

# **Identidade do sistema jurídico brasileiro, recepções de direito e função do direito comparado\***

**Ana Lucia de Lyra Tavares\*\***

**Sumário: Considerações iniciais. 1. Identidade do sistema jurídico brasileiro. 1.1. Noção de identidade. 1.2. Identidade cultural. 1.3. Identidade do sistema jurídico brasileiro. 2. O papel das recepções de direito no processo de construção do sistema jurídico brasileiro. 2.1. Exemplos extraídos dos diversos períodos históricos e especificidade do processo de recepção segundo ramos do direito. 2.2. A aclimação como um dos efeitos das recepções de direito. 2.3. A aclimação e o direito brasileiro. 2.4. Mudanças no processo de recepções de direito e esforço de preservação da identidade do sistema jurídico brasileiro. 3. A função do direito comparado. À guisa de conclusão.**

## **Considerações iniciais**

Inicialmente, agradeço o honroso convite para participar do XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, e desejo registrar os meus cumprimentos pelos 25 anos desse Instituto. Dirijo-os, notadamente, ao Professor Francisco Amaral, que é o seu representante maior entre nós, mas estendo essas congratulações aos demais integrantes da Diretoria, em particular aos colegas portugueses. É oportuno enaltecer os resultados científicos alcançados pelas atividades do Instituto que tem congregado mestres, profissionais do direito e estudantes no exame de assuntos

---

\* Texto que resulta de exposição feita no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, no Rio de Janeiro, de 25 a 27 de setembro de 2006.

\*\* Professora de Direito Comparado dos Programas de Graduação e Pós-Graduação do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Procuradora da Fazenda (aposentada).

relevantes e atuais, e propiciado a divulgação de estudos originais, de elevado padrão científico, na Revista de Direito Comparado que ele edita. Vale igualmente destacar o trabalho do Professor Francisco Amaral na concepção e realização de prestigiosos eventos que, ao longo desse período, propiciaram o congregarmento, principalmente, de juristas portugueses e brasileiros, mas também de outros países, concorrendo, de forma substancial, para o conhecimento e a difusão do direito comparado. Apraz-me, por igual, estender as minhas felicitações à Doutora Ana Maria Lourenço, que tanto tem contribuído para o êxito dessas atividades.

O estabelecimento de vínculos entre as expressões do tema em epígrafe constitui o desafio do presente trabalho. Não temos a pretensão de vencê-lo ao longo de seu desenvolvimento, mas somente expor algumas reflexões introdutórias a uma pesquisa do assunto. Tivemos a oportunidade de focalizar o tópico das recepções de direito em vários textos e, mais recentemente, associar a sua análise com a questão da preservação da identidade do sistema jurídico brasileiro. No trabalho em pauta, articularemos esses dois tópicos com um terceiro, atinente à função do direito comparado. Para melhor fixarmos o ponto de partida desta comunicação, permitimo-nos esclarecer o entendimento que temos das expressões que a enunciam:

a) na esteira dos ensinamentos de Marc Ancel,<sup>1</sup> relativos às distinções que a expressão *sistema jurídico* comporta, observamos que a tomamos em sua acepção restrita, correspondendo ao direito nacional, e não na acepção macro de grandes grupos jurídicos. Tais agrupamentos, como sabemos, podem ser identificados por meio de critérios diversos, sendo que aqueles apontados pelo Professor René David, em sua conhecida obra **Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**, mereceram ampla aco-

---

1 Marc Ancel, **Utilidade e Métodos do Direito Comparado**, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, pp.55-56.

lhida da doutrina, quais sejam: raízes históricas comuns, estruturas semelhantes (conceitos, vocabulários, divisões, etc) e mesma hierarquia de fontes. Essa obra foi atualizada, em profundidade, pela Professora Camille Jauffret-Spinosi na 11ª. edição;<sup>2</sup>

b) por outro lado, observe-se que, no tocante à noção de sistema jurídico, a qual tem ensejado inúmeros trabalhos sob óticas distintas e com conseqüências diversas, retivemos aquela de natureza sociológica que prioriza o estudo do sistema jurídico em suas relações com os outros subsistemas que compõem o sistema social. Essa perspectiva é amplamente contestada pelos juristas que consideram o direito como um sistema fechado.<sup>3</sup> Recordamos sempre as observações do Professor Georges Burdeau sobre o irrealismo que seria estudar o direito latino-americano em bases estritamente jurídicas, dado o distanciamento entre o formal e o real;<sup>4</sup>

c) em vinculação com o item acima está a questão da identidade de um sistema jurídico, a qual não pode estar desvinculada da inserção sociocultural, política e econômica desse sistema. O tema da identidade coletiva tem sido objeto de numerosas obras. Nos dias que correm, ele é particularmente focalizado, pois, como afirmam aqueles que sobre ele se debruçam, trata-se de matéria que faz convergir as atenções sobretudo em momentos de crise.<sup>5</sup> Vemos, pois, que, em decorrência da padronização promovida, de forma avassaladora, pelo processo da globalização, intensifica-se o interesse pelo assunto. Para Castells, entende-se por identidade a fonte de significado e experiência de um povo.<sup>6</sup> Ela

---

2 Editada pela Dalloz, em 2002.

3 V. André-Jean Arnaud, *Système (en sociologie du droit)*, in: **Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p.599.

