

APORTES DO COMPARATISMO JURÍDICO AO ESTUDO DA CIRCULAÇÃO DE IDEIAS E EXPERIÊNCIAS NORMATIVAS NA EUROPA E AMÉRICA DURANTE A PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX*

CONTRIBUTIONS OF LEGAL COMPARATISM TO THE STUDY OF THE CIRCULATION OF IDEAS AND NORMATIVE EXPERIENCES IN EUROPE AND AMERICA DURING THE FIRST HALF OF THE 20TH CENTURY

Ezequiel Abásolo**

RESUMO

Integrado ao PICT Bicentenário 2010/2821, “A projeção ibero-americana da cultura jurídica europeia e o caso argentino. Suas repercussões nos debates e as práticas do direito privado (1900-1950)”, e à linha de investigação que simultaneamente levamos na Universidade Católica Argentina em torno da relação entre as culturas jurídicas argentina e brasileira durante a primeira metade do século XX, pretendemos aqui contribuir com alguns pontos de vista próprios à elaboração de uma teoria jus-historiográfica específica. Propomos isso na medida em que uma das preocupações mais específicas do projeto e da linha de investigação referidos consiste em refletir sobre os critérios e o instrumental mais idôneos para compreender um tipo singular de fenômeno, como é o da circulação de ideias, experiências e produtos normativos entre distintas comunidades.

PALAVRAS-CHAVE

Comparatismo jurídico — Circulação de ideias — Europa — América — Século XX.

ABSTRACT

Integrated into the PICT Bicentenary 2010/2821, "The Ibero-American projection of European legal culture and the Argentine case. Its repercussions in the debates and practices of private law (1900-1950)", and to the line of research that we simultaneously carry out at Universidad Católica Argentina around the relationship between the Argentine and Brazilian legal cultures during the first half of the 20th century, we intend here to contribute with some points of view proper to the elaboration of a specific legal historiographical theory. We propose this insofar as one of the most specific concerns of this project and line of research consists in reflecting on the criteria and the most appropriate instruments for understanding a singular type of phenomenon, such as the circulation of ideas, experiences and normative products between different communities.

KEYWORDS

Legal comparatism — Circulation of ideas — Europe — America — 20th century.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Algumas considerações sobre o comparatismo jurídico. 2. Critérios metodológicos comparatistas. 3. Aspectos que devem ser levados em conta quando do estudo da circulação de ideias, preceitos e experiências normativas na América ibérica durante a primeira metade do século XX. 4 Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: ABÁSULO, Ezequiel. Aportes do comparatismo jurídico ao estudo da circulação de ideias e

* Texto original em língua espanhola: ABÁSULO, Ezequiel. Aportes del comparatismo jurídico al estudio de la circulación de ideas y experiencias normativas en Europa y América durante la primera mitad del siglo XX. In: ABÁSULO, Ezequiel (org.). *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014. p. 11-21. Tradução de Denis Guilherme Rolla (Mestre em História do Direito, PPGD-UFRGS). Revisão da tradução por Alfredo de J. Flores (Prof. Permanente PPGD-UFRGS). Os tradutores agradecem a autorização dada pelo autor para essa tradução e publicação, bem como o apoio dado pelo graduando Frederico Paganin Gonçalves (Faculdade de Direito, UFRGS) na revisão do texto. Vale recordar que o texto aqui traduzido integra a citada obra como texto programático, constando no início do livro como capítulo introdutório e basilar para a sequência dos textos da obra coletiva em tela.

** Diretor do PICT 2010/2018 “La proyección iberoamericana de la cultura jurídica europea y el caso argentino. Sus repercusiones en los debates y las prácticas del derecho privado (1900-1950)”. Professor Protitular da Pontificia Universidade Católica Argentina.

experiências normativas na Europa e América durante a primeira metade do século XX. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 6, n. 2, Porto Alegre, p. 21-35, mai. 2022.

INTRODUÇÃO

Integrado ao PICT Bicentenário 2010/2821, “A projeção ibero-americana da cultura jurídica europeia e o caso argentino. Suas repercussões nos debates e as práticas do direito privado (1900-1950)”, e à linha de investigação que simultaneamente levamos na Universidade Católica Argentina em torno da relação entre as culturas jurídicas argentina e brasileira durante a primeira metade do século XX, pretendemos aqui contribuir com alguns pontos de vista próprios à elaboração de uma teoria jus-historiográfica específica. Propomos isso na medida em que uma das preocupações mais específicas do projeto e da linha de investigação referidos consiste em refletir sobre os critérios e o instrumental mais idôneos para compreender um tipo singular de fenômeno, como é o da circulação de ideias, experiências e produtos normativos entre distintas comunidades.

