

O renascimento do direito comparado

Luiz Fernando Coelho

Sumário

1. Breve introdução ao direito comparado. 2. As famílias de direitos. 3. O nivelamento dos sistemas jurídicos. 4. A globalização como fator de nivelamento. 5. A ética do capitalismo e o renascimento do direito comparado.

1. Breve introdução ao direito comparado

Anna Maria Villela foi uma das poucas personalidades do mundo jurídico brasileiro que cultivava o direito comparado como ponto de vista especial referido ao saber jurídico. Mercê de seu trabalho intelectual como professora da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco, de sua atuação como Consultora Legislativa do Senado Federal, onde também se destacou como Diretora de Publicações, além de haver atuado como assessora da Assembléia Nacional Constituinte, que elaborou a Constituição de 1988, pode-se dizer que Anna Maria Villela foi a grande representante no Brasil, não somente do direito comparado como doutrina, mas também do comparatismo como ideal de ética nas relações internacionais.

A reflexão sobre as possibilidades de resgate do direito comparado, com o sentido e alcance que os mestres da *Assotiation Internationale de Droit Comparé* e da *Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé*, de Estrasburgo e Barcelona, cujos cursos e seminários foram por ela freqüentados, é, portanto, uma homenagem que cer-

tamente haverá de apreciar, desde a dimensão atemporal em que se encontra.

O direito comparado desenvolveu-se a partir de uma concepção universalista do direito, denominador comum das tentativas de estruturar o saber jurídico como ciência universal, a despeito da compartimentação de seu objeto, decorrente das fronteiras geopolíticas dos Estados. Nesse contexto, o repensar dos fundamentos do direito, em função da metodologia engendrada pelo direito comparado, representou um dos esforços mais profícuos para a superação do vetusto ceticismo epistemológico que minimizava o caráter científico dos estudos jurídicos, relegando-os a mera técnica de persuasão, simples exercício de um jogo argumentativo.

Entretanto, o desiderato de restabelecer a dimensão universalista do direito como forma de saber viu-se frustrado, em virtude da conjugação de fatores os mais diversos: a parafernália legislativa que tem inundado os direitos positivos das nações modernas, a maior complexidade das relações jurídicas, o domínio cada vez maior da mentalidade dogmática na atuação profissional dos operadores do direito, a própria educação jurídica, insistentemente voltada para a busca de resultados imediatos nesse trabalho, a conseqüente minimização da teoria geral e da filosofia do direito nos currículos dos cursos jurídicos, tudo isso contribuiu para que o direito comparado, como método e como ciência, caísse em relativo esquecimento. Daí a importância de seu resgate, um serviço a ser prestado à ciência do direito.

O direito comparado haure suas raízes na própria história do direito europeu. Lembre-se que a compartimentação dos estudos jurídicos já é fruto dos tempos modernos, pois época houve em que os conhecimentos jurídicos tinham o mesmo foro de universalidade que os de qualquer outra ordem científica. Foi a época em que as instituições romanas, por sua racionalidade técnica, impunham-se ao direito costumeiro da Europa ocidental e, embora se tratasse de um direito referente a um povo e a um Estado, não

se cogitava de limitações geográficas ou políticas em relação ao estudo científico de suas instituições, do mesmo modo que o estudo da filosofia grega não circunscrevia a filosofia a seu país de origem, a Grécia clássica. Idêntica universalidade também ocorrera na Idade Média, quando o direito canônico unia os Estados feudais sob um único ordenamento em relação a diversas questões, e na época pré-renascentista, quando o direito romano redescoberto era ensinado nas primeiras universidades e se constituía em *jus commune* da Europa.

O processo de separação dos sistemas jurídicos acompanhara a racionalização da sociedade e se afirmara com a consolidação do Estado moderno, o que culminou, quanto à jurisprudência, com as escolas dogmáticas desenvolvidas após as grandes codificações, especialmente o Código Napoleão.

A compartimentação dos direitos positivos importou em idêntica compartimentação da ciência do direito, pois o ensino jurídico passara a ser tão dogmático quanto seu objeto, o que, em função da mentalidade positivista que via na filosofia uma *ancilla scientiarum*, havia absorvido a tendência a minimizar os estudos de teoria geral e de filosofia do direito, último baluarte da universalidade do direito, chegando até sua eliminação dos currículos dos cursos jurídicos ou sua redução qualitativa e quantitativa no conjunto das disciplinas, fato esse agravado pela perda do alcance ético dos fundamentos do direito.

Estudado em algumas instituições universitárias especialmente importantes, ao tomar-se consciência desses fatos da evolução histórica da ciência jurídica, o direito comparado surgira como possível resposta à necessidade de resgate daquele tradicional sentido de universalidade, o que igualmente respondia às exigências cada vez maiores determinadas pelo incremento das relações internacionais.

O ponto de partida do direito comparado é o fato de o Estado não ser mais que acidente histórico, sem dúvida durável, mas

mutável de acordo com as influências ecológicas, demográficas, econômicas e de ordem subjetiva, que o influenciam e que condicionam a ordem jurídica. Mais ainda, parte-se da constatação elementar de que os homens, com o progresso da civilização, com o aperfeiçoamento dos meios de comunicação e com a maior complexidade das relações sociais, estão a exigir agrupamentos mais amplos aos quais nossas fórmulas de legalidade estatal já não mais se enquadram. Isso tende a gerar um hiato cada vez mais acentuado entre a realidade jurídica e as fórmulas de legalidade que, por força do poder político conservador, procuram manter-se. Ou, em outras palavras, tende acentuar a inadequação entre a vivência do direito e sua forma, entre a norma e sua matéria, entre a conduta e sua expressão normativa, entre os modelos jurídicos e a matéria social.

Pelo que já se tem feito, graças ao trabalho de inúmeros Institutos de Direito Comparado, pode-se distinguir algumas das noções fundamentais da novel disciplina.

O objeto do direito comparado releva da confrontação entre situações reguladas por diferentes sistemas normativos. Extravasa a legislação comparada, entendida como confrontação, aproximação, cotejo ou comparação de instituições jurídicas de Estados diferentes, com o fito de anotar suas discrepâncias e determinar as analogias encontradas com vistas à aproximação ou reconciliação das legislações diferentes ou, ainda, objetivando a solução de um contencioso em que as fontes tradicionais do direito local sejam consideradas insuficientes para o dirimir.

O direito comparado é muito mais amplo. Seu objeto é constituído pelo conjunto das fontes do direito, com a finalidade de descobrir as constantes de sua evolução. E, assim, a disciplina se afirma com foros de autonomia científica, pois, não se restringindo à mera contemplação e descrição dos ordenamentos estrangeiros, pretende relacionar as correntes do pensamento com as regras de direito e práticas judiciais e extrajudiciais, reconstituir as relações dos diver-

sos institutos entre si, no que elas possuem de perene, bem como as relações desses institutos com a política geral dos povos e com os grandes agrupamentos humanos.

Esse largo objetivo não se deixa restringir pelo aspecto puramente normativo, mas envolve considerações interdisciplinares de natureza sociológica, econômica, histórica, política e filosófica. Isso não obstante, o ponto de vista formal da própria jurisprudência tende a prevalecer, pois o direito comparado vislumbra a redução dos diferentes conhecimentos oriundos daquelas ordens científicas a uma expressão de positividade normativa. Com isso, procura-se afastar o risco de enciclopedismo e a possível confusão com outras ciências sociais e culturais, em especial a teoria geral do Estado e a ciência política, considerando que essas disciplinas oferecem analogias quanto ao respectivo objeto material, que tanto poderá ser a sociedade quanto o Estado e sua organização normativa. A teoria geral do Estado considera a estrutura do fenômeno Estado, seja quanto à forma, divisão política e administrativa, seja quanto ao regime político, organização e funcionamento do respectivo sistema de governo, e objetiva a explicação causal-teleológica, segundo uns, ou a compreensão dialético-valorativa, segundo outros, desse fenômeno. A política estuda o poder em suas diferentes manifestações, inclusive os meios de conquista do poder político, as formas de seu exercício e os fins a que se propõe, e objetiva relacionar essas manifestações, isoladamente ou em conjunto, com determinados valores historicamente vigentes na comunidade considerada.

