



História do Direito em Perspectiva Comparada: metodologia para morfologia^(a), ^(b)

Comparative legal history: methodology for morphology

Matthew Dyson^(c)

REFERÊNCIA

DYSON, Matthew. História do Direito em Perspectiva Comparada: metodologia para morfologia. Tradução de Gregório Schroder Sliwka e Gustavo Zatelli. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 55, p. 3-48, ago. 2024. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.124251>.

RESUMO

Qualquer que seja a direção da pesquisa sobre história do direito em perspectiva comparada, ela pode ser facilitada por um punhado de etapas metodológicas extraídas tanto do direito comparado quanto da história do direito. Este artigo discute as fronteiras, a terminologia e a finalidade da metodologia e um conjunto de cinco etapas metodológicas que podem auxiliar na prática da história do direito em perspectiva comparada, utilizando exemplos de diversos sistemas jurídicos dos últimos 200 anos.

PALAVRAS-CHAVE

História do direito em perspectiva comparada. Direito comparado. Metodologia jurídica. Sistemas jurídicos.

ABSTRACT

Whatever the direction of the research on comparative legal history is, it can be made easier by a handful of methodological steps drawn from both comparative law and legal history. This article discusses the boundaries, terminology and purpose of methodology and a collection of five methodological steps that can assist in doing comparative legal history, drawing on examples from a range of legal systems in the last 200 years.

KEYWORDS

Comparative legal history. Comparative law. Legal methodology. Legal systems.

SUMÁRIO

1. Prólogo. 2. Introdução. 3. A metodologia deve empoderar, não tornar impotente. 3.1. Estabelecendo delimitações para a pesquisa. 3.2. Terminologia. 3.3 Objetivo e Método. 4. Buscar precisão, antes que preconceito, no objeto de estudo. 5. Momentos de equilíbrio e momentos de transição. 6. Problemas jurídicos não estão hermeticamente selados em categorias jurídicas. 7. A argumentação jurídica pode tornar-se *path dependent*. 8. Agrupamentos de objetos invertidos podem existir dentro de sistemas funcionais. 9. Conclusão. Referências.

^(a) *Sobre a publicação:* publicado originalmente em DYSON, Matthew. Comparative legal history: methodology for morphology. In: MORÉTEAU, Olivier; MASFERRER, Aniceto; MODÉER, Kjell A. (orgs.). *Comparative Legal History*. Cheltenham: Edward Elgar, 2019. p. 110-138. Tradução de Gregório Schroder Sliwka (PPGD-USP) e Gustavo Zatelli (Universidade de Helsinki). Agradecemos ao autor e à editora pela autorização para publicação desta tradução.

^(b) *Nota do autor:* Uma versão deste artigo foi apresentada na conferência inaugural da *European Society for Comparative Legal History* em Valencia, julho de 2010. Algumas das ideias também foram apresentadas no *Oxford Comparative Law Discussion Group* em 2008 e na *Society of Legal Scholars Annual Conference* em Keele, 2009. O autor deve agradecimentos especiais a David Ibbetson, John Bell e Dirk Heirbaut.

^(c) *Sobre o autor:* Professor de Direito Civil e Criminal no *Corpus Christi College*, Universidade de Oxford. Membro associado do 6KBW College Hill, Chambers; *Research Fellow* no *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law*; e Presidente da *European Society for Comparative Legal History*.





1 PRÓLOGO

*O passado é um país estrangeiro: eles fazem as coisas diferente lá.*¹

Há muito o que se dizer sobre a combinação entre direito comparado e história do direito. Ela permite uma real compreensão do que quer que seja estudado, compreensão esta não induzida por falha de comunicação com predecessores, parentes ou vizinhos². A conexão histórica nos permite enxergar a substância interna do presente, não apenas sua forma exterior³; de fato, já se afirmou que o direito comparado é estéril sem a história do direito⁴. Por outro lado, a articulação comparativa ajudará os(as) historiadores(as) do direito a apreciarem o papel do acaso no desenvolvimento jurídico e a auxiliar em uma avaliação crítica adicional de cada tradição historiográfica⁵. Em particular, o direito comparado e a história do direito, ao trabalharem juntos, podem prevenir três suposições metodológicas: que uma regra comum entre duas jurisdições resulta de necessidades comuns, que uma regra comum ou semelhante foi adotada somente por seus méritos no mercado de ideias, e que uma regra que floresceu em mais de um lugar pode ser explicada pelas circunstâncias de apenas um tempo e lugar⁶.

A dificuldade não está na falta de vontade, mas no caminho a ser tomado. A escolha de metodologia quando se intenta realizar um trabalho de direito comparado por si só já é difícil. Há reivindicações concorrentes quanto à validade, e até mesmo quanto à possibilidade de haver um direito comparado válido. Pesquisadores(as) comumente acabam adotando uma solução prática às suas próprias questões de pesquisa, uma que toleravelmente sustente-se ao escrutínio embora não satisfaça aos(às) puristas. A adição da dimensão histórica a tal pesquisa somente complica as questões; primeiro, o(a) historiador(a) do direito médio discute metodologia ainda menos que o(a) comparatista médio(a) e, segundo, integrar o que cada campo realmente faz levanta uma série de dificuldades.

1 HARTLEY, Leslie Poles. *The Go-Between*. Londres: Hamish Hamilton, 1953, p. 5.

2 GRAZIADEI, Michele. Comparative law, legal history and the holistic approach to legal cultures. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, v. 7, n. 3, p. 531 et seq., 1999, p. 533-537; REIMANN, Mathias. Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, v. 7, n. 3, p. 496 et seq., 1999.

3 ZIMMERMANN, R. Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Science. *Law Quarterly Review*, v. 112, p. 576-605, 1996, p. 598.

4 POUND, Roscoe. Some thoughts about comparative law. In: DÖLLE, Hans; COUDRES, Hans Peter (Orgs.). *Festschrift für Ernst Rabel*. Tübingen: Mohr, 1954, v. 1, p. 8. Os usos de termos tão ressonantes nem sempre são compatíveis, cf. a referência de Zweigert and Kötz às 'comely sisters': ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 8.

5 GRAZIADEI, Michele. Comparative law, legal history and the holistic approach to legal cultures. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, v. 7, n. 3, p. 531 et seq., 1999, p. 532.

6 GORDLEY, James. Comparative Law and Legal History. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 768.





Este texto segue o argumento que qualquer que seja a direção da pesquisa em história do direito em perspectiva comparada, esta pode se tornar mais fácil com a adoção de alguns passos metodológicos extraídos tanto do direito comparado quanto da história do direito.

2 INTRODUÇÃO

A área do direito comparado poderia ser descrita como a investigação de como diferentes esferas do poder regulam o direito. Ela observa os enquadramentos divergentes dentro dos quais muitos problemas semelhantes, e alguns diferentes, da vida real são tratados e busca ser capaz de relacionar tudo que está na bolha A com tudo que está na bolha B. Ela é frequentemente descrita como uma busca por elementos de comparação; como uma peneiração entre o igual e o diferente⁷. Nesse sentido, é, no melhor dos casos, a destilação da inteligibilidade. Não é necessário, embora seja possível, falar de similaridade, unidade, partilha ou equivalência; o foco deveria primeiro ser a compreensão para além das divisas. Estas são, na verdade, geralmente vastas divisas entre, por um lado, linguagem e valores e, por outro, de fato, estrutura, raciocínio, princípios e soluções. Assim, a “tradução” comparativa deve carregar significado para além de grandes distâncias.

A história do direito pode ser considerada como o estudo de como e por que dado evento jurídico no passado aconteceu. Tal evento pode ser definido amplamente para englobar cem anos, ou estreitamente para englobar as idas-e-vindas na mente de um juiz ou de uma juíza antes dele(a) colocar sua pena judicial no papel. No entanto, é o estudo da causação [*causation*] em eventos historicamente e juridicamente relevantes; é o mapeamento e, normalmente, a explicação dos eventos. A história do direito mais potente tende a reunir esses eventos de certa forma, analisando ou explicando como eles se encaixam em uma progressão ou podem ser vistos de cima para formar um quadro mais amplo. De qualquer forma, esse trabalho é sempre condicionado pelo sistema no qual ele e o(a) pesquisador(a) operam⁸.

Sob a superfície, entretanto, o que o(a) comparatista e o(a) historiador(a) do direito buscam alcançar pode ser o mesmo: mapear e explicar o direito sem se limitar a uma única

7 JANSEN, Nils. Comparative Law within the Field of Comparative Disciplines. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 305.

8 É por essa razão que Zweigert e Kötz argumentam que há muito mais entre o direito comparado e a história do direito que apenas as dimensões de tempo e espaço: ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 8.





visão deste direito⁹. Se há uma mensagem neste capítulo é que tal objetivo pode ser alcançado ao compartilhar algumas das ferramentas que os(as) comparatistas e historiadores(as) do direito utilizam em seu próprio trabalho. Por exemplo, o(a) historiador(a) do direito em perspectiva comparada frequentemente perguntará por que algo aconteceu em um determinado momento, em vez de cinco anos antes ou cinquenta anos depois, tanto quanto que se pode interrogar por que aconteceu em um lugar ou outro. É possível elaborar uma lista de técnicas para criar perguntas como essas, com o objetivo de se aprofundar em objetos jurídicos. Este capítulo apresenta seis proposições metodológicas para auxiliar os(as) historiadores(as) do direito em perspectiva comparada em seu trabalho¹⁰.

3 A METODOLOGIA DEVE EMPODERAR, NÃO TORNAR IMPOTENTE

Fazer história do direito em perspectiva comparada bem-feita não é fácil, mas pode ser feito. O(a) acadêmico(a) deve, de fato, temer tudo o que os(as) comparatistas temem. Sua tarefa árdua e meticulosa não é encurtada pelo acréscimo de uma dimensão histórica, mas, mesmo assim, ele ou ela deve prosseguir com sua pesquisa, buscando tirar o melhor da difícil situação. De fato, há muito a aprender com a sabedoria de cada um. Este capítulo argumenta que tanto comparatistas quanto historiadores(as) do direito mapeiam e explicam o direito sem se limitarem a uma única visão dele¹¹. Contudo, cada um tem abordado as dificuldades desse trabalho de maneiras diferentes.

Os(as) juristas comparatistas, receosos(as) da linguagem, de projetar seu próprio sistema e de prover autoridade para seu trabalho, geralmente se dividem em duas categorias. Aqueles(as) que discutem a metodologia exaustivamente e aqueles(as) que se concentram em

9 Ironicamente, essa visão tem pedigree em várias jurisdições diferentes: ver, por exemplo, POLLOCK, Frederick. *The History of Comparative Jurisprudence*. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, v. 5, n. 1, p. 74–89, 1903, p. 75 (citando Maine sobre os métodos históricos e comparativos não serem distinguíveis um do outro em pelo menos algumas de suas aplicações) e p. 76–79. Consultar também DYSON, Matthew. *If the Present were the Past*. *American Journal of Legal History*, v. 56, n. 1, p. 41–52, 2016.

10 Essas proposições foram desenvolvidas no contexto do *European Legal Development Project*, um projeto financiado pelo *Arts and Humanities Research Council*, liderado pelos professores David Ibbetson e John Bell, da Universidade de Cambridge. A primeira etapa do projeto acaba de ser publicada pela *Cambridge University Press* em seis livros, sob o título da série *Comparative Studies in the Development of the Law of Torts*. Embora as proposições apresentadas a seguir tenham nascido no trabalho do próprio autor sobre a relação entre delito e crime na Inglaterra e na Espanha, elas foram alimentadas pelo trabalho no projeto ELD e, em especial, pelas conversas com David Ibbetson e John Bell.

11 Veja, por exemplo, GORDLEY, James. *Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 43, n. 4, p. 555–567, 1995, na página 566: “O método necessário para entender [o direito dentro do próprio país] é transnacional, de fato, transtemporal”.





estudos menores e mais discretos, que são ao menos alcançáveis e produzem algum nível de informação útil.

Os(as) historiadores(as) do direito, apesar de potencialmente terem o mesmo a temer, não parecem falar muito sobre metodologia. Como grupo, o mais próximo que os(as) historiadores(as) do direito parece chegar da descrição de um método é discutir como os recursos podem ser acessados e onde procurá-los. Isso não quer dizer que não exista um método, nem alegar que este não seja sofisticado e eficaz. Mas antes, é simplesmente que a metodologia não é algo que os(as) historiadores(as) do direito acreditem valer a pena discutir ou debater quando resta tanta história do direito ainda a ser feita¹².

Os(as) historiadores(as) do direito em perspectiva comparada devem encontrar um meio termo entre elaborar uma metodologia de comparação, em potencial, excessivamente sofisticada e simplesmente prosseguir com a pesquisa sem uma metodologia consciente ou, pelo menos, óbvia. A metodologia deve providenciar auxílio para iniciar, construir e aperfeiçoar a pesquisa. Ela não deve ser algo que canse o(a) pesquisador(a), ou que embace e desgaste seu ofício.

Para tanto, talvez existam alguns elementos da metodologia do direito comparado que possam ser valiosos para historiadores(as) do direito, particularmente aqueles e aquelas que trabalham com objetivos comparativos. Além da ciência do direito, o direito comparado talvez tenha os escritos mais detalhados sobre método jurídico de qualquer esfera jurídica¹³. Esse é certamente o caso do direito inglês e, talvez, da maioria dos(as) juristas da *common law*¹⁴. Essa sofisticação pode ter sido motivada por muitas coisas, mas três fatores se destacam. Primeiro, os(as) comparatistas devem abordar a metodologia, mesmo que os(as) juristas ocupados(as) com o direito nacional [*domestic lawyers*] não o façam conscientemente, para se comunicarem com esses(as) mesmos(as) juristas ocupados(as) com o direito nacional. A variedade de fontes, raciocínios e perguntas pode prejudicar as discussões mesmo dentro de um mesmo sistema, a menos que haja uma ortodoxia clara como parâmetro; entre sistemas diferentes, isso é ainda

12 Como prova disso, embora a *19th British Legal History Conference*, realizada em Exeter em julho de 2009, tenha sido intitulada “Fazendo História do Direito: Metodologias, Fontes e Substância” [*Making Legal History: Methodologies, Sources and Substance*], a maioria dos trabalhos se concentrou mais na substância do que no método. O foco no método da história do direito foi, na época, considerado pelos organizadores como o primeiro de uma conferência internacional: *Crimes and Misdemeanours*, v. 3, n. 2, nov. 2009. p. 126.

13 Isso é recente: ver, e.g., REITZ, John C. How to Do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 46, n. 4, p. 617–636, 1998.

14 Se não for o caso em outros sistemas jurídicos, a medida em que a metodologia jurídica comparativa é, por si só, resultado do empréstimo e da adaptação de outras metodologias é uma questão interessante, mas para outra ocasião. Essa é exatamente uma das digressões metodológicas que este capítulo está argumentando para não ir muito longe.





mais difícil. Em segundo lugar, uma metodologia detalhada ajuda a fortalecer o direito comparado contra incerteza. Em particular, ela pode fornecer validade aos resultados do direito comparado. Ela também pode amenizar o choque de paradigmas de autoridade que surge quando juristas de diferentes sistemas nacionais tentam entender e, possivelmente, até mesmo usar o direito de fora de seu próprio sistema. Por fim, deve-se reconhecer que os debates podem ter uma inércia; eles podem levar os(as) comentaristas talvez mais longe do que deveriam ir.

O resultado é que a metodologia do direito comparado é cada vez mais capaz de manter um diálogo decente no bar do clube das ciências sociais¹⁵. É verdade que ela deve conhecer seus limites. Por exemplo, como a maior parte do direito dogmático, a metodologia comparativa tem algumas fraquezas no trabalho empírico. Também só recentemente foram publicadas tentativas de apresentar uma abordagem exhaustiva, porém prática, dessa metodologia para iniciantes, em vez de monografias sobre elementos específicos dela¹⁶.

Dada essa profundidade, a ‘escolha a dedo’ [*cherry picking*] é uma ação bastante subjetiva. No entanto, há três elementos particulares que os(as) historiadores(as) do direito em perspectiva comparada poderiam usar: a) no intuito de estabelecer delimitações à pesquisa, b) na terminologia e c) no propósito por trás de uma metodologia. No mínimo, os debates que ocorreram no direito comparado mostram algumas das armadilhas dessa empreitada, mesmo que não haja uma resposta absoluta.