Na verdade, qualquer momento é oportuno para meditar sobre a metodologia disciplinar. Nesse sentido, já nos alertava Ricardo Zorraquín Becú sobre a conveniência de, ao “analisar, periodicamente, as bases, os métodos, os objetivos e a natureza mesma das disciplinas científicas que cultivamos, o porquê dessa análise tem que surgir com maior precisão quanto ao que devemos fazer no campo de cada especialidade”.¹ Por outro lado, enquanto José María Díaz Couselo também destaca a importância deste tipo de atitudes epistemológicas, e nos insta a preocuparmo-nos quanto a este tipo de assunto², Ricardo Marcelo Fonseca também nos adverte sobre os riscos de tentar abordar a consideração de tópicos metodológicos contornando a prévia e imprescindível reflexão sobre a natureza e objetivos da nossa disciplina.³

Agora, ainda que com um sentido e um olhar que diferem do nosso – sendo que entendemos que, no que tange ao essencial, o faz de forma mais tolerante e otimista – Victor Tau Anzoátegui se refere agudamente ao império de uma crescente “liberdade metodológica”, por parte daqueles que dizem cultivar estudos histórico-jurídicos.⁴ Distante, em grande medida, das propostas e meditações dos mestres de outrora e da área, atribuímos boa parte desta “diversidade” à falta de orientação e ao desinteresse dos ditos autorreferenciados especialistas

¹ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. Apuntamientos para una teoría de la historia del derecho. In: ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. *Estudios de Historia del Derecho III*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992. p. 461.

² DÍAZ COUSELO, José María. Algunos problemas de la historiografía jurídica actual. *Anuario de filosofía jurídica y social*, n. 8, p. 143, 1988.

³ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 29.

⁴ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *Nuevos horizontes en el estudio histórico en el derecho indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997. p. 17.

e à transmissão empírica e acrítica de velhas tradições metodológicas.

Assim, quando se trata de pensar os instrumentos adequados para estudar os fluxos normativos entre comunidades, consideramos oportuno não perder de vista duas diretrizes histórico-jurídicas essenciais e, da mesma forma, levar em conta duas situações relativamente novas que decisivamente gravitam no que diz respeito a essa matéria.

Com relação à primeira das diretrizes acima mencionadas, lembremos que, como bem afirma o professor Alfonso García-Gallo, a história do direito tem como principal objeto de interesse as expressões jurídicas do passado, razão pela qual no decorrer de suas investigações os jus-historiadores devem aplicar um fino sentido jurídico,⁵ Daí que, como argumentou faz mais de um quarto de século atrás o italiano Mario Sbriccoli, e como defende hoje em nosso meio Eduardo Martiré^a, o historiador do direito – sem diminuir sua atenção para as propostas sugestivas oriundas de outras disciplinas históricas – deve preocupar-se com uma re-juridicização (ou purificação) da disciplina.⁶ Em relação à segunda diretriz, é necessário entender que a mencionada centralidade dos componentes estritamente normativos não deve levar-nos a pensar em identificar a juridicidade em geral com uma certa forma histórica de juridicidade – ou seja, com aquela consagrada pela dogmática empobrecedora e reducionista de origem oitocentista.⁷

No que se refere às situações “novas”, encontramos-nos tanto ante uma dimensão estritamente historiográfica como ante outra que afeta a própria compreensão dos fenômenos jurídicos. Quanto à primeira dimensão, não é lícito ignorar que, em geral, as experiências normativas, após a consagração dos códigos no âmbito europeu e americano, ainda constituem áreas pouco cultivadas, de onde resulta que, por influência de distorcidas propostas nacionalistas, ainda são muito pouco atendidos todos aqueles aspectos relativos aos vínculos e contatos mantidos entre operadores jurídicos pertencentes a diferentes comunidades normativas.

Com respeito à segunda “novidade”, ela deriva dos questionamentos de um tempo

⁵ GARCÍA-GALLO, Alfonso. Bases para la programación de enseñanza de Historia del Derecho y en esencial de la Historia del Derecho Indiano. In: GARCÍA-GALLO, A. *Los orígenes españoles de las instituciones americanas: Estudios de derecho indiano*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987. p. 1081.

^a *Nota de tradução*: o prof. Eduardo Martiré, com relação a esse tema, publicou texto em que trabalhamos na tradução e aproveitamos aqui para registrar: MARTIRÉ, Eduardo. ‘A purificação do jurídico’ na História do Direito (em homenagem a Alfonso García-Gallo). Tradução de Denis Guilherme Rolla. Revisão da tradução por Alfredo de J. Flores. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 40, p. 21-30, ago. 2019.

⁶ SBRICCOLI, Mario. Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca. In: GROSSI, Paolo (comp.). *Storia sociale e dimensione giuridica: Strumenti d’indagine e ipotesi di lavoro*. Milano: Giuffrè Editore, 1986. p. 136.

