

ARTIGOS

Pedro Henrique de Faria Barbosa ¹
Sylvio Loreto ²

A IMPORTÂNCIA DA RECEPÇÃO LEGISLATIVA COMO INSTRUMENTO DE DIREITO COMPARADO PARA APERFEIÇOAR SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS

THE IMPORTANCE OF RECEPCION OF LAW AS A COMPARATIVE LAW INSTRUMENT TO IMPROVE NATIONAL LEGAL SYSTEMS



RESUMO:

O presente artigo insere-se no campo de estudo do direito comparado, focando-se na aplicação do instituto da recepção legislativa. Seu objetivo é a análise da utilização da recepção legislativa como instrumento para aperfeiçoar ordenamentos jurídicos nacionais, desenvolvida por uma abordagem histórico-jurídica do direito comparado e uma abordagem hipotético-dedutiva de suas distinções com outros ramos de Ciência. Em sequência, é considerada a importância e particularidades do direito comparado, para em seguida adentrar no conceito de recepção legislativa, abordando seu impacto para o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos nacionais. Desse estudo resulta a verificação dos desafios para a adequada aplicabilidade da recepção legislativa e aponta para conclusões sobre a necessidade de maior atenção para a correta aplicação da mesma.

Palavras-chave: Ciência do Direito. Direito Comparado. Recepção Legislativa. Inovação Legislativa.

ABSTRACT:

The present article is inserted in the field of study of comparative law, focusing on the application of the institute of reception of law. Its objective is to analyze the use of reception of law as an instrument to improve national legal systems, developed by a historical-legal approach of comparative law and a hypothetical-deductive approach of its distinctions with other Science branches. Next, the importance and particularities of comparative law are taken into account and then introduced into the concept of reception of law, addressing its impact for the improvement of national legal systems. From this study results the verification of the challenges for the adequate applicability of reception of law and points to conclusions about the need of greater attention for the correct application of such.

Keywords: Legal Science. Comparative Law. Reception of Law. Legal Innovation.

1. INTRODUÇÃO

A atual sociedade, por vezes denominada de pós-moderna, presencia um fluxo sem precedentes de capitais, de informações e mesmo de institutos entre entes nacionais. Nesse contexto de constante interpenetração de informações nos

mais diversos sistemas, a Ciência do Direito é diretamente afetada, de modo que os ordenamentos jurídicos nacionais são, cada vez mais, influenciados por conceitos, doutrinas e interpretações dos mais diversos sistemas jurídicos existentes.

Nesse cenário contemporâneo, ganha ainda mais relevância o estudo e a compreensão do direito comparado, especialmente do instituto da

¹ Doutorando em Direito do Comércio Internacional no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco - pedrohfb@hotmail.com,  <http://orcid.org/0000-0002-4199-270X>

² Professor titular da Universidade Federal de Pernambuco - SylvioLoreto@uol.com.br

recepção legislativa. Tal estudo busca garantir que essa penetração de sistemas jurídicos estrangeiros não cause conflitos e incongruências no ordenamento jurídico nacional, mas, pelo contrário, permita o seu aperfeiçoamento. É sabido que a recepção legislativa não é um instituto novo no Direito comparado, sendo uma de seus mais comuns instrumentos, porém ela ganha especial relevo em uma pós-modernidade marcada por uma influência constante de esferas estrangeiras em âmbitos nacionais.

Sem entrar em uma regressão histórica prolixa, é inegável que podemos observar a presença do Direito comparado no próprio curso da história da ciência do Direito. Quer seja tomando como base para seu surgimento a Política de Aristóteles, quer seja considerando Montesquieu como seu patrono fundador, ou mesmo interpretando seu surgimento como ciência na formulação pioneira do estudo acadêmico de direito comparado nos Estados Unidos, é inequívoco que, empiricamente, há a prática do método comparativo desde as mais primordiais manifestações de direito. Uma vez que há uma constatação factual acerca da aplicação do direito comparado, muito se estuda acerca do método com que deve ser feita tal aplicação.

Reconhecendo a inegável profundidade e extensão do debate concernente à epistemologia do conhecimento de direito comparado (onde analisa-se a própria caracterização do mesmo como Ciência ou método³), porém adentrando mais uma análise metodológica, identifica-se que a busca de mecanismos verificáveis e reproduzíveis para a utilização do direito comparado é uma das grandes preocupações dos comparativistas. Nesse diapasão, reveste-se de especial importância a questão da recepção legislativa, uma vez que essa introduz direito estrangeiro (o qual, conforme se verá a seguir, contém toda uma carga de elementos jurídicos, sociais, econômicos, etc.) a

um ordenamento jurídico doméstico, efetivamente inovando o sistema.

Assim, o presente estudo busca fazer uma análise da importância do direito comparado para o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos nacionais. Inicialmente, é necessário fazer certas distinções sobre o que não é direito comparado, permitindo assim a compreensão de que tipos de normas estão englobadas no instituto estudado. Em seguida, irá adentrar-se no próprio conceito de recepção legislativa, considerando-se algumas sugestões doutrinárias para sua realização. Por fim, a partir da sistematização realizada, será abordado o impacto da recepção legislativa para o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos nacionais, com as consequências desse instituto.