3.1 Estabelecendo delimitações para a pesquisa

Primeiro, há o debate sobre como as delimitações do objeto de estudo podem ser definidos. Historiadores(as) do direito precisam decidir os anos que marcarão suas pesquisas, bem como o escopo geográfico e os tipos de materiais a serem examinados. Os(as)

15 Em algumas áreas, isso se deve ao fato de que o direito comparado tem ouvido atentamente as conversas entre outras ciências sociais; veja, por exemplo, SAMUEL, Geoffrey. Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences. In: VAN HOECKE, Mark (Org.). *Epistemology and methodology of comparative law*. Oxford: Hart, 2004, p. 35–78; SAMUEL, Geoffrey. Is Law really a Social Science? A View from Comparative Law. *The Cambridge Law Journal*, v. 67, n. 2, p. 288–321, 2008 e SAMUEL, Geoffrey. Can legal reasoning be demystified? *Legal Studies*, v. 29, n. 2, p. 181–210, 2009, p. 192–195.

16 Veja agora, por exemplo, REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006; SMITS, Jan M. (Orgs.). *Elgar encyclopedia of comparative law*. Cheltenham Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2006; ÖRÜCÜ, Esin; NELKEN, David (Orgs.). *Comparative law: a handbook*. Oxford: Hart, 2007 e MORÉTEAU, Olivier. Premier pas dans la comparaison des droits. In: GÉMAR, Jean-Claude; KASSIRER, Nicholas (Orgs.). *Jurilinguistique: entre langues et droits - Jurilinguistics: between law and language*. Bruxelles: Bruylant; Thémis, 2005, p. 407. Como um exemplo da profundidade da metodologia do direito comparado, o *Oxford Handbook* tem entre 15 e 27 capítulos sobre diferentes perspectivas, métodos e caminhos de desenvolvimento do direito comparado, dependendo de quanto amplamente são interpretados esses termos.





comparatistas precisam fazer o mesmo. Para o(a) historiador(a) do direito, as delimitações são o que decide o ponto em que a investigação pode parar, mas eles(as) também devem enquadrar o que está sendo investigado. As delimitações são, portanto, definidas pelo assunto, e não o contrário. De forma similar, para os(as) comparatistas, as delimitações são necessárias para o seu ofício, mas elas são selecionadas de acordo com o que melhor estimule o estudo¹⁷.

Portanto, ambos(as) os(as) pesquisadores(as) moldam seu trabalho por meio das delimitações que empregam. Além das restrições necessárias ao(à) historiador(a) do direito, o(a) comparatista deve identificar a espécie de direito que deve investigar. Saber como identificar esse direito também pode ajudar os(as) historiadores(as) do direito em perspectiva comparada. Por exemplo, Gordley argumentou que não devemos comparar, nem mesmo nos referir a “sistemas jurídicos” como tais¹⁸. Ele argumenta isso porque, pelo menos no mundo europeu, o termo “sistema” não capta a natureza interligada e interdependente de dois mil anos de empréstimos, transplantes e ajustes. Gordley sugere que o sistema jurídico, definido implicitamente como um sistema de regras, é inadequado para ser um objeto de estudo ou um atalho para o objeto e de suas questões relacionadas. Isso porque essas mesmas regras foram emprestadas ou transpostas de outros lugares: os códigos, por exemplo, dos “sistemas” alemão ou francês:

incorporam um conglomerado de ideias, desenvolvidas ao longo de séculos, algumas incorporadas por terem sido tradicionalmente aceitas, outras por capricho dos redatores. Mas isso dificilmente os torna um sistema no sentido de um sistema ideológico ou filosófico, no qual cada parte é inteligível apenas em termos de todas as outras partes.¹⁹

Isso pode muito bem ser verdade para muitos ou todos os sistemas jurídicos europeus, mas seria ir além da comprovação de Gordley dizer que todos os “sistemas” são assim. É bem possível que existam lugares isolados no mundo cujo direito possa ser descrito como um sistema por falta de transplantes. Porém, de forma mais promissora, pode haver sistemas jurídicos em

17 Essa é a melhor visão, em comparação com a afirmação simplista de que quanto mais delimitações um historiador do direito usa, mais fácil é seu trabalho, enquanto quanto mais o comparatista usa, mais difícil é seu trabalho.

18 GORDLEY, James. Comparative Law and Legal History. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 761–762, 763–764.

19 *Ibid*, p. 761. Para uma discussão mais aprofundada, consulte DYSON, Matthew. Symposium on Legal Domains and Comparative Law. *Wheels Within Wheels: Using Legal Domains for Domestic Comparative Law*. *Edinburgh Law Review*, v. 17, n. 3, p. 420–430, 2013; DYSON, Matthew. Divide and Conquer: using legal domains in Comparative Legal Studies. In: HELLERINGER, Geneviève; PURNHAGEN, Kai (Orgs.). *Towards a European legal culture*. München: Beck, 2014.





que as influências estrangeiras e os transplantes tenham sido conceitual e estruturalmente unidos. A disponibilidade de tais sistemas dependerá de nossa definição de sistema. Gordley parece estar usando uma análise objetiva e racional, embora outras, como uma subjetiva, também possam ser possíveis.

Escondido nessa linha de raciocínio também há um deslocamento da demarcação do objeto de estudo para a limitação do trabalho envolvido em seu estudo. O termo usado para descrever a fonte e os limites dos quais um objeto é coletado economiza tempo e energia, embora Gordley esteja certo ao mostrar que ele pode ser carregado com outras ideias.

Uma maneira de evitar o debate conceitual sobre o termo “sistema” é referir-se a uma “jurisdição”²⁰. Dessa forma, um termo processual é usado para evitar problemas de nomenclatura como os discutidos por Gordley. É uma evasão, e não uma solução. Da mesma forma que a antiga resposta para saber se uma questão é civil ou criminal (“veja em que tribunal você está”)²¹ tornou-se imprecisa²², mas continua sendo a abordagem mais praticada, os(as) comparatistas também usam uma terminologia imperfeita, mas pelo menos o fazem agora sabendo de suas imperfeições.

Uma solução mais concreta, aparte das preocupações linguísticas, é identificar as regras jurídicas como tendo seu próprio caráter neutro, que é então afetado por sua localização. O principal defensor dessa abordagem é Sacco²³. Sua abordagem é a das ideias centrais, que podem ter uma variedade de invólucros para funcionar efetivamente em diferentes ambientes. A esse desenvolvimento jurídico são acrescentadas questões sobre por que e como esses invólucros funcionam, bem como por que algumas ideias centrais têm uma força que outras não têm. Tal abordagem trabalha para construir, a partir de uma compreensão do motivo pelo qual cada momento de adoção ou rejeição ocorre, uma imagem dos processos de mudança, incluindo como os formantes [*legal formants*] se vestem para cada sistema. De certa forma, para entender como os formantes são transpostos e incorporados em um sistema, é preciso se concentrar não apenas nos formantes, mas também nas outras partes do sistema.

20 Sobre isso, consulte, por exemplo, PALMER, Vernon. *Mixed Legal Systems... and the Myth of Pure Laws*. *Louisiana Law Review*, v. 67, n. 4, p. 1205–1218, 2007.

21 WILLIAMS, Glanville. *The Definition of Crime*. *Current Legal Problems*, v. 8, n. 1, p. 107–130, 1955; embora o argumento de Williams primeiramente se concentre nas consequências jurídicas, isso se torna uma discussão sobre como o local dos procedimentos determina suas consequências.

22 DYSON, Matthew. *Connecting Tort and Crime: Comparative Legal History in England and Spain since 1850*. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 11, p. 247–288, 2009.

23 Ver, e.g., SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, n. 1, p. 1–34, 1991 e SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, n. 2, p. 343–401, 1991.





Entretanto, os(as) comparatistas não devem se restringir à comparação de jurisdições, sistemas jurídicos ou famílias jurídicas²⁴. Ou seja, as fronteiras processuais, nacionais, familiares ou linguísticas não são as únicas que os(as) comparatistas podem percorrer. Ao colocar a abordagem convencional de ponta-cabeça, os(as) comparatistas podem comparar onde quer que haja valor na comparação. Por exemplo, na França, a divisão entre o(a) penalista [*pénaliste*] e o(a) civilista [*civiliste*] é muito forte e raramente é ultrapassada. Ela se baseia em técnicas jurídicas, bem como na diferença aparentemente normativa entre os dois ou as duas. E, no entanto, se há uma divisão ali, o(a) comparatista deve ser capaz de comparar o que está em cada lado dela. Da mesma forma, na Inglaterra, não é incomum ouvir alguém se referir a outro(a) como ‘um(a) advogado(a) empresarial puro(a)’ ou que um(a) estudante não está ‘pensando como um(a) advogado(a) de responsabilidade civil’. Se realmente houver formas específicas de raciocínio jurídico, em vez de simplesmente áreas distintas de conhecimento, há um amplo espaço para um(a) comparatista explorá-las. Essa abordagem poderia ser particularmente útil para aqueles(as) que aplicam uma técnica fora do âmbito em que ela é mais comumente encontrada, como uma abordagem de direito e economia [*law and economics*] para uma área de direito privado. Para entender como empregar essa técnica de forma eficaz, o(a) pesquisador(a) precisaria aplicar ferramentas de direito comparado a ela, bem como à técnica²⁵.

3.2 Terminologia

O segundo elemento da metodologia comparativa decorre dessa precisão terminológica. Há alguns termos úteis do direito comparado que podem ajudar os(as) historiadores(as) do direito a aprimorarem e traduzir conceitos. Há três exemplos que são particularmente úteis: funcionalismo, cultura jurídica e ‘direito nas mentes’ [*law in minds*].

O funcionalismo é uma metodologia para identificar o que deve ser comparado. Talvez seja agora a posição tradicional, usada pela primeira vez por Rabel e possivelmente extraída da literatura sobre sociologia²⁶. Uma determinada regra jurídica, por exemplo, é comparada com

24 Cf. o seminal GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. Para entender completamente o escopo desse trabalho (em relação à segunda edição em 2004), cf. ANDERSEN, Camilla; TWINING, William; HALPIN, Andrew; et al. A Fresh Start for Comparative Legal Studies? A Collective Review of Patrick Glenn’s *Legal Traditions of the World*, 2nd edition. *Journal of Comparative Law*, v. 1, p. 100–199, 2006.

25 A frase “*a law and economics approach*” [uma abordagem de *law and economics*] rendeu 56.000 resultados em uma pesquisa no Google, e uma forte representação de tópicos de direito privado pode ser observada mesmo dentro da surpreendente variedade de áreas temáticas.

26 RABEL, Ernst. *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*. München: Max Hueber, 1925, p. 4; RABEL, Ernst. *Das Rechts des Warenkaufs*. Berlin: De Gruyter, 1938, p. 67. Para mais detalhes sobre Rabel, ver





o que quer que seja que desempenha a mesma função na outra jurisdição. Esse método se concentra na ação, na função que a regra desempenha; não se concentra em outras conceitualizações do sistema jurídico, como estrutura, cultura e até mesmo os nomes usados para as regras. Esse foco na função se aplica tanto ao próprio sistema jurídico do(a) autor(a) quanto ao outro sistema que está sendo estudado. Ele incentiva o estudo de partes de objetos aparentemente diferentes, revelando sua surpreendente unidade de função. Essa abordagem pode ser bastante elogiada, pelo menos no sentido de que a função é importante para descobrir o que comparar. A dificuldade é que essa mensagem inicial pode ser levada longe demais, sobretudo quando sua mensagem sutil não é compreendida completamente. Como expuseram Zweigert e Kötz, de forma influente:

O sistema jurídico de toda sociedade enfrenta essencialmente os mesmos problemas e os soluciona por meios bastante diferentes, embora muitas vezes com resultados semelhantes. A questão a que se dedica qualquer estudo comparativo deve ser colocada em termos puramente funcionais; o problema deve ser apresentado sem qualquer referência aos conceitos do sistema jurídico do qual se parte.²⁷

De certa forma, há uma gama de funções em cada sistema: qualquer função deve ser identificada primeiro e, em seguida, as formas que os diferentes sistemas usam para realizá-la podem ser comparadas. O risco é que, se levado longe demais, pode-se presumir demais. O que não é útil é passar da afirmação de uma suposição para o uso da suposição como base para selecionar o material para concretizá-la²⁸. Portanto, nenhum tipo de *praesumptio similitudinis* [presunção de similaridade] hipotética²⁹ deveria ser ferramenta para o(a) historiador(a) do direito em perspectiva comparada. No entanto, assim como o(a) historiador(a) do direito em perspectiva comparada deve ser cauteloso(a) ao assumir a similaridade, ele(a) deve ser cauteloso(a) ao assumir a diferença excessiva. O funcionalismo às vezes parece excluir certas áreas do direito de seu campo de aplicação devido à influência de “visões ou valores morais” nestas. Exemplos disso são o direito de família e de sucessão³⁰. Isso é um desafio: embora, por

RILES, Annelise (Org.). *Rethinking the masters of comparative law*. Oxford: Hart, 2001. Sobre um possível empréstimo da sociologia, ver RHEINSTEIN, Max. Teaching Comparative Law. *University of Chicago Law Review*, v. 5, n. 4, p. 615–624, 1938, p. 617 e COTTERRELL, Roger. Comparatists and Sociology. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick J. C. (Orgs.). *Comparative legal studies: traditions and transitions*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2003.

27 ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 34.

28 Para um ponto semelhante, cf. HILL, Jonathan. Comparative Law, Law Reform and Legal Theory. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 1, p. 101–115, 1989, p. 107–111.

29 ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 40.

30 Pode-se argumentar que há paralelos na noção de ordem pública no direito internacional privado.





um lado, as soluções jurídicas possam ser consideradas as mesmas, sua matriz ética e cultural pode rapidamente se tornar estranha demais para ser comparada. Pode ser que algumas ideias, mais do que áreas do direito, sejam menos passíveis de uma abordagem funcionalista, mas, como será mostrado abaixo, uma rejeição geral de uma divisão do direito pode ser difícil de sustentar.

O funcionalismo continua sendo um ponto de partida para identificar o que deve ser comparado. As questões nas quais o funcionalismo menos se concentra, como a forma em que a regra surgiu, por que ela permaneceu em vigor e qual é seu significado doutrinário ou moral, não podem ser esquecidas³¹. Quando o(a) pesquisador(a) se volta para a análise e explicação das regras jurídicas, ele(a) deve estar disposto(a) a procurar por elas em outro lugar. Nesse ponto, o direito comparado não está esgotado. Três ideias em particular podem ser úteis: cultura jurídica, ‘direito nas mentes’ [*law in minds*] e a ‘tese do espelho’ [*mirror thesis*].

O termo ‘cultura jurídica’ descreve o treinamento, a mentalidade [*mindset*] e a dimensão humana da operação do direito. A cultura foi descrita como “a moldura de intangíveis dentro da qual os indivíduos operam em uma determinada sociedade”, sendo a cultura jurídica uma subcultura constituída dentro da comunidade de juristas.³² O termo está mais próximo da antropologia do que algumas das outras ideias do direito comparado, mas isso não a faz menos adequada de nenhuma forma³³. O ponto-chave é que o direito existe por meio da ação de atores(as) jurídicos(as), esses(as) atores(as) agem dentro de uma cultura e essa cultura afetará a existência do direito³⁴.

‘Direito nas mentes’ é um termo para abordar o direito como ele é pensado, em vez de sua forma em leis ou casos, ou como visto por meio de resultados³⁵. Ewald tem sido um dos principais defensores dessa visão:

O que o direito comparado deve buscar é a compreensão das ideias conscientes em ação no sistema jurídico estrangeiro, ou seja, os princípios, conceitos, crenças e raciocínios que fundamentam as normas e instituições jurídicas estrangeiras. O ponto crucial a ser observado é que essa teoria não impõe restrições substantivas ao conteúdo das ideias estudadas. As ideias podem ser ideias sobre economia, sociologia,

31 ROSEN, Lawrence. Beyond Compare. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick J. C. (Orgs.). *Comparative legal studies: traditions and transitions*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2003.