⁷ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *Nuevos horizontes en el estudio histórico en el derecho indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997. p. 22.

como o nosso que, dotado de um “ânimo crepuscular”, interpela-nos sobre a solidez das antigas certezas que proporcionavam limites precisos à ordem jurídica. Desta maneira, onde antes imperavam a pureza, a estabilidade e a certeza, hoje dominam os “híbridos” e a incerteza.⁸ Segundo esse ponto de vista, conforme já advertia António Manuel Hespanha há mais de um quarto de século, o “domínio” jurídico já “não existe mais em sua identidade tradicional”, de onde as estratégias explicativas não podem permanecer sendo as mesmas de antes.⁹ Portanto, frente às novas perguntas que suscitam as situações outrora antes desconhecidas, nosso principal desafio consiste em oferecer um utensílio instrumental metodológico adequado, baseado em categorias analíticas próprias, cuja funcionalidade merece ser verificada empiricamente.

1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O COMPARATISMO

Precedido por um movimento que foi assinalado num momento inicial por um interesse meramente informativo e acrítico, o comparatismo se consolidou cientificamente no início do século XX. Assim, no célebre Congresso de Direito comparado que teve lugar em Paris em 1900, o professor Kohler propôs, entre outras coisas, que, à hora de praticar uma comparação, toda análise tivesse em conta: avaliar instituições de povos que contassem com um análogo grau de desenvolvimento; distinguir o essencial do acidental; explicar historicamente a presença de instituições comuns; e apreciar em cada caso a influência que exerceram as grandes personalidades no desenho normativo.¹⁰ Posteriormente, os métodos aplicáveis ao comparatismo foram sendo afinados e aperfeiçoados, com o objetivo de evitar os perigos de distorção que poderiam suscitar os subentendimentos e as ilusões. Por exemplo, aqueles que podem fazer supor que a bibliografia doutrinária viesse a refletir a efetiva realidade jurídica prática.¹¹ Em outras palavras, terminou por consagrar-se a noção de que a percepção dos fenômenos jurídicos era algo bem diferente de sua efetiva compreensão.¹² Quanto ao anterior, significa que o comparatista, enquanto sutil intérprete de uma *dimensão silenciosa* de

⁸ VOGLIOTTI, Massimo. Introduzione. In: VOGLIOTTI, Massimo (org.). *Il tramonto della modernità giuridica: Un percorso interdisciplinare*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008. p. 02.

⁹ HESPANHA, António Manuel. Una ‘nouvelle histoire’ du droit?. In: GROSSI, Paolo (comp.). *Storia sociale e dimensione giuridica: Strumenti d’indagine e ipotesi di lavoro*. Milano: Giuffrè Editore, 1986. p. 339.

¹⁰ Conforme: JALUZOT, Béatrice. Méthodologie du droit comparé : Bilan et prospective. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 57, n. 1, p. 33, 2005.

¹¹ FLETCHER, George P. Comparative Law as a Subversive Discipline. *The American Journal of Comparative Law*, v. 46, n. 4, p. 686, outono 1998.

¹² AJANI, Gianmaria; ANDERSON, Miriam; ARROYO AMAYELAS, Esther; PASA, Bárbara. *Sistemas jurídicos comparados: Lecciones y materiales*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2010. p. 20-21.

um direito – que em um início lhe resultaria alheia¹³ – deve preocupar-se por tornar inteligível o *desencriptar* uma maneira diferente de ser jurista, a qual se manifesta em uma pluralidade de propósitos e de atos, e se vincula com um saber-fazer e uns significados que muitas vezes permanecem implícitos e que só chegam a compreender-se em termos sócio-históricos.¹⁴

Entretanto, ainda em nossos dias continuam sendo discutidos os aspectos relativos ao estatuto epistemológico e à finalidade do comparatismo. Nesta ordem de coisas, compartilhamos plenamente o ponto de vista de Pierre Legrand, enquanto denuncia os pretendidos méritos de um perfil *utilitarista* do direito comparado, ou seja, aquele em que se praticaria com um exclusivo e imediato objetivo de alcançar, ou a melhora do direito nacional, ou a harmonização entre vários direitos desta índole. Disse a esse respeito o autor citado que “avaliar as virtudes da análise comparativa nesses termos, é, em definitivo, negar ao método comparativo o estatuto de empreendimento científico”.¹⁵ Palavras que nos remetem a uma oportuna crítica feita por Pio Caroni, com a qual fulmina aqueles que, desde o observatório histórico jurídico,

manipulam o passado com uma habilidade jactante. Servem-se dele com a mesma naturalidade com que extraem a mercadoria de estantes de uma loja. E pretendem fazê-lo com um bom fim, isto é, porque convencidos de oferecer um modelo válido para a árdua unificação atual do direito privado europeu. Mas o que eu vejo aí, antes de tudo, é uma irrupção torpe e pouco respeitosa no labor da história.¹⁶

Agora, é indubitável que um dos benefícios da análise comparativa consiste em sua capacidade para estimular a análise normativa a níveis mais amplos de abstração.¹⁷

Quanto ao anterior, não cabem dúvidas que as percepções que nos são oferecidas pelo comparatismo jurídico são o resultado da interpretação pessoal do comparatista. Segundo Legrand, “o produto de um exercício de reconstrução que depende mais da invenção que da constatação”, e que deve passar pelo crivo de suas categorias cognitivas.¹⁸ Contudo, também é certo que seu instrumental foi decantando por obra de uma reflexão em permanente diálogo com a realidade. Em outros termos, não é fruto de elucubrações abstratas de gabinete. De onde

¹³ Cfr.: Rodolfo Sacco, apud MUIR-WATT, Horatia. La fonction subversive du droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 52, n. 3, p. 518, jul.-set. 2000.