4 Georges Burdeau, **Traité de Science Politique**, Tome VI, Paris, LGDJ, 1985, pp. 337-338.

5 Stuart Hall, **A identidade cultural na pós-modernidade**, Rio de Janeiro, DP&A, 10ªedição,2005, p.9.

pressupõe, contudo, um processo de construção com base em dados de natureza diversa, como veremos adiante;

d) sabe-se que a expressão *recepções de direito*, nos estudos jus-comparativos, indica a introdução em um sistema jurídico (sentidos estrito ou lato) de institutos, regras, conceitos provindos de outros sistemas. Atualmente está mais em voga a expressão *circulação de modelos jurídicos* a qual, nos parece significar um percurso que pressupõe um retorno enriquecido do instituto exportado à sua fonte primitiva. No caso em pauta, preferimos a primeira das expressões citadas;

Vale, enfim, observar que duas inquietações básicas nortearam este texto: o reconhecimento da grande receptividade de nosso sistema jurídico às influências de outros sistemas, em sentidos estrito e lato, acarretaria a fragilização de sua identidade? Ou, diferentemente, a consciência dessa característica de permeabilidade levaria, atualmente, os agentes das recepções de direito a uma melhor seleção dos elementos jurídicos a serem importados, não apenas para uma otimização de sua aplicação em nosso meio, como também visando a preservação da coerência interna do sistema jurídico brasileiro, com fortalecimento de sua identidade?

## 1. Identidade do sistema jurídico brasileiro

Em 2005, ano que a França dedicou ao Brasil, foi publicada pela *Société de Législation Comparée* e pelo Instituto Brasileiro de Direito Comparado uma obra coletiva sobre o direito brasileiro, organizada pelos Professores Arnoldo Wald e Camille Jauffret-Spinosi, no qual colaboraram juristas franceses e brasileiros. Muitos desses articulistas notaram que o direito brasileiro, rico de aportes do direito europeu e norte-americano, busca, hoje, refletir sobre sua história e enveredar por uma via própria de evo-

---

6 Manuel Castells, **O poder da identidade**, vol. II, São Paulo, Editora Paz e Terra, 5ª. edição, 2006, p.22.

lução.<sup>7</sup> Os estudos sobre a identidade de nosso direito revestem-se de importância ainda maior no quadro da globalização e das iniciativas de harmonização normativa, muitas vezes necessárias, mas que devem ser empreendidas levando-se em consideração os traços mais marcantes do mesmo.

### 1.1. Noção de identidade

Os teóricos desse tema complexo, muitas vezes utilizam para a análise das identidades coletivas categorias aplicadas ao exame de identidades individuais. Enfatizam que esta noção variou de acordo com os períodos históricos: do enfoque iluminista, em que a identidade centrava-se no indivíduo, passou-se para a ótica sociológica, segundo a qual a identidade decorria da interação entre a pessoa e a sociedade, para chegar-se à identidade pós-moderna, em que, diversamente da estabilidade das fases anteriores, o que se tem são identidades múltiplas e móveis, por vezes contraditórias e desconcertantes.<sup>8</sup>

Segundo Castells, a identidade não é imutável, mas está em permanente processo de construção, levado a efeito por atores sociais. Tal processo se vale da “matéria-prima fornecida pela história, geografia, biologia, instituições produtivas e reprodutivas, pela memória coletiva e por fantasias pessoais, pelos aparatos de poder e revelações de cunho religioso. Porém, todos esses materiais são processados pelos indivíduos, grupos sociais e sociedades, que reorganizam seu significado em função de tendências sociais e projetos culturais enraizados em sua estrutura social, bem como em sua visão de tempo/espço.”<sup>9</sup> A partir dessas considerações, o autor diferencia três formas de construção de identidade: *a legitimadora*, decorrente da intervenção das instituições dominantes, *a de resistência*, oriunda de grupos

7 Guy Canivet, *Tirer profit du droit brésilien*, in: **Le Droit Brésilien Hier, Aujourd'hui et Demain**, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p.11.

8 Hall, ob.cit., pp. 10-13.

9 Castells, ob.cit., p. 23.

marginalizados, que se contrapõem a valores institucionais pre-  
valescentes, e a *identidade de projeto*, que visa à redefinição da  
identidade e a transformação de toda a estrutura social.<sup>10</sup> A no-  
ção de identidade é, pois, dinâmica, e cada tipo de processo de  
sua construção enseja resultados sociais diversos.<sup>11</sup>

## 1.2. Identidade cultural

A associação da identidade cultural com a idéia de nação é bas-  
tante usual. Não seria a nação a comunhão de línguas, de cultura,  
de crenças, de uma solidariedade e de um querer coletivo, na fór-  
mula célebre de Ernest Renan?<sup>12</sup> Em termos incisivos, o Papa  
João Paulo II, em 1980, na Unesco, declarava que a “nação existe  
pela cultura e para a cultura”.<sup>13</sup> Não se pode ignorar, entretan-  
to, os outros elementos que o conceito moderno de nação pres-  
supõe, levando-se, particularmente em conta, a perspectiva de  
sua construção social<sup>14</sup> e da vinculação ao nacionalismo, o qual,  
para Ernest Gellner,<sup>15</sup> a precede. Os liames entre a cultura e a  
identidade nacional foram bem destacados por Arthur José Poer-  
ner, em trabalho acadêmico que visou analisar a política federal  
de cultura no Brasil.<sup>16</sup>

Não obstante o peso desses outros elementos, preferimos dar ên-  
fase ao aspecto cultural em vista de sua relevância na construção  
e no funcionamento dos sistemas jurídicos.

---

10 Ibid. p.24.

11 Idem ibid.

12 Ernest Renan, *Quest-ce qu'une nation?* in: *Oeuvres Complètes*, Paris, Cal-  
mann-Levy, 1947.

13 Jean-Paul II, *Voyage en France, Discours et Messages*, Paris, Librairie Gén-  
rale Française, 1980, p.162.

14 Jean Leca, *Nation*, in: Olivier Duhamel e Yves Mény, *Dictionnaire Constitu-  
tionnel*, Presses Universitaires de France, 1992, p.653.

15 *Apud* Jean Leca, id. Ibid.

