



Prisma Jurídico  
ISSN: 1677-4760  
prismajuridico@uninove.br  
Universidade Nove de Julho  
Brasil

de Lyra Tavares, Ana Lucia  
Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro  
Prisma Jurídico, núm. 5, 2006, pp. 59-77  
Universidade Nove de Julho  
São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93400504>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica  
Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal  
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

# Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro

Ana Lucia de Lyra Tavares

Doutora em Direito – Univ. Paris II;  
Professora de Direito Comparado dos Programas de Graduação  
e Pós-Graduação – PUC-RJ.  
Rio de Janeiro – RJ [Brasil]  
[alltavar@openlink.com.br](mailto:alltavar@openlink.com.br)

▼ Neste trabalho, focaliza-se a tradicional influência do direito estrangeiro em nosso ordenamento jurídico, por meio de exemplos incidentes, sobretudo no campo das fontes legislativas e jurisprudenciais. Recentemente, tem-se observado, também, a utilização, mais frequente, do recurso ao direito comparado, com ênfase em sua natureza científica, seja como fornecedor de dados, resultante de comparações entre sistemas jurídicos, nos sentidos estrito e lato, seja como indicador de peculiaridades que devem nortear aqueles que promovem recepções de direito.

**Palavras-chave:** Direito brasileiro. Direito comparado. Fontes estrangeiras. Recepções de direito.

# 1 Introdução

Na obra do professor Miguel Reale, sempre nos impressionou a permanente atenção que conferia ao direito comparado. Em seus escritos introdutórios ao conhecimento do direito, deparávamo-nos com extensas considerações sobre a importância dessa matéria. Assinalava o mestre aqui homenageado: “O Direito Comparado é um dos campos de pesquisa de maior importância na ciência de nossos dias [...]” (REALE, 1978, p. 305). Este reconhecimento da relevância dos estudos juscomparativos era associado ao ensino dos princípios gerais do direito, que, por natureza, não deveriam ser examinados apenas sob a perspectiva do direito pátrio, mas à luz do exame comparativo de outras legislações. E arrematava: “[...] os princípios gerais do direito seriam os do direito comparado [...]” (REALE, 1978, p. 304). Sua participação habitual nos congressos internacionais de direito comparado não era, pois, surpreendente. Tivemos a oportunidade de encontrá-lo, mais de uma vez, nessas reuniões internacionais. Associando-nos à homenagem prestada pelos professores Carlos Eduardo Boucault e Alfredo Attié Júnior, pensamos em destacar a contribuição do direito comparado para as fontes do direito brasileiro, lembrando, obrigatoriamente, o precedente estudo da comparatista, professora Ana Maria Villela (1972), homenageada, em 2004, em número especial da *Revista de Informação Legislativa*. Partindo de algumas considerações sobre a tradicional abertura de nosso direito às fontes de direito estrangeiro, procuraremos evocar o papel do direito comparado na produção legislativa, jurisprudencial e doutrinária de nosso país.

## 2 Abertura tradicional do direito brasileiro às fontes de direito estrangeiro

### 2.1 Premissas: fontes de direito, direito estrangeiro, direito comparado

O conceito de fontes nem sempre é pacífico, entendendo alguns que elas se subdividem em formais, por meio das quais o direito se manifesta, e materiais – a vida social como um todo que fornece o conteúdo daquelas formas de manifestação. Para Miguel Reale (1978), fontes de direito seriam apenas as formais, uma vez que a identificação das fontes materiais, que não possuem caráter normativo, estaria no âmbito da Sociologia Jurídica, e não no da Ciência do Direito. A idéia fundamental, a seu ver, na conceituação de fonte de direito, seria a obrigatoriedade da norma, chegando à seguinte conceituação: “[...] a fonte de direito é uma estrutura normativa capacitada a instaurar normas jurídicas em função de fatos e valores, graças ao poder que lhe é inerente” (REALE, 1994, p. 15). Nessa linha de raciocínio, acentuava o jusfilósofo que a doutrina não era fonte de direito, por não possuir caráter obrigatório:

[...] a doutrina, ao contrário do que sustentam alguns, não é fonte do direito, uma vez que as posições teóricas, por maior que seja a força cultural de seus expositores, não dispõem de per si do poder de obrigar. É a razão pela qual [...] a doutrina não gera modelos jurídicos, propriamente ditos, que são sempre prescritivos, mas sim modelos dogmáticos ou hermenêuticos. (REALE, 1994, p.12).

