

RIO DE JANEIRO — MAIO DE 1942

REVISTA FORENSE

MENSÁRIO NACIONAL DE DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

Fundadores

MENDES PIMENTEL e ESTEVAO PINTO

Diretor

BILAC PINTO

Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais

Redator-chefe

CARLOS MEDEIROS SILVA

Redatores-secretários

A. PEREIRA PINTO e VÍTOR NUNES LEAL

Redatores

C. A. LÚCIO BITTENCOURT — A. GONÇALVES DE OLIVEIRA — JOSÉ DE
AGUIAR DIAS — OSVALDO MAGON — J. GUIMARAES MENEGALE
OSCAR DE OLIVEIRA CARVALHO

Administração

Avenida Erasmo Braga, 12 — Caixa Postal. 269

Rio de Janeiro

BRASIL

EXPEDIENTE

PREÇOS

Ano em curso

Assinatura	140\$000
Assinatura encadernada	180\$000
Fascículo	15\$000
Volume brochado	40\$000
" encadernado	50\$000

Anos anteriores

Fascículo	20\$000
Volume brochado	50\$000
" encadernado	60\$000

As assinaturas da "REVISTA FORENSE" são pagas adiantadamente e podem ser tomadas em qualquer época do ano, mas compreenderão sempre os fascículos de janeiro a dezembro.

Tôdas as assinaturas são remetidas sob registo postal.

JURISPRUDÊNCIA DO TRABALHO

Visando melhor servir aos seus leitores, a "REVISTA FORENSE" iniciou, em janeiro, a publicação de acórdãos dos tribunais da Justiça do Trabalho.

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

Aos assinantes que desejarem conhecer o texto integral dos acórdãos publicados em resumo, forneceremos cópias dactilográficas, por preço reduzido.

O NOSSO DEPARTAMENTO DE PUBLICIDADE FORNECERA AOS INTERESSADOS TABELAS E ORÇAMENTOS PARA ANÚNCIOS.

★

ADMINISTRAÇÃO

AVENIDA ERASMO BRAGA, 12 — Esplanada do Castelo
Caixa Postal 269 — Fone 42-9573
RIO DE JANEIRO — (Brasil)

DOCTRINA

Premissas ao Estudo do Direito Comparado¹

TULLIO ASCARELLI

Professor das Universidades de Bolonha e de
São Paulo

SUMÁRIO: — I — 1.º O direito comparado. 2.º Funções do direito comparado. 3.º O direito comparado e o problema das qualificações no direito internacional privado. II — 1.º Critérios metodológicos no estudo do direito comparado. 2.º A unidade do sistema jurídico — A jurisprudência — Diversas relações entre legislação e jurisprudência — A prática contratual — As tendências da técnica jurídica. 3.º Ulteriores investigações necessárias ao estudo do direito comparado. 4.º Comparação. 5.º Premissas implícitas nos vários sistemas. 6.º Valor educacional do direito comparado. 7.º Direito comparado e história do direito. 8.º Direito comparado e construção dogmática. 9.º A construção dogmática baseada na comparação. 10.º Contra a concepção estatística do direito comparado. 11.º Identidade de soluções jurídicas e diversidade de resultados práticos e vice-versa. 12.º Programa das páginas seguintes. III — 1.º Relações patrimoniais entre cônjuges e direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. 2.º Relações patrimoniais entre cônjuges e regime das sociedades — Sociedades nulas irregulares. 3.º Autonomia de disciplinas jurídicas e unidade do sistema. 4.º Distinção entre direito cível e comercial. 5.º Consequências no terreno fiscal. 6.º Autonomia do direito comercial e diferente técnica do imposto sobre a renda. 7.º Ações nominativas e ações ao portador. 8.º En fait de meubles possession vaut titre.

O DIREITO COMPARADO

1.º O direito comparado é geralmente considerado como um dos ramos mais recentes da ciência jurídica. Indiscutivelmente assim é, se nos ativermos ao seu estudo sistemático, à publicação de livros, tratados ou revistas, à criação de institutos universitários e outros. Na realidade, porém, a preocupação da comparação jurídica é quase tão velha quanto o estudo do direito e a tendência a aproveitar a experiência estrangeira, na elaboração da legislação nacional, remonta a época muito remota.

E' muito conhecida a lenda da embaixada romana, enviada à Grécia, para estudar a legislação daquele país, por ocasião da elaboração das XII tábuas, o que demonstra como era considerada natural a preocupação da comparação jurídica.

A elaboração romanista do *jus gentium* encontra o seu fundamento na consciência da comunidade dos princípios jurídicos do mundo mediterrâneo, além dos limites das várias legislações territoriais.

¹ Tradução de Nicolau Naso.

A primeira e autêntica obra de comparação jurídica talvez seja constituída pela curiosa compilação do Baixo Império, conhecida pelo nome de "*Collatio legum romanarum et mosaicarum*". A ser verdadeira a tese — tão sagazmente sustentada há alguns anos por EDUARDO VOLTERRA — relativa à origem e aos fins dessa compilação, ela nos mostraria, desde o início, uma característica que, algumas vèzes, até hoje se encontra nas obras de comparação jurídica, isto é, a de tender, não raro, a degenerar em propaganda.

