le profil propre et la morphologie spécifique de chaque ordre juridique. La position prépondérante des éléments déterminants se répercute sur de nombreuses autres particules juridiques élémentaires et influe - en principe - sur l'ensemble de l'ordre juridique. Ces éléments forment ainsi le noyau central autour duquel s'ordonnent et s'emboîtent les autres particules juridiques élémentaires, les éléments fongibles, dont le rôle est davantage technique qu'idéologique et téléologique. Ces autres particules juridiques élémentaires, que je nomme éléments fongibles, sont de loin les plus nombreuses. Cependant elles n'ont qu'une importance secondaire, car elles complètent le profil de l'ordre juridique respectif sans le déterminer. Ces éléments sont fongibles, car leur modification ou leur remplacement ne modifie pas les structures fondamentales et laisse intacte la morphologie originare et spécifique de l'ordre juridique qui les contient. Leur importance est - en principe - limitée à la règle ou à l'institution juridique respective; leur influence ne se répercute nullement sur l'ensemble de l'ordre juridique. Leur importance n'est plus générale, mais limitée; n'est plus centrale, mais périphérique; n'est plus déterminante, mais subordonnée. Ainsi les deux catégories d'éléments n'ont nullement la même valeur." (ibid., p. 214).

Há uma diferença fundamental entre ambos: "La différence entre les deux et entre les structures qu'ils forment réside dans le fait que les premiers (os elementos determinantes) précisent la structure fondamentale de l'ordre juridique: les modifier ou les remplacer serait modifier ou changer le profil même de cet ordre juridique. Par contre les éléments fongibles peuvent être remplacés, sans pourtant modifier quelque chose de fondamental, de spécifique dans un ordre juridique donné." (ibid., p. 215).

A classificação dos ordens jurídicos em sistemas se faz graças aos elementos determinantes. E a macrocomparação permite identificar os sistemas atuais. Assim, "La classification des ordres juridiques en Systèmes se réalise grâce aux éléments déterminants. En effet, tous les ordres juridiques qui possèdent les mêmes structures fondamentales, donc les mêmes éléments déterminants, doivent être groupés ensemble, parce qu'ils forment un Système juridique. A travers les caractéristiques morphologiques, dégagées par la macro-comparaison grâce aux éléments déterminants, on peut préciser les Systèmes juridiques actuels." (ibid., p. 211).

Ainda, os elementos determinantes permitem um critério científico, e não arbitrário, de classificar os ordens jurídicos dentro dos sistemas: "En effet, la théorie des éléments déterminants propose un critère, scientifique et non arbitraire, sûr et objectif, susceptible de classer les ordres juridiques dans les Systèmes juridiques." (ibid., p. 219).

Por ser a ordem jurídica a base do pensamento de Constantinesco, achamos de bom alvitre também trazê-la à balha. Assim, ordem jurídica é a soma de normas, de princípios e de noções jurídicas, aplicados no interior de uma sociedade cuja regra ela produz. Normas, princípios, noções e instituições jurídicas são as partículas jurídicas elementares. Assim, "Un ordre juridique est la somme des normes, des principes et des notions juridiques, applicables à l'intérieur de la société dont il règle les rapports. J'appelle ces normes, principes, notions et institutions juridiques, des particules élémentaires." (ibid., p. 213).

Acreditamos poder justificar estas longas citações por três motivos: o primeiro é o de que todo o cap. III, do li-

vro III, de obra de Constantinesco, é dedicada ao assunto ' que, como vimos, é dirigido de maneira original; o segundo, ' justamente por este ponto haver merecido um tratamento origi- ' nal do autor, temíamos incorrer no erro de não dar à lingua- ' gem a sua, ou melhor, uma de suas funções, qual seja, a de ' ser um instrumento do pensamento e, em terceiro, para não ' nos tornarmos objeto da censura de Bentham.

2.2. RENÉ DAVID

Este autor, se comparado com Constantinesco, não parece dar muita importância a questão da nomenclatura. Sua preferên- ' cia é pelo termo família, preterindo a expressão sistemas. ' Segundo ele, "Se llaman sistemas de Derecho aquellos tipos a- ' los que resulta posible reducir los Derechos existentes, pe- ' ro no nos parece acertada dicha expresión, porque sistema de ' Derecho es la expresión que nos sirve, al margen de toda com- ' paración, para designar el conjunto de ramas que, en un país ' dado, se combinan para formar el Derecho nacional. Una nomen- ' clatura menos empleada, pero más adecuada a nuestro juicio, ' es la de familias jurídicas." (Los grandes sistemas jurídi- ' cos contemporáneos, p. 10-1).

Para chegar a esta conclusão, René David argumenta que ' toda sociedade política tem o seu sistema jurídico, podendo ' até ocorrer que dentro de um Estado exista mais de um, como ' é o caso dos Estados Unidos, República Federal da Alemanha e ' Confederação Helvética. Isto pode, a primeira vista, causar ' uma série de problemas ao estudioso comparativista. Mas, no ' entretanto, segundo David, isto tem uma compensação que con- ' siste nas categorias gerais, permitindo uma classificação ' dos diversos sistemas em determinados tipos. Estas catego- ' rias são "numerus clausus", que se salientam, daí permitindo ' uma tipologia em famílias, através de identidade. (ibid., p. ' 10).

Encontramos em sua obra também uma menção aos elemen- ' tos constantes e variáveis. Segundo o autor, o Direito não ' se reduz apenas às normas, que são mutáveis no tempo e daí ' não oferecerem grande segurança como paradigma de comparação. ' Citando Roscoe Pound, argumenta que há no Direito todo um '

conjunto de conceitos e de métodos de investigação, como também uma certa concepção de mundo (Weltanschauung), das relações sociais e da justiça. Estes, segundo parece, identificam os elementos constantes no pensamento de René David. (ibid., p. 11-2).

No que toca ao critério de classificação, o autor começa por dizer que os autores não são unânimes o que seria, segundo ele, compreensível, por ser o direito comparado uma ciência jovem. Entretanto, David alinha, por se assim dizer, dois critérios: vocabulário não idêntico, i.é, não expressa os mesmos conceitos, hierarquia de fontes não idênticas e método empregado pelos juristas apresentando diferenças. Este seria um critério. O outro consiste em ver se os princípios filosóficos, econômicos e políticos não são diferentes, uma vez que isso, em conjunto, conduz a realização de tipos societários totalmente diferenciados. Assim, mesmo que o primeiro critério permita uma identificação, não se pode "ipso facto" alegar que então os direitos pertençam a uma mesma família. É ainda preciso verificar se pelo segundo critério os mesmos continuam idênticos. Por isso o autor se inclina a considerar os elementos constantes como uma boa escala de classificação. (ibid., p. 12-3).

Diferente de Constantinesco, René David liga a microcomparação ao interesse legislativo, quando se trata de direitos de uma mesma família. A macrocomparação tem pertinência com a dogmática, no caso de se tratarem de direitos de famílias diferentes. (ibid., p. 14).

Como observamos de início, apesar da autoridade de René David, não se encontra em sua obra, no que toca a questão terminológica, a mesma preocupação científica, se assim nos podemos exprimir, como Constantinesco lhe dispensa.

2.3. MARC ANCEL

Os sistemas jurídicos são para este autor o primeiro objeto da pesquisa comparativa. Estes mereceram uma maior atenção depois de se haver abandonado as discussões puramente abstratas, que caracterizaram a primeira metade do nosso século.

Há, segundo Ancel, duas concepções correntes de sistemas jurídicos: uma estrita e, outra, mais complexa.

A primeira traduz a idéia de que o direito é essencialmente regra jurídica. Assim, a essência do direito reside 'em suas regras. Por este endendimento se chegou pela primeira vez ao significado de sistema: "o conjunto do direito nacional, cuja consideração se faz necessária, (...), em todo e qualquer esforço de aprimorar esse direito, mediante o recurso aos ensinamentos do direito comparado." (Utilidade e métodos do direito comparado, p. 56).

A segunda, aceita pelos comparativistas indica, para 'resumirmos o pensamento de Ancel, que várias ordens jurídicas, de países diferentes, possuem uma mesma regra jurídica para tratar de um mesmo problema. Quer dizer, o mesmo problema apresentado nos diversos países receberá, em cada um deles, uma solução baseada em regra semelhante, o que torna aquela (solução) praticamente igual. (ibid., p. 57).

