



A CONTRIBUIÇÃO ESSENCIAL DO DIREITO COMPARADO PARA A FORMAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

The essential contribution of comparative law to the formation and development of
Brazilian private law

Revista dos Tribunais | vol. 1000/2019 | p. 157 - 190 | Fev / 2019
DTR\2019\23629

Bruno Miragem

Professor da Faculdade de Direito da UFRGS, nos cursos de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito. Advogado, Consultor Jurídico e Parecerista.
bmiragem@uol.com.br

Área do Direito: Fundamentos do Direito

Resumo: O direito brasileiro é sabidamente influenciado por escolas internacionais, com destaque para os direitos português, francês, alemão e italiano. Neste texto, o autor destaca a influência do Direito Comparado no Direito Privado brasileiro, uma das áreas mais importantes do ordenamento jurídico e em constante evolução.

Palavras-chave: Direito privado – Direito comparado – Direito italiano – Direito francês – Direito português

Abstract: Brazilian law is known to be influenced by international schools, with emphasis on Portuguese, French, German and Italian law. In this text, the author highlights the influence of comparative law in Brazilian private law, one of the most important areas of the legal system and in constant evolution.

Keywords: Private law – Comparative law – Italian law – French law – Portuguese law
Sumário:

1.Introdução - 2.O direito estrangeiro na formação do direito privado brasileiro - 3.O direito comparado e o desenvolvimento do direito privado brasileiro - 4.Considerações finais - 5.Bibliografia

1.Introdução

A comparação jurídica, por intermédio dos métodos de direito comparado, tem decisiva importância para a compreensão do desenvolvimento do direito privado brasileiro. Conforme conhecida afirmação, o direito brasileiro é galho da árvore do direito português. Sua origem se explica a partir de longa tradição, de sede romana, mas que se bifurca, em linha de continuidade com o direito português, combinado com a grande influência de outros sistemas jurídicos, não restrita ao Direito em si, mas de modo mais amplo como expressão da cultura. Nesse aspecto, são significativos os aportes do direito francês, alemão (este, inicialmente, a partir das traduções de originais para o francês, no século XIX) e italiano, e, curiosamente, de menor destaque a interação do direito brasileiro com sistemas geograficamente mais próximos, como é o caso dos países da América hispânica.

Estará aí reminiscência da veia bartolista do direito português (nemo bonus juristanisi bartolista), pela qual o recurso dos juristas a fontes nacionais e estrangeiras para fundamentar suas decisões era um caminho valorizado, expressão de cultura? A rigor, a tentativa de rompimento dessa tradição se dará apenas pela edição da conhecida Lei da Boa Razão – marco da reforma pombalina das instituições portuguesas, cujo registro mais notório destaca a importância da demonstração racional das soluções, mesmo reconduzindo a sistemas jurídicos estrangeiros, em desfavor das fontes doutrinárias, para a construção do direito nacional. Ao reordenar o sistema de fontes do direito português, valorizando o direito da época em detrimento do recurso às fontes romanas, a Lei de 18 de agosto de 1769 sustenta-se na boa razão e a define, entre outras



extensões, como a

que se funda nas outras Regras, que de universal consentimento estabeleceu o Direito das Gentes para a direcção, e governo de todas as Nações civilizadas: Ou aquela boa razão, que se estabelece nas Leis Políticas, Económicas, Mercantis, e Marítimas, que as mesmas Nações Cristãs tem promulgado com manifestas utilidades, do socego público, do estabelecimento da reputação, e do aumento dos cabedais dos Povos, que com as disciplinas destas sábias, e proveitosas Leis vivem felizes à sombra dos tronos, e debaixo dos auspícios dos seus respectivos Monarcas, Príncipes Soberanos: Sendo muito mais racionável, e muito mais coerente, que nestas interessantes matérias se recorra antes em casos de necessidade ao subsídio próximo das sobreditas Leis das Nações Cristãs, iluminadas, e polidas, que com elas estão resplandecendo na boa, depurada, e sã Jurisprudência.

Para tanto, reconhecia elementos em comum com os princípios das demais nações da Europa e seu sistema jurídico, separando-os, dadas as características do estágio histórico, dos excertos que emergiam das fontes romanas.¹

Essa tradição acompanhou a fundação do Brasil e de suas instituições jurídicas, ademais pelo fato de o direito brasileiro constituir-se em linha de continuidade, inicialmente com a tradição portuguesa. Assim, aliás, definiu a Lei de 20 de outubro de 1823, ao dispor que permaneciam vigentes as leis portuguesas editadas até 25 de abril de 1821 e os atos subsequentes de D. Pedro como Regente e, depois, Imperador do Brasil. Desde a origem, portanto, os vínculos do Brasil, imediatamente com o direito português, e mediamente dos demais sistemas jurídicos em formação na Europa (as "Leis das Nações Cristãs iluminadas e polidas"), dão conta da importância do direito comparado na formação e desenvolvimento do direito nacional.

Se é exato, porém, identificar a contribuição do direito comparado para a formação do direito brasileiro,² não é menos correto observar que nem sempre seu método é utilizado adequadamente para o fim de examinar o conteúdo do direito estrangeiro. A comparação jurídica não se confunde com simples compilação do direito estrangeiro, ou o transplante de soluções havidas em outro sistema para o direito brasileiro por intermédio da legislação. A utilidade do direito comparado, sempre ressaltada pela doutrina, é múltipla: compara-se o direito nacional e o direito estrangeiro, ou mesmo dois ou mais sistemas jurídicos terceiros para: a) aprofundar o próprio conhecimento sobre suas características e identificar eventual necessidade de seu aperfeiçoamento; b) auxiliar na construção de modelos jurídicos que ofereçam soluções adequadas a problemas existentes na realidade nacional; c) nas situações próprias que envolvam relações vinculadas a mais de um sistema jurídico, para qualificá-las corretamente, determinando-se a lei aplicável e a solução que daí resulte. Trata-se de uma função educativa – de melhor compreender o direito –, de uma função criadora ou reformadora do direito nacional; e de uma função de interpretação e aplicação do direito, quando necessário bem compreender a norma estrangeira para qualificar e/ou reger uma relação com vínculos em mais de uma ordem jurídica. A par dessas funções, outras tantas se desdobram, tanto de caráter mais geral – assim o papel do direito comparado para a harmonização e uniformização ou mesmo a aspiração que possa contribuir para o surgimento de um direito universal –, quanto a própria elevação da cultura jurídica (seu papel na formação dos juristas).

Todas essas finalidades são percebidas na formação e no desenvolvimento do direito brasileiro, o que é propósito deste estudo examinar.

2.O direito estrangeiro na formação do direito privado brasileiro

País novo, o Brasil vincula-se à família romano-germânica da qual descende o direito português. Nesses termos, a formação do direito brasileiro se vincula aos grandes sistemas de direito europeus, cuja influência, a partir do direito romano, e depois, do seu desenvolvimento e esforços de codificação a partir dos séculos XVIII e XIX. Os



juristas brasileiros, nos diversos empreendimentos de sistematização do Direito a partir da doutrina e da legislação, serviram-se das fontes estrangeiras, constituindo, propriamente, uma tradição que segue até os dias de hoje.

Nesse sentido, o exato alcance do direito comparado na compreensão da influência dos sistemas jurídicos estrangeiros para a formação do direito privado nacional, analisa-se a partir de três dos ramos mais destacados do direito privado, a saber: o direito civil; o direito empresarial; e o direito do consumidor.

2.1.O direito civil

O direito civil brasileiro vincula-se – provavelmente com maior intimidade do que qualquer outro ramo – ao direito português. É ligação originária, no princípio do século XIX, renovada em meados do século XX, pela forte influência do Código Civil português de 1966 sobre o projeto que resultou no Código Civil de 2002. É vínculo que se estabelece não apenas por uma questão de descendência histórica, mas pela linha de continuidade inabalada com o próprio processo de independência do Brasil. Nos primeiros anos do Brasil independente, a doutrina em direito civil seria aquela vinda de Portugal. Pontificavam as obras de Paschoal José de Mello Freire (*Institutiones juris civilis Lusitani: cum publici tum privati*. 2. ed., 1829), Manuel D'Almeida e Sousa Lobão (em especial, suas Notas de uso prático e críticas, adições, ilustrações e remissões sobre todos os títulos e todos os §§ dos Livros das Instituições de direito civil lusitano do d. Pascoal José de Melo e Freire. Lisboa: Imprensa Nacional, 1836); Manuel Souza Carneiro (*Direito civil de Portugal, em três livros e quatro volumes, editados em Lisboa, Typographia de Eugenio Augusto, 1836*); José Homem Corrêa Telles (*Tratado dos direitos e obrigações civis: accommodado as leis e costumes da nação portuguesa: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil*. Pernambuco, 1837); e Manuel Antônio Coelho da Rocha (*Instituições de direito civil português, para uso de seus discípulos*. 2. ed. Coimbra, 1848).

A própria atividade incipiente das faculdades de direito, a partir da criação dos cursos jurídicos no Brasil, em 1827, fez com que, ao contrário de outros países, a formação do conhecimento jurídico se desse com o protagonismo, inicialmente, de praxistas – pessoas não formadas em direito, mas habilitadas a atuar no foro – advogados, e do próprio legislador. O que contribuiu com a falta de cientificidade e sistematização de que se acusa o direito civil brasileiro em seus primórdios.