Encontramos, pois, a preocupação do direito comparado, mesmo remontando muito longe na história jurídica e poderíamos, se a capacidade não nos faltasse, acompanhar *pari passu* o desenvolvimento dessa disciplina, especialmente a partir do renascimento jurídico da esco'a de Bolonha e das obras que, então, foram dedicadas ao problema da comparação entre direito romano e direito longobardo, como a bem conhecida de CARLO DI TOCCO, ou a do direito romano e do direito inglês a partir de JOHN WYCLIFF e do "*De Laudibus Legis Angliæ*", de FORTESCUE.

A série dos estudiosos de direito comparado foi continuamente aumentando no decorrer do tempo, e das esporádicas referências dos séculos anteriores chegamos aos estudos frequentes e sistemáticos do século XIX; às investigações metódicas em tôrno, quer dos direitos antigos, quer dos das populações primitivas que ainda sobrevivem, quer dos direitos modernos; à fundação de revistas especializadas (em 1829 na Alemanha, por obra de MITTERMAIER e ZACHARIÆ; em 1834, na França; em 1869, na Bélgica e depois um pouco por tôda parte); de sociedades de estudo (a começar pela francesa, fundada em 1869) e de institutos universitários.

Não é êste o lugar para refazer a história dêsses estudos, bastante conhecida, aliás, de quem quer que tenha com êles certa familiaridade.

Não há jurista que não conheça, entre os estudiosos de etnologia jurídica, os nomes de SUMMER MAINE, MORGAN ou POST, para citar somente alguns, ao acaso; ou ignore a obra poliédrica, desenvolvida no âmbito do estudo do direito comparado por KOHLER; os estudos sutís realizados na comparação dos direitos antigos por KOSCHAKER, RABEL e outros; não lembre a obra desenvolvida na primeira metade do século passado por ZACHARIÆ, MITTERMAIER e outros.

A princípio, talvez a atenção se tenha dirigido especialmente para o estudo comparado dos direitos antigos e para os dos povos primitivos, talvez em virtude de uma tendência geral sociológica, assim como das exigências práticas despertadas nos estudiosos anglo-saxões pela expansão imperial inglesa.

O estudo comparado dos direitos vigentes dos povos civilizados, embora não tenha sido nunca descuidado, foi somente cultivado, talvez, sistematicamente, em um segundo momento. Não há quem não conheça a êsse propósito a fervorosa atividade do instituto de LAMBERT, em Lyon, do de LEVY ULLMANN, em Paris, do que foi fundado e dirigido por RABEL, em Berlim, do *Bureau* da Universidade de Harvard e do da American Bar Association e os numerosos e ótimos estudos publicados pelos estudiosos dessas escolas. Foi dessa forma que nestes últimos anos se foram multiplicando monografias de direito comparado. Por outro lado, foram-se formando os que chamarei de "instrumentos de trabalho para o estudo comparado dos direitos modernos". As coleções de leis e códigos, já numerosas no século XIX e, aliás, conhecidas também nos séculos anteriores, vieram juntar-se publicações a que chamarei "materiais" para o estudo do direito comparado (legislativos, jurisprudenciais, doutrinários). Todos os juristas conhecem as coleções de LAMBERT, de GALGANO e outras.

A estas vieram juntar-se depois obras sistemáticas de direito comparado, como o "Wörterbuch des vergleichenden Civil und Handelsrechts" ou coleções de códigos e leis estrangeiras anotadas comparativamente (como para os códigos civis na Alemanha, para as leis de seguros na Itália), de maneira a formarem uma primeira série de instrumentos para o estudo do direito comparado e sua orientação geral.

Não é difícil acentuar os benéficos efeitos desses estudos, comparando a doutrina jurídica atual e a de uns cinquenta anos atrás ou verificar em muitos institutos a benéfica influência da comparação jurídica.

Por outro lado, o movimento para a unificação internacional do direito, que se iniciara com a fundação da célebre associação de Gand, alcançava, desde os fins do século XIX, êxitos significativos, especialmente nas disciplinas jurídicas que, pela sua origem mais recente ou porque mais ligadas a negócios internacionais, mais se prestavam à unificação. No direito industrial, no marítimo, no cambiário, eram obtidos resultados que, embora humanamente imperfeitos, seria errôneo menosprezar. Ora fixando internacionalmente uma série de princípios fundamentais, ora chegando, por meio de convenções internacionais, a uma legislação uniforme, ora fixando uma legislação uniforme pelo menos para os negócios internacionais, ora, finalmente, através da elaboração de cláusulas contratuais propostas à adoção das partes e por estas de fato geralmente seguidas, a unificação internacional foi percorrendo o seu caminho, tal como, a despeito de guerras e contrastes, foi também ganhando terreno a consciência dos laços internacionais.

Não está nos meus propósitos traçar a história desse movimento, mas quero apenas manifestar a esperança de que êle possa continuar a assinalar êxitos e progressos.

FUNÇÕES DO DIREITO COMPARADO

2.º) O direito comparado representa um meio para alargar a nossa experiência jurídica no espaço, paralelamente ao que a história do direito representa na órbita do tempo; um meio, portanto, para chegar, através do enriquecimento da nossa experiência, a entender melhor os diversos sistemas jurídicos, considerados singularmente e, pois, a reconstruir os traços fundamentais do direito na civilização atual, ou em determinada época histórica, a compreender as relações entre o direito e a subjacente realidade social; as razões das diferenças jurídicas; a possibilidade de que os mesmos instrumentos jurídicos obtenham, em ambientes distintos, diferentes resultados práticos ou, então, que instrumentos jurídicos diversos alcancem, dada a correlata diversidade do ambiente, o mesmo resultado.