Após esta argumentação, o autor define o que seja sistema: "Dir-se-á, então, que se entende por sistema jurídico um conjunto mais ou menos amplo de legislações nacionais, unidas por uma comunidade de origem, de fontes, de concepções fundamentais, de métodos e de processos de desenvolvimento." (ibid., p. 53).

Os elementos que Ancel usa para sua definição de sistema jurídico são, na verdade, os elementos constantes, dos 'quais fala René David.

Após esta visão abrangente da questão terminológica, 'fica ainda mais nítida a originalidade e segurança com que Constantinesco tratou este ponto.

Além disto, percebe-se agora que a terminologia influi também na questão do agrupamento. Assim, Constantinesco começa com o ordenamento, passa pelas famílias para chegar 'aos sistemas. René David trabalha apenas com famílias e Ancel argumenta apenas com sistemas.

3. O DIREITO COMPARADO E O ESTUDO DOS SISTEMAS

É importante assinalar o "iter" percorrido pelo direito comparado, tal como hoje o estudamos e como é apresenta-

do pelos comparativistas modernos. Segundo Ancel, "... , se passou da curiosidade cosmopolita à consideração das leis; depois, da legislação estrangeira à legislação comparada, para se alcançar, afinal, o direito comparado, isto é, a ciência jurídica comparativa propriamente dita." (Op. cit., p. 25).

Neste tópico nos preocuparemos com três questões que nos parecem fundamentais, cuja abrangência permitirá uma análise satisfatória.

Num primeiro momento nos ocuparemos, sucintamente, de uma questão recorrente em todos os autores, qual seja, a de saber se o direito comparado é um método ou se, ao contrário, pode ser alçada à categoria de ciência; ao depois faremos um comentário acerca dos métodos de comparação e, ao final, destacaremos as finalidades do direito comparado, enaltecidas pelos autores.

3.1. DIREITO COMPARADO: CIÊNCIA OU MÉTODO

Embora esta questão hodiernamente já esteja praticamente superada é, não obstante, de interesse do conhecimento, demonstrar as posições dos diversos autores. Não nos atermos a uma pesquisa mais profunda pois, como já foi dito, esta controvérsia guarda hoje um sabor já acentuadamente acadêmico. Além disso, no livro III, cap. II, seções I, II e III, da obra de Constantinesco (v.1), há uma análise aprofundada do assunto. Nosso interesse é apenas mostrar que, de ambos os lados, se fizeram sentir autores de peso, sinal de uma discussão acesa.

Mais uma vez Constantinesco se destaca pela originalidade. Para começar, ele não usa a terminologia - direito comparado: método ou ciência. Ao contrário, fala na ciência dos direitos comparados como método autônomo. Após citar os elementos determinantes e fungíveis, as ordens e os sistemas, argumenta que articular com estes dados não basta apenas o método comparativo enquanto método, mas é necessária uma ciência dos direitos comparados para criar de maneira científica, sistemática e objetiva, a partir dos resultados da microcomparação, uma nova disciplina. E arremata, dicen-

do que a função da ciência dos direitos comparados, enquanto disciplina autônoma é: colocar em ordem e classificar, ' dentro de um todo coerente, a multiplicidade caótica dos ' microresultados, fornecidos pela microcomparação. (Op. cit. p. 221).

René David, depois de verificar os argumentos de ambos os lados é taxativo: "el Derecho comparado no existe, y tam pouco existen ni pueden existir comparativistas que no sean más que tales. Lo que existe es la posibilidad, y a menudo el deber, de emplear el método comparativo en las ciencias jurídicas." (Tratado de derecho civil comparado, p. 8).

Gutteridge, em artigo publicado sob o título "La valeur du Droit Comparé", assinala que o direito comparado é "um ' ramo da ciência jurídica que consiste no estudo, pelo método comparativo, dos conceitos ou das regras de direito de ' dois ou vários sistemas." (apud, Caio Mario. "Direito comparado, ciência autônoma". Rev. Fac. Dir. UFMG, out., 1955, ' p. 44).

Em Marc Ancel encontramos uma nítida posição a considerar o direito comparado como ciência: "O emprego do método' conduzirá, portanto, a deduzir um conteúdo científico novo. Poder-se-ia dizer, neste sentido, que a ciência comparati- ' va - agora que a reencontramos - constrói, por si só, seu ' objeto final; e a essa construção objetiva não se pode legitimamente contestar o título ou a expressão direito compara- ' do. O direito comparado torna-se, destarte, a matéria de um conjunto de conhecimentos sistematicamente organizados: não está aí a característica fundamental de uma ciência?" (Op. ' cit., p. 51).

Em sua obra "Le droit comparé" Gutteridge, após afir- ' mar que existem, nos países de direito romano, duas posi- ' ções, uma que o considera como técnica jurídica particular e, outra, que insiste em vê-lo como ciência, como ramo distinto do conhecimento do direito, desloca a questão: "Lorsque ' l'on veut définir une méthode d'étude, on en peut le faire ' autrement qu'en indiquant à quelles fins elle peut être uti- ' lisée. Le problème essentiel n'est donc pas: qu'est-ce que ' le droit comparé? La question vraiment importante est: à ' quoi sert le droit comparé?" (Op. cit., p. 22).

Caio Mario argumenta que o direito comparado é uma ciência autônoma: "Não é apenas um método de estudo. É um estudo. Tem um objeto e realiza uma finalidade. Utiliza-se da comparação, mas não se exaure na comparação em si mesma, o que certamente o reduziria ao método apenas. Através da comparação dos sistemas legislativos (no que está procedendo como método), atinge às suas conclusões, formula conceitos próprios, e oferece resultados que não se confundem com os apresentados pelas investigações acaso realizadas particularmente por qualquer dos outros ramos da ciência jurídica."

Nesta independência ou particularidade de seus conceitos, dos princípios que consegue extrair, dos resultados a que pode atingir, e do sempre crescente desenvolvimento de suas atividades enxergo uma objetividade própria do Direito Comparado, e nesta possibilidade de oferecer as suas conclusões e defender uma finalidade, que não é de nenhuma outra disciplina jurídica mas somente do direito comparado, eu vejo a sua autonomia." (ibid., p. 47).

Este mapeamento perfunctório demonstra que a questão não era pacífica. Atualmente, pode-se afirmar com certa segurança, a "communis opinio doctorum" considera o direito comparado como sendo uma ciência, com objeto e finalidades próprias.

3.2. MÉTODOS DE COMPARAÇÃO

A palavra método provém do grego "méthodos", que significa "caminho para se chegar a um fim".

A significância da palavra, em grego, já demonstra a importância do método: caminho e fim. Isto quer dizer que os dois se completam mutuamente, i.é, para se chegar a um fim é necessário um caminho que conduza a ele e, se escolho um caminho, pressupõe-se que sei o fim do mesmo.

A função do método na prática científica foi ressaltado magistralmente por Ortega y Gasset: "Queda usted en entera libertad de elegir entre dos cosas: o ser filósofo o ser sonámbulo." O sonámbulo aí traduz bem a função do caminho e do fim.

Jero Mayda também alerta ao perigo da ausência de um mo

16

delo teórico, o que traduz um método, que leva a um círculo vicioso, quando ausente: "Sem um modelo teórico não há doutrina científica verdadeira; sem um desenvolvimento contínuo de uma tal doutrina não existe motivo importante para aprimorar a teoria, pois que faltam as hipóteses adequadas para identificar e organizar os dados." ("Quelques réflexions critiques sur le droit comparé contemporain." *Revue Internationale de droit comparé*, jan./mar., 1970, p. 69).

O método também significa um critério. Neste sentido, é uma questão da teoria do conhecimento. Escreve Roderick M. Chisholm: "Duas interrogações muito diferentes da teoria do conhecimento são: "O que é que conhecemos?" e "Como decidiremos, em qualquer caso determinado, se sabemos ou não?" A primeira destas perguntas também pode ser formulada assim: "Até que ponto sabemos?" E a segunda: "Quais são os critérios do Conhecimento?" (Teoria do conhecimento, p. 80). A pergunta que interessa ao comparativista é esta última. Senão veja-mos: "O "problema do critério" resulta do fato de que, se não tivermos resposta para o segundo par de perguntas, não disporíamos, nesse caso, aparentemente, de um procedimento razoável para encontrar resposta para o primeiro; e, se não tivermos resposta para o primeiro par de perguntas, não teríamos então, aparentemente, um processo razoável de encontrar a resposta do segundo." (id., ibid., p. 13).