Em relação ao objeto do direito comparado, há que se distinguir ainda o direito comparado *histórico*, que considera os ordenamentos jurídicos do passado, entre si ou relacionados ao direito atual, e o direito comparado *dogmático*, que tem por objeto os sistemas jurídicos atuais. A rigor somente este último constitui ciência jurídica em sentido estrito, já que o direito comparado histórico pode ser considerado especialização da his-

tória do direito. Mas nada impede que sua metodologia e objetivos sejam os mesmos, ao fazer-se referência ao passado.

Deve-se distinguir ainda entre o direito comparado puro e o aplicado, tomando como critério dessa divisão a prevalência de objetivos teórico-científicos, como a formulação de teorias jurídicas, teses e conceitos, ou técnico-práticos, como, por exemplo, a elaboração de um projeto de lei.

O método do direito comparado tem algumas nuances que o distinguem da metodologia concernente ao estudo de um único ordenamento jurídico histórico ou estrangeiro, ou de coleções de fontes jurídicas estranhas, ou ainda de situações casuísticas. O direito comparado se inicia com a apresentação de pontos comuns e dessemelhanças existentes, considerando-se várias ordens jurídicas. Tal método envolve uma contínua confrontação das normas jurídicas nacionais e estrangeiras, consideradas dentro da estrutura social, que é produto da evolução histórica e do conjunto das aspirações materiais e tendências espirituais da época no país ou no conjunto de nações tomadas como ponto de referência. Assim, as regras de direito interessam ao comparatista, menos em sua expressão normativa do que na manifestação de certa posição doutrinária.

Os processos de trabalho do direito comparado são derivados dos próprios institutos jurídicos e dos procedimentos da técnica jurídica, sendo aplicáveis as mesmas regras válidas para a distinção entre ciência e técnica. No plano científico, o objeto da jurisprudência pode receber tratamento sociológico, histórico ou dogmático-jurídico, sendo que as respectivas regras de metodologia igualmente se aplicam ao direito comparado, subordinadas aos fins retro indicados. Assim, a pesquisa empírica, sociológica e histórica, bem como a generalização indutiva dos fenômenos que podem ser considerados no campo do direito, e a consideração dialética da conduta fornecem elementos ao direito comparado.

Já se observam os primeiros resultados do direito comparado em matéria de uniformização dos sistemas jurídicos, pois, nos Institutos de Direito Comparado, já se pesquisa o direito europeu, entendido como o direito uniforme dos países da União Européia, um direito desenvolvido a partir do direito uniforme do mercado comum europeu, e, embora em fase embrionária, pode-se falar em direito latino-americano, referindo-se às normas específicas do Mercosul ou às normas comuns dos diferentes mercados comuns, como o Grupo Andino e o Mercado Comum Centro-Americano.

No campo dogmático, a grande contribuição do direito comparado à moderna ciência do direito é a classificação dos ordenamentos jurídicos, os quais são agrupados em sistemas jurídicos ou famílias de direito.

Infelizmente, nossa concepção de ensino jurídico se apóia sobre uma prevalência quase absoluta das normas de direito positivo, e a organização curricular segue as divisões tradicionais que separam o público e o privado.

O essencial no ensino jurídico não é apresentar as normas jurídicas vigentes, mas familiarizar o estudante com a estrutura, as categorias gerais e particulares e os conceitos de determinado sistema de direito positivo, considerado no contexto formado pelos da mesma família, ensinando-lhe o vocabulário, a terminologia e os conceitos fundamentais desse direito. É ensinar-lhe os métodos de aplicação, interpretação e integração das leis, com a ajuda dos quais ele poderá encontrar a solução adequada aos problemas jurídicos concretos. É desenvolver no estudante a sensibilidade própria do jurista para perceber essas soluções e, sobretudo, para impregná-lo da idéia da justiça.

A classificação dos ordenamentos jurídicos traz nova distinção metodológica, a que se procede entre microcomparação e macrocomparação.

Na microcomparação, considera-se o direito nacional ou determinada norma positiva, a qual deve ser comparada com nor-

ma semelhante de outro direito estrangeiro, ou de vários deles. Na macrocomparação, o direito é encarado estruturalmente como parte de uma família de direitos, e a comparação se processa em nível menos casuístico e mais conceitual, apurando-se as possíveis similitudes conceituais entre diversas ordens jurídicas, também encontradas na estrutura global de sua respectiva família de direitos.

Micro e macrocomparação revestem-se de importância especial logo que se sistematizam os procedimentos hermenêuticos, nos quais, ao lado da interpretação gramatical, lógica e histórica, alinha-se a interpretação sistemática, pela qual a norma jurídica a ser interpretada é considerada parte de um conjunto normativo, seja o formado por outras normas da mesma espécie, seja em relação ao sistema geral constituído pelo ordenamento positivo, seja no contexto mais amplo formado pela família de direitos na qual este se insere.

2. As famílias de direitos

Essa tese, do agrupamento dos direitos positivos em famílias, é uma decorrência do fato de que, no domínio do direito, como no das demais ciências, por trás da grande variedade de direitos particulares, podem ser reconhecidas categorias gerais, de número limitado, em torno das quais é possível agrupar-se os diferentes ordenamentos jurídicos.

Existem elementos variáveis e elementos constantes no direito. Sendo o comparatismo ainda uma ciência jovem, não chegaram os comparatistas a um acordo sobre qual elemento seria prevalecente para agrupar os direitos em conjuntos. Mas o fato é que em todos os ordenamentos, independentemente das regras vigentes, existe todo um jogo de conceitos, de métodos de pesquisa, um modo peculiar de encarar o mundo, a sociedade e a justiça. São elementos extranormativos que dão ao direito suas características típicas e asseguram sua por meio através de todas as variações que possam sofrer as

normas. Isso é de tal forma importante que a consideração pura e simples das normas jurídicas vigentes em determinado momento histórico fornecerá uma visão incompleta e evidentemente falsa do direito. Não que esses elementos deixem de estar sujeitos à mesma evolução, mas que se trata de um desenvolvimento muito mais lento que não se compara com as freqüentes mutações a que estão sujeitas as leis.

Daí que a preocupação central da dogmática comparatista seja a fixação de critérios seguros para a classificação dos ordenamentos jurídicos de todo o mundo.

A tais ordenamentos convencionou-se chamá-los de “sistemas jurídicos”, devido à predominância doutrinária que vê nas ordens jurídicas positivas uma normatividade estruturada segundo os princípios da lógica formal tradicional. As leis componentes de um ordenamento positivo estariam assim dispostas segundo uma estrutura de derivação a partir da constituição, que seria a norma básica da qual todas as outras derivariam, até as normas individualizadas nos atos e negócios jurídicos e nas decisões judiciais casuísticas, formando uma espécie de pirâmide normativa, tendo nas leis ordinárias e regulamentos os escalões intermediários.

É claro que uma tal estrutura analítica é deveras discutível, quando comparada com a realidade dos direitos dos povos, os quais ostentam leis inconstitucionais, normas contraditórias e lacunas jurídicas e axiológicas, mas serve como modelo ideal racional a ser concretizado em função da racionalidade que deve reger as relações jurídicas, ou então como modelo teórico que auxilia a demonstrar como se processam ou devem proceder as relações intra-ordenamentais.