O direito comparado representa enfim um auxílio para o progresso legislativo dos diversos países, dado que oferece a possibilidade de utilizar as experiências legislativas alheias.

O estudo do direito comparado constitui a premissa para alcançar a desejada unificação legislativa entre os vários povos, relativamente a determinados institutos, como instrumento da cooperação internacional.

Na prática profissional, o direito comparado é indispensável, não só no estudo e na solução das frequentes questões que, em cada sistema jurídico, devem ser resolvidas com a aplicação da lei estrangeira, mas, também, para a organização das relações econômicas internacionais, que obviamente pressupõe o conhecimento dos direitos estrangeiros e a sua comparação.

O DIREITO COMPARADO E O PROBLEMA DAS QUALIFICAÇÕES NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

3.º) Um passo ulterior foi realizado há alguns anos por ERNESTO RABEL, sustentando que o difícil problema de direito internacional privado, que se costuma designar com o nome de qualificação jurídica, pode ser resolvido através do direito comparado. Segundo o ilustre professor, a qualificação deveria ser obtida, não de acôrdo com os dados de determinado sistema jurídico ou, como de maneira predominante se ensina, de acôrdo com a *lex fori* (pelo menos em sentido primário), mas de acôrdo com o estudo comparado do instituto. Há, sem dúvida, na teoria de RABEL, um princípio digno de atenta meditação; não é este, porém, o lugar para o seu exame entre as diversas teorias dos estudiosos do direito internacional privado.

Creio, entretanto, que êsse exame não é necessário para encontrar a justificação da utilidade do direito comparado.

II

CRITÉRIOS METODOLÓGICOS NO ESTUDO DO DIREITO COMPARADO

1.º) Mas para que a obra do estudioso de direito comparado seja útil e não se resolva num amontoado de noções, que pode, às vèzes, ser mais prejudicial que vantajoso, é necessário ter em mente algumas advertências.

Advertências muito simples, sem nenhuma pretensão de novidade, nem caráter de originalidade.

São, mais ou menos, as mesmas advertências que sempre foram feitas pelos estudiosos de direito comparado e especialmente pelos do direito comparado nos direitos modernos. Bastaria, nesse sentido, lembrar o velho livro de MICHELE AMARI, que concluiu, em substância, com uma advertência que resume o que contem estas páginas: o que é necessário estudar é o *direito* comparado e não simplesmente a *legislação* comparada, se não se quiser correr o risco de tirar conclusões que, pelo fato de não serem completas, seriam afinal erradas. Bastaria lembrar, em época posterior, o novo título dado, de caso pensado, em 1878, à revista alemã "Zeitschrift fur vergleichende Rechtswissenschaft", em contraste com o que fôra adotado em 1829, "Kritische Zeitschrift fur Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes". Não era, aliás, outro o ensinamento de HOTOMAN no século XVI, nem o de BODIN no seu "*methodus ad facilem historiarum cognitionem*", em que se encontram antecipadas muitas observações depois desenvolvidas sucessivamente.

A UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

2.º) E', realmente, necessário ter sempre presente a unidade do sistema jurídico em seu conjunto. O alcance da solução legislativa do problema aparentemente mais modesto não pode, muitas vèzes, ser compreendido, se não se atender à unidade do sistema e à influência que sôbre cada problema exercem os seus princípios gerais, bem como a possível subsistência de institutos paralelos.

A JURISPRUDÊNCIA

Ao lado da legislação, é indispensável não esquecer a jurisprudência: o direito é, historicamente, o que é diariamente aplicado e seguido; e, frequentemente, entre o direito que está na lei e o direito vivo aplicado quotidianamente pela jurisprudência, há uma diferença, que pode ser bastante acentuada.

Isso é verdadeiro, não só para o sistema inglês, em que a jurisprudência adquire, como é sabido, particular importância, através do reconhecimento do valor

geral do precedente jurisprudencial, mas, também, nos sistemas de base romanista. A diferença prática entre esses dois sistemas é, a esse respeito, menor do que a teórica, pois, na realidade, mesmo nos sistemas de base romanista, a jurisprudência tende a cristalizar-se em máximas constantes, que praticamente não podem ser *overruled*, para usarmos o termo inglês.

DIVERSAS RELAÇÕES ENTRE A LEGISLAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA

Talvez a diferença entre direito legislativo e aplicação jurisprudencial seja particularmente acentuada em duas hipóteses.

Quando a lei está em vigor há muitos anos, é frequente o caso de a jurisprudência tê-la interpretado, integrando-a, modificando-a, até torná-la irreconhecível. Mesmo sem lembrar o sistema inglês, baseado, como é sabido, em princípios diferentes dos dominantes em outros países acerca do valor do precedente jurisprudencial, basta recordarmos a obra da jurisprudência francesa sobre o código napoleônico.

E' frequente, nesta hipótese, não só a conquista de novas soluções ou a elaboração de novos institutos, mas, também, a elaboração de uma dogmática. A doutrina e a jurisprudência, nesses casos, preparam a nova legislação.