Pode parecer insistência nossa a de delimitar tão exaustivamente o problema do método. Ocorre que desde Platão este problema já era meditado e, infelizmente, hoje está sendo sistematicamente obliterado. Esclarece Chisholm: "No Teeteto (ou Do Conhecimento), Platão, faz a seguinte pergunta: "Qual é a distinção entre conhecimento e opinião certa, ou verdadeira?" (Op. cit., p. 17).

A magnitude do papel do método no direito comparado foi percebido por Lambert, uma das maiores, senão a maior, autoridade na matéria, quando diz que "Más vale la ignorancia que la ficción de la ciencia". (apud, René David. Tratado de derecho civil comparado, p. 192).

Após esse introito, resta-nos dizer que seguiremos, neste ponto, o livro de Ancel, já citado, mais especificamente, o cap. VII. O autor trata do assunto de forma didática e sus

17

cinta, o que nos permite acompanhá-lo com as observações pertinentes. Isso não seria possível em Constantinesco, uma vez que o segundo volume de sua obra é praticamente dedicado ao assunto e, pois, não caberia nos limites de um trabalho monográfico.

3.2.1. QUESTÕES PRELIMINARES

Marc Ancel, antes de entrar na análise da metodologia, levanta dois tópicos que, a nosso ver, merecem um breve comentário.

O autor faz a distinção entre os problemas metodológicos tratados anteriormente, e que se relacionam com a lógica e a epistemologia, com os diversos métodos existentes na pesquisa comparativa. Aproveitamos aqui para lembrar a micro e a macrocomparação, de Constantinesco. Ambas têm objetos diferentes, pelo que também varia o método de pesquisa.

Em Gutteridge encontramos também uma observação. Segundo este autor, é possível distinguir, em princípio, a comparação que se faz somente para conhecer o direito estrangeiro e a pesquisa comparativa que se faz para qualquer outro fim. Isto, logicamente, também demanda dois métodos de investigação diferentes. (Op. cit., p. 24-5).

Jaro Mayda argumenta que "os principais elementos de modernização e de construção teórica, geralmente negligenciados pelas pesquisas jurídicas comparativas são: semântica geral, a filosofia lingüística e a filosofia empírica." (id., ibid., p. 65). Para fazermos a honra ao gênio de Ihering, é de mister que se reconhece já haver o mesmo reconhecido, em seu tempo, a ingente questão da etimologia e da lingüística comparada: "Uno de los instrumentos de la ciencia moderna es la etimologia, que conserva lo que ya se ha borrado completamente de la memoria de los pueblos, cifra misteriosa que contiene el pensamiento y el modo de sentir de los remotos antepasados. La lingüística comparada y el renacimiento del estudio del sânscrito han dado a las investigaciones etimológicas una fecundidad y seguridad que abren a las ciencias históricas horizontes insospechados." (Abreviatura de el espíritu del derecho romano, p. 50).

No segundo ponto Ancel argumenta que o método comparativo é chamado a fazer, e aí entrando muito no campo das ciências sociais, o papel da experimentação nas ciências da natureza. Liga-se à Sociologia, ciência das comparações comparadas. Neste sentido, o método comparativo encontra e complementa o método histórico.

Segundo Ancel, o método histórico examina os fatos verticalmente, enquanto que o método comparativo examina os fatos horizontalmente.

Embora usando a terminologia - vertical, horizontal - Constantinesco tem outra técnica: "La comparaison est horizontale lorsqu'elle est synchronique, c'est-à-dire lorsqu'elle met en présence des ordres juridiques rapprochés dans le temps mais éloignés dans l'espace." E, "La comparaison est verticale, lorsqu'elle est diachronique, c'est-à-dire lorsqu'elle met en présence des ordres juridiques éloignés dans le temps." (Ibid., v.2).

Também nos parece importante lembrar com Chatelet que a técnica histórica só alcançou o seu estatuto científico ao longo do séc. passado. Só a partir de Leopold von Ranke e Niebuhr, é que se pode falar em ciência histórica. (Logos e parxis, p. 220). Isto quer dizer que ao direito não se aplica Tucídides: "que seja provável que tenha sido assim."

À Sociologia da qual fala Ancel, nos parece possível conectar a moderna Sociologia do Conhecimento, da qual temos, em Mannheim, uma excelente exposição. (Ideologia e utopia, p. 286 e ss.).

3.2.2. DIREITO COMPARADO E DIREITO ESTRANGEIRO

De acordo com Ancel, esta distinção era clássica até 1900. Atualmente é difícil de ser sustentada. Aliás, esta distinção liga-se ao próprio processo evolutivo do direito comparado, ao qual já fizemos menção.

Ainda, é necessário estudar o direito estrangeiro antes de fazer comparações. René David, em seu "Tratado de derecho civil comparado", por várias vezes chama a atenção a este detalhe.

Da mesma forma Ihering, em sua obra já citada (Abrevia-

de tura de el espíritu ...), profliga pelo estudo do direito em geral para chegar ao particular. Aqui também pode ser lembrado Constantinesco, quando argumenta com os elementos determinantes: a concepção e o papel do direito na ordem jurídica em questão, a ideologia oficial (ou não) que a informa, a sua constituição econômica, a natureza e funções do respectivo Estado, os direitos fundamentais do cidadão e o modo como são acolhidos na legislação em causa, as fontes de direito e sua hierarquia, as noções e categorias fundamentais, etc.

Estudar o direito estrangeiro consiste apenas em ter ciência da sua legislação? Nada pode ser mais falacioso do que esta afirmação. René David, em seu "Tratado" deixa bem claro que o conhecimento do direito estrangeiro supõe a compreensão do meio social em que se aplica. Por sua vez, Ihering, em diversos momentos na obra supracitada, encarece que o direito não é somente regras; que o espírito do povo e da época formam o direito e, para conhecer o direito é necessário conhecer a vida real.

Sérgio Porto torna a história um âncilar imprescindível do comparativista. Afirma ele que "rigorosamente o nosso direito pode ser estudado com abstração à sua história. Não o pode o direito inglês." ("Considerações sobre a estrutura do direito nos sistemas jurídicos comparados." Estudos jurídicos, São Leopoldo, 1976).

3.2.3. CONDIÇÕES PRELIMINARES DA PESQUISA COMPARATIVA

Este tópico do livro de Ancel está bifurcado: deve-se levar em consideração as precauções e as questões prévias.

Uma das precauções consiste em conhecer a língua. Ancel alerta para a cuidado que devemos ter com os falsos amigos, i.é, com as traduções apressadas. Assim, "common law" não é direito comum e a "equity" inglesa não é a nossa equidade.

Segundo Sérgio Porto, em seu trabalho citado, "por "common law" entende-se o conjunto de decisões jurisprudenciais que, originariamente, derivam dos Tribunais da Common Law (Courts of Westminster) criados por força da invasão norman-

da, da qual resultou a unificação da Inglaterra e, por consequente, a criação de um órgão criador do direito que, à razão do lugar se chamou Tribunal de Westminster e, em virtude da unificação, dizia e determinava o direito não mais para condados específicos, mas já para toda a Inglaterra.

Desconhecida, na época, a divisão tripartida dos poderes do Estado, ocorreu que os súditos que eram vencidos nos Tribunais da Common Law recorriam ao rei, a quem incumbia a administração da justiça, e esse, delegando poderes ao Chanceler, de ordinário, um clérigo, findou por criar os Tribunais da Chancelaria ou Tribunais da Equity que, em nome da moral e da religião estabeleciam corretivos de equidade às decisões da Common Law, a fim de que não se verificasse a veracidade do brocardo "Summun ius summa iniuria", sem que, no entanto, e tendo o máximo esmero, contrariassem, juridicamente, a Common Law. Vigorava, sempre, o aforismo "Equity follows the Law".

Esta breve síntese bem demonstra a importância das assertivas de David, Ihering e Ancel.

Jero Mayda, em nota de pé de página, em seu trabalho citado, afirma que nossa percepção (que antecede o pensamento) depende de nosso equipamento lingüístico-conceitual.