¹⁴ LEGRAND, Pierre. Comparer. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 49, n. 2, p. 286, abr.-jun. 1996.

¹⁵ LEGRAND, Pierre. A propos d’une réflexion sur la comparaison juridique. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 45, n. 4, p. 879, out.-dez. 1993.

¹⁶ CARONI, Pio. *La soledad del historiador del derecho*: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente. Madrid: Universidad Carlos III – Dykinson, 2010. p. 46.

¹⁷ REITZ, John C. How to do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 46, n. 4, p. 625, outono 1998.

¹⁸ LEGRAND, Pierre. Questions à Rodolfo Sacco. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 47, n. 4, p. 943, out.-dez. 1995.

seu formidável potencial *subversivo*, que consiste em revelar riquezas ocultas de sistemas jurídicos que, no mais das vezes, os experts do direito positivo hegemônico se esforçam por manipular, para efeitos de apresentá-lo de um modo reducionista e unívoco.¹⁹

2 CRITÉRIOS METODOLÓGICOS COMPARATISTAS

Superados os antigos enfoques histórico-jurídicos, que reduziam o horizonte do direito do passado que seria digno de ser estudado quase exclusivamente aos textos normativos de produção estatal ou seus equivalentes – razão pela qual a avaliação das interações e dos discursos dos operadores, hoje especialmente atendidos, por exemplo, pela *Critical Legal History* norte-americana²⁰, entre outras historiografias especializadas, não suscitava outrora maior interesse –, cabe considerar o fenômeno da circulação ou fluxo de ideias, experiências e manifestações normativas entre distintas comunidades como um dos aspectos que, conforme seus diferentes alcances e modalidades, termina sendo especialmente relevante para caracterizar uma cultura jurídica em concreto. A esse respeito, não nos esqueçamos “que o direito que pode ser objeto de análise comparada é uma noção muito mais ampla e muito menos contingente que um conjunto de regras contidas em um texto normativo”.²¹ E, quanto ao núcleo do que a expressão aludida – fazemos referência à *cultura jurídica* – pretende evocar, sabendo das dificuldades que encerraria qualquer tentativa de defini-la de modo breve e conciso²², entendemos que não suscitará maior polêmica afirmar que se integra com aqueles padrões básicos de reflexão e de conduta que, mais ou menos sedimentados e inspirados em um cúmulo de ideias e de arraigadas crenças, compartilham a maior parte dos operadores do direito de uma comunidade.²³ No âmbito ocidental e desde a Baixa Idade Média, está claro que os principais operadores e, portanto, os atores mais significativos na conformação das culturas jurídicas, são os profissionais letrados.²⁴

¹⁹ MUIR-WATT, Horatia. La fonction subversive du droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 52, n. 3, p. 505, 509, 520 e 526, jul.-set. 2000.

²⁰ Cfr.: ROSE, Jonathan. Studying the Past: The Nature and Development of Legal History as an Academic Discipline. *Journal of Legal History*, v. 31, i. 2, p. 101-128, 2010.

²¹ AJANI, Gianmaria; ANDERSON, Miriam; ARROYO AMAYELAS, Esther; PASA, Bárbara. *Sistemas jurídicos comparados: Lecciones y materiales*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2010. p. 25.

²² BRANTS, C. Legal Culture and Legal Transplants. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3, dez. 2010. Disponível em: < <http://www.ejcl.org/143/art143-5.pdf> >.

²³ Cfr.: NELKEN, David. Using the Concept of Legal Culture. *Australian Journal of Legal Philosophy*, n. 29, v. 1, p. 01 e 08, 2004. Sobre o alcance deste conceito e o papel de Lawrence Fridman em seu desenho, ver: SILBEY, Susan S. Legal Cultures and Cultures of Legality. In: HALL, John R.; GRINDSTAFF, Laura; LO, Ming-Cheng (eds.). *Sociology of Culture: A Handbook*. London / New York: Routledge Publishers, 2010. p. 471-472.

²⁴ WATSON, Alan. Legal Change: Sources of Law and Legal Culture. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 131, n. 5, p. 1154, abr. 1983.