Quando, ao contrário, a lei é recente e produto de uma ordem de idéias distinta da dominante no momento de sua decretação, pode verificar-se um fenómeno oposto, isto é, a tendência da doutrina e da jurisprudência para interpretar a nova lei com os velhos princípios. Pode acontecer, então, que, em lugar de a doutrina, preparar o caminho para uma nova legislação, prepare a legislação o caminho para uma nova doutrina.

Talvez seja esta a hipótese a verificar-se no Brasil com o novo Código de Processo Civil. Permita-se-me, nesse sentido, chamar a atenção também para as necessárias consequências dos princípios do novo Código de Processo na dogmática do direito privado.

Por isso, em ambas as hipóteses acima enumeradas, é errôneo examinar a legislação, descuidando a sua aplicação jurisprudencial.

A PRÁTICA CONTRATUAL

Não é somente necessário, ao lado da lei, tomar em consideração a jurisprudência e a doutrina, mas se faz mister levar em conta também a prática contratual. As diversas leis consideram determinadas praxes contratuais e, por seu turno, o alcance das leis é diferente, consoante a prática contratual que é efetivamente seguida e, com muita frequência, de acôrdo com a diferente reação da prática contratual perante a lei. A norma da lei torna-se, com frequência, um corpo morto e quase desprovido de significação para os que não levam em conta a prática comercial. Como seria possível, por exemplo, sem o estudo dos estatutos sociais, compreender o real alcance das leis das sociedades anônimas na Europa ou na América do Norte?

Por seu turno, não são raros os institutos, especialmente no direito comercial, que, ignorados ou quase desconhecidos pela legislação, encontram a sua disciplina na prática contratual. Como seria possível, por exemplo, fora do estudo da prática contratual, compreender a disciplina jurídica das vendas marítimas ou do crédito bancário confirmado? Frequentemente a prática comercial introduz cláusulas, usos ou, francamente, contratos diferentes, de acôrdo com a diversidade do objeto econômico. Há, na prática contratual moderna, a tendência para levar em conta a diversidade do objeto (elaborando, por exemplo, cláusulas contratuais diferentes para a venda de gêneros agrícolas e para a de produtos minerais; para o algodão, a sêda, a lã, o café e outros) e para fazer corresponder aos diversos objetos esquemas contratuais diferentes, frequentemente, pois, com al-

cance internacional. Esta tendência, por um lado, contrasta com a orientação legislativa tradicional, e, por outro, encontra um paralelo em orientações legislativas recentes, sobre cuja significação me entretive de outra feita.

AS TENDÊNCIAS DA TÉCNICA JURÍDICA

Da mesma forma por que se deve levar em conta a prática contratual, também, aparentemente, quase no extremo oposto, deve-se levar em conta a técnica jurídica: a maneira particular por que as várias doutrinas e as várias jurisprudências reconstróem a espécie jurídica; o diferente alcance que, nas várias doutrinas e nas várias jurisprudências, adquirem conceitos gerais que, no entanto, são aparentemente idênticos; a tendência a servir-se, de maneira predominante, de um ou outro instrumento jurídico na solução das diversas questões; a resolvê-las no terreno do direito substancial ou no do direito processual e assim por diante.

Não é difícil notar que, com frequência, as peculiaridades nacionais dos vários povos, as suas tradições, as suas crenças, as suas diversas características, influem ainda mais na maneira de considerar determinados problemas jurídicos do que na solução prática dada a determinados conflitos de interesses.

O estudo do direito comparado deve, em substância, averiguar a solução jurídica como é ela efetivamente, no seu alcance, servindo-se para esse fim de todos os elementos que concorrem para essa determinação.

ULTERIORES INVESTIGAÇÕES NECESSÁRIAS NO ESTUDO DO DIREITO COMPARADO

3.º) Essa obra constitui, porém, apenas um primeiro passo, pois a solução jurídica somente pode ser convenientemente entendida colocando-a no seu ambiente, pondo-a em relação com todos os elementos de determinado desenvolvimento histórico ou jurídico; com as peculiaridades nacionais de um povo, bem como com a sua constituição econômica; as suas tradições, as suas crenças; as suas orientações filosóficas, as suas opiniões mais difundidas acerca do Estado, do direito, da história; o desenvolvimento da sua riqueza; a diretriz da sua indústria; os sistemas técnicos das suas culturas agrícolas e até com os hábitos quotidianos de cada povo e assim por diante.

Somente através desse exame integral, que nenhum estudioso está na altura de realizar, mas que deve constituir o seu ideal, é que pode ser reconstruído o alcance da solução jurídica, compreendendo-se as razões, descobrindo-se o porquê de determinada solução.

COMPARAÇÃO

4.º) Somente depois de serem as várias soluções jurídicas entendidas no seu alcance real e nas suas razões é que a comparação pode ter sentido e as várias soluções ser aproximadas, entendendo as razões das suas analogias e das suas diferenças.

PREMISSAS IMPLÍCITAS AOS VÁRIOS SISTEMAS

5.º) Esta obra é, com frequência, por demais árdua, porque, ao contrário do que se pensa, as doutrinas nacionais omitem, às vezes, a indicação de características que, no entanto, são das mais importantes nos diversos direitos. A omissão é fácil, porque, tratando-se, quase sempre, de elementos muito familiares aos leitores nacionais, pode parecer implícito o seu conhecimento. Mas o estudioso de direito comparado encontra, com frequência, a chave da explicação justamente nos elementos silenciados pela doutrina nacional do direito que ele escolheu para objeto do seu exame.