16 Arthur José Poerner, *Identidade Cultural na Era da Globalização*, Rio de Ja-  
neiro, Editora Revan, 1997.

### 1.3. Identidade do sistema jurídico brasileiro

A identidade dos sistemas jurídicos costuma ser analisada, sobretudo, no âmbito da teoria do direito. Para a delimitação de um sistema jurídico, adotou-se, inicialmente, o critério de origem comum de suas normas (seja que resultassem de um mesmo legislador supremo, seja que gozassem do mesmo grau de aceitação). Posteriormente este critério foi substituído pelo do reconhecimento, por parte dos tribunais, da validade das normas que eles aplicam.<sup>17</sup>

A consciência das particularidades desses sistemas implica, também, aquela de suas diversidades, em plano internacional e em níveis regionais ou locais, visto que identidade e diversidade são conceitos que interagem e se enriquecem mutuamente.<sup>18</sup>

Desnecessário acentuar que essa identidade, que deve ser cultivada, memorizada e transmitida, está associada ao amor-próprio de um povo, de uma nação. A consciência de sua importância desempenha papel essencial no quadro do processo de globalização, suscitando reações às tendências uniformizadoras. Ela introduz uma postura de equilíbrio nesse quadro, pois como a história ensina, há possibilidades de coexistência do universal com o respeito às particularidades.

No tocante às peculiaridades do processo histórico brasileiro que se projetaram em seu sistema jurídico, a par da própria recepção do direito português, recorde-se a importância do legado luso, não apenas na forma de administrar o território, preservando a sua imensa extensão e alcançando a manutenção de sua unidade lingüística; note-se, também, o processo pacífico de Inde-

---

17 Alf Ross (1958) e Joseph Raz (1970, 1975), *apud* Michael Harney, *Système Juridique*, in: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Cercle de Sociologie et Nomologie Juridiques, du Réseau Européen Droit et Société, 2ª. Edição sob a direção de André-Jean Arnaud, LGDO, 1993, p.597).

18 V. **Diversidade Cultural Brasileira**, org. Antonio Herculano Lopes e Lia Calabre, Rio de Janeiro, Ed. Casa de Rui Barbosa, 2005.

pendência, diversamente do ocorrido com os países vizinhos e no modo distinto pelo qual foram conduzidas as questões federativa, republicana e abolicionista.

Outra faceta a ser salientada é a mescla de etnias e de culturas. Gilberto Freyre observava que “a história inteira dos portugueses — e não apenas a das artes — os revela um povo com a capacidade única de perpetuar-se noutros povos. Mas sem que o povo português tenha feito nunca dessa perpetuação uma política biológica e anticristã de exclusividade: nem exclusividade de raça, nem exclusividade de cultura. Ao contrário: o português se tem perpetuado, dissolvendo-se sempre noutros povos a ponto de parecer ir perder-se nos sangue e nas culturas estranhas (...).<sup>19</sup> Não apenas o sociólogo pernambucano, mas muitos outros sublinharam a importância da composição miscigenada do brasileiro para a história jurídica do país. Anteriormente, já o havia feito Isidoro Martins Júnior.<sup>20</sup> Outros destacaram este aspecto, embora não o fizessem especificamente com relação ao sistema jurídico, como Oliveira Lima, João Camilo de Oliveira Torres, e mais recentemente, Darci Ribeiro, em sua história do povo brasileiro.

Adite-se o traço multicultural decorrente das correntes imigratórias, em seus diversos períodos históricos, mantendo-se a tradição de receptividade aos estrangeiros. Outrossim, frise-se, sob o ângulo da política econômica, a abertura do país a outros mercados, registrando-se, a partir dos anos 60, uma aproximação com aqueles do continente africano e, mais recentemente, com os do Oriente.

Neste breve levantamento de alguns dos aspectos que singularizam o nosso sistema jurídico, não se pode olvidar daquele plu-

---

19 Gilberto Freyre, **Uma cultura ameaçada: a luso-brasileira**, Rio de Janeiro, Cia. Editora Nacional, 1942, p.26.

20 Isidoro Martins Júnior, **História do Direito Nacional**, (1895), na 3a. edição de 1979, do Ministério da Justiça, p.89.

ralismo que decorre não apenas da composição mista do direito pátrio, em que se reúnem elementos de fontes jurídicas alienígenas, como veremos abaixo, mas também das condições socioeconômicas díspares dos brasileiros que ensejam diferença na aplicabilidade das normas legais. Tem-se, pois, a coexistência de um direito estatal com um direito extra-estatal, que viceja nas favelas e em áreas em que o Estado não chega, e nas quais é substituído por Associação de Moradores, por Organizações Não Governamentais ou mesmo pela lei dos infratores. Em matéria jornalística recente, abordava-se a questão da inexistência de registro de nascimento de milhões de brasileiros que não têm condição de exercer a sua cidadania.

Além dos aspectos acima evocados atinentes ao ecletismo das fontes do direito brasileiro, às dificuldades de sua aplicação em contexto de profundas desigualdades socioeconômicas, note-se, por igual, o número elevado de normas,<sup>21</sup> bem como o famoso jeitinho<sup>22</sup> para ignorá-las.

## 2. O papel das recepções de direito no processo de construção do sistema jurídico brasileiro

Se examinarmos as diversas fases da construção do nosso sistema jurídico, ficará visível a sua receptividade não apenas ao conhecimento do direito de outros países, mas também à adoção de

---

21 Em 2000, foi publicada pela LTr a obra **O sistema legal e judiciário brasileiro**, de autoria do Professor Yves Gandra da Silva Martins Filho, que resultou de seu trabalho, como assessor da Casa Civil, no programa de consolidação da legislação federal brasileira. Preambularmente, assinala que “os dois grandes problemas que enfrenta o cidadão comum no trato com a legislação que lhe diz respeito são: o **excesso de leis**, que torna muitas vezes difícil saber quais as vigentes ou não, mormente quando seus comandos são (...) contraditórios ou repetitivos; e a **linguagem hermética** e pouco clara com que são redigidos muitos dos diplomas legais, gerando controvérsia sobre que comando efetivo delas emana (p. 14- grifos do Autor).