Quando em direito comparado se fala em classificação dos sistemas jurídicos, afasta-se essa conotação analítica e almeja-se tão somente a reunião dos diferentes ordenamentos positivos em torno de características comuns que apresentam, tais como, gê-

nese histórica, influência religiosa, ideologia e objetivos políticos. Na verdade, não há consenso entre os comparatistas a respeito dos critérios de classificação, mas somente ensaios de aproximação de caracteres comuns.

Por isso, em vez de falar em sistemas jurídicos, parece mais adequada a terminologia proposta por René David (1964), que fala em “famílias” de direitos.

O autor distingue cinco grandes famílias de direitos, com base na influência preponderante das respectivas civilizações: o sistema ocidental, compreendendo o grupo romano-germanista e o anglo-americano, o sistema soviético, o sistema muçulmano, o sistema hindu e o sistema chinês.

Solà Cañizares adota como critério a influência religiosa, distinguindo assim os sistemas ocidentais, de inspiração cristã, mas cujas fontes não são constituídas pela religião, o sistema soviético, de espírito ateu e anti-religioso, e os sistemas religiosos, em que as fontes são constituídas pela religião de maneira prevalecente, compreendendo o direito canônico, o muçulmano, o hindu e o israelita.

Na atualidade, levando em conta as transformações ocorridas no mundo de hoje, principalmente a falência dos modelos socialistas de Estado, deixaram de subsistir as condições que levaram esses autores a considerar o sistema soviético à parte dos demais. Leve-se ainda em conta que a tradição doutrinária dos países outrora submetidos à dominação política da ex-União Soviética é portadora de tradições romanistas e cristãs, estas pela presença histórica da Igreja Bizantina. Por isso, não vejo motivos para considerar o sistema soviético, mas, em relação a Cuba e China, eles formam uma família distinta que pode ser definida como de direitos socialistas, em virtude da influência da ideologia socialista em suas instituições, principalmente em matéria de propriedade.

É mister assinalar finalmente que, na ciência jurídica desenvolvida nos países do

mundo socialista, convencionou-se classificar os sistemas jurídicos segundo os critérios político-ideológicos que dividiam o mundo ocidental em dois blocos antagônicos, o mundo capitalista em oposição ao socialista. Nesse sentido, a classificação usual adotada opunha o *direito burguês* ao direito socialista.

Numa visão tão universal quanto possível das ordens jurídicas existentes atualmente, duas grandes categorias podem ser desde logo distinguidas: ordenamentos jurídicos de fundamento religioso e ordens jurídicas de fundamento civil ou secular. Enquanto a primeira categoria abrange os povos pertencentes a uma mesma comunidade religiosa, que pode extravasar as fronteiras nacionais ao aplicar-se a indivíduos unidos por uma fé comum, a segunda tem um campo de vigência puramente territorial.

Os direitos confessionais dos judeus, cristãos, muçulmanos, hindus e budistas têm validade de direito civil, principalmente nos países islâmicos e nos do sudeste asiático, em especial quando se trata de família e sucessões. Isso é igualmente válido para muitos povos cristãos em assuntos que envolvem questões religiosas, como o matrimônio e a paternidade, e ainda a respeito de problemas cujo alcance ético transcende os limites impostos pelas leis positivas, tais como, transfusão de sangue, suicídio, eutanásia e aborto.

A validade e efetividade do direito religioso pode ocorrer de maneira direta, quando ele tem sua validade própria e imediata por meio de jurisdições religiosas, ou indireta, quando é aplicado por meio do direito estatal.

Quanto aos direitos seculares ou não-confessionais, distinguem-se dois grandes sistemas, o romano-germanista e o anglo-americano.

O sistema romano-germanista compreende os ordenamentos jurídicos forjados à base do direito romano e que incorporaram alguns institutos característicos do direito consuetudinário dos povos germânicos. A

ele pertence o direito francês e a imensa caudal de sistemas jurídicos nacionais, desde os Estados latinos até a Holanda, que sofreram sua influência doutrinária e prática, notadamente com o Código Civil de 1804. E o grupo formado pelos ordenamentos das nações germânicas, principalmente a Alemanha, a Áustria e a Suíça. Esses direitos se caracterizam pela mistura dos direitos romano e canônico com numerosos costumes germânicos que foram assimilados pelas codificações nacionais, e que mais tarde tiveram recepção na Ásia Ocidental e na Turquia.

O sistema anglo-americano caracteriza-se pela coexistência de um direito costumeiro e jurisprudencial (*Common Law*) e um direito escrito (*Statutes*).

As diferenças entre os dois sistemas são bastante nítidas. No sistema romanista, as leis constituem expressão eminentemente legislativa, enquanto o sistema anglo-americano é eminentemente consuetudinário. Ainda que na atualidade se verifique certa tendência a conceder espaço maior ao direito escrito, a tradição e a própria mentalidade jurídica transmitida pela educação universitária na Inglaterra e nos EUA forçam a prevalência do *jus non scriptum*.

Na tradição romanista européia continental, exportada para a América Latina, o papel do juiz é passivo, ele interpreta as leis e as aplica. Na *common law*, o juiz participa da criação das regras de direito segundo o princípio do precedente, consubstanciado na regra do *stare decisis*.

Nos sistemas jurídicos de tradição romanista, a regra de direito é concebida como princípio normativo geral e abstrato, acima das situações concretas, formando a premissa maior de um silogismo em que a sentença se constitui. No sistema jurídico da *Common Law*, a norma jurídica é concebida ao nível da casuística, isto é, o juiz forma uma regra para cada caso concreto, na conformidade dos precedentes, em vez de uma regra geral (cf. DAVID, 1964, p. 339).

É claro que estamos falando de diretrizes e princípios que se afirmaram em virtu-

de de diversos fatores históricos e sociológicos, o que não impede que, no mundo atual, verifique-se a tendência a maior uniformização de ambos os sistemas, isso devido aos fenômenos da globalização, do aperfeiçoamento dos meios de comunicação e do domínio da informática.

Convém assinalar que, em alguns países outrora pertencentes à antiga Comunidade Britânica, como a África do Sul, a província de Québec, no Canadá, e o Estado americano da Luisiana, constata-se a convivência, espécie de meio-termo, entre ambos os sistemas, pois nessas regiões subsiste uma tradição romanista de origem francesa, pelo menos com validade formal, já que na prática vem-se impondo o tradicional direito do precedente.

Fenômeno análogo ocorre nos países escandinavos, os quais não se apóiam em nenhuma das tradições peculiares aos dois grandes sistemas jurídicos indicados, mas ostentam leis e instituições que os inserem ora no sistema romanista, ora no da *Common Law*, ressaltando-se a notável influência doutrinária do pensamento jurídico anglo-americano nesses países.

É um assunto verdadeiramente fascinante e que oferece grandes possibilidades de desenvolvimento às vocações jurídicas autenticamente científicas e inconformadas com a relativa estagnação da jurisprudência, causada pelo isolacionismo ainda dominante na ciência jurídica de cada país.

3. O nivelamento dos sistemas jurídicos

A variedade dos sistemas jurídicos pode ser verificada tanto nas regras de direito substancial quanto no espírito das normas jurídicas e nas formas de sua produção. Daí que um mesmo instituto jurídico pode assumir diferentes formas. A tutela, por exemplo, ora surge como sistema de proteção ao menor, incapaz de fato, ora como garantia para a família, com fundamento no pressuposto de que o menor poderia fazer mau uso

dos bens em detrimento de sua família, ora com ambos os aspectos, sem que tal mudança de atitude em relação ao instituto traduza modificação relevante no tratamento normativo que receba. E sabe-se que as origens greco-romanas da tutela prendem-se à imposição religiosa de manutenção do culto aos antepassados.