Agora, os padrões ou critérios aludidos operam conforme um mecanismo de interrelações recíprocas, a qual integra um verdadeiro *modo de produção intelectual*. Neste sentido, logicamente com as licenças do caso, entendemos que é aplicável à compreensão do direito como expressão de uma cultura jurídica vinculada a um certo modo de produção intelectual tanto a abordagem de Marx e Engels – no sentido de que “as circunstâncias fazem o homem, na mesma medida em que este faz as circunstâncias”²⁵ –, como a ideia, também de tradição marxista, de que as relações de produção e reprodução – em nosso caso de critérios e categorias jurídicas – terminam gravitando extraordinariamente nas percepções e critérios dos operadores jurídicos.²⁶ Sobre isso, adverte em nossos dias Pierre Legrand que o âmbito jurídico é distinguível por participar de uma tradição de dimensão *atmosférica* que constitui o horizonte de trabalho do jurista, “ou seja, uma estrutura pré-individual interiorizada, estruturada e estruturante”, em virtude da qual a reflexão e atividade jurídicas resultam dominadas por uma socialização de critérios dos quais se deriva que nenhum operador possa ser completamente dono de suas concepções normativas.²⁷

Enquanto “procedimento racional e sistemático”, reconhecido e admitido pela comunidade científica, e destinado, como explica Constantinesco, “a precisar as relações existentes entre diversos termos”, o comparatismo jurídico não pode identificar-se sem mais com a simples exposição de informação.²⁸ Contudo, o comparatismo tampouco se reduz a um único método uniforme. Isso é assim na medida em que, no fundamental, trata-se antes de tudo do desdobramento de uma atitude epistemológica frente a expressões jurídicas que, em diversa medida, resultam alheias às próprias. Nesta ordem de coisas, não escapará aqui ao historiador do direito o potencial que essa característica do comparatismo implica no exercício do *métier* histórico-jurídico. Voltando à comparação jurídica, dizia que se trata de um campo que, por definição, ocupa-se da análise do outro, do diferente.²⁹ Isso leva a vincular e avaliar duas ou mais manifestações normativas reciprocamente autônomas, para efeitos de que, a partir de tal constatação, possam ser compreendidos da melhor forma os aspectos pouco ou mal conhecidos, seja das experiências jurídicas alheias, seja das próprias, o qual – em geral, e dizendo-se de

²⁵ MARX, K.; ENGELS, F. Sobre la producción de la conciencia. In: MARX, K.; ENGELS, F. *La ideología alemana*. 5ª ed. Barcelona: Ediciones Pueblos Unidos/Grijalbo, 1974. p. 41.

²⁶ Para esse assunto, ver: MARX, K. Prólogo. MARX, K. *Contribución a la crítica de la economía política*. Disponível em: < <http://www.ucm.es/info/bas/es/marx-eng/oel/mrxoel115.htm> >.

²⁷ LEGRAND, Pierre. Sur l'analyse différentielle des juriscultures. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 51, n. 4, p. 1055, out.-dez. 1999.

²⁸ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Il metodo comparativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000. p. 11.

²⁹ CURRAN, Vivian Grosswald. Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives. *The American Journal of Comparative Law*, v. 46, n. 4, p. 657, outono 1998.

passagem – é o mais habitual e frequente.³⁰ Este exercício requer que os fragmentos de experiências jurídicas que são sopesados simultaneamente venham a compartilhar entre si, ou com o padrão de medida que sirva de comum parâmetro, alguns mínimos aspectos comuns, enquanto “não podemos comparar coisas que são totalmente diferentes [... já que,] se podemos descrever nossas diferenças, deve ser pelo que compartilhamos”.³¹ Como bem adverte Rodolfo Sacco, “a comparação começa sem exotismo, no interior do próprio direito”.³² E não somente isso. Inicia-se em um sujeito concreto, que não é “asséptico” nem “neutro”, na medida em que, ademais que estar imerso em um contexto cultural que o determina, atua em função de estruturas e categorias mentais, onde muitas das quais resultam inconscientes. Daí que se sublinhe que, entre outras questões, a noção mesma de direito ou de sistema jurídico pode não ter os mesmos contornos para o observador que para os protagonistas das experiências jurídicas submetidas à avaliação e ao cotejamento.³³

Para além da aludida pluralidade metodológica, e na medida em que, no âmbito jurídico, o exame comparativo cumpre um papel próximo ao da análise “experimental”³⁴ – nesta ordem de coisas, Zweigert e Kötz falam do direito comparado como *école de vérité*³⁵ –, a validação e reconhecimento de seus aportes impõem, a juízo da comunidade científica, certas pautas mínimas de rigor. Conforme, no fundamental, ao que ensina Constantinesco, a metodologia comparada supõe^b: (1) conhecer a instituição a cotejar, o que significa estudar os termos mediante os quais se manifesta; estudá-los em suas origens e com relação à complexidade de fontes; respeitar a hierarquia das fontes; e interpretar a instituição segundo seu próprio ordenamento jurídico e sua própria hermenêutica; (2) compreendê-la, ou seja, integrá-la no meio econômico, político e social respectivo – dizendo de outro modo, resulta imperioso atender ao peso que os fatores metajurídicos têm na conformação da instituição examinada; (3) compará-la, ou seja, determinar as semelhanças e diferenças da instituição avaliada a respeito de outra, seja porque pertence a um sistema normativo diferente, seja porque

³⁰ MANCERA COTA, Adrián. Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 121, p. 217 (passim), 2008.

