

DOCTRINA

As Conquistas do Direito Comparado e a sua Aplicação no Campo do Direito Administrativo

ARNOLD WALD

O extraordinário desenvolvimento do direito comparado nos últimos tempos teve uma influência incontestável sobre os estudos de direito administrativo.

Há dois anos, o Professor GEORGES LANGROD publicava na "Revista do Serviço Público" (1) e em *La Ley* (2) de Buenos Aires um interessante artigo programático intitulado "Método comparativo e ciências administrativas". As sugestões que então fazia, no plano doutrinário, nosso dileto amigo e ilustre mestre da Universidade de Sarrebruck, transformaram-se hoje em recomendações votadas por congressos internacionais e submetidas, por intermédio do Comitê Internacional de Direito Comparado filiado à UNESCO, aos diversos governos interessados.

Efetivamente, a história do direito comparado entrou, em 1954, numa nova fase. O século passado caracteriza-se no campo do direito comparado, por estudos intuitivos e desorganizados. Não havia, na realidade, comparatistas mas tão-somente estudiosos de direito estrangeiro. E os nomes dos institutos refletem esta preocupação. Em 1801, Napoleão criara um centro de legislação estrangeira. Também de legislação estrangeira são as cadeiras criadas no Colégio de França e na Universidade de Paris em meados do século passado. Posteriormente, passa-se da curiosidade intuitiva ao estudo científico e é o Congresso de Paris de 1900 que marca esta transformação. (3) O espírito aguçado de RAYMOND SALEILLES iria procurar, nas normas pertencentes a determinado sistema jurídico, a *mens legis*, a vontade do

legislador. A interpretação sistemática iria revelar todos os perigos das comparações de textos. A semelhança ou a diferença dos textos legais de dois países por si sós muito pouco significam. O conhecimento da jurisprudência, da doutrina, do funcionamento real das instituições é necessário ao comparatista. Os mesmos nomes se aplicam a institutos diversos. Temos uma certa dificuldade em entender a missão do contrato nas relações entre empresas nacionalizadas na Rússia soviética, já que não podemos cogitar no caso de possível responsabilidade civil. Mas RENÉ DAVID nos revela que o contrato passa então a ter uma função exclusivamente psicológica de reafirmação pelas partes das transações já estipuladas pelos planos quinquenais. Contava-nos o Professor ALPHONSE DE VREESE, desembargador na Côte de Apelação de Gand, que a legislação belga não permite a investigação de paternidade do filho adulterino, ao contrário do que acontece na Alemanha. Uma sentença alemã que considerasse procedente uma tal ação seria, pois, contrária à ordem pública belga não devendo ser homologada. Acontece, todavia, que o único alcance da sentença na Alemanha se refere aos alimentos e a lei belga, embora negue ao filho adulterino a possibilidade do reconhecimento, concede-lhe os alimentos. Por outro lado, textos análogos podem esconder diferenças reais de grande importância. As normas francesas e brasileiras em matéria de responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas são grosso modo parecidas. Na prática, por uma questão de misoneísmo jurídico e de constituição familiar das nossas companhias, a nossa jurisprudência evidencia que as normas citadas não têm aplicação generalizada. (4)

A partir do congresso de 1900, em que se destacaram SALEILLES e seus discípulos EDOUARD LAMBERT e HENRI LEVY-ULLMANN o direito com-

(1) "Revista do Serviço Público" de março de 1952.

(2) *La Ley*, Buenos Aires, 1952, tomo 66.

(3) Cf. FELIPE DE SOLA CANIZARES na sua excelente "Iniciación al derecho comparado", Barcelona, 1954, que faz um resumo histórico, no seu 2.º capítulo, p. 48-93, e MARC ANCEL na brochura "La tendance universaliste dans la doctrine comparative française au début du XXIème siècle", estudo minucioso publicado num livro em homenagem ao Professor Rabel-Sonderdruck aus *Festschrift für Ernst Rabel*, Band 1, Tubingen, 1954.

(4) ARNOLD WALD — *La responsabilité civile des administrateurs des sociétés anonymes en droit comparé*, relatório apresentado ao 4.º Congresso organizado em Paris, em agosto de 1954, pela Academia Internacional de Direito Comparado.