Uma outra precaução consiste em confrontar o texto da lei com o contexto, desconfiando das generalizações superficiais.

Ana Lúcia oferece um exemplo deste fato em nosso direito, que tomou de empréstimo, a nível de legislação ordinária, casos de sistemas jurídicos mais desenvolvidos. É o caso da Lei de Sociedade por Ações (Lei nº 6.404/76), inspirada na lei alemã; os contratos de "leasing", que provêm do direito americano onde foram feitos para responderem ao progresso tecnológico e, no Brasil, o legislador os adotou para efeito de tributação, com objetivos fiscais, portanto. ("A utilização do direito comparado pelo legislador". Rev. de ciência política, jul./set., 1987, p. 89-90).

Procurar as soluções nos tribunais e não tanto no direito, seria uma outra precaução. René David, em seu "Tratado", assim como Montesquieu em relação as leis, argumenta no sentido de que a aplicação do direito está condicionado

de forma muito específica, pelo meio geográfico, social e econômico onde será aplicado.

Insere-se nas preocupações também o conhecimento da estrutura do direito estrangeiro. Vale aqui a citação de Sérgio Porto em relação a "Common Law" e a "Equity" inglesa.

Por último, Ancel alerta para o conhecimento efetivo do sistema. René David mais uma vez nos informa que é preciso observar a distância da letra da lei com o modo de atuação de um povo. É oportuno transcrever aqui um parágrafo de Ferdinand Lassalle: "Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar." (A essência da Constituição, p. 49). Se não observarmos o que sugere Lassalle, não perceberemos o que o prof. Baracho, em suas preleções, chama de nominalismo: há uma constituição escrita, mas as suas normas não têm vida, não têm correspondência com a realidade.

Nas questões prévias, Ancel argumenta que necessário se faz a determinação do campo de estudo comparativo e a escolha das fontes de informação. Lembramos aqui o que comentamos quando analisamos o método: a importância do caminho e do fim.

Uma terceira e última questão prévia seria a formulação de forma clara e precisa da mesma e isto numa ordem lógica. Jaro Mayda, no seu trabalho citado, lembra a conclusão de Wittgestein, de Ayer e outros autores. Concluíram estes que a maioria dos grandes problemas filosóficos não eram verdadeiros problemas que demandavam uma pesquisa, mas de questões mal postas. Esta conclusão sobre a filosofia pode ser estendida a outros domínios, compreendendo aí a jurisprudência comparativa. Lembramos que René David, em seu "Tratado", liga a jurisprudência comparativa à filosofia do direito e menciona a importância do método comparativo para a história e própria filosofia do direito.

Encerraremos este tópico com as críticas que Jaro Mayda faz ao direito comparado contemporâneo que, segundo ele, lhe

imprimem um aspecto negativo. São suas críticas:

1. O uso difundido de conceitos errôneos e imprecisos;
2. A crença em doutrina sem valor operacional a um nível científico empírico;
3. Em consequência, um interesse em problemas sem importância contemporânea, e
4. Devido à ausência de uma metodologia científica empírica, o direito comparado está marcado por uma atitude crítica, com orientação muito dogmática e histórica; o acento colocado sobre o "que", mais que sobre o "como" e ainda menos sobre o "porque"; a tendência a uma análise sem síntese, a dicotomia antes que uma comparação integrante.

3.2.4. A UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS EXISTENTES

Marc Ancel começa por analisar o que ele denomina por método em ação. Isto significa uma pesquisa de uma mesma instituição em famílias, por se assim dizer, diferentes. O mais correto seria, a nosso ver, falar aqui em ordenamentos. É o caso, v.g., em se estudar a situação da mulher casada no direito romano, na "common law" e no direito franceses. Neste caso, alerta Ancel, é sempre preciso ter presente que o método em ação deve visualizar o sistema (ordenamento, diríamos nós) em sua realidade funcional e operacional.

Este método em ação é apenas um dos aspectos do problema geral da comparabilidade. Ao nível de comparações, existem outras questões que devem ser postas à luz.

Assim, a comparação pode ser feita a nível de regra de direito; a nível de instituição ou ao nível de sistema. E, isso é importante, a cada comparação corresponde um método diferente. Teríamos então que, ao nível de direito, o método seria o informativo ou descritivo; ao nível de instituição, o mais adequado seria o método técnico e, ao nível de sistema, o correspondente seria o método estrutural.

Seriam estes níveis de comparação, com os seus respectivos métodos, capazes de oferecer um resultado razoável ou científico? Se se entender o direito como sendo apenas um feixe de normas, sim; se, ao contrário, tomarmos o direito

como sendo inerente à vida social, política e econômica de um determinado povo, não. Por isso, atualmente, estes níveis com seus respectivos métodos não estão mais na berlinda, por se assim dizer. Houve um progresso, e este nos é esclarecido por Ancel: "Em vez de tomar como ponto de partida abstratamente a regra, a instituição ou mesmo o sistema, pode-se partir, de maneira mais completa, de uma situação de fato determinada. Fixaremos, então, de maneira precisa o caso humano ou social que se coloca, buscaremos a solução em um certo número de países, especialmente escolhidos, estando atentos sobretudo os procedimentos através dos quais cada um desses países chega àquela solução. Não nos preocuparemos então, mais, com o início do sistema, nem mesmo com suas instituições ou regras. Uma e outras aparecerão durante o estudo, e, as soluções estando recolhidas, atentaremos ao porquê, o qual, com a pesquisa sócio-jurídica, constituirá a pesquisa comparativa propriamente dita. Trata-se bem aqui da "law in action" e não da "law in the books". Este método é também seguidamente chamado de funcional." (Op. cit. p. 121).

Este método funcional, esclarece ainda Ancel, é o mais comumente usado hoje. Se compararmos os níveis e seus métodos, com este, o funcional, perceberemos que é este, e não aqueles, que pode traduzir uma realidade mais autêntica na pesquisa comparativa. E por isso também mais proveitosa.

3.3. FINALIDADES DO DIREITO COMPARADO

Apenas como uma observação ao rigor terminológico, talvez a palavra certa em lugar de finalidade seria função. Mas os autores usam as duas indistintamente, embora no léxico não tenham exatamente o mesmo significado.

René David enumera três funções, que caberiam ao direito comparado: unificação do direito, entendimento internacional e um melhor conhecimento do direito nacional. Em seu "Tratado" acrescenta outra, qual seja, a aplicação do método comparativo à história e filosofia do direito.

Quanto a função de unificar o direito, podemos dizer o seguinte: nos primórdios dos estudos comparativos o senti-

mento geral era o da unificação. Entretanto, as duas grandes guerras e o estudo da "common law" foram como que um balde de água fria no doce crepitar da unificação. Surgiram depois também grupos regionais, em determinadas áreas do direito, principalmente no direito civil e comercial. Daí que atualmente se abandonou a primitiva idéia de unificação para se partir a um processo de harmonização dos direitos. Além do mais, bem pesadas as coisas, a unificação faria desaparecer o próprio direito comparado, uma vez que o seu objeto é justamente a pesquisa de ordenamentos diferentes. É claro que pode haver uma comparação dentro do mesmo ordenamento, de instituições diferentes dentro de um determinado tempo ou de instituições iguais em tempos diferentes. Mas não é esta a comparação que caracteriza o direito comparado.

No que toca ao entendimento internacional, além de ajudar no progresso, na paz e na manutenção de nossa civilização é também possível dizer que o direito comparado é uma espécie de "insight". Há, por se assim dizer, um desbloqueio. Deixamos de ter uma visão centrípeta, para adquirirmos uma perspectiva centrífuga. O que não conhecemos não desperta o nosso interesse. Este quebra do pré-conceito auxilia para refletirmos sobre a relatividade de certas coisas, o que nos torna, ao fim e ao cabo, mais compreensivos. O entendimento internacional também assinala uma objetivação do direito e, nesse sentido, há um progresso. Segundo Ihering, "El progreso del derecho escrito consiste en el tránsito de la intimidad subjetiva a la exterioridad objetiva." (Abreviatura de el espíritu..., p. 148).