A doutrina civilista brasileira só iniciaria, de fato, com Lourenço Trigo de Loureiro (Instituições de direito civil brasileiro, extraídas das instituições de direito civil lusitano do exímio jurisconsulto português Pascoal José de Melo Freire, na parte compatível com as instituições da nossa cidade, e aumentadas nos lugares competentes com a substância das leis brasileiras. Pernambuco: Tipografia da Viúva Roma & Filhos, 1851. t. I e II) formado na primeira turma da Faculdade de Direito de Olinda (1832), e seu professor a partir de 1840. Via-se, contudo, na nascente doutrina a referência fundamental, ainda, à doutrina portuguesa, em especial, de Mello Freire. Adiante se tornaria referência a obra de Antônio Joaquim Ribas (*Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1865), professor da Faculdade de Direito de São Paulo e crítico da falta de sistematicidade do direito civil brasileiro até então, tarefa à qual se dedica.

A primeira sistematização do direito privado brasileiro, contudo, deve-se a Augusto Teixeira de Freitas, um dos mais notáveis juristas da Corte, e autor da Consolidação das Leis Civis e, em seguida, do magistral Esboço do Código Civil (LGL\2002\400).³ Os estudos que subsidiaram Teixeira de Freitas na redação do seu Esboço são a primeira manifestação do uso do método comparatístico em nossa tradição jurídica. Há ali a comparação jurídica, com a recolha das contribuições, sobretudo, de Savigny⁴ e de outros representativos do direito alemão, mas também de Domat, Pothier, Demolombe, entre outros expressivos do direito francês,⁵ examinando o direito estrangeiro sobre a tríplice perspectiva da realidade social, do direito legislado e da doutrina, e comparando-o à realidade brasileira. Explicou, o próprio jurista, seu método de trabalho:



Examinar as leis em seus próprios textos sem influência de alheias opiniões, comparar atentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e as consequências de umas e outras; eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substância viva da legislação. Para achar, porém, os limites do Direito Civil, e a norma da exposição das matérias que lhe pertencem, recorreremos a estudos de outra natureza, consultamos os monumentos legislativos, consultamos as tradições da ciência; o com livre espírito procuramos essa unidade superior, que concentra verdades isoladas, penetra as mais reconditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso.⁶

Para além de utilizar-se da comparação jurídica para formação da sua obra, porém, foi também Teixeira de Freitas, reconhecidamente, fonte para a edificação do sistema de direito privado em vários outros países da América Latina.⁷

Essa tradição comparatística segue com o próprio Clóvis Beviláqua, afinal Professor de Legislação Comparada na Faculdade de Direito do Recife, e que tanto nos trabalhos preparatórios quanto no projeto traz a marca da influência de outros sistemas jurídicos.⁸

Note-se que o recurso ao direito comparado, pelos fundadores do direito privado brasileiro, não expressa encantamento subserviente a sistemas jurídicos estrangeiros, ou importação acrítica de conceitos e institutos.⁹ É trabalho de ourivesaria jurídica, examinando, distinguindo e sintetizando os aportes dos vários sistemas à luz da tradição (especialmente do direito romano) e da realidade social brasileira. Mais à frente, esse caminho foi seguido por juristas como Pontes de Miranda,¹⁰ Haroldo Valadão,¹¹ Lino de Moraes Leme,¹² entre outras expressões do direito nacional.

O direito comparado é usual recurso do legislador nacional, ainda que nem sempre do melhor modo,¹³ o que resulta, entre outros fatores, do vínculo sociocultural que relaciona, desde a origem, a cultura brasileira a dos países europeus originalmente; e hoje, em plano mais amplo, em decorrência da globalização, também recebendo a influência da cultura anglo-saxônica.

Os exemplos das duas codificações civis são emblemáticos. O Código Civil de 1916, sob o patrocínio e autoria principal de Clóvis Beviláqua, privilegiou as soluções das codificações precedentes, em especial o Code Civil francês, de 1804, sem desconhecer, contudo, o Código de Seabra, português, de 1867, e os trabalhos preparatórios do Código Civil alemão de 1900.¹⁴ Já o Código Civil de 2002, como cume de décadas de trabalhos de diferentes comissões de estudos até resultar naquela que redigiu o anteprojeto levado ao Congresso Nacional em 1973, ostenta marcados vínculos com soluções de outros sistemas, com especial referência ao Código Civil italiano de 1942 e o Código Civil português de 1966.¹⁵ De registrar, a título de ilustração, o papel do direito comparado na formulação de destacadas soluções do Código Civil (LGL\2002\400) vigente, como é o caso da cláusula geral da boa-fé (art. 422)¹⁶, do abuso do direito (art. 187)¹⁷, ou, ainda, do abuso da personalidade jurídica (art. 50)¹⁸, apenas para mencionar os exemplos bem conhecidos.

2.2.O direito empresarial

O direito empresarial, expressão contemporânea da velha tradição do direito comercial, possui características próprias do seu desenvolvimento, vinculado antes às exigências e urgências da prática negocial do que a um mais apurado refinamento teórico originário das suas fórmulas. Como é sabido, a origem do direito empresarial como ramo próprio do direito vincula-se à expansão do comércio e dos negócios no princípio da Idade Moderna. Os vários institutos próprios do direito empresarial, contudo, vinculam-se a diferentes matrizes.

A disciplina dos títulos de crédito tem sua origem identificada nas necessidades práticas dadas pelo tráfico monetário das cidades lombardas. As obrigações comerciais em geral passaram a receber atenção a partir do desenvolvimento dos negócios entre cidades longínquas entre si, nas regiões de Flandres, Champanha, Alemanha central e outras



feiras europeias. O renascimento das cidades italianas, após a desagregação do império de Carlos Magno, e a independência de diversas repúblicas, contribuíram, igualmente, de forma ímpar, com a prosperidade comercial da Europa ocidental. Nota-se, então, a propagação do comércio ao longo das margens do Mar Mediterrâneo, tornando-se cidades como Amalfi, Veneza, Gênova, Pisa e Florença, importantes empórios comerciais, que aproveitam as cruzadas cristãs para estender este comércio aos povos do Oriente. Dessas cidades italianas surge a pioneira regulamentação comercial europeia, de que é exemplo a *tabla amalfitana*, em Amalfi, o *Constitutum usus* e o *Breve curiae maris*, de Pisa, que vieram a colecionar os costumes mercantis da cidade reunidos no *Breve consulum maris*. Em Veneza, principal entreposto do comércio marítimo, surge o *capitulare nauticum*. E em Gênova, o mais importante tribunal de comércio italiano, a *Rota Genoveza*, que formou o primeiro corpo de decisões (jurisprudência) da época¹⁹. A formação das corporações de ofício, de sua vez, desenvolveu a técnica para a produção e o comércio, formando em si, inicialmente, o germe das regras que disciplinariam as relações entre seus integrantes, outra origem reconhecida do direito empresarial.²⁰ Já o direito das sociedades comerciais desenvolve-se a partir do século XVI, com a organização de companhias que antecedem a própria formação do capitalismo na Europa ocidental, já caracterizadas por estabelecerem conexões comerciais entre várias regiões²¹.

No Brasil, a Constituição de 1824 já determinava a obrigação de editar-se um Código Comercial, ao lado do Código Civil (LGL\2002\400) e do Código Criminal. Esse trabalho foi levado a efeito com a edição, em 1850, do Código Comercial brasileiro, sob influência direta do Código de Comércio francês de 1807 e, mais tarde, das codificações espanhola (1829) e portuguesa (1833). Mais adiante, ao lado da tradicional influência francesa, em especial no desenvolvimento da conhecida teoria dos atos de comércio que marcou época no desenvolvimento do direito empresarial brasileiro, percebe-se a crescente influência do direito italiano, sobretudo a partir das lições de Cesare Vivante, em seu *Tratatto de diritto commerciale*,²² e sua recepção no Brasil – sobretudo por J. X. Carvalho de Mendonça²³ – inclusive, depois, na transição da tradicional noção dos atos de comércio para a nova teoria da empresa, hoje consagrada.²⁴

O direito empresarial tem como uma característica intrínseca o cosmopolitismo, decorrente da interação de várias ordens jurídicas, e a construção de modelos que se comuniquem e tenham validade nos diferentes sistemas envolvidos nas trocas econômicas. Destaca-se aí a importância do direito comparado²⁵ para a perfeita compreensão da regulação jurídica dos diferentes países de origem e destino de mercadorias e serviços no comércio internacional, assim também como na construção de soluções comuns, que resultem na harmonização legislativa ou, mesmo, em modelos de direito uniforme.²⁶ Não por acaso é que hoje, perante o protagonismo econômico dos Estados Unidos da América nas relações globais, percebe-se a influência crescente do direito estadunidense, sobretudo no direito empresarial, em praticamente todas as áreas.²⁷ Assim é que a velha disciplina dos contratos empresariais hoje é desafiada por tendências nascidas no direito anglo-saxão, caso do *contract design* como espécie de superação da distinção clássica entre contratos típicos e atípicos do sistema romano-germânico, com vista a antecipação e mitigação de riscos de litígios entre os contratantes,²⁸ ou dos contratos incompletos, conceito com origem em estudos econômicos,²⁹ que propõe a possibilidade da construção dos ajustes, mediante vínculo de cooperação das partes, na medida em que se conheçam as situações da realidade com as quais se defronte o contrato – em especial os contratos de duração.³⁰ Trata-se de soluções que têm em vista a preocupação com as reais consequências da aplicação do Direito, para além das fórmulas eventualmente previstas, inclusive na legislação. Um bom exemplo será a previsão de cumprimento específico das obrigações, previsto em diversos sistemas de direito romano-germânico, mas que nem sempre será efetivo na satisfação do interesse do credor, ao passo que nos sistemas de *common law*, apesar de sua ausência, outras soluções conduzirão à realização do interesse daquele que sofreu o inadimplemento.³¹



Outro bom exemplo de influência marcante do direito estadunidense e de outros sistemas jurídicos sobre o direito brasileiro, igualmente, diz respeito à disciplina das sociedades,³² em especial aquelas que tenham suas ações negociadas no mercado de capitais, em vista das exigências de probidade empresarial inauguradas nos Estados Unidos pela Lei Sarbanes-Oxley, de 2002, que provocou mudanças expressivas, inclusive disseminando as noções e os preceitos de governança corporativa (corporate governance) em diferentes sistemas jurídicos. No Brasil, esses preceitos foram recebidos, sobretudo, a partir da atuação regulamentar da Comissão de Valores Mobiliários.

