

# O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro\*

Ana Lucia de Lyra Tavares\*\*

**Sumário:** 1. Observações preliminares. 2. Aplicação do direito comparado na edificação do direito brasileiro. 2.1 Causas. 2.2 Aplicação por ramo do direito. 2.2.1 Direito Constitucional. 2.2.1.1 Constituição de 1824. 2.2.1.2 Constituição de 1891. 2.2.1.3 Constituição de 1934. 2.2.1.4 Constituição de 1937. 2.2.1.5 Constituição de 1946. 2.2.1.6 Constituição de 1967 e Emenda nº 1, de 1969. 2.2.1.7 Constituição de 1988. 2.2.2 Direito administrativo. 2.2.3 Direito penal. 2.2.4 Direito processual penal. 2.2.5 Direito processual civil. 2.2.6 Direito tributário. 2.2.7 Direito do trabalho. 2.2.8 Direito civil. 2.2.9 Direito comercial. 2.3 Comparatistas brasileiros. 2.4 Reações à utilização do direito comparado. 3. Aplicação do direito comparado como disciplina auxiliar da história do direito brasileiro. 3.1 Emprego efetivo da comparação jurídica pelos historiadores do direito. 3.2 Justificativas. 3.3 Considerações finais.

## 1. Observações preliminares

Cabe, desde logo, um comentário sobre a diversidade de amplitude, nas versões inglesa e francesa, do enunciado do tema da Seção I.C. Com efeito, se fôssemos nos prender ao título *Comparative Law in ancient times*, privilegiaríamos, nesta seção, o exame das mais remotas manifestações do emprego do direito comparado no sistema jurídico em pauta, sem que fossem por ele atingidos os desenvolvimentos posteriores e, menos ainda, o estado atual da matéria.

A versão francesa — *Le droit comparé dans l'histoire* — não estabelece, por sua vez, limites temporais ao estudo, que pode, portanto, visar o papel desempenhado pelo direito comparado ao longo dos tempos, até os nossos dias. Foi esta, de resto, a orientação adotada pelo Prof. Blagojević, relator-geral do tema e cujas diretrizes procuramos, fielmente, seguir. Aproveitamos a oportunidade para render homenagem a esse ilustre comparativista iugoslavo, que faleceu antes mesmo da realização do Congresso de Direito Comparado na

---

\* Texto revisto de comunicação encaminhada, em 1986, ao XII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Sydney (Austrália).

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

Austrália, para o qual contribuiu de forma heróica, encaminhando a todos os relatores nacionais, apesar de sua doença, plano pormenorizado para o tratamento do assunto.

Uma segunda observação diz respeito à expressão *direito comparado*, que, no caso brasileiro, deve ser empregada no sentido bem mais restrito de *direito estrangeiro*. Por isso, historiar a influência do direito comparado na construção do sistema jurídico pátrio consiste, antes, no levantamento dos empréstimos legislativos tomados a diferentes ordens jurídicas alienígenas, do que na identificação de exemplos de utilização, no Brasil, de dados e métodos do direito comparado como ciência.

Como observamos em outra ocasião, esta situação decorre, não apenas da inexistência de um sistema de projeção nacional, que coordene os estudos comparativos – desenvolvidos, em geral, por instituições privadas ou por especialistas a título individual – e que imprima a esses estudos uma finalidade prática, assegurando a sua utilização, mas também da ausência de solicitações oficiais sistemáticas, o que deixa aos comparatistas um campo livre de escolha, resultando no exame insuficiente de certos aspectos do direito comparado, como é o caso das recepções de direito.

Nessas condições, propomo-nos a examinar, de acordo com o roteiro traçado pelo Prof. Blagojević, a amplitude do emprego do direito comparado (em sua acepção restrita), nos diferentes ramos do direito brasileiro, com a indicação dos juristas e das obras mais representativas. No item 2, procuraremos assinalar, segundo a orientação do relator-geral, casos de recurso ao direito comparado no estudo da história do direito. No item 3, a expressão *direito comparado* retoma seu pleno significado, pois se trata de observar a colaboração de duas disciplinas científicas distintas, a história do direito e o direito comparado.

## **2. Aplicação do direito comparado na edificação do direito brasileiro**

O direito brasileiro, na condição de ordem jurídica secundária, isto é, construído sob a influência de sistemas exportadores de direito, seja por via da colonização portuguesa (de 1500 a 1822), seja através de recepções voluntárias de direito (a partir da Independência), sempre recorreu ao direito comparado, no sentido restrito da expressão, acima evocado.

Isto posto, convém lembrar que os juristas brasileiros, tradicionalmente, estudaram o direito estrangeiro<sup>1</sup>, nos diversos períodos da história de nosso sistema,

---

1 Quando da criação das primeiras faculdades de direito no Brasil, em 1827, no Recife e em São Paulo, os Estatutos do Visconde da Cachoeira que as regiam, provisoriamente, dispunham que o ensino do direito deveria ser dado com “o estudo da jurisprudência das nações polidas”.

conforme demonstrou exaustivamente o saudoso Professor Haroldo Valladão, um dos mais eminentes comparatistas brasileiros<sup>2</sup>, motivo por que nos absteremos de voltar a este ponto. Concentraremos nossa atenção, pois, na indicação dos exemplos mais expressivos da influência dos sistemas jurídicos estrangeiros sobre o brasileiro, examinando-a em cada campo do direito, com ênfase nas normas dos principais juristas que se destacaram nesses processos de recepção.

## 2.1 Causas

Neste ponto, sem dúvida, seria grande a tentação de enveredar-se para reflexões mais gerais, sobretudo para as decorrentes do exame das razões que levam os grupos sociais à imitação, particularmente no campo do direito. Todavia, a análise do mimetismo jurídico<sup>3</sup> ou a da atração exercida pelo elemento estrangeiro sobre os autóctones<sup>4</sup>, escaparia às finalidades deste relatório. Limitar-nos-emos portanto, a recordar que fatores, habitualmente identificados nos países em desenvolvimento como estimulantes à penetração do direito estrangeiro — entre eles a ação das elites, a ideia de que o progresso jurídico acelera o econômico, o estado incipiente do sistema de direito nacional<sup>5</sup>, atuaram, igualmente, em nosso direito.

Por outro lado, não se pode ignorar nem a interação natural desses fatores, nem as transformações que as circunstâncias específicas a cada época fazem incidir sobre motivos de mesma natureza.

Dentre as *causas de ordem política*, explicativas do recurso ao direito comparado, deve ser lembrada, de imediato, a situação colonial do Brasil que levou, durante um largo período, à introdução de instituições jurídicas portuguesas, com o conseqüente transplante das bases do sistema romano-germânico, de que fazia parte o direito português. No direito privado, notadamente, o papel dessas instituições foi fundamental, bastando recordar que, mesmo após a Independência, as Ordenações portuguesas continuaram em vigor, sendo que em matéria civil somente foram revogadas em 1916, com a promulgação do Código Civil brasileiro.

---

2 VALLADÃO, Haroldo. *L'étude et l'enseignement du droit comparé au Brésil – XIX ème et XX ème siècles*. In: **Livre du centenaire de la Société de Legislation Comparée**. Agence-Imprimerie Moderne, 1971, t. II, p. 311-21.

3 TARDE, Gabriel, *Les lois de l'imitation*, 1890.

4 Esta atração foi admiravelmente evocada por Jean Carbonnier em *Essais sur les lois*. Répertoire du Notariat Defrénois, 1979. p. 191 segs.

5 Estes fatores foram examinados, sob a ótica da sociologia jurídica, por Athanase Papachristos, no primeiro estudo geral que, em nosso conhecimento, tenha sido feito sobre recepções de direito: Papachristos, Athanase. *La réception des droit étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris LGDJ, 1975.

Foi, entretanto, no direito público que a motivação predominantemente política deu origem a inúmeros fenômenos de recepções de princípios e institutos estrangeiros.

Não se desconhece a influência das ideias liberais inglesas e francesas durante a gênese do Estado brasileiro, divulgadas por aqueles que haviam cursado as universidades européias, e também pelos leitores habituais de obras estrangeiras<sup>6</sup>.

Observe-se, porém, que às causas de afinidade doutrinária e de oportunidade histórica, as quais haviam favorecido a difusão dessas ideias, particularmente no período anterior à Independência, juntavam-se as decorrentes da política externa e que haviam ditado a reaproximação do novo Estado brasileiro da Inglaterra e da França pós-napoleônica<sup>7</sup>.

Esta influência européia, que se manteve durante o Império brasileiro, se debilitaria na medida em que crescia a insatisfação com o regime monárquico e com a excessiva centralização dos poderes. Foram, pois, ainda razões de natureza política as que levaram os brasileiros a considerar o modelo republicano e federativo norte-americano como suscetível de ser adotado. Retornaremos ao tema na seção relativa à formação dos direitos constitucional e administrativo pátrios.

No quadro das *causas de ordem sócio-cultural*, deve-se ter presente, de um modo geral, que nossas elites intelectuais e políticas mantiveram-se, por longo tempo, voltadas para o que se passava na Europa e nos EUA, estimulando importações jurídicas que, frequentemente, não atendiam às necessidades locais, o que resultava na distorção dos modelos transplantados e na obtenção de efeitos diversos daqueles alcançados nos países-fonte<sup>8</sup>.

Esta tendência das elites ainda subsiste, mas em grau menor. Pode-se, atualmente, observar a preocupação de propor-se o transplante mais realista

6 Em 1817, o historiador francês — Louis François Tollenare, in: *Notes Dominicales prises pendant un voyage au Portugal et au Brésil*. Fondation Calouste Gulbenkian/PUF, 1972 — ficou surpreso com a influência de livros franceses e dos textos constitucionais de 1791, 1793 e 1795 sobre os revolucionários de Pernambuco de 1817. Ver, igualmente, Carlos Guilherme Mota, *Presença francesa em Recife, em 1817*. In: **Etudes luso-brésiliennes**. Université de Provence, 1973.

7 Relembre-se que, com a invasão de Portugal pelas tropas napoleônicas, a Corte portuguesa, já transferida para o Brasil, estreitara os vínculos comerciais e políticos com a Inglaterra. Com a França, as relações que haviam sido sempre bastante próximas até Napoleão, somente foram retomadas por volta de 1816, fortalecendo-se desde então.

8 Ver LAMBERT, Jacques. *Amérique Latine — structures sociales et institutions politiques*, Paris, PUF, 1968; *Os Dois Brasis*, São Paulo, Ed. Nacional, 1976. Ver, também, os trabalhos clássicos de Francisco José de Oliveira Vianna: *Instituições políticas brasileiras*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1955; *O idealismo na Constituição*, Tipografia Terra do Sol, 1972.

de institutos ou regras de direito estrangeiro, selecionando-se os mais adaptáveis ao meio brasileiro.

Não obstante a dificuldade de dissociarem-se certas ordens de motivos, é possível, às vezes, notar-se a superioridade de *causas econômicas* em recepções resultantes das exigências trazidas pelo progresso tecnológico como ocorreu com o contrato de *leasing* — pelos intercâmbios comerciais e acordos internacionais, ou, mais recentemente, em virtude da atuação de empresas multinacionais.

*Em relação às causas de natureza exclusivamente jurídica*, motivadoras de numerosos empréstimos legais, a identificação não é fácil. Nos ramos mais técnicos, pode-se, todavia, proceder com relativo sucesso a esta operação. Os fatores determinantes da efetivação desses empréstimos são, notadamente, a engenhosidade das soluções e a afinidade com o sistema exportador.