Sabe-se da importância da recepção legislativa dentro da aplicação do direito comparado, contudo muito de sua eficácia depende de uma aplicação metodologicamente coerente e que esteja harmonizada com aspectos não apenas jurídicos. A compreensão desse paradigma é essencial para que haja uma coerência nacional entre o instituto jurídico importado e o sistema jurídico nacional como um todo, não apenas para evitar um conflito na interpretação das normas no sistema, mas, principalmente, para assegurar a efetiva integração entre os sistemas, que é um dos grandes objetivos do direito comparado.

2. O QUE NÃO É DIREITO COMPARADO

Muito se discute acerca da utilização do direito comparado, porém é comum a confusão acerca de quais as relações jurídicas amparadas por tal direito, bem como em que cenários há a aplicação dos preceitos de direito comparado. A multiplicidade de sistemas normativos que existem hodiernamente exige uma delimitação prática de quais normas pertencem ao estudo desse direito

³ Uma vez que o presente artigo foca-se mais na aplicação do método do que do debate acerca da confirmação como *ciência*, não será objeto de maiores análises esse debate doutrinário. Ademais disso, problematizando a matéria, aborda de forma bastante efetiva essas questões, bem como traça os principais debates doutrinários acerca do tema o artigo do Prof. Ivo Dantas **Direito Comparado como Ciência**, publicado na Revista de Informação Legislativa de Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun. 1997.

e, conseqüentemente, uma definição de quais normas podem ser utilizadas na recepção legislativa. O direito comparado possui pontos de interseção com diversos outros direitos, bem como outras ciências, de modo que é possível analisar uma proximidade dele com institutos de direito estrangeiro, direito natural, direito internacional, direito de integração e mesmo história comparada.

A proximidade dos institutos dentre esses diversos ramos jurídicos e científicos contribui para a existência de uma zona de transição em que há a interpenetração entre as ciências, porém não é possível considerar ali a aplicação efetiva do direito comparado. É por meio da análise do que trata o direito comparado e essas outras ciências que é possível traçar uma linha separando tal direito dos demais. Apesar das diferenças entre o direito comparado e estas outras áreas jurídicas, verifica-se a influência do mesmo ajudando a informar todas estas áreas de normatividade.

Um dos primeiros aspectos do direito comparado deriva de sua denominação, ademais das críticas acerca da imprecisão da mesma. A aplicação desse direito é feita por meio da comparação entre institutos jurídicos, o que, logicamente, requer a existência de dois ou mais objetos de análise. Desse modo, não há como realizar um estudo de direito comparado sem a análise de dois ou mais sistemas jurídicos (tradicionalmente diferenciados pela dicotomia nacional-estrangeiro(s)). O simples estudo de direito estrangeiro, ademais de ser um dos pontos iniciais essenciais para a aplicação do direito comparado, per se, não pode ser equiparado ao exercício do comparatista. Nesse sentido, explica Caio Mário:

É preciso, não obstante, fazer bem clara a distinção entre o estudo do direito estrangeiro e o do Direito comparado. Quem se propõe penetrar no conhecimento de um sistema jurídico estrangeiro reduz o seu trabalho e o seu estudo a adquirir conhecimento, seja de um instituto, como o divórcio, seja de toda uma província, como o direito de família, seja de todo um ramo da árvore jurídica como o Direito Civil. Mas a orientação de seu estudo é sempre despida de senso

crítico, desvestida do propósito de confrontar o sistema com outro qualquer. Um tal trabalho não chegaria a ser Direito Comparado, por faltar o cotejo do sistema com o próprio nacional ou um outro. Para que se tenha direito comparado é mister uma atuação mais dinâmica do investigador, dirigida no sentido de pesquisar o instituto, a província ou o ramo do direito em mais de um sistema simultaneamente, para atingir a um resultado ou a um objetivo. (MÁRIO, 1962, p. 43)

Ou seja, ausente essa simultaneidade abordada pelo autor, o estudo de direito estrangeiro estaria aquém da aplicação do direito comparado. Esse aspecto é bem claro na aplicação da recepção legislativa, uma vez que o estudo de um instituto jurídico estrangeiro, sem a transposição do mesmo ao ordenamento nacional, não afeta nem inova o ordenamento pátrio, limitando-se apenas a ser uma análise teórica.

Em outro plano, não é possível confundir o direito comparado e a história jurídica. Muitos dos institutos aplicados no Direito Ocidental remontam a construções históricas da sociedade ocidental, encontrando-se paralelos históricos não apenas em regimes jurídicos estrangeiros, mas mesmo na história jurídica de um mesmo país. Todavia, a análise histórica, ademais de sua importância para traçar as raízes e melhor compreender os institutos, por si só, não pode ser enquadrada como direito comparado.