2.3.O direito do consumidor

O direito do consumidor é ramo novo do direito privado. A rigor, qualifica-se no direito privado em razão da disciplina que impõe aos contratos de consumo e à responsabilidade do fornecedor por danos ao consumidor, embora tenha caráter transversal, ocupando-se de matérias próprias do direito processual, penal e administrativo. A previsão da defesa do consumidor no texto constitucional, da Constituição de 1988, observa a influência das constituições portuguesa de 1976 (art. 81, alínea m) e espanhola de 1978 (art. 51), marcadas por normas expressivas da intervenção do Estado no domínio econômico e pela previsão de catálogo de direitos sociais e econômicos. No tocante à disciplina dos contratos de consumo, contudo, a influência mais evidente na formação do direito do consumidor brasileiro será a das diretivas europeias sobre cláusulas abusivas, vendas a domicílio, publicidade enganosa, entre outras.³³ Da mesma forma, vários países europeus ao longo dos anos, editaram legislação que depois veio a ser fonte de consulta direta na redação do Anteprojeto que resultou no Código de Defesa do Consumidor brasileiro,³⁴ tais como Suécia (1971), Dinamarca (1974), Alemanha (1976), Inglaterra (1977), França (1978-1993), Áustria (1979), Irlanda (1980), Noruega (1981), Luxemburgo (1984), Espanha (1984), Portugal (1985). Após a edição do Código, em 1990, todavia, a sistematização dos direitos do consumidor nos vários sistemas europeus acabou adotando caminhos distintos. Desde a edição de códigos especiais (caso a França, em 1993, e da Itália, em 2005), a incorporação das normas especiais no Código Civil (LGL\2002\400) (como na Alemanha, em 2000 e 2002) ou a consolidação dos direitos previstos em distintas normas, como ocorre com a Diretiva europeia sobre direitos dos consumidores (Diretiva 2011/83), em vigor desde 2014.

No tocante à responsabilidade dos fornecedores por danos aos consumidores, o direito brasileiro forma-se a partir da recepção, em comum, do direito estadunidense – em especial a strict liability reconhecida à responsabilidade do produtor nos termos do Second Restatement of Torts, de 1965, – e a Diretiva europeia sobre fato do produto, de 1985 (Diretiva 85/374/CEE). Desta última, inclusive, advém a exigência do defeito como pressuposto da responsabilidade do fornecedor por danos.³⁵

As transformações no mercado de consumo, em especial perante a constante inovação tecnológica, a necessidade de atualização da aplicação e, por vezes, das próprias normas que formam o direito do consumidor, põem em destaque o direito comparado. Ademais pelo fato de que as grandes empresas de tecnologia da informação estendem sua atuação por diversos países, replicando em todos eles os desafios do seu adequado tratamento jurídico. Nesse cenário, a comparação jurídica é decisiva para o exame das soluções adotadas nos vários sistemas jurídicos em perspectiva crítica, ou mesmo a adequação da recepção de modelos (ou transplante legal) que, mesmo com soluções híbridas, se destinem a disciplinar situações semelhantes.

3.O direito comparado e o desenvolvimento do direito privado brasileiro

A estruturação científica do direito comparado tem como marco o conhecido Congresso Internacional de Paris, em 1900, tendo especial significação a conferência de Edouard Lambert, *Concéption générale, définition, méthode et histoire du droit comparé*.³⁶



Originalmente, compreendeu-se em termos restritos a comparação jurídica como comparação entre legislações.³⁷ No princípio do seu desenvolvimento, as finalidades propostas para seu estudo desafiavam certa perspectiva idealista, de conteúdo deontológico, buscando formar uma disciplina comum a partir do exame do direito dos povos, ou soluções adequadas universais aos problemas jurídicos dos vários sistemas.³⁸ Apenas em um segundo momento é que passará a ser compreendido a partir de seu caráter instrumental, centrado no método de comparação, sem vinculação antecipada com seus resultados. Supera-se então a comparação dogmática (entre legislações) passando a uma comparação funcional, tomando-se em conta as funções que cada instituto ou categoria jurídica atende em determinado sistema.

A consagração do método funcional, especialmente a partir dos estudos de Ernst Rabel,³⁹ a quem se indica sua elaboração, dá-se ao longo do desenvolvimento do direito comparado, chegando à expressão de Konrad Zweigert e Hein Kötz, de que

o princípio metodológico básico de todo o direito comparado é o da funcionalidade. A partir desse princípio básico, todas as outras regras que determinam a escolha dos direitos a comparar, o escopo deste trabalho, a criação de um sistema de direito comparado, e assim por diante.⁴⁰

Observam, desse modo, que apenas será comparável em direito aquilo que atenda a mesma função.⁴¹

Dessa constatação resulta a presunção de que os diferentes sistemas jurídicos enfrentariam problemas semelhantes (uma presunção de similitude – praesumptio similitudinis) para os quais construiriam soluções jurídicas que, nesses termos, quanto à função que atendem, permitiriam sua comparação. Essa visão, embora ainda prevaleça por seus méritos inequívocos, não está infensa a críticas. Atualmente, autorizados estudiosos sustentam que o desenvolvimento do direito comparado deve ser marcado mais pelas diferenças do que pelas semelhanças entre os vários sistemas jurídicos.⁴² Da mesma forma, a presunção de similitude sobre a qual se apoia o método funcional pode ser criticada por supor um funcionamento perfeito do sistema jurídico, de modo que o Direito resulte de modo orgânico da sociedade, como objeto de cultura do povo, e sua realização se dê sem contradições.⁴³ Nesse ponto, é relevante notar que a comparação jurídica não se satisfaz com o exame compartimentado das fontes do direito. Assim como foi superada a visão do direito comparado como comparação entre leis, também certo que não é suficiente a comparação de quaisquer outras fontes isoladamente, tais como a jurisprudência ou a doutrina. A rigor, o Direito, como objeto cultural, é indistacável de certa realidade histórico-social na qual tem origem, inclusive no tocante aos eventuais desafios a sua própria efetividade.

As críticas ao método funcional, contudo, são insuficientes para destituir-lhe de valor, tampouco podem impugnar sua importância e atualidade. É adequado supor, no exame dos vários sistemas jurídicos e, sobretudo, no âmbito da microcomparação que envolve institutos, conceitos ou modelos específicos, que a presunção de similitude entre funções, tal qual compreendida tradicionalmente – supondo a existência dos mesmos problemas a merecer solução – deve ser revisitada. Embora muitos problemas sejam comuns, tal como ocorre, no direito privado, com o contrato de compra e venda – que é instituto fundamental do comércio e do desenvolvimento, tanto internamente nos diversos países quanto no âmbito internacional – nem todas as situações relevantes nos vários sistemas jurídicos terão um caráter universal. Institutos com funções relevantes em diversos sistemas jurídicos, como a compra e venda, por outro lado, podem ser objeto de uniformização visando a um modelo jurídico comum, como ocorreu com a elaboração de Convenção sobre compra e venda internacional de mercadorias (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG).

Daí o desenvolvimento de uma noção de equivalência funcional que tenha por objetivo identificar e comparar não apenas as soluções construídas em modelos jurídicos nos diversos sistemas, mas, antes, mire sobre a comparação entre os problemas jurídicos.



De modo a admitir a possibilidade de que para problemas semelhantes existam diferentes soluções possíveis. As soluções serão consideradas semelhantes apenas em relação à função específica que terminam por cumprir.⁴⁴

Será assim, por exemplo, que um comparatista estrangeiro, debruçando-se sobre o sistema jurídico brasileiro, deverá compreender, por exemplo, a promessa de compra e venda e o direito real do promitente comprador, que lhe confiará, inclusive, a pretensão de adjudicação da coisa objeto da promessa, uma vez demonstrado o pagamento do preço. O que justifica a promessa de compra e venda e sua eficácia, distinguindo-se do contrato de compra e venda propriamente dito, com o qual convive? Apenas o conhecimento de outras características do direito brasileiro, entre as quais o modelo de transmissão da propriedade imobiliária e a eficácia registral justificam a existência e ampla utilização do instituto. Em outro exemplo, tome-se um instituto de origem romana e de larga utilização em diversos sistemas, a hipoteca. Embora com características comuns e adequado funcionamento em vários sistemas, o que justificaria os limites a sua utilização no Brasil, atualmente. Isso só poderá ser compreendido ampliando o horizonte de comparação de sua disciplina legal e mesmo da doutrina que descreve o instituto, para o exame de outras circunstâncias, em especial o processo executivo ao qual se submete a garantia, e eventuais limitações a ela definidas pela jurisprudência.⁴⁵

Por outro lado, a dimensão cultural do Direito não apenas deve ser tomada em conta como, em muitas situações, será determinante do perfil adotado por um instituto jurídico, sem que se possa a priori definir um paralelo em outros sistemas jurídicos que não dividam uma mesma identidade. Faça-se referência, por exemplo, à "kafalah" muçulmana, instituto jurídico destinado à proteção de crianças e adolescentes, que se aproxima da figura da guarda em caráter permanente, considerando a proibição da adoção nos sistemas que se vinculam a esta tradição religiosa.⁴⁶ Sem igual nos sistemas jurídicos não muçulmanos, os termos da comparação, embora desde logo marquem a justificação religiosa do instituto jurídico em questão, pelo critério de equivalência funcional, permite a comparação a partir de um problema comum (a necessidade de disciplinar a proteção da criança e do adolescente a quem falem os pais), e as diferentes soluções previstas pelos sistemas jurídicos. Parte-se, portanto, da função que desempenham os institutos para, em seguida, comparar suas características e distinções.