Num entendimento sociojurídico, contudo, os subsídios oriundos do direito estrangeiro poderiam ser considerados fontes de direito. Entretanto, atendo-nos ao conceito essencialmente jurídico fixado pelo mestre, propusmo-nos, neste trabalho, a acentuar a importância do direito comparado sobre o conteúdo das fontes legislativas e jurisprudenciais.

Nesse contexto, cabe recordar que o direito estrangeiro, que representa o conjunto de fontes de direito de um outro país, não se confunde com o comparado. O conhecimento do primeiro constitui, obviamente, pré-requisito para a prática do segundo, que se caracteriza pela

aplicação do método comparativo a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais, pertencentes, ou não, ao mesmo sistema jurídico. Busca identificar semelhanças e diferenças quanto a pontos específicos (micro-comparação) ou em relação a traços diferenciais, estruturais ou históricos, de dois ou mais sistemas jurídicos (macrocomparação). Assinale-se que a classificação dos sistemas jurídicos contemporâneos proposta pelo grande comparatista que foi o Professor René David, impôs-se, naturalmente, em meio a uma diversidade de tantas outras, oriundas dos mais distintos critérios, por sua lógica, abrangente e simples. Com base nos critérios de matrizes históricas, estruturais – compreendendo o próprio entendimento do que é o direito e as formas de ordenamento de suas regras – e de fontes, incluindo a sua hierarquia, o professor David identificou, como sabemos, três grandes sistemas jurídicos: romano-germânico, *common law* e socialista, além de direitos de menor influência geral, como os religiosos – muçulmano, ao lado de um direito leigo islâmico e hindu, coexistindo com outro leigo indiano; os filosóficos orientais (chinês e japonês), os consuetudinários, africanos, e os mistos. Apesar de seus méritos e de sua receptividade duradoura, essa classificação não está isenta de reparos, como a não-inclusão do direito judaico entre os direitos religiosos. A obra clássica, em que o professor René David expôs, magistralmente, esses grandes sistemas jurídicos, teve sucessivas edições e numerosas traduções, inclusive no Brasil<sup>1</sup>.

Os sistemas jurídicos constituem, por certo, o substrato do direito comparado, que vai além, porque é pela aplicação do método comparativo nos diversos sistemas que se obtêm dados relevantes não apenas para o aprimoramento dos direitos nacionais, mas também valiosas orientações para a confecção de instrumentos jurídicos supranacionais. O acompanhamento do percurso de institutos e regras de direito por diferentes sistemas jurídicos, em sentido amplo ou restrito, com seus efeitos de assimilação e de eventuais rejeições, integra, por igual, o campo do direito comparado, nos exames das recepções de direito ou, conforme o caso, nos das circulações

de modelos jurídicos. Não se trata, portanto, de mera aplicação do método comparativo ao direito, como entendem alguns estudiosos da matéria, mas de uma verdadeira ciência, constituindo-se em disciplina auxiliar para o estudo do direito (PEREIRA, 1952).

Pretendemos, pois, enfatizar que não apenas o direito estrangeiro, mas também o comparado, por sua natureza científica, contribui em para o enriquecimento do conteúdo das fontes do direito brasileiro, as quais, em decorrência da idéia de obrigatoriedade que lhes é imanente, conforme lição do professor Miguel Reale, seriam as seguintes: costumes jurídicos, lei, jurisprudência e negócios jurídicos. Em nosso exame, daremos destaque à lei e à jurisprudência.

## **2.2 Influência tradicional do direito estrangeiro nas fontes do direito brasileiro**

Em estudo pioneiro, Athanase Papachristos examinou, na ótica da sociologia jurídica, as causas, os agentes e os efeitos de recepções de direito no campo privado. Entre essas causas destacam-se: o que ele denomina de “[...] mística do desenvolvimento[...]” (1975, p. 52), que associa o recurso, pelas elites intelectuais, ao direito estrangeiro proveniente de Estados desenvolvidos, com a meta de elevação do padrão econômico e social de seus próprios países; a situação político-jurídica de receptividade ao direito estrangeiro; os interesses econômicos e políticos das potências exportadoras de direito. Saliente-se a seguinte observação desse sociojurista grego, concebida para o contexto africano e anterior às manifestações maiores do processo de globalização, e que se revela válida para outras regiões, além de ser permanentemente atual (PAPACHRISTOS, 1975, p. 65):

A integração desses países [africanos] no mercado internacional requer imperativamente a implantação de um sistema jurídico

capaz de criar um clima de segurança apto a atrair os capitais estrangeiros, humanos, técnicos e sobretudo financeiros.