O estudo de institutos jurídicos históricos estrangeiros não necessariamente implica em um estudo de direito comparado. Tal qual analisado acima, a mera análise de instituições estrangeiras, sem a simultaneidade na pesquisa do direito cai no aspecto teórico, sem envolver a aplicação prática do direito comparado. Não só isso, mas o direito comparado implica a análise entre sistemas, de modo que a análise de um instituto jurídico dentro de um mesmo sistema jurídico nacional, através de sua história, não é prática do comparatista. Nesse sentido, analisa Ivo Dantas:

Nada mais inexato. A existência de um ou mais sistemas jurídicos diferentes funciona como um dos pólos indispensáveis ao Direito Comparado, pelo que não é correto pensar-se neste quando, por exemplo, estuda-se a evolução histórica de um instituto, dentro do mesmo sistema.

Dando um exemplo: se alguém pretende estudar o federalismo na Constituição brasileira de 1988, e estabelece uma análise de sua evolução nos textos nacionais anteriores, simplesmente faz História Constitucional, passando ao domínio do Direito Comparado quando, por exemplo, compara-o com o federalismo norte-americano. Insista-se: não basta, entretanto, citar a Constituição americana; necessário é que se estabeleçam as semelhanças e dessemelhanças existentes entre ambos os modelos. (DANTAS, 1997, p. 235)

Desse modo, identifica-se que a recepção legislativa implica, necessariamente, a recepção de uma norma pertencente a um sistema jurídico distinto do doméstico. O estudo da vigência de novas ordens constitucionais e a manutenção dos elementos normativos anteriores (que dispõe de regras próprias, a exemplo da recepção constitucional) é matéria alheia ao direito comparado. Nesse sentido, a recepção legislativa representa, de fato, uma inovação no ordenamento jurídico nacional, não se limitando a um resgate histórico de institutos já previamente existentes.

Outra abordagem realizada por parte da doutrina é entre o direito comparado e o direito natural. O direito natural, mais uma teoria jurídica do que um direito em si, pressupõe certas normas, ou valores/princípios, a depender da interpretação utilizada, que regem todo e qualquer ordenamento jurídico. Uma vez que o direito comparado busca o compartilhamento de certos institutos, há

análises que aproximam o direito comparado de uma prática de direito natural. Em verdade, mais uma vez, a distinção está na comparação.

O direito natural observa normas comuns a todos os sistemas jurídicos, de modo que inexistirá uma comparação entre eles, mas sim uma imposição de tais normas a todos. Para o direito comparado, não há esse aspecto impositivo comum dos institutos, ao contrário, a recepção legislativa de um instituto estrangeiro é uma manifestação de vontade do ordenamento jurídico nacional em inovar e incluir tais regras. Conforme analisa Catherine Valke :

Sob uma concepção extremamente naturalista, o direito não é comparável porque ele é definido tão estreitamente que exclui a sua possibilidade de ser plural. O Direito é reduzido a um conjunto fixo de ideias, a saber, ideias de moralidade jurídica. Os fatos do direito--materiais legais--são diversos e mutáveis, mas eles não são legalmente significantes como tais. Eles meramente são práticos, úteis. Eles são a evidência física, confirmação oficial, implementação conveniente de leis existentes independentemente. Como as ideias do direito são presumidamente universais, só pode haver um único e o mesmo Direito. Pluralidade é excluída por hipótese.

(...) Em suma, enquanto a concepção naturalista de fato apresenta o direito como um sistema (o sistema jurídico), o qual poderia eventualmente ser comparado com outros subsistemas do conhecimento humano (o sistema filosófico, o sistema econômico, etc...), ele não permite a possibilidade do direito por si só formando uma pluralidade de sistemas. Ele não autoriza, em outras palavras, a possibilidade de comparações baseadas em sistemas dentro do direito. (VALCKE, 2004, p. 8-10) (tradução nossa)⁴

⁴ No original: *Under an extreme naturalist conception, law is not comparable because it is defined so narrowly as to preclude the possibility of its being plural. Law is reduced to a fixed set of ideas, namely, ideas of juridical morality. The facts of law—legal materials—are diverse and changing, but they are not legally significant as such. They merely are practical, useful. They are physical evidence, official confirmation, convenient implementation of independently existing law. As the ideas of law are presumed universal, there can only be one and the same Law. Plurality is ruled out by hypothesis.(...) In sum, while the naturalist conception does present law as a system (the juridical system), which could eventually be compared with other subsystems of human knowledge (the philosophical system, the economic system, etc...), it does not allow for the possibility of law itself forming a plurality of systems. It does not, in other words, allow for the possibility of system-based comparisons within law.*

Verifica-se, portanto, que sem a pluralidade de sistemas não há como falar na aplicação do direito comparado. É verdade que, por meio do estudo de direito comparado, é possível observar a recorrência de certos institutos em uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, o que, em parte, contribui para a análise de direito natural acerca de normas comuns a todos. Há, contudo, uma diferença clara de método e de interpretação entre ambos, uma vez que o direito comparado se preocupa com a verificação da existência e aplicação desses institutos na pluralidade de sistemas, não se eles decorrem de uma norma "fundamental" superior.