## 2.2 Aplicação por ramo do direito

Ressalte-se, desde logo, que nenhum ramo do direito brasileiro, na qualidade, já apontada, de ordem jurídica secundária, escapou à influência do direito estrangeiro, embora ela se tenha exercido em graus diferentes em cada um deles.

### 2.2.1 Direito Constitucional

#### 2.2.1.1 Constituição de 1824

A primeira Constituinte brasileira, instalada em maio de 1823, foi dissolvida pelo próprio Imperador Pedro I, em novembro do mesmo ano. Tanto o projeto de Constituição da Assembléia extinta, quanto o que foi apresentado por um Conselho de Estado de 10 membros, nomeados pelo imperador, haviam sofrido a influência do texto constitucional francês de 1814, da Constituição de Cadiz de 1812, da Constituição portuguesa de 1822 e de textos e práticas constitucionais inglesas<sup>9</sup>.

No texto definitivo da Constituição outorgada por Pedro I, em 1824, certos princípios próprios das monarquias constitucionais européias, que haviam sido adotados pela Constituinte dissolvida, mesclavam-se com outros tendentes a fortalecer o poder do imperador. Não se tratava, pois, de uma monarquia tipicamente parlamentar, à inglesa ou à francesa.

Assim, além dos três Poderes tradicionais, fora previsto um Poder Moderador, “a chave de toda a organização política”, a ser exercido pelo próprio

---

9 Ver, entre outros: Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, *Comentários à Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1948. p. 32-4; Octacílio Alecrim, *Ideias e instituições do Império — influências francesas*, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Políticos, 1953.

imperador, o qual já estava à testa do Poder Executivo. Ora, esta fusão dos dois Poderes na mesma pessoa contrariava o objetivo da instituição de um Poder “neutro”, tal como concebido por Clermont-Tonnerre e desenvolvido pelo publicista suíço, naturalizado francês, Benjamin Constant. Ao invés de um mecanismo de equilíbrio de poderes – finalidade formalmente expressa no art. 98 da Constituição – o novo Poder constituía-se em teoria e, mais ainda, na prática, em instrumento de controle dos demais Poderes. Como titular do Poder Moderador, poderia o imperador: nomear senadores; convocar, extraordinariamente, a Assembléia Geral; aprovar e suspender provisoriamente as resoluções dos Conselhos Provinciais; dissolver a Câmara dos Deputados; suspender os magistrados, contra os quais se davam queixas, etc. (cf. art. 101, da Constituição de 1824).

Deve-se observar, porém, que, não obstante a importância da distorção apontada, este exemplo ilustra bem o papel fundamental exercido pela doutrina jurídica estrangeira, desde os primeiros tempos, em nosso direito<sup>10</sup>.

Ao lado deste quarto Poder – nascido de uma influência doutrinária direta – o texto constitucional do Império incorporava uma instituição de origem igualmente européia: o Conselho de Estado. A interação das duas instituições imprimiu à prática parlamentar brasileira, ao longo do Segundo Império (1840-1889) traços singulares. Na análise lúcida de um historiador do direito brasileiro, José Gomes Bezerra Câmara, estas recepções ecléticas de fórmulas européias foram seguidas de um processo admirável de adaptação às circunstâncias históricas do País. Graças ao senso de adequação e de equilíbrio do Imperador Pedro II, assim como o do da maioria de seus conselheiros, a prática parlamentarista à brasileira propiciou um longo período de estabilidade política, que a República não conheceria<sup>11</sup>.

Em relação ao Conselho de Estado, pode-se distinguir quatro fases legais e políticas: a) a de 1808, quando ele foi introduzido no Brasil, no bojo das demais instituições lusas para aqui transplantadas, com a transmigração da família real portuguesa; b) a que se estende de 1822 a outubro de 1823,

---

10 Entre os defensores do Poder Moderador destacava-se Braz Fiorentino Henriques de Souza (*Do Poder Moderador*, 1864 e 1978, Brasília) e entre os seus mais severos críticos, Zacarias de Góes e Vasconcelos (*Da natureza e limites do Poder Moderador*, 1860). A previsão desse Poder no texto constitucional resultou de proposta de um adepto de Benjamin Constant, Antonio Carlos de Andrada e Silva, cujo projeto de Constituição, a chamada *Constituição da Mandioca*, assim denominada porque previa o voto censitário, segundo as rendas dos produtores, foi encontrado entre documentos de uma loja maçônica.

11 Ver: CÂMARA, José Gomes Bezerra. *Direito público e direito privado no Segundo Reinado*. In: **Anais Do Congresso de História do Segundo Reinado**. Rio de Janeiro. Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, 1984. p. 202.

durante a qual ele atuou, ostensivamente, em favor da Independência, até o seu desaparecimento, com a dissolução da Assembléia Constituinte; c) a de sua restauração, em novembro de 1823, ao receber do Imperador Pedro I a incumbência não só de examinar os assuntos públicos mais importantes mas, sobretudo, de elaborar o texto que se tornaria a Constituição de 1824, o qual previa, como era de se esperar, a manutenção do Conselho. Dez anos mais tarde, todavia, ele foi, novamente, suprimido; d) a de 1841, em que reaparece com o Segundo Império, subsistindo até 1889, ocasião em que, com a República, é, novamente, extinto.

De inspiração claramente européia<sup>12</sup>, o Conselho de Estado sempre atraiu os estudiosos da história do direito brasileiro, os quais, habitualmente, destacaram suas fontes portuguesa, francesa, inglesa, e espanhola, mas sobretudo as duas primeiras<sup>13</sup>. Entretanto, suas funções, de natureza mais política do que técnica, o afastaram de certos modelos europeus.

Seu papel de órgão consultivo em todas as ocasiões do exercício do Poder Moderador (art. 142) esclarece sobre a simultaneidade do desaparecimento destas duas instituições imperiais. Segundo o Professor Jean Rivero, a supressão deste Conselho, com o advento da República, era uma prova da incapacidade do sistema de subtraí-lo ao jogo das forças políticas<sup>14</sup>.

### 2.2.1.2 Constituição de 1891

Durante todo o período imperial eclodiram movimentos provinciais e regionais, que reivindicavam maior autonomia em relação ao governo central. Alguns visavam a República e a Federação; outros, simplesmente, uma desconcentração do poder, sem que o estabelecimento de um sistema federal ou antimonárquico fosse seu objetivo primeiro.

Manifestações centrífugas ocorreram durante o Primeiro Império, como foi o caso da Confederação do Equador. Este movimento, desencadeado em 1823, inicialmente como reação não apenas à dissolução da Constituinte,

---

12 Ver, sobretudo, os estudos de: SOUZA, Paulino José Soares de (Visconde do Uruguai). *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1862; LYRA, Augusto Tavares de. *Instituições políticas do Império*. 1ª. ed., 1934; 2ª. ed. Brasília, Senado Federal, 1973.

13 O sempre lembrado mestre Themístocles Brandão Cavalcanti (*O Conselho de Estado*. In: **Revista de Ciência Política**, Fundação Getúlio Vargas, (4): 53, 1976) observava: *Entre os dois modelos — o francês e o português — dificilmente seria possível descobrir qual a fonte preponderante na organização e no funcionamento do nosso Conselho de Estado*. Ele notava, ainda, que em matéria processual e de obrigações, a orientação francesa era a mais seguida, ao passo que em questões de propriedade territorial e de finanças prevalecia o direito português.

14 Rivero, Jean. *Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif*. In: **Pages de doctrine**. LGDJ, 1980. v. 2.

como também aos nomes impostos pelo imperador para governar certas províncias do Nordeste, evoluiu para a defesa de uma república independente, constituída pelas referidas províncias.

Relembre-se, porém, que a maioria destes movimentos ocorreu durante o período das regências, que marcou a transição entre os dois governos imperiais, em decorrência, de um lado, da abdicação de Pedro I, em 1831, e, de outro, da menoridade de seu filho, Pedro II, cujo governo se iniciou em 1840.

O descontentamento das províncias com os governadores que lhes eram impostos pelos regentes foi a principal causa dessas insurreições. Aliás, desde 1834, por um Ato Adicional à Constituição de 1824, as províncias gozavam de maior autonomia, particularmente com a criação das Assembléias Legislativas, que substituíram os Conselhos Gerais, órgãos não-deliberativos.

Quando das eleições para a primeira Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, os partidários de um sistema federal alcançaram ampla representação. Em 1835, os gaúchos, revoltados contra os governadores nomeados pelos regentes, iniciaram uma luta que, gradualmente, ganhou grandes proporções. A Revolução Farroupilha, como foi chamada, em alusão às tropas em farrapos, com o tempo, passou a pugnar pelo federalismo – no sentido de fortalecer as autonomias locais – e pela república, a tal ponto que, em 1836, foi proclamada a República Riograndense. Este movimento, o mais longo de todos, cessou apenas uma década depois, com a vitória das tropas de Pedro II, em 1845.

Percebe-se, pois, que os ideais federalistas coabitavam com o regime imperial. De resto, em 1835, no começo da Guerra dos Farrapos, os famosos artigos de Madison, Hamilton e Jay, em defesa da Constituição americana, reunidos na obra *O federalista*, eram traduzidos no Rio Grande do Sul e, em 1840, no Rio de Janeiro<sup>15</sup>.

Os traços fundamentais do sistema político americano foram, cuidadosamente, estudados por Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, conhecido, sobretudo, por seus comentários à Constituição de 1824,<sup>16</sup> e por Paulino Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, em seus trabalhos de direito adminis-

---

15 A tradução feita no Rio Grande do Sul foi publicada no *Farol Paulistano*, informação que nos vem de: DIETZE, Gottfried. *The Federalist: a classic on federalism and free government*, Baltimore, John Hopkins Press, 1965. p. 8; e do Rio de Janeiro ficou a cargo da Edition Villeneuve, como registra: RODRIGUES, Leda Boechat. *A Suprema Corte dos Estados Unidos e a sua contribuição ao direito constitucional brasileiro*. In: *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre, 1977 (Coleção Ajuris 4, p. 189).

16 PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e a análise da Constituição do Império*, 1ª ed. 1878; 2 ed. Brasília, Senado Federal. 1978.

trativo.<sup>17</sup> Na obra deste último, observa-se que numerosas informações sobre o modelo político-jurídico americano chegavam ao Brasil através de autores franceses, destacando-se dentre eles Tocqueville, autor de *uma das melhores e mais profundas obras que conheço*, notava o Visconde<sup>18</sup>.

Embora muitos defensores do federalismo não fossem necessariamente antimonarquistas – e um dos mais famosos, Rui Barbosa, considerado o pai da primeira Constituição republicana, abertamente o confessava – as manifestações favoráveis à República se intensificavam. Em 1870, veio à luz um Manifesto Republicano, no jornal *A República*, com as assinaturas dos membros do Partido Republicano que acabava de ser criado.

Os diversos fatores que contribuíram para o advento da República começavam a agregar-se: o fortalecimento do poder militar, após as guerras contra a Argentina, o Uruguai e o Paraguai; a abolição da escravatura, em 1888, cujos principais líderes eram republicanos; a atuação destes junto aos militares, particularmente aos que difundiam o positivismo de Augusto Comte, por volta de 1876. A insatisfação com os últimos Gabinetes ministeriais e uma série de incidentes com os militares, concorreram para que processo anti-regime fosse desencadeado, alcançando o seu objetivo com a Proclamação da República, em 1889.