E' por isso que, através do estudo do direito comparado, somos frequentemente levados a investigar o que chamarei "premissas implícitas nos diversos direitos", premissas geralmente silenciadas, às vezes quase inconscientes, mas que, no entanto, são de importância fundamental para entender o alcance das soluções jurídicas, bem como para explicar a diretriz da evolução de determinado direito.

Por este caminho é que o estudioso do direito comparado acaba por tornar-se consciente das premissas e das características do próprio direito nacional. Estudando o direito estrangeiro e descobrindo-lhe as premissas, geralmente diferentes das do próprio direito nacional, o estudioso do direito comparado acaba por tornar-se consciente também das premissas do próprio direito e ocorrer-lhe-á, mais de uma vez, encontrar, ao cabo do estudo de um direito estrangeiro, uma explicação melhor de alguns problemas jurídicos nacionais. E', aliás, o que, em âmbito mais vasto, acontece com os que, viajando longe de sua pátria, são levados a compreender, através da observação dos países estrangeiros, as características do seu próprio país e colhem, em toda a sua plenitude, dados de seu próprio país que talvez, pelo fato de lhe parecerem naturais, haviam anteriormente passado quase despercebidos.

VALOR EDUCACIONAL DO DIREITO COMPARADO

6.º) Através dessa reconstrução integral e desse alargamento da experiência jurídica é que o estudo do direito comparado acaba a sua contribuição, não só para a solução de uma série de questões práticas e para o progresso jurídico nacional e internacional, mas também para o melhor conhecimento do fenômeno jurídico. O estudo do direito comparado acaba por mostrar, como talvez nenhum outro, o jogo contínuo das relações entre as premissas econômicas, sociais, históricas e outras, de um lado, e a solução jurídica, de outro. Nenhum outro estudo oferece, como o do direito comparado, a possibilidade de colher ao vivo, numa experiência concreta, o direito no seu ambiente social e de verificar todas as influências recíprocas, de vê-las, por assim dizer, em ação. Nenhum outro estudo enseja acompanhar, de um lado, a tradução em termos jurídicos do problema econômico e social, e do outro, colher o real alcance econômico e social do problema jurídico. E' por isso que o estudo do direito comparado permite captar, melhor que qualquer outro, a substância, econômica ou social, de um princípio jurídico.

Auspicia, assim, distinguir no estudo dos diversos direitos, a substância da solução jurídica, no seu alcance econômico ou social, e a que poderia dizer-se a sua peculiaridade técnica.

DIREITO COMPARADO E HISTÓRIA DO DIREITO

7.º) Por esse caminho é possível, sem pretender acorrentar a história a uma concepção mecânica e fatalista, descobrir os traços gerais do direito e da evolução jurídica, comuns aos diversos países, e os particulares ou transeuntes. E' então possível proceder com maior consciência à escolha dos materiais fornecidos pela observação e pelo estudo, que é premissa de toda reconstrução jurídica no terreno histórico, como no dogmático.

Quer no estudo histórico, quer na construção dogmática de um instituto jurídico, é necessário, realmente, proceder a uma escolha entre os vários dados, afim de distinguir os mais gerais dos mais particulares, os essenciais dos acidentais; e essa escolha constitui a premissa necessária, tanto para a reconstrução da evolução histórica, como para a construção dogmática do instituto.

A função do direito comparado revela-se justamente neste terreno. Um dos maiores historiadores contemporâneos, HENRI PIRENNE, dedicava-lhe, há uma

quinzena de anos, um ensaio magistral, com referência à utilidade das investigações comparatistas no terreno histórico.

DIREITO COMPARADO E CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA

8.º) Atrevo-me a acrescentar que essa utilidade não é menor no terreno dogmático. A missão mais difícil da investigação dogmática consiste, justamente, em separar, entre as várias características de um instituto, as que são essenciais, e em colocá-las como fundamento da construção dogmática e, por isso, como premissa para a aplicação analógica.

O fim e a justificação da investigação dogmática consistem justamente no fato de que ela constitui um instrumento para resolver os novos problemas que a vida vem sempre propondo, mantendo a necessária continuidade ideal entre as soluções já aceitas e as que são propostas para os novos problemas.

Justamente por isso, a maior dificuldade na construção dogmática consiste na escolha dos vários dados jurídicos, para individualizar os que, no seu desenvolvimento, melhor podem permitir alcançar a solução dos novos problemas, embora observando a continuidade ideal e a necessária harmonia com as soluções aceitas para os problemas resolvidos anteriormente.

Ao preencher essa função, o estudo do direito comparado revela-se de utilidade singular, de um duplo ponto de vista.

Em primeiro lugar, na construção dogmática de um instituto em relação a cada sistema nacional, mesmo isoladamente considerado. O conhecimento do direito comparado permite-nos, realmente, como já lembrei, apreender mais integralmente também os diversos direitos nacionais, isoladamente considerados: perceber o alcance e as razões das suas soluções; descobrirmos as "premissas implícitas", próprias dos vários direitos, e a que nos referimos há pouco. É evidente que, por esse caminho, o estudo do direito comparado nos presta o seu auxílio para discernir, em cada direito nacional, considerado isoladamente, as características essenciais e as acidentais dos vários institutos.