Todos os ordenamentos jurídicos do Ocidente assimilaram a tese de que o direito de propriedade deve sofrer limitações legais, pois seu uso não pode vir em prejuízo da coletividade. Mas o conteúdo dessas limitações é mais restrito em alguns ordenamentos, dentro do princípio do direito individualista da função social da propriedade, e mais amplo em outros, de acordo com as doutrinas coletivistas, segundo as quais a propriedade é de todos, podendo estar a serviço do indivíduo como delegação da comunidade. Em ambos, as limitações ao direito de propriedade estabelecem sua subordinação a objetivos superiores, que se identificam com o respeito aos direitos de outrem, em uns, e com os ideais coletivistas, em outros.

Nos países capitalistas, a tradição jusnaturalista levou a que se mitigasse o absolutismo que o instituto do direito de propriedade herdara do direito romano, imprimindo-lhe a idéia da função social. Nos países socialistas, o direito de propriedade foi simplesmente abolido, o que não obstou ao Estado atribuir a indivíduos o uso e fruição de certos bens, com resultados semelhantes aos que os países capitalistas haviam conseguido, embora por caminhos radicalmente opostos.

No mundo contemporâneo, a rigidez das disposições atinentes ao uso da propriedade, em países que ainda mantêm um sistema socialista de governo, tem sido mitigada pela necessidade de desenvolver uma economia de mercado, em condições de participar do comércio internacional.

O tratamento dado pela doutrina e pelas legislações aos direitos subjetivos também oferece nuances que possibilitam estabele-

cer distinções entre os ordenamentos. Na concepção tradicional francesa, os direitos subjetivos são definidos como poder da vontade. No Estado nazi-fascista e no antigo Estado soviético, a concepção que as leis assimilaram em matéria de direitos subjetivos atribuía aos indivíduos certo poder de coerção no interesse de um grupo social que os absorve, o *Volk* alemão ou a Internacional Comunista. Em ambos, uma *facultas agendi* que não é exercida no interesse pessoal.

Outro exemplo marcante é o modo de desenvolvimento das diferentes instâncias de normatividade, tratadas pela doutrina como fontes formais do direito.

Essas divergências entre os sistemas jurídicos decorrem de vários fatores que podem ser divididos em dois grupos: fatores de diversificação e fatores de nivelamento.

Os principais fatores de diversificação são as diferenças de origem dos ordenamentos. O individualismo extremado das tribos da floresta contrasta com o associacionismo profundo das tribos do deserto, com repercussões nos respectivos usos, costumes e leis. Tais diferenças se explicam pelas respectivas condições geográficas, pois na floresta as fontes de água potável existem em abundância e são relativamente próximas umas das outras, ao passo que nos desertos e savanas essas fontes estão separadas por enormes distâncias. Assim, a união em torno de uma fonte de água potável é condição de sobrevivência para os habitantes dessas regiões, o que não se aplica aos povos da floresta.

Idêntica explicação pode ser dada à evolução de certos grupos sociais, que, do nomadismo primitivo em função da caça e do pastoreio, evoluíram para o sedentarismo das populações que se dedicavam à exploração da terra.

Os fatores de nivelamento são as condições que provocam migrações jurídicas. Essas ocorrem tanto pela imposição brutal das leis de um país invasor, como pela pacífica assimilação de um ordenamento jurídico por outro.

Os exemplos de invasões são inúmeros. Quando os espanhóis ocuparam a América Latina, introduziram com extrema brutalidade suas leis, sem nenhum respeito pelos costumes autóctones. Na Áustria, o direito nazista foi imposto no dia seguinte ao da anexação.

Nem sempre, porém, o colonialismo determinou o nivelamento dos direitos: os franceses tentaram fazer penetrar pela força o seu direito nos países ocupados, mas o fizeram parcialmente, conservando as leis e costumes dos nativos em matéria de estatuto pessoal, e procuraram introduzir suas próprias concepções em matéria de direitos reais. Certo respeito aos costumes e à tradição dos povos dominados talvez explique o relativo sucesso da colonização portuguesa na África.

Mas os exemplos mais notáveis de migração jurídica foram a expansão do direito romano e o nivelamento propiciado pelo direito canônico.

A expansão do direito romano conheceu duas fases.

Inicialmente, em decorrência da expansão militar do Império Romano, ocorreu um nivelamento de costumes dos povos que habitavam a Europa ocidental. Muito embora tivesse havido no início uma imposição forçada das regras do *jus gentium*, sua assimilação pelos bárbaros se explica menos pela maneira como ocorreu a imposição *manu militari* do que pela evidente superioridade das leis de Roma e pelo fascínio que a civilização romana exercia sobre as tribos bárbaras.

A segunda fase ocorreu muitos séculos após o desaparecimento do Estado romano. Trata-se da expansão doutrinária conhecida como *recepção do direito romano*, pois, por sua racionalidade e tecnicismo, pela coerência e logicidade de seus conceitos, o direito romano, redescoberto e estudado a partir do século XI, utilizado inicialmente como fonte subsidiária, foi aos poucos sendo utilizado por magistrados que freqüentemente se viam perdidos no emaranhado de costumes. Esse

envolvimento aumentou de modo tal que, até o advento das codificações, erigiu o direito romano em *jus commune* da Europa ocidental.

Nivelamento semelhante se observa em matéria de direito de família, mas devido ao direito canônico.

Tal como na fase de expansão doutrinária do direito romano, mesmo em assuntos em que os juízes não eram obrigados a estatuir conforme o direito canônico, este se impunha *auctoritate rationis*, pois as soluções canônicas eram consideradas mais convenientes do que as preconizadas pelas tradições locais.

A influência do direito canônico exerceu-se de maneira direta, pois em determinados assuntos ele se impunha de ofício, não importando a nacionalidade do juiz, ainda que as leis e costumes locais estatuíssem de modo diferente.

Mas ocorreu também uma influência indireta, pois, levando em conta as diferenças entre a Igreja de Bizâncio e a Igreja Romana, os cânones relativos à família eram aplicados em toda a Europa, inclusive a oriental, favorecendo o nivelamento do direito de família europeu.

O movimento de codificação também contribuiu para a aproximação e nivelamento dos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina, devido principalmente à influência do Código Napoleão, de 1804.

No mundo de língua inglesa, a *common law* britânica foi assimilada pelos Estados Unidos da América durante o período colonial e expandiu-se por toda a *Commonwealth*.

Na América do Sul, não se deve olvidar a obra de Teixeira de Freitas, cujo *Esboço*, publicado em 1860 como ensaio¹, repercutiu na elaboração do Código Civil da Argentina, de 1867, o qual foi adotado em 1871 pelo Paraguai.

Além da influência doutrinária de Teixeira de Freitas, registra-se a influência legislativa do Código Civil do Chile, de 1855, que serviu de modelo ao Código argentino e foi adotado pela Colômbia e Equador, com poucas modificações.

Costuma-se apresentar a existência da parte geral do Código Civil Brasileiro, de 1916, como exemplo de influência legislativa do Código Civil Alemão, de 1900. Segundo a lição de René David (1964, p. 90, § 66, nota 1), a adoção de uma Parte Geral para o Projeto Clóvis Beviláqua se deve menos à influência do *Burgerliches Gesetzbuch* (BGB) do que ao precedente da Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, de 1858, quando, pela primeira vez no mundo, propôs-se sob forma legislativa uma parte geral.

Entretanto, a proposta de Teixeira de Freitas pareceu quebrar a unidade do sistema jurídico ocidental, se considerarmos a uniformidade que decorreu da expansão doutrinária e legislativa do Código Napoleão, mas se sabe que as vertentes doutrinárias de Teixeira de Freitas radicam na escola histórica do direito e na hermenêutica conceptualista dos pandectistas germânicos.