O conhecimento e o aprimoramento dependem do estudo do direito comparado. Esta é a terceira assertiva de David. A esta se pode acrescentar, para completar, a de Constantinesco: o direito comparado enquanto instrumento de educação e de formação jurídica. O juízo do jurista será tanto mais acertado e verdadeiro quanto maior for a abrangência do seu conhecimento. Para tanto, é necessário que transponha as fronteiras do seu ordenamento. Isto significa que a um jurista, e muito menos a um comparativista, não cabe o epíteto de "bairrista". A Idéia, no sentido platônico, é universal; e temos em Hegel, a totalidade da visão.

Como esclarecemos supra, David ainda acrescenta a utilidade do método comparativo no que toca à história e a filosofia. Aqui temos duas observações a fazer. A primeira diz respeito à história. Só é possível conceber a história como singular e própria se a conectamos com a pessoa humana e, bem entendido, no sentido heideggeriano pois, se levarmos em consideração os estudos de Jung, o inconsciente coletivo é parte de nossa história pessoal. Já a história do direito é a síntese da história de um povo e aí a comparação, o estudo comparativo, ressalta com todo o vigor. Assim, um jurista que se proponha a estudar outros ordenamentos sem conhecimentos de história, logo perceberá que o seu propósito não passa de uma veleidade despretenciosa.

A outra observação pertine à filosofia. Não há, na "sophia", barreiras de qualquer natureza. Para Sócrates, a filosofia tem o papel de parteira, o que significa que ela interroga. Neste sentido, pode-se dizer que atualmente a filosofia seja uma das únicas, senão a única ciência que ainda mantém, por necessidade de sobrevivência, uma visão horizontal. Tudo o mais se preocupa com profundidade, verticalmente. O direito comparado, ou o método comparativo, como quer René David, ajuda a resgatar, para o jurista, esta idéia de horizontalidade.

4. CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO

Neste ponto apenas nos cabe recordar o que já abordamos. Colocamos os critérios de classificação como tópico autônomo para aqui recuperarmos a visão de conjunto antes de abordarmos os diversos ordenamentos, famílias ou sistemas. Na verdade, o critério de classificação está umbilicalmente relacionado com a questão terminológica. Vimos que Constantinesco argumenta com micro e macrocomparação, método comparativo e ciência dos direitos comparados e elementos determinantes e fungíveis. Com este arcabouço conceitual o autor vai trabalhar na reunião dos ordenamentos, famílias e sistemas.

Já René David, como vimos, tem a preferência pela designação família. Segundo ele, não é apenas a regra do direi-

to que permite o agrupamento. São os costumes, as maneiras de proceder, a visão de certas instituições que auxiliam na tarefa de formação de famílias. Isso se resume em categorias gerais, limitadas, que se salientam. Partindo delas, por identidade, René David realiza a reunião dos ordenamentos em famílias.

Por fim Ancel argumenta somente com a expressão sistema. Esclarece que a palavra possui duas acepções, restrita e complexa. A primeira entende o direito apenas como regra; a segunda, parte do fato de que há em diversos ordenamentos uma solução semelhante para um mesmo problema, o que indica uma identidade. Partindo desta identidade, Ancel efetua o agrupamento em sistemas.

Há de se mencionar ainda, aqui, a posição de um autor nacional, Vicente Ráo. Ele vê a questão da classificação da seguinte maneira: "Ao contrário, quando se afirma que os fatores de ordem racial, ideológica, histórica, religiosa, política, econômica e outros fatores sociais diferenciam os diversos povos, não se quer significar que cada um deles constitua uma unidade totalmente distinta, como que um compartimento estanque, pois certos fatores podem ser comuns a vários povos e neles agir com uma equivalente intensidade; e, de mais a mais, outros elementos concorrem para criar uma aproximação entre as leis, usos e costumes das nações, tais a eventual origem comum, a identidade ou semelhança das respectivas necessidades, permitindo, ou reclamando, por vezes, a mesma solução e a mesma disciplina e, por fim, além de elementos outros, não há desprezar-se a contribuição do intercâmbio de homens e de interesses, do progresso das ciências e das artes, do desenvolvimento da civilização." (O direito e a vida dos direitos, v.1, p. 100).

5. ANÁLISE DAS FAMÍLIAS

Duas observações se fazem necessárias, preliminarmente.

A primeira diz respeito ao subtítulo. Como seguiremos em todo este ponto a obra de René David, intitulada "Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos", preferimos, para facilidade de exposição, adotar a terminologia adotada pelo au

tor. A outra tem a ver com a própria exposição. Como falávamos no início do nosso trabalho, este é o primeiro contato nosso com os grandes sistemas hodiernos. Assim, preferimos abordar o estudo numa perspectiva mais abrangente e não apenas na análise dos sistemas, embora o título possa induzir a isto. Um estudo pormenorizado dos sistemas seria uma tarefa para outro trabalho que, numa ordem lógica, seguiria a este. Pensamos que muitos aspectos teriam ficado obliterados, e fundamentais, se, num primeiro contato, logo tivéssemos partido para o estudo dos sistemas. Haja vista que o direito comparado não se restringe apenas aos sistemas. O que vemos vendo até agora se relaciona dentro do contexto geral de um estudo comparativo. Por isso achamos importante não deixar todos estes aspectos no olvido.

Assim, nossa exposição, nesse passo, ficará mais restrita às grandes características das diversas famílias. Bem entendido, não desprezamos o aspecto histórico. Mas, devido a limitação deste trabalho e, mais preocupados em apresentar uma abordagem propedêutica da problemática comparativista, não nos ateremos em expor a trajetória histórica de cada família. Pensamos que isso não irá prejudicar o nosso trabalho, uma vez que, sendo apenas uma visão panorâmica das famílias, basta a demonstração de sua existência com as características que lhes dão identidade.

5.1. FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA

O "habitat" da família romano-germânica é a Europa Continental. Mas é só a partir do séc. XIII que se pode falar, em termos científicos, da formação da família romano-germânica. Antes, o que havia, era um direito costumeiro. Depois, durante cinco séculos domina o direito ensinado nas Universidades. Após, o direito natural prepara a fase em que nos encontramos ainda hoje, i.é., o período da legislação.

Com a queda do Império Romano também se evaneceu a ideia do direito. O que há antes do séc. XIII são algumas codificações, tais como as compilações de Justiniano, a "Lex Romana Visigothorum" ou Breviário de Alarico e só. Estes do

cumentos informam os costumes locais, os quais ninguém se preocupou em registrar. Aliás, não havia motivo, uma vez que tudo vinha do alto. O leitor deve estar lembrado das ordálias, ou juízos de Deus. Qual seria o significado de uma norma em tal estado de coisas?

Com o desenvolvimento do comércio e o nascer das cidades (burgos), começa igualmente a aflorar a idéia da necessidade de regras que ordenassem esta nova fase. Daí que se abre o armário da história, por se assim dizer, para dele tirar o direito, aí posto com a queda do Império Romano.

O movimento que se observa neste fase, identificado em substituir o sobrenatural por regras escritas é, "mutadis mutandis", o mesmo que se observa no séc. XVIII, preocupado em substituir o poder pessoal por uma democracia, ou governo do povo.

O renascimento do direito romano desta época não tem como corolário uma centralização política. E aqui se estabelece uma grande diferença com a "common law". Esta está ligada ao progresso do poder real, com tribunais centralizados (lembramos ao leitor que já fizemos menção a "common law" e a "equity"). Daí dizer René David que "El sistema jurídico romano-germánico siempre se ha fundado exclusivamente sobre una comunidad de cultura. Nació y sigue existiendo con independencia de todo significado político. Vale a pena subrayar esta afirmación." (Los grandes sistemas... p. 28).

Nas universidades, o direito ensinado é tido como um modelo de organização social, teórico portanto. O seu ensino não está conectado a nenhuma ordem social vigente. E nem poderia haver pois inexistia um direito positivo, tal como o conhecemos hoje.

O grande prestigiado da época fore o direito romano. E compreende-se: fácil de ser exposto, seguindo as instituições de Justiniano, numa língua que era universal, o latim; direito de uma civilização brilhante e poderosa, que lembrava a nostalgia da unidade perdida da cristandade.

Este direito, o romano, sobre o qual se fundara o direito canónico, não lhe fazendo senão pequenos correctivos, foi alvo de uma longa crítica: como fundar o reino de Deus?

sobre uma base pagã? São Tomás irá desfazer este equívoco. Como, na verdade, a sua obra está enformada pela de Aristóteles, São Tomás argumentou que a filosofia pré-cristã estava assentada na razão, daí concluindo que estava conforme às leis divinas. A partir daí o direito romano começa a ressuscitar.