32 LEGRAND, Pierre. Comparative Legal Studies and Commitment to Theory. *The Modern Law Review*, v. 58, n. 2, p. 262–273, 1995, p. 263.

33 Para uma coleção de algumas referências interessantes sobre isso, cf. LEGRAND, Pierre. How to compare now. *Legal Studies*, v. 16, n. 2, p. 232–242, 1996, p. 233, nota 4.

34 Um texto clássico é BELL, John. *French Legal Cultures*. London: Butterworths, 2001.

35 Para uma nota mais atualizada, cf. GORDLEY, James. Comparative Law and Legal History. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006 James, p. 765–766.





agricultura ou bruxaria e magia e ainda assim ser um objeto apropriado de estudo jurídico comparativo. Em outras palavras, não há exigência de que o conteúdo seja filosófico (...) como uma questão de fato empírico, as diferenças em larga escala entre os processos de pensamento de duas culturas jurídicas diferentes só podem ser explicadas e compreendidas em termos históricos.³⁶

Isso ajuda a evitar que o(a) acadêmico(a) leia seus próprios pontos de vista em obras do passado³⁷. O direito nas mentes poderia ser um conceito útil para os(as) historiadores(as) do direito, provavelmente só como um termo para capturar o que muitos(as) já estão fazendo. Seu valor é que ele lembra o(a) pesquisador(a) do poder do raciocínio de moldar o direito, ao contrário de produzir um julgamento sobre o mesmo raciocínio³⁸.

Por fim, a tese do espelho é a proposição de que o direito é um produto direto ou um reflexo da sociedade. Em geral, o consenso acadêmico atual é contra uma ligação direta e universal. Watson argumentou notoriamente contra a atribuição de tal força à sociedade ou à economia, por exemplo³⁹; apoiado, ao menos seletivamente, por Ewald⁴⁰ e Graziadei⁴¹. Eles dão vários exemplos práticos de como sistemas com objetivos opostos possuíam métodos semelhantes e que, embora grande parte do direito seja funcional e projetada para ajudar a sociedade, o direito e a sociedade nem sempre podem ser entendidos em termos funcionais. Os transplantes são muito comuns. Estes não têm raízes em todas as jurisdições em que se desenvolvem e, muitas vezes, são importados sem total compreensão.

No mínimo, a consciência dos debates sobre a tese do espelho ajuda o(a) historiador(a) do direito comparado a se focar no papel do não-direito. De fato, o próprio Ewald reivindicou

36 EWALD, William. Legal History and Comparative Law. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, v. 7, n. 3, p. 553–559, 1999, p. 557.

37 Para um trabalho comparativo clássico nesse sentido, ver GORDLEY, James Gordley, Myths of the French Civil Code. *American Journal of Comparative Law*, v. 42, p. 459–505, 1994.

38 Um ponto levantado por Dirk Heirbaut em seu artigo na *19th British Legal History Conference* em Exeter, em julho de 2009, intitulado “Exploring Minds of Lawyers: The Duty of the Legal Historian to Write the Books of Non-Written Law”.

39 Mais uma vez, a contribuição de Alan Watson para esse campo é grande em valor e número. Ver, por exemplo, alguns dos inúmeros trabalhos de Watson sobre o assunto: WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 1. ed. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974 e WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993; WATSON, Alan. *Society and Legal Change*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1977; WATSON, Alan. Aspects of Reception of Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 44, n. 2, p. 335–351, 1996.

40 EWALD, William. Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 143, n. 6, p. 1889–2149, 1995; EWALD, William. Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants. *The American Journal of Comparative Law*, v. 43, n. 4, p. 489–510, 1995.

41 GRAZIADEI, Michele. The Functionalist Heritage. In: VAN HOECKE, Mark (Org.). *Epistemology and methodology of comparative law*. Oxford: Hart, 2004.





um meio de unir a força do argumento de Watson com uma apreciação mais suave e matizada do papel dos fatores não jurídicos⁴².

3.3 Objetivo e método

O terceiro e último elemento da metodologia comparativa que o(a) historiador(a) do direito comparado pode tomar do direito comparado é também uma lição sobre quando parar, nesse caso, quando parar de discuti-lo e usá-lo de fato.

Qualquer metodologia adotada deve auxiliar a pesquisa, em vez de sufocá-la. Exigir apenas uma metodologia antes de aceitar um trabalho como válido não vai, em geral, avançar a agenda de pesquisa, dada a quantidade do que há para fazer. Claro, há todos os tipos de coisas que uma boa metodologia pode proibir, mas o objetivo principal deveria ser promover uma pesquisa de valor. Os(as) historiadores(as) do direito já estão cientes disso, pois parecem continuar com um trabalho sério e acadêmico sem discutir a metodologia em detalhes. Os(as) comparatistas, por outro lado, nem sempre se saíram tão bem.

Tem se argumentado que um direito comparado proveitoso não é possível. Legrand, por exemplo, declarou que muito do que é reivindicado como metodologia nessa área é superficial, tendencioso ou busca, consciente ou inconscientemente, promover uma agenda ideológica⁴³. Em outras palavras, falta reconhecimento suficiente de diferentes culturas ou mentalidades jurídicas, bem como do contexto social e político do direito⁴⁴. Este é um ataque que nenhum(a) historiador(a) do direito tampouco gostaria de ver direcionado contra si. No entanto, bons(as) historiadores(as) do direito tendem a se concentrar em períodos e questões substantivas em que sentem que podem se colocar no lugar dos(as) atores(as) jurídicos que estão estudando. Isso pode ser mais fácil quando se trata de um país e de um período, mas inevitavelmente requer algum conhecimento de disciplinas relacionadas como história, economia, sociologia e filosofia.⁴⁵ O mesmo provavelmente poderia ser dito de bons(as) comparatistas.

42 EWALD, William. Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants. *The American Journal of Comparative Law*, v. 43, n. 4, p. 489–510, 1995, p. 510.

43 LEGRAND, Pierre. How to compare now. *Legal Studies*, v. 16, n. 2, p. 232–242, 1996, p. 239, sobre os comparatistas precisarem de “uma propensão para o reconhecimento da ‘diferença’” em vez de uma crença na semelhança inerente; LEGRAND, Pierre. Comparative Legal Studies and Commitment to Theory. *The Modern Law Review*, v. 58, n. 2, p. 262–273, 1995, p. 263–264.

44 LEGRAND, Pierre. European Legal Systems are not Converging. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 45, n. 1, p. 52–81, 1996.

45 Críticas mais contundentes ao direito comparado afirmam que ele nunca conseguiu cumprir sua promessa, ou mesmo cumprir qualquer propósito; ver a discussão em PETERS, Anne; SCHWENKE, Heiner. Comparative Law Beyond Post-Modernism. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, n. 4, p. 800–834, 2000.





Subjacente a parte desse debate está a questão de se o direito comparado é um método, um conjunto de regras ou outra coisa. Se for um método, é algo que qualquer pessoa com experiência suficiente poderia usar⁴⁶. O direito comparado não seria, então, uma disciplina separada. Se for um conjunto de regras, elas teriam que ser adquiridas por meio de estudo e especialização. Se algo entre os dois, então o quê? Legrand afirmou que o direito comparado

apresenta uma nova *perspectiva*, permitindo que alguém ilumine criticamente um sistema jurídico – o de outros ou o seu próprio – da mesma forma que, digamos, a abordagem dos *critical legal studies*, dos *feminist legal studies*, da semiótica jurídica ou da análise econômica do direito podem fazer.⁴⁷

Essa declaração dá ao direito comparado um propósito bastante modesto. É particularmente interessante que a história do direito não estava na lista de Legrand. É certamente discutível que a história do direito possa fornecer a mesma distância crítica e varrer a poeira para revelar o que sempre esteve lá. Da mesma maneira, a história do direito em perspectiva comparada tem que considerar se é uma metodologia, um campo disciplinar ou algo entre os dois. Todavia, essa consideração não deve ocupar todas as energias dos(as) acadêmicos(as). O(a) historiador(a) do direito comparado vai apurar a melhor forma de pesquisar e a melhor forma de caracterizar esse trabalho refletindo e discutindo seu trabalho enquanto o faz. O trabalho deve prosseguir, constantemente sendo aprimorado. A história do direito em perspectiva comparada deve evitar o “excesso de metodologia e autoinspeção”⁴⁸ que o direito comparado tem carregado. A metodologia deve empoderar, não tornar impotente.

4 BUSCAR PRECISÃO, ANTES QUE PRECONCEITO, NO OBJETO DE ESTUDO

Estudos recentes de direito comparado estabeleceram os diferentes papéis do direito comparado nos tribunais. Este trabalho é fascinante e contribuiu muito para o debate sobre o que os tribunais fizeram, o que podem fazer e o que devem fazer. Desses três elementos, os dois primeiros são mais relevantes para historiadores(as) do direito em perspectiva comparada, por seus *insights* sobre a gama de decisões que foram tomadas e que poderiam ser tomadas. Uma lição clara da metodologia do direito comparado é que há muitos objetos de estudo válidos, em

46 KAHN-FREUND, Otto. Comparative Law as an Academic Subject. *Law Quarterly Review*, v. 82, 1966, p. 41.

47 LEGRAND, Pierre. Comparative Legal Studies and Commitment to Theory. *The Modern Law Review*, v. 58, n. 2, p. 262–273, 1995, p. 264 (*grifo no original*).

48 KAHN-FREUND, Otto. Comparative Law as an Academic Subject. *Law Quarterly Review*, v. 82, 1966, p. 59.





vez de apenas um. A combinação desses diferentes objetos é o que ajudará a construir um quadro geral detalhado.

Uma tentativa de categorizar o que os tribunais poderiam fazer com o direito comparado foi apresentada por Jane Stapleton, em um trabalho que se concentra amplamente em como o direito comparado pode enriquecer o desenvolvimento da responsabilidade civil⁴⁹. Stapleton defendeu a transferibilidade do raciocínio jurídico, pelo menos dentro de limites linguística e culturalmente próximos. Embora sejam frutos do trabalho de Stapleton, os objetos abaixo foram alterados e reorientados a focar não no que os tribunais fazem, mas no que pode ser analisado comparativamente. Os objetos do direito comparado são:

1. Padrões factuais
2. Instituições
3. Raciocínio
4. Princípios e conceitos
5. Regras jurídicas substanciais
6. Procedimento
7. Resultado

O esquema não pretende sugerir que o número um seja mais importante que o sete ou vice-versa: em vez disso, é uma progressão baseada na ordem cronológica em que as informações podem ser coletadas de muitas fontes jurídicas. A título ilustrativo, um exemplo paradigmático que poderia fornecer informações sobre todos os sete objetos é um caso. Um caso poderia ser usado primeiro, pelo menos dentro do sistema inglês de relatórios [*reporting*], para mostrar pontos-chave sobre o motivo pelo qual as partes estão no tribunal. Segundo, como os(as) atores(as) jurídicos colocam o problema no mapa do direito e quais órgãos [*bodies*] são apropriados para lidar com ele podem ser vistos em um caso. Terceiro, uma vez localizado, a concepção intelectual do problema aparecerá no tratamento no relatório. Isso mostrará a maneira como o problema é percebido, conscientemente ou não, contextualizado e ponderado,

49 STAPLETON, Jane. Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation. *Journal of Tort Law*, v. 1, n. 3, p. 1–45, 2007, p. 37; texto reimpresso em STAPLETON, Jane. Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation. In: ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Orgs.). *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum*. Oxford: Oxford University Press, 2009, e cf. ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan. “There is a World Out Elsewhere” - Lord Bingham and Comparative Law. In: ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Orgs.). *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 856–862. Um segundo trabalho foi construído mais recentemente sobre a categorização de Stapleton: OLIPHANT, Ken. *Fairchild v Glenhaven Funeral Services* (2002). In: MITCHELL, Charles; MITCHELL, Paul (Orgs.). *Landmark cases in the law of tort*. Oxford: Hart, 2010. Para uma exploração anterior em francês, ver MARKESINIS, Basil S. Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain. *Revue internationale de droit comparé*, v. 53, n. 4, p. 807–830, 2001.





além da lógica formal usada. Quarto, a próxima questão será quais princípios e conceitos o direito usa, como a responsabilidade baseada na culpa [*liability based on fault*] ou a responsabilidade objetiva justificada por outros meios [*strict liability*]. Isso geralmente se combinará com questões como o raciocínio. Por exemplo, muitos critérios jurídicos [*legal tests*] usam um ‘exercício de equilíbrio’ de algum tipo, mas o peso a ser dado a diferentes fatores na balança será afetado por muitos julgamentos de valor e preferências culturais. Quinto, os princípios e regras substanciais serão analisados. Sexto, o procedimento pelo qual a substância é examinada pode ser explicitado: por exemplo, quais são as regras de admissão e produção de provas e como essas partes entraram em um tribunal específico (e, de fato, por que um tribunal [*court*], em vez de um juizado especializado [*tribunal*] ou de uma instância decisória de um sistema nacional de previdência [*national insurance system*]). Finalmente, o caso será capaz de mostrar como esse padrão factual foi “resolvido” por uma ordem judicial.

Agora, vamos analisar cada um desses usos com mais detalhes.

Primeiro, informações jurídicas podem mostrar os tipos de fatos e eventos que podem ocorrer. Não há nada mais surpreendente no mundo do que o que realmente acontece. Um exemplo clássico é quando uma nova unidade de tecnologia aparece: de repente, novas situações factuais precisam ser destrinchadas e peneiradas. Em algumas ocasiões, esses fatos podem se encaixar em enquadramentos criados para outras situações, como o automóvel substituindo a carruagem puxada por cavalos nas ruas da Europa.⁵⁰ Em outras ocasiões, o padrão factual pode ser completamente novo, como faíscas geradas por ferrovias⁵¹ ou como a imagem de alguém pode ser protegida uma vez que um meio tão fácil para copiar/capturar como a câmera foi inventado.

Em segundo lugar, informações jurídicas podem ser usadas para mostrar em quais instituições o direito está dividido: o “mapa” que o direito faz, bem como os(as) atores(as) jurídicos(as) que desempenham um papel nele. Isso inclui perspectivas institucionais, estruturas e atores(as) jurídicos(as)⁵². Por exemplo, a natureza da publicação acadêmica em direito na Alemanha e na Inglaterra é muito diferente; ambas as culturas colocam muita pressão sobre os(as) acadêmicos(as) para publicar, mas os tipos de trabalho necessários variam drasticamente.

50 Ver, e.g., ERNST, Wolfgang (Org.). *The Development of Traffic Liability*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 5–10.

51 Cf. e.g., MARTÍN-CASALS, Miquel (Org.). *The Development of Liability in Relation to Technological Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 2–12.

52 Para um exemplo de comparação de atores jurídicos, ver MATTEI, Ugo. *The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence*. In: RILES, Annelise (Org.). *Rethinking the masters of comparative law*. Oxford: Hart, 2001.





A produção alemã é maior, incluindo periódicos voltados para explicar o direito atual diretamente aos(as) alunos(as), em vez de apresentar novas pesquisas. Acadêmicos(as) da Alemanha e da Áustria também desempenham um papel maior na tomada de decisões forenses do que seus(suas) colegas ingleses(as): eles(as) são mais citados(as), suas opiniões recebem grande peso, consciente e inconscientemente; às vezes, opiniões oficiais de acadêmicos(as) são diretamente buscadas para auxiliar os tribunais, como em descrições de direito estrangeiro fornecidas pelo Instituto Max Planck de Direito Privado Comparado e Internacional [*Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*] em Hamburgo ou pelo Instituto de Direito de Responsabilidade Civil [*Institute for Tort Law*] em Viena.

Terceiro, materiais jurídicos [*legal materials*] podem lançar luz sobre como um problema jurídico é concebido pelos(as) atores(as) jurídicos(as). Isso inclui os preconceitos e ilusões internos ao sistema, assim como o modo segundo o qual atores(as) jurídicos(as) pensam que as engrenagens do direito estão girando. Esta categoria é outra maneira de se referir ao que já foi descrito por alguns como uma questão de mentalidade [*mentalité*]⁵³, por outros como tradição, ideologia ou ‘*praxis*’, todos capturando diferentes aspectos da mesma ideia central. É expresso aqui no termo prático, antes que perfeito, “raciocínio jurídico”. Mesmo que o direito substantivo em duas culturas seja a mesma, como é cada vez mais o caso na União Europeia, a percepção, a concepção e o caráter desse direito podem ser diferentes.