22 Keith S. Rosenn, **O jeito na cultura jurídica brasileira**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1998.

muitos elementos de fontes jurídicas alienígenas, características destacadas em numerosas obras que versam sobre o histórico que nosso direito.

## **2.1 Exemplos extraídos dos diversos períodos históricos e especificidade do processo de recepção segundo ramos do direito**

Desde o período inicial, observa-se a recepção global do direito português, por força da colonização, o que acarretou, também, a recepção de um direito especial português para ser aplicado na colônia: cartas de doação, forais e regimentos gerais.

No Brasil-Império, predominaram, no campo do direito constitucional, influências sobretudo inglesas e francesas. Entretanto ele hauriu, além da Constituição francesa de 1814, de outras fontes, como dos Diplomas de Cadiz de 1812, e do português, de 1822, além de práticas e textos de procedência anglo-americana. Dentre as causas do fenômeno de recepção podem ser evocadas as políticas, dado o movimento contra a Metrópole, e as socio-culturais, notadamente a formação dos juristas no exterior.

Como exemplos de importação de modelos nesse período, podemos citar a previsão, na Constituição de 1824 de um Poder Moderador, inspirado no Poder Neutro, idealizado por Clermont de Tonnerre, deputado à Constituinte francesa de 1791, mas difundido por Benjamin Constant, o suíço. Na concepção original, aparecia o referido Poder como a chave da abóbada (*la clé de voûte*), mas na transposição para o texto constitucional imperial ficou apenas o termo *chave*, indicativo da distorção consignada no artigo 98 e na sua aplicação, visto que apenas no nome era moderador este Poder, exercido a critério do seu titular, o Imperador. Na realidade, o Poder Moderador do Monarca compreendia a dissolução da Câmara, a escolha dos Ministros e a suspensão dos juízes.

Outros exemplos seriam a adoção, a partir de 1847, da forma parlamentar de governo à inglesa, com a criação do Conselho de Mi-

nistro e de um Presidente, por influência de Bernardo Pereira de Vasconcellos, e, ainda, a introdução de um Conselho de Estado, de matrizes francesa e portuguesa. Assinale-se que o Conselho de Estado e o Poder Moderador interagiam e o desaparecimento de um acarretou o do outro.

No Brasil-República, como sabemos, predominou a inspiração norte-americana. Desde 1835, os artigos de Madison, Hamilton e Jay, circulavam no Brasil, com tradução inicial no Rio Grande do Sul, e em 1840, no Rio de Janeiro.<sup>23</sup> O sistema político americano fora estudado por Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente no seu *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império* (1878) e por Paulino Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, no *Ensaio sobre o Direito Administrativo* (1862). Vale ressaltar que as informações sobre o regime norte-americano nos chegavam através de autores franceses, com destaque para Alexis de Tocqueville.

A influência norte-americana era tão profunda que o Decreto n.º 1, de fundação da República, de autoria de Rui Barbosa, estava assim exarado: *As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, constituem os Estados-Unidos do Brasil.*

O contexto sócio-político nacional favorecera, pois, a recepção de vários mecanismos de governo oriundos do direito norte-americano. Esquemáticamente poderíamos relembrar os seguintes aspectos:

a) O profundo descontentamento com a política centralizadora do Império e as aspirações locais de autonomia que alimentavam os ideais federalistas e provocavam insurreições nas províncias. Com a permissão de eleições pelas Assembléias Legislativas estaduais, as províncias externavam o seu descontentamento com os governadores impostos pela Coroa. A maior dessas manifes-

---

23 A publicação do trabalho foi no *Farol Paulistano*, em 1835, *apud* Gottfried Dietze, **The Federalist: a classic on federalism and free government**, Baltimore, John Hopkins University Press, 1965, p.8.

tações foi a Revolução Farroupilha (1835-1845), no Rio Grande do Sul, que evoluiu para reivindicações de natureza federal, chegando-se, em 1836, a proclamar a República Rio-Grandense.

b) O fortalecimento do poder militar após vitórias contra a Argentina, Uruguai e Paraguai, avultando o papel de Luis Alves de Lima e Silva, o do Duque de Caxias.

c) A fundação do Partido Republicano e a atuação dos seus líderes, entre eles, Quintino Bocaiúva, subscritor do Manifesto Republicano de 1870, junto a militares positivistas, defensores das idéias de Augusto Comte (1876).

d) Os movimentos abolicionistas, culminando com o 13 de maio de 1888, cujos chefes eram republicanos.

e) A insatisfação com os gabinetes ministeriais e as questões militares que aceleraram o movimento anti-monarquista, culminando com a proclamação da República.

Como se sabe, três projetos de constituição foram compatibilizados por uma comissão de 5 membros, que submeteu o trabalho a Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, o qual introduziu no texto várias emendas. Este projeto revisto foi submetido à Assembléia Constituinte de 1891, que o manteve sem maiores alterações. Portanto, além de ser um dos principais mentores da recepção de elementos do direito americano, Rui Barbosa foi o executor do transplante. Desta forma, a Constituição de 1891 recepcionou o modelo constitucional norte-americano, sob quatro aspectos: forma federal de Estado; sistema republicano; sistema presidencial; papel atribuído ao Judiciário, tendo na cúpula uma Suprema Corte, destinada a ser a guardiã da Constituição.

A fidelidade às fontes norte-americanas era tamanha que o Decreto 848, de 1890, sobre a organização da Justiça Federal, em seu art.387, *determinava que os casos de common law e de equity serão subsidiários da jurisprudência e do processo federal.*

As particularidades do contexto receptor acarretaram uma aclimação dos institutos transplantados, implicando visíveis

distorções: na prática federal; no funcionamento do sistema presidencial,<sup>24</sup> com dificuldade de implementação dos freios e contrapesos; no significado distinto do ideal republicano, mais próximo dos anseios de descentralização, do que de metas anti-monarquistas ou liberais; na construção da supremacia do Supremo Tribunal Federal e na aclimação do *judicial review*.