Uma das questões mais complexas e pertinentes é, sem dúvidas, a consideração acerca da interação entre o Direito Comparado e o Direito Internacional Público. Isso porque, a construção do Direito internacional Público deve, em certa medida, ao exercício do direito comparado. O compartilhamento de institutos entre Estados permitiu a criação de um diálogo que estimulou a formulação, no plano internacional, de conceitos e institutos tipicamente presentes nos direitos domésticos. Assim, uma série de temas que coexistem nos ordenamentos nacionais e no sistema de direito internacional, a exemplo dos direitos humanos, são influenciados por noções do direito comparado.

Contudo, não há uma confusão entre esses dois direitos, especialmente em se tratando de recepção legislativa. Conforme analisado, o exercício do direito comparado, notadamente a recepção legislativa, implica uma inovação no direito nacional por meio da recepção de uma norma de direito estrangeiro. O direito internacional público, por outro lado, funciona por meio da adoção de um sistema normativo próprio (conforme expresso no art. 38 da Corte Internacional de Justiça⁵), o qual não se confunde com o direito estrangeiro.

Em verdade, são esferas de sistemas jurídicos diversos: enquanto o direito comparado analisa e compara institutos jurídicos de sistemas nacionais, o direito internacional público atua em uma esfera internacional, por meios de regras de vigência no plano internacional e que não, necessariamente, implicam numa recepção e comparação com os sistemas domésticos. Distingue-se, portanto, a interação entre sistemas de direito nacionais por meio do direito comparado da vigência do sistema internacional de direito, que existe e se desenvolve para além dos âmbitos estatais individuais.

Por fim, analisa-se a relação entre o direito comparado e as normas de integração. A proliferação de grupos de integração regional, especialmente no pós Segunda Guerra Mundial, verificou um adensamento normativo sem precedentes de normas de integração, chegando a se falar, principalmente no exemplo europeu, da ideia de um Direito Comunitário. As normas de integração são resultado de um profundo diálogo entre sistemas jurídicos estrangeiros, cooperando para uma inovação de seus ordenamentos nacionais, aspecto em que se verifica uma grande proximidade do direito comparado. Contudo, há distinções claras entre ambos os institutos.

Conforme analisado, a recepção legislativa implica a entrada de uma norma estrangeira no ordenamento nacional, inovando-o. Já no direito comunitário, há em verdade a criação de uma norma de âmbito supranacional, resultado de uma negociação entre as partes do processo integrador, de modo a se criar uma esfera acima dos ordenamentos jurídicos nacionais, onde repousam as normas comunitárias.

Quando um tribunal de um país europeu verifica uma norma comunitária, ele não está praticando direito comparado, tampouco houve uma recepção legislativa, em verdade, ele está se reme-

⁴ Artigo 38

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

tendo a um sistema supranacional com regras próprias, que, apesar de muito ter se beneficiado das formulações do direito comparado, se distingue do mesmo.

3. RECEPÇÃO LEGISLATIVA

A prática do direito comparado, em grande medida, implica no compartilhamento de normas jurídicas entre sistemas jurídicos. O trabalho do comparatista, todavia, vai muito além da mera cópia de leis estrangeiras, sendo necessário a análise e interpretação do sistema jurídico estrangeiro como um todo para depreender a real significação da norma. Assim analisa Caio Mário ao afirmar:

O Direito Comparado, porém, vê a unidade dos sistemas jurídicos em conjunto e deve ter presente além da legislação, a tendência de uma técnica jurídica. O direito, ainda nos países de direito escrito como o Brasil, onde sua fonte primordial está na lei, não se limita a esta. Basta atentar que a norma legislativa tem na verdade o sentido que a interpretação jurisprudencial lhe dá, para se ver que fará trabalho incompleto quem pretenda tirar conclusões do cotejo apenas de textos legais, com abstração da atividade das cortes de justiça. demais disso a doutrina, a elaboração científica, voando mais alto do que o legislador, e mais desembaraçada do que o juiz, a elaboração dogmática das instituições, dando mais ideias do estado de evolução do sistema jurídico. O investigador comparatista, realizando sua obra com o material legislativo apenas, fecha seus horizontes, e não tem a desenvoltura que a pesquisa de cunho nitidamente científico reclama. para que possua estas qualidades essenciais, deve o autor de obra deste gênero verificar o que o legislador dispõe, e investigar também o que registram os arestos dos Tribunais, as influências da doutrina, aqueles imponderáveis de todo organismo jurídico que TÚLIO ASCARELLI denomina <as premissas implícitas> dos sistemas em foro, econômicas, sociais, doutrinárias, às vezes não formuladas,

mas sempre presentes nos sistemas de direito. Com todos esses fatores e bem observando o que a prática civil e comercial realiza, o comparatista segue as linhas de ação de sua disciplina. (MÁRIO, 1962, p. 37-38)

Indo além dos institutos jurídicos, é sabido que uma norma jurídica é fruto de uma série de outros sistemas sociológicos, econômicos e políticos, de modo que também esse aspecto deve ser analisado pelo comparatista. Ignacio Winizky afirma que:

Não obstante esse é o começo. À medida que os estudos sociológicos e as possibilidade de conhecimento mútuo adiantam-se, à medida que avança o conhecimento humano, se faz outra vez, como o dissemos a outro propósito, carne nos leigos, no povo em geral que ascende a etapas da cultura cada vez mais superiores, a consciência que tinham sábios juristas ou a instituição de muitos outros de que o direito não é apenas a lei, a opinião dos autores e a solução de ambas facilitam ao juiz frente aos casos que deve julgar, os conflitos que deve dirimir.