Vários comentaristas argumentaram que esse é o foco do trabalho de direito comparado, embora não necessariamente o foco exclusivo. Ewald, por exemplo, buscou vigorosamente reformular o direito comparado como uma disciplina para investigar o “direito nas mentes” em vez do direito nos livros ou na ação:

O que o direito comparado deve almejar é uma compreensão das ideias conscientes em ação no sistema jurídico estrangeiro; isto é, os princípios, conceitos, crenças e raciocínios que subjazem as regras e instituições jurídicas estrangeiras.⁵⁴

Um de seus exemplos para isso, o julgamento de ratos, é aprofundado em seu artigo talvez mais famoso.⁵⁵ Mais tarde, ele resumiu isso como:

53 E.g., LEGRAND, Pierre. European Legal Systems are not Converging. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 45, n. 1, p. 52–81, 1996, p. 60–61.

54 EWALD, William. Legal History and Comparative Law. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, v. 7, n. 3, p. 553–559, 1999, p. 557; STAPLETON, Jane. Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation. *Journal of Tort Law*, v. 1, n. 3, p. 1–45, 2007.

55 EWALD, William. Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 143, n. 6, p. 1889–2149, 1995.





Os tribunais do século XVI que colocaram gorgulhos e gafanhotos em julgamento claramente tinham algumas crenças bizarras; mas as mais marcantes dessas crenças eram sobre insetos, e não sobre filosofia jurídica.⁵⁶

Outra maneira de encarar esse uso é como uma “ciência jurídica”. A famosa preferência de Savigny era por maneiras comuns de pensar e aplicar o direito em vez de codificações feitas de cima para baixo; ou, para uma jornada ser caracterizada pelo modo de dar passos em vez de balançar metaforicamente entre as copas das árvores. Zimmermann descreveu a técnica de Savigny como começando com uma gramática jurídica comum, em vez de resultados comuns.⁵⁷

Quarto, a cristalização das três áreas acima são os princípios e conceitos usados na elaboração e aplicação do direito. Princípios também incluem questões que são mais abstratas do que regras; eles são o estágio de ligação entre a concepção e a aplicação. Exemplos seriam a regra de política pública de que “nenhum homem pode se beneficiar de um erro” e os princípios de *fair labelling*, dano [*harm*] e equidade [*fairness*] no direito penal.

Quinto, esses princípios e conceitos são reduzidos a regras jurídicas substanciais. Regras que geram responsabilidade, estabelecem defesas e alocam recursos são todas abordadas aqui. A substância do direito é um dos materiais comparativos e históricos mais comumente abordados: pesquisadores(as) rastreiam regras particulares, às vezes de volta às origens no direito romano ou similar, e comparam como elas foram interpretadas ou desenvolvidas. Às vezes, regras particulares, como a presença ou ausência de responsabilidade objetiva [*strict liability*], ou disposição testamentária livre ou por coação [*free or forced testamentary disposition*], tornam-se marcadores de tradições de sistemas jurídicos, como a *common law* ou o direito de linha romano-germânica. Tais marcadores podem até atingir o mesmo valor de troca que os marcadores como os métodos que essas diferentes tradições usam.

Sexto, informações jurídicas podem destacar quais mecanismos procedimentais são usados para permitir que direitos substantivos, deveres e outros objetos jurídicos sejam analisados. Exemplos clássicos incluem quem tem permissão para fornecer provas, quais formulários devem ser submetidos e como ordens judiciais são executadas. Trabalhos históricos não baseados em procedimentos jurídicos correm o risco de não explicar como os casos foram realmente resolvidos e, de fato, por que muitos foram apresentados em primeiro lugar. Da

56 EWALD, William. Legal History and Comparative Law. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, v. 7, n. 3, p. 553–559, 1999, p. 557.

57 ZIMMERMANN, R. Savigny’s Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Science. *Law Quarterly Review*, v. 112, p. 576–605, 1996, p. 596.





mesma forma, comparatistas precisam lutar contra suposições sobre procedimentos, suposições que eles(as) podem até estar fazendo sobre seu próprio sistema jurídico. Aqui, barreiras entre o trabalho acadêmico e o trabalho na linha de frente da aplicação do direito podem ser distintamente desvantajosas se não forem cruzadas criteriosamente.

Finalmente, informações jurídicas podem ser usadas para entender os resultados. Ou seja, qual impacto real um resultado jurídico tem sobre os(as) envolvidos(as)? O direito de responsabilidade civil permite a reivindicação efetiva de um direito, mesmo contra um órgão público, ou o direito público ou administrativo deve ser a opção de escolha? O direito contratual sempre promove resultados eficientes ou um sistema diferente seria melhor? ‘Resultado’ [outcome] é preferível a outro termo potencial, ‘output’, porque *output* depende de um *input* e de um processo: não é destilável, capaz de purificação ou, de fato, de transplante. ‘Resultado’ também captura melhor como, internamente, as informações que estão sendo analisados podem sugerir como aqueles(as) dentro da jurisdição encontraram o que consideraram uma solução para o problema em questão. Há aqueles(as) que argumentam que os resultados, ou mais particularmente os resultados encontrados na jurisprudência ou “direito decisório” [decisional law], devem ser o principal interesse dos(as) comparatistas⁵⁸. Esses resultados podem ser enfocados por várias razões, principalmente, para analisar casos de transplantação, adaptação, comentário, rejeição ou ridicularização.

Um dos artigos mais gratificantes em direito comparado é a demonstração simples de Sacco de que os objetos podem ter seu próprio caráter neutro que é então afetado por sua localização⁵⁹; isto é, uma regra neutra de base que é vestida, equipada e recebe caráter para e por diferentes ambientes. Podemos então nos voltar para perguntar por que e como essas camadas externas funcionam, bem como por que algumas ideias centrais têm força que outras não têm. Assim, podemos construir uma imagem dos processos de mudança como um primeiro passo para entender por que cada momento de adoção ou rejeição ocorre. Isso pode logicamente incluir entender como os formantes se vestem ou são vestidos para cada sistema. Para entender

58 E.g., MARKESINIS, Basil. Unity or Division: The Search for Similarities in Contemporary European Law. In: ANDENAS, Mads; BELL, John (Orgs.). *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*. London: BIICL, 2002. Cf. LEGRAND, Pierre. European Legal Systems are not Converging. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 45, n. 1, p. 52–81, 1996, p. 55–60; LEWIS, Andrew. On Not Expecting the Spanish Inquisition: The Uses of Comparative Legal History. *Current Legal Problems*, v. 57, n. 1, p. 53–84, 2004, p. 57–73.

59 Ver, e.g., SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, n. 1, p. 1–34, 1991 e SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II). *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, n. 2, p. 343–401, 1991.





como os formantes são transpostos e incorporados, é preciso focar não apenas nos formantes em si, mas também no corpo de objetos que eles estão unindo.

Esses sete objetos são, portanto, meramente pontos de partida: a próxima questão é para onde o(a) pesquisador(a) deve ir para comparar um objeto com outro.

Tradicionalmente, os(as) comparatistas dizem que comparamos entre “sistemas jurídicos”. Por exemplo, Bogdan define o âmbito do direito comparado como “(...) a comparação de diferentes sistemas jurídicos com o propósito de determinar suas similaridades e diferenças”⁶⁰. A expressão “sistema jurídico” é útil como um recipiente amplo o suficiente para carregar muitas coisas sem ter que desempacotá-las. Poucos(as) comparatistas se preocupam em tentar desempacotá-las. René David deu uma das poucas definições:

Cada direito constitui de fato um sistema: emprega um certo vocabulário, correspondente a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias; possui métodos para formular e interpretar as regras; faz parte de uma certa concepção de ordem social que determina os meios de aplicação e a função do “direito” em dada sociedade.⁶¹

Na verdade, essa definição bem curta foi seguida por cinco páginas de discussão sobre como definir uma “Família Jurídica”, um agrupamento de sistemas jurídicos relacionados. Da mesma forma, Konrad Zweigert e Hein Kötz não definiram um sistema jurídico em seu texto principal, mas gastaram cinco páginas sobre o que uma “família jurídica” poderia ser⁶².

Uma ideia mais completa de um sistema jurídico deve ser desvendada. A palavra “sistema” vem originalmente do grego σύστημα (*systema*), que significa “ficar junto” e, portanto, no inglês moderno, um grupo organizado ou conectado de objetos⁶³. Existem quatro características que contribuem para um sistema jurídico tão organizado e conectado: jurisdição, cultura, interdependência e universalidade. Essas características devem ser um ponto de partida

60 BODGAN, Michael. *Comparative Law*. Gothenburg: Kluwer, 1994, p. 18.

61 DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002, p. 14, tradução do autor. Ver também ZIEGERT, Klaus A. “Within Law the Land Shall be Built” - The Case of Changing Norms Seriously. In: DOEKER-MACH, Guenther; ZIEGERT, Klaus A. (Orgs.). *Law and Legal Culture in Comparative Perspective*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004, p. 159: “uma rede universal de comunicação jurídica subserviente à sociedade humana como um sistema universal de comunicação”; ver também p. 148, em que se foca em regimes jurídicos; e ÖRÜCÜ, Esin. *Developing Comparative Law*. In: ÖRÜCÜ, Esin; NELKEN, David (Orgs.). *Comparative law: a handbook*. Oxford: Hart, 2007, p. 56–62.

62 DAVID, René; BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World Today: an Introduction to the Comparative Study of Law*. 2. ed. London: Stevens and Sons, 1978, p. 20–21; ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 67–72.

63 ONIONS, C. T. *Oxford Dictionary of English Etymology*. Oxford: Clarendon, 1996, p. 897.





para análise, não uma definição jurisprudencialmente robusta de um sistema jurídico⁶⁴. Elas podem não existir todas em uma instância, nem em uma instância de forma completa, como um sistema sendo “totalmente” interdependente e unificado.

A primeira característica de um sistema jurídico é que há uma jurisdição para fazer cumprir as leis dentro do âmbito de sua aplicação. Esta é uma perspectiva procedimental: qualquer que seja o sistema jurídico, ele deve ser capaz de fazer cumprir suas regras. Jurisdição é entendida aqui em um sentido amplo para cobrir o aparato de execução de regras e procedimentos para permitir que isso aconteça⁶⁵. As leis raramente são criadas sem a perspectiva de aplicação, ou, pelo menos, raramente criadas separadamente de um sistema projetado para sua aplicação. Os Estados não raramente criam uma jurisdição extraterritorial para leis específicas, por exemplo, tornando a conduta uma infração criminal onde quer que aconteça no mundo. No entanto, a premissa é que as leis podem ser aplicadas, geralmente, apenas quando um indivíduo entra no território do Estado.

A segunda característica é a presença de uma cultura jurídica identificável. As culturas jurídicas variam, mas há uma expectativa de que dentro de um sistema jurídico haja alguma similaridade na abordagem do direito e dos problemas jurídicos. “Cultura jurídica”, assim como “sistema jurídico”, não tem um significado claro. É tipicamente usada para descrever a coleção de atitudes, práticas e abordagens ao direito que são suportadas por aqueles que lidam com o direito⁶⁶. Como Bell argumentou:

O papel que um indivíduo ocupa, e o papel de outros atores, surgem de percepções da tarefa e das tradições culturais associadas a ela. Além disso, a regularidade de qualquer prática desse tipo dá origem a profissões, que por sua vez desenvolvem seus próprios entendimentos. (...) Embora o participante tenha uma perspectiva pessoal sobre os eventos jurídicos, a cultura é um fenômeno coletivo onde os grupos usam a mesma linguagem e têm uma identidade comum, apesar de outras diferenças.⁶⁷

Bell combina isso com um ponto mais sutil. Ele argumenta que há muitas culturas jurídicas diferentes na França, não apenas uma — visto claramente no título de seu livro,

64 Tal definição tem os ingredientes de um livro, na verdade, de uma carreira: Ver RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1980; A presente abordagem é interna e descritiva, cf. WINTGENS, Luc J. *Legisprudence and Comparative Law*. In: VAN HOECKE, Mark (Org.). *Epistemology and methodology of comparative law*. Oxford: Hart, 2004, p. 308-310.

65 Não apenas nos sentidos de poder soberano, coerção e eficácia: RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1980, p. 78-120.

66 Esse é o sentido interno da cultura jurídica, embora se possa argumentar que também há uma dimensão externa nela.

67 BELL, John. *French Legal Cultures*. London: Butterworths, 2001, p. 5.





Culturas Jurídicas Francesas [French Legal Cultures], de 2001. Este ponto será retomado mais tarde.

A relevância da cultura na criação e sustentação de um sistema jurídico pode ser vista particularmente em momentos de mudança jurídica. A cultura é o meio no qual outros objetos dentro de um sistema se desenvolvem. Por exemplo, com respeito à harmonização de regras jurídicas, Banakas argumentou que “é a cultura jurídica que de fato determinará o grau em que a harmonização será efetiva”.⁶⁸ Smits tem uma visão semelhante de um futuro direito privado europeu:

Enquanto houver um segmento socioeconômico ou cultural *europeu* uniformizado (...) presente, os transplantes *podem* levar a um direito uniforme na Europa, mas enquanto esse segmento estiver ausente, o direito uniforme é impossível. Ao avaliar o possível sucesso dos transplantes jurídicos na Europa, portanto, o que importa primariamente é a identificação de novos segmentos socioeconômicos ou culturais europeus.⁶⁹

A terceira característica é a interdependência: que os conteúdos dos sistemas jurídicos estão conectados uns aos outros. Divisões e categorias internas dentro do sistema são prováveis, mas elas devem, no entanto, permanecer até certo ponto coerentemente ligadas entre si⁷⁰.

Essa interdependência é desafiada pela realidade dos transplantes jurídicos. Watson argumentou vigorosamente que os transplantes jurídicos são o veículo mais comum para a mudança jurídica. Se isso for correto⁷¹, os objetos⁷² transplantados são integrados ao resto do sistema jurídico? Eles podem não ser integrados imediatamente, talvez porque os(as) atores(as) jurídicos(as) precisam aprender a se sentir confortáveis com eles e seu novo lugar no direito⁷³. Se sim, eles se tornarão integrados e, portanto, parte do sistema jurídico mais tarde? Mas até

68 BANAKAS, Efstathios. The Contribution of Comparative Law to the Harmonization of European Private Law. In: HARDING, Andrew; ÖRÜCÜ, Esin (Orgs.). *Comparative law in the 21st century*. London: Kluwer, 2002, p. 181. Um ponto ainda mais importante em sistemas jurídicos federais, como o dos EUA.

69 SMITS, Jan. On Successful Legal Transplants in a Future *Ius Commune Europaeum*. In: HARDING, Andrew; ÖRÜCÜ, Esin (Orgs.). *Comparative law in the 21st century*. London: Kluwer, 2002, p. 149 (grifos no original).

70 Isto é particularmente interessante nos estados-membros da União Europeia, ver e.g., LADEUR, Karl-Heinz. Methodology and European Law – Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law. In: VAN HOECKE, Mark (Org.). *Epistemology and methodology of comparative law*. Oxford: Hart, 2004, esp. p. 106–107. Cf. também SCHÉFER, Burkhard; BANKOWSKI, Zenon. Mistaken Identities: the integrative force of Private Law. In: VAN HOECKE, Mark; OST, François (Orgs.). *The Harmonisation of European Private Law*. Oxford: Hart, 2000, p. 22–29.

71 Cf. LEGRAND, Pierre. What “Legal Transplants”? In: NELKEN, David; FEEST, Johannes (Orgs.). *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

72 Qualquer objeto pode ser transferido, não apenas uma regra ou resultado, como por exemplo um tipo de procedimento judicial ou um funcionário do judiciário.

73 Ver também GROSSFELD, Bernard. *The Strength and Weakness of Comparative Law*. Trad. Tony Weir. Oxford: Hart, 1990, p. 45–46.





que isso aconteça, há objetos dentro dos limites de um sistema jurídico que ainda não são do sistema jurídico? Parece plausível. Teubner forneceu a ideia interessante de “irritantes jurídicos” [*legal irritants*] para explicar o processo de adoção e ajuste mútuo entre o novo objeto e seu novo entorno⁷⁴.