Contudo, como sublinhamos em outra ocasião, diversamente do que ocorreu com a Constituição imperial, e malgrado a sucessão de outros textos constitucionais ao longo da vida republicana brasileira, estes traços básicos oriundos do dir. norte-americano penetraram profundamente no direito constitucional brasileiro. As modificações que eles sofreram, em vista da dificuldade de aplicação de certos princípios importados — considerando as particularidades do país-fonte em relação ao país-receptor — não impedem que se reconheça a extensão da influência jurídica americana neste ramo do direito. .

Já a Constituição de 1934, fruto de um contexto distinto, recebeu influências de outras fontes. Foram sobretudo os modelos europeus da época, em termos de legislação trabalhista, eleitoral, de direitos econômico e sociais, mormente a Constituição Mexicana (1917) e a de Weimar (1919). Quanto à representação profissional, predominou a inspiração provinda de países de tendência corporativista: Lei eleitoral italiana, de 1928, projeto espanhol de Constituição, de 1927, a Constituição portuguesa de 1933.<sup>25</sup>

Recorde-se que nos anos 30, crescera a intervenção do Estado, não apenas para enfrentar as dificuldades econômicas advindas da venda, a baixo preço, do café e da borracha, acoplada à crise da Bolsa de Nova York, em 1929, mas também para criar condi-

---

24 o termo presidencialismo a sublinha, com evidente tendência para a hegemonia do executivo. V. João Camilo de Oliveira Torres, **A democracia coroada**, Livraria José Olympio Editora, 1957.

25 Cf. da A., **A Constituinte de 1934 e a representação profissional**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1988.

ções para que o país ficasse autônomo na esfera industrial. Houve reação das oligarquias locais contra esta ingerência do Poder Central, que acarretara a reforma constitucional de 1926, no Governo Artur Bernardes. As movimentações sindicais e a insatisfação com o sistema eleitoral viciado, que falseava a representação parlamentar, concorriam para que houvesse um clima de forte insatisfação, que acabou gerando o movimento revolucionário de 30, liderado por Getúlio Vargas. Este, à frente de um Governo Provisório, nomeou uma Comissão para redigir o anteprojeto de Constituição, submetido, em 1933, a uma Constituinte que nele introduziu muitas alterações.

Evoque-se, também, a influência de doutrinadores estrangeiros como Mirkine Guetzévitch e também de legisladores. Houve códigos que inovaram em determinadas matérias, que depois foram alçadas ao patamar constitucional, como o Código Eleitoral de 1932. De duração efêmera, sem que um processo de aclimatação pudesse ser efetivado no período, a Constituição de 1934 lançou bases para a de 1946, a qual foi pobre em recepções de direito, notabilizando-se por sua longevidade, equilíbrio e realismo político. O Diploma de 46, de certa forma, reviveu o de 34, excluídos institutos, como o da representação profissional, que não foram retomados.

A Constituição de 1988 constitui o exemplo maior de recepções de direito. Tivemos a ocasião de examiná-la sobre esse ângulo, destacando as fontes jurídicas alienígenas que predominaram nos seus principais capítulos, e dentre as quais se sobressaíram as portuguesas, espanholas e alguns textos internacionais.<sup>26</sup>

Em outros ramos do direito público não foi menor a receptividade às fontes de direito estrangeiro. No direito administrativo, no

---

26 Cf. da A. *A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os comparatistas*, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº109, jan./mar., 1991, e *Recepções de Direito na Constituição de 88: um Balanço Provisório*, in: *A Constitucionalização do Direito*, obra coordenada pelos Professores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, Lúmen Júris Editora, 2007, pp.35-55.

período imperial, houve influências sobretudo portuguesa e francesa. A portuguesa se fez sentir na rigidez da estrutura hierárquica, na organização das Câmaras municipais, nas atribuições dos presidentes de províncias, dos governadores gerais, e do próprio Imperador. A francesa estava presente: a) na instituição de um Conselho de Estado, tal como funcionou no Segundo Império (1840 a 1889), nos pareceres e resoluções dele emanados; b) no contencioso administrativo, cujo funcionamento foi satisfatório apenas em matéria fiscal, não ocorrendo o mesmo nos demais campos. Na República, fez-se sentir a influência americana, predominando o critério de jurisdição única. A Emenda 7/77 que previra retorno do contencioso administrativo para litígios entre União e servidores e matéria fiscal e previdenciária suscitou reação negativa dos próprios administrativistas. Registrem-se, ainda, o contributo italiano no campo da administração pública indireta e, mais recentemente, as agências reguladoras, de fonte anglo-americana.<sup>27</sup>

No direito tributário, de autonomia mais recente, projetou-se a influência americana. Sobre as cautelas que devem presidir aos processos de transplantes jurídicos, vale citar o Professor Antonio Roberto Sampaio Dória, que, ao introduzir o exame da recepção, pelo nosso direito, da cláusula do *due process of law*, observou que primeiramente iria examinar a configuração original do direito tributário norte-americano para examinar a repercussão de sua influência no direito brasileiro, a fim de *que a validade de sua mensagem ao direito tributário brasileiro não seja turvada pela mera transplantação, a este, de princípios formulados em razão de valores que nem sempre merecem prestígio entre nós, ou para a profilaxia de males que jamais nos afligiram.*<sup>28</sup>

---

27 Diogo Figueiredo Moreira Neto, **Mutações do Direito Público**, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.405 e segs.

28 **Direito Constitucional Tributário e Due Process o Law**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1986, p.7.