Há um mundo que sente e atua com base em todo um complexo de incitações morais, econômicas, psicológicas, de relação e também frente a um ordenamento jurídico e legislativo que faz com que uma norma possa subsistir, atuar, moldar, canalizar e ser útil a um grupo humano e em determinado momento de sua vida e em troca resulta modificadora, inconveniente ou esquecida e ineficaz em outro.

Há, todavia, leis, opiniões doutrinárias e jurisprudenciais que válidas aqui podem ser letra morta quando não foco infeccioso e pútrido ali.

Por isso quando se trata de estudar o direito com sentido construtivo, para melhorar, adaptar, uniformizar ou unificar, aparece como inevitável ampliar o mecanismo comparativo e estender seu campo de observação e trabalho às realidades sociais que moldam aquelas estruturas jurídicas.

E essa ampliação do campo de investigação impõe novas formas de estudo.

Não basta o texto da lei, o livro e o repertório judicial. Quando muito, eles nos dão somente um conhecimento aproximativo.

Se faz preciso conhecer a realidade social, econômica, moral e política dos povos em investigação. Se faz necessário e vital conhecer o conteúdo amém do continente. (WINIZKY, 1960, p. 51) (tradução nossa)⁶

Desse modo, quando falamos em recepção legislativa, é necessário ter-se em mente que esta vai muito além da mera transposição de uma lei estrangeira, devendo adentrar no estudo e harmonização de todo o arcabouço que acompanha a norma. Assim, garante-se que seja, efetivamente, feito o direito comparado, garantindo uma inovação coerente e aplicável no ordenamento jurídico nacional.

De forma bastante sucinta, Ana Lúcia de Lyra Tavares nos define que recepção legislativa é “a introdução, em um sistema jurídico, de normas ou institutos de outro sistema.” (TAVARES, 1987, p. 2). Conforme analisado acima, essa introdução deve abarcar mais que apenas o texto legal em si, envolvendo a análise do arcabouço jurídico, social, político e econômico por trás daquela norma. Quando se fala “norma”, deve-se ir além também da concepção de texto legal escrito.

É verdade que na família romano-germânica de direito há certa prevalência da norma escrita na forma de lei, de modo que, não raro,

a recepção legislativa é praticada no direito comparado por meio da recepção de um instituto legal. Já na família de *Common Law* de direito, encontra-se a regra geral em geral não numa lei escrita, mas antes nas decisões judiciais anteriores. Tal fato é verificado por J. A. Jolowicz ao considerar que:

Assim chegamos ao coração da técnica de *Common Law*, que é estudar para resolver cada controvérsia, não mediante princípios gerais instituídos autoritariamente pelo legislador, mas sim mediante uma detida consideração dos fatos. O juiz deve estudar os motivos das sentenças ditadas em negócios precedentes semelhantes ao que trata, e por meio de uma cuidadosa comparação dos fatos, declarar se é de se reproduzir as conclusões do negócio precedente, ou bem se existem diferenças de significação que justifiquem e requeiram uma solução diversa. (JOLOWICZ, 1967, p. 506) (Tradução nossa)⁷

Assim, a recepção legislativa, apesar de sua denominação, não se aplica exclusivamente a leis, em seu sentido estrito, mas a institutos jurídicos de outros sistemas. É certo que há algumas distinções na forma de internalização a depender do instituto jurídico em questão, de modo que algumas regras de direito comparado devem ser observadas.

⁶ No original: *Sin embargo ese es el comienzo. A medida que los estudios sociológicos y las posibilidades de conocimiento mutuo adelantan, a medida que avanza el conocimiento humano, se hace otra vez, como lo dijimos a otro propósito, carne en los legos, en el pueblo en general que accede a etapas de la cultura cada vez mas superiores, la conciencia que tenían sabios juristas o la intuición de muchos otros de que el derecho no es sólo la ley, la opinión de los autores y la solución que ambas facilitan al juez frente a los casos que debe juzgar, los conflictos que debe dirimir. Hay un mundo que siente y actúa en base a todo un complejo de incitaciones morales, económicas, psicológicas, de relación y también frente a un ordenamiento jurídico y legislativo que hace que una norma pueda subsistir, actuar, moldear, encauzar y ser útil en un grupo humano y en determinado momento de su vida y en cambio resulta distorsionadora, inconveniente, u olvidada e ineficaz en otro. Hay todavía leyes, opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que válidas acá puede ser letra muerta cuando no foco infeccioso y pútrido allá. Por eso cuando se trata de estudiar el derecho con sentido constructivo, para mejorar, adaptar, uniformar o unificar, aparece como ineludible ampliar el mecanismo comparativo y extender su campo de observación y trabajo a las realidades sociales que enmarcan aquellas estructuras jurídicas. Y esa ampliación de campo de investigación impone nuevas formas de estudio. No basta el texto de la ley, el libro y el repertorio judicial. Con ser mucho, nos da solamente un conocimiento aproximativo. Se hace preciso conocer la realidad social, económica, moral y política de los pueblos en investigación. Se hace necesario y vital conocer el contenido amén del continente.*