3.1.O método funcional no direito comparado: a recepção e a circulação de modelos jurídicos pelo direito privado

Observadas as críticas ao método funcional no direito comparado, sua atualização revela-se na visão contemporânea, a partir da noção de equivalência funcional. Esta compreende tanto a necessidade de uma perspectiva de análise mais ampla, inclusive dos aspectos sociais, históricos e culturais que expliquem a existência de um problema e respectivas soluções comparáveis, quanto à possibilidade de comparar semelhanças e diferenças entre as situações verificadas. Tomado isso em conta, convém identificar a importância do direito comparado no atual estágio de desenvolvimento do direito privado brasileiro.

Se, conforme já foi registrado, identifica-se a influência de diferentes sistemas jurídicos na formação do direito privado brasileiro, é igualmente correto observar que ela é preservada no seu atual estágio de desenvolvimento. Mesmo sobre o Código Civil (LGL\2002\400) vigente, há confessada influência do direito estrangeiro, em especial do direito português e do seu Código Civil de 1966⁴⁷ – de sua vez, ele próprio, resultado da influência de outros sistemas jurídicos, especialmente o alemão. Resulta ele, tanto da recepção de modelos jurídicos por parte do direito brasileiro, ou simplesmente legal transplants – na expressão cunhada por Alan Watson –⁴⁸ quanto o fenômeno que se costuma denominar circulação de modelos jurídicos. Diz-se recepção quando um determinado sistema jurídico recebe o modelo jurídico de outro, fenômeno que é unidirecional, em que se destaca normalmente a posição de poder do direito recepcionado.⁴⁹ Indica "a adoção, por um sistema jurídico, em sentido amplo ou restrito,



de institutos, regras ou princípios oriundos de outro sistema”.⁵⁰ Atualmente, consagrou-se tratar da circulação de modelos jurídicos (na lição francesa), ou legal transplants, casos todos em que o conteúdo não se determina apenas pela reprodução de texto legal, senão de uma determinada concepção que pode se produzir a partir da lei, porém com decisiva importância da doutrina e da jurisprudência como atividades que outorgam significação à norma legislada.

São exemplos de recepção decorrente da circulação de modelos jurídicos, inicialmente, a incorporação do Código Civil francês, de 1804, em diversos países, inclusive na Europa e na América do Sul.⁵¹ Em seguida, o Código Civil alemão converteu-se em modelo adotado em países como o Japão e, mais recentemente, a República Tcheca e a China. Contudo, mais do que a influência ampla no processo codificatório, são ricos os exemplos da circulação de modelos no âmbito da microcomparação jurídica⁵², quando se toma em conta os modelos relativos a determinados institutos, e sua recepção nos diversos sistemas jurídicos.

O direito privado brasileiro é pleno de exemplos nos quais a recepção de modelos jurídicos de outros sistemas serviu ao desenvolvimento de solução a problemas concretos. Tanto no transplante legal propriamente dito, servindo o direito comparado para o aperfeiçoamento legislativo, quanto os influxos doutrinários que definiram novos caminhos de interpretação a diversos institutos jurídicos consolidados. É de observar, contudo, que a recepção (transplante) ou circulação de modelos jurídicos entre diferentes sistemas não é um fenômeno linear e ordenado, de modo que se possa identificar no sistema jurídico destinatário idênticas características àquelas presentes na origem. Ao contrário, o processo de mediação, realizado predominantemente pelo direito comparado, será influenciado não apenas pelas diferenças entre os sistemas jurídicos de origem e destino, senão também pelo processo de comparação jurídica. Esse trabalho, muitas vezes, não envolverá apenas dois sistemas jurídicos, mas também outros que, ou tenham transplantado o instituto desde um mesmo sistema jurídico originário – e também aí ele haja adquirido características próprias – ou desenvolvido soluções distintas para um mesmo problema. Todos eles influenciarão no resultado do modelo a ser adotado no sistema jurídico de destino, assim como, naturalmente, suas próprias características⁵³ e as condições objetivas da recepção, se mediada – e com qual maturação – pela doutrina nacional, decorrente de precedente judicial ou como resultado direto da atividade legislativa. As próprias razões que impulsionam a circulação de modelos jurídicos são variadas, conforme o tema a que se refiram. A reputação das instituições e o estágio de desenvolvimento do Direito do sistema jurídico de origem também serão um fator de legitimação para a recepção no sistema jurídico de destino.⁵⁴

Como resultado desses vários fatores que repercutem na circulação de modelos jurídicos, soluções híbridas poderão representar tanto expressão de desenvolvimento do Direito – em especial, quando mais eficientes –, quanto criticadas por sua disfuncionalidade se, apartadas do rigor do direito comparado, produzirem resultado sem vínculos sólidos com o sistema jurídico de origem, e desfigurado no sistema jurídico de destino. Ou mesmo quando fiéis à origem, plantem-se como elemento exótico no sistema jurídico que as recepcionem.

3.2.A construção de modelos jurídicos no direito brasileiro a partir do direito comparado

A noção de modelos jurídicos parte das fontes do direito – que indicam modelos jurídicos prescritivos, de caráter obrigatório, determinando, proibindo ou condicionando comportamentos devidos. Cumpre então, à doutrina, construir modelos dogmáticos para definir de que modo as fontes podem produzir modelos válidos, seu significado, e como se relacionam com os demais modelos e institutos de um determinado sistema jurídico.⁵⁵ Na precisa lição de Miguel Reale, os modelos jurídicos expressam o conteúdo das fontes jurídicas, podendo ser legais, jurisprudenciais, consuetudinários ou negociais, conforme a fonte a que se refiram, e se caracterizam por se desvincular da intenção originária de quem tenha instituído as normas, permitindo com que possam atender, de modo prospectivo, fatos e valores supervenientes. São dinâmicos, compreendendo não



uma concepção ideal, mas vinculados à experiência concreta, de modo a considerar a totalidade dos fatores que atuam em sua aplicação e eficácia.⁵⁶ Distinguem-se, nesse particular, os modelos jurídicos, que como conteúdo das fontes são dotados de vinculatividade, e os modelos dogmáticos ou hermenêuticos – dotados de força persuasiva para legitimação de uma determinada solução jurídica, uma vez que visam à compreensão e atribuição de significado dos modelos jurídicos.⁵⁷

O direito comparado é método pelo qual o jurista antes conhece e analisa, em seguida compreende dada realidade de dois ou mais sistemas jurídicos para em seguida compará-las entre si, chegando a uma síntese comparativa. Nesse sentido, está vocacionado à formação de modelos dogmáticos que permitam definir determinada compreensão aos modelos jurídicos, a partir dos dados resultantes da comparação jurídica.

Essa utilização do direito comparado verifica-se, então, tanto na criação de modelos doutrinários quanto de modelos jurisprudenciais que, ao atribuírem significado ao texto da norma, servem-se do direito comparado, seja contribuindo com sua interpretação histórica ou teleológica, seja para sua atualização perante a própria modificação da realidade sobre a qual incide.

Um exemplo ilustrativo a esse respeito é o modelo que resulta da interpretação da noção e eficácia da boa-fé no contrato de seguro. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga a garantir, mediante o pagamento de certa remuneração em dinheiro (o prêmio), o interesse legítimo do segurado em relação a riscos pré-determinados (art. 757 do Código Civil (LGL\2002\400)). Por essa razão, uma das bases do contrato de seguro, no seu perfil traçado a partir da Idade Moderna, é a boa-fé das partes contratantes. Desde sua origem, a boa-fé assume o significado de impor ao segurado o dever de veracidade ao informar para o segurador sobre as características e alcance dos riscos aos quais o interesse garantido está submetido (declaração inicial do risco). Esse mesmo dever de veracidade, oriundo da boa-fé, percebe-se ao longo da execução do contrato, impondo o dever de informar sobre circunstâncias que provoquem o agravamento do risco.

A recepção, pelo direito brasileiro, da noção de boa-fé objetiva, em especial a partir do modelo oriundo do direito alemão, foi antes recepção doutrinária,⁵⁸ seguindo-se à recepção jurisprudencial e, em seguida, pela legislação (em especial a cláusula geral de boa-fé, art. 422 do Código Civil (LGL\2002\400)). Daí resultará a diferenciação entre a boa-fé subjetiva – base original do contrato de seguro – caracterizada como ausência de má-fé, um agir sem conhecimento ou má intenção – e a boa-fé objetiva, caracterizada como juridicização de deveres éticos que se conformam em deveres jurídicos, entre os quais, de lealdade, cooperação e respeito a expectativas legítimas da outra parte; a partir dos quais também funciona como limite ao exercício de direitos e liberdades, bem como cânone de interpretação e integração dos contratos em geral.⁵⁹ Foi a partir dessa recepção da boa-fé objetiva no direito brasileiro, contudo, que a boa-fé no contrato de seguro, compreendida como dever de máxima boa-fé (uberrimae fidei/ utmost good faith)⁶⁰ passou a ser considerado não apenas na fase de formação do contrato (em que mirava, originalmente, a legislação), mas ao longo das várias fases da contratação – pré e pós-contratual e na fase da sua execução – abrangendo a compreensão, também decorrente de influência do direito alemão, da obrigação como totalidade.⁶¹ Nesses termos, estende-se a situações contratuais até então desvinculadas do dever de boa-fé na visão mais tradicional do direito brasileiro, como é o caso do controle do conteúdo do contrato e de suas cláusulas (proibição de cláusulas que violem o equilíbrio contratual), ou o modo como o segurador exerça direitos ou liberdades que resultem de sua posição contratual, como por exemplo, na regulação do sinistro.⁶²

O modelo de interpretação e aplicação da boa-fé, mediante utilização do direito comparado e a recepção da contribuição de outros sistemas jurídicos, altera o significado da norma e sua extensão, assim como da própria disciplina jurídica do contrato de seguro, ainda que sem ter havido uma alteração substancial da legislação.⁶³ A boa-fé do contrato de seguro passa a se traduzir em sua concepção objetiva (fidei),⁶⁴ a partir de



uma transição de significado que é doutrinária e jurisprudencial, atualizando o sentido do texto legislativo (em especial a referência à boa-fé no art. 765 do Código Civil (LGL\2002\400), bem como nas situações em que o conteúdo da norma a supõe – e.g. arts. 762, 766, 768, 769, 773 e 790), e, independentemente dele, expandindo sua eficácia para além das situações específicas previstas no tipo legal, a partir da característica reconhecida à própria concepção objetiva de boa-fé, em todas as fases da relação obrigacional.