Nas tentativas iniciais de codificação, consignem-se as influências das doutrina austríaca e da lei alemã, em 1919. Nos anos 40 e 50, preponderaram as fontes argentinas, mexicanas, uruguaias e aportes de organizações regionais, como a ALALC (Associação Latino-americana do Livre Comércio) e internacionais.

No campo das imunidades tributárias, é possível identificar-se, na primeira constituição republicana, a influência liberal americana. Houve uma corrente normativista que defendia a teoria da autolimitação da competência tributária. Muitos juristas (entre os quais, Francisco Campos, Gilberto Ulhoa Canto, Celso Bastos, Sampaio Dória, Geraldo Ataliba, Sacha Calmon Navarro Coelho, advogaram a tese da constituição ilimitada do poder tributário e da ulterior supressão, no próprio texto constitucional, da competência tributária dos diversos entes políticos, segundo lição de Ricardo Lobo Torres.<sup>29</sup> O ilustre mestre observa que, contemporaneamente, a tese que tende a vingar é a provinda da Alemanha, visto que a doutrina germânica edificou sólida construção em torno da limitação do poder tributário pelos direitos da liberdade preexistentes.<sup>30</sup>

No campo do direito penal, há numerosos exemplos de recepção de elementos alienígenas. Os estudiosos costumam colocá-lo em segundo lugar (após o direito constitucional) em termos de permeabilidade e também de originalidade, sobressaindo-se, sob esse aspecto, o Código de 1830, embora tenha sofrido influências dos códigos francês, de 1810, e napolitano, de 1819. Inovou esse Diploma, entre outros assuntos, na previsão de circunstâncias agravantes e atenuantes e na do dolo eventual, tendo influenciado o Código Penal espanhol de 1848 e códigos da América Latina. Na República, os Códigos de 1890 e de 1940 sofreram influência do direito italiano, e, na Parte Especial deste último,

---

29 Ricardo Lobo Torres, **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1995, pp.34,35.

30 *Ibid.*, p.38

também há traços dos direitos suíço e alemão. Na esfera do direito processual penal, no Império, além da influência do Código de Napoleão, de 1810, observam-se elementos oriundos do direito inglês e, no início da República, do direito norte-americano, acentuando-se, posteriormente, a fonte italiana. Nota-se, atualmente, uma abertura notável para as diretrizes internacionais.

Essa receptividade às fontes de organizações internacionais é característica permanente da construção do direito do trabalho, de espírito cosmopolita, no dizer de Evaristo de Moraes. Ressalte-se, também, a longeva influência do direito italiano, desde 1937, através da Carta Del Lavoro.

Nesta sumária retrospectiva das influências estrangeiras no campo do direito público, registrem-se, ainda aquelas recebidas pelo Direito Processual Civil, em que avultam o praxismo, a adaptação e a técnica. O notável trabalho de adaptação do direito português ao nosso é atribuído a Carvalho Moreira, Barão de Penedo, que, em 1850, por meio do Regulamento 737, fez obra admirável, pela distribuição simétrica da matéria, clareza da linguagem, simplificação dos atos processuais. A partir de 1939, alia-se à influência portuguesa, a italiana (Chiovenda), a austríaca e alemã. Nesse ramo do direito observa-se maior cautela nos transplantes e previsão antecipada de mecanismos de aclimação. Convém lembrar que se manteve, para as recepções no direito processual civil, a matriz de direito privado. Esclarece Cândido Dinamarco que se preservou esse modelo que era anterior às mudanças constitucionais. Nesse campo, portanto, embora os pressupostos integrem o direito público, seus mecanismos são de origem privada.

Ressalte-se que, na construção de nosso direito civil — diversamente do que se deu com grande parte dos países latino-americanos que sofreram a influência francesa — predominaram as fontes germânicas. A esse respeito, permitimo-nos fazer remissão ao excelente trabalho da Professora Véra Maria Jacob de

Fradera, que figura na obra já citada de homenagem ao direito brasileiro.<sup>31</sup>

Muitos outros exemplos poderiam ilustrar o lado receptivo do direito brasileiro às influências estrangeiras, mas preferimos nos ater aos fins principais da presente comunicação, entre os quais está o de ressaltar a sua capacidade de aclimação dessas influências.

## **2.2. A aclimação, como um dos efeitos das recepções de direito**

Consideramos que o termo *aclimação*, no quadro dos estudos de recepção de direito, pode ter duas conotações. Uma seria a aclimação positiva, em que o transplante corresponde aos objetivos visados, adaptando-se às condições próprias do sistema importador, sem perda de suas características essenciais, muitas vezes, conhecendo desdobramentos, ignorados na fonte, mas que se revelam de extrema utilidade no meio receptor. Poderíamos até pensar em distorções de resultados positivos. A conotação negativa do termo corresponderia ao esvaziamento das características essenciais do instituto transplantado no decorrer do processo de aclimação, associado, muitas vezes, à produção de efeitos contrários aos pretendidos.

Sabe-se que as recepções de direito podem acarretar aculturações (quando ocorrem transformações em larga escala, em decorrência dos contactos de duas culturas distintas, como foi o caso da recepção do direito suíço das obrigações, pela Turquia, em 1926), aclimações (de institutos isolados) e rejeições (que se dão quando os institutos transplantados revelam-se, após um período, inadequados ao sistema receptor ou indesejáveis, frequentemente, por força de distorções sofridas no próprio proces-

---

31 Véra Maria Jacob de Fradera, *La partie générale du Code Civil*, in: **Le Droit Brésilien Hier, Aujourd'hui et Demain**, ob.cit., pp.203-222.

so de transplante). Vale lembrar que o processo de aclimação jurídica é revelador de traços inerentes à identidade de um sistema jurídico que influem na forma como reage à introdução de institutos, regras, princípios e até mesmo de construções jurisprudenciais e doutrinárias de matriz estrangeira. Assim, esse processo deve ser visto não apenas em seus resultados de integração cultural, mas também de respeito às especificidades dos elementos sociojurídicos nativos que nele atuaram.