E, no entanto, mesmo uma vez integrado em um sistema jurídico, o objeto permanece ao menos um pouco “irritante”? Em outras palavras, regras transplantadas de outro lugar podem nunca assumir suficientemente as cores do sistema em que são colocadas? A discussão de Sacco sobre formantes jurídicos foi baseada na ideia de que tais formantes poderiam ser vestidos de acordo com a moda de seu novo lar. Todavia, a implicação da discussão mais recente sobre “sistemas jurídicos mistos” parece sugerir que algo pode sempre atrapalhar. Exemplos clássicos citados de “sistemas jurídicos mistos” incluem Escócia, África do Sul e o estado da Louisiana. No entanto, o que significa “misto”? Palmer colocou assim: “(...) a presença dentro de um único sistema jurídico de leis, métodos, técnicas ou instituições jurídicas extraídas de outra tradição ou sistema estrangeiro é suficiente para constituir um sistema jurídico misto”⁷⁵.

Se, como diz Watson, transplantes são o método padrão de mudança jurídica, todos os sistemas jurídicos são, portanto, mistos⁷⁶; “apenas as formas de mistura e o caráter das misturas decorrentes são diferentes”⁷⁷. Nesse caso, “misto” não acrescenta nada ao termo “sistema jurídico”. Este, contudo, nos permite destacar o fato de que algo chamado sistema pode ter conteúdos substantivos mistos. A implicação é que um sistema ainda pode existir mesmo quando elementos do sistema vêm de outro lugar em algum ponto de sua história⁷⁸.

Em vez de transplantes lançarem dúvidas sobre a interdependência ser necessária para um sistema jurídico, a interdependência deve ser vista como uma questão de grau. Comentaristas certamente discordam sobre sua extensão e implicação. Andenas e Fairgrieve

74 TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences. *The Modern Law Review*, v. 61, n. 1, p. 11–32, 1998.

75 Sobre o qual, ver, e.g., PALMER, Vernon. Mixed Legal Systems... and the Myth of Pure Laws. *Louisiana Law Review*, v. 67, n. 4, p. 1205–1218, 2007, p. 1206.

76 ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 159.

77 ÖRÜCÜ, Esin. A General View of “Legal Families” and of “Mixing Systems”. In: ÖRÜCÜ, Esin; NELKEN, David (Orgs.). *Comparative law: a handbook*. Oxford: Hart, 2007, p. 177.

78 De fato, até já se argumentou que os sistemas jurídicos costumavam ser muito mais porosos do que são hoje, embora ainda sejam considerados hoje como “sistemas”: MOCCIA, Luigi. Historical Overview on the Origins and Attitudes of Comparative Law. In: WITTE, Bruno de; FORDER, Caroline (Orgs.). *The common law of Europe and the future of legal education*. Deventer: Metro; Kluwer, 1992, p. 617–618. Além disso, muitos sistemas jurídicos aplicam direitos de outros sistemas em certos contextos, como o Tribunal Comercial Inglês [*English Commercial Court*] usando o direito francês quando as partes o selecionam, ver, e.g., ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan. “There is a World Out Elsewhere” - Lord Bingham and Comparative Law. In: ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Orgs.). *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 838–840.





estão contentes em descrever um *sistema* como totalmente permeável: “O direito internacional, o direito europeu e as ordens jurídicas nacionais são agora talvez melhor compreendidos como *sistemas abertos* coexistindo sem nenhuma hierarquia clara”⁷⁹.

Por outro lado, como já observado, Gordley argumentou que não deveríamos comparar, ou mesmo nos referir a “sistemas jurídicos” como tal⁸⁰. Pode muito bem ser que existam lugares isolados no mundo cujo direito poderia ser descrito como um sistema por falta de transplantes. Mais promissora, porém, pode haver sistemas jurídicos onde as influências e transplantes estrangeiros foram conceitual e estruturalmente unidos.

A última característica de um sistema jurídico é a universalidade ou abrangência. Isso sugere que algo é um sistema jurídico porque dentro de sua esfera de operação ele responderá a todas as questões jurídicas, pelo menos uma vez que elas tenham sido feitas. Onde há uma função decisória para o direito, o processo deve culminar em um resultado: um sistema jurídico pode ser pensado como a menor unidade dentro da qual sempre deve haver uma resposta. Por exemplo, na França, o direito de responsabilidade civil pode não resolver um caso entre um hospital e um paciente, mas o direito contratual ou o direito administrativo resolverão. A responsabilidade civil da França não é um sistema jurídico de acordo com esse raciocínio, mas é parte de um.

Tendo decidido quais são as características de um sistema jurídico, as delimitações dos sistemas jurídicos também são as delimitações adequadas para o direito comparado? A resposta deve ser não. Os(as) comparatistas não devem se restringir a comparar sistemas jurídicos ou famílias jurídicas. Colocando a abordagem convencional de ponta-cabeça, os(as) comparatistas devem comparar onde quer que haja utilidade na comparação. Para encontrar essa utilidade, precisamos reconhecer outras delimitações além da forma vaga e extrema do sistema jurídico tradicional.

A maior dúvida é por que o(a) pesquisador(a) está olhando para essas delimitações. Contudo, tende a haver uma gama menor de questões aqui e elas são mais claras para o(a) pesquisador(a). Destacam-se três objetivos potencialmente sobrepostos: o de descrever, o de explicar e o de modificar. Para qualquer um dos sete objetos acima em que o foco esteja, o resultado final tende a um ou mais dos objetivos de descrição, explicação e modificação.

79 ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan. “There is a World Out Elsewhere” - Lord Bingham and Comparative Law. In: ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Orgs.). *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 865 (*grifo nosso*).

80 GORDLEY, James. Comparative Law and Legal History. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 761–762, 763–764. Ver seção 3.1 acima.





Normalmente, é em rumo à explicação ou modificação que um(a) comentarista se dirige, descrevendo o máximo que for necessário para chegar lá.

Talvez seja verdade que, dentre seus pares, os(as) comparatistas encontrem mais aqueles(as) que almejam reformar o direito do que historiadores(as) do direito⁸¹. Isso pode ser porque o direito comparado é uma disciplina mais recente buscando deixar sua marca, ou porque os(as) não comparatistas perguntam apenas o que a disciplina pode oferecer para eles(as). Os(as) historiadores(as) do direito parecem mais capazes de fornecer explicações do que alternativas ao direito atual. Nisso, os(as) comparatistas que se concentram em alterar o direito podem aprender algo com os(as) historiadores(as) do direito.

5 MOMENTOS DE EQUILÍBRIO E MOMENTOS DE TRANSIÇÃO

A terceira proposição metodológica é a de que a história do direito em perspectiva comparada é mais forte quando ela pode explicar por que o direito se moveu de um momento de equilíbrio para um momento de transição. É nesse poder explicativo que a disciplina deveria se focar, qualquer que seja o objeto estudado. Harold Dexter Hazeltin, *Downing Professor of the Laws of England*, assim colocou:

Nenhum corpo de direito está, nem mesmo por um único momento, em estado de repouso absoluto; já que estar agitado é da natureza do direito. O direito está continuamente em movimento, em mudança, em resposta à pressão das forças que surgem na vida interna da comunidade ou que penetram desde o exterior.⁸²

Momentos de equilíbrio estão sendo usados aqui para dizer que não há mudança na posição de um objeto. O objeto não está em movimento apesar das forças empurrando em diferentes direções. O nome das forças pode ser descrito, assim como sua intensidade e as direções em que elas puxam ou empurram. Equilíbrio não significa apenas forças exatamente iguais. Pode ser que uma força que mudaria a posição do objeto não seja oposta por uma força igual, mas, em realidade, se torne irrelevante por efeito de uma força muito maior. Por exemplo, um tronco sobre uma estrada está equilibrado entre a força da gravidade e o suporte da estrada. Uma formiga empurrando o tronco pela estrada pode não o mover, mas não porque há outra

81 Um fato fortemente denunciado por KAHN-FREUND, O. On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Review*, v. 37, n. 1, p. 1–27, 1974.

82 HAZELTINE, H. D. The Study of Comparative Legal History. *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, p. 27 et seq., 1927, p. 33.





formiga do outro lado. Há, portanto, uma escala móvel de razões para um objeto estar em equilíbrio.

Momentos de transição cobrem o ponto em que um objeto sai do equilíbrio e se move, é modificado, ou é substituído. Mais do que descrever a mudança jurídica [*legal change*], a ideia é entrar nas razões pelas quais o objeto saiu do equilíbrio. Isso também lembra o(a) pesquisador(a) da possibilidade de uma variedade de caminhos quando um objeto sai do equilíbrio. Talvez um dado objeto pudesse estar apenas em duas posições, mas também poderia ter havido um número de configurações diferentes, e focar na transição ajuda a avivar essa possibilidade. Isso também lembra o(a) pesquisador(a) de que vários objetos de estudo são empurrados para fora de um equilíbrio, mas ainda estão em algum tipo de movimento até alcançarem outra posição de equilíbrio. Um exemplo famoso é o caso *Donoghue v Stephenson*. Em resumo, a questão era se o último comprador, adoecido por uma bebida imprópria para consumo, poderia apresentar uma ação por negligência [*action of negligence*] contra o fabricante. Esse marco da responsabilidade civil inglesa é conhecido ao redor do mundo pelo ‘princípio da vizinhança’ [*neighbour principle*] de Lorde Atkin para determinar a extensão do dever de cuidado que agora alimenta a ‘marcha vertiginosa’ da negligência⁸³. No entanto, por alguns anos após a decisão, não estava claro se ganharia a perspectiva de Lorde Atkin ou a perspectiva mais restrita de Lorde Macmillan. Essa dúvida persistiu por alguns anos, mesmo depois de outras decisões do *Privy Council*⁸⁴.

Pensar em termos de momentos de balanço e transição também lembra o(a) pesquisador(a) de que deve haver motivos para um objeto de estudo não estar em mudança. Até que um momento de transição ocorra, um sistema jurídico opera dentro de um espaço jurídico restrito. É verdade que com cada aplicação judicial ou não-judicial do objeto de estudo, um direito ‘novo’ está sendo criado. Não obstante, esse é um sentido restrito e particular de ‘novo’. Devem existir motivos para que esse espaço restrito permaneça. Em outras palavras, a ausência de mudança no direito é uma parte do desenvolvimento do direito tanto quanto a mudança jurídica; historiadores(as) do direito em perspectiva comparada deveriam estar igualmente interessados(as) em por qual razão um objeto continuou como estava. Ao considerar quais

⁸³ *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562; WEIR, Tony. The Staggering March of Negligence. In: CANE, P.; STAPLETON, J. (Orgs.). *The Law of Obligations: Essays in Honour of John Fleming*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

⁸⁴ Ver, e.g., *Grant v Australian Knitting Mills, Limited, and Others* [1936] AC 85, 88-89 pelo advogado da fábrica de malhas ré.





forças estão mantendo o objeto onde está, o(a) pesquisador(a) também estará, então, em uma melhor posição para explicar qualquer eventual momento de transição.

Por exemplo, até recentemente havia uma regra de impecuniosidade [*rule of impecuniosity*] no direito de responsabilidade civil inglês segundo a qual o dano causado por um infrator não incluía o dano posterior sofrido pela vítima pelo fato de ela não poder arcar com os custos da continuidade de seu negócio imediatamente pela falta de fundos disponíveis. Em 1993, no caso *Liesbosch*, uma embarcação draga epônima havia afundado, portanto, os donos contrataram uma substituta por um alto custo para concluir o contrato uma vez que eles não podiam comprar uma nova embarcação a tempo. Os donos do *Liesbosch* buscaram indenização não apenas dos custos de substituição do barco, mas também do custo extra da contratação custosa. A Câmara dos Lordes [*House of Lords*] confirmou que o pedido não poderia se estender para a contratação, afirmando que foi a falta de fundos dos donos que causou essa perda, não o ato ilícito que afundou seu navio⁸⁵. Uma distinção subjacente parecia ser que a contratação extra estava relacionada ao dever da vítima de mitigar o dano, e então a regra normal, de que você toma sua vítima como a encontra, isto é, com bolsos cheios ou vazios, não se aplicava⁸⁶.

A regra da impecuniosidade foi desde então derrubada pela Câmara dos Lordes. Agora é possível que danos adicionais para os quais a falta de renda disponível da vítima contribuiu sejam indenizáveis pelo direito de responsabilidade civil. Isso aconteceu em um caso chamado *Lagden v O'Connor* em 2003, com fatos muitos similares ao caso *Liesbosch*, à exceção de que Lagden era o nome de um homem desempregado cujo carro foi negligentemente danificado, e

⁸⁵ *Liesboch Dredger v SS Edison* [1933] AC 449, 460 por Lord Wright: “O ato ilícito dos ‘réus’ envolveu a perda física da draga; a perda deve de alguma maneira ser reduzida a termos monetários. Mas a real perda dos apelantes, na medida em que se deveu à sua impecuniosidade sobreveio dessa impecuniosidade como causa separada e concorrente, estranha e distinta em caráter do ilícito; a impecuniosidade não era conectável aos atos dos réus, e na minha opinião estava fora do alcance legal das consequências desses atos. O direito não pode dar conta de tudo que se segue ao ato ilícito; ele considera algumas questões subsequentes como fora do escopo de sua seleção, pois ‘seria infinito para o direito julgar a causa das causas,’ ou as consequências das consequências. Assim, a perda de um navio pela colisão devida à culpa exclusiva de outra embarcação pode levar o dono do navio à falência e isso, por sua vez, pode envolver sua família em sofrimento, em perdas de oportunidades educacionais ou de oportunidades da vida, mas perdas desse tipo não poderiam ser indenizadas pelo infrator. Na rede variável de acontecimentos, o direito deve abstrair algumas consequências como relevantes, talvez não baseado em lógica pura, mas simplesmente por motivos práticos. No presente caso, se o embaraço financeiro do apelante deve ser considerado como uma consequência do ilícito do réu, eu creio ser muito remoto, mas eu prefiro vê-lo como uma causa independente, embora seu efeito operativo seja condicionado pela perda da draga.” O caso baseia-se em *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd* [1912] AC 673. Sobre o *Liesboch*, ver especialmente COOTE, Brian. *Damages, The Liesbosch, and Impecuniosity*. *The Cambridge Law Journal*, v. 60, n. 3, p. 511–536, 2001.

⁸⁶ *Liesboch Dredger v SS Edison* [1933] AC 449, 460–461 por Lord Wright.





não o nome do carro em si⁸⁷. Enquanto seu carro estava sendo reparado, a falta de recursos de Lagden fez com que sua única opção real fosse alugar um carro de modo financiado, efetivamente aumentando o custo de aluguel indenizável pelo infrator ao final para que ele não tivesse que pagar nada adiantado. Todas as três Cortes que analisaram o caso permitiram a indenização pelas 659 libras pagas por Lagden para alugar o carro (aumentando o total do pedido em dois-terços, aproximadamente)⁸⁸. A Câmara dos Lordes, no caso *Lagden*, tratou dos argumentos políticos sobre a indenização antes de se voltar à decisão no caso *Liesbosch*, argumentando, essencialmente, que as distinções em que estava baseado eram incorretas e que, em qualquer caso, ele havia sido dominado por um foco na previsibilidade razoável como o centro do escopo da responsabilidade do réu⁸⁹.

Para propósitos presentes, a questão é como a regra moveu-se do equilíbrio para a transição e agora para uma nova regra. Embora além do escopo deste artigo, tentar compreender isso torna a história inteira mais interessante. Algumas questões surgem imediatamente, por exemplo, por que levou setenta anos para deixar o *Liesbosch* no fundo do oceano judicial? Com efeito, *Lagden* foi o último de uma série de casos relacionados de alguma maneira à regra da impecuniosidade. Todos eram casos envolvendo carros em que as vítimas de ilícitos foram repentinamente capazes de conseguir um carro provisório através do uso de agências de aluguel por financiamento e de passar o custo adicional dessa conveniência para a seguradora do carro dos réus. As seguradoras não gostaram dos custos extras ou do grande aumento do número de pessoas buscando recuperá-los. Após alguns sucessos iniciais com fundamentos contratuais⁹⁰, *Lagden* foi uma clara derrota para a indústria de seguros, apesar de que existirão ruídos futuros sobre se uma dada vítima realmente tinha tão pouco dinheiro a ponto de não ter alternativa a usar uma agência de aluguel a crédito. Ainda assim, será que foram o número de carros sendo danificados, o papel central dos carros nas vidas de ingleses e inglesas e a visão de longo prazo de seguradoras que levaram a questão às cortes com tanta frequência? Será que isso foi algo

⁸⁷ *Lagden v O'Connor* [2003] UKHL 64.