3.3. Os limites à recepção e à circulação de modelos jurídicos e a consagração do método comparatístico

A tradição é elemento decisivo de um sistema jurídico, que lhe molda as características, ainda que se admitam possa tomar emprestados elementos de um e de outro.⁶⁵ Será a tradição um dos limites fundamentais à circulação de modelos jurídicos entre diferentes sistemas, expressão sob a qual se designam elementos sociais, históricos e culturais que os formam. O método do direito comparado, ao tomar em conta semelhanças e diferenças dos vários institutos jurídicos, e os problemas e soluções a que se refiram, não perde de vista, igualmente, a perspectiva mais ampla dada pela macrocomparação jurídica e os elementos que justificam, inclusive, o desenvolvimento de certas soluções em detrimento de outras havidas em sistemas jurídicos distintos.

Daí a afirmação comum – e correta – de que o direito comparado não deve servir apenas à importação de soluções de direito estrangeiro, ou argumento de autoridade para legitimar soluções já dadas, pelo simples fato de reproduzirem totalmente, ou em parte, a experiência de outros sistemas jurídicos. A insuficiência ou inefetividade de soluções nacionais, assim como certa atitude de encantamento com elementos presentes em outros sistemas jurídicos, não raro geram o entusiasmo da sua reprodução no direito nacional, sem maior atenção às diferenças que demarcam.

São comuns equívocos nesses fenômenos de recepção de modelos jurídicos estrangeiros relacionados a problemas de tradução textual, ou sua descontextualização em relação a outros institutos do sistema jurídico de origem, essenciais para compreensão do seu significado. Ou, ainda, a própria falta de atualidade das fontes de que se serve para identificar o direito estrangeiro, deixando-se de ter em conta as características contemporâneas do instituto e sua evolução no sistema de origem. Será o método do direito comparado, então, que traçará os limites para a recepção e circulação de modelos, de modo a evitar uma importação disfuncional de soluções de direito estrangeiro que possa ser causa de novos problemas. Tome-se um exemplo expressivo a esse respeito, ao pôr em perspectiva comparativa as famílias de direito romano-germânica (civil law) e da common law, que embora dividam em comum certa tradição jurídica ocidental,⁶⁶ compreendem formas distintas de realização do Direito.

No âmbito da responsabilidade por danos, uma das críticas fundamentais ao sistema jurídico brasileiro diz respeito à incapacidade das indenizações fixadas pelo Poder Judiciário de desestimular a repetição da conduta do ofensor na realização de novos danos a diferentes vítimas. Trata-se de crítica direcionada tanto a microlesões existente pela conduta reiterada de fornecedores nas relações de consumo quanto na crítica aos critérios para determinação dos valores pecuniários de indenização nas várias situações de dano extrapatrimonial, no caso de ofensa à personalidade. Essas discussões põem em causa a própria função da indenização no sistema jurídico brasileiro, opondo, fundamentalmente, dois entendimentos. O primeiro, que lhe reconhece apenas uma função reparatória, de recomposição do patrimônio da vítima e seu retorno ao estado anterior ao dano – especialmente no caso de danos patrimoniais; e a função compensatória no caso de danos extrapatrimoniais, de modo que, dado o caráter irreparável do dano, certa reparação em dinheiro represente um conforto ou compense o agravo sofrido. Apoia esse entendimento o reconhecimento do princípio da reparação integral, definindo o dano como limite à indenização, nos termos do art. 944, caput, do Código Civil (LGL\2002\400): “A indenização se mede pela extensão do dano”.⁶⁷



Um segundo entendimento, contudo, sustenta que ao lado das funções reparatória ou compensatória, também cumpre à indenização promover o desestímulo à reiteração da conduta lesiva pelo ofensor ou por terceiros, de modo que o conteúdo e extensão do dever de indenizar devam servir de exemplo. Essa função denomina-se preventiva, pedagógica ou dissuasória, tendo sido associada, em muitas situações, ao instituto das punitive damages no direito norte-americano. As diferenças, contudo, entre as duas realidades, são imensas.⁶⁸ Do ponto de vista estrutural mesmo, não se pode falar em um único instituto com características uniformes, tendo-se em conta a substancial diferença de compreensão e aplicação das punitive damages nas jurisdições dos vários Estados norte-americanos. Da mesma forma, conforme se percebe que a própria função das punitive damages evoluiu desde sua origem, de modo que, uma vez fixada pelo júri, passou de uma função compensatória, no século XIX, para a função punitiva dos dias atuais.⁶⁹ As punitive damages no direito americano pressupõem o comportamento comprovadamente doloso ou com culpa grave do agente (reckless disregard) – neste último abrangendo a indiferença consciente e deliberada (deliberate indifference) sobre os direitos de outrem. Compreenderá a culpa do agente, nesses termos, não apenas a partir de sua contribuição para a realização do dano, mas também como causa de reprovação moral à conduta lesiva.⁷⁰ Em muitos Estados há exigência de clara diferenciação entre os montantes de indenização fixados a título compensatório e a título punitivo, inclusive em situações nos quais o valor da indenização punitiva seja fixada apenas após aquela fixada em caráter compensatório, devendo observá-la como limite, ou com ela guardar proporção.⁷¹

No direito brasileiro, o reconhecimento da função preventiva, pedagógica ou dissuasória da indenização não se vincula, necessariamente, à comprovação do aspecto subjetivo da conduta (dolo ou culpa grave). Fundam-se os defensores do seu reconhecimento, na presunção da assunção e aceitação do risco de dano pelo ofensor, ou pelo ganho econômico da desproporção entre o número de lesados pela conduta (que não chega, contudo, a ser identificado precisamente), e daqueles que exercem a pretensão em juízo. Por outro lado, essa função preventiva, pedagógica ou dissuasória é reconhecida, mesmo pela jurisprudência, apenas em relação a danos extrapatrimoniais, mantendo-se limitada a indenização dos danos patrimoniais a sua exata extensão.⁷² Na mesma linha, a recusa ao reconhecimento da função preventiva, pedagógica ou dissuasória da indenização parte da premissa de que não compete ao direito privado ou à responsabilidade civil promover a punição de uma conduta lesiva – papel reservado ao direito penal ou, mesmo, ao direito administrativo. Nesses termos, o reconhecimento de uma função que se desvincule da recomposição do patrimônio lesado, ou que ofereça à vítima compensação ao agravo, passa pela reprovação moral do ofensor, o que se situaria fora dos limites reconhecidos ao direito privado.

Uma brevíssima comparação entre a função preventiva, pedagógica ou dissuasória da indenização e as punitive damages do direito norte-americano já permite perceber que se tratam, pois, de categorias distintas. De um lado, não respondem necessariamente a um mesmo problema. As punitive damages contêm em si a sanção de uma reprovação moral da conduta do ofensor; no direito brasileiro, ao contrário, é claro o entendimento de priorização do interesse da vítima e a irrelevância da avaliação moral do comportamento do agente, sendo a função preventiva, pedagógica ou dissuasória da indenização justificada, em termos pragmáticos, de modo a desestimular a conduta futura do próprio agente ou de terceiros. Essa brevíssima comparação entre o direito brasileiro e norte-americano no ponto, poderá conduzir, de sua vez, a distintas conclusões. Ou bem se entende, ao associar a função preventiva ou dissuasória da indenização às punitive damages, que as diferenças apontadas entre ambas são suficientes para rejeitar sua adoção no direito brasileiro, por um problema de "legitimidade" e "origem"; ou, em sentido diverso, poderá reconhecer, justamente a partir das diferenças apontadas, que ao não se confundirem a função preventiva ou dissuasória da indenização e as punitive damages, sua comparação não pode servir como argumento contrário à admissão da primeira no sistema jurídico brasileiro, uma vez que se pode sustentar por elementos reconhecíveis no próprio ordenamento jurídico



nacional.⁷³ Nesses termos, a função preventiva ou dissuasória teria por fundamento certa interpretação de norma legal, como ocorre quando a lei refere a um direito à efetiva prevenção de danos (e.g. art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor), ou mesmo a ressignificação da noção de compensação, ou o reconhecimento de que o cálculo da indenização também deva ter como critério o caráter exemplar da indenização fixada, no caso dos danos extrapatrimoniais.⁷⁴ Nesses termos percebe-se bem o direito comparado como método que pode servir ao exame e à comparação de institutos em benefício do aperfeiçoamento do sistema jurídico nacional.