### 2.3 A aclimação e o direito brasileiro

Ao lado do destaque conferido às suas qualidades de abertura do nosso sistema jurídico às influências de outros ordenamentos jurídicos, reveladas pela variedade de elementos jurídicos estrangeiros que, como vimos acima, podem ser identificados ao longo de seu processo histórico de formação, deve-se realçar os seus componentes sociojurídicos que lhe têm permitido efetuar aclimações dos referidos elementos de modo criativo e diferenciado. A aclimação, um dos efeitos dos processos de recepção de direitos, integra a natureza do direito brasileiro e, por isso mesmo, é um dos traços que lhe conferem identidade.

Poder-se-ia indagar se o recebimento de numerosos elementos jurídicos provindos de outros sistemas acarretaria a perda da identidade do sistema de direito no Brasil? A resposta é negativa e aqui vale lembrar, entre tantas outras, a análise do Professor René David sob a capacidade de absorção criativa do direito brasileiro, sabendo mesclar um direito privado, de matriz romano-germânica, com um direito constitucional alimentado por institutos de *common law*.<sup>32</sup>

Tem-se, pois, que as aclimações, no direito brasileiro, são efeitos habituais do processo de recepções jurídicas, porque decorrem de sua própria natureza de absorver elementos jurídicos alie-

---

32 René David, *Le droit brésilien jusqu'en 1950*, in *Le Droit Brésilien Hier, Aujourd'hui et Demain*, ob. cit., pp.27-182.

nígenas, transmudando-os, segundo suas condicionantes sociojurídicas e, não raras vezes, em função de interesses político-administrativos conjunturais.

Em outra oportunidade,<sup>33</sup> observamos que o processo de recepção de direitos acarreta resultados diversos segundo os ramos do direito em que ele se dá, os agentes que o promovem, e as condicionantes de cada contexto sociojurídico e político. Em relação à natureza dos ramos de direito e a sua projeção no fenômeno das recepções, tem-se, por exemplo, no tocante ao direito constitucional, oriundo de uma comunidade de cultura e de pensamento ocidentais, que o seu grau de permeabilidade é muito maior do que aquele do direito civil, produto de contexto sociojurídico específico, que o torna menos vulnerável a influências estrangeiras, embora elas também ocorram nesse campo.

Distintos, igualmente, são os efeitos do processo de aclimação segundo os agentes que o promovem, sobretudo em relação à rapidez e à profundidade em que se verificam. A aclimação provocada, por exemplo, pela legislação, produz mais rapidamente efeitos, e em maior profundidade do que aquela decorrente da doutrina e da jurisprudência. A esse respeito, caberia comentar que a observação de René David sobre o caráter excessivamente doutrinário dos direitos latino-americanos<sup>34</sup> não mais corresponde à realidade atual, dada a crescente importância da jurisprudência na construção de nosso direito em geral e, pelo que nos interessa, na aclimação dos institutos importados.

Sob esse mesmo ângulo, recorde-se o aumento considerável da influência doutrinária estrangeira em sentenças judiciais e em trabalhos de membros do Ministério Público, nos seus vários ní-

---

33 Da A., *Aclimação Jurídica e Identidade do Direito Brasileiro*, in: **Cultura Oriental e América Latina** (Debate obre influências do pensamento oriental na formação do direito), São Paulo, Uninove, 2004.

34 René David, *Loriginalité des droits de l'Amérique Latine*, in: **Le Droit Comparé, Droits DHier et Droits de Demain**, Paris, Economica, 1982, p.169.

veis, sobretudo em decorrência da generalização de cursos de mestrado e de doutorado e nos quais há o acompanhamento da evolução do pensamento doutrinário estrangeiro, hoje em dia grandemente facilitado pelo progresso das comunicações). A internet possibilita o acesso instantâneo à legislação e à jurisprudência dos direitos de outros países, em condições muito distintas daquelas com que se defrontavam há alguns anos os cultores do direito comparado. Destarte, mantém-se a tradição pátria de abertura para as correntes doutrinárias estrangeiras. Desde Mirkin Guetzévich, até, contemporaneamente, Habermas, Alexy, Dworkin e outros, há uma permanente sintonia com o que se produz no exterior. Parece-nos, entretanto, que determinados doutrinadores estrangeiros não devem receber um selo de exclusividade e de fidelidade, em vista, de um lado, da necessidade de se manter uma abertura saudável para outras correntes doutrinárias, e, de outro, pelas injunções do atendimento prioritário às exigências de nosso meio, que implicam respeito às suas condicionantes sociojurídicas.

## **2.4 Mudanças no processo de recepções de direito e esforço de preservação da identidade do sistema jurídico brasileiro**

No mundo globalizado, o processo de recepção de direitos sofre mudanças, dada a profunda e rápida interação de fatores externos e internos que nele se acham presentes. E isso se verifica em decorrência da eficácia da atuação supranacional, que dispõe de mecanismos adequados para fazer predominar uma idéia internacional de direito.<sup>35</sup>

Do ponto de vista da influência externa, tem-se que a globalização leva à busca de um sistema jurídico capaz de criar um clima de segurança para atrair capitais estrangeiros, humanos, técnicos

---

35 V. Celso Lafer, **A Identidade Internacional do Brasil e a Política Externa Brasileira**, São Paulo, Perspectiva, 2004.

e financeiros e de outro ela provoca um redobrado esforço para a preservação da identidade dos sistemas jurídicos. Ante movimentos de padronização de incontestável eficácia, em vista da força dos instrumentos econômicos e de comunicação de que dispõem, bem como da atração que exercem os programas que propiciam progresso material dos países, esse esforço é imprescindível. A complexidade e a falta de consistência interna do sistema jurídico aumentam a sua vulnerabilidade às ações externas. Assim, dentre as reações a esse processo de padronização, saliente-se o reconhecimento da necessidade de preservação de seus traços identitários<sup>36</sup>.