⁸⁸ *Lagden v O'Connor*, Official Transcript, Oxford County Court, 14 September 2001, [34].

⁸⁹ *Lagden v O'Connor* [2003] UKHL 64, Lord Hope [49]–[61], Lord Scott [82], Lord Walker (como voto divergente) [90]–[102].

⁹⁰ Ver anteriormente, e.g., *Giles v Thompson* [1994] AC 142 sobre contratos de aluguel a crédito não serem nulos por *champerty* [participação por um terceiro nos custos do litígio em troca de uma parte dos resultados em caso de procedência], mas eles foram considerados em violação do *Consumer Credit Act 1974: Dimond v Lovell* [2002] 1 AC 384.





que poderia ter acontecido apenas na década de 1990, ou isso poderia ter acontecido mais cedo ou talvez mais tarde?⁹¹

Essas questões, e várias outras além delas, focam na causalidade [*causality*]. Elas focam primeiro no que está mantendo um objeto em equilíbrio, e depois, se aplicável, em por qual motivo ele foi empurrado para transição. Infelizmente, é muito difícil mostrar causalidade. Um tipo de argumentação que pode ser útil é olhar para ‘pontos de inflexão’. Pontos de inflexão, usados há muito tempo nas ciências para mudanças de estado como a evaporação de líquidos para gás, também foram usados mais recentemente por alguns e algumas para mergulhar na sociologia. O(a) pesquisador(a) efetivamente soma as forças aplicadas a um objeto enquanto está em equilíbrio e imediatamente após começar a transição. A ideia é que um pequeno número de forças pode então ser isolado como sendo responsável por retirar o objeto do equilíbrio. A dificuldade com esse tipo de argumentação é que ele pode enfatizar excessivamente a mudança aguda e deixar passar os eventos sistêmicos ou de desenvolvimento lento. Não obstante, pontos de inflexão podem ser acréscimos úteis para a caixa de ferramentas do(a) historiador(a) do direito em perspectiva comparada.

Quanto à causação [*causation*], mais genericamente, há algum alívio para o(a) historiador(a) do direito em perspectiva comparada. Embora seja difícil demonstrar, não há ninguém mais suscetível a demonstrá-la. Os quatro passos seguintes explicam as razões para isso.

- (1) Provar causação requer exemplos históricos suficientes das unidades ou fatores relevantes. A causação é, por sua própria natureza, uma afirmação histórica;
- (2) Quanto mais específicas e numerosas as unidades/fatores em uso, maior precisará ser o conjunto de potenciais unidades. Para ter uma combinação de precisão suficiente em termos de As levando a Bs, é necessário que As e Bs suficientes tenham ocorrido para retirar analogias úteis;
- (3) Quanto maior o conjunto, maior a probabilidade de que o direito comparado será necessário. Quanto mais As e Bs necessários, maior a probabilidade de uma jurisdição se esgotar antes de que um grau suficiente de causalidade possa ser mostrado; e
- (4) O caso para a validação de uma conclusão causal para uso fora de uma jurisdição é fortalecido pela operação daquela conclusão em outra jurisdição.

⁹¹ Ver, e.g., TETTENBORN, Andrew. Compensating the Cash Strapped: The Sinking of the Liesbosch. *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, p. 135 et seq., 2004.





As três proposições metodológicas seguintes são todas instâncias em que a causação não toma a rota que pode ser pensada como óbvia.

6 PROBLEMAS JURÍDICOS NÃO ESTÃO HERMETICAMENTE SELADOS EM CATEGORIAS JURÍDICAS

Para os propósitos de ensino e especialização, o direito e várias outras disciplinas são separadas em áreas constitutivas, mas as áreas não estão seladas em relação às realidades da existência humana. Forças dentro de um sistema podem manifestar-se onde há flexibilidade ou fraqueza ao invés de onde essas pressões estão naturalmente focadas. Isso inclui meios indiretos para alcançar o mesmo fim ou um modo diferente de mudança. Isto é, um objeto jurídico pode continuar em equilíbrio, mas a força aplicada a ele pode ser redirecionada para outro lugar. O(a) historiador(a) do direito em perspectiva comparada deve estar disposto(a) a olhar para lugares improváveis quando tentando rastrear um momento de transição ou equilíbrio.

Tomemos um exemplo do direito inglês. Imagine a cena: um ladrão condenado está na prisão, afirmando sua inocência há muitos anos. Um detetive da polícia que liderou a investigação que o colocou lá escreve um artigo em um jornal afirmando que o ladrão condenado cometeu o crime. Qual a probabilidade de que o ladrão condenado ganhe uma ação de calúnia [*libel action*] contra o policial? Esses são os fatos de *Hinds v Sparks* em 1964. Hinds havia sido condenado por roubar uma loja ‘Maples’ e foi preso principalmente devido aos esforços de Sparks, um ex-policial sênior⁹². Hinds afirmou sua inocência e se esforçou para encurtar sua pena, tanto fugindo quanto apelando diversas vezes. Sparks publicou uma declaração de que Hinds era culpado e Hinds o processou com sucesso por calúnia, ao menos parcialmente porque os eventos já eram antigos e, portanto, mais difíceis de provar. Havia um interesse significativo da imprensa⁹³. Um comentarista contemporâneo escreveu:

Nosso sistema jurídico, de fato, permitiu que um homem que, mesmo sendo inocente de qualquer cumplicidade no roubo da Maples, pode ser adequadamente descrito como um criminoso notório, arruíne um ex-policial cujo erro parece ter sido nada mais sério que ter dito que justiça fora feita em um julgamento criminal inglês.⁹⁴

⁹² *Hinds v Sparks* [1964] Criminal Law Review 717 (QB).

⁹³ Foram publicados cinco artigos na seção jurídica de *The Times* sobre o progresso do caso. A questão alcançou até os EUA, e.g. *Time Magazine*, sexta-feira, 14 de agosto de 1964.

⁹⁴ JOHNSON, E. L. Res Judicata: A Comparative Study. *Current Legal Problems*, v. 18, n. 1, p. 81–92, 1965.





Para explicar esse resultado, é necessário considerar o direito sobre provas. Por séculos, uma condenação prévia não podia ser usada na Inglaterra como prova dos fatos em que fora baseada em uma corte civil posterior⁹⁵. Portanto, se um homem fosse condenado por direção perigosa por ações resultando em danos ao carro da vítima, a vítima deveria mostrar todos os fatos do zero; ela não poderia basear-se na condenação para mostrar a presença do réu ou a natureza de sua direção no momento do fato. Esses eram basicamente os fatos de *Hollington v Hewthorn* em 1943, quando a regra de ‘não admissibilidade’ foi reafirmada de forma contundente⁹⁶.

Na década de 1960, começaram a aparecer casos de calúnia em que um criminoso condenado apresentava uma ação de calúnia “contra qualquer pessoa suficientemente imprudente de afirmar sua culpa do crime pelo qual havia sido condenado, [e] colocava seu oponente para provar sua culpa de novo”⁹⁷. Parece ter levado algum tempo para que essa “significância diferente e, talvez, alarmante”⁹⁸ de *Hollington v Hewthorn* aparecesse em casos.

Outro caso parecido com *Hind v Sparks* é *Goody v Odhams Press*⁹⁹. Goody foi condenado por seu papel no roubo de 2 milhões e 500 mil libras que ficou conhecido como “O Grande Roubo do Trem” [*The Great Train Robbery*] de 1963. No ano seguinte, um jornal publicou uma matéria incluindo a descrição do papel de Goody no caso, sob o título “Uma dona de casa do subúrbio revela como foi pega na grande trama do malote postal” [*“A suburban housewife reveals how she was caught up in the great mailbag plot”*]. Goody apresentou uma ação por calúnia. A *Odhams Press* inicialmente defendeu-se por exceção da verdade [*full justification*], mas depois buscou emendar sua defesa. Os réus emendaram novamente sua defesa para buscar a mitigação dos danos com base em Goody já ter reputação como participante em roubo e como condenada. O caso mostra que mesmo um jornal abastado não queria tentar provar o papel de Goody no roubo do zero, apesar de ser no mesmo ano em que ele havia sido condenado¹⁰⁰.

⁹⁵ Ver COWEN, Zelman; CARTER, P. B. The Admissibility of Criminal Convictions in Subsequent Civil Proceedings. In: COWEN, Zelman; CARTER, P. B. (Eds.). *Essays on the Law of Evidence*. Oxford: Clarendon, 1956.

⁹⁶ Ver, e.g., *Hollington v F Hewthorn & Co* [1943] KB 587 (CA).

⁹⁷ CAMPBELL, J. Civil Evidence—The Act of 1968. *The Cambridge Law Journal*, v. 27, n. 1, p. 35–37, 1969, p. 37.

⁹⁸ ANDREWS, J. A. The Criminal in the Civil Courts. *Criminal Law Review*, p. 441 et seq., 1967, p. 442. O artigo de Andrews é uma boa introdução contemporânea aos casos posteriores a *Hollington v Hewthorn*.

⁹⁹ *Goody v Odhams Press Ltd* [1966] 3 WLR 560 (CA).

¹⁰⁰ Ver, para comentário, GOODERSON, R. N. Evidence. Admissibility of Criminal Convictions in Civil Proceedings Generally and in Defamation Actions. *The Cambridge Law Journal*, v. 25, n. 1, p. 36–39, 1967, p. 38. A ação foi bem sucedida, mas Goody recebeu apenas 40 xelins em indenização, pagando significativamente mais em custas: *The Times*, 22 de junho de 1967. Ações de calúnia posteriores relacionadas ao Grande Roubo do





Esses casos geraram interesse público significativo. Jornais tiveram um papel central no assunto¹⁰¹, mas a natureza da ação de calúnia era possivelmente mais importante porque ela gerava um tipo particular de publicidade. Em uma ação de calúnia o autor é presumido como de boa reputação. Em outras palavras, o ônus é do réu de justificar sua afirmação, ou talvez de buscar mitigá-la, como no caso *Goody*. Ademais, o foro aqui era um julgamento por júri, externamente similar àquele do julgamento criminal em que o autor havia sido condenado. Isso teria mais impacto para o sentimento público do que um processo posterior sem júri¹⁰².

Ironicamente, a calúnia nem sempre foi vista como uma maneira ilegítima de contestar uma condenação criminal prévia. Com efeito, antes da criação da Corte de Apelação Criminal [*Court of Criminal Appeal*] em 1907, essa era a única forma de limpar o nome de um condenado¹⁰³, a não ser, talvez, por meio da prerrogativa de perdão [*prerogative of mercy*]¹⁰⁴.

Embora seja difícil explicar por qual motivo houve pouco esforço para desbancar a decisão em *Hollington v Hewthorn* antes da metade da década de 1960, está claro que casos de calúnia catalisaram uma reforma¹⁰⁵. Primeiro, Lorde Gardiner LC [*Lord Chancellor*] deixou claro na Câmara dos Lordes que esse era o motivo pelo qual ele havia encaminhado a questão da validade de *Hollington v Hewthorn* para o Comitê de Reforma do Direito [*Law Reform Committee*]¹⁰⁶, e o papel desses casos foi reconhecido por outros parlamentares¹⁰⁷, assim como

Trem ocorreu, e.g., contra o time de polícia científica responsabilizando Goody pelo crime, *The Times*, 7 de outubro de 1965.

¹⁰¹ E.g., comparemos o relatório do advogado para Goody em *The Time*, 22 de junho de 1967, com a “ginástica mental” que o advogado para *Odhams Press* disse estar envolvida para o júri pensar que Goody era “um homem inocente que havia tido a infelicidade de ser condenado”: *The Times*, 22 de junho de 1967. Isso gerou até questões parlamentares: *The Times*, 27 de julho de 1967.

¹⁰² Ver também *Barclays Bank v Cole* [1966] 3 All ER 948. Havia outros problemas, e.g., o custo, mas houve foco na nova audiência por pares: Hansard [288], col. 1346, por Lord Denning.

¹⁰³ HANDLEY, K. R. (Org.). *Spencer Bower, Turner and Handley the doctrine of res judicata*. 3. ed. London: Butterworths, 1996. p. 264. Alguns até preferem o escopo mais amplo da ação de calúnia, e.g. ZEFFERTT, D. The Rule in *Hollington v. Hewthorn* Revisited. *South African Law Journal*, v. 87, p. 325 et seq., 1970. p. 330-331: “Deixe a presa ter uma fuga tão boa quanto possível”. Também pode ter sido possível para o réu processar um acusador ou testemunha por perjúrio, e.g., o caso do Reverendo Henry Hatch: *The Times*, 18 de maio de 1860.

¹⁰⁴ Ver também as raízes em *Helsham v Blackwood* (1851) 20 LJ (CP) 187; 11 CB 111; 138 ER 412; *Leyman v Latimer* (1877-78) 3 ExD 352; 47 LJQB 470. Mesmo *Hollington v Hewthorn* não forçou mudanças. De fato, *The Times* só noticiou sobre *Hollington v Hewthorn* no contexto dos casos de calúnia 20 anos depois, a primeira sendo *The Times*, 21 de junho de 1966.

¹⁰⁵ Outros sistemas jurídicos não tiveram problema para lidar com *Hollington v Hewthorn* imediatamente, e.g., a Legislatura Sul-Australiana promulgou o *Evidence Amendment Act* em 1945. Sobre isso, ver e.g. COWEN, Zelman. Police---loss of services caused by tortfeasor---action per quod servitium amisit does not lie for the crown. *Law Quarterly Review*, v. 69, p. 180 et seq., 1953. p. 180-181.

¹⁰⁶ Hansard [288], col. 1346-1347, esp. 1347. Ver também Hansard [239], col. 84.

¹⁰⁷ Ver, e.g., Hansard [763], col. 444.





pelo próprio Comitê de Reforma da Lei¹⁰⁸. Comentadores também estavam cientes desse papel¹⁰⁹.

7 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PODE SE TORNAR *PATH DEPENDENT*^(d)

A quinta proposição é de que atores(as) jurídicos(as) aplicando e desenvolvendo o direito podem tanto limitar, conscientemente ou não, sua percepção, quanto aderir a um único processo argumentativo ou solução¹¹⁰.

Um exemplo potente é a motivação para regras de compensação por dano quando o malfeito [*wrong*] era tanto um ilícito civil [*tort*] quanto criminal [*crime*] estarem no código criminal. Isso requer algum contexto para explicar, mas o que se quer dizer é que às vezes objetos ficam em equilíbrio porque os(as) atores(as) jurídicos(as) desenvolvem uma preferência para que eles permaneçam onde estão.

No século XIX, as propostas de código civil espanholas continham provisões tidas como insatisfatórias por um número de regiões dentro da Espanha. Essas regiões foram capazes de atrasar e, derradeiramente, não aderir ao código¹¹¹. Houve vários outros motivos para o atraso no código, mas esse foi o mais importante. O modelo francês sendo largamente copiado, o *Code Napoléon*, havia sido promulgado em um Estado unificado e centralizado. No entanto, a Espanha no século XIX tinha um número de sistemas jurídicos distintos nas regiões chamadas ‘forais’, por exemplo, Catalunha, Navarra, País Basco, e não estava unificada ou centralizada¹¹². A Catalunha foi central na liderança da oposição às normas francesas e castelhanas nos projetos

¹⁰⁸ Lord Pearson, Law Reform Committee Fifteenth Report: The Rule in *Hollington v. Hewthorn* (HMSO, Cmd. 3391, 1967) [1], [26], [27].

¹⁰⁹ Ver, e.g., *The Times*, 27 de julho de 1967, British Columbia Law Reform Commission Report on the Rule in *Hollington v. Hewthorn*. LRC 30, 1977, II. B. Note 2. Ver também MILLER, C. J. Evidence of Conviction in Civil Proceedings - III. *New Law Journal*, v. 121, p. 622 et seq., 1971. p. 622.