Coopera, assim, na construção dogmática dos vários institutos do ponto de vista de cada direito nacional, singularmente considerado.

A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA BASEADA NA COMPARAÇÃO

9.º) Em segundo lugar, é evidente que o estudo do direito comparado permite a construção dogmática dos vários institutos, no terreno do direito comparado, isto é, levando em conta, não as suas características essenciais, relativamente a determinado direito, mas as suas características essenciais em todos os direitos e, por isso, discernindo as características constantes dos vários direitos e as peculiares de cada um.

É assim que o estudo do direito comparado constitui a premissa da unificação jurídica internacional.

CONTRA A CONCEPÇÃO ESTATÍSTICA DO DIREITO COMPARADO

10.º) Mas para que o estudo do direito comparado possa preencher a sua função prática e, ainda mais, a de educação e formação cultural, é precisamente necessário que ele seja entendido no seu alcance real, de estudo integral do fenômeno jurídico em relação ao seu ambiente, e não se reduza a simples catálogo de artigos de legislações estrangeiras.

A natural preguiça humana e a extraordinária facilidade de, com o simples auxílio de uma biblioteca, mais do que com o da própria meditação, catalogar uma série de artigos de lei ou de citações de doutrina estrangeira, é, talvez, a causa da tendência que denominarei "concepção estatística do direito comparado".

Julga-se, por vêzes, oferecer um quadro do direito comparado através de uma série de artigos de lei, ou reproduzindo uma série de citações doutrinárias, com frequência, aliás, mal escolhidas. Esquece-se, então, que êsses artigos de lei podem praticamente ter um alcance muito diferente em relação às soluções adotadas em outros institutos; que êles podem ser interpretados de maneira diferente pelas várias jurisprudências e podem decorrer de conceitos gerais que, por seu turno, teem alcance diferente; que podem ter significação econômica diversa, em relação aos diversos hábitos da prática contratual; que diferente pode ser a razão da adoção da mesma solução em relação às diversidades dos vários países.

Semelhante concepção estatística não pode ter a pretensão de representar o estudo do direito comparado. Através dêsse sistema, podem, quando muito, colher-se materiais, que devem depois ser objeto de elaboração, para chegar a resultados de direito comparado.

IDENTIDADE DE SOLUÇÕES JURÍDICAS E DIVERSIDADE DE RESULTADOS PRÁTICOS E VICE-VERSA

11.º) Com frequência, como já lembrei, a identidade das soluções jurídicas esconde uma diversidade de resultados práticos, desde que se entenda o real alcance da solução, em função dos vários dados que a determinam; geralmente, ao contrário, a diversidade das soluções jurídicas esconde, pela mesma razão, uma identidade de resultados práticos.

Não é difícil observar o que se poderia chamar — “a fungibilidade do instrumento jurídico relativamente ao fim econômico e a fungibilidade do fim econômico relativamente aos instrumentos jurídicos”.

Êste é um assunto a que historiadores do direito e estudiosos dos novísimos fenômenos jurídicos dedicaram muitas vêzes a sua atenção e o leitor me perdoará se, compartilhando da responsabilidade nessa orientação de estudos, que, em outras oportunidades, chamei de dinâmica jurídica, não me detenho demoradamente sobre o assunto.

Convém apenas lembrar que essa fungibilidade, já estudada também no âmbito de um único direito, é naturalmente muito maior uma vez que os institutos sejam estudados no terreno do direito comparado.

PROGRAMA DAS PÁGINAS SEGUINTE

12.º) As páginas que se seguem teem somente o modesto intuito de ilustrar, com algumas exemplificações, as afirmações anteriores, para chegar depois a uma tentativa de identificar, de maneira mais precisa, o que vem a ser o objeto do estudo do direito comparado.

III

RELAÇÕES PATRIMONIAIS ENTRE CONJUGES

1.º) O primeiro exemplo que me permito aduzir é o a que chamarei “clássico”, porque é por todos lembrado, como o da relação entre o regime patrimonial dos cônjuges nos vários direitos e os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente.

E' êsse, talvez, o exemplo clássico que sempre se costuma recordar, para demonstrar a necessidade de levar em conta, no estudo do direito comparado, não só a solução jurídica dos vários direitos, no problema que é objeto do exame, mas também a unidade de todo o sistema.

E' realmente evidente que a apreciação de conjunto da situação patrimonial do cônjuge sobrevivente somente pode ser levada a efeito, quando se levem em conta, ao lado das normas do direito sucessório, as que disciplinam as relações patrimoniais dos cônjuges.

E' evidente, por isso, que, nos sistemas em que o regime legal das relações entre os cônjuges, é o da separação dos bens e em que é limitada a possibilidade da integral comunhão dos bens (como o sistema italiano), o cônjuge sobrevivente encontra depois maior proteção em matéria sucessória. Nos sistemas em que o regime legal é o da comunhão dos bens (como o sistema francês e o brasileiro) e em que até alguns princípios da comunhão prevalecem, no caso em que se tenha convencionado a separação (art. 259 do código brasileiro), serão menores os direitos hereditários do cônjuge sobrevivente.

O exemplo, como disse, é clássico; e clássico é acrescentar que uma integral apreciação da situação somente pode ser obtida, por seu turno, tendo presente o diferente conceito de herdeiro nas várias legislações. Limite-me, a êsse propósito, a lembrar a legislação francesa e a italiana, tratando-se de dois países latinos.