Em 1986, no XII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado na Austrália, apresentamos relatório sobre o papel desempenhado pelo direito comparado na história do direito brasileiro (1990), tendo como base as questões formuladas pelo eminente comparatista iugoslavo, professor Blagojević, relator-geral do tema, falecido pouco antes da realização daquele congresso. Notamos que, no caso brasileiro, a expressão mais adequada seria “direito estrangeiro”, visto que a evolução do direito pátrio registrava, antes, empréstimos legislativos tomados a diferentes ordens jurídicas do que o recurso aos dados e métodos do direito comparado, em sua natureza científica. Permitimo-nos, por meio desta contribuição, indicar apenas alguns exemplos, tendo como base as fontes de direito – notadamente no patamar constitucional – que denotam a abertura de nosso ordenamento jurídico às influências alienígenas em alguns campos do direito, não sem antes recordar que desde a implantação dos cursos jurídicos em nosso país, em 1827, segundo os estatutos elaborados para um curso jurídico provisório de 1825, por José Luís de Carvalho e Melo, Visconde da Cachoeira (VENÂNCIO FILHO, 1982), previa-se o estudo da jurisprudência análoga à das nações civilizadas (VALLADÃO, 1980). Essa orientação remontava ao período colonial, mais especificamente ao advento da Lei da Boa Razão, de 1769, do Marquês de Pombal, que restringia a recepção da hermenêutica romanística dos doutores das principais universidades européias àquela fundada na boa razão, de acordo com o direito natural e as leis das nações cristãs iluminadas e polidas (VALLADÃO, 1980).

### 2.2.1 Na lei

#### 2.2.1.1 Constituição

No campo do direito constitucional, é mais freqüente o fenômeno das recepções de direito estrangeiro. Quando se acham presentes as con-

dições internas favoráveis a esses transplantes, migrações, circulações de modelos jurídicos – a denominação é variável –, os sistemas constitucionais evoluem, pelo menos formal e globalmente, de maneira similar, permitindo que sejam identificados os ciclos constitucionais.

O direito constitucional brasileiro registra um número significativo de exemplos desse fenômeno. Relembre-se, esquematicamente, que, no Império, tanto o projeto de constituição apresentado pela extinta Assembléia Constituinte de 1823 quanto aquele oriundo de um conselho nomeado pelo imperador denotavam influência das Constituições de Cadiz, de 1812, da constituição francesa, de 1814, e da portuguesa, de 1822 (MAXIMILIANO, 1948).

A própria previsão de um Poder Moderador, neutro, que seria a chave da abóbada de toda a organização política, decorria de concepção de Clermont-Tonnerre, desenvolvida por Benjamin Constant (ALECRIM, 1953). A criação de um Conselho de Estado, resultado de influências portuguesa, francesa, inglesa e espanhola (SOUZA, 1862; TAVARES DE LYRA, 1973), mas com predominância das duas primeiras, traduzia o espírito de abertura ao direito estrangeiro. A interação, em suas formas distorcidas, dos dois institutos importados, decorrentes, no caso do Poder Moderador, do controle exercido por Pedro I e, diferentemente, no do Conselho de Estado, do equilíbrio e da adequação imprimidos por Pedro II, conferiu à prática parlamentarista imperial brasileira, não obstante os vícios eleitorais e a fragilidade dos partidos, um perfil singular, tradutor de uma meritória capacidade de adaptação, sublinhada, entre outros, pelo historiador do direito brasileiro Bezerra Câmara (1984) e por Afonso Arinos de Melo Franco (1981). A Constituição Republicana de 1891 formalizou a influência que vinha sendo exercida pelo direito norteamericano desde o segundo período imperial, com o aprofundamento dos ideais federativos e republicanos, ilustrados pelos dez anos de Revolução Farroupilha e pelo Manifesto Republicano de 1870. A essa fonte americana, associavam-se as aspirações liberais de matrizes francesa e inglesa, va-



lendo também assinalar a importância, em nosso meio cultural, do olhar francês de Alexis de Tocqueville sobre a experiência americana que, como salientava Paulino Soares de Souza, o Visconde do Uruguai era autor de “[...] uma das melhores e mais profundas obras que conhecemos [...]” (SOUZA, 1862, v. 2, p. 239).