O ensino nas Universidades sofreu a influência de várias escolas: a dos glosadores, a dos pós-glosadores, a do "usus modernus Pandectorum" e por fim, vem a "communis opinio doctorum".

Nos séculos XVII e XVIII, é a escola do Direito Natural que irá dominar as Universidades. Abandonando a idéia do direito Justiniano, ela vai alicerçar o direito na razão, que será então a única guia. Fica para o pretérito a ordem sobrenatural que dominara até então. O homem passa a ser o centro das atenções. Isso tem como corolário uma interação dos costumes locais, que acabarão por se amalgamar. A exaltação da razão preparará a via para a codificação.

Como já foi assinalado, o séc. XIII trouxe em seu bojo a idéia da necessidade do direito. É preciso agora assinalar uma importante decisão do IV Concílio de Latrão, realizado em 1215. Neste se proibiu aos clérigos a participação nos processos em que se empregavam os ordálios. Isto foi decisivo: a sociedade não poderia ser regida por processos solucionados com o apelo ao sobrenatural. O direito canônico irá então se impor, como forma racional de solução dos litígios.

É preciso ainda assinalar outro ponto: nas universidades foram alvitreadas várias formas de fazer renascer o direito. Uma consistia na reposição do direito romano; a outra, formar um direito na base dos costumes existentes ou, na falta deles, em critério jurisprudencial; por fim, uma terceira, que fracassou e foi dada pela escola de direito de Pavia, era a de substituir o direito romano pelo direito lombardo. A primeira sugestão foi seguida pela família romano-germânica; a segunda, pela "common law".

Assim, o renascimento do direito romano dá o nascimento à família romano-germânica. Os países a ela pertencentes tiveram como juristas ou práticos, homens que se utiliza-

vam das classificações, conceitos e modos de argumentação ' romanistas.

A Escola do Direito Natural conseguiu dois tentos admiráveis: o primeiro foi a elaboração de um direito público; o segundo, a codificação.

O direito romano havia formulado a distinção entre o ' direito público e o direito privado. Entretanto, o direito público era tido como uma área perigosa, onde os juristas ' não se aventuravam. O Direito Natural acabou com este mistério, fazendo reconhecer que o direito deveria abranger ' também as relações entre governantes e governados, entre a administração e os particulares. Numa ordem de sucesso crescente, primeiro o direito criminal, seguido pelo direito administrativo e, enfim, pelo direito constitucional, surge, ' no séc. XVIII, o direito público, encetado pelo Direito Natural.

A codificação, como já foi assinalado, é fruto da primazia da razão. O Direito Natural quer transformar o direito ensinado nas universidades em direito positivo. Ao soberano é reconhecido o poder de fazer as leis, uma vez que a sua função consiste em expor os princípios do Direito Natural. Deixando de lado o caos das compilações de Justiniano, parte-se para a codificação, que sinala um direito a ser aplicado para uma sociedade moderna pelos tribunais. Um dos grandes méritos da codificação foi a expansão da família romano-germânica. Exemplos são a América, menos a do norte, a África, Madagáscar, Ásia e Indonésia.

A estrutura dos direitos da família romano-germânica apresenta dois pontos em comum: um vem a ser a grande divisão do Direito entre público e privado; o outro representa a uniformidade com que a regra do direito é caracterizada, analisada e aplicada. Isto também vem a marcar uma diferença com a "common law". A família romano-germânica tem um direito previsível, codificado, possuindo regras em menor número do que as existentes na "common law". As soluções dos conflitos usam técnicas diferentes: na família romano-germânica o critério, o ponto de partida é a lei; ao contrário, na "common law" a prioridade é dada às decisões jurisprudenciais.

Não faremos um comentário, em particular, a cada uma das fontes do direito da família romano-germânica. É isso pelo motivo de não oferecerem nenhuma informação complementar. Assim, apenas as enunciaremos.

Temos então que as fontes do direito da família ora analisadas são: a lei, o costume, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais do direito. Como se vê, não oferecem nenhuma curiosidade.

5.2. FAMÍLIA DOS DIREITOS SOCIALISTAS

A revolução russa de 1917 é um divisor de águas da própria história russa. A guinada pretendida por aquela acabou por transformar também o direito. Qual então o motivo de se classificar o direito socialista em separado? O primeiro consiste na importante relação existente entre o direito e a economia soviética. Como são economias totalmente opostas às existentes no ocidente, também o direito sugere grandes diferenças. Um segundo motivo pertence mais aos conceitos: democracia, eleições, parlamento, federalismo, sindicatos, convenções coletivas, propriedade, arbitragem, contratos e outros, são vistos de maneira diferente nos países socialistas.

Antes de continuar, é mister delimitar o campo geográfico desta família, para evitar confusão. René David, em sua obra citada, classifica esta família, que tem o seu direito orientado para o da União Soviética, i.é, inclui nela os países que pretendem, como a citada, fundar uma sociedade comunista, de família dos direitos socialistas. Assim, fora da União Soviética, todos os países que têm a mesma pretensão desta, estão incluídos nesta família.

Quanto a nós, nos ateremos somente a análise do direito soviético. Não faremos incursões nos outros países socialistas. Primeiro, pelo motivo de o direito destes países ser muito semelhante ao direito soviético; segundo, porque isto fugiria às pretensões deste trabalho que deseja oferecer uma visão geral. Neste sentido, pensamos em não prejudicá-lo com a omissão.

Para o que nos interessa, a história russa começa em

fins do séc. IX, com a invasão da tribo dos Varegues. Eles se estabelecem na Rússia de Kiev. Seu reinado dura até a invasão dos mongóis, ocorrida em 1236. O mais importante deste período é a conversão da Rússia ao cristianismo, em 989. Os costumes do séc. XI ao séc. XIV encontram-se em compilações que receberam o nome de "Russkaia Pravda", o que quer dizer, o direito russo. O direito bizantino também tem uma particular importância neste período.

O reinado dos mongóis terminará em 1480, no reinado de Ivã III. A sua influência não foi marcante, no ponto de vista jurídico, não influenciando os costumes mongóis no direito indígena. Depois do domínio mongol, segue-se um período de fechamento, que vai até 1689, com a subida ao trono de Pedro, o Grande. Neste período foi efetuada uma codificação do direito laico e do direito canônico.

O quarto período, que começa com Pedro, o Grande, vai até a revolução de 1917. Há, nesta etapa, uma aproximação do direito russo com o ocidente. Os soberanos modernizam a Rússia com uma administração mais moderna. Entretanto, o direito privado não é atingido, continuando os russos a se regerem, neste setor, pelos costumes.

O direito bizantino, como já foi dito, teve uma importante influência no direito russo. Resumidamente: as categorias do direito russo são as encontradas no direito romano; a concepção das universidades e dos juristas russos é tributária da romana.

O que falta, na Rússia, é uma tradição jurídica. Do ponto de vista técnico, o mais grave atraso do direito russo é apenas ser parcialmente codificado. Na Europa, como na Inglaterra, o direito é considerado como um complemento da moral. Esta idéia, esta concepção não há na Rússia. Até recentemente não houve juristas na Rússia. A primeira universidade russa, a de Moscou, foi criada em 1755 e a de São Petersburgo, em 1802. O direito escrito russo não é do conhecimento popular. Ele é essencialmente um direito administrativo, para comerciantes e para a burguesia. O direito, ou é fruto de vontade arbitrária do monarca ou, é privilégio da burguesia. Os juristas são mais servidores do czar do que do Estado. Este é, sucintamente, a situa-

ção vigente até a revolução de 1917.

Não vamos aqui dissecar o que significa o marxismo-leninismo, cuja compreensão é, no dizer de René David, fundamental para se entender o direito dos países socialistas. Apenas, em breves palavras, tentaremos situar o papel do direito: ele não tem a função de assegurar a ordem, antes é um elemento de transformação da sociedade, no sentido de dirigi-la para o ideal comunista. É um instrumento concebido como que a disposição do governo socialista. Tem também a função de educar os cidadãos.

Nesta fase de transição, do socialismo para o comunismo, o direito exerce três funções: a primeira é a da segurança nacional; a segunda, de manter o desenvolvimento econômico e, a terceira, de educar o povo russo (René David. 'Op. cit., p. 142).