Outro fator de nivelamento dos sistemas jurídicos, talvez o mais freqüente, é a simples imitação, pois o conhecimento dos sistemas estrangeiros e a comparação com as regras nacionais induzem à busca de uniformização. Após a Primeira Guerra Mundial, verificou-se uma europeização dos Códigos Civis da China e do Japão, o que se explica em boa parte pelo prestígio da civilização ocidental no Extremo Oriente. O mesmo ocorreu na Turquia, onde o Código Civil Suíço foi adotado integralmente.

As revoluções, finalmente, têm-se constituído em fator tanto de diversificação quanto de nivelamento.

Sob um ponto de vista sociológico, o fenômeno que se convencionou chamar de *revolução* sintetiza o desenvolvimento de fermentos ideológicos que, à medida que são absorvidos ou simplesmente impostos pelos donos do poder social, tendem a modificar quase radicalmente os comportamentos dos membros do grupo.

Tais fermentos se caracterizam por intenso poder de diversificação dos sistemas jurídicos, ainda que temporário, que se faz sentir quando os grupos sociais, agitados

pelos movimentos de subversão da ordem preestabelecida, saem do circuito onde gravitam os povos vizinhos e vão encontrar-se em situação de excentricidade em relação a estes. A diversificação começa a se fazer sentir quando um grupo social se afasta da relativa uniformidade jurídica que decorrerá da influência dos desejos comuns, das civilizações imitadas e das migrações jurídicas brutais. Mas esse processo se transforma em fator de nivelamento se a revolução tiver sido exportada, devido a certo grau de hegemonia que leve os grupos vizinhos ao caminho trilhado pela aludida revolução. Exemplos históricos significativos desse processo foram a Revolução Socialista e o Terceiro *Reich*, que conduziram a Rússia e a Alemanha a uma posição excêntrica. Mas foram experiências revolucionárias efêmeras, que não tiveram o condão de impor-se aos povos vizinhos, embora tivessem temporariamente determinado o nivelamento de seus sistemas jurídicos.

A Revolução Francesa, de 1789, atuou como importantíssimo fator de nivelamento, pois os fermentos ideológicos que a inspiraram desde logo se impuseram à imitação de todo o mundo ocidental.

Por um caminho diferente, pode o comparatista explicar a divergência entre os sistemas jurídicos, bastando observar o modo como as leis são propostas. Existem assim duas possibilidades: primeiramente, procura-se exprimir os desejos do grupo interessado segundo as aspirações que recebem o assentimento da maioria dos homens que compõem o grupo; a segunda possibilidade é a promoção, junto aos membros do grupo, do ideal moral ou político-ideológico que inspira uma minoria atuante, a qual realiza esse ideal mediante um certo número de reformas sociais e econômicas. No primeiro caso, temos normas estáticas, também chamadas *leis naturais*, nesse sentido evocado pelo comparatismo; no segundo, temos leis políticas ou revolucionárias. Leis naturais ou políticas, segundo a nomenclatura ora proposta, são necessariamente divergentes:

primeiro, sobre os pontos nos quais a influência geográfica ou ecológica é determinante; segundo, na medida em que elas se dirigem a grupos cujos graus de evolução econômica ou cujas estruturas sociais sejam diferentes. Assim, admite-se que os Estados Unidos da América e o Brasil não atingiram idêntico grau de desenvolvimento econômico e social, é evidente que suas leis de direito econômico não sejam as mesmas; se a estrutura social da França é diferente da estrutura social dos países árabes, o direito sindical de ambos não poderá ser idêntico.

Por conseguinte, na medida em que as leis são “naturais”, isto é, expressão da maioria, a simples consideração das diferenças no grau de desenvolvimento econômico ou nas estruturas sociais explica a disparidade dos sistemas de direito positivo. Quanto às leis políticas ou revolucionárias, seu particularismo se demonstra ainda mais evidente, pois em sua maioria são determinadas por acidentes históricos. Mas, se no início as leis revolucionárias são sempre um fator de diversificação, elas se constituem em fator de nivelamento quando ocorre a já mencionada tendência à expansão no circuito onde gravitam os países vizinhos; ou, mesmo não sendo do mesmo círculo, naqueles que pelo menos possam absorver os ideais que inspiraram a revolução, que devem necessariamente possuir um grau muito grande de atração, podendo repetir-se o ciclo das migrações jurídicas ou manifestar-se a lei sociológica da imitação.

4. A globalização como fator de nivelamento

A contemporaneidade convive com novo fator de nivelamento dos sistemas jurídicos. É o fenômeno da globalização, que, articulada com o crescente domínio da informática em todos os setores, está levando as nações do mundo a uma unificação de seus direitos positivos, com vistas a estereotipar os modelos econômicos das nações, a pre-

texto de facilitar o intercâmbio internacional de pessoas, bens e serviços.

Em função das necessidades e interesses do mercado mundial, as decisões políticas que devem expressar-se em normas jurídicas assumem cada vez mais uma conotação financeira e mercantil, mas ditadas por grandes organizações empresariais e organismos internacionais, tais como o FMI, o BID e o BIRD, além das grandes instituições financeiras multinacionais, as quais tendem a impor de maneira uniforme suas próprias regras aos países onde se procura expandir o modo de produção capitalista.

Desenvolve-se assim nova *lex mercatoria* a presidir o comércio entre firmas, as quais estabelecem uma organização institucional que compreende extensa rede de franquias, representantes e filiais espalhadas pelo mundo todo, ou seja, as próprias empresas engendram as regras de suas trocas comerciais, muitas vezes à margem do direito positivo dos lugares onde se instalam.

Além desse pluralismo jurídico transnacional (COELHO, 2001, p. 100 et seq.), o Estado contemporâneo vê minimizada sua soberania, pois as ordens jurídicas nacionais aos poucos se adaptam às exigências dessas novas formas de juridicidade, e que o interesse financeiro e mercantil assoma ao primeiro plano. Só que essa adaptação é disfarçada por teses sedutoras que a *novilíngua* do direito introduz, tais como, flexibilização, desregulamentação, desconstitucionalização, etc., eufemismos que disfarçam o retrocesso em muitas das conquistas históricas das sociedades, conquistas que já se achavam consolidadas nas constituições dos Estados modernos.

Mas não se trata da retirada do direito positivo em relação à vida social, no sentido preconizado historicamente pelo liberalismo, de que os cidadãos cuidariam muito melhor de seus negócios à margem do Estado regulamentador, mas de um deslocamento da capacidade de normar, implicando sua transferência para a esfera privada. Por

outro lado, esse processo interfere na soberania dos Estados quando estes se vêem obrigados a transigir com grandes organizações financeiras e mercantis, as quais impõem normas previamente negociadas por grandes escritórios multinacionais de advocacia, contabilidade, auditoria, negociação e arbitragem, os quais atuam em vários países no intuito de adaptarem as respectivas legislações às exigências dessa nova forma de dominação (CAPELLA, 1996, 1999).

Uma análise ainda que superficial dessa ideologia põe em relevo um fenômeno de profundo significado: o triunfo do modo capitalista de produção, calcado no direito privado de propriedade e nos princípios da livre iniciativa e da economia de mercado, o qual se impõe como modo de produção prevalente, se não o único, no mundo contemporâneo.

Esse fato é tão evidente que mesmo os países que, a exemplo de China e Cuba, conservam um sistema de governo inspirado no marxismo-leninismo abrem-se aos poucos para a economia de mercado e tratam de adaptar suas velhas estruturas aos modelos empresariais capitalistas.

Trata-se da vitória do individualismo consumista sobre o coletivismo socialista. Além de banalizar a visão darwinista da sobrevivência do mais forte, agora revestida de uma dimensão social e universalista, essa visão é portadora de uma lógica que estabelece a causalidade pura e simples entre meios e fins e uma escala de valores que subordina todos os fatores da vida social às exigências da economia capitalista.