O principal responsável por essa formalização foi Rui Barbosa, em razão de sua atuação direta na confecção não apenas do projeto de constituição, mas também dos decretos que antecederam e dos que se seguiram à promulgação do Texto Constitucional de 1891. O então Ministro da Fazenda era admirador e conhecedor profundo do sistema de *Common Law*. A recepção do direito norte-americano deu-se sob os seguintes e principais aspectos: forma federal de Estado, forma republicana de governo, sistema presidencial e controle da constitucionalidade das leis, função desempenhada no direito norte-americano por uma Suprema Corte, e, no nosso sistema jurídico, pelo Supremo Tribunal Federal, então criado. Saliente-se que a observância às fontes norte-americanas era tal que o Decreto 848, de 1890, relativo à organização da justiça federal, determinava que:

Os estatutos dos povos cultos, e especialmente os que regulam as relações jurídicas da República dos E.U.A. os casos de *common law* e de *equity* serão também subsidiários da jurisprudência e do processo federal. (BALEEIRO, 1986, p.21).

A Constituição de 1934, de efêmera vigência, resultante de um processo revolucionário deflagrado em 1930, traduziu, no plano da consagração dos direitos sociais e econômicos, sobretudo as influências da constituição mexicana, de 1917, e da Constituição de Weimar, de 1919. Além da representação política, ela previu uma representação profissional que não tivesse apenas uma tendência corporativista, como a lei eleitoral italiana de 1928, o projeto espanhol de constituição de 1927 e a constituição portuguesa de 1933, mas que se fundamentasse em textos essenciais de Estados que ado-

tavam esse tipo de representação em caráter consultivo, tais como Weimar, Polônia (1925), Checoslováquia (1922), Iugoslávia (1929), Japão (1924) e Áustria (revisão constitucional de 1929). Esses documentos constitucionais eram objeto de atento estudo de nossos juristas, com base nos ensinamentos de Mirkin-Guetzévitch, cuja obra *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel* havia sido traduzida para o português em 1933.

A Constituição de 1937, outorgada durante o período ditatorial de Getúlio Vargas, foi redigida pelo jurista Francisco Campos, que se inspirou, amplamente, na constituição polonesa de 1935, mas incluía alguns elementos providos de outros textos, como no caso do decreto-lei de origem italiana. Retomada a normalidade democrática em 1945, a Constituição de 1946, apesar de sua longevidade, não constitui exemplo maior de recepção de direito, em vista de ter incorporado grande parte dos dispositivos de textos fortemente influenciados pelo direito estrangeiro, como foram os de 1891 e de 1934.

Após o breve interregno parlamentarista do Ato Adicional de 1961, em 1967, passou a vigorar a Carta outorgada pelo Governo Militar que assumira o poder em 1964. Durante o período autoritário, que se prolongou por 20 anos, inúmeros atos institucionais e complementares coexistiram com essa Carta. Na perspectiva das influências estrangeiras, registre-se o reaparecimento dos decretos-leis, de origem italiana, e que tinham sido introduzidos no Estado Novo, bem como das leis delegadas, usuais em sistemas de colaboração de poderes, mas raras nos contextos de regime presidencial. Em 1969, esse texto sofreu ampla revisão, a tal ponto que a emenda global que o efetuou foi considerada, por muitos, como uma nova constituição.

O processo de redemocratização do país culminou com o advento da Constituição de 1988, inegavelmente o diploma que melhor traduz a extensão da influência do direito estrangeiro na primeira de nossas fontes formais de direito. Tivemos a oportunidade de examiná-lo sob esse aspecto (1991), destacando os diversos ordenamentos alienígenas que o inspiraram. Vale