Há, na Rússia, um princípio de legalidade. O que domina atualmente na Rússia é a disciplina: no trabalho e no plano. Para assegurar esta disciplina, há a coação do direito, que não é a única, mas que não se pode contestar e nem subestimar. Assim, a conformidade ao regime, ou melhor, ao direito soviético é assegurado pelo princípio da legalidade.

Este princípio é assegurado de duas formas: por instituições criadas pelo governo e pela consciência do povo de que esta forma de organização social é realmente a melhor. Iremos apenas enunciar as instituições, sem comentá-las. São elas: a Prokuratura, o Comitê de Controle Popular e os advogados.

As fontes do direito soviético são quatro: a lei, a jurisprudência, o costume e a doutrina.

A lei é a principal fonte do direito soviético. É tida como um instrumento de realizações rápidas e mudanças da sociedade. Sua interpretação é feita por organismos estatais: Presidium do Soviete Supremo, Supremo Tribunal da União Soviética e pelo árbitro-chefe da União Soviética. Esta interpretação se assemelha àquela que denominamos de interpretação autêntica.

No que toca à jurisprudência, há certas particularidades. Uma delas é a de que o pessoal que trabalha no judi

ciário não se assemelha ao que labuta, no mesmo lugar, no ocidente. Há duas categorias: um ou vários juízes e adjuntos populares, numa primeira instância, por se assim dizer; e numa segunda, somente há os juízes.

Duas coisas caracterizam o juiz soviético: a primeira é que o mesmo é eleito e, a segunda, de que não precisa, necessariamente, ser jurista.

Uma outra particularidade é o contencioso não-judiciário, composto pela arbitragem e pelo apelo às organizações sociais.

Há duas espécies de arbitragens: uma, que toca na solução dos conflitos entre as empresas nacionalizadas com os outros ministérios; a outra tem relação com o comércio internacional.

O apelo às organizações sociais é justificado da seguinte forma: direito e Estado não mais terão existência na futura sociedade comunista. Entretanto, os conflitos não deixarão de existir, apenas não mais serão "antagônicos". Assim, este apelo é como que um treino para a futura sociedade. Então, questões que tocam a vida interior dos "kolkoses" não vão aos tribunais, sendo resolvidas pela assembléia.

A função da jurisprudência é, em primeiro lugar, interpretar a lei; depois, manter a ordem e a paz e, por fim educar os cidadãos.

O costume não tem muita relevância no sistema soviético. Quando muito, é usado para a aplicação ou interpretação da lei (consuetudo secundum legem).

A doutrina também singulariza a União Soviética. Em primeiro lugar, vem os documentos oficiais que expressaram com autoridade a doutrina do marxismo-leninismo. Em segundo, vem o que comumente se entende por doutrina no ocidente: a obra de juristas. Mas também aí há particularidades: os professores de direito não têm por compromisso ou função criticar o direito. Devem apenas facilitar o seu entendimento. Devem também procurar assegurar o sucesso da política do governo. As obras que escrevem são geralmente trabalho de grupo e que não visa a originalidade.

Os que optam por uma carreira de pesquisa não ensinam

nas universidades de direito e não são professores.

A divisão do direito soviético, em grande parte, manteve a da família romano-germânica. A categoria do direito comercial desapareceu. Novas formas surgiram, como o direito dos "kolkoses" e o da habitação.

No que toca aos conceitos, duas coisas devem ser observadas: a propriedade e o contrato.

Há a propriedade particular, que tem uma restrição no que toca ao seu uso para fins lucrativos; a propriedade das cooperativas, representada pelos "kolkoses" e a propriedade estatal, que impera no domínio da agricultura (sovkoses) e da indústria.

Quanto aos contratos, existe o contrato económico, i. é, o contrato onde intervem o setor coletivizado. Como corolário, há os contratos planificados e não-planificados. Aqueles obedecem estritamente o ato administrativo.

A função do contrato é para assegurar a execução do plano.

A sua execução é feita "in natura", uma vez que as empresas não podem ter lucro.

5.3. FAMÍLIA DA "COMMON LAW"

Esta família é formada, basicamente, pelo direito inglês e norte-americano.

O direito inglês tem o seu domínio de aplicação à Inglaterra e ao País de Gales.

Como já foi assinalado, para se compreender o direito inglês, a história se torna imprescindível. O seu desenvolvimento ocorreu de forma isolada, somente recebendo do continente algo no que toca os contratos. Entretanto, não acompanharemos, como registramos, cada período da história. Apenas os anunciaremos.

O primeiro período é o denominado de anglo-saxónico. É pouco conhecido o seu direito, sendo caracteristicamente local.

O segundo período compreende a formação da "common law", e que vai de 1066 a 1485.

A conquista normanda traz para a Inglaterra um poder fortemente centralizado, instalando-se na Inglaterra o feudalismo. Este feudalismo se assemelha a um exército de acampamento na Inglaterra. Isso vai favorecer o desenvolvimento da "common law". A "common law", por oposição aos costumes locais, é o direito comum a toda a Inglaterra. Isso provoca uma grande função aos tribunais reais. E, devido a este direito comum, os costumes locais foram sendo obliterados, impedindo a recepção do direito romano.

O terceiro período é o da rivalização com a "Equity", e que vai de 1485 até 1832.

Remetemos o leitor, neste passo, ao que foi dito anteriormente, quando citamos o trabalho de Sérgio Porto. Cabe apenas explicar a rivalidade: esta ocorreu entre as decisões dadas pelos tribunais com as que provinham da apelação que os súditos faziam, inicialmente ao rei e, depois aos tribunais da "equity".

Por fim, há o período moderno. Este é caracterizado por um triunfo das idéias democráticas e pela influência de Bentham. Há grandes transformações no processo; a organização judiciária é modificada radicalmente com os "Judicature Acts", que suprimem a distinção entre os tribunais da "common law" e os tribunais da "equity". No direito substantivo há uma ab-rogação das leis em desuso e consequente ordenação.

A sua estrutura não é a mesma da família romano-germânica. Não há a distinção entre direito público e direito privado, havendo a outra, entre a "common law" e a "equity"; não há, já agora tocando os conceitos, o reconhecimento do poder paternal, o reconhecimento de filhos naturais, não há o usufruto, o da pessoa moral, nem o de do-lo ou de força maior; ao contrário, encontramos conceitos que não nos dizem respeito, tais como: trust, bailment, estoppel, consideration, trespass e outros.

Outra diferença importante da estrutura é a distinção entre a regra do direito e a "legal rule". Esta consiste na "ratio decidendi": em outras palavras, o direito inglês é fundamentalmente jurisprudencial. Então, o que o juiz decidir no caso concreto vale como regra.

Já no direito continental, a regra é posta pelo legislador.

As fontes do direito inglês são: a jurisprudência, a lei, o costume, a doutrina e a razão.

Para se entender a jurisprudência, principal fonte do direito inglês, é necessário verificar a sua organização judiciária e a regra do precedente.

Há uma distinção, desconhecida no continente, entre a "alta justiça" e a "baixa justiça". Aquela é administrada pelos Tribunais Superiores; esta, por jurisdições menores ou por organismos "quase-judiciários".

Outra característica é a de que o Poder Judiciário tem, na Inglaterra, um papel bem mais saliente do que no continente. Também houve, como já foi registrado, uma grande concentração da justiça.

A regra do precedente pode ser resumida, dizendo-se que as decisões de certos órgãos superiores (Câmara dos Lordes, "Court of Appeal e High Court of Justice) se impõe obrigatoriamente aos órgãos inferiores.

A lei tem, para os ingleses, duas origens: uma constitui os atos do parlamento; a outra, são disposições regulamentares variadas, tomadas para a execução da lei pelas autoridades.

O costume é uma fonte secundária. Porém, o costume imemorial constitui uma ficção. A "common law" pode ter aurido algumas regras do mesmo mas, isso é importante assinalar, ela é essencialmente jurisprudencial.

A "common law" foi, originariamente, elaborada com fundamento na razão, camuflada sob o nome de "costume imemorial". Neste sentido, solucionar um conflito pela razão significa que, na ausência de precedente, se deve procurar os princípios que dirigem estes. "Lato sensu", a razão inglesa corresponde aos nossos "princípios gerais do direito".