Essa avassaladora arrancada do capitalismo incrementou-se com a derrocada da União Soviética, simbolizada pela queda do muro de Berlim, simbolismo que desde logo sinalizou o fracasso das políticas e dos planos econômicos socialistas e, paralela e conseqüentemente, a afirmação, recepcionada como definitiva, do modo de produção capitalista como, se não o melhor, pelo menos o único a viabilizar a articulação entre crescimento econômico sustentável, bem como

a manutenção de um grau razoável de liberdade.

Tal afirmação veio a constituir o núcleo ideológico da tese do *fim da história*, tratando desde logo o saber oficial de internalizar a convicção de que, com a vitória do capitalismo, nada mais restaria a ser criado, inventado ou descoberto pelas ciências humanas.

Essa vitória do capitalismo teve duas implicações basilares. Num primeiro momento, reforça a ideologia que lhe é subjacente, com a tese de que não existem soluções para os grandes problemas da humanidade e para o equilíbrio da sociedade que sejam alternativas ao capitalismo neoliberal. Num segundo, o capitalismo articula-se com a globalização e com a informação, de modo muito conveniente para sua expansão no mundo, já que o capital não tem quaisquer compromissos com as fronteiras nacionais.

Assiste-se hoje a uma banalização das tendências, outrora circunscritas a organizações marginais, a afastar o Estado dos processos multifacetados de tomada de decisões. Organizações não governamentais, serviços de voluntariado, instituições religiosas, comunidades de base, associações de moradores e outras iniciativas, as mais das vezes tendentes a suprir deficiências da atuação oficial do Estado, acabam por reforçar os ideais comunitários e fundamentar a doutrina da autonomia regulamentar da sociedade.

Esse comunitarismo social repercute também nas organizações empresariais, engendrando certa tendência a elas também adquirirem autonomia frente ao Estado, mas uma autonomia de caráter jurídico, quando organizações empresariais cada vez mais amplas instituem sua própria regulamentação normativa e procuram submeter o direito positivo estatal.

A sociedade atual ostenta, portanto, a imagem de um complexo de interesses, valores, projetos e exigências de indivíduos e grupos, uma rede de dimensões globais expressada mediante estruturas dos mais di-

versos aspectos, instituídas e constituídas por amplas redes comerciais, sistemas de produção e distribuição, pelo sistema financeiro e também pelo mercado de trabalho, estruturas que transcendem as fronteiras geopolíticas e culturais.

Essa realidade repercute evidentemente nas concepções comuns de direito, as quais passam a articular-se com a idéia de regulação autônoma ou semi-autônoma de regiões, localidades, grupos e empresas. Nesse amplo contexto, cuja complexidade é agravada em função de uma infinita variedade de fins e escalões que os expressam, e que são articulados por uma rede complexa de declarações, novas formas de organização social podem dimanar da extrapolação territorial, nacional e política do conceito de Estado.

Apesar dessas transformações, a teoria política mantém o idealismo de sua concepção jurídicista, o Estado concebido em função de seu território e soberania, voltado para o bem do povo. Mas o que verdadeiramente se verifica é o deslocamento do lugar geométrico da soberania, quando o Estado perde sua exclusividade para a criação e revelação do direito, sendo cooptado pelas decisões, impositivas ou participativas, oriundas do conjunto econômico de organizações empresariais mundiais. Tal é a nova forma de organização política da sociedade, por meio da qual se impõe a nova ordem mundial, dominada pelos magnos interesses empresariais mundiais e pelas nações mais ricas do planeta.

5. A ética do capitalismo e o renascimento do direito comparado

Além dessas conseqüências, a globalização, conjugada com o binômio capitalismo/neoliberalismo, torna presente uma terceira implicação: a renovada afirmação da ética do capitalismo, a qual repercute profundamente na ideologia jurídica e política do mundo contemporâneo, impregnando

nossas idéias acerca do direito, do papel do Estado, das profissões jurídicas e, especialmente, das teorias da justiça.

Desde tempos imemoriais, a atividade política da humanidade tem-se resumido na tecnologia de dominar as forças produtoras do homem para que elas não se desviem de seu objetivo primordial: o lucro. E, para que o lucro seja ainda mais lucrativo, vale dizer, para que a aplicação do dinheiro se traduza em maior quantidade de mais-valia, é necessário que lucro gere lucro, mais-valia produza mais-valia, num processo denominado *acumulação de capital*.

A história da civilização não o desmente, e nenhuma retórica economicista, nenhuma sofisticação discursiva vai desmentir esse fato prosaico, que o capitalismo tende a aperfeiçoar-se à medida que se sofisticava a tecnologia da exploração do homem pelo homem, a qual engendrou as formas primitivas, medievais e modernas de escravidão, as formas modernas e de colonialismo mercantil, industrial e tecnológico, e agora, a forma pós-moderna de colonialismo virtual.

Nenhum eufemismo será capaz de disfarçar o fato de que, amparado numa tecnologia cada vez mais sofisticada, cujo domínio tende a restringir-se a países cada vez mais ricos e suas organizações empresariais transnacionais, o capitalismo ingressa em nova fase, caracterizada por nova forma de acumulação que transcende as fronteiras geopolíticas dos Estados nacionais. Ou seja, o capitalismo contemporâneo retoma sua primitiva e essencial tendência para a acumulação, com vistas a preparar o desenvolvimento de um modo de produção adequado à nova civilização global.

Esse capitalismo global e virtual está firmemente embasado no neoliberalismo, que é ao mesmo tempo uma filosofia, uma ideologia e um projeto político, a proposta do Estado mínimo, aquele que, mediante um processo de desregulamentação da economia, afasta-se do mercado e retira os obstáculos à competição e à livre concorrência, reservando-se tão-somente às tarefas ineren-

tes à educação, saúde pública, cultura, lazer e administração da justiça. Mesmo nesses setores, porém, deve o Estado estimular tanto quanto possível as iniciativas empresariais.

O neoliberalismo tem portanto sua utopia, que paradoxalmente coincide com a utopia socialista, no sentido de que o Estado tende a tornar-se desnecessário à medida que a sociedade se auto-institui, na plenitude da realização dos indivíduos que a compõem.

Essa é em síntese a ideologia que se lê nas entrelinhas dos tratados de economia política e nos documentos que subsidiaram a política do governo inglês, eleito pelo Partido Conservador em 1980, e do governo Reagan, a popular *reaganomics*, que tem servido de inspiração para os programas políticos neoliberais do mundo subdesenvolvido, inclusive o Brasil, sob a supervisão das organizações econômicas mundiais, impregnadas da mesma ideologia e subordinadas, ainda que subjacentemente, aos mesmos interesses da dominação econômica mundial.

A ética do capitalismo é a exploração do homem pelo homem, tornada legítima por mecanismos ideológicos que a disfarçam sob forma de princípios, valores, conquistas, benefícios e outros mitos. E a lógica do capitalismo é o nexu imputativo que liga a exploração do homem pelo homem com a acumulação de capital, hoje cada vez mais identificada como concentração de renda, mas igualmente dissimulada sob eufemismos e mentiras filosóficas e pseudocientífica, tais como, desenvolvimento, bem-estar social, ordem e progresso, etc., mas que no fundo se subordinam à necessidade de gerar riqueza material.

Evidentemente, a produção material da riqueza não é um mal, pois a racionalidade humana a impõe como causa e efeito do progresso da humanidade. Isso não obstante, quando ela se articula com a necessidade de acumulação e com a marginalização das pessoas excluídas dos benefícios dessa ge-

ração da riqueza, abrem-se questionamentos sobre as vantagens do capitalismo em relação às pessoas, povos e nações marginalizados. Isso porque seu efeito distributivo passa a ser objetivo secundário, somente tolerado se não obstaculizar a produção em si e não interferir no processo de acumulação. É que, paralelamente às necessidades da produção, gera-se a necessidade de acumulação dos seus resultados, o que importa afirmar que os ricos tendem a ser cada vez mais ricos e menos numerosos, enquanto os pobres permanecem naquele patamar de pobreza intrínseca ao sistema.