O Decreto nº 1 da recém-nascida República não deixava dúvida quanto ao modelo que seria seguido: *As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação constituem os Estados-Unidos do Brasil (art.º 2)*. Por este Decreto, Rui Barbosa começava sua obra de principal responsável pela introdução de institutos políticos e jurídicos americanos no direito constitucional brasileiro.

Após a fusão de três projetos de Constituição apresentados por uma Comissão governamental de cinco membros, Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, tomou a frente dos trabalhos de redação do texto, nele introduzindo numerosas emendas. Submetido à Assembléia Constituinte de 1891, o projeto do Governo não sofreu alterações substanciais, o que tornou Rui Barbosa o principal autor do texto.

Entre os princípios e institutos de maior relevo recebidos do direito norteamericano, mencionem-se: a forma federal de Estado e a republicana de governo; o sistema presidencial; o papel importante atribuído ao Poder Judiciário e a criação de um Supremo Tribunal Federal, com a função, entre outras, de controlar a constitucionalidade das leis.

---

17 SOUZA, Paulino Soares de (Visconde do Uruguai). *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Typographia National, 1862, 2 v.

18 Id. *ibid.* p. 239, vol. 2.

Além disso, todo o esquema que pressupõe o funcionamento do sistema federal em três níveis – União, estados e municípios – tinham sido previsto.

A fidelidade às fontes americanas era tamanha que o Decreto nº 848/1890, sobre a organização da Justiça federal, prescrevia em seu art. 387: *Os estatutos dos povos civilizados, notadamente aqueles que regulam as relações jurídicas da República dos Estados-Unidos da América do Norte, os casos de “common law” e de “equity” serão subsidiários da jurisprudência e do processo federal.*

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 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.

### **2.2.1.3 Constituição de 1934**

Após a reforma constitucional de 1926, que visava, sobretudo, restringir a autonomia dos estados federados e fortalecer o Poder Executivo federal, um novo texto constitucional somente viria à luz em 1934.

Esta segunda Constituição republicana resultava de um processo revolucionário desencadeado em 1930, mas cujas causas remontavam à década anterior.

As dificuldades internacionais que se seguiram à Grande Guerra repercutiram no Brasil. A venda, a baixo preço, do café e da borracha, a queda das importações dos produtos industrializados e a necessidade crescente de o País ganhar autonomia no campo industrial acarretaram uma intervenção acentuada do Estado na economia, despertando reações contrárias nas oligarquias locais e junto aos grupos de interesse.

No plano social, as reivindicações dos trabalhadores, que começavam a se organizar em sindicatos, as manifestações anarquistas e comunistas – o Partido Comunista fora fundado em 1922 – concorreram para que o clima de insatisfação crescesse. A essas aspirações, contudo, não correspondia o sistema político, impregnado dos vícios eleitorais, que falseavam a representação do Parlamento e incidiam no campo das eleições presidenciais, causa imediata dessa Revolução, da qual saiu vitorioso o candidato Getúlio Vargas. Este, à frente de um Governo Provisório, nomeou uma Comissão para redigir um anteprojeto de Constituição, submetido, em 1933, à Assembléia Constituinte, que nele introduziu numerosas modificações.

Deve-se salientar que toda uma legislação renovadora precedeu o novo texto, sobretudo em matéria eleitoral e trabalhista. Os membros da Comissão, assim como os da Constituinte, haviam-se mirado nos modelos europeus. O bem-estar econômico e social, a exemplo do que ocorrera com as Constituições de Weimar, de 1919, e do México, de 1917, era uma preocupação nova. Ao lado de normas relativas à estrutura e ao funcionamento do Estado, bem como aos direitos individuais, pela primeira vez dedicavam-se dois Títulos completos ao tratamento específico das ordens social e econômica e de questões atinentes à família, à educação e à cultura.

A Constituição de 1934 continha, ainda, outras inovações, como o reconhecimento de uma representação profissional, que atuaria ao lado da representação política, no Parlamento<sup>19</sup>. Sob este aspecto, não apenas Constituições e leis de países de tendência corporativista exerceram uma certa influência (como a lei eleitoral italiana de 1928, o projeto espanhol de Constituição de 1927, a Constituição portuguesa de 1933), mas também os diplomas fundamentais de Estados que adotavam este tipo de representação em caráter consultivo, como os de: Weimar, da Polônia (1925), da Checoslováquia (1922), da Iugoslávia (1929), do Japão (1924), e da Áustria, em sua revisão de 1929.

Esses documentos constitucionais eram cuidadosamente analisados pelos juristas brasileiros, cuja bíblia era o livro de Mirkine-Guetzévitch: *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, traduzido para o português em 1933.

Alguns críticos da Constituição de 1934 consideraram que esta preocupação de acompanhar a moda jurídica afastou os seus elaboradores das reais exigências da sociedade brasileira. A Constituição, como se sabe, teve duração efêmera, sendo substituída, em 1937, com o advento do Estado Novo.

#### 2.2.1.4 Constituição de 1937

Durante o período ditatorial de Getúlio Vargas, o País teve uma segunda Constituição outorgada. Redigida pelo jurista Francisco Campos, tinha, como fonte mais imediata de inspiração a Constituição polonesa de 1935, razão pela qual a nova Carta foi chamada de “A polaca”.

Nela, porém, faziam-se sentir outras influências, como no caso da italiana, traduzida, também, na adoção do decreto-lei, instrumento fundamental para

---

19 V. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. À margem do Anteprojeto Constitucional. Rio de Janeiro, Pongetti, 1933. De nossa parte, focalizamos este tema em A Constituinte de 1934 e a representação profissional. **Rio de Janeiro, Forense, 1988.**

o fortalecimento dos poderes do presidente da República. A criação de um Conselho Nacional de Economia, no qual se encontravam representantes de grupos sócio-profissionais de relevo, indicava, por sua vez, a permanência de uma orientação corporativista, em que predominava a contribuição portuguesa.

Não se ignora que grande parte dos dispositivos dessa Carta não foi aplicada, considerando-se o estado de excepcionalidade do regime, que se prolongou até 1945, com a deposição de Vargas pelas Forças Armadas.

### **2.2.1.5 Constituição de 1946**

Com base no texto constitucional de 1934, os constituintes de 1946 procuraram retomar os seus princípios fundamentais, bem como os da Constituição de 1891, eliminando, contudo, os dispositivos que se haviam revelado de eficácia duvidosa, à luz da experiência republicana. Eis porque, sob o ponto de vista da recepção do direito estrangeiro, a Constituição de 1946, apesar de sua longevidade, e das qualidades de equilíbrio e de realismo político, não foi pródiga em inovações e empréstimos jurídicos, o que não impediu, porém, o seu enriquecimento, através de leis complementares, com o reconhecimento de instituições, como o Ministério Público, ou de certos direitos sociais e econômicos.

### **2.2.1.6 Constituição de 1967 e Emenda nº 1, de 1969**

No período final de sua vigência, a Constituição de 1946 recebera modificações de porte, em vista das sucessivas crises institucionais. Em 1961, um Ato Adicional formalizara o retorno ao modelo parlamentarista, com a previsão dos elementos clássicos dessa forma de governo.

Adotado em consequência de frágil compromisso político, cujo objetivo imediato era a redução dos poderes do futuro presidente da República, João Goulart, por seus altos índices de rejeição junto a certos grupos, notadamente junto às Forças Armadas, o sistema parlamentar teve vida efêmera. Ao final de três anos, após uma consulta plebiscitária, restabelecia-se o regime presidencial.

O texto constitucional de 1946, profundamente alterado, foi substituído, em 1967, por uma Carta outorgada pelo Governo Militar, que assumira o poder desde 1964. Durante esse período autoritário, que se prolongou por 20 anos, inúmeros Atos institucionais e complementares coexistiram com essa Carta, em vista, sobretudo, de reforçar o poder do Executivo federal e de restringir o exercício dos direitos fundamentais.

No plano das importações jurídicas, a ênfase foi dada às fórmulas adjetivas, suscetíveis de salvaguardar a hegemonia do Poder Executivo central, sem a completa anulação dos dois outros Poderes. Assim, os decretos-leis, de inspiração italiana,<sup>20</sup> outrora utilizados por Vargas, fizeram sua reaparição. Ao presidente da República era permitido, pois, em caso de urgência ou de interesse público relevante, expedir decretos com força de lei, sobre certas matérias constitucionalmente indicadas (art. 55), e com submissão, *a posteriori*, ao Congresso Nacional.

Previa-se, igualmente, a figura das leis delegadas, resultantes da transferência, pelo Poder Legislativo em proveito do Executivo, de sua função de legislar, em certos casos e sobre determinadas matérias, fórmula habitual nos sistemas de colaboração de poderes, mas pouco frequente nos regimes presidenciais. Mencione-se, ainda, a edição dos Atos Institucionais, referidos anteriormente, e dos Complementares, no exercício do poder revolucionário que se autolegitimara, e que constituíam categorias superiores ao próprio texto constitucional.

Em 1969, uma Emenda global foi introduzida na Constituição de 1967, a tal ponto abrangente que muitos a consideraram uma nova Constituição. Em 1978, os últimos Atos Institucionais foram revogados. A partir de então, iniciou-se um processo gradual de redemocratização do País, que culminou, em 1988, com a promulgação de uma nova Constituição.

### 2.2.1.7 Constituição de 1988

As propostas e textos que precederam a Constituição brasileira vigente, em particular o anteprojeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, a chamada Comissão Afonso Arinos, anteciparam os principais modelos jurídicos que iriam nortear o constituinte de 1987-88 — os textos constitucionais: português (1976, revisto em 1982), espanhol (1978) e, em algumas matérias, o francês, o italiano, o alemão. Na fase pré-constituente, avultavam, igualmente, as Constituições peruana (1979) e grega (1975)<sup>21</sup>.

Na verdade, a nova Constituição é campo fértil para a ilustração e o exame do processo de importações jurídicas, como tivemos oportunidade de exami-

20 Manoel Gonçalves Ferreira Filho encontra precedentes franceses nos *règlements de nécessité* (decretos com força de lei), acentuando, que é *no direito italiano, todavia, que se encontram os antecedentes mais próximos e a inspiração mais forte do decreto-lei previsto na Constituição de 1967*". (*Do Processo Legislativo*, Saraiva, 1984. p. 247.)

21 Ver, sobretudo: MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Processos contemporâneos de elaboração das Constituições*, *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 27 (1): 1-32, 1984.

nar, mais detidamente, por ocasião de seminário realizado na PUC-Rio, sobre o novo Texto<sup>22</sup>.

Dentro da linha deste trabalho, que se limita a fornecer um panorama geral sobre a influência do direito estrangeiro nos diversos ramos do sistema jurídico pátrio, restringiremos nossas observações a alguns aspectos que estimamos mais relevantes.

Inicialmente, saliente-se a diversidade das fontes inspiradoras das inovações da Constituição de 1988. Àquelas provindas do mundo jurídico romano-germânico – destacando-se as ibéricas, em razão de uma notória afinidade do momento político, com a redemocratização dos respectivos regimes, dos tradicionais vínculos históricos e culturais, e em virtude da competente tradução, nos seus Diplomas Fundamentais, das mais modernas tendências do constitucionalismo contemporâneo – mesclam-se as de procedência anglo-americana, com a retomada da trilha 1934 e a renovação do acervo de garantias constitucionais.