³¹ GORDLEY, James. Is Comparative Law a Distinct Discipline?. *The American Journal of Comparative Law*, v. 46, n. 4, p. 615, outono 1998.

³² LEGRAND, Pierre. Questions à Rodolfo Sacco. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 47, n. 4, p. 952, out.-dez. 1995.

³³ MUIR-WATT, Horatia. La fonction subversive du droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 52, n. 3, p. 522, jul.-set. 2000.

³⁴ AJANI, Gianmaria; ANDERSON, Miriam; ARROYO AMAYELAS, Esther; PASA, Bárbara. *Sistemas jurídicos comparados: Lecciones y materiales*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2010. p. 21.

³⁵ ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Heinz. *Introducción al derecho comparado*. 3ª ed. México: Oxford University Press, 2002. p. 17.

^b Nota de tradução: CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Il metodo comparativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000. passim.

se trate de um desenho teórico mais ou menos ideal, que se utiliza como padrão de medida. Em particular, devem ser identificadas as causas das diferenças mencionadas, e precisar e avaliar as relações constatadas. De outra parte, Ajani também explica que a atividade comparativa compreende uma primeira sequência, considerada descritiva, na qual se seleciona e se recorta o ponto de vista escolhido; individualizam-se as similitudes e diferenças entre as experiências que se submetem a exame; elabora-se uma síntese dos dados obtidos. E uma segunda sequência, denominada crítica, na qual se explicam e valorizam as referidas similitudes e diferenças.³⁶

3 ASPECTOS QUE DEVEM SER LEVADOS EM CONTA QUANDO DO ESTUDO DA CIRCULAÇÃO DE IDEIAS, PRECEITOS E EXPERIÊNCIAS NORMATIVAS NA AMÉRICA IBÉRICA DURANTE A PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX

À margem do problema relativo a como mensurar as distintas manifestações dos *fluxos* de ideias e de experiências jurídicas entre distintas comunidades³⁷ durante a época submetida a estudo – assunto de especial interesse e que, a nosso juízo, torna-se factível, na medida em que se apliquem variáveis mais ou menos genéricas (como as que resultam de adjudicar aos fenômenos valorações globais, ao estilo de “muito relevante”, “medianamente relevante”, “pouco relevante” e “nada relevante”) –, entendemos que existem três aspectos que os estudos histórico-jurídicos relativos a este período não podem esquecer.

Em primeiro lugar, deve-se examinar a posição assumida pelas culturas jurídicas frente aos elementos exógenos. Quanto a isso, cabe considerar dois extremos, que seriam a total abertura e a total rejeição ao estrangeiro, com um elenco de graduações ou de situações intermediárias. Em função desta atitude, cabe atribuir às culturas jurídicas um alto ou baixo *grau de abertura*. Contudo, outro fenômeno a ter-se em conta consiste na *capacidade* das referidas culturas jurídicas para integrar ou não os elementos externos que sua permeabilidade o leva a incorporar – fenômeno que também merece ser mensurado.³⁸

Logicamente, tanto o *grau de abertura das culturas jurídicas* como sua *capacidade de integração* não somente podem ser avaliados e ponderados globalmente, mas também

³⁶ AJANI, Gianmaria; ANDERSON, Miriam; ARROYO AMAYELAS, Esther; PASA, Bárbara. *Sistemas jurídicos comparados: Lecciones y materiales*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2010. p. 22 e 23.

³⁷ Sobre isso, cabe recordar que a aplicação de perspectivas quantitativas suscitou críticas e resistências entre os comparatistas. Cfr.: REITZ, John. Legal Origins: Comparative Law and Political Economy. *The American Journal of Comparative Law*, v. 57, n. 4, p. 851, 2009.