parado deixou de ser uma simples justaposição de normas pertencentes a sistemas jurídicos diversos. Compreendeu-se que representava um esforço de síntese maior. Não era a simples adição de normas de países diversos. Não era direito estrangeiro. Era uma "geografia do direito" na palavra feliz do Professor HAROLDO VALADÃO, uma comparação de direito que nos levaria à aproximação sistemática das instituições existentes nos países civilizados. Discutiu-se muito naquela época, em polêmicas fecundas se o direito comparado era ciência ou método, vencendo, neste ponto uma corrente eclética que considerava a comparação das normas jurídicas ao mesmo tempo como método aplicável aos diversos ramos do direito e como ciência autônoma. O direito comparado também foi compreendido como um primeiro passo para a unificação do direito, para a sua harmonização. SALEILLES visava alcançar, pelas suas pesquisas comparativistas, "o direito comum da humanidade", LAMBERT — "o direito comum legislativo", LEVY, ULLMANN — "o direito mundial", entendendo-se sob tais rubricas a unificação teórica ou pragmática do direito, a previsão do direito de amanhã. (5)

As idéias lançadas no início do século germinaram pouco a pouco. Entre as duas guerras, assistimos à criação e ao desenvolvimento de numerosos institutos de direito comparado. Equipes foram se formando que abandonavam o campo das abstrações para se dedicar às pesquisas de ordem prática. LAMBERT em Lião, RABEL em Berlim, GALGANO em Roma, GUTTERIDGE em Cambridge deram novo impulso ao direito comparado. Na América Latina, surgiram posteriormente os centros de Córdoba ligado aos nomes do inesquecível MARTINEZ PAZ, de CORDEIRO ALVAREZ, de ROBERTO GOLDSCHMIDT, o de México, dirigido por GARCIA LOPEZ e secretariado por JAVIER ELOLA, e enfim o nosso Instituto Brasileiro de Direito Comparado e Estudos Legislativos.

As cátedras de direito comparado se multiplicaram.

Assistimos à elaboração dos primeiros grandes tratados de direito comparado de RENÉ DAVID e de ARMINJON, NOLDE e WOLFF que dissecam os diversos sistemas jurídicos. Em França, uma série de introduções ao direito estrangeiro estão sendo publicadas. Caberá a JACQUES BERNARD HERZOG fazer a parte referente ao direito brasileiro que o ilustre procurador da República conhece profundamente. Depois do esplêndido trabalho de GUTTERIDGE "*Comparative law. An Introduction to the comparative method of legal study and research*", FELIPE DE SOLA CANIZARES, comerciantista e comparatista publica sua excelente "*Iniciación al derecho comparado*". Em 1949, o Professor SAN TIAGO DANTAS já podia assinalar o início dos estudos comparativistas no Brasil que se concretizou numa série de artigos e monografias com ampla repercussão no estrangeiro.

Mas dos esforços individuais passamos ao planejamento e à coordenação dos trabalhos. Foi este o alcance do recente congresso de Munich, em que compareceram 46 delegados de organismos de direito comparado de diversos países. Reuniram-se os congressistas no *Kongressbau* do *Deutsches Museum* de 23 a 31 de julho de 1954 sob a presidência de HESSEL YNTEMA, professor da Annx Arbour University e tendo como relatores o Conselheiro MARC ANCEL e o professor RENÉ DAVID. (6) As discussões levaram a diversas conclusões de primordial importância para o desenvolvimento do direito comparado. Transformou-se o Comitê Internacional filiado à UNESCO numa *clearing house* do direito comparado, ficando a seu cargo a função de coordenação e de racionalização dos trabalhos dos institutos que por sua vez deveriam procurar uma certa especialização para atender as "limitações necessárias" a que já se referia GUTTERIDGE e sem as quais o direito comparado levaria à dispersão e ao diletantismo.

As principais conclusões do congresso de Munich podem ser resumidas da seguinte maneira:

1.º) O plenário mandou fazer o levantamento dos institutos e centros de direito comparado existentes com informações quanto à sua organização, recursos e finalidades, programas de trabalho e possibilidades de intercâmbio de pesquisadores, de publicações e de bibliografias.

2.º) Convidar o comitê internacional a encorajar e provocar estudos sobre o plano internacional de certos assuntos de atualidade pelo trabalho comum de equipes de pesquisadores e pela colaboração de especialistas de diversos países.

3.º) Recomendar a constituição de uma comissão especial encarregada de realizar a coordenação do trabalho dos diversos institutos.

4.º) Aconselhar a criação de cátedras de direito comparado nas faculdades de direito e de cursos de direito nacional para estudantes estrangeiros nos diversos institutos de direito comparado.

5.º) Recomendar aos Comitês Nacionais que elaborem relatórios anuais da atividade jurídica dos seus respectivos países do ponto de vista da legislação, jurisprudência e doutrina e que os mandem ao comitê internacional.

Vemos, pois, a importância destas decisões concretas que têm importância, menos pelo seu conteúdo real do que pelo sintoma que indicam, a saber, a possibilidade de uma racionalização internacional do trabalho dos diversos institutos.

Parece-nos ser tal conquista do direito comparado de maior relevância para o direito administrativo e para a ciência da administração. A

(5) MARC ANCEL, *op. cit.*, p. 17.