lembrar que, sobretudo em termos de direitos fundamentais, a circulação dos modelos jurídicos é mais evidente. A partir de um reconhecimento internacional, por meio de textos como a Declaração de Direitos do Homem, de 1948, os dois pactos políticos e sociais da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1966, a Convenção Européia de Direitos Humanos, entre outros, houve a incorporação nos planos internos. Muitas vezes, deu-se o contrário, com a recepção, em plano internacional, de direito já consagrado em nível nacional, a exemplo do direito à privacidade, garantido, com precedência, pelo direito francês e, de forma mais restrita, pelas práticas anglo-americanas. Cabe aqui destacar a natureza e os objetivos diversos do direito internacional público e do comparado. Enquanto o primeiro constitui uma disciplina jurídica que possui fontes normativas destinadas a regular as relações de sujeitos de direito (Estados, organismos internacionais etc.), o segundo é uma disciplina parajurídica, auxiliar do estudo do direito, para o qual contribui com os resultados dos cotejos de sistemas jurídicos. Mantêm, como vimos, nestes movimentos de circulação de modelos jurídicos, relações estreitas. Do direito internacional público provêm elementos que são recebidos pelas ordens jurídicas internas. Por sua vez, das pesquisas de direito comparado, além dos subsídios para a identificação dos princípios gerais do direito, podem ser extraídos elementos para o enriquecimento das fontes do direito internacional público.

Na Constituição Brasileira de 1988, predominaram, como se sabe, as fontes portuguesas e espanholas. As portuguesas, por exemplo, tanto na ordem da matéria constitucional (preâmbulo, princípios fundamentais, direitos fundamentais, ordem econômica e ordem social) quanto no conteúdo. Vejam-se, por exemplo, os dispositivos relativos aos direitos e às garantias fundamentais – direitos à privacidade, do consumidor, à imagem e de antena. Além disso, nota-se um predomínio também dessas fontes no Conselho da República, na comissão permanente do Congresso, na ação de controle de constitucionalidade por omissão etc. Em relação às fontes espanholas, destacam-se os mecanismos de democracia semidireta, como a iniciativa


legislativa popular e o *referendum*, sabendo-se que as constituições italiana e suíça são fontes indiretas desses institutos. Da matriz doutrinária espanhola proveio o *habeas data*, introduzido no direito constitucional brasileiro pelo professor José Afonso da Silva, por meio de sua atuação como membro da Comissão dos Notáveis ou Comissão Afonso Arinos, que elaborou o Anteprojeto de Constituição, em 1986.

Da fonte italiana, como não se ignora, foram recebidas as medidas provisórias, transpostas de um contexto parlamentarista, que suscitaram distorções, em razão da inadequação de preparo do organismo presidencialista receptor, que resultou na exigência de corretivos, como o proposto na Emenda Constitucional nº 32. Em relação à fonte francesa, aproveitaram-se os dois turnos para as eleições presidenciais e o imposto sobre grandes fortunas, que ainda não foi regulamentado.

O habitual recurso ao direito anglo-americano pode ser ilustrado com a introdução do mandado de injunção que, não obstante suas peculiaridades, tem similitudes com o *writ of injunction* daquele direito (SILVA, 1989) e o reconhecimento constitucional das exigências de um devido processo legal (*due process of law*).

#### 2.2.1.2 Nas leis ordinárias e complementares

No tocante à área penal, evoquem-se as influências recebidas pelo Código Criminal de 1830, apesar de sua reconhecida originalidade. Predominaram também influências dos códigos francês, de 1810, e napolitano, de 1819. O código de 1890, menos exaltado que o anterior, por sua vez, teve como fonte o código italiano de Zanardelli, como recordava o professor Miguel Reale (1977). A fonte italiana fez-se igualmente presente no diploma penal de 1940, tendo como inspiração o texto de Arturo Rocco. A parte geral desse código foi substituída em 1984 e, no mesmo ano, foi aprovada a Lei de Execuções Penais que recebeu aportes de normas internacionais, cada vez mais numerosos nesse campo, e subsídios do direito penal espanhol.



No direito processual civil, após a predominância da influência portuguesa, por meio do Barão de Penedo, na redação do Regulamento 737, e da experiência da autonomia estadual para legislar na matéria (de 1891 a 1934), foi em 1939, com o primeiro código, que outras fontes se fizeram presentes, como a italiana, a austríaca e a alemã. Os ensinamentos do professor Enrico Liebman, na Universidade de São Paulo, em muito concorreram para a difusão da doutrina processual de Chiovenda e para a criação de uma verdadeira corrente doutrinária de matriz italiana em nosso país.

O Código Processual Civil de 1973 foi redigido pelo professor Alfredo Buzaid, um dos discípulos de Liebman.