³⁸ Mesmo quando não chega a desenvolver o tópico, em um de seus artigos, Watson alude à possibilidade de desenhar uma “escala” de transplantes jurídicos. Cfr.: WATSON, Alan. Comparative Law and Legal Change. *Cambridge Law Journal*, v. 37, n. 2, p. 313, nov. 1978.

setorialmente.³⁹ Nesse sentido, resulta lícito examinar de forma separada a questão de acordo com: (a) a diferente *origem* dos conteúdos estrangeiros (assim, pode-se dizer que a abertura é alta – quanto ao direito francês, e média – a respeito do direito alemão); (b) as *áreas* de normação afetadas (deste modo, pode-se cogitar sobre a relativamente alta permeabilidade do direito penal e a mais discreta do direito rural, por exemplo); (c) o *tipo* de componente exógeno recebido ou admitido (com o qual se pode concluir que existe um alto grau de receptividade da jurisprudência norte-americana e um bastante menor quanto à doutrina oriunda do mesmo país); (d) os *mecanismos de circulação* e eventualmente os *obstáculos* interpostos (variável que, uma vez considerada, permitiria determinar, v.g., que a permeabilidade dos criminalistas a respeito dos ensinamentos penais italianos respondeu à difusão praticada por tal ou qual editora espanhola, enquanto que as dificuldades linguísticas obstaculizaram o êxito das doutrinas alemãs).

Em segundo lugar, é necessário deter-se a considerar que os fluxos jurídicos supõem ao menos duas comunidades: uma que, no caso ou situação concreta, atua como emissora ou geradora, e outra que faz as vezes de receptora.⁴⁰ Agora, da implícita aceitação de que as culturas jurídicas europeias costumavam ser erigidas como emissoras e as ibero-americanas como receptoras, aparece que um tipo de vinculação possível é a de índole *vertical* – ou seja, uma em que existe um *centro* que se assume como pretense modelo, e paralelamente uma ou mais *periferias*, cuja função deveria reduzir-se, em princípio, a incorporar os produtos e recomendações geradas desde o já citado *centro*, razão pela qual qualquer modificação de produto gerado enquanto *modelo* resultaria em uma pretensa adulteração. Em princípio, este seria o esquema de vínculo estabelecido entre Europa e América ibérica.⁴¹ Entretanto, à margem do já referido, também é possível encontrar vinculações *horizontais*, ou seja, aquelas nas quais a emissão de propostas por parte de uma das comunidades se integra em um cenário de simultâneas emissões e recepções. Dito de outro modo, não haveria nesta hipótese um *centro*, mas sim, eventualmente, um *modelo para uma situação concreta*. Desta maneira, a comunidade que, num caso *recebe* a experiência ou ideia, em outro pode ser que venha a emití-la. Isto implica, então, que pode ocorrer um maior ou menor grau de reciprocidade entre as comunidades.

³⁹ Ver: GRANDE, Elisabeta. Comparazione dinamica e sistema giuridico statunitense: analisi di una circolazione incrociata di modelli. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. XXIX, p. 175, 2000.

⁴⁰ Cfr.: BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean-François. The Transplant Effect. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 1, p. 167, inverno 2001.

⁴¹ GRANDE, Elisabeta. Comparazione dinamica e sistema giuridico statunitense: analisi di una circolazione incrociata di modelli. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. XXIX, p. 175, 2000.

Em terceiro lugar, deve-se dedicar especial atenção aos fenômenos concretos de circulação e recepção de ideias e experiências jurídicas. No que tange à circulação, é preciso considerar os motivos pelos quais alguns elementos de um certo sistema circulam, e outros não. Ou seja, determo-nos a examinar quais tenham sido as causas da *imitação*. Neste sentido, especial relevância merece a determinação de significado que se atribui ao relativamente indeterminado termo “prestígio”, ao qual, em opinião de Rodolfo Sacco, remete-se à maior parte das explicações que pretende dar conta do êxito dos fenômenos de circulação jurídica.⁴²

4 CONCLUSÃO^c

No que tange ao fenômeno de *recepção* – o qual, diga-se de passagem, ao interior dos fluxos recíprocos ibero-americanos de ideias e de experiências da primeira metade do século XX não se enquadra de todo naquilo que os autores consideram a partir dos denominados “casos clássicos”⁴³, compreensivos, por exemplo, da recepção do *ius commune* –, o analista deve distinguir modalidades diferentes, em função: (1) da atitude de receptor, razão pela qual cabe falar de recepções mais ou menos conscientes e de recepções mais ou menos críticas e/ou ingênuas; (2) do âmbito que compreende, de forma tal que se pode falar de recepções que abarcam todas as áreas, ou só o direito constitucional, ou inclusive somente uma instituição; (3) da conduta do receptor, a partir da qual é possível distinguir, falando de extremos, entre recepções estimuladas e recepções resistidas; (4) da fidelidade que se tem para com o modelo original, de acordo com a qual cabe diferenciar entre umas recepções ortodoxas e outras heterodoxas ou flexíveis.

REFERÊNCIAS

AJANI, Gianmaria; ANDERSON, Miriam; ARROYO AMAYELAS, Esther; PASA, Bárbara. *Sistemas jurídicos comparados: Lecciones y materiales*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2010.

BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean-François. The Transplant Effect. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 1, p. 167, inverno 2001.

⁴² GRANDE, Elisabeta. Comparazione dinamica e sistema giuridico statunitense: analisi di una circolazione incrociata di modelli. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. XXIX, p. 176, 2000.