A maior proteção que todos os sistemas modernos vieram paulatinamente concedendo, no terreno patrimonial, à mulher casada, manifesta-se, na evolução legislativa francesa, através de uma série de normas especiais, que limitam ou atenuam os princípios da comunhão e que, como tais, não teem equivalente legal na legislação italiana.

A mesma tendência se observa na Itália, através do aumento dos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente no recente Código Civil.

RELAÇÕES PATRIMONIAIS ENTRE CÔNJUGES E REGIME DAS SOCIEDADES

2.º) Nem é necessário acentuar que essas diferenças, por seu turno, exercem influência até sobre problemas que, no entanto, podem parecer muito afastados das mesmas.

E' assim que, talvez também sob a influência do diferente regime legal patrimonial entre os cônjuges e argumentando também com as diversas normas sobre a venda entre cônjuges (proibida na França e permitida na Itália), a jurisprudência francesa e, em parte, a doutrina, declaram nulas as sociedades comerciais entre cônjuges, consideradas válidas, entretanto, pela jurisprudência italiana e pela doutrina aí dominante.

SOCIEDADES NULAS E IRREGULARES

Pode-se acrescentar que, justamente em consequência da nulidade da sociedade entre cônjuges, a prática francesa conhece elevada percentagem de sociedades nulas, raríssimas na prática italiana, desde que se faça abstração dos vícios de forma que, aliás, a praxe italiana considera geralmente como causa de irregularidade e não de nulidade.

Por seu turno, a importância que assim apresenta na prática francesa a hipótese da sociedade nula, conduz a doutrina e a jurisprudência francesas a aprofundar êsse problema, quase descuidado na doutrina italiana mais recente e conhecido da doutrina mais antiga, mais sensível à influência francesa.

O caso central na doutrina das sociedades nulas e francesas, e ponto de partida da evolução jurisprudencial, é, talvez, o das sociedades entre cônjuges, isto é, justamente o caso que não dá lugar à nulidade no sistema italiano.

E' evidente, então, que diferente é o alcance prático das várias soluções, embora semelhantes, dadas nos dois sistemas ao problema da nulidade da sociedade; diferente o alcance prático da distinção entre sociedade irregular e sociedade nula (de fato); entre vício de publicidade e vício de nulidade.

AUTONOMIA DE DISCIPLINAS JURÍDICAS E UNIDADE DO SISTEMA

3.º) A distinção das várias disciplinas jurídicas, a autonomia de determinadas partes do direito, que hoje talvez tende a estabelecer, com demasiada facilidade

dade, novos ramos, não deve, por isso, fazer esquecer a unidade do sistema e a necessária relação que sempre intercorre entre todos os institutos e tôdas as soluções.

Se há um conjunto de normas que — constituam ou não um direito autônomo (e pessoalmente estarei entre os que o afirmam) — apresente, por certo, caráter particular, é êle constituído pelas normas fiscais.

E, no entanto, também a êsse propósito é difícil entender o alcance das normas fiscais nos vários países, se não se tiver presente a influência exercida pelos princípios gerais.

França, Brasil e Itália (até 21 de abril de 1942) conhecem a distinção entre direito comercial e direito civil e com frequência nos referimos a essa distinção, como se fôra idêntica nos três países.

E' sabido, no entanto, que ela é diversa e que o conceito italiano de ato de comércio é muito mais vasto que o francês.

Isso, e dizêmo-lo entre parêntese, explica porque a doutrina italiana dominante nega, a despeito das tentativas de ROCCO, a possibilidade de formular um conceito geral de ato de comércio, admitido, no entanto, pela doutrina francesa dominante.

CONSEQUÊNCIAS NO TERRENO FISCAL

5.º) Deseja-se um exemplo da consequência dessa diversidade de amplitude no conceito de ato de comércio, na apreciação das normas fiscais e uma consequência que, talvez, não decorra tanto da diversa letra da norma, quanto da orientação das doutrinas e das jurisprudências?

A atividade dos chamados agentes ou representantes de comércio, considerada fiscalmente como atividade comercial na Itália, não o é em França, sendo, consequentemente, submetida a sistema fiscal que é diferente daquele a que são submetidas as empresas similares na Itália; e isso em relação à influência dos princípios gerais sobre a distinção entre atividade civil e comercial, que seria talvez difícil descobrir, através do simples estudo das diversas leis fiscais.

AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL E DIFERENTE TÉCNICA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA

6.º) No sistema anglo-saxão, não se conhece distinção entre direito comercial e civil, e falta, consequentemente, o conceito do ato de comércio.

Eis então que, em problema tão particular, como o que se refere ao conceito de renda sujeita a imposto sobre a renda e à distinção entre renda e aumento de valor de um bem, a diversidade de orientação geral acaba por exercer a sua influência.

Na França e na Itália, dir-se-á que o especulador de bolsa, que compra títulos para revender, ou o especulador imobiliário, que compra imóveis para revender, estão sujeitos ao imposto sobre a renda, pelo lucro assim realizado; acrescentar-se-á que, ao revés, o aumento de valor do imóvel ou do título de bolsa, para quem neles inverteu o próprio capital, não representa renda e não pode, por isso, ser atingido pelo imposto sobre a renda, sem modificar ou alargar o alcance deste conceito.