O professor Miguel Reale discorreu sobre a influência jurídica italiana em vários ramos do direito brasileiro, conforme assinala o professor Cássio Mesquita Barros (1992), reportando-se a um trabalho de nosso homenageado sobre o direito italiano na cultura brasileira (DE BONI, 1990).

Na confecção do Código Tributário de 1966, salientem-se as fontes italianas, austríacas, alemãs, mexicanas, uruguaias e argentinas, com a observação, em 1951, do professor Henri Laufenburger, da Universidade de Paris, de que o professor Rubens Gomes de Souza [redator do anteprojeto] conhecia “[...] admiravelmente os sistemas fiscais da Europa” (BALEEIRO, 1986, p. 11).

Em muitos outros campos, poderia ser assinalada, nos diversos períodos de nossa história jurídica, a contribuição do direito estrangeiro para as nossas fontes legislativas.

## 2.3 Na jurisprudência

No supracitado Decreto 848, de 1890, o recurso à jurisprudência do sistema anglo-americano era oficialmente prescrito, mas, independentemente de uma obrigação legal, nossos magistrados sempre se mostraram abertos às fontes jurídicas alienígenas, sendo um recurso natural a elas fazer

referência. Apesar de sua condição de fonte não oficial, mas informativa e revitalizante de direito, forçoso é reconhecer o papel fundamental da doutrina, que sempre foi canalizada para sentenças e acórdãos. Em referência comparativa aos diversos estilos de decisões judiciais, notava o professor René David que as germânicas eram extensas e repletas de referências doutrinárias (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002). Pode-se debitar, provavelmente, à influência do direito alemão, em nosso país, um estilo similar<sup>2</sup>. Amplamente motivadas, as decisões judiciais brasileiras vinham repletas de referências doutrinárias, nacionais e estrangeiras. Nos dias que correm, em primeira instância, verifica-se menor prolixidade e maior objetividade, mantendo-se, todavia, o estilo anterior nas decisões de segunda instância.

### 3 Influência crescente do direito comparado no conteúdo das fontes de direito

A necessária aclimação que se seguiu em decorrência da introdução de enxertos jurídicos de *common law* em um sistema de matriz civilista romano-germânica, particularmente no atinente aos mecanismos de controle da constitucionalidade das leis (LYRA TAVARES, 1991), bem como outros desdobramentos que essa mesclagem ainda enseja geraram diversos estudos que vão além de uma simples descrição do direito estrangeiro, situando-se em pleno campo juscomparativo (CAVALCANTI, 1966; BALEEIRO, 1968; BITTENCOURT, 1968; MELO FRANCO, 1975; POLETTI, 1985; CASTRO JÚNIOR, 2002, entre outros).

Com relação ao direito civil, vale salientar, neste apanhado, o papel fundamental desempenhado pelo professor Miguel Reale no exame e na seleção dos elementos normativos, muitos dos quais de procedência estrangeira, que conferiram contemporaneidade ao nosso novo Código Civil de 2002, na qualidade de coordenador principal e também de redator de numerosos de seus dispositivos (REALE, 1999).

No atinente às fontes legislativas, observa-se, sobretudo no processo civil, maior cautela na adoção de certos institutos estrangeiros, procurando-se, nos diplomas, prever regras para sua aclimação. Vejam-se os alertas do ilustre processualista, professor e desembargador José Carlos Barbosa Moreira, para os riscos da introdução de súmulas vinculantes, nos moldes do *stare decisis* do sistema anglo-americano e de outros mecanismos do direito norte-americano: “[...] várias características da Suprema Corte norte-americana causariam estranheza, quando não escândalo, se fossem transplantadas para o nosso universo judicial [...]” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 50-51). Em ocasião anterior, advertira para “[...] o perigo da importação de práticas incompatíveis com o espírito do ordenamento receptor e com o sentimento geral da comunidade em cujo seio se destinam a vigorar” (BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 240). No mesmo sentido, Moreira Lima (1999).

Relativamente à jurisprudência, verifica-se que da mera ilustração, por meio de citações enriquecedoras dos julgados, passou-se a uma análise mais acurada, sublinhando-se aspectos diferenciais do sistema estrangeiro relativamente ao nosso, o que caracteriza uma postura indicativa de um olhar juscomparatista, e não de mera justaposição à matriz estrangeira.