Aliás, é precisamente nessa associação de elementos provindos de sistemas jurídicos distintos e na aclimação dela decorrente que comparatistas eminentes, como René David, encontram um dos traços mais originais do direito brasileiro<sup>23</sup>.

Assinale-se, em seguida, a habilidade do legislador constituinte em promover algumas adaptações no próprio processo de importação. Foi o caso do *habeas data*, vinculado, em sua origem, na doutrina espanhola, à preservação do direito à intimidade, contra o abuso da informática, e, que, na proposta do Professor José Afonso da Silva, ao configurar o remédio constitucional que viabiliza aquele direito, associado ao da informação, teve seu alcance ampliado, com a consagração constitucional simultânea do direito e da respectiva garantia<sup>24</sup>.

---

22 Cf. nosso trabalho *A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os Comparatistas*, in: **Revista de Informação Legislativa**, 28, nº109, jan./mar. 1991. Posteriormente, tivemos a ocasião de aprofundar alguns aspectos dessa temática: *O mandado de injunção como exemplo de recepção de direito*, in: **1988-1998: uma década de Constituição**/organizadora: Margarida Maria Lacombe Camargo, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, pp. 265-283; *Recepções de Direito na Constituição de 88: um balanço provisório*, in: **A Constitucionalização do Direito**, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coordenadores), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2007, pp.35-55; *Emendas Constitucionais e Recepções de Direito*, in: **20 anos da Constituição Cidadã de 1988:efetivação ou impasse institucional?** Organizador José Ribas Vieira, Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 417-433.

23 DAVID, René. *Le Droit Comparé, droits d'hier, droits de demain*. Economica, 1982, p.169.

24 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 2006, p.454.

Vale, igualmente, notar a permanente preocupação do constituinte em prover os meios para a efetiva aplicação da vasta gama de direitos fundamentais, já não meramente individuais, mas também coletivos, incidindo nos campos político, social e econômico, sempre em dia, pois, com o constitucionalismo contemporâneo, os quais, pelas conhecidas dificuldades para o seu exercício, num, contexto em desenvolvimento e de fortes desigualdades sociais e regionais, correm o risco de transformarem-se em simples enunciados de intenções. Esta preocupação levou-o a consignar remédios constitucionais múltiplos, alguns de fins similares, como no caso do mandado de injunção - de origem semântica no direito anglo-saxão - e da ação de inconstitucionalidade por omissão, de fontes iugoslava e portuguesa.

Ambos os institutos visam evitar que a inexistência de norma regulamentadora inviabilize o exercício de certos direitos fundamentais. Distinguem-se, todavia, uma vez que, pelo mandado de injunção, qualquer cidadão pode vir a obter do Judiciário decisão que, em seu, caso específico, efetive o direito constitucionalmente previsto, embora ainda dependente de norma regulamentadora (Art. 59, inciso LXXI), ao passo que, pela ação de inconstitucionalidade por omissão, reservada a determinadas entidades públicas e privadas, lograr-se-ia a atuação do Judiciário junto aos órgãos competentes para fins de emissão de norma regulamentadora do direito constitucionalmente consagrado (art. 103).

Recorde-se, por fim, o esforço de escolher-se, do modo mais adequado possível os diversos mecanismos e institutos importados, em função das várias necessidades institucionais do País. Introduziram-se, pois, mecanismos da democracia semidireta, que tiveram como fontes imediatas as Constituições espanhola e italiana (como o referendo, o plebiscito, a iniciativa legislativa popular); recursos para a atuação do Executivo em situações de emergência e de interesse público relevante (como as medidas provisórias, substitutas do decreto-lei, provindas do direito italiano); a realização de eleições presidenciais em dois turnos, i.e.,o *ballotage* do direito francês, o qual também inspirou a instituição do imposto sobre grandes fortunas, etc.

No campo dos direitos fundamentais, a influência das Constituições portuguesa e espanhola foi profunda e de forma mais direta, embora, na realidade, reproduzissem certas conquistas de outros ordenamentos nacionais e internacionais. Na Constituição de 1988, encontraram acolhida, entre outros, os seguintes novos direitos básicos: direito de certidão, direito do consumidor, direito à privacidade, à imagem, à integridade moral e física, direito de conhecimento de registros informáticos. Aprovaram-se, igualmente, a cláusula de aplicabilidade imediata desses direitos, com a consequente previsão das

garantias constitucionais correspondentes, e a de remissão a outros direitos, indicando que o rol constitucional não exclui os direitos fundamentais reconhecidos pelo País em instrumentos internacionais, cláusula que encontra seu modelo original na Constituição francesa de 1958.

Nos vinte e dois anos de vigência da Constituição, às dificuldades intrínsecas do texto constitucional em si (contradições, dispositivos irrealistas, detalhamento excessivo) se somaram aquelas oriundas da morosidade do processo legislativo, do qual a sua implementação muito depende, em vista do recurso frequente às normas regulamentadoras. Não obstante as inúmeras vicissitudes políticas pelas quais a Constituição de 88 tem atravessado, e que lhe acarretaram um elevado número de emendas, é fundamental reconhecer-se que ela constitui um instrumento redemocratizador e de justiça social que deve ser preservado.

Pelo elevado índice de empréstimos jurídicos e em virtude da influência decisiva que ele exerce sobre os demais ramos, o direito constitucional recebeu um desenvolvimento maior nesta comunicação, diversamente do que ocorrerá em relação aos outros campos do direito brasileiro.

### **2.2.2 Direito administrativo**

Considerando-se que a organização da Administração Pública decorre da estrutura constitucional do Estado, o registro das influências estrangeiras principais sofridas por nosso direito administrativo nos levará a retomar algumas informações relativas aos dois grandes períodos da história política brasileira. Em outras palavras, sob o Império, retornaremos a salientar o papel exercido pelos sistemas europeus; sob a República, voltaremos a mencionar o modelo americano.

Certos dados complementares permitirão, todavia, introduzir algumas nuances neste esquema, a fim de destacar-se a formação eclética desse ramo do direito nacional.

Durante o período imperial, certamente, predominavam as influências portuguesa e francesa. A primeira, traduzida, sobretudo, na manutenção de uma estrutura rigidamente hierarquizada: as Câmaras municipais dependiam dos presidentes das províncias (os futuros estados federados) que, por sua vez, eram submetidos aos governadores gerais e estes, ao imperador; a última refletida, particularmente, no Conselho de Estado, na forma em que vigorou no Segundo Império (1840-1889), e cujos pareceres e resoluções constituíram as principais fontes do direito administrativo imperial.

Esse conselho afastou-se do modelo francês por seu papel mais político do que administrativo. Dele se originou uma outra instituição de proveniência igualmente francesa: o contencioso administrativo, cuja adoção temporária aproximou o direito brasileiro do sistema europeu de jurisdição especial em matéria administrativa.

O contencioso administrativo, introduzido, gradualmente, pela via executiva – não legislativa, como na França – funcionou a contento apenas em matéria fiscal. Nos outros campos da administração imperial ele era considerado um verdadeiro “caos”, para retomarmos o termo empregado pelo Visconde do Uruguai, autor de minucioso estudo comparado sobre o tema<sup>25</sup>.

Com a República e a abolição do Conselho de Estado, o contencioso administrativo foi, também, suprimido. A orientação americana de uma jurisdição única prevaleceu até 1977, ocasião em que a Emenda Constitucional nº 7 previu a possibilidade de criação de contenciosos administrativos para julgamento de litígios trabalhistas entre a União, os órgãos da Administração indireta e seus servidores, e ainda para questões fiscais e previdenciárias. Nos dois casos, admitiam-se recursos para as jurisdições ordinárias, o que enfraquecia ainda mais aqueles semicontenciosos que, de resto, não foram implementados ante as fortes reações negativas que suscitara a sua previsão junto aos administrativistas<sup>26</sup>.

Decorre, igualmente, da influência anglo-americana a importância que o nosso direito administrativo atribui aos estatutos e aos regulamentos relativos aos funcionários públicos<sup>27</sup> e, mais recentemente, a criação de agências reguladoras<sup>28</sup>, que, todavia, também receberam aportes da influência européia, notadamente da instituição francesa das autoridades administrativas independentes.

Não se pode, contudo, ignorar certos aspectos que se prendem à tradição romanista, como no caso da noção de pessoas físicas e jurídicas<sup>29</sup>, ou no da influência italiana no domínio das entidades que compõem a Administração Pública indireta.

---

25 Visconde do Uruguai. op. cit.p.157.

26 Ver, por exemplo: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984. p.31.

27 Ver: CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977. p. 247 segs.

28 V. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro, Ed.Renovar,2006,pp.383 e segs.

29 Ver: CRETELLA Júnior, José. *Direito administrativo comparado*. São Paulo, Bus-tatsky, 1972. p.162.

### 2.2.3 Direito penal

Se fossemos classificar os ramos do direito em função do grau de permeabilidade às influências doutrinárias e legais estrangeiras, caberia, inegavelmente, o segundo lugar ao direito penal, suplantado que seria, apenas, pelo direito constitucional.

Entretanto, essa permeabilidade não indica uma ausência de originalidade, pois que, melhor do que nos outros campos, em que ela está igualmente presente, no direito penal o legislador soube, em todos os tempos, fazer uma obra criativa, precisamente pela combinação equilibrada das inovações colhidas em diversas fontes.

Sob este aspecto, sobressai o Código Criminal de 1830, que substituiu a legislação portuguesa. Até então, vigorava o Livro V das Ordenações Filipinas, consolidação de leis que remontava à dominação dos reis espanhóis Filipe I e II sob Portugal (1580-1640). Este Livro, denominado de “o famigerado”, célebre pela crueldade das penas nele previstas, e coerente com a doutrina predominante no século XV de intimidação pelo terror, não poderia coexistir com as correntes liberais, jurídicas e políticas, do século XIX. Esta a razão de a Constituição de 1824 determinar a elaboração imediata de um Código Criminal *fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade* (art. 179, § 18).

O autor do projeto principal foi uma das personalidades de maior prestígio do Império, o Deputado e futuro Senador Bernardo Pereira de Vasconcelos. Impregnado das doutrinas liberais de seu tempo, influenciado, sobretudo, pelos Códigos francês, de 1810, e napolitano, de 1819, ele soube, entretanto, fazer obra original.

O Código Criminal foi a tal ponto admirado que chegou a ser traduzido em francês, tendo despertado profundo interesse em juristas do gabarito de Haus e de Mittermayer<sup>30</sup>. Dentre suas inovações, lembrem-se: a previsão de circunstâncias agravantes e atenuantes, a proporcionalidade da multa segundo a renda do criminoso, o dolo eventual, etc. Sua influência no Código Espanhol de 1848 e, por meio deste, em Códigos latino-americanos é recordada por nossos penalistas e historiadores do direito<sup>31</sup>.

Com a abolição da escravatura, impunha-se sua revisão. O novo Código, o de 1890, considerado inferior, tanto em relação à coerência doutrinária, quanto ao rigor sistemático, sofreu, como recorda Miguel Reale, a nítida influência do Código italiano de Zanardelli<sup>32</sup>.