4. Considerações finais

As várias funções reconhecidas ao direito comparado,⁷⁵ seja em sua perspectiva analítica – de conhecimento e análise –, seja em sua perspectiva mais política – de crítica, aperfeiçoamento ou uniformização do Direito – realizam-se na formação do direito privado brasileiro, desde sua origem até os dias atuais. A rigor, o pertencimento a uma mesma tradição cultural fez com que o Brasil se mantivesse próximo, entre os vários sistemas da família romano-germânica, aos europeus, como Portugal, França, Alemanha e Itália. Mais recentemente, a difusão de culturas e o pluralismo⁷⁶ conduzem várias áreas do Direito a jornadas exploratórias em outros sistemas, como ocorre com o direito de família e das sucessões que, como resultado dos fluxos migratórios, exige avançar sobre o direito muçulmano ou do extremo oriente (em especial China e Japão); ou diante da importância econômica dos Estados Unidos e da Inglaterra, o interesse crescente do direito das obrigações e do direito empresarial em geral sobre os sistemas da common law.

Essa realidade impõe o olhar atento e rigor metodológico do comparatista, de modo a servir-se da comparação jurídica como instrumento para o adequado exame e aperfeiçoamento do direito, bem como para desvelar suas características e vicissitudes. A utilidade do direito comparado em auxílio à formação e contínuo aperfeiçoamento do direito brasileiro exige, porém, altivez e domínio técnico, de modo a compreender precisamente quais problemas e insuficiências do sistema vigente para saber o que buscar, ou seja, qual o propósito de investigação de eventuais soluções que do próprio sistema não surjam.

Afinal, se a história da formação do direito privado brasileiro é escrita pela influência quase sempre sadia e dos empréstimos periódicos de contribuições genuínas de outros sistemas jurídicos, também se diga que tais elementos frutificaram no Brasil, criando um sistema original. Seu aprimoramento tem no direito comparado um instrumento essencial para a compreensão da ordem jurídica, sempre atento às características históricas, sociais e culturais que lhe dão caráter e razão.

5. Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira; CARVALHO, Jorge Morais. Introdução ao direito comparado. Coimbra: Almedina, 2016.

ARMINJON, Pierre; NOLDE, Baron Boris; WOLFF, Martin. Traité de droit comparé. Paris: LGDJ, 1950. v. 1.

ASCARELLI, Tulio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945.

ASCARELLI, Tulio. Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione. Milano: Giuffrè, 1952.

AUDIT, Bernard. L'américanisation du droit: introduction. Archives de philosophie du droit. Paris: LGDJ, 2001. v. 45.

BACKER, Larry Catá. Comparative corporate law. Durham: Carolina Academic Press, 2002.



BEVILÁQUA, Clóvis. Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado. Recife: Typographia de F. P. Boulitreau, 1893.

BEVILÁQUA, Clóvis. Em defeza do projecto de Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Bastos, 1906.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto.: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. Revista Direito GV, São Paulo, v. 10 (1), jan.-jun. 2014.

CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. In: SCHIPANI, Sandro. Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Padova: CEDAM, 1988.

CORRÊA TELLES, José Homem. Comentário crítico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769. Lisboa: Tipographya de Maria da Madre de Deus, 1865.

COTTERRELL, Roger. Comparative law and legal culture. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo (tese de cátedra). Porto Alegre: UFRGS, 1964.

DANNEMANN, Gerhard. Comparative law: study of similarities or differences. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

EGGERS, Peter Macdonald; PICKEN, Simon; FOSS, Patrick. Good faith and insurance contracts. 2. ed. London/Singapore: LLP, 2004.

FERREIRA, Waldemar Martins. Curso de direito comercial. São Paulo: Sales, Oliveira, Rocha & Cia., 1927. v. I.

FRADERA, Véra. Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRANKENBERG, Günter. Critical comparisons: re-thinking comparative law. Harvard International Law Review, v. 26, n.2, Spring 1985.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo; VOGEL, Louis. Traité de droit comparé. Le droit de l'Occident et d'ailleurs. Paris: LGDJ, 2011.

GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1967.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

GUTTERIDGE, H. C. Comparative law. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

HART, Oliver D. Incomplete contracts and the theory of the firm. Journal of Law, Economics, & Organization, v. 4, n. 1, Spring, 1988.



HASTIE, Reid; SCHKADE, David A; PAYNE, John W. Judging corporate recklessness. In: SUNSTEIN, Cass R. et al. Punitive damages: how juries decide. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

HERZOG, Benjamin. Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien. Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive (Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny un weniger Jhering). Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 759, jan. 1999.

KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David A.; SUSTEIN, Cass R. Shared outrage, erratic awards. In: SUSTEIN, Cass R. et alli. Punitive damages. How juries decide. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

KOSCHAKER, Paul. Europa und das römische Recht. 2. ed. München: C.H. Beck, 1953.

LAMBERT, Edouard. Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Congrès international de droit comparé, tenu à Paris, du 31 juillet au 4 août 1900. Procès verbaux des séances et documents. Paris: LGDJ, 1905. v. I.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

LEGEAIS, Raymond. Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative. Paris Litec, 2004.

LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick (Ed.) Comparative legal studies: traditions and transitions. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

LEME, Lino de Moraes. Direito civil comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

LEGRAND, Pierre. The same and the different. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick (Ed.) Comparative legal studies: traditions and transitions. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

LEGRAND, Pierre. Como ler o direito estrangeiro. Trad. Daniel Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARCONDES, Sylvio. Problemas de direito mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARQUES, Claudia Lima. Os cem anos do Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro de 1916. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 741, jul. 1997.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 8. ed. São Paulo: RT, 2016.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

MICHAELS, Ralf. The functional method of comparative law. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 28, jan.-mar. 2005.



- MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.
- MIRAGEM, Bruno. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRAGEM, Bruno. Direito dos seguros no sistema jurídico brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (Org.) Direito dos seguros. São Paulo: RT, 2015.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 7. ed. São Paulo: RT, 2018.
- MIRAGEM, Bruno. Direito civil: direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MIRAGEM, Bruno. Os direitos do segurado e os deveres do segurador no direito brasileiro atual e no projeto de lei do contrato de seguro (PLC 29/2017): exame crítico. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 117, maio-jun. 2018.
- MONTEIRO, João. Da universalização do direito: prelecção inaugural da cadeira de legislação comparada. São Paulo, 1892.
- MONTI, Alberto. Buona fede e assicurazione. Milano: Giuffrè, 2002.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro. Subsídios históricos para o novo Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, Cândido Luis Maria de. Curso de legislação comparada. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1903.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Fontes e evolução do direito civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- POUND, Roscoe. Philosophy of law and comparative law. University of Pennsylvania Law Review, v. 100, n. 1. out. 1951.
- RABEL, Ernst. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. München, M. Heuber, 1925.
- REALE, Miguel. O direito como experiência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 410, 1969.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Clóvis Beviláqua e o Código Civil de 1916 na visão de um estrangeiro: contradições com a imagem preponderante na historiografia nacional. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 12, jul.-set. 2017.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil (LGL\2002\400). São Paulo: Saraiva, 2010.
- SAVIGNY, Fridrich Carl Von. System des heutigen Römischen Rechts, Bd I. Berlin: Veit und Comp., 1840.
- SCHAUER, Frederick. The Politics and Incentives of Legal Transplantation CID Working Paper N. 44, Law and Development Paper N. 2. Center of International Development of Harvard University, apr. 2000.
- SCHIPANI, Sandro. Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Padova:



CEDAM, 1988.

SCHLESINGER, Rudolf; BAADE, Hans W.; HERZOG, Peter E.; WISE, Edward M. Comparative law: cases, text, materials. 6. ed. New York: Foundation Press, 1998.

SCHMIDT, Jan Peter. Zivilrechtskodifikation in Brasilien. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

SCOTT E., Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. Yale Law Journal, v. 115, 2006.

SEBOK, Anthony J. What did punitive damages do – Why misunderstanding the history of punitive damages matters today. Chicago-Kent Law Review, v. 78, 2003.

SIBER, Heinrich. Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Nach deutschen Reichsrecht, Leipzig, 1903.

SUSTEIN, Cass R. et alli. Punitive damages. How juries decide. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A utilização do direito comparado pelo legislador. Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. 30, jul.-set. 1987.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. Revista de Ciência política, Rio de Janeiro, v. 33 (1), nov. 1989-jan.1990.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Professor Haroldo Valladão. Um mestre do direito comparado. Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, n. 33, 2. sem. 2007.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado. Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, n. 37, 2. sem, 2009, 2011.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Código Civil. Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1864.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das leis civis. Rio de Janeiro: Garnier, 1896.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Les peines privées dans le droit brésilien. L'indemnisation. Travaux de l'Association Henri Capitant. Journées Québécoises, 2004. Paris: Société de législation comparée, 2007. t. LIV.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro de acordo com o Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro. 3. ed. São Paulo: IBDS/Roncarati, 2016.

VALLADÃO, Haroldo. O ensino e o estudo do direito comparado no Brasil: séculos XIX e XX. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 8, n. 30, abr.-jun. 1971.

VIVANTE, Cesare. Trattato di diritto commerciale. Torino: Bocca, 1902. v. 1.

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

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Heinz. An introduction to comparative law. 3. ed. Translated by Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 2011.



1 Veja-se, a respeito, o comentário crítico de CORRÊA TELLES, José Homem. Comentário crítico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769. Lisboa: Typographya de Maria da Madre de Deus, 1865. p. 29.

2 Veja-se: TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. Revista de Ciência política, Rio de Janeiro, v. 33 (1), nov. 1989-jan. 1990. p. 55-90.

3 Em sua primeira versão: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Código Civil. Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1864.