Embora reconhecendo a importância da análise do direito dos Estados Unidos, não o faremos, uma vez que o mesmo pertence a família da "common law", sendo, em grande parte, enformado pelo direito inglês; e também pelo motivo deste trabalho se restringir ao estudo das famílias de uma forma mais ampla.

5.4. DIREITOS RELIGIOSOS E TRADICIONAIS

O direito muçulmano apresenta uma estrutura singular. Por um lado, estuda as "raízes" e explica por meio de que processos foi encontrada a solução dos conflitos, que constituem a Lei divina; por outro, estuda os "ramos", i.é, as categorias e as regras que o direito muçulmano comporta.

O direito muçulmano também não é um ramo autônomo da ciência. Constitui uma das faces da religião do Islã.

As fontes que informam o direito muçulmano são quatro: O Corão, livro sagrado do Islã; a Suna, ou tradição relativa ao enviado de Deus; o Idjmâ, ou acordo unânime da comunidade muçulmana e o Qiyâs, ou raciocínio por analogia.

Um segundo direito tradicional é o direito hindu. Este não se confunde com o direito da Índia, tal como o direito dos Estados de população muçulmana não se confunde com o direito muçulmano.

Ele se aplica a uma comunidade, da qual fazem parte a Índia e outros países do sudeste asiático que aderem ao hinduísmo.

As regras estão expostas em obras denominadas de "sstras". A que ensina a conduzir os homens justamente é a ciência do "dharma"; a que ensina os homens a enriquecer e ao príncipe a bem governar é a "artha"; e a que ensina a ciência do prazer é o "kama".

A tendência atual é de se substituir, na Índia, o direito religioso por um direito laico, ocidentalizado. Este é denominado de direito indiano, em oposição ao direito hindu.

No Extremo Oriente temos o direito chinês e o direito japônês.

A China é marcada por uma longa tradição, consistente na concepção de uma ordem cósmica. O comportamento dos homens deve ser inspirado na natureza. As relações sociais, impere a idéia de harmonia e conciliação. A educação e a persuasão devem vir em primeiro lugar, e não a autoridade e a coação.

Esta maneira de ver as coisas desloca o direito para uma posição menor. Os tribunais não são procurados, uma

vez que as soluções devem se basear na equidade e no sentimento de humanidade. Assim, as leis não são o instrumento ' de solução dos conflitos.

Apesar da influência soviética e da revolução cultu- ' ral, atualmente a China novamente se volta às antigas tradições.

O direito japonês surgiu na era Taika, em 646. São estabelecidas compilações jurídicas, chamadas "ritsu-ryo". Seguindo o modelo chinês, comportam regras repressivas (ritsu) e regras de administração (ryo).

Na era dos "shogun (Ashizaka - 1333/1573), que sucede a era dos "Kamakura" (1185/1333), um período de anarquia e de guerra civil faz triunfar o regime feudal no Japão. Não há, neste período, idéia do direito. Existem intruções dadas do superior para o inferior, que levam o nome de "giri" e que contêm um sabor dos ritos chineses.

A era "Meiji, que se inicia em 1868, vai começar um processo de ocidentalização do direito japonês. Para terminar com certos tratados desiguais, firmados com os Estados Unidos, Reino Unido, União Soviética, França e Países Baixos, nasce a idéia de ocidentalização. Era mais fácil para os japoneses codificarem o seu direito do que adotarem a "common law".

Os direitos da África e de Madagáscar foram conhecidos com a colonização. Sua base é predominada pelo costume. Houve uma certa influência no período da colonização. Atualmente, estão se criando Estados independentes o que vai favorecer uma maior atenção dos juristas aos seus direitos. A África, principalmente, ainda constitui um vasto campo a ser estudado e pesquisado. É uma grande promessa.

6. CONCLUSÃO

Kelsen, ao comentar a unicidade do direito, argumenta que o mesmo é dividido em províncias. Uma comparação é possível: às províncias de um mesmo ordenamento correspondem as várias famílias de direito, objeto de estudo do direito comparado. E este serve, justamente, como ponte para se traspassar uma família e ir ter em outra.

O uso desta ponte para o jurista é fonte de inúmeras reflexões. Talvez, uma das reflexões possíveis seja a impressionante e fantástica significância da palavra "Direito".

Uma outra possível reflexão poderia girar em torno da importância da filosofia e da história hoje, tristemente, tão esquecida. Ihering já alertava para a importância do estudo do direito romano afim de bem compreender o direito dele advindo. Sugestão que, ao que tudo indica, também ficou no olvido.

E uma terceira reflexão poderia tomar o sentido de se perceber que o direito comparado e, principalmente o estudo das famílias, é uma inesgotável fonte de cultura.

O direito comparado é, sem dúvida, um manancial de sabedoria. E no estudo das grandes famílias do direito, um dos grandes ensinamentos que podemos reter é o da função do direito como forma de transformar a sociedade. A norma do direito se traduz num dever-ser. Quanto mais perfeita e refletida for aquela, tanto mais este terá condições de enformar os povos.

O que caracteriza um homem sábio é a sua prudência no julgamento, no valorar da realidade. Quanto mais o jurista se ocupar com o estudo das grandes famílias do direito, tanto mais seguro serão os seus julgamentos e portanto, mais útil ele será à sociedade.

10. LYRA SAVARES, Ana Lúcia. "A utilização do direito comparado pelo legislador". *Rev. de Ciência Política*, jul/set., 1987, p. 85 e ss.

11. SANMARTÍN, Raúl. *Idelogias e utopías*. 4 ed. Rio de Janeiro, Ed. Quasebreve, 1960.

12. SAYOÁ, Jero. "Quelques réflexions critiques sur le droit comparé". *Revue Internationale de droit comparé*, jan./mar., 1970, p. 57 e ss.

13. GORDON, C. W. / RICHARDS, I. A. *El significado del significado*. 2 ed. Buenos Aires, Ed. Reido, 1964.

14. PORTA, Sérgio. "Considerações sobre a estrutura do direito das famílias jurídicas comparadas". *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, 1975.

15. Nêr, Vicente. *O direito e a vida dos povos*. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1957.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ANCEL, Marc. Utilidade e métodos do direito comparado. Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 1980.
2. CHATELET, François. Logos e praxis. Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra S.A., 1972.
3. CHISHOLM, Roderick M. Teoria do conhecimento. 2 ed. Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 1974.
4. CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. Traité de droit comparé. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, v.1 e 1974, v.2.
5. DAVID, René. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. 2 ed. Madrid, Ed. Aguilar, 1969.
☐ Tratado de derecho civil comparado. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.
6. GUTTERIDGE, H.C. Le droit comparé. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953.
7. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. 3 ed. Lisboa, Ed. Guimarães Ltda, 1986.
8. IHERING, Rudolf von. Abreviatura de El espíritu del derecho romano. Buenos Aires, Ed. Rev. do Occidente Argentina, 1947.
☐ A finalidade do direito. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1979, 2 v.
9. LASSALLE, Ferdinand. A essência da constituição. 2 ed. Rio de Janeiro, Ed. Liber Juris, 1988.
10. LYRA TAVARES, Ana Lucia. "A utilização do direito comparado pelo legislador". Rev. de Ciência Política, jul./set., 1987, p. 85 e ss.
11. MANNHEIM, Karl. Ideologia e utopia. 4 ed. Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1960.
12. MAYDA, Jaro. "Quelques réflexions critiques sur le droit comparé". Revue Internationale de droit comparé, jan./mar., 1970, p. 57 e ss.
13. OGDEN, C.K./RICHARDS, I.A. El significado del significado. 2 ed. Buenos Aires, Ed. Paidós, 1964.
14. PORTO, Sérgio. "Considerações sobre a estrutura do direito nos sistemas jurídicos comparados". Estudos jurídicos, São Leopoldo, 1976.
15. RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. São Paulo, Ed. Max Limonad, 1952.

16. SILVA PEREIRA, Caio Mario da. "Direito comparado, ciência autônoma". Rev. Fac. Dir. UFMG, out., 1955, p. 33 e ss.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE

FILOSOFIA

PROF. DR. ARTUR GILLES

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DENTRO DE
UMA PERSPECTIVA FILOSÓFICA

ALUNO: LUIZ APODISO MECK

BOLO VERMELHO, julho de 1955.