30 BRUNO, Anibal. *Direito Penal. Rio de Janeiro, Forense, 1959. p. 165. v. 1.*

31 Id. *ibid.*

32 REALE, Miguel. *História da ciência do direito no Brasil*. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo, Saraiva, 1977.**

De resto, a inspiração italiana seria uma constante neste campo: o Código Penal de 1940 seguiria, claramente, o texto de Arturo Rocco, malgrado alguns elementos colhidos nos Códigos suíço e alemão. Resultante de numerosos projetos, este Código conciliou diversas correntes de política criminal.

Ao mesmo tempo em que mantinha o princípio da responsabilidade objetiva do crime, reconhecia a importância dos dados relativos à personalidade do criminoso, o qual deixava de ser *uma abstração, mas uma realidade natural e social*<sup>33</sup>.

Em 1984, pela Lei nº 7.209, a Parte Geral do Código de 1940 foi substituída, após 20 anos de tentativas de introdução de um novo Código. No mesmo ano foi aprovada a primeira Lei de Execuções Penais, na qual se fazem sentir influências das normas internacionais notadamente da Organização das Nações Unidas, relativas à prevenção do delito e ao tratamento do delinquente, revistas em 1955. Outros modelos, porém, foram seguidos, como ilustra o mecanismo da compensação de penas de prisão por dias de trabalho, provindo do Código espanhol, revisto em 1944<sup>34</sup>.

Pode-se, pois, observar, neste campo do direito, em que, até então, as inspirações estrangeiras eram menos diversificadas, uma abertura maior para as inovações legais na matéria e, sobretudo, uma evidente receptividade às diretrizes internacionais, sobretudo em se tratando de crimes globais, como é o caso do tráfico de drogas.

## 2.2.4 Direito processual penal

Sem igualar-se, sob os aspectos de originalidade e de valor doutrinário, ao Código de 1830, o primeiro Código de Processo Penal, o de 1832, representou, sem dúvida, um progresso considerável em relação ao sistema inquisitorial estabelecido pelo Livro V das Ordenações Filipinas.

Modelado no Código napoleônico, ele recebeu, ao mesmo tempo, o sopro liberal de instituições inglesas como o júri e o *habeas corpus*. Das duas, é certamente a última que mais atrai os comparatistas, dado o interesse que apresenta o seu processo de aclimação para os estudos de migração jurídica.

Excluídos os antecedentes da legislação colonial, considera-se que a introdução oficial do *habeas corpus* no direito brasileiro remonta a 1832, com o Código de Processo Penal.

33 BRUNO, Anibal. op. cit. p. 170.

34 Ver exposições de motivos desses dois diplomas legais.

Previsto, inicialmente, para proteger o cidadão contra atos ilegais suscetíveis de restringir sua liberdade de locomoção, o *habeas corpus* foi empregado, a partir de 1871, em casos de simples ameaças ao exercício dessa liberdade. A tendência de ampliar-se o seu campo de aplicação cresceu nos primeiros tempos da República, favorecida pelo enunciado do art. 72, § 22, da Constituição de 1891, que previa a concessão do *writ* sempre que o indivíduo sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. Não era, pois, simplesmente, a liberdade de locomoção que o legislador visava proteger, mas todos os direitos individuais ameaçados, sustentava Rui Barbosa<sup>35</sup>. Esta posição deu origem à denominada *doutrina brasileira do habeas corpus* defensora de uma aplicação extremamente ampla desse remédio legal.

Tal entendimento prosperou pela razão fundamental de que, contrariamente à riqueza processual do direito anglo-americano, em que numerosos *writs* destinam-se à proteção de outras liberdades que não a de locomoção, o direito brasileiro desconhecia, até então, outros remédios legais, além do *habeas corpus*. A este propósito, notava Pontes de Miranda: *O fato de ser ampliada a aplicação do habeas corpus conteve em si, positivamente, caso de evolução, e esse fato, em vez de estranhável, derivou da fecundidade mesma que os países novos transfundem aos institutos que neles se reimplantam*<sup>36</sup>.

Com a Constituição de 1934, porém, os limites primitivos foram restabelecidos graças à criação de um outro remédio processual, o mandado de segurança, inspirado no *juicio de amparo* do direito mexicano e no *writ of mandamus*, do sistema anglo-americano. Destinava-se o novo instituto a proteger um direito incontestável, líquido e certo, que não se encontrava na órbita de proteção do *habeas corpus* e cujo funcionamento era disciplinado no campo do processo civil.

O Código de Processo Penal de 1941, largamente baseado no seu homólogo italiano, tem sido objeto de numerosas críticas dirigidas sobretudo à lentidão de seus procedimentos e à sua orientação conservadora. Suas insuficiências em matéria de salvaguarda das liberdades públicas – notadamente quanto à aceitação de certos tipos de provas – foram examinadas, numa perspectiva de direito comparado, por Ada Pellegrini Grinover<sup>37</sup>.

---

35 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, em sua obra fundamental para o conhecimento da evolução deste instituto no Brasil: *História e prática do habeas corpus*, Saraiva, 1979. Volume I, p.175.

36 Id. *ibid.* p. 164.

37 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal- as intercepções telefônicas*. Saraiva, 1976.

### 2.2.5 Direito processual civil

Portugal já se havia livrado, há muito, das Ordenações Filipinas, renovando inteiramente o seu direito processual, e no Brasil Independente elas ainda continuavam em vigor, mantendo-se os procedimentos lentos e complexos do direito comum medieval.

Somente em 1850, com o Regulamento nº 737, que o direito processual comercial e, mais tarde, o civil adquiriram uma relativa autonomia, pois que, no fundo, tratava-se de uma adaptação das regras do direito português à realidade judiciária brasileira.<sup>38</sup> Na abalizada opinião de José Frederico Marques, o autor do referido Regulamento, Carvalho Moreira, o Barão de Penedo, fez obra notável pela distribuição simétrica e ordenada das matérias, pela clareza da linguagem e pela simplificação dos atos processuais, tornando-se o ápice da revisão legislativa do Império, tendo exercido profunda e duradoura influência<sup>39</sup>.

O espírito praxista concorreu, desde então, para uma grande receptividade à evolução científica estrangeira neste campo, sem que se rompessem os vínculos com a tradição portuguesa e, ao mesmo tempo, sem que se perdessem de vista as especificidades do meio brasileiro.

Não obstante a rica produção legislativa na matéria, nela se incluindo a experiência do reconhecimento de autonomia dos estados federados para legislar sobre assunto (de 1891 a 1934), foi somente em 1939 que o direito brasileiro conheceu o seu primeiro Código de Processo Civil. Deixando de submeter-se, exclusivamente, à influência portuguesa, o direito processual pátrio passava a receber elementos provindos do direito italiano, contribuição que iria acentuar-se com a difusão dos ensinamentos de Chiovenda pelo Professor Enrico Liebman, italiano, que criou, na Universidade de São Paulo, uma verdadeira corrente doutrinária do processo civil. O legislador de 1939 recorreu, ainda, aos sistemas austríaco e alemão.

O Código de Processo Civil de 1973 foi redigido por uma Comissão presidida por Alfredo Buzaid, um dos discípulos de Liebman.

A história do direito processual brasileiro demonstra que, diversamente dos constitucionalistas, os processualistas foram bem mais cautelosos na adoção de certos institutos estrangeiros, procurando, nos diplomas que os consa-

38 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito processual civil*. Saraiva, 1978.v. I, p. 46 segs.

39 MARQUES, José Frederico, *apud* Buzaid, Alfredo. *Grandes processualistas*. São Paulo, Saraiva, 1982, p. 50-51.

gravam, prever regras para sua aclimação e alertar, doutrinariamente, para o descabimento de certas transposições do direito estrangeiro<sup>40</sup>.

### 2.2.6 Direito tributário

De autonomia recente, o direito tributário gradativamente se destacou do direito administrativo, com vinculação temporária ao direito financeiro, com o advento de um Código apenas em 1966. No entanto, bem antes disso, nossos juristas vinham acompanhando a evolução doutrinária e legislativa estrangeira na matéria. O papel da obra do austríaco Myrbach Rheinfeld, divulgada pela tradução francesa de 1910, é tradicionalmente lembrado pelos tributaristas<sup>41</sup>. A codificação alemã de 1919, por sua vez, estimulou as primeiras tentativas brasileiras no mesmo sentido. Entretanto, apenas em 1953 foi que o Professor Rubens Gomes de Souza, a pedido do Governo, redigiu um anteprojeto, retomado e revisto em 1965, o qual, em 1966, tornou-se o Código Tributário.

Inspirando-se, entre outras, em fontes italianas, austríacas, alemãs, e ainda nos modelos argentino (anteprojeto Fonrouge, de 1942, e Lei da Província de Buenos Aires, de 1947), mexicano (1940) e uruguaio (1957), os autores desse Código procuraram introduzir no direito brasileiro os mais modernos princípios e normas sobre o assunto. Em 1951, Henri Laufenburger, professor de direito financeiro na Universidade de Paris, notava: *O Professor Gomes de Souza conhece admiravelmente os sistemas fiscais da Europa*<sup>42</sup>. A mesma observação poderia ser feita em relação ao seu colaborador, o Professor Gilberto Ulhoa Canto, um dos mais renomados especialistas brasileiros em direito tributário estrangeiro, bem como a Ruy Barbosa Nogueira, autor de obra clássica sobre o direito tributário comparado<sup>43</sup>.

Deve-se salientar, igualmente, a importância do papel desempenhado pelos organismos internacionais na elaboração normativa dos estados. Em 1968, os países-membros da Associação Latino-americana de Livre Comércio (Alalc), vinculada à Organização dos Estados Americanos (OEA) foram convidados a examinar um modelo de Código fiscal, no quadro de um programa de harmonização de leis sobre a matéria<sup>44</sup>.

40 V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A importação de modelos jurídicos*, in: *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa*, Ives Gandra da Silva Martins (coord.), Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.

41 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Forense, 1986. p.11.

42 Id. *ibid.* p. 32.

43 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Direito tributário comparado*. São Paulo, Saraiva, 1971.

44 Id. *ibid.*, p.256 e segs.

Quanto ao destino do Código brasileiro vigente, não obstante o seu elevado padrão de técnica normativa, ele continuará a sofrer modificações substanciais, em decorrência das alterações constitucionais, particularmente quanto à repartição das receitas tributárias entre as unidades que compõem Federação brasileira. Ao longo dos anos, a hegemonia da União nessa esfera retirara da expressão “estado federal” a sua verdadeira significação, dada a dependência econômica em que se encontravam os estados federados e os municípios.

O Texto de 1988 procurou atender aos reclamos daqueles que propugnavam um verdadeiro federalismo fiscal<sup>45</sup>, mirando-se frequentemente, na legislação da República Federal da Alemanha<sup>46</sup>.

### 2.2.7 Direito do trabalho

Este ramo do direito, tanto quanto aqueles que dele decorrem, como o direito previdenciário, mostra-se cada vez mais permeável às influências do direito estrangeiro. Isto porque se trata, aqui, de “contágios legislativos”, para retomarmos a expressão de Marc Ancel<sup>47</sup>, decorrentes da ação de organismos internacionais.

Observamos, no início desta comunicação, que os países latino-americanos em geral, e o Brasil em particular, nunca deixaram de subscrever as diretrizes internacionais, apesar de suas conhecidas dificuldades para pô-las em execução. Do “espírito cosmopolita” do direito do trabalho<sup>48</sup> e de seu processo de internacionalização participou, também, o direito brasileiro, desde o Tratado de Versalhes e a Constituição de Weimar.