4 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Código Civil. Esboço, cit.. p. 10 e ss. A influência de Savigny sobre o direito brasileiro, e de resto para vários sistemas jurídicos pode ser exemplificada a partir da definição da relação jurídica como conceito fundamental pelo qual se articula toda o exame sobre o objeto do Direito, ao definir, afinal, que "toda lei destina-se a determinar a natureza da relação jurídica, ou seja, esclarecer pensamentos, simples ou complexos, por meio dos quais a existência daquela relação jurídica é protegida contra o equívoco e a arbitrariedade" (SAVIGNY, Fridrich Carl Von. System des heutigen Römischen Rechts, Bd I. Berlin: Veit und Comp., 1840. p. 213). Para um exame atual da recepção de Savigny no direito brasileiro, remeta-se à tese de HERZOG, Benjamin. Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien. Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive (Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny un weniger Jhering). Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, em especial p. 719 e ss.

5 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Código Civil. Esboço, cit., p. 13 e ss.

6 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das leis civis. Rio de Janeiro: Garnier, 1896. p. XXXVI.

7 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Fontes e evolução do direito civil brasileiro . 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981; CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. In: SCHIPANI, Sandro. Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Padova: CEDAM, 1988. p. 101 e ss.

8 Veja-se, por exemplo, a defesa do projeto redigida por Clóvis Beviláqua, em sua conhecida disputa com Rui Barbosa sobre os méritos do trabalho, com ampla referência ao direito francês, alemão, suíço, italiano, holandês, belga e mesmo, do sistema inglês: BEVILÁQUA, Clóvis. Em defesa do projecto de Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Bastos, 1906. p. 13 e ss.

9 Sobre a repercussão internacional do Código Civil de 1916 e seu principal autor, Clóvis Beviláqua, veja-se o estudo de: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Clóvis Beviláqua e o Código Civil de 1916 na visão de um estrangeiro: contradições com a imagem preponderante na historiografia nacional. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 12, jul.-set. 2017. p. 35-61.

10 Embora em toda sua vasta obra tenha demonstrado entusiasmo com o método comparatístico, vale a referência ao estudo monográfico sobre a formação do direito civil brasileiro: PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Fontes e evolução do direito civil brasileiro , cit.

11 De sua vasta obra, destaque-se: VALLADÃO, Haroldo. O ensino e o estudo do direito comparado no Brasil: séculos XIX e XX. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 8, n. 30, abr.-jun. 1971. p. 3-14. Para o exame detalhado da contribuição de Haroldo



Valladão para o direito comparado no Brasil, veja-se, especialmente: TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Professor Haroldo Valladão. Um mestre do direito comparado. Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, n. 33, 2. sem. 2007. p. 181-193.

12 LEME, Lino de Moraes. Direito civil comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962. p. 9 e ss.

13 Para uma visão crítica das deficiências do uso do método comparatístico pelo legislador, veja-se: TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A utilização do direito comparado pelo legislador. Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. 30, jul.-set. 1987. p. 85-93.

14 LIMA MARQUES, Claudia. Os cem anos do Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 741, jul. 1997. p. 11-37.

15 MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro. Subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17 e ss.

16 A recepção do modelo da boa-fé objetiva no direito brasileiro deve-se, sobretudo, à recepção da doutrina germânica de Karl Larenz, interpretado por Clóvis do Couto e Silva (A obrigação como processo, tese de cátedra, 1964) e Orlando Gomes (Transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1967). Sua aplicação sistemática no direito brasileiro, contudo, veio, sobretudo, a partir da sua previsão nos arts. 4º e 51 do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, a partir do que passou a observar grande desenvolvimento jurisprudencial. Com o Código Civil de 2002, a referência a previsão textual da boa-fé nos seus arts. 113, 187 e 422 terminou por consagrar as principais funções que lhe são reconhecidas pela doutrina e jurisprudência, a saber, (a) como critério de interpretação e integração dos negócios jurídicos, sua função hermenêutica; (b) como limite ao exercício de direitos subjetivos, sua função limitativa; e (c) como fonte autônoma de deveres jurídicos, sua função jurígena (MIRAGEM, Bruno. Direito civil: direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 134). Veja-se também: SCHMIDT, Jan Peter. Zivilrechtskodifikation in Brasilien. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 399 e ss.

17 MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 86 e ss.

18 No direito brasileiro, é marcante a introdução do tema a partir do artigo de Rubens Requião, publicado em 1969, examinando, especialmente, o direito norte-americano (REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 410, 1969. p. 12 e ss.).

19 FERREIRA, Waldemar Martins. Curso de direito comercial. São Paulo: Sales, Oliveira, Rocha & Cia., 1927. v. I. p. 19 e ss.

20 Ao lado da formação das corporações de ofício também o surgimento das cidades hansas, onde feiras e eventos de comércio fomentavam as trocas foi decisiva para o surgimento do direito empresarial. A origem das hansas data de fins do século XII e início do século XIII. Formada inicialmente por algumas cidades ao longo do Báltico e alemãs mais tarde se alastraria pela França, Espanha e Inglaterra. Era uma confederação de comerciantes cujo objetivo era a promoção do comércio, livrando-se dos óbices do sistema feudal. Seu apogeu se deu no século XV, quando dominou o Báltico e o Mar do Norte, obtendo o privilégio de comerciar com diversos Estados da Europa, chegando mesmo a incentivar uma guerra contra a o Rei da Dinamarca pela conquista de novos mercados, celebrando na assembleia de Colônia (Alemanha), o ato de confederação de 77 cidades, estabelecendo-se as contribuições de cada uma. A liga



hanseática sobreviveu, então, até o século XVII, reduzindo-se no final às mesmas cidades que lhe deram origem, vindo a perder seu prestígio.

21 WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 269.

22 VIVANTE, Cesare. Trattato di diritto commerciale. Torino: Bocca, 1902, n. 63. v. 1. p. 110.

23 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 492.

24 MARCONDES, Sylvio. Problemas de direito mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 1-40.

25 Não por acaso, um dos maiores estudiosos do direito comercial no Brasil, o italiano Tulio Ascarelli, notabilizou-se, igualmente, como juscomparatista, conforme se vê no capítulo inaugural do seu Problemas das sociedades anônimas e direito comparado, intitulado "Premissas ao estudo do direito comparado" (ASCARELLI, Tulio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 4 e ss.). Da mesma forma, em ASCARELLI, Tulio. Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione. Milano: Giuffrè, 1952.

26 Veja-se: FRADERA, Véra. Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 214.

27 Esta "americanização do direito" é percebida em vários âmbitos no direito privado, mas sobretudo no direito dos negócios, conforme anota: AUDIT, Bernard. L'américanisation du droit: introduction. Archives de philosophie du droit, v. 45. Paris: LGDJ, 2001. p. 7-11.

28 SCOTT E., Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. Yale Law Journal, v. 115, 2006. p. 814-879.

29 HART, Oliver D. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. Journal of Law, Economics, & Organization, v. 4, n. 1 (Spring, 1988). p. 119- 139.

30 CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. Revista Direito GV, v. 10 (1). São Paulo: FGV, jan.-jun./2014. p. 155-200.

31 SCHLESINGER, Rudolf; BAADE, Hans W.; HERZOG, Peter E.; WISE, Edward M. Comparative Law: Cases, text, materials. 6ª ed. New York: Foundation Press, 1998. p. 739.

32 A importância da comparação jurídica no tocante ao direito das sociedades avança, em um mercado globalizado, no próprio delineamento de estratégias de atuação das empresas, frente a modelos regulatórios que interferem em questões fundamentais como tarifas ou barreiras de entrada em determinados países: BACKER, Larry Catá. Comparative corporate law. Durham: Carolina Academic Press, 2002. p. 4.

33 De destaque na construção de modelos jurídicos de interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com ampla utilização do direito comparado será a obra de Claudia Lima Marques, em especial: MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 8. ed. São Paulo: RT, 2016 (1. ed. 1992). p. 57 e ss.

34 Assim referem Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, mencionando o Projet de Code de la Consommation francês, as leis gerais da Espanha,



Portugal, México, do Quebec, bem como as Diretivas 84/450, sobre publicidade, e 85/374 sobre responsabilidade civil por acidentes de consumo. Há, ainda, menção acerca das condições gerais de contratação do Decreto-Lei 446/85, de Portugal e a AGB Gesetz alemã, de 1976. Os juristas ainda fazem referência explícita às fontes de common law, do direito norte-americano, tanto no exame de cases quanto de legislação (statutes), em especial, o Federal Trade Commission Act, o Consumer Product Safety Act, o Truth in Lending Act, o Fair Credit Reporting Act e o Fair Debt Collection Practices Act (GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005. p. 9-10).

35 MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 7. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 603-604.

36 LAMBERT, Edouard. Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Congrès international de droit comparé, tenu à Paris, du 31 juillet au 4 août 1900. Procès verbaux des séances et documents. Paris: LGDJ, 1905. v. I. p. 26-61.

37 Não por acaso, os trabalhos iniciais sobre a matéria no Brasil versavam sobre legislação comparada, seguindo a designação recebida nos cursos jurídicos a partir da reforma implementada pelo Decreto 1.232 H, de 02 de janeiro de 1891, sendo dos professores da disciplina em Recife (Clóvis Beviláqua), Rio de Janeiro (Cândido Luis Maria de Oliveira) e São Paulo (João Monteiro), os primeiros estudos doutrinários sobre a matéria no País, conforme se vê em: BEVILÁQUA, Clóvis. Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado. Recife: Typographia de F. P. Boulitreau, 1893; OLIVEIRA, Cândido Luis Maria de. Curso de legislação comparada. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1903; MONTEIRO, João. Da universalização do direito: preleção inaugural da cadeira de legislação comparada. São Paulo, 1892.

38 Em letras firmes, Carlos Ferreira de Almeida e Jorge Morais Carvalho denominam essa primeira fase do direito comparado como "romântica" ou "juvenil" (ALMEIDA, Carlos Ferreira; CARVALHO, Jorge Morais. Introdução ao direito comparado. Coimbra: Almedina, 2016. p. 11).