Nos Estados Unidos, entretanto, o problema não pode ser pôsto nesses termos e dever-se-á, ao contrário, distinguir entre o lucro realizado na venda de bem que permanecera por muito tempo e o realizado na venda de bem que ficara por pouco tempo na posse do contribuinte. A lei do imposto sobre a renda nos Estados Unidos distingue, realmente, entre os bens vendidos antes ou depois de 18 ou 24 meses da sua aquisição.

Eis como uma questão de caráter geral, que se prende à distinção ou à falta de distinção entre direito comercial e direito civil, acaba por dar lugar a uma técnica diferente no imposto sobre a renda e a um critério diferente para distinguir a renda em sentido estrito, do aumento de valor de um bem capital, independentemente da questão à parte da tributação deste último e da medida dessa tributação.

AÇÕES NOMINATIVAS E AÇÕES AO PORTADOR

7.º) Tomemos outro exemplo. Os Estados Unidos ignoram as ações ao portador de sociedades comerciais; os sistemas da Europa continental e da América latina acolhem, ao contrário, o conceito da ação ao portador e praticamente até, especialmente na Europa continental, são estas as ações infinitamente mais espalhadas.

Torna-se, acaso, necessário acentuar como semelhante diferença influe, ainda, antes que na solução, na conceituação dos vários problemas?

O fiscalista nos dirá que nos Estados Unidos falta uma tributação especial das ações ao portador, existente, no entanto, nos sistemas da Europa continental e da América latina. O estudioso norte-americano não terá motivos para preocupar-se com essa tributação especial ou com a sua justificação e investigar se representa ou não um substituto do imposto progressivo.

O estudioso do mercado financeiro deverá, naturalmente, ocupar-se de problemas diversos, consoante se trate de um mercado bolsista com ações nominativas ou de um mercado bolsista com ações ao portador. Os mesmos efeitos econômicos, os mesmos resultados especulativos, as mesmas vantagens ou inconvenientes poderão, por certo, encontrar-se (e realmente se encontram) nos dois mercados, mas com técnica diferente.

O estudioso das sociedades comerciais, por seu turno, deverá defrontar problemas diversos e diversa poderá ser a técnica usada nos dois casos, para alcançar o mesmo efeito econômico. Sirva de exemplo o açambarcamento dos votos por ocasião das assembleias. Diversa, portanto, será a técnica da reação legislativa contra a prática do açambarcamento dos votos, apesar da analogia do problema econômico que se pretende resolver.

O estudioso das sucessões e o das doações, por seu lado, defrontar-se-ão com problemas distintos, e eles também dirão com frequência que diverso pode ser, conseqüentemente, o instrumento jurídico para a obtenção de um mesmo efeito econômico, ou diverso o efeito econômico a despeito da aparente identidade do instrumento jurídico.

"EN FAIT DE MEUBLES POSSESSION VAUT TITRE"

8.º) O princípio *en fait de meubles possession (de bonne foi) vaut titre* é dos que encontram acolhida em quase todos os sistemas. Não foi, no entanto, acolhido no Código Civil brasileiro.

E' evidente, por consequência, que diferente é a disciplina dos títulos ao portador. No sistema brasileiro, não prevalece, nem para os títulos ao portador, o referido princípio; prevalece, no entanto, para os títulos ao portador, bem como para as coisas móveis em geral, no sistema francês, com exceção dos casos de extravio ou furto; no sistema italiano, dá-se até um passo mais para a frente e se admite que, para os títulos ao portador, diferentemente do que se verifica com as coisas móveis em geral, o referido princípio vale também nos casos de extravio e furto (art. 57, Cód. Com. it.). Exclue-se até para os títulos ao portador em geral (chamados títulos ao portador de circulação ordinária) a possibilidade do processo de anulação, admitindo-se somente a reivindicação em relação ao possuidor

de má fé. Quem percorre a doutrina italiana mais recente em matéria de títulos de crédito, não tarda a perceber que é justamente o princípio *en fait de meubles* que constitue o ponto de partida da construção teórica. E' êle, por exemplo, o invocado para demonstrar a unilateralidade do ato que preside à emissão do título ao portador; para resolver a discussão entre a chamada teoria da criação e a da emissão e assim por diante. O Código brasileiro resolve explicitamente êsses problemas no domínio legislativo e os resolve em sentido correspondente ao da dominante doutrina italiana (isto é, admitindo a unilateralidade e, ao que me parece, dado o art. 1.506, a teoria da criação). A identidade da solução coordena-se assim com uma diferença justamente no problema que constitue o ponto de partida da doutrina italiana, para chegar às soluções legislativamente consagradas no Código brasileiro.

Na cambial, o princípio *en fait de meubles* é, ao que me parece, acolhido no sistema brasileiro (art. 36, § 5.º, e art. 39, § 2.º, do Dec. n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908) com regras correspondentes às da legislação italiana e às atuais da convenção de Genebra (o art. 39, § 2.º, pode realmente ser aproximado ao art. 16 da convenção de Genebra), ou seja, mesmo para os títulos perdidos ou furtados.

Por isso, enquanto no sistema italiano o possuidor do título ao portador é, talvez, mais protegido que o portador da cambial, no direito brasileiro ocorre o contrário.

(Continua)