No século XIX, contudo, as distâncias desse direito, em relação às dos países industrializados, eram consideráveis, em vista da sobrevivência de uma sociedade escravocrata e predominantemente rural. Durante este período, porém, já se têm certas leis e alguns dispositivos legais relativos à proteção dos comerciários (no quadro do Código Comercial de 1850) e de locação dos serviços agrícolas.

---

45 Neste sentido foram encaminhados numerosos trabalhos, não somente à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, que teve entre seus membros o Professor Gilberto Ulhoa Canto, um dos colaboradores na confecção do Código de 1966, mas igualmente à Assembléia Constituinte de 1987-88.

46 Ver: *Alemanha, um bom exemplo tributário*. Rio de Janeiro, **Jornal do Commercio**, Rio de Janeiro, 12 de novembro de 1984.

47 ANCEL, Marc. *Utilité et méthodes du droit comparé*. Neuchâtel, 1971, p.62.

48 Ver, notadamente: MORAES FILHO, Evaristo de. *O direito do trabalho nos países desenvolvidos e no Brasil: um paralelo*. In: **Direito do Trabalho (páginas de história e outros ensaios)**, São Paulo, LTR, 1982, pp.156-200.

Não obstante os movimentos sindicais, que se iniciaram por volta de 1870, no Rio de Janeiro, com a Liga Operária, e que se intensificaram durante a primeira década do século XX, foi apenas em 1919, com a entrada do país na Organização Internacional do Trabalho, que o direito brasileiro passou a desenvolver-se neste campo.

Dentre as etapas decisivas de sua formação, nas quais predominou a influência do direito estrangeiro, cite-se o conjunto de leis sociais promulgadas nos anos 20 e 30, sob o impulso do modelo de Weimar, do Tratado de Versalhes e dos movimentos sociais, malgrado a inexistência de meios administrativos para a sua implementação. A Revolução de 1930 e a primeira fase do governo de Getúlio Vargas concorreram para superar os obstáculos, com a criação do Ministério do Trabalho. A Justiça do Trabalho somente seria implantada em 1941, no Estado Novo.

Sem dúvida, a influência de relevo e a mais duradoura, nesta área, foi a da Carta del Lavoro de Mussolini, que impregnou a Constituição de 1937, no capítulo relativo à Ordem Social, bem como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em vigor desde 1943, principal documento neste ramo do direito.

A despeito dos méritos reconhecidos à CLT pelos especialistas, sobretudo quanto à sistematização e à harmonização das numerosas leis trabalhistas, muitas de suas disposições, tradutoras de um pensamento autoritário e corporativista, não se afinavam com a orientação liberal da Constituição de 1946. Nesse Texto eram reconhecidos, entre outros: o direito de greve, a participação do trabalhador nos lucros da empresa, um salário mínimo familiar, o repouso semanal remunerado, medidas de higiene e de segurança, assistência aos desempregados, proibição do trabalho aos menores de 18 anos, etc. Entretanto, no plano da lei ordinária, bom número dessas conquistas recebia restrições ou não tinha continuidade.

No que se refere à organização sindical, os elementos provindos da legislação italiana não foram muito alterados no decorrer do período autoritário que se estendeu de 1964 a 1984, durante o qual os sindicatos continuaram sob o jugo do Estado. Esta situação provocou comentários desse gênero, em 1976: *O direito do trabalho está-se distanciando, cada vez mais, dos princípios diretivos do direito do trabalho dos países industrializados, sem aproveitar-se da sua experiência e do seu exemplo*<sup>49</sup>.

O autor dessa observação, o Professor Evaristo de Moraes Filho, em 1978 mostrava-se menos pessimista, em face das novas orientações na matéria e do

---

49 Id. *ibid.*, p. 178.

ressurgimento de movimentos sindicais que se batiam pelo estabelecimento de negociações mais livres nos sindicatos e nas empresas<sup>50</sup>.

Inegavelmente, sob a égide da nova Constituição e no quadro dos propósitos sociais-democráticos que, na área trabalhista, se fazem sentir de modo mais nítido, este ramo do direito tende a reabrir-se aos contágios legislativos contemporâneos.

### 2.2.8 Direito civil

Durante os 94 anos que precederam a aprovação do Código Civil, este ramo do direito brasileiro não cessou de sofrer influência do direito estrangeiro, embora ela se exercesse com certas particularidades, relativamente aos outros domínios do saber jurídico.

De um lado, o direito comum europeu, por via das Ordenações Filipinas e nos limites fixados pela legislação portuguesa<sup>51</sup>, penetrou, a título de recepção involuntária, no nosso direito. De outro, o próprio fato da sobrevivência dessas Ordenações, que abrigavam dispositivos de origem medieval, obrigou os juristas pátrios, na expectativa de elaboração de um Código, a recorrerem ao direito estrangeiro, com a finalidade de atualizá-las, de arejá-las. A doutrina passou ao primeiro plano, privilegiando-se o estudo dos direitos francês, italiano e alemão<sup>52</sup>.

Por volta da segunda metade do século XIX, a profusão de leis nesse campo levou o governo imperial a encomendar uma “consolidação” ao jurista Teixeira de Freitas, o autor da *obra jurídica mais original e perfeita produzida no Brasil e na América Latina*, no dizer do Professor René David<sup>53</sup>.

Seu profundo conhecimento dos sistemas jurídicos estrangeiros não o levou a propor meros transplantes legais. Este conhecimento, de uma certa forma, estimulou-lhe a criatividade, que se manifestou, em sua plenitude nos

---

50 Id. *ibid.*

51 Pela Lei da Boa Razão (1769), o direito romano, tal como reinterpretado pelos doutores das universidades européias, somente seria aplicado na condição de complemento das leis portuguesas e ainda assim se conforme à *boa razão*.

52 Pontes de Miranda notava que as opiniões divergentes dos doutores das universidades haviam trazido as vantagens da legislação comparada, o arejamento da discussão doutrinária, desde Pascoal José de Mello Freire e Manuel de Almeida e Souza, até Lafayette Rodrigues Pereira, Lacerda de Almeida e os demais que prosseguiram no estudo das obras francesas e alemãs de direito romano, bem como de publicações recentes, tendo em vista a atualização do antigo Código Português que regia o Brasil. (*Fontes e evolução do direito brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 74.)

53 DAVID, René, *Cours de droit civil comparé*, 1948-49, *apud* VALLADÃO, Haroldo, *História do direito, especialmente do direito brasileiro*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, p. 146.

comentários da Consolidação (1857) e no Esboço de um Código Civil (1860 a 1865). O perfeccionismo do autor, entretanto, que já solicitara ao governo uma prorrogação do prazo para rever o plano geral de sua obra monumental, provocou a rescisão do contrato. Em consequência, o trabalho genial de Freitas – no qual se encontravam propostas tais como a adoção de uma Parte Geral do Código Civil, relativa às pessoas, aos bens e aos fatos jurídicos, ou como a de unificação do direito civil e do direito comercial, antecipadoras, respectivamente, do Código Civil alemão (1896) e do Código italiano (1942) – não exerceu influência imediata no Brasil. Em compensação, tornou-se uma das fontes mais importantes do projeto de Velez Sarsfield para o Código argentino (1869), bem como para os do Paraguai, Uruguai (1868) Chile, entre outros.

Afinado, sobretudo, com a orientação alemã, Freitas não poupava críticas à imitação de *más teorias do Direito francês (...), que nada têm de semelhante com a realidade da nova vida civil*<sup>54</sup>.

Foi, portanto, a partir de seus trabalhos que o pensamento jurídico alemão começou a ser estudado e difundido, notadamente no Nordeste, por jurisfilósofos como Tobias Barreto e Silvio Romero.<sup>55</sup> Numerosos anteprojetos que se seguiram ao Esboço de Freitas não se afastaram da fonte germânica. No campo do direito civil, o representante dessa corrente foi Clóvis Bevilacqua, professor de Legislação Comparada, cadeira criada no Recife, em 1891, e autor do Código Civil de 1916. Pela primeira vez, pois, o direito comparado estava formalmente associado ao processo de elaboração de um Código.

Com base nos projetos precedentes, sobretudo os de Teixeira de Freitas e Antonio Coelho Rodrigues – este último se inspirava no Código Suíço – Bevilacqua escolheu, abertamente o modelo germânico, afastando-se, assim, da tendência de juristas latino-americanos que seguiam as regras civilistas do Código napoleônico, na mesma linha independente adotada, no Chile, por Andrés Bello.

Apresentado em 1899, o projeto Bevilacqua foi objeto de um debate que se estendeu por 16 anos. A querela linguística entre o Senador Rui Barbosa e o gramático Carneiro da Cunha parecia eternizar-se, deixando, além do mais, num segundo plano, o exame das questões de fundo.

Quando o Código entrou em vigor, em 1917, numerosas emendas haviam sido introduzidas no texto de Bevilacqua, mas sua estrutura e a origem ger-

54 Id. *ibid.*, p. 141.

55 Ver, particularmente: MENEZES, Djacir. *Influência do pensamento alemão no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, **Jurídica**, 1973; VALLADÃO, Haroldo. *Influência do direito alemão na codificação civil brasileira*, Rio de Janeiro, **Jurídica**, 1974.

mânica de muitos dispositivos permaneciam inalteradas, da mesma forma que a sua herança portuguesa.<sup>56</sup>

Vale recorrer à contabilidade de Pontes de Miranda em relação às fontes estrangeiras e ao número de dispositivos que lhes correspondem: francesa (172), portuguesa (83), alemã (66), suíça (98), espanhola (32), argentina (17), direito romano clássico (17), austríaca (7), chilena (7), mexicana (4), uruguaia (2), peruana (2) e outras. A importância da influência alemã e austríaca foi maior.<sup>57</sup> Deve-se, também, sublinhar que mais da metade de seus artigos provinha de anteprojetos e de emendas, razão pela qual Pontes de Miranda observava que, “*a obra de Clóvis Bevilacqua constituiu algo de nacional, de característico, a despeito do cosmopolitismo inerente às construções de feito universitário nos povos novos.*”<sup>58</sup>

Esse texto, de elevado nível técnico, sofreu profundas modificações durante quase 70 anos, exigindo remissões constantes às inúmeras leis especiais que o complementaram, tais como a do divórcio, promulgada em 1977 e, igualmente, rica em elementos jurídicos de procedência estrangeira<sup>59</sup>.

O Código Civil de 2002 aproxima-se do Código italiano, em matéria de unificação do direito obrigacional, mas recebeu, entre outros aportes, os de matriz anglo-saxã, como no caso da propriedade fiduciária. Registre-se, por igual, o retorno do instituto romano do direito de superfície, ignorado em 1917<sup>60</sup>.

### 2.2.9 Direito comercial

O Código Comercial, redigido segundo os princípios seguidos por todas as nações comerciantes, em harmonia com os usos e costumes comerciais,<sup>61</sup> sofreu, visivelmente, a influência de seus homólogos francês (1807), espanhol (1829) e português (1833). Submetido à Câmara dos Deputados em 1834, esta foi de parecer que *o Código de Comercio do Brasil nada tem a invejar à legislação da França, da Inglaterra e da Espanha; ele apresenta, em um*

56 MEIRA, Silvio. *O Código Civil do Brasil de 1917: o projeto Bevilacqua*, in: **Studi in onore di Cesare Sanfilippo**, Giuffrè, 1982, p.397.