Nesse ponto, cabe novamente ressaltar o papel desempenhado pela doutrina como fonte informativa do nosso direito e a permanente atualização dos juristas pátrios em relação ao pensamento estrangeiro. É notória a reiterada referência, em decisões judiciais atuais, aos estudos do professor norte-americano Ronald Dworkin, dos alemães Robert Alexy (PEREIRA; SILVA, 2001, p. 10 e segs.) e Jürgen Habermas (CRUZ, 2006), entre outros<sup>3</sup>.

A intensificação da feitura de cursos de mestrado e de doutorado tem concorrido, fundamentalmente, para que os novos magistrados e membros do Ministério Público se inteirem da última palavra em termos de doutrina jurídica estrangeira, o que os leva, naturalmente, a nela fundamentar, quando cabível, as suas decisões, motivo pelo qual entendemos que o exame da influência da doutrina jurídica alienígena associa-se, naturalmente, aos

aportes do direito estrangeiro às fontes legislativas e jurisprudenciais, concorrendo para um desenvolvimento mais adequado da juscomparação.

A interação das fontes de direito e, por vezes, a falta delas foram sublinhadas por Alan Watson (1984), recordando também, a relevância da doutrina para a interpretação da lei.

## 4 Considerações finais

A aprovação dos temas examinados em diferentes sessões nos Congressos Internacionais de Direito Comparado promovidos, quadrienalmente, pela Academia Internacional de Direito Comparado, indica sua importância contemporânea para essa esfera do saber jurídico. Não foi, portanto, sem razão que, nos Congressos de Caracas (1982) e de Atenas (1994), solicitou-se aos relatores nacionais das seções pertinentes o exame, respectivamente, da utilização do direito comparado pelo legislador e pelos tribunais. É inegável que o nosso direito só tem a ganhar com o aprofundamento dos estudos juscomparativos e o seu aproveitamento para o enriquecimento de nossas fontes de direito. Todavia, permitimo-nos aditar que, aos compreensíveis objetivos de harmonização dos ordenamentos jurídicos, dadas as injunções de organismos internacionais e regionais e das condicionantes do processo de globalização, deve-se associar aqueles que visam a preservar as principais características que conferem identidade ao nosso sistema jurídico. Era esse o objetivo das ponderações do professor Miguel Reale, sempre atento à salvaguarda da riqueza de nosso patrimônio cultural.

### **Contribution of comparative law to Brazilian sources of law**

▼ In this work, it is focused the traditional influence of foreign law in our legal system, through incidental examples, mainly in the field of



statutory and judicial sources of law. Recently, it is also observed the increasing application of the comparative law as a resource, understood in its scientific nature, not only by providing substantial data as results of comparisons among law systems, in its stricto and lato senses, but also indicating main features of the foreign legal systems that must be taken into account by legal transplants promoters.

**Key words:** Brazilian legal system. Comparative Law. Foreign sources of law. Legal transplants.

## Notas

- 1 A obra do professor René David, *Les grands systèmes du droit contemporains*, foi editada pela primeira vez no Brasil, em 1986, sob o título *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Com o desaparecimento do professor René David, foi atualizada pela professora Camille Jauffret-Spinosi e publicada, em 11. edição, em 2002, na França, tendo sofrido alterações importantes, visando dar conta das mudanças ocorridas após 1990, no Leste da Europa.
- 2 A este respeito, impõe-se recordar os trabalhos dos professores Haroldo Valladão (influência do direito alemão na codificação civil brasileira: 1857-1922) e Djacir Menezes (influência do pensamento alemão no direito brasileiro), ambos publicados na *Revista da Divisão Jurídica do Instituto do Açúcar e do Alcool*, da antiga Guanabara, em 1973.
- 3 Mencionem-se, entre os inúmeros julgados que revelam as supracitadas influências doutrinárias. De Ronald Dworkin: HC 84025/ RJ- Rio de Janeiro, Relator Ministro Joaquim Barbosa do STF, DJ de 25.06.2004,p.624; de Habermas: ADI 3741/DF- Distrito Federal, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 23.02.2007, p.16; RE 424660/ SC – Santa Catarina, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 08/08/2005, p.76; de Alexy : Rcl. 2234/ MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 26.03.2003, p.39; HC 84862/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 15.04.2005, p.38; HC 82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 01.09.2006,p.18;ADI 3305/DF, Relator Ministro Eros Grau, DJ 24.11.2006, p.60; REsp 541239/DF, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 05.06. 2006, p.235; MS 24547/DF-Distrito Federal, Relator Ministra Ellen Gracie, DJ 23.04.2004, p.9. Essas e muitas outras decisões nos foram repassadas, generosamente, pela Professora Nadia de Araújo, que, em seu magistério de direito internacional privado, mantém permanente vínculo com o direito comparado.