^(d) *N. de T.*: O termo ‘path dependency’ pode ser traduzido literalmente por ‘dependência de trajetória’. Refere-se, em síntese, às influências e restrições que acontecimentos anteriores produzem com potencial para afetar acontecimentos posteriores. Optamos por manter a expressão em língua inglesa, como parece ser usualmente utilizada em estudos brasileiros.

¹¹⁰ BELL, John. Path Dependence and Legal Development. *Tulane Law Review*, v. 87, n. 4, p. 787 et seq., 2013; BELL, John; IBBETSON, David. *European Legal Development: The Case of Tort*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 24-32.

¹¹¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del nuevo código penal*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 22. Ver Também ROCA TRIAS, Encarna. La codificación y el derecho foral. *Revista de derecho privado*, v. 62, n. 7, p. 596-642, 1978. p. 596.

¹¹² Ver, e.g., RIPOLLÉS Y BARANDA, Mariano. *Discurso Leído en la Solemne Inauguración del curso Académico de 1888 á 1889 en la Universidad Literaria de Zaragoza*: El Derecho Regional y la Codificación Civil. Zaragoza: C. Ariño, 1888. p. 11: que *derecho foral* é uma “planta exótica en la tierra española”.





do código civil¹¹³. Havia algumas motivações políticas e algumas motivações jurídicas ou culturais. Para alguns, obviamente, e aparentemente mais nas regiões forais que na burocracia castelhana, o começo para a metade do século XIX não era um momento para estar acolhendo importações jurídicas francesas tendo em vista a memória da Guerra da Independência (1808-1813)¹¹⁴. No entanto, essa motivação apenas não poderia ter sustentado a oposição até a década de 1880. Mais propriamente, a maior resistência veio por causa de algumas regras substantivas que eram baseadas em tradições culturais francesas, mas que eram anátemas para sensibilidades catalãs, particularmente, aquelas forçando partilha em disposições testamentárias¹¹⁵ e privando uma mulher de seus direitos de propriedade quando ela se casasse¹¹⁶. A primeira era particularmente importante como ponto focal para a oposição, já que a habilidade de designar um ‘herdeiro universal’ para manter o poder econômico de um patrimônio íntegro era vista como uma chave para a prosperidade econômica e para a cultura catalã¹¹⁷. Essa oposição significava que o código civil não fora, por um longo período, forçado a avançar. Ao final, o código foi aprovado apenas ao permitir que sistemas forais criassem compilações separadas de suas próprias leis.

No entanto, o direito criminal oferecia um veículo para uma reforma relacionada e não-contenciosa. Por alguma razão, a codificação do direito criminal, apesar de suas penas severas, não encontrou muita resistência de regiões forais ou de outros lugares¹¹⁸. O primeiro código criminal veio em 1822, mas foi em 1848 que a responsabilização civil [*civil liability*] foi compreensivamente regulada por ele. A essa altura, um código civil estava em desenvolvimento há quase 30 anos, e não estava mais perto de se concretizar. Isso significava que o direito civil, incluindo a responsabilidade civil, ainda era aquele das *Siete Partidas*¹¹⁹. Por outro lado, havia uma suficiente ligação entre responsabilidade civil e criminal baseada no mesmo ato para que fosse sugerido que o código criminal continha normas para determinar indenização civil. Em

¹¹³ Sobre essa oposição, ver, e.g., HARTY, Siobhán. Lawyers, Codification, and the Origins of Catalan Nationalism, 1881-1901. *Law and History Review*, v. 20, n. 2, p. 349-384, 2002. esp. p. 360-383.

¹¹⁴ Ver, e.g., JACOBSON, Stephen. Law and Nationalism in Nineteenth-Century Europe: The Case of Catalonia in Comparative Perspective. *Law and History Review*, v. 20, n. 2, p. 307-347, 2002. p. 324-326.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 330-331.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 326-330.

¹¹⁷ HARTY, Siobhán. Lawyers, Codification, and the Origins of Catalan Nationalism, 1881-1901. *Law and History Review*, v. 20, n. 2, p. 349-384, 2002. p. 361-366.

¹¹⁸ Como o código criminal pôde avançar sem empecilhos enquanto o código civil mal saiu do portão ainda não foi explicado. Alabart apenas argumenta que o código criminal efetivamente “tomou um caminho diferente”: DÍAZ ALABART, Silvia. La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potesta do tutela. *Anuario de derecho civil*, v. 40, n. 3, p. 795-894, 1987. p. 798-800.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Responsabilidad civil derivada del delito o falta y culpa extracontractual. In: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto et al. (orgs.). *Libro homenaje a Jaime Guasp*. Granada: Comares, 1984. p. 511-527. p. 512.





particular, Pacheco e Silveira, dois criminalistas proeminentes, preferiam ter normas atualizadas em um lugar inesperado a ter as normas antigas¹²⁰. Alguns comentadores do período indicavam que essas regras eram anômalas, e eram propriamente parte do direito civil¹²¹. Outros achavam que não havia prejuízo em tê-las no código criminal, ao qual estavam intimamente relacionadas: isso especialmente pois pensava-se que elas desapareceriam quando o código civil estivesse em vigor¹²². O resultado foi que o código criminal veio a regular o que poderia ser chamado de uma questão de direito civil: a indenização por um dano à vítima. Um padrão similar de eventos aconteceu na Suécia no século XIX, sugerindo que é um padrão que pode ter acontecido em outros lugares, também¹²³.

Aconteceram ao menos oito reformas de grande escala do código criminal desde 1848. No entanto, o mais próximo que civilistas chegaram de remover as normas *ex delicto* do código criminal foi a mais recente reforma de 1995. Em uma jogada que acabou sendo muito ousada, a comissão de codificação havia sugerido remover as provisões *ex delicto* do projeto do código criminal de 1990 e teria trabalhado com o time de codificação civil para emendar os dois códigos adequadamente¹²⁴. A oposição intensa de juízes criminais e sua vaga referência aos “inconvenientes” que ocorreriam encerraram a jogada¹²⁵. Essa rejeição foi contra a perspectiva dominante no direito civil¹²⁶ e provocou críticas contundentes¹²⁷. Assim, a *path dependency* de

¹²⁰ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del nuevo código penal*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 22.

¹²¹ VIZMANOS, Tomás Maria de; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Madrid: J. Gonzales y A. Vicente, 1848. p. 187-190; GOMEZ DE LA SERNA, Pedro; MONTALBAN, Juan Manuel. *Elementos del Derecho Penal de España*. Madrid: Sanchez, 1849. p. 74. Serna foi posteriormente presidente do *Tribunal Supremo*.

¹²² PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal*. Madrid: Edisofer, 2000. [reprint da ed. 1867]. p. 279: “[Afirmando que o código civil não existirá por algum tempo] Nada de ruim vem de completar e melhorar esse material aqui. Não parece absurdo lidar, nesta área da reponsabilização, com coisas que, se não filhas de um ato claramente criminal, vêm de um que [...] não pode ser menos que um crime [...]. A transposição parece muito pequena, e claramente inocente: o mal que pode ser derivado dela não pode ser visto aos nossos olhos.” Ver também PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando. “Perseverare diabolicum”: ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal? *Jueces para la democracia*, n. 19, p. 6–10, 1993. p. 9-10.

¹²³ Ver DYSON, Matthew (Org.). *Comparing Tort and Crime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. cap. 5.

¹²⁴ Artigo 105 do referido projeto de 1990: “la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta origina la obligación de reparar los daños y perjuicios por el causados en los terminus previstos en el Código civil”.

¹²⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del nuevo código penal*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 36-35. Tolsada cita, p. 35, nota 13, e p. 36, *Estudios e Informes* (1990-1993), Gabinete de Estudios y Documentación de la Asociación Profesional de la Magistratura, p. 157 e 158: “... la exclusion del texto penal ... constituye un claro ejemplo de lo que en un principio ya definíamos como mimética repetición de lo que en Derechos como el alemán acontece, con ignorancia de los inconvenientes que esas incorporaciones parciales producen en el equilibrio de nuestro particular sistema jurídico”.

¹²⁶ Ver, e.g., YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. El perturbador artículo 1.092 del Código Civil: cien años de errores. In: *Centenario del Código Civil*. [s.l.]: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, v. 2, p. 2109–2135. esp. p. 2111.

¹²⁷ Ver, e.g., PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando. “Perseverare diabolicum”: ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal? *Jueces para la democracia*, n. 19, p. 6–10, 1993.





alguns atores jurídicos, particularmente os juízes criminais, teve como resultado a permanência das regras de indenização de um dano que era tanto um ilícito civil quanto um crime no código criminal.

Exemplos similares podem ser encontrados em vários sistemas. A resiliência da regra de não-admissibilidade de condenações anteriores em uma ação civil posterior é outro exemplo. Foi necessário um ataque direto à santidade do sistema de justiça criminal para convencer o legislador a intervir no *Civil Evidence Act* de 1968.

8 AGRUPAMENTOS DE OBJETOS INVERTIDOS PODEM EXISTIR DENTRO DE SISTEMAS FUNCIONAIS

As últimas duas proposições mostraram como um sistema jurídico pode parecer canalizar a pressão direcionada a um objeto para outro. De fato, em alguns momentos um objeto pode ser empurrado tão longe a ponto de não fazer muito sentido na posição em que acabar repousando. Com efeito, o sistema jurídico como um todo pode continuar a funcionar apesar de partes dele terem elementos claramente antagônicos em relação ao resto. Historiadores(as) do direito em perspectiva comparada devem estar atentos(as) a isso, pois a irracionalidade da proposição pode levar o(a) pesquisador(a) a duvidar de fontes, em outros casos precisas, se elas levarem a essa conclusão.

Um exemplo vai ser dado a partir do direito espanhol: o efeito de um crime na prescrição de uma ação civil pura [*pure civil action*]¹²⁸. O direito espanhol foi projetado para indenizar em ações criminais, como a *partie civile* francesa, mas ele não parou por aí. A assim chamada responsabilidade *ex delicto* é a primeira ação indenizatória que surge; a responsabilidade civil pura é a segunda opção. Juízes espanhóis desenvolveram uma regra prolongando a ação civil pura onde o ato em que baseada contém alguma mancha de criminalidade. Colocado de outra forma, o elemento criminal para a responsabilidade *ex delicto* está primeiro oferecendo um meio mais rápido de indenização, mas, adicionalmente, quando não pode ser utilizado, ele oferece um prazo mais longo para oferecer uma ação civil separada. A responsabilidade

¹²⁸ Ver, em termos gerais, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del nuevo código penal*. Madrid: Dykinson, 1997, e, sobre prescrição, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. El perturbador artículo 1.092 del Código Civil: cien años de errores. In: *Centenario del Código Civil*. [s.l.]: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, v. 2, p. 2109–2135. esp. p. 2128–2131. Para uma introdução geral à prescrição puramente de direito civil, ver REGLERO CAMPOS, Luis Fernando Reglero. La prescripción de la acción de reclamación de daños. In: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Org.). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Arazandi, 2002. [ver também a edição de 2008]; PANTALEÓN PRIETO, F. Prescripción. In: MELGAR, Alfredo Montoya (Org.). *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas, 1995, v. III. p. 5008. Sobre o direito espanhol em geral, ver DYSON, Matthew (Org.). *Comparing Tort and Crime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. cap. 6.





criminal não pode ser usada em algumas situações. O primeiro conjunto é identificado em casos em que a ação criminal não foi concluída em razão da morte do réu, de uma suspensão temporária ou permanente do processo ou em caso de *contempt by non-appearance*. O segundo é identificado em casos em que o processo criminal não lidou com a demanda civil porque a vítima a reservou para a corte civil.

A extensão da prescrição civil não foi criada pela legislatura, mas por juízes. Houve (ao menos) três linhas de jurisprudência: um prazo de um ano, um prazo estendido finalmente fixado em quinze anos, e um prazo igual àquele da ofensa criminal em questão. A primeira posição é a literal interpretação do art. 1968(2) da prescrição de um ano desde o momento em que o pedido poderia ter sido apresentado. O segundo é de quando a norma do código civil que rege a prescrição para responsabilidade *ex delicto* é desviada do art. 1968(2), como na responsabilidade civil pura, para outro artigo. Após um início um tanto obscuro e fortuito em 1919, o art. 1964 tornou-se o artigo substituto estabelecido e, de fato, a abordagem dominante, na metade da década de 1960¹²⁹. Isso estabeleceu um prazo de 15 anos. A terceira posição não está baseada em normas do código civil; ela aplica os prazos do direito criminal à ação civil.

Essas três posições foram defendidas por duas *salas* diferentes do *Tribunal Supremo*. Os méritos da primeira e da segunda abordagem são corroborados dentro da *sala* civil do *Tribunal Supremo*. Os dois grupos aceitam a regra de 15 anos, mas discordam sobre quando utilizá-la. A terceira posição, que vincula a prescrição civil à prescrição criminal e, de fato, ao código criminal, é defendida pela *sala* criminal do *Tribunal Supremo*¹³⁰.

A incongruência na prática pode ser o resultado de várias coisas. Nesse exemplo, são as tensões diferentes dentro das comunidades de direito civil e criminal combinadas com a maneira como o sistema jurídico espanhol uniu essas duas comunidades. O ponto importante é que o(a) historiador(a) do direito em perspectiva comparada deveria estar disposto(a) a aceitar incongruências aparentes se a evidência for forte o suficiente. O ponto, portanto, é explicá-las.

9 CONCLUSÃO

Quando um(a) historiador(a) do direito se candidata a uma posição em uma universidade, ele(a) normalmente pode afirmar ser um(a) generalista no sentido de que ele(a)

¹²⁹ Ver, e.g., PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando. Comentario al STS 13 julio 1984. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n. 6, p. 1953 et seq., 1984. p. 1956: “absolutamente dominante”.

¹³⁰ Ver, e.g., DÍAZ ALABART, Silvia. La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad do tutela. *Anuario de derecho civil*, v. 40, n. 3, p. 795–894, 1987. p. 885–886.





consegue ensinar várias matérias se ele(a) tiver tempo para se preparar. O(a) comparatista provavelmente poderia fazer a mesma afirmação. Ambos(as) são generalistas. A ironia é que alguns(mas) juristas aparentemente têm dificuldades quanto à ‘dimensão prática’ ou quanto à ‘utilidade’ da história do direito e do direito comparado. Se uma pesquisa de um(a) historiador(a) não tem conexão com o presente ou nenhum valor significativo perceptível para o presente, ela pode ser descartada como antiquarista por alguns(mas) e, no entanto, ser vigorosamente defendida por outros(as)¹³¹. Da mesma forma, comparatistas têm de explicar que sua audiência deveria se importar, mesmo se o(a) comparatista não esteja dizendo diretamente como seu direito doméstico pode ser melhorado. A história do direito em perspectiva comparada pode ser pensada como tendo esse problema de relevância, mas a verdade é que ela oferece a resposta. Um(a) historiador(a) do direito em perspectiva comparada chega o mais próximo possível da explicação do direito.

Este artigo apresentou seis proposições metodológicas para ajudar o(a) historiador(a) do direito em perspectiva comparada a cumprir sua promessa. A primeira proposição era de que há valor em alguns dos termos e debates que vieram ao pensamento jurídico através do direito comparado. Historiadores(as) do direito e comparatistas estão no mesmo barco. Agora que comparatistas têm algumas habilidades para montar remos [paddle-making abilities] para compartilhar, eles(as) [comparatistas e historiadores(as)] poderiam ir longe juntos(as). A segunda proposição era de que há uma amplitude de objetos que poderiam ser estudados, mas ao trabalhar abertamente como um grupo, esses objetos podem ser aproximados para formar uma imagem que é tanto ampla quanto detalhada. Terceiro, pensar em termos de o que está fazendo com que um objeto de estudo não mude com o tempo é útil na medida em que formará uma base sólida para perguntar por que um objeto que mudou posteriormente foi empurrado para uma transição. Esse tipo de raciocínio também ajuda o(a) historiador(a) do direito em perspectiva comparada a considerar a permanência jurídica assim como a mudança jurídica. Quarto, as forças dentro de um sistema jurídico podem influenciar mais de uma ideia em determinado momento, e essa influência tem efeito no que podem parecer lugares estranhos. Quinto, um sistema pode, por uma variedade de motivos, estar em equilíbrio em uma posição mesmo que existam forças o empurrando para outro lugar simplesmente porque os(as) tomadores(as) de decisão envolvidos(as) estão agindo sob *path dependency*. Finalmente, agrupamentos de regras que parecem estar fora da linha com princípios estabelecidos podem

¹³¹ Ver, e.g., JOHNSTON, David. Roman Law, Comparative Law and Legal History. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, v. 7, p. 560 et seq., 1999.





existir, às vezes por períodos estendidos, apesar de o sistema como um todo funcionar perfeitamente.