⁷ No original: *Así llegamos al corazón de la técnica del Common Law, que es estudiar para resolver cada controversia, no mediante principios generales estatuidos autoritariamente por el legislador, sino mediante una detenida consideración de los hechos. El juez debe estudiar los motivos de las sentencias dictadas en negocios precedentes semejantes al que trata, y por medio de una cuidadosa comparación de los hechos, declarar si son de reproducirse las conclusiones del negocio precedente, o bien si existen diferencias de significación que justifiquen y requieran una solución diversa.*

A recepção legislativa é um dos mecanismos mais recorrentes do direito comparado. A sua aplicação, todavia, envolve mais que a cópia de uma lei estrangeira, havendo requisitos e métodos a serem observados quando da sua execução. Sobre o método de aplicação do direito Comparado, Jaakko Huka analisa que:

Mas, essas considerações dão origem a uma questão mais concreta: como o método funciona na prática, isto é, quais são os passos a serem tomados? Quais são os sinais de trânsito dessa abordagem, isto é, qual é o caminho a seguir ao longo da estrada? Como um todo, o processo de direito comparado de acordo com a teoria de Zweigert e Kötz é, basicamente, do seguinte modo: 1) Proponha uma questão funcional (como é - vagamente compreendido - o problema sócio-legal X resolvido), 2) apresente os sistemas e seus meios de solucionar o problema X, 3) liste similaridades e diferenças nos meios de solucionar X, 4) adote um novo ponto de vista do qual se considere explicações de diferenças e similaridades, e 5) avalie criticamente as descobertas (e algumas vezes julgue qual das soluções é a "melhor"). Se alguém seguir esse esquema, então o contexto do direito deve de fato entrar na questão quando um comparatista tenta explicar suas descobertas e dirigi-se para "as causas de diferenças ou similaridades legais as quais ele tenha descoberto". (HUKA, 2007, p. 9-10) (Tradução nossa)⁸

Alguns pressupostos também devem ser verificados quando da recepção legislativa, muito do que deriva da própria natureza do direito comparado e sua distinção com outros ramos do direito. De uma forma sistemática, Roberto Molina Pasquel analisa que:

I. *Pressupostos*. O estudo comparativo deverá ser feito por juristas nacionais, diretamente da instituição de *common law* de que se trate, sem recorrer às interpretações de autores de sistemas romanistas, que deverão ser tido em conta, está claro, mas sem que devam ser a fonte direta, a meu julgamento. Ao final será necessário:

- a) Conhecer o idioma do país de *common law* cuja instituição se estude, a saber: o inglês e especialmente a terminologia jurídica.
- b) Conhecer, ainda que não seja em detalhes, a história, a tradição e a idiosincrasia do povo de cujo sistema jurídico se estude a instituição.
- c) Conhecer, pelo menos em seus princípios diretores, o sistema jurídico do país de que se trate, e especialmente suas mais importantes instituições. (PASQUEL, 1965, p. 677-678) (Tradução nossa)⁹

Desse modo, aplicando tais recomendações, garante-se que a recepção legislativa possa ser feita de um modo sistemático e coerente, de modo a cumprir com os preceitos do direito comparado. A correta prática de recepção é uma dos requisitos essenciais para o aperfeiçoamento do sistema jurídico nacional.

⁸ No original: *But, these considerations give rise to a more concrete question: how does the method work in practice i.e. what steps to take? What are the road signs of this approach i.e. what is its way to go along the road? As a whole, the process of comparative law according to the theory of Zweigert and Kötz is, roughly, as follows: 1) Pose a functional question (how is – loosely understood – socio-legal problem X solved), 2) present the systems and their way of solving problem X, 3) list similarities and differences in ways of solving X, 4) adopt a new point of view from which to consider explanations of differences and similarities, and 5) evaluate critically discoveries (and sometimes judge which of the solutions is “best”). If one follows this scheme, then, the context of law should actually come into play when a comparatist tries to explain his findings and moves to “the causes of the legal similarities or differences which he has discovered”.*

⁹ No original: *I. Presupuestos. El estudio comparativo habrá de ser hecho por juristas nacionales, directamente de la institución de common law de que se trate, sin recurrir a las interpretaciones de autores de sistemas romanistas, que habrán de ser tenidos en cuenta, claro está, pero sin que deban ser la fuente directa, a mi juicio. A tal fin será necesario:*

a) *Conocer el idioma del país de common law cuya institución se estudie, a saber: el inglés y especialmente la terminología jurídica.*
 b) *Conocer, aunque no sea en detalle, la historia, la tradición y la idiosincrasia del pueblo de cuyo sistema jurídico se estudie la institución.*
 c) *Conocer, por lo menos en sus principios rectores, el sistema jurídico del país de que se trate, y especialmente sus más importantes instituciones.*

Isso porque, caso não sejam verificados esses requisitos, é possível que haja a importação de uma norma sem a devida adequação, criando um instrumento alienígena que, mais que adensar o ordenamento normativo nacional, causa conflitos no sistema. Por outro lado, uma aplicação coerente de institutos estrangeiros permite o aperfeiçoamento do sistema jurídico nacional em diversos aspectos.