57 PONTES DE MIRANDA, **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**, op.cit.p.357.

58 Id.ibid.p.91.

59 Ver, entre outros: FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio comentada e documentada*. São Paulo, Saraiva, 1978; FÁBREGAS, Luiz Murillo. *O divórcio – anotações à lei*. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1978.

60 Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Inovações do novo anteprojeto de Código Civil*. **Revista de Informação Legislativa**, nº40, 1973.

61 Ver exposições de motivos desse Código.

*todo sistemático, o que há de melhor nesses códigos, modificadas as suas doutrinas, segundo as opiniões dos escritores mais entendidos nessa matéria, e adaptadas às circunstâncias do Brasil*<sup>62</sup>. A adoção de uma doutrina subjetivista quanto aos atos do comércio era exemplo de uma certa autonomia em relação ao modelo francês.

Elaborado em 1834, o texto somente foi promulgado em 1850, e é o mais antigo diploma vigente, parcialmente, no País. Isto porque, com o tempo, um número elevado de matérias. Foi, aos poucos, dele se destacando para serem objeto de leis especiais, e, sobretudo, em razão do advento do Código Civil de 2002, no qual, estão unificadas as obrigações civis e mercantis, e pelo qual está expressamente revogada a primeira parte do Código Comercial de 1850.

Nos primeiros tempos republicanos, em 1890, as diretrizes da doutrina italiana, sobretudo as de Cesare Vivante, penetraram no direito brasileiro, por meio da obra de um de seus mais eminentes juristas, Carvalho de Mendonça. Sublinhe-se que essas recepções jurídicas, mais do que em qualquer outro ramo do direito, eram ditadas por um grande senso prático do legislador. À luz das novas exigências da vida econômica, a busca de soluções estrangeiras se intensificava.

Limitando-nos a certos exemplos de importações legais, podemos ver que este espírito realista do legislador não apenas permitiu conciliar fórmulas provindas das fontes tradicionais desse campo jurídico, com soluções originais do nosso direito, mas também provocou a diversificação de seus modelos. Assim, a Lei das Sociedades por Ações, de 1976, inspirada no modelo alemão de 1965, e legitimadora da prática das *holdings*, isto é, da participação de uma sociedade no capital de outra, contém, entretanto, traços especificamente brasileiros, entre eles o seu alcance mais restritivo, uma vez que dela estão excluídos os grupos de empresas, diversamente do que ocorre com o modelo alemão<sup>63</sup>.

Por outro lado, certas práticas comerciais de origem anglo-americana não tiveram dificuldade em ser reconhecidas pelo legislador, sem prejuízo da prudência com que esse processo se desenvolve. O *leasing*, por exemplo, já incorporado ao nosso direito sob a denominação de *arrendamento mercantil*, foi objeto, inicialmente, apenas de tratamento fiscal, após minuciosas pesquisas comparativas.<sup>64</sup>

62 *Apud* BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Rio de Janeiro, Forense, 1975. p. 37.

63 Ver: COMPARATO, Fabio Konder. *Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions*. **Revue internationale de Droit Comparé**. n° 3, juillet/septembre, 1978, pp. 791-810.

64 Ver: MÉLEGA, Luiz. *O leasing e o sistema tributário brasileiro*. Saraiva, 1975; COMPARATO, Fabio Konder, *Contrato de leasing*, *Revista dos Tribunais*, 389/10, março de 1968; WALD, Arnoldo. *Histórico e desenvolvimento do leasing*, *Revista de direito mercantil*. n° 10, 1973.

Além desses empréstimos bilaterais ou multilaterais, não se deve esquecer do papel desempenhado neste campo pela ação normativa dos organismos internacionais, como as leis uniformes relativas aos títulos de crédito, reconhecidas, com reservas, pelo Brasil.

### 2.3 Comparatistas brasileiros

Se se empregasse a expressão *direito comparado* em sua acepção de estudo de regras ou institutos de direito estrangeiro em vista da elaboração ou do exame de uma norma de direito brasileiro, poder-se-ia estabelecer uma relação única para os juristas e para os comparatistas, pois, como bem observava o Prof. Haroldo Valladão, “*os juristas brasileiros, formados desde 1827, desenvolveram seus conhecimentos alargando seus horizontes (...). Os professores brasileiros, ao explicarem cada matéria, indicam, ao lado do direito brasileiro, o da França e de outras nações*”<sup>65</sup>.

Entretanto, se se pretende identificar aqueles que, ao mesmo tempo em que se apoiavam em dados fornecidos pela comparação jurídica sistemática, dela extraíam elementos para a edificação de nosso direito, aí então, as listas nominais se distinguem.

Ao longo deste trabalho, mencionamos juristas cujos trabalhos tiveram papel de relevo para a expansão dos estudos juscomparativos em áreas determinadas do direito brasileiro. Embora seja extremamente difícil estabelecer-se uma relação, segundo o grau de influência que exerceram e exercem na condição de agentes de recepções de direito, nas suas funções de legisladores, juizes, advogados, professores de direito, deve-se reconhecer que há certos nomes que, obrigatoriamente, devem figurar numa lista específica, tais como:

- a) no Império: Pimenta Bueno, Teixeira de Freitas, Paulino Soares de Souza (o Visconde do Uruguai), Bernardo Pereira de Vasconcelos, Joaquim Augusto Ribas, Lafayette Rodrigues Pereira, Tobias Barreto, entre tantos outros;
- b) na República: Rui Barbosa, Coelho Rodrigues, Clóvis Bevilacqua, Cândido de Oliveira, João Monteiro, Amaro Cavalcanti, Rodrigo Octávio, Castro Nunes, Virgílio de Sá Pereira, Lino de Moraes Leme, Pontes de Miranda, Orozimbo Nonato, Eduardo Espínola, Haroldo Valladão, Roberto Lyra, José Ferreira de Souza, Pedro Calmon, Cláudio Pacheco, Oscar Stevenson, Hélio Tornaghi, Benjamin Moraes, Pedro Palmeira, Evaristo de Moraes Filho, Djacir Menezes, Darcy Bessone Oliveira de Andrade, Lydia Machado Bandeira de Mello, Orlando Gomes, João Perboyre Silva, Oscar Martins Gomes, Themístocles Cavalcanti, Silvio Meira, Fran Martins, Fortunato

65 VALLADÃO, Haroldo. *L'étude et l'enseignement*. op. cit. p. 321.

Azulay, Otto Gil, Othon Sidou, Caio Mário da Silva Pereira, Miguel Reale, Raul Machado Horta, Pinto Ferreira, Claudio Souto, Philomeno Costa, Sylvio Marcondes Machado, Cotrim Neto, Afonso Arinos de Melo Franco, Miguel Seabra Fagundes, Paulo Dourado de Gusmão, João de Araujo Villela, Arnoldo Wald, Roberto Paraíso Rocha, Luiz Antônio Severo da Costa, Theóphilo de Azeredo Santos, Waldemar Ferreira, Sampaio de Lacerda, Arion Romita, Semy Glanz, Arthur de Castro Borges, Paulo Bonavides, José de Oliveira Baracho, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ronaldo Poletti, José Cretella Júnior, Luiz Antonio Severo da Costa, Orlando de Carvalho, Anna Maria Villela, Antonio Carlos de Araujo Cintra, José Carlos Moreira Alves, José Carlos Barbosa Moreira, Fabio Konder Comparato, José Afonso da Silva, Francisco Amaral, Luiz Fernando Whitaker Tavares da Cunha, Luiz Roldão de Freitas Gomes, Antonio Junqueira de Azevedo, Inocêncio Mártires Coelho, Carlos Fernando Mathias de Souza, Ada Pellegrini Grinover, Clóvis Couto e Silva, Ricardo Lobo Torres, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Sergio de Andréa Ferreira, Joaquim Barbosa Gomes, Jacob Dolinger, Gustavo Tepedino, Véra Maria Jacob de Fradera, Ivo Dantas, Gilmar Ferreira Mendes, Maria Celina Bodin de Moraes, Judith Martins Costa, Marilda Rosado, Nadia de Araujo, Fides Ommati, Odette Medauar, Roberto Rosas, Maria Garcia, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Luís Fernando Sgarbossa, Geziela Jensen, Luiz Fernando Coelho, Oswaldo Agripino de Castro Jr., a signatária desta comunicação, e muitos outros integrantes da geração contemporânea de juristas brasileiros, a qual, pelo maior interesse que vêm despertando os estudos de direito comparado, dados os movimentos decorrentes da globalização e da formação de grupos regionais, tem concorrido para a ampliação significativa da relação de nossos juscomparatistas.

Deve-se ainda, acentuar que, diversamente de seus predecessores do Império, ou daqueles dos primeiros anos republicanos, os juristas brasileiros de nossos dias empreendem, em sua maioria, pesquisas comparativas setoriais, não abrangendo a pluralidade dos ramos do direito, sobretudo quando se trata de apresentar propostas para transplantes jurídicos.

## **2.4 Reações à utilização do direito comparado**

Se o recurso ao direito comparado—sempre na acepção restrita da expressão—foi constante na história do direito brasileiro, as reações quanto a este procedimento, sobretudo nos meios culturais, não foram uniformes.

Segundo alguns, esta irresistível atração para as importações de direito estrangeiro era a razão principal do irrealismo jurídico dos textos legais pátrios, afastados que estavam das verdadeiras exigências da sociedade, além de

ignorarem as especificidades nacionais. Na defesa dessa tese, destacou-se o sociólogo do direito Oliveira Vianna (1883-1951), em duas *obras clássicas*.<sup>66</sup>

Outros, embora apoiassem o recurso ao direito alienígena, não se furtavam a certas críticas quanto às imperfeições de fundo e de forma que, para eles, decorriam desses transplantes precipitados<sup>67</sup>. Essas duas correntes se alteraram na nossa história do direito, e ainda subsistem os que são francamente favoráveis ao recurso da experiência estrangeira, em oposição àqueles que preferem as soluções tipicamente brasileiras. Ultimamente, contudo, observa-se uma tendência de encontrar-se um meio termo entre a tradição de receber aportes do direito estrangeiro e a sua adaptação às exigências e características do País. Entretanto, esta preocupação teórica raramente se tem traduzido em medidas suscetíveis de aperfeiçoar o processo das recepções de direito.

Por ocasião do Relatório para o Congresso Internacional de Direito Comparado de Caracas (1982)<sup>68</sup>, havíamos salientado que seria de todo desejável a associação sistemática dos organismos que se ocupam do direito comparado, no sentido lato da expressão, aos estudos de preparação e de implementação das importações jurídicas. As incompatibilidades, as distorções e rejeições e, mais do que tudo, o distanciamento do sistema jurídico das reais necessidades do País podem fazer com que se esqueçam das vantagens das importações de direito, efetuadas segundo certas técnicas e determinados princípios.

Quanto às reações estrangeiras em relação ao cosmopolitismo jurídico brasileiro, mencionaremos, apenas, a opinião do Professor René David, segundo a qual foi, precisamente, a combinação de regras e institutos originários de *Common Law* com os dos direitos romano-germânicos, notadamente no campo do direito privado, que imprimiu traços peculiares ao nosso sistema jurídico, entre eles a configuração original de alguns institutos importados, como no caso do *habeas corpus*<sup>69</sup>.