Há vários outros truques, dicas, armadilhas e choques culturais para o(a) historiador(a) do direito em perspectiva comparada. Este artigo apresentou algumas ideias para tornar o passado e a história do direito em perspectiva comparada menos estrangeiros.

REFERÊNCIAS

ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan. “There is a World Out Elsewhere” - Lord Bingham and Comparative Law. In: ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Orgs.). *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 856–862.

ANDERSEN, Camilla; TWINING, William; HALPIN, Andrew; et al. A Fresh Start for Comparative Legal Studies? A Collective Review of Patrick Glenn’s Legal Traditions of the World, 2nd edition. *Journal of Comparative Law*, v. 1, p. 100–199, 2006.

ANDREWS, J. A. The Criminal in the Civil Courts. *Criminal Law Review*, p. 441 et seq., 1967.

BANAKAS, Efstathios. The Contribution of Comparative Law to the Harmonization of European Private Law. In: HARDING, Andrew; ÖRÜCÜ, Esin (Orgs.). *Comparative law in the 21st century*. London: Kluwer, 2002.

BELL, John. *French Legal Cultures*. London: Butterworths, 2001.

BELL, John. Path Dependence and Legal Development. *Tulane Law Review*, v. 87, n. 4, p. 787 et seq., 2013.

BELL, John; IBBETSON, David. *European Legal Development: The Case of Tort*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BODGAN, Michael. *Comparative Law*. Gothenburg: Kluwer, 1994.

CAMPBELL, J. Civil Evidence—The Act of 1968. *The Cambridge Law Journal*, v. 27, n. 1, p. 35–37, 1969.

COOTE, Brian. Damages, The Liesbosch, and Impecuniosity. *The Cambridge Law Journal*, v. 60, n. 3, p. 511–536, 2001.

COTTERRELL, Roger. Comparatists and Sociology. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick J. C. (Orgs.). *Comparative legal studies: traditions and transitions*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2003.

COWEN, Zelman. Police---loss of services caused by tortfeasor---action per quod servitium amisit does not lie for the crown. *Law Quarterly Review*, v. 69, p. 180 et seq., 1953.





COWEN, Zelman; CARTER, P. B. The Admissibility of Criminal Convictions in Subsequent Civil Proceedings. In: COWEN, Zelman; CARTER, P. B. (Eds.). *Essays on the Law of Evidence*. Oxford: Clarendon, 1956.

Crimes and Misdemeanours, v. 3, n. 2, nov. 2009.

DAVID, René; BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World Today: an Introduction to the Comparative Study of Law*. 2. ed. London: Stevens and Sons, 1978.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002.

DÍAZ ALABART, Silvia. La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potesta do tutela. *Anuario de derecho civil*, v. 40, n. 3, p. 795–894, 1987.

DYSON, Matthew (Org.). *Comparing Tort and Crime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

DYSON, Matthew. Connecting Tort and Crime: Comparative Legal History in England and Spain since 1850. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 11, p. 247–288, 2009.

DYSON, Matthew. Divide and Conquer: using legal domains in Comparative Legal Studies. In: HELLERINGER, Geneviève; PURNHAGEN, Kai (Orgs.). *Towards a European legal culture*. München: Beck, 2014.

DYSON, Matthew. If the Present were the Past. *American Journal of Legal History*, v. 56, n. 1, p. 41–52, 2016.

DYSON, Matthew. Symposium on Legal Domains and Comparative Law. Wheels Within Wheels: Using Legal Domains for Domestic Comparative Law. *Edinburgh Law Review*, v. 17, n. 3, p. 420–430, 2013.

ERNST, Wolfgang (Org.). *The Development of Traffic Liability*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

EWALD, William. Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 143, n. 6, p. 1889–2149, 1995.

EWALD, William. Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants. *The American Journal of Comparative Law*, v. 43, n. 4, p. 489–510, 1995.

EWALD, William. Legal History and Comparative Law. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, v. 7, n. 3, p. 553–559, 1999.

GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.





GOMEZ DE LA SERNA, Pedro; MONTALBAN, Juan Manuel. *Elementos del Derecho Penal de España*. Madrid: Sanchez, 1849.

GOODERSON, R. N. Evidence. Admissibility of Criminal Convictions in Civil Proceedings Generally and in Defamation Actions. *The Cambridge Law Journal*, v. 25, n. 1, p. 36–39, 1967.

GORDLEY, James. Comparative Law and Legal History. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GORDLEY, James Gordley, Myths of the French Civil Code. *American Journal of Comparative Law*, v. 42, p. 459-505, 1994.

GORDLEY, James. Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 43, n. 4, p. 555–567, 1995.

GRAZIADEI, Michele. Comparative law, legal history and the holistic approach to legal cultures. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, v. 7, n. 3, p. 531 et seq., 1999.

GRAZIADEI, Michele. The Functionalist Heritage. In: VAN HOECKE, Mark (Org.). *Epistemology and methodology of comparative law*. Oxford: Hart, 2004.

GROSSFELD, Bernard. *The Strength and Weakness of Comparative Law*. Trad. Tony Weir. Oxford: Hart, 1990.

HANDLEY, K. R. (Org.). *Spencer Bower, Turner and Handley the doctrine of res judicata*. 3. ed. London: Butterworths, 1996.

HARTLEY, Leslie Poles. *The Go-Between*. Londres: Hamish Hamilton, 1953.

HARTY, Siobhán. Lawyers, Codification, and the Origins of Catalan Nationalism, 1881-1901. *Law and History Review*, v. 20, n. 2, p. 349–384, 2002.

HAZELTINE, H. D. The Study of Comparative Legal History. *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, p. 27 et seq., 1927.

HILL, Jonathan. Comparative Law, Law Reform and Legal Theory. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 1, p. 101–115, 1989.

JACOBSON, Stephen. Law and Nationalism in Nineteenth-Century Europe: The Case of Catalonia in Comparative Perspective. *Law and History Review*, v. 20, n. 2, p. 307–347, 2002.

JANSEN, Nils. Comparative Law within the Field of Comparative Disciplines. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

JOHNSON, E. L. Res Judicata: A Comparative Study. *Current Legal Problems*, v. 18, n. 1, p. 81–92, 1965.





JOHNSTON, David. Roman Law, Comparative Law and Legal History. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, v. 7, p. 560 et seq., 1999.

KAHN-FREUND, O. On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Review*, v. 37, n. 1, p. 1–27, 1974.

KAHN-FREUND, Otto. Comparative Law as an Academic Subject. *Law Quarterly Review*, v. 82, 1966.

LADEUR, Karl-Heinz. Methodology and European Law – Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law. In: VAN HOECKE, Mark (Org.). *Epistemology and methodology of comparative law*. Oxford: Hart, 2004.

LEGRAND, Pierre. Comparative Legal Studies and Commitment to Theory. *The Modern Law Review*, v. 58, n. 2, p. 262–273, 1995.

LEGRAND, Pierre. European Legal Systems are not Converging. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 45, n. 1, p. 52–81, 1996.

LEGRAND, Pierre. How to compare now. *Legal Studies*, v. 16, n. 2, p. 232–242, 1996.

LEGRAND, Pierre. What “Legal Transplants”? In: NELKEN, David; FEEST, Johannes (Orgs.). *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

LEWIS, Andrew. On Not Expecting the Spanish Inquisition: The Uses of Comparative Legal History. *Current Legal Problems*, v. 57, n. 1, p. 53–84, 2004.

MARKESINIS, Basil. Unity or Division: The Search for Similarities in Contemporary European Law. In: ANDENAS, Mads; BELL, John (Orgs.). *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*. London: BIICL, 2002.

MARKESINIS, Basil S. Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain. *Revue internationale de droit comparé*, v. 53, n. 4, p. 807–830, 2001.

MARTÍN-CASALS, Miquel (Org.). *The Development of Liability in Relation to Technological Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

MATTEI, Ugo. The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence. In: RILES, Annelise (Org.). *Rethinking the masters of comparative law*. Oxford: Hart, 2001.

MILLER, C. J. Evidence of Conviction in Civil Proceedings - III. *New Law Journal*, v. 121, p. 622 et seq., 1971.

MOCCIA, Luigi. Historical Overview on the Origins and Attitudes of Comparative Law. In: WITTE, Bruno de; FORDER, Caroline (Orgs.). *The common law of Europe and the future of legal education*. Deventer: Metro; Kluwer, 1992.





MORÉTEAU, Olivier. Premier pas dans la comparaison des droits. In: GÉMAR, Jean-Claude; KASSIRER, Nicholas (Orgs.). *Jurilinguistique: entre langues et droits - Jurilinguistics: between law and language*. Bruxelles: Bruylant; Thémis, 2005.

OLIPHANT, Ken. Fairchild v Glenhaven Funeral Services (2002). In: MITCHELL, Charles; MITCHELL, Paul (Orgs.). *Landmark cases in the law of tort*. Oxford : Hart, 2010.

ONIONS, C. T. *Oxford Dictionary of English Etymology*. Oxford: Clarendon, 1996.

ÖRÜCÜ, Esin. A General View of “Legal Families” and of “Mixing Systems”. In: ÖRÜCÜ, Esin; NELKEN, David (Orgs.). *Comparative law: a handbook*. Oxford: Hart, 2007.

ÖRÜCÜ, Esin. Developing Comparative Law. In: ÖRÜCÜ, Esin; NELKEN, David (Orgs.). *Comparative law: a handbook*. Oxford: Hart, 2007.

ÖRÜCÜ, Esin; NELKEN, David (Orgs.). *Comparative law: a handbook*. Oxford: Hart, 2007.

PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal*. Madrid: Edisofer, 2000.

PALMER, Vernon. Mixed Legal Systems... and the Myth of Pure Laws. *Louisiana Law Review*, v. 67, n. 4, p. 1205–1218, 2007.

PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando. Comentario al STS 13 julio 1984. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 6, p. 1953 et seq., 1984.

PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando. “Perseverare diabolicum”: ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal? *Jueces para la democracia*, n. 19, p. 6–10, 1993.

PANTALEÓN PRIETO, F. Prescripción. In: MELGAR, Alfredo Montoya (Org.). *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas, 1995, v. III.

PETERS, Anne; SCHWENKE, Heiner. Comparative Law Beyond Post-Modernism. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, n. 4, p. 800–834, 2000.

POLLOCK, Frederick. The History of Comparative Jurisprudence. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, v. 5, n. 1, p. 74–89, 1903.

POUND, Roscoe. Some thoughts about comparative law. In: DÖLLE, Hans; COUDRES, Hans Peter (Orgs.). *Festschrift für Ernst Rabel*. Tübingen: Mohr, 1954, v. 1.

RABEL, Ernst. *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*. München: Max Hueber, 1925.

RABEL, Ernst. *Das Rechts des Warenkaufs*. Berlin: De Gruyter, 1938.

RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1980.





REGLERO CAMPOS, Luis Fernando Reglero. La prescripción de la acción de reclamación de daños. In: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Org.). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Arazandi, 2002.

REIMANN, Mathias. Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, v. 7, n. 3, p. 496 et seq., 1999.

REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

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

RHEINSTEIN, Max. Teaching Comparative Law. *University of Chicago Law Review*, v. 5, n. 4, p. 615–624, 1938.

RILES, Annelise (Org.). *Rethinking the masters of comparative law*. Oxford: Hart, 2001.

RIPOLLÉS Y BARANDA, Mariano. *Discurso Leído en la Solemne Inauguración del curso Académico de 1888 á 1889 en la Universidad Literaria de Zaragoza: El Derecho Regional y la Codificación Civil*. Zaragoza: C. Ariño, 1888.

ROCA I TRÍAS, Encarna. La codificación y el derecho foral. *Revista de derecho privado*, v. 62, n. 7, p. 596–642, 1978.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Responsabilidad civil derivada del delito o falta y culpa extracontractual. In: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto et al. (orgs.). *Libro homenaje a Jaime Guasp*. Granada: Comares, 1984. p. 511-527.

ROSEN, Lawrence. Beyond Compare. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick J. C. (Orgs.). *Comparative legal studies: traditions and transitions*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2003.

SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, n. 1, p. 1–34, 1991.

SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II). *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, n. 2, p. 343–401, 1991.

SAMUEL, Geoffrey. Can legal reasoning be demystified? *Legal Studies*, v. 29, n. 2, p. 181–210, 2009.

SAMUEL, Geoffrey. Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences. In: VAN HOECKE, Mark (Org.). *Epistemology and methodology of comparative law*. Oxford: Hart, 2004, p. 35–78.

SAMUEL, Geoffrey. Is Law really a Social Science? A View from Comparative Law. *The Cambridge Law Journal*, v. 67, n. 2, p. 288–321, 2008.





SCHËFER, Burkhard; BANKOWSKI, Zenon. Mistaken Identities: the integrative force of Private Law. In: VAN HOECKE, Mark; OST, François (Orgs.). *The Harmonisation of European Private Law*. Oxford: Hart, 2000.

SMITS, Jan. On Successful Legal Transplants in a Future Ius Commune Europaeum. In: HARDING, Andrew; ÖRÜCÜ, Esin (Orgs.). *Comparative law in the 21st century*. London: Kluwer, 2002.

SMITS, Jan M. (Orgs.). *Elgar encyclopedia of comparative law*. Cheltenham Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2006.

SMITS, Jan M.; HUSA, Jaakko; VALCKE, Catherine; et al (Orgs.). *Elgar encyclopedia of comparative law*. 3. ed. Cheltenham Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2023.

STAPLETON, Jane. Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation. *Journal of Tort Law*, v. 1, n. 3, p. 1–45, 2007.

STAPLETON, Jane. Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation. In: ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Orgs.). *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

TETTENBORN, Andrew. Compensating the Cash Strapped: The Sinking of the Liesbosch. *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2004.

TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences. *The Modern Law Review*, v. 61, n. 1, p. 11–32, 1998.

VIZMANOS, Tomás Maria de; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Madrid: J. Gonzales y A. Vicente, 1848.

WATSON, Alan. Aspects of Reception of Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 44, n. 2, p. 335–351, 1996.

WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 1. ed. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.

WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

WATSON, Alan. *Society and Legal Change*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1977.

WEIR, Tony. The Staggering March of Negligence. In: CANE, P.; STAPLETON, J. (Orgs.). *The Law of Obligations: Essays in Honour of John Fleming*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

WILLIAMS, Glanville. The Definition of Crime. *Current Legal Problems*, v. 8, n. 1, p. 107–130, 1955.





WINTGENS, Luc J. *Legisprudence and Comparative Law*. In: VAN HOECKE, Mark (Org.). *Epistemology and methodology of comparative law*. Oxford: Hart, 2004.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del nuevo código penal*. Madrid: Dykinson, 1997.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. El perturbador artículo 1.092 del Código Civil: cien años de errores. In: *Centenario del Código Civil*. [s.l.]: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, v. 2, p. 2109–2135.

ZEFFERTT, D. The Rule in *Hollington v. Hewthorn* Revisited. *South African Law Journal*, v. 87, p. 325 et seq., 1970.

ZIEGERT, Klaus A. “Within Law the Land Shall be Built” - The Case of Changing Norms Seriously. In: DOEKER-MACH, Guenther; ZIEGERT, Klaus A. (Orgs.). *Law and Legal Culture in Comparative Perspective*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004.

ZIMMERMANN, R. Savigny’s Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Science. *Law Quarterly Review*, v. 112, p. 576–605, 1996.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo de autor convidado.

Recebido em: 18/08/2024.

Aceito em: 22/08/2024.