4. O DIREITO COMPARADO COMO MECANISMO PARA O APERFEIÇOAMENTO DOS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS

Um sistema jurídico não é um sistema estático, sendo afetado constantemente por forças diversas, não apenas decorrentes de mudanças dentro do sistemas, mas também por influências externas. Nesse diapasão, o direito comparado apresenta grande importância para garantir a interpenetração dos sistemas estrangeiros no sistema nacional. Assim, a recepção legislativa, quando devidamente efetivada, é um efetivo instrumento de pesquisa de direito comparado para o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos nacionais.

Inicialmente, pode se falar que a recepção legislativa garante uma maior congruência ao sistema jurídico nacional. Isso porque, conforme abordado, a atual sociedade pós-moderna é marcada por um constante fluxo de informações e conceitos, de modo que é cada vez mais difícil considerar a existência de um sistema plenamente hermético, especialmente sistemas jurídicos. Logo, verifica-se que o diálogo entre o âmbito doméstico e estrangeiro contribui para que não haja um anacronismo do ordenamento jurídico nacional. A recepção de institutos normativos que são vanguarda em sistemas jurídicos estrangeiros garante que

não haja um descompasso entre a prática política, econômica ou social do país e sua prática jurídica.

Ressalte-se aí a necessidade de adequação da recepção jurídica, uma vez que, para que haja uma congruência entre o sistema nacional e o estrangeiro que está sendo recepcionado, é preciso que as regras de recepção legislativa sejam obedecidas. Sobre a congruência dos sistemas estrangeiros, analisa Roberto Molina Pasquel:

Deve ter-se em conta que o sistema jurídico estrangeiro é um todo congruente, razoável e lógico, de acordo com os pressupostos acima explicados. A lógica jurídica rege tanto nos sistemas nacionais como nos estrangeiros, e quando alguma ideia apareça incongruente, o mais provável é que não está bem captada. (PASQUEL, 1965, p. 680) (Tradução nossa)¹⁰

Um outro aspecto bastante benéfico da recepção legislativa é a criação de inovação dentro do sistema jurídico nacional. A recepção, conforme citado previamente, inova o ordenamento jurídico vigente, uma vez que sua aplicação de maneira coerente implica na recepção também de todo um arcabouço jurídico e sociológico acoplados ao instituto normativo. Sobre o tema, considera Roberto Molina Pasquel que:

f).- É necessário reconhecer, em seu caso, que a instituição a interpretar e de cuja recepção se trata, não tem exata correspondência no Direito nacional, seja porque esteja constituída por novos elementos desconhecidos no Direito pátrio, ou porque se trate de novas combinações; ou bem porque se persigam fins diversos. Deve reconhecer-se com claridade a novidade de uma instituição, se tratar de demarcá-la precisamente dentro das instituições existentes no Direito nacional. (PASQUEL, 1951, p. 52-53) (Tradução nossa)¹¹

¹⁰. No original: *Debe tenerse en cuenta que el sistema jurídico extranjero es un todo congruente, razonable y lógico, de acuerdo con los presupuestos arriba explicados. La lógica jurídica rige tanto en los sistemas nacionales como en los extranjeros, y cuando alguna idea aparezca incongruente, lo más probable es que no esté bien captada.*

¹¹ No original: *f).- Es necesario reconocer, en su caso, que la institución a interpretar e de cuya recepción se trata, no tiene exacta correspondencia en el Derecho nacional, sea porque esté constituida por nuevos elementos desconocidos en el Derecho patrio, o porque se trate de nuevas combinaciones; o bien porque se persigam fines diversos. Debe reconocerse con claridad la novedad de una institución, sin tratar de demarcarla precisamente dentro de las instituciones existentes en el Derecho nacional.*

Destarte, verifica-se que há o adensamento do sistema normativo nacional, de uma forma coerente com o âmbito estrangeiro. Um ordenamento jurídico que está constantemente atualizado com as inovações que ocorrem no mundo está mais apto a disciplinar de forma mais efetiva e célere as questões criadas pela dinâmica social atual. Sabe-se que há um descompasso entre as velocidades de mudanças ocorridas no sistema social e no sistema jurídico, todavia a aplicação da recepção legislativa como instrumento de pesquisa de direito comparado permite reduzir tal descompasso e acelerar o ritmo de aperfeiçoamento do sistema jurídico nacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há ainda algumas visões críticas à aplicação da recepção legislativa no sistema jurídico nacional, as quais, em geral, decorrem de exemplos onde ocorreram a inadequação ou o não cumprimento dos requisitos para realizar a recepção. Há, todavia, inegáveis benefícios a sua realização, como apontado acima. Não só isso, conforme a análise de Jan M. Smits verifica-se que:

Apesar dessas dúvidas acerca do efeito unificador dos recursos à lei estrangeira, é certo que a contínua europeização e globalização irão levar a um maior incremento do raciocínio comparativo nos próximos anos. Como um resultado, a reserva de argumentos legais a serem considerados quando forem decididos casos difíceis, ou quando elaborada nova legislação, irá tornar-se mais e mais similar ao redor do mundo. Isso provavelmente irá levar a uma maior qualidade da legislação e das decisões das cortes: é menos provável que importantes argumentos sejam esquecidos. Isso apenas deve tornar a extração de inspiração comparativa uma parte

indispensável da prática legal nos tempos presentes. (SMITHS, 2006, p. 24) (Tradução nossa)¹²

A criação de uma legislação e jurisprudência de maior qualidade é um dos grandes legados que vem sendo criado com o direito comparado por meio da recepção legislativa. Há ainda muito a se aperfeiçoar quanto ao método de realização e é necessário um estudo aprofundado dos juristas quando da sua aplicação, de modo a evitar uma incorporação parcial do instituto jurídico que leve a incongruências e conflitos, porém não há dúvidas que importantes evoluções foram feitas nas últimas décadas concernentes ao direito comparado.

Uma vasta doutrina analisa a experiência de aplicação do direito comparado e revela uma importância crescente de seus institutos para os sistemas jurídicos nacionais. É necessário, contudo, aproximar mais a teoria da prática, uma vez que ainda se verifica em diversos ordenamentos jurídicos nacionais uma grande resistência à inclusão do elemento estrangeiro em seus sistemas jurídicos, resistência essa muitas vezes fruto mais de um desconhecimento dos institutos estrangeiros que uma possível ineficácia dos mesmos nos ordenamentos nacionais.

A aproximação com sistemas jurídicos estrangeiros por meio da recepção legislativa possui uma importância que vai além da esfera do Direito. Isso porque, quanto maior for a aproximação e interação recíproca entre os distintos sistemas nacionais, maior é a possibilidade de cooperação e de construção de convergências. Não há dúvidas, portanto, acerca da grande importância de uma compreensão mais apurada sobre a recepção legislativa, garantindo que o direito comparado possa ser aplicado em sua plenitude e sem confusão com outros institutos de direito.

¹². No original: *Despite these doubts about the unifying effect of recourse to foreign law, it is certain that the continuing Europeanization and globalization will lead to a further increase of comparative reasoning in the years to come. As a result, the store of legal arguments to be considered in deciding hard cases, or in drafting new legislation, will become more and more similar across the world. This is likely to lead to a higher quality of legislation and court decisions: important arguments are less likely to be overlooked. This alone should make the drawing of comparative inspiration an indispensable part of present-day legal practice.*

6. REFERÊNCIAS

DANTAS, IVO. *Direito Comparado como Ciência*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 34, n. 134, 1997.

_____. *A recepção legislativa e os sistemas constitucionais*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 40, n. 158, abr./jun. 2003.

HUKA, Jaakko. *About the Methodology of Comparative Law – Some Comments Concerning the Wonderland....* Maastricht: Faculty of Law, Universiteit Maastricht, 2007.

JOLOWICZ, J. A.. *Vistazo al common law*. Boletín del instituto de derecho comparado de México, n. 60, 1967.

LERNER, Pablo. *Sobre Armonización, Derecho Comparado y la Relación entre Ambos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, num. 111, 2004.

MÁRIO, Caio. *Direito Comparado e o seu Estudo*. Recife: Ministério da Educação e Cultura, 1962.

MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. Oxford: Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006.

PASQUEL, Roberto Molina. *Ensayo sobre el metodo para la interpretación y recepción de instituciones de derecho extranjero*. Boletín del instituto de derecho comparado de México, n. 12, 1951.

PASQUEL, Roberto Molina. *Reglas sobre recepción de instituciones jurídicas extranjeras*. Boletín del instituto de derecho comparado de México, n. 54, 1965.

QUINTANILLA, Gustavo A. *El Derecho Comparado - Ensayo sobre una reconstrucción histórica*. Ciudad Universitaria de Nuevo León, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología, 2000.

SMITS, Jan M. *Comparative Law and its Influence on National Legal Systems*. Oxford: Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006.

SOMMA, Alessandro. *Introducción Crítica al Derecho Comparado*. Lima: Ara Editores, 2006.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. *A Utilização do Direito Comparado pelo Legislador*. Contextos : Revista da PUC-RJ, v. 1, n. 1, 1987

VALCKE, Catherine. *Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems*. The American Journal of Comparative Law, Vol. 52, No. 3, 2004. Disponível em: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/4144481?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21102532905607>. Acesso em 11 de agosto de 2017.

WINIZKY, Ignacio. *De la Técnica Comparativa en el Derecho*. Boletín del instituto de derecho comparado de México, n. 38, 1960.