São ainda observações do Professor David, ao analisar a situação global do Continente: *A América Latina oferece um campo favorável aos estudos de direito comparado. Os países da Europa e da América Latina têm afinidades linguísticas, de tradição, de crença e professam os mesmos ideais. Contudo,*

---

66 Ver: OLIVEIRA VIANA, Francisco José de. *Instituições políticas brasileiras. op. cit.; O idealismo na Constituição. op. cit.*

67 PONTES DE MIRANDA. *Fontes e evolução do direito civil. op. cit. p. 92.*

68 Relatório que publicamos sob o título da seção correspondente do referido Congresso, *A utilização do direito comparado pelo legislador*, in: **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, nº 30, 1987, pp.85-93.

69 DAVID, René. *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*. In: **Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain. op. cit. p. 166.**

*as condições geográficas e econômicas, bem como suas estruturas sociais e mesmo raciais são essencialmente distintas*<sup>70</sup>.

Deve-se esperar, porém, que toda esta riqueza em matéria de sincretismo jurídico e de criatividade não se dissociem, em plano nacional, dos estudos de direito comparado – em sua acepção ampla – para fins de exploração de sua potencialidade.

### **3. Aplicação do direito comparado como disciplina auxiliar da história do direito brasileiro**

Acabamos de verificar que, no quadro do sistema jurídico brasileiro, o emprego do direito comparado, em seu objetivo utilitário de guiar o legislador, o juiz ou o jurista nos processos de recepção de direito, tem ocorrido, apenas, sob o ângulo de acepção restrita da expressão, isto é, de recurso ao direito estrangeiro.

Entretanto, quando se trata de focalizar o direito comparado como disciplina auxiliar da história do direito, a expressão designa, sobretudo, o emprego do método comparativo no campo do direito, sem que isso indique, como querem alguns, a existência de um campo autônomo do saber jurídico.

De acordo com o plano proposto pelo Professor Blagojević, procuraremos precisar em que medida os historiadores do direito brasileiro têm recorrido ao direito comparado, e suas justificativas para tal procedimento.

#### **3.1 Emprego efetivo da comparação jurídica pelos historiadores do direito**

Nas comparações jurídicas, as perspectivas temporal e espacial estão, inevitavelmente, associadas, pois que o conhecimento do funcionamento atual de uma regra ou de um instituto em dois ou mais sistemas jurídicos pressupõe a análise de seus antecedentes e das circunstâncias históricas de sua origem, além do acompanhamento de sua evolução. Como sublinha o Professor Blagojević, *na prática, as duas formas de estudo estão intimamente vinculadas, sobretudo se se considerar a permanente transformação das diversas instituições e noções, sob a influência das relações sociais, no quadro das quais elas existem e atuam*<sup>71</sup>.

Contudo, nos trabalhos sobre a história do direito – e nos referimos, especificamente, ao contexto brasileiro – esta associação de tempo e espaço, embora bastante frequente, não tem sido nem inevitável, nem adotada de

---

70 Id. *ibid.* p. 163.

71 BLAGOJEVIĆ, Borislav T. *La méthode comparative juridique*. In: **Buts et méthodes du droit comparé**, Rotondi, Mario, org. Padova, Cedam, 1973, p. 31.

modo sistemático. Esclareçamos, desde logo, estes dois pontos: por um lado, ela é frequente, porque se enquadra na tradição brasileira de empreender estudos jurídicos sob uma ótica pluridisciplinar, nascida a partir dos jurisfilósofos e sociólogos do direito da Escola do Recife, na segunda metade do século XIX<sup>72</sup>; por outro lado, ela não é sistemática, uma vez que os dados da geografia jurídica nem sempre acompanham as pesquisas de história do direito, e quando ocorre de serem fornecidos, o campo espacial raramente é selecionado em função algum critério científico, dependendo, quase sempre, da facilidade de acesso às fontes jurídicas estrangeiras, diretas ou indiretas.

Da mesma forma, cabe notar que os historiadores do direito brasileiro tratam, sobretudo, da descrição dos grandes períodos do sistema nacional e do exame de suas principais fontes formais, por ramos do direito, em cada um desses períodos. A história das instituições fica a cargo dos especialistas de cada um dos diferentes ramos que sobre ela discorrem em seus tratados e manuais. São, assim, civilistas, penalistas, processualistas, etc. que, em seus estudos, fornecem, habitualmente, dados históricos e de direito comparado em relação às matérias de sua especialidade<sup>73</sup>.

Em nível da história do direito, empreendida, em geral, por juristas que não são exclusivamente historiadores<sup>74</sup>, os direitos estrangeiros não são metodicamente comparados em seu estado atual. Faz-se, antes, a história comparativa do direito, isto é, a comparação da evolução do direito em diversos países e em diferentes períodos do passado, como bem observou Gilissen<sup>75</sup>.

### 3.2 Justificativas

Qual a razão de incluírem-se dados de natureza comparativa em pesquisas históricas sobre o direito nacional? Tendo-se em mente as condições pou-

---

72 NELSON SALDANHA, brilhante publicista e jurisfilósofo, lembra que *os juristas oriundos da Escola do Recife tiveram, e nem poderia ser de outro modo, a preocupação constante de combinar o estudo do direito positivo com aspectos históricos e sociológicos da problemática jurídica. (Introdução à obra de Isidoro Martins Júnior. História do Direito Nacional, 3ª ed., Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p.6.*

73 No campo do direito-civil, por exemplo, são de menção obrigatória os trabalhos do Professor Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro, Forense, 6 volumes*), e, mais recentemente os do Professor Francisco Amaral, (*Direito Civil: introdução, Rio de Janeiro, Renovar, já em 7ª edição, 2008*) ambos, também, cultores do direito comparado.

74 Contemporaneamente, incluem-se, a título ilustrativo, neste caso: Miguel Reale, jurisfilósofo, publicista e historiador do direito; o saudoso mestre Haroldo Valladão, especialista em direito internacional privado, historiador do direito e comparatista; Waldemar Ferreira, dedicado ao direito comercial e à história do direito.

75 GILISSEN, John. *Histoire comparée du droit*. In **Buts et méthodes du droit comparé**, *op.cit.p.* 266.

co sistemáticas e dispersivas segundo as quais elas se desenvolvem, pode-se mencionar alguns dos motivos mais comuns para este procedimento:

- a) a associação espaço-tempo permite situar todo um sistema jurídico, ou, pelo menos, alguns de seus elementos, em um contexto mais amplo, levando à identificação de suas linhas comuns e próprias da evolução<sup>76</sup>;
- b) a comparação do desenvolvimento de instituições ou regras do direito brasileiro com aquelas do país-fonte contribui para que se conheçam as distorções e/ou especificidades decorrentes de sua aplicação em meio distinto<sup>77</sup>;
- c) as referências a certos ordenamentos estrangeiros que não tenham influenciado o direito pátrio decorrem do objetivo geral de dar-se conhecimento das diversas soluções jurídicas suscitadas por um mesmo problema<sup>78</sup>.

De resto, a ausência de *racismo jurídico*, para retomarmos a expressão do Professor Blagojević<sup>79</sup>, faz com que os juristas brasileiros se mantenham sempre abertos ao conhecimento de outros sistemas, à pesquisa, por vezes não-explicitada, de outras vias jurídicas<sup>80</sup>.

Observe-se que o número de autores que, no Brasil, se têm consagrado exclusivamente à história do direito, notadamente ao direito pátrio, é modesto. Isto porque, como já notamos, o estudo da história das instituições é empreendido, sobretudo, no quadro de obras relativas a cada ramo do direito.

Nestas condições, citar os autores mais representativos neste campo implicaria a menção não apenas dos que se destacam no nível da história do direito nacional, como também daqueles que, em seus exames de cada ramo

76 Ver: MARTINS JÚNIOR, Isidoro. op.cit., p.21; VALLADÃO. *História do Direito...*, op.cit., p.31; PONTES DE MIRANDA. *Fontes...*, op. cit. p.XV, salienta: *para medir, é preciso o estalão, o processo comparativo e o assinalar de marcos, graus e estágios. Não é possível julgar com independência e solidez (...) o direito de um povo sem conferi-lo com o que se sabe sobre a evolução do direito.*

77 PONTES DE MIRANDA. *Fontes ...*, op. cit., p.92; GALVÃO DE SOUZA, José Pedro. *Introdução à história do direito político brasileiro*, Saraiva, 1962, p.2

78 PEREIRA, Caio Mário da Silva. op.cit., volume 1, p.81.

79 BLAGOJEVIĆ. op.cit., p.20.

80 Ver, a esse respeito, os numerosos estudos relativos ao *ombudsman* escandinavo em vista de uma eventual recepção, entre os quais os de GALLO, Carlos Alberto Provenciano. *Revista de Informação Legislativa*, 20 (79), julho/setembro, 1983, pp.137-146; LEITE, Celso Barroso. *Ombudsman: corregedor administrativo*. Rio de Janeiro, Zahar, 1975. Esta recepção, embora tenha merecido acolhida no Anteprojeto de Constituição da Comissão Afonso Arinos (1985/1986) não vingou na Assembléia Constituinte de 1988, com a rejeição da figura do defensor do povo ou do provedor de justiça, que lhe correspondiam. Posteriormente, muitos órgãos de ouvidoria foram criados em empresas públicas e privadas, encarregados de encaminhar os pleitos dos usuários dos respectivos serviços.

do direito, mantêm, como pano de fundo, incursões à história do direito e ao direito comparado.

### 3.3 Considerações finais

Na conclusão deste panorama sobre o papel do direito comparado na história do direito brasileiro, cremos ser útil acentuar que:

- a) o recurso ao direito comparado, por parte dos legisladores e juristas nacionais, ocorre em todos os ramos do nosso direito, mesmo naqueles que não foram especialmente focalizados nesta comunicação, tais como o direito internacional privado, o direito internacional público, o direito eleitoral, etc.;
- b) a criação de novos ramos do direito, a exemplo do direito bancário, do direito aeronáutico, do direito societário, do direito do consumidor, etc., é uma das decorrências desse recurso ao comparatismo jurídico;
- c) no que se refere à jurisprudência, embora não o tenhamos suficientemente salientado, é bastante expressivo o recurso ao direito comparado. Há numerosos arestos em que a interpretação e a aplicação da lei se apóiam na doutrina e na prática jurídicas estrangeiras. Já lembramos que, nos primeiros tempos republicanos, a importação maciça de instituições do direito americano incluía o recurso à sua jurisprudência;
- d) quanto ao tipo de recepção, tivemos-las apenas parciais, as mais das vezes, ecléticas, jamais voluntárias globais, como no famoso exemplo da Turquia<sup>81</sup>;
- e) este ecletismo, a aclimação de instituições e regras importadas e, ainda, algumas orientações particulares de nossos juristas contribuíram para conferir traços originais ao direito brasileiro, malgrado o índice elevado de empréstimos aos sistemas estrangeiros;
- f) a respeito da associação da história do direito nacional e direito comparado, não se pode dizer que ela tenha igual relevo nos dois sentidos, pois que é, sobretudo nos estudos comparativos que se evocam, de hábito, os elementos históricos, o inverso sendo menos frequente, embora possam ser encontrados alguns trabalhos que, de modo irregular, adotam este procedimento.

---

81 Cf. da A. *O estudo das recepções de direito*, in: **Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Haroldo Valladão**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983, p.45-66.