^c Nota de tradução: a seção que apresentamos como “Conclusão” do texto não está identificada como tal no original em língua espanhola.

⁴³ Sobre os “casos clássicos” de recepção: GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 444.

BRANTS, C. Legal Culture and Legal Transplants. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3, dez. 2010. Disponível em: < <http://www.ejcl.org/143/art143-5.pdf> >.

CARONI, Pio. *La soledad del historiador del derecho*: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente. Madrid: Universidad Carlos III – Dykinson, 2010.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Il metodo comparativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

CURRAN, Vivian Grosswald. Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives. *The American Journal of Comparative Law*, v. 46, n. 4, p. 657-668, outono 1998.

DÍAZ COUSELO, José María. Algunos problemas de la historiografía jurídica actual. *Anuario de filosofía jurídica y social*, n. 8, p. 143-173, 1988.

FLETCHER, George P. Comparative Law as a Subversive Discipline. *The American Journal of Comparative Law*, v. 46, n. 4, p. 683-700, outono 1998.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. Bases para la programación de enseñanza de Historia del Derecho y en especial de la Historia del Derecho Indiano. In: GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*: Estudios de derecho indiano. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987.

GORDLEY, James. Is Comparative Law a Distinct Discipline?. *The American Journal of Comparative Law*, v. 46, n. 4, p. 607-615, outono 1998.

GRANDE, Elisabeta. Comparazione dinamica e sistema giuridico statunitense: analisi di una circolazione incrociata di modelli. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. XXIX, p. 173-216, 2000.

GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HESPANHA, António Manuel. Una 'nouvelle histoire' du droit?. In: GROSSI, Paolo (comp.) *Storia sociale e dimensione giuridica*: Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Milano: Giuffrè Editore, 1986. p. 315-340.

JALUZOT, Béatrice. Méthodologie du droit comparé: Bilan et prospective. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 57, n. 1, p. 29-48, 2005.

LEGRAND, Pierre. A propos d'une réflexion sur la comparaison juridique. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 45, n. 4, p. 879-888, out.-dez. 1993.

LEGRAND, Pierre. Comparer. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 49, n. 2, p. 279-318, abr.-jun. 1996.

LEGRAND, Pierre. Questions à Rodolfo Sacco. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 47, n. 4, p. 943-961, out.-dez. 1995.

LEGRAND, Pierre. Sur l'analyse différentielle des juriscultures. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 51, n. 4, p. 1053-1071, out.-dez. 1999.

MANCERA COTA, Adrián. Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 121, p. 213-243, 2008.

MARX, K. Prólogo. MARX, K. *Contribución a la crítica de la economía política*. Disponível em: < <http://www.ucm.es/info/bas/es/marx-eng/oel/mrxoel115.htm> >.

MARX, K.; ENGELS, F. Sobre la producción de la conciencia. In: MARX, K.; ENGELS, F. *La ideología alemana*. 5ª ed. Barcelona: Ediciones Pueblos Unidos/Grijalbo, 1974.

MUIR-WATT, Horatia. La fonction subversive du droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 52, n. 3, p. 503-527, jul.-set. 2000.

NELKEN, David. Using the Concept of Legal Culture. *Australian Journal of Legal Philosophy*, n. 29, v. 1, p. 01-26, 2004.

REITZ, John C. Legal Origins: Comparative Law and Political Economy. *The American Journal of Comparative Law*, v. 57, n. 4, p. 846-862, 2009.

REITZ, John C. How to do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 46, n. 4, p. 617-636, outono 1998.

ROSE, Jonathan. Studying the Past: The Nature and Development of Legal History as an Academic Discipline. *Journal of Legal History*, v. 31, i. 2, p. 101-128, 2010.

SBRICCOLI, Mario. Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca. In: GROSSI, Paolo (comp.) *Storia sociale e dimensione giuridica: Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Milano: Giuffrè Editore, 1986. p. 127-148.

SILBEY, Susan S. Legal Cultures and Cultures of Legality. In: HALL, John R.; GRINDSTAFF, Laura; LO, Ming-Cheng (eds.). *Sociology of Culture: A Handbook*. London / New York: Routledge Publishers, p. 470-479, 2010.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *Nuevos horizontes en el estudio histórico en el derecho indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997.

VOGLIOTTI, Massimo. Introduzione. In: VOGLIOTTI, Massimo (a cura di). *Il tramonto della modernità giuridica: Un percorso interdisciplinare*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

WATSON, Alan. Comparative Law and Legal Change. *Cambridge Law Journal*, v. 37, n. 2, p. 313-336, nov. 1978.

WATSON, Alan. Legal Change: Sources of Law and Legal Culture. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 131, n. 5, p. 1121-1157, abr. 1983.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Heinz. *Introducción al derecho comparado*. 3ª ed. México: Oxford University Press, 2002.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. Apuntamientos para una teoría de la historia del derecho. In: ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. *Estudios de Historia del Derecho III*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992.