39 RABEL, Ernst. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. München, M. Heuber, 1925.

40 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Heinz. An introduction to comparative law. 3. ed. Trad. Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 2011. p. 34. Destacando a relevância dessa reivindicação do monopólio do método funcionalista: MICHAELS, Ralf. The functional method of comparative law. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 343.

41 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Heinz. An introduction to comparative law. 3. ed. Trad. Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 2011. p. 34.

42 Assim, propõe Erik Jayme, ao referir que "o direito comparado moderno perseguia o objetivo de determinar, de encontrar o que era comum, igual (das Gemeinsame), e que apenas superficialmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficialmente diversos sistemas de direito do mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (das Trennende), as diferenças (die Unterschiede)" (JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 759, jan. 1999. p. 24-40). Também sustentando a importância de destacar-se as diferenças: LEGRAND, Pierre. The same and the different. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick (Ed.) Comparative legal studies: traditions and transitions. Cambridge: Cambridge University Press. p. 240-311. Em pequeno opúsculo traduzido recentemente no Brasil, Legrand refere-se à "comparação da divergência", observando que "se for articulada em torno do das ideias de reconhecimento e de



respeito, só pode ser a comparação da escuta” (LEGRAND, Pierre. Como ler o direito estrangeiro. Trad. Daniel Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 99). Sistematizando o método de exame do direito comparado a partir de semelhanças e diferenças, DANNEMANN, Gerhard. Comparative law: study of similarities or differences. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 383 e ss.

43 Uma abordagem crítica mais extremada termina por questionar, mesmo, a própria legitimidade do método comparatístico, em vista da ausência de distanciamento entre o sujeito e objeto do exame, e a tendência de conservação do status quo, conforme se vê em FRANKENBERG, Günter. Critical comparisons: re-thinking comparative law. Harvard International Law Review, v. 26, n. 2, Spring 1985. p. 411 e ss.

44 MICHAELS, Ralf. The functional method of comparative law. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 356-359.

45 Como é o caso da ineficácia perante terceiros adquirentes, da hipoteca celebrada entre o incorporador e o agente financeiro que empresta recursos para realizar a incorporação, em garantia dessa dívida, nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, expressa na sua Súmula 308: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel” (2ª Seção, j. 30.03.2005, DJ 25.04.2005).

46 JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado, cit.

47 MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro. Subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17 e ss.

48 WATSON, Alan. Legal transplants. An approach to comparative law. 2. ed. Georgia: University of Georgia Press, 1993. p. 21 e ss.

49 A recepção como fenômeno que destaca o poder do direito recepcionado é o que sustentam ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Heinz. An introduction to comparative law. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 2011. p. 100. Referem, na oportunidade a lição de KOSCHAKER, Paul. Europa und das römische Recht. 2. ed. München: C.H. Beck, 1953. p. 98.

50 TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado. Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, n. 37, 2. sem. 2009, 2011. p. 102.

51 ZWEIGERT, Konrad. KÖTZ, Heinz. An introduction to comparative law, cit.

52 Embora dispensável ao leitor iniciado, distinga-se para o iniciante a microcomparação jurídica como aquela realizada entre institutos jurídicos pertencentes a diferentes sistemas; já a macrocomparação jurídica compreende a comparação entre sistemas jurídicos tomados em sua totalidade, e em vista de seus aspectos históricos, sociais e culturais, dentre outras características. No âmbito da macrocomparação jurídica, deve-se a Pierre Arminjon, Boris Nolde e Martin Wolff a divisão das várias famílias de direito a partir de suas características comuns, a saber: a francesa, em vista da influência do Código Civil francês como modelo normativo, a germânica, a escandinava, a inglesa, a russa, a islâmica e a hindu (ARMINJON, Pierre; NOLDE, Baron Boris; WOLFF, Martin. Traité de droit comparé. Paris: LGDJ, 1950. v. 1. p. 42-53). René David, em seguida, fará referência à família romano-germânica, common law, dos direitos socialistas, e a outros sistemas, compreendendo os direitos muçulmano, hindu, judaico, do Extremo



Oriente (China e Japão) e da África (DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 16 e ss.). Apontando o caráter contingente da classificação tradicional: LEGEAIS, Raymond. Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative. Paris Litec, 2004. p. 81.

53 Cogite-se, por exemplo, da circulação de modelos forjados em famílias jurídicas distintas como ocorre entre os sistemas de common law e os romano-germânicos, situação na qual, para além da solução jurídica em si, a comparação deverá ter em conta também a própria forma de produção do Direito, tomando em conta a distinção de relevância e precedência entre as fontes, ou da extensão da competência que produziu a solução jurídica em comparação (e.g. a distribuição de competência entre os estados no caso de sistemas jurídicos em países organizados como um federação, caso dos Estados Unidos da América e do Brasil). Veja-se a respeito a conhecida distinção do processo comparativo entre o case law e o statute law desenvolvido por GUTTERIDGE, H. C. Comparative law. Cambridge: Cambridge University Press, 2015 (original de 1946). p. 72 e ss.

54 SCHAUER, Frederick. The politics and incentives of legal transplation CID Working Paper N. 44, Law and Development Paper N. 2. Center of International Development of Harvard University, apr. 2000. p. 11.

55 REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 29 e ss.

56 REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito, cit. p. 31.

57 REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito, cit. p. 37 e ss.; da mesma forma: REALE, Miguel. O direito como experiência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 163.

58 Veja-se nota 16, supra.

59 MIRAGEM, Bruno. Direito civil: direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 134 e ss.

60 EGGERS, Peter Macdonald; PICKEN, Simon; FOSS, Patrick. Good faith and insurance contracts. 2. ed. London/Singapore: LLP, 2004. p. 33 e ss.

61 Originalmente, a ideia de obrigação como um "organismo" dando conta da sua multiplicidade de efeitos (pretensões e deveres) é atribuída a Heinrich Siber (Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Nach deutschen Reichsrecht, Leipzig, 1903. p. 92). Adiante, a doutrina prevalente sugere compor a ideia a partir da noção de obrigação como totalidade e como processo, o que chega ao Brasil sobretudo pelo modelo doutrinário cunhado por: LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 37.

62 MIRAGEM, Bruno. Os direitos do segurado e os deveres do segurador no direito brasileiro atual e no projeto de lei do contrato de seguro (PLC 29/2017): exame crítico. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 117, maio-jun. 2018. p. 97-141.

63 TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro de acordo com o Código Civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: IBDS/Roncarati, 2016. p. 110-113.

64 MIRAGEM, Bruno. Direito dos seguros no sistema jurídico brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (Org.) Direito dos seguros. São Paulo: RT, 2015. p. 25 e ss. Particularmente influente na doutrina brasileira é a obra de Alberto Monti, ao examinar esta transição do significado da boa-fé no contrato de seguro em



diversos sistemas jurídicos (MONTI, Alberto. Buona fede e assicurazione. Milano: Giuffrè, 2002. p. 5 e ss.).

65 POUND, Roscoe. Philosophy of law and comparative law. University of Pennsylvania Law Review, v. 100, n.1. out. 1951. p. 1-19.

66 Os princípios comuns à civil law e à common law costumam-se identificar a partir de um *proprium* da tradição jurídica ocidental situada nas raízes de um tipo de mentalidade específica da Europa do século XI em diante, reenviando “à questão eterna das relações entre justiça, direito, política, moral e religião. Em um certo contexto, a mentalidade ocidental atribui ao direito um papel superior às escolhas puramente políticas: ela exprime assim seu profundo sentido de ordem” (GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo; VOGEL, Louis. *Traité de droit comparé. Le droit de l’Occident et d’ailleurs*. Paris: LGDJ, 2011. p. 57).

67 Para o conteúdo do princípio da reparação integral no direito brasileiro, veja-se, por todos, a tese de: SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

68 Entre os principais estudos críticos da adoção das *punitive damages* no direito brasileiro, todos terão ampla utilização do método comparatístico, conforme se percebe em: MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, n. 28, jan.-mar. 2005. p. 15-32; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Les peines privées dans le droit brésilien. L’indemnisation*. *Travaux de l’Association Henri Capitant. Journées Québécoises*, t. LIV, 2004. Paris: Société de législation comparée, 2007. p. 69-88; e BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, em especial p. 354 e ss.

69 SEBOK, Anthony J. What did *punitive damages* do – Why misunderstanding the history of *punitive damages* matters today. *Chicago-Kent Law Review*, v. 78, 2003. p. 163 e ss.

70 HASTIE, Reid; SCHKADE, David A; PAYNE, John W. Judging corporate recklessness. In: SUNSTEIN, Cass R. et al. *Punitive damages: how juries decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002. p. 88.

71 A expressão da proporcionalidade entre o dolo e a culpa grave e certo valor pecuniário continua a oferecer dificuldades mesmo no sistema norte-americano, conforme demonstram: KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David A.; SUSTEIN, Cass R. *Shared outrage, erratic awards*. In: SUSTEIN, Cass R. et alii. *Punitive damages. How juries decide*. Chicago: The University of Chicago Press. p. 31 e ss.

72 Veja-se: MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 380.

73 Sem prejuízo da admissão de sua conveniência, de lege ferenda, em situações específicas, em vista de lesões graves ao bem-estar da coletividade, como sugere: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages em sistemas civilistas*, cit.. p. 380.

74 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 83.

75 Para uma visão das funções atuais do direito comparado como método, veja-se o em especial MICHAELS, Ralf. *The functional method of comparative law*. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford:



Oxford University Press, 2006. p. 363 e ss.

76 COTTERRELL, Roger. Comparative law and legal culture. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006, em especial p. 726 e ss.

MIRAGEM, B. N. B.. A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 1000/2019, p. 157-190, 2019. ISSN/ISBN: 00349275.