O mal radica então na falta de ética do discurso capitalista, o qual, centrado na defesa intransigente da acumulação a pretexto de favorecer a produção, faz com que essa ótica acumulativa e marginalizadora prevaleça em todos os espaços da vida social. Só que esse ponto de vista assume hoje uma dimensão planetária.

Se levarmos em conta que a ideologia do capitalismo impõe de modo cada vez mais enfático a submissão da ética à economia, podemos inferir, prosaicamente, que a ética do capitalismo global é a carência de ética, ou seja, uma ética *aética*.

Quando se observa o atual panorama mundial, nota-se que o progresso científico e tecnológico muito pouco está contribuindo para superar as mazelas que ainda separam os povos da terra, pois o mundo está sendo levado a aprofundar os desequilíbrios sociais e, em muitas regiões, ao agravamento da fome, da miséria, do desemprego e da desesperança.

Esperava-se que, após a queda do muro de Berlim em novembro de 1989, as ameaças de guerra em nível mundial envolvendo as superpotências estariam relegadas ao passado. Entretanto, dados coligidos por entidades governamentais e não governamentais, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados e o Conselho de Defesa Nacional dos EUA, reportam que, na década anterior a novembro de 1995, mais de cinquenta milhões de pessoas ha-

viam sido forçadas a abandonar seus lares para fugir de conflitos, atrocidades e diversas formas de intolerância, perseguição e opressão. Cerca de setenta e um conflitos armados haviam sido contados entre 1789 e 1989, destacando-se as atrocidades cometidas por déspotas e ditadores contra seu próprio povo. Reporta a agência de notícias Associated Press que, durante o século XX, os assassinatos perpetrados no interior das nações, a guerra da nação contra si mesma, haviam excedido as mortes causadas pelas guerras convencionais contra inimigos de fora das fronteiras. E cita os expurgos estalinistas, a revolução cultural chinesa, os campos da morte do Camboja, a limpeza étnica na Bósnia, os horrores de Ruanda, mais de 170 milhões de vidas sacrificadas pela intolerância ideológica (ROY, 199-?, p. 8 et seq.).

O que esperar do século que ora inicia? O historiador Arthur Schlesinger, ganhador do prêmio Pulitzer, adverte que, se o século XX foi o da guerra das ideologias, o século XXI começa como sendo o das guerras étnicas (ROY, 199-?, p. 8 et seq.). Com efeito, as antigas ameaças guerreiras, que opunham Estados e nações, hoje foram substituídas por guerras relacionadas com terrorismo, fundamentalismo político e religioso, conflitos étnicos e tribais, narcotráfico e novas formas de escravidão, como a prostituição e o tráfico internacional de trabalhadores. Estes, para fugir do desemprego em seus países de origem, preferem a condição de imigrantes ilegais e são submetidos a condições desumanas de trabalho.

Não será exagero afirmar que por detrás desse panorama impressionante, nada alentador, está a ética, ou melhor, a falta de ética do capitalismo global, a ética aética do capitalismo.

A tendência fundamental do capitalismo é seu próprio fortalecimento, o que exige uma expansão contínua, dissimulada sob o eufemismo do crescimento econômico. Daí, o não menos constante crescimento da demanda de mercadorias, pois o consumo, por mais que cresça em termos absolutos, ab-

sorve apenas parte da mais-valia apropriada, a qual tende a jamais ser suficiente para fazer reverter a produção.

Essa lógica do crescimento contínuo está aliada à busca do maior lucro possível, o que exige a destruição de todas as formas alternativas ligadas à economia voltada para a satisfação das necessidades elementares de uma vida digna.

A situação atual confirma essa característica essencial do capitalismo e sua lógica intrínseca, exigindo a concentração da produção com tendência a monopólios, ao fortalecimento dos bancos, que manipulam valores cada vez maiores, e à exportação de capitais, que tende a ser mais característica da atual fase de expansão do que a exportação de mercadorias.

Como consequência, o excedente de capitais não se consagra à elevação do nível de vida interno, mas à emigração e busca de áreas menos desenvolvidas onde encontre aplicação mais lucrativa. Ou seja, mais do que aético, o capital é apátrida.

Algumas respeitáveis opiniões, entre as quais as de Pierre Bourdieu e Alain Tourraine, admitem uma ética do mercado contraposta às exigências da equidade social como a única que se mantém após o desmoronamento do comunismo. Uma ética de comerciantes, a qual faz as vezes de moral pública e persegue a trindade moral clássica da bondade, beleza e verdade.

Por outro lado, os atuais teóricos do capitalismo procuram banalizar uma ética que, se não é nova, como já asseverara Max Weber (1967), renova-se em argumentos de base empírica que vão fundamentar uma escala de valores adequada aos interesses do capital, com repercussões no conceito mesmo de justiça, subordinando-o aos sentimentos das *well ordered societies*², bem como uma racionalidade que tudo subordina à relação de causalidade entre meios e fins.

A cavaleiro das transformações da economia mundial, e reforçada pela idéia esdrúxula do *fim da história*³, essa ética tende hoje a identificar os valores da cultura euro-

péia e americana, impregnados das noções básicas do capitalismo, que reforçam o direito de propriedade, a liberdade contratual e a livre iniciativa, como o que de melhor a humanidade terá produzido e que jamais produzirá.

A produção da mais-valia como mecanismo pelo qual o capitalismo se desenvolve, e sua tendência predatória diante de outros modos de produção, sempre constituiu o núcleo do pensamento dos grandes teóricos do socialismo, e nenhuma ética é hoje capaz de elidir ou justificar esse fato prosaico, que para alguém enriquecer é necessário, além do próprio trabalho, o concurso do trabalho de outros, cuja produção transformada em mercadoria tende a acumular-se nas mãos de quem enriqueceu à custa do trabalho alheio.

O fato é que a generalização da forma mercantil do produto atribui ao modo de produção capitalista um poder fortemente desagregador. Enquanto as formações pré-capitalistas se caracterizam pela coexistência estável de modos diversos, articulados e hierarquizados, o modo capitalista se caracteriza pela tendência a converter-se em exclusivo, destruindo os demais, o que pressupõe expansão e aprofundamento do mercado interno.

Se esse fato é evidente nos países de economia mais desenvolvida, que puderam estruturar centros industriais altamente sofisticados e poderosíssimas redes mercantis e financeiras, nos países ditos emergentes, como o Brasil, a Argentina, o Chile e o México, a situação é mais cruel.

Nessa espécie de capitalismo periférico, cujas regras são impostas ou induzidas a partir daquele capitalismo central, ainda sobrevivem formas de economia natural que, nos centros urbanos, manifestam-se por meio das pequenas e médias empresas, ou simples atividade de sobrevivência, a exemplo dos camelôs, constituindo uma economia informal.

Essas formas periféricas não são destruídas ou desagregadas totalmente, mas ficam

privadas de sua funcionalidade e são submetidas à funcionalidade dimanada das grandes organizações capitalistas centrais, que atuam por meio de extensa rede de empresas franqueadas, filiais, coligadas, aglomeradas ou simplesmente representantes.

Tal como as organizações sociais primitivas, essas formas de sobrevivência da economia natural ainda formam a base da existência material das sociedades e constituem uma alternativa ao desemprego ou subemprego, ou meio de escapar à miséria sem deixar-se cooptar por organizações criminosas. É fato notório que os bolsões de miséria na periferia das grandes cidades alimentam a mão-de-obra do narcotráfico e do crime organizado. Isso não obstante, na medida em que representam obstáculo à expansão do capitalismo como forma prevalecente de produção, o poder desagregador do capital leva ao aniquilamento sistemático das organizações sociais que procuram viabilizar esses resquícios de economia natural, tendo como resultado o aumento dos bolsões de miséria e deixando a juventude à mercê da sedução da criminalidade.