## Referências

ALECRIM, O. *Idéias e instituições no império: influências francesas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Políticos, 1953.

- BALEEIRO, A. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BALEEIRO, A. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. A. A suprema corte norte-americana: um modelo para o mundo? *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 33-52, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. A. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 19, 2001.
- BARROS, C. M. Miguel Reale no direito do trabalho. In: LAFER, C.; FERRAZ JR., T. S. (Org.). *Direito, política, filosofia, poesia: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 327.
- BITTENCOURT, C. A. L. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- CAVALCANTI, T. B. *Do controle da constitucionalidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CASTRO JÚNIOR, O. A. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil*. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, IBRADD, Unigranrio, 2002.
- CRUZ, A. R. S. *Habermas e o direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DAVID, R.; JAUFFRET-SPINOSI, C. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002.
- DE BONI, L. A. (Org.). *A presença italiana no Brasil*. 1. ed. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia/Fundazione Giovanni Agnelli, 1990.
- LYRA TAVARES, A. L. A utilização do direito comparado pelo legislador. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, 1987.
- LYRA TAVARES, A. L. Aspects de l'acclimatation du «judicial review» au droit brésilien. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 38, n. 4, p. 1135-1159, 1986. Disponível em: <[http://www.persee.fr/pageAsPDF/268514/page\\_ridc\\_0035-3337\\_1986\\_num\\_38\\_4\\_T1\\_1135\\_0000.pdf;jsessionid=EBE08BD2F0589DA556928E3DDB65C2CF.erato](http://www.persee.fr/pageAsPDF/268514/page_ridc_0035-3337_1986_num_38_4_T1_1135_0000.pdf;jsessionid=EBE08BD2F0589DA556928E3DDB65C2CF.erato)>. Acesso em: 16 nov. 2006.

LYRA TAVARES, A. L. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 55-90, 1990.

LYRA TAVARES, A. L. A constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, DF, v. 28, n. 109, p. 71-108, 1991.

MAXIMILIANO, C. *Comentários à constituição brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.

MELO FRANCO, A. A. *Algumas instituições políticas no Brasil e nos Estados Unidos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MELO FRANCO, A. A. *Direito Constitucional: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MOREIRA LIMA, L. D. Stare decisis e súmula vinculante. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 14, 1999. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/direito/revista/online/rev14\\_leonardo.html](http://www.puc-rio.br/direito/revista/online/rev14_leonardo.html)>. Acesso em: 16 nov. 2006.

PAPACHRISTOS, A. C. *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*. 1. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975.

PEREIRA, J. R. G.; SILVA, F. D. L. L. A estrutura normativa das normas constitucionais – notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, M. M. et al. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 9-10.

POLETTI, R. *Controle da constitucionalidade das leis*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

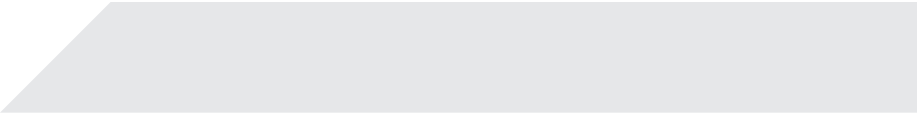
REALE, M. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, M. História da ciência do direito no Brasil. In: FRANÇA, R. L. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

REALE, M. *O projeto do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, J. A. *Mandado de injunção e habeas data*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.



SILVA PEREIRA, C. M. Direito Comparado, ciência autônoma. In: *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 1952.

SOUZA, P. J. S. *Ensaio sobre o direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

TAVARES DE LYRA, A. *Instituições políticas do império*. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 1973.

VALLADÃO, H. *História do direito, especialmente do direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VENÂNCIO FILHO, A. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VILLELA, A. M. O direito comparado como fonte do sistema jurídico brasileiro. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, DF, p. 41-50, 1972.

WATSON, A. *Sources of law, legal change and ambiguity*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1984.

▼ recebido em 19 jun. 2006 / aprovado em 11 set. 2006

**Para referenciar este texto:**

TAVARES, A. L. de L. Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 59-77, 2006.