(6) ANOLD WALD — Relatório apresentado ao Comitê Nacional de Direito Comparado, in "*Jornal do Comércio*" de 28-X-54.

ciência administrativa não pode adotar o método experimental. A única experiência que lhe seja possível fazer é aquela que lhe oferece a comparação dos diversos sistemas existentes que se explicam por fatores especiais. O método comparativo é essencial no estudo da administração. É, todavia, necessário lembrar o que já dissemos a respeito do direito comparado. A comparação não é apenas estudo do que se faz no estrangeiro. É mais do que isso. O conhecimento da legislação e dos sistemas existentes em outros países é indispensável mas não suficiente. A comparação é um elemento de síntese maior, é uma elaboração mental sobre os dados fornecidos. Não é pura observação, é aplicação da indução e da dedução. Também não será lícito estudar normas isoladas. Cabe a ressalva feita em matéria estritamente jurídica: "trata-se de comparar a realidade... salientando contrastes entre as semelhanças aparentes". (7) Por outro lado, deve ser feita a integração da norma em determinado sistema ao qual pertence. Já o mostramos no campo do direito privado. O mesmo acontece quanto à administração. Lança o Professor LANGROD a tal respeito uma expressão feliz: "Não comparamos os mecanismos, comparamos os climas da administração". A palavra *clima*, a que ANDRÉ MAUROIS deu importância na técnica do romance e que os historiadores adotaram para descreverem uma época e integrar um fato no meio temporal e espacial em que ocorreu, tem importância no campo jurídico e administrativo. Antes de analisar uma instituição, havemos de localizá-la no seu sistema, no seu clima. Não podemos estudar um instituto jurídico sem situá-lo no seu ambiente próprio. Por isto é que o estudo do direito comparado há de ser iniciado pelo conhecimento dos grandes sistemas jurídicos. Absurdo seria querer compreender a teoria inglesa da responsabilidade civil extracontratual — os *torts* — sem previamente conhecer a sistemática do direito anglo-saxão, sem saber o que significa reamente a *common law*.

Os estudos de direito administrativo, na nova fase de expansão que tiveram no Brasil nos últimos anos, passaram a ter um cunho nitidamente comparativista. E, de fato, já GOODNOW reconhecia que o método comparativo era o único que

permitisse um conhecimento real do direito e da ciência administrativa. O tratado substancial de TEMISTOCLES CAVALCANTI como os ensaios de BILAC PINTO são trabalhos de direito comparado. Quando quisemos estudar as sociedades de economia mista, as empresas públicas ou a acumulação de funções públicas, tivemos que recorrer ao manancial do direito comparado para sobrepujar o nosso direito positivo e procurar as soluções *de jure constituendo*. A coordenação dos trabalhos dos organismos de direito comparado haverá, pois, de influir no desenvolvimento da ciência administrativa. Seções especiais de direito público já existem em alguns centros de pesquisas como o Instituto de direito comparado de Paris e o de Tubingen. No Brasil, exercem função análoga, no campo do direito constitucional comparado, a seção jurídica do Centro de Pesquisas da Casa de Rui Barbosa e o Instituto de direito público e ciência política da Fundação Getúlio Vargas. Nada existe ainda no campo do direito administrativo, cabendo ao nosso Comitê Nacional de Direito Comparado a missão de manter os contatos entre estudiosos brasileiros e estrangeiros de direito administrativo. Neste campo, uma iniciativa feliz foi a do Instituto de Direito Comparado de Barcelona presidido por SOLA CANIZARES que acaba de dedicar um número da sua revista de direito comparado ao problema do contencioso administrativo e do conselho de Estado. A parte brasileira foi feita pelo DR. CELESTINO SÁ FREIRE BASILIO. Outros esforços no mesmo sentido não de ser feitos. A existência de cadeiras de direito administrativo comparado e de administração comparada já é uma realidade. Sente-se a necessidade de uma renovação dos estudos administrativos com base no método comparativo. E para tanto não bastam as recomendações dos congressos internacionais. Nem os esforços individuais. Precisamos coordenar, no plano nacional, primeiro, e no internacional, em seguida, o trabalho dos técnicos.

É no labor dos seminários e dos institutos, na reunião dos comitês que se realiza o trabalho da cristalização, o acôrd quanto ao método a ser empregado para que possamos aplicar no domínio da administração pública as conquistas do direito comparado, aproveitando a experiência alheia, adaptando-a às nossas realidades e encontrando, por além das formas diversas, soluções comuns para os problemas administrativos de hoje e fundamentos análogos em que não de basear as futuras reformas.

(7) LANGROD — *Método comparativo e ciências administrativas* in "Revista do Serviço Público", de março de 1952.