Nessas formações ligadas à economia natural, procura-se produzir para consumo próprio, e como muito dificilmente ocorre demanda de mercadorias estranhas ao consumo, as formas de economia natural oferecem rígidas barreiras às necessidades do capital. Isso explica porque, onde quer que se instalem as grandes organizações representativas do capital central, a exemplo dos “shopping centers” e das redes de supermercados gigantes, surge a necessidade de travar um combate mortal contra a economia natural na forma histórica com que se apresenta, o pequeno comércio urbano e rural, os botequins de beira de estrada, as feiras livres e os camelôs, por exemplo.

No Brasil, como de resto nos países situados na periferia do capitalismo, a destruição predatória das formas de economia natural ligadas à exploração da terra, ao pastoreio, à indústria e comércio familiar, ao artesanato e outras formas espontâneas, nas

quais se incluem também as microempresas e outras iniciativas geradoras de emprego, engendrou o abandono do campo, a destruição da pequena propriedade rural e o absurdo crescimento das populações urbanas, onde as elites econômicas e a classe média vêem-se sitiadas por uma imensa população de favelados. E quaisquer tentativas de reversão desse processo perverso, promovendo-se, por exemplo, uma reforma agrária coma da redistribuição da terra, ou a implementação de uma política de favorecimento à pequena empresa, encontram os obstáculos da dificuldade de acesso ao crédito, do enfrentamento dos monopólios e cartéis dissimulados e até da incompreensão ideológica dos que ainda vislumbram os fantasmas do comunismo e da destruição dos valores cristãos.

Ciuro-Caldani (2000, p. 10), a propósito, destaca outro paradoxo do capitalismo contemporâneo: ele *inclui*, quase sem fronteiras, as pessoas, materiais e espaços de que necessita, e *exclui* todo o resto. Por isso, especialmente quando se trata de pessoas, pode-se dizer que o atual processo de globalização é ao mesmo tempo um processo de *marginalização*, o qual ocorre em nossos dias com a força especial que possui o capitalismo desenvolvido, cujas técnicas o fazem ocupar todo o âmbito planetário. Enfatiza o autor que já não se pode falar numa *divisão do trabalho social*, mas de uma crescente *exclusão do trabalho* (CIURO-CALDANI, 2000, p. 11). Com efeito, ao que hoje assistimos é um distanciamento crescente das sociedades em geral quanto à tão sonhada igualdade, à medida que se aprofundam as desigualdades como meio de incrementar a produção competitiva que impõe uma espécie de darwinismo social, que joga na fossa comum da exclusão social o hipossuficiente, o débil, o enfermo, o velho, o imigrante, o pobre, os quais sucumbiram na luta contra o mais forte. O darwinismo neoliberal globalizado permite que duzentos e vinte e cinco ricos possuam tanto quanto dois bilhões e meio de pobres, e que três bilionários dete-

nham o produto interno bruto dos quarenta e oito países mais miseráveis do mundo, e ainda que, mesmo nos países mais ricos do mundo ocidental, um quarto da população seja classificada como em estado de pobreza. Ou seja, o capitalismo hoje patrocina a produção em série de ricos nos países pobres e pobres nos países ricos.

Trata-se de uma irresistível tendência à marginalização das pessoas, articulada com uma implicação avassaladora que a própria lógica do sistema engendra, a exigência de acumulação das riquezas produzidas pelo trabalho social.

Se levarmos em conta que a atual crise do direito se confunde com a crise ética do capitalismo neoliberal globalizado, que o mundo atual em nada difere do vivido pelos comparatistas dos anos sessenta, salvo o agravamento dos problemas que sempre afligiram a humanidade, bem como sua maior amplitude, eis que hoje extravasam o âmbito relativamente restrito em que ocorriam para adquirir dimensões planetárias, a lembrança do contexto em que se desenvolveu o comparatismo servirá para justificar a retomada de seus estudos.

No mundo atual, o projeto epistêmico de uma ciência jurídica universal parece cada vez mais distante, em face do triunfo da concepção dogmática do direito e da avassaladora virtualização decorrente de uma tecnologia de informação jurídica cada vez mais sofisticada, que, paradoxalmente, isola e exclui em vez de aproximar. Apesar disso, o mundo atual oferece o quadro para um renascimento, não somente do direito comparado como forma de saber jurídico, como também, e principalmente, para um resgate dos ideais do comparatismo.

As reflexões sobre a ética aética da forma atual do capitalismo podem ser articuladas com as reflexões em torno das possibilidades de resgate desses ideais, o que talvez sirva de inspiração para que o direito se transforme em veículo de impregnação de um mínimo de ética na comunidade das nações.

Relembremos que o ideal do comparatismo surgiu e se desenvolveu nos anos sessenta, num mundo dividido pela guerra fria e numa Europa ainda mais dividida pela herança da segunda guerra mundial. Essa herança guardava as imagens do holocausto e das atrocidades cometidas contra as populações civis, o que redundava em ódio e ressentimento.

O direito comparado, que sempre fora considerado somente um método auxiliar na interpretação da lei, passou a ser visto como um esforço para suprir as conseqüências teóricas e práticas da nacionalização dos ordenamentos jurídicos. Como resultado, foram consolidados os fundamentos epistemológicos que possibilitaram seu estudo como disciplina jurídica autônoma e, mais ainda, como a própria ciência jurídica voltada para um objeto que transcendia as fronteiras geopolíticas dos Estados nacionais, o direito como fenômeno universal.

Mas uma conotação ética profunda presidia seus estudos, pois se almejava a união dos povos mediante a unificação dos sistemas jurídicos nacionais em “famílias de direitos”, expressão cunhada por René David (1964).

Essa ética da união dos povos levava em conta a estrutura do Estado e o poder político, ainda que privilegiando a face jurídico-normativa desses fenômenos, com a função definida de unificar o direito, promover a compreensão e a colaboração internacional, estimular a solidariedade entre os povos e valorizar o conhecimento do direito nacional, mediante a sua integração no contexto geral da cultura dos povos (DAVID, 1964, p. 8 et seq.).

No mundo atual, ainda que o projeto epistêmico de uma ciência jurídica universal pareça cada vez mais distante, em face do triunfo da concepção dogmática do direito e da avassaladora virtualização decorrente de uma tecnologia de informação jurídica cada vez mais sofisticada, esse alcance ético se faz presente. Os intercâmbios aca-

dêmicos, a comunicação mais intensa entre as instituições universitárias e o desejo jamais sufocado de promover a solidariedade entre as nações fornecem efetivamente o caldo para resgatar a dimensão universal do direito por meio do direito comparado.

Que se possa igualmente impregnar a teoria e a práxis do direito com o sentido ético de uma ciência que, respeitando as diferenças, volte-se para a união dos povos.

Notas

¹ NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*, v. 3, p. 212, nota 2, apud Beviláqua (1959, v. 1, p. 12).

² Rawls (1981).

³ Fukuyama (1989).

Bibliografia

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. [S. l.: s. n.], 1959. v. 1.

CAPELLA, Juan Ramón. *En el límite de los derechos*. Barcelona: EUB, 1996.

_____. *Fructa prohibida*. 2. ed. Valladolid: Simancas, 1999.

CIURO-CALDANI, Miguel Angel. Globalización/Marginación: implosión demográfica? *Bioética e Biodireito*, Rosário, n. 5, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1964.

FUKUYAMA, Francis. The end of history? *The National Interest*, n. 16, Summer, 1989.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Ed. UnB, 1981.

ROY, Michel. *The future foretold*. Orange: Family Care Foundation, [199-?].

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira, 1967.