Sob o prisma interno, observa-se uma consciência maior das dificuldades de implementar os elementos jurídicos transplantados, seja pela prevalência da cultura do “jeitinho”, seja em decorrência de dificuldades reais para que eles se apliquem em certos espaços sociais.

Inegavelmente, muitos juristas brasileiros procuram refletir sobre o processo de construção da identidade do direito pátrio, sobretudo à luz de experiência de transplantes claramente inadequados e de distorções nocivas. Essa postura cautelosa resulta em análises prévias às importações. A título de exemplo, aluda-se às numerosas considerações sobre a conveniência ou não da introdução de súmulas vinculantes, bem como os estudos sobre a natureza vinculante ou persuasiva dos precedentes.

No citado Simpósio promovido pela Fundação Casa de Rui Barbosa sobre “Diversidade Cultural Brasileira”<sup>37</sup>, figuravam, entre outras, propostas visando à preservação da diversidade como elemento fundamental da identidade cultural brasileira, à defesa do mercado cultural pátrio, o apoio a atividades transnacionais, que não impliquem submissão ou dependência. Enfim, todas as iniciativas devem ser no sentido de fortalecer os vínculos iden-

36 Henri Favre, *L'Amérique Latine*, Paris, Flammarion, 1998, p.107.

37 *Diversidade Cultural Brasileira*, ob.cit. p.285.

titários capazes de garantir coesão simbólica e política à desigual e conflituosa realidade brasileira.

Relativamente ao sistema jurídico brasileiro, impõe-se uma conscientização da importância do ensino como elemento de tradição, de entrega, dos valores e do culto da memória daqueles que concorreram para a edificação desse sistema. Estarrecem os sinais de desconhecimento pelos estudantes de direito dos construtores dessa identidade.

### **3. A função do direito comparado**

No contexto acima evocado, permitimo-nos salientar que o Direito Comparado, através do cotejo de semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos, considerados também em sua dinâmica, revela-se de fundamental utilidade. Com efeito, ele não constitui apenas um instrumento de aproximação de sistemas jurídicos, mas também afigura-se essencial no reconhecimento das especificidades que conferem identidade aos ditos sistemas. É, por conseguinte, instrumento de harmonização das ordens jurídicas, e, simultaneamente, meio de conhecimento das particularidades dessas ordens normativas. Percebe-se que nos dias atuais, por força do processo de globalização, há uma tendência a enfatizar o primeiro aspecto, i.e., nas semelhanças propiciadoras de confluências entre os sistemas. Todavia, em nosso entender, para a otimização dos estudos comparativos, há que se conferir igual atenção às peculiaridades dos sistemas jurídicos, as quais devem ser respeitadas, salvaguardadas e compreendidas, na medida em que não contrariem princípios gerais que tenham norteado esses movimentos de aproximação, em planos regional, internacional e/ou supranacional.

Como vimos no início do presente texto, a identidade é um processo dinâmico. No caso da construção da identidade jurídica, esse processo pressupõe a correção de vícios que inviabilizam a eficácia do próprio direito, tais como o conhecido jeitinho, que prejudica a efetividade das normas, e o excesso de leis. Ele im-

plica, por igual, a valorização de meios que agilizem a prestação jurisdicional, fazendo-a presente em áreas nas quais se expande um direito extra-oficial. Tal processo deve, portanto, buscar o fortalecimento da consciência da necessidade de remoção dos obstáculos que entravam a aplicação ampla do direito e a inclusão de grupos não beneficiados pela atividade jurisdicional.

O potencial do direito comparado seria melhor aproveitado se, por ocasião da elaboração de propostas legislativas que impliquem aportes de outros sistemas jurídicos, fossem chamados a colaborar associações e organismos que se dedicam aos estudos juscomparativos, para um exame prévio e especializado da fonte de recepção, das condições do organismo receptor e da natureza dos transplantes desejados.

### À guisa de conclusão

A capacidade do direito brasileiro, reconhecida também por juristas estrangeiros, de amalgamar e de adaptar institutos de procedência alienígena, por via de importação voluntária, ou resultante de sua composição sociocultural diferenciada, constitui um dos traços de sua identidade, que constitui um valioso instrumento de manutenção da paz e da obtenção da justiça social, como sempre acentuou o saudoso professor Haroldo Valladão, ao referir-se à função do direito comparado.<sup>38</sup>

E, a paz, sem dúvida, passa pelo reconhecimento da diversidade cultural, objeto de Convenção da Unesco. Como bem notou o Embaixador Antonio Dayrell de Lima, no referido Simpósio da Fundação Casa de Rui Barbosa, “o Brasil (...) por sua formação histórica é um país aberto, acolhedor e pluralista. Somos uma síntese intercultural e não somente um mosaico de culturas. Sabemos, também, que o livre fluxo das idéias é o nosso passaporte para a independência e a democracia. Reconhecemo-lo como garantia ao respeito dos Direitos Humanos que foram restabeleci-

---

38 Haroldo Valladão, *Mensaje Del Derecho Comparado*, in: **Boletín Del Instituto de Derecho Comparado de México**, Año XVI, Enero-Abril, 1963, n.46, p.4.

dos no Brasil. Portanto, podemos sem complexos criticar a desordem ou a falsa ordem que o 'mercado das estrelas' pretende manter ou impor; temos também que defender a indústria nacional, valorizar e proteger a nossa cultura popular, paliando as suas vulnerabilidades, e breçar as tentativas políticas de se manipular a questão..."<sup>39</sup>

---

39 **Diversidade Cultural Brasileira**, ob.cit. p.276.