

## A originalidade dos direitos da América Latina

René DAVID\*

(trad. Ana Lucia de Lyra TAVARES)

Há cinquenta anos, tratar da originalidade dos direitos da América Latina seria considerado, sem dúvida, uma loteria. Admitia-se, de modo geral e sem discussão, no início de nosso século, que os direitos da América Latina eram direitos sem originalidade. Os países da América Latina não tinham feito nenhum esforço para desenvolver, em matéria jurídica, concepções e instituições próprias: da mesma forma pela qual eles haviam transplantado teorias e doutrinas políticas dos filósofos e publicistas do século XVIII e da Revolução Francesa, as suas leis eram calcadas nas leis europeias.

Os códigos civis que eles tinham elaborado eram imitações ou réplicas, por vezes, a cópia fiel do código napoleônico; em matéria processual e de direito comercial, os modelos eram anteriores à independência, seguindo as Ordenações espanholas e portuguesas.

A jurisprudência local era ignorada; as obras doutrinárias se resumiam a comentários das leis existentes, sem pretensão filosófica nem objetivo político, destinadas, essencialmente, a facilitar o trabalho dos operadores do direito. Os direitos da América Latina gravitavam na órbita da ciência jurídica da Europa ocidental. Os juristas da América Latina reconheciam, à unanimidade, a supremacia e a eminente superioridade dos juristas do continente europeu; como é que estes, poderiam ficar insensíveis a este lisonjeiro reconhecimento e imaginar que pudesse existir algum traço original que os levassem a se deter e a estudar os direitos dos países latino-americanos?

Entretanto, considerando-se melhor as coisas, esta pergunta poderia ter sido formulada desde aquela época. Ignorar a originalidade dos direitos da América Latina seria tomar partido numa controvérsia que, no século XIX, havia dividido, profundamente, os juristas: a Escola do direito natural e a Escola histórica. É curioso que os juristas nunca tivessem considerado a nossa questão sob esse ângulo; a razão profunda foi o

---

\* Este artigo, escrito em 1953, a pedido do reitor Jean Sarrailh, somente foi publicado sob forma de policópia, em uma brochura especial, pelo *Institut de Hautes Etudes de L'Amérique Latine. Centre de documentation universitaire, 5, Place de la Sorbonne, Paris Ve.*

desenvolvimento insuficiente, nesse período, dos estudos de direito comparado e, por igual, o caráter excessivamente acadêmico das discussões travadas entre os juristas.

A ausência de originalidade dos direitos da América Latina poderia se coadunar com as teses da Escola do direito natural. Se o Direito, conforme os ensinamentos dessa Escola, fosse concebido como um direito ideal, independente de todas as contingências do meio, possuindo um valor permanente e universal, poder-se-ia considerar que os direitos da América Latina fossem um reflexo dessa concepção e que não reivindicassem nenhuma originalidade. A ausência dessa originalidade poderia ser invocada como uma prova do acerto das doutrinas da Escola.

Ao contrário, se se admitissem os postulados da Escola histórica, eles poderiam ser demonstrados com base nos direitos da América Latina; teria sido de grande interesse examinar como, partindo das mesmas premissas, buscando o mesmo ideal, estes direitos, contudo, haveriam de diversificar-se, encontrando soluções variadas, visto que os dados políticos, sociais, econômicos, dos países da América Latina eram diferentes dos da Europa.

O fato mesmo de este estudo nunca ter sido empreendido demonstra uma insuficiência característica da Escola histórica, que não soube, ou não pôde, apesar dos esforços de alguns de seus membros (Post, Feurbach) se situar no terreno fecundo do direito comparado. A Escola histórica sofreu, consideravelmente, no século XIX, de ter sido liderada, quase que exclusivamente, por romanistas e ela se ressentiu, em particular do patrocínio paradoxal de Savigny, que, na realidade, como demonstram suas doutrinas de direito internacional privado, era um adepto do Direito natural. Savigny distorceu todo o jogo, engajando, por razões de nacionalismo, a Escola histórica numa luta, antecipadamente perdida, contra a codificação, e sacrificando, por essa causa perdida, tudo o que a Escola histórica poderia contribuir para a renovação da ciência jurídica.

A questão que estamos examinando aqui mostra bem, por outro lado, a preeminência incontestável, no século XIX, da Escola do direito natural, solidamente ancorada na vitória que alcançara na batalha da codificação.

A situação hoje não é a mesma do século XIX, e nós estamos em melhores condições para examinar o problema da originalidade dos direitos da América Latina.

A preponderância exclusiva, política e econômica, dos países da Europa, cessou. Não estamos mais cegos por esta superioridade, que outrora não nos era contestada, e nos preparamos, com mais humildade, para nos deixarmos impregnar por um espírito de igualdade e reconhecer o que cada um, pequeno ou grande, pode contribuir para a edificação de um patrimônio comum de civilização.

Por outro lado, a codificação, embora continue a ser aprovada e ter progredido, não goza do mesmo prestígio de que desfrutava no século XIX. Nós a consideramos atualmente como uma técnica útil, indispensável para o nosso século; nós não a consideramos mais como uma panacéia universal; nós sabemos que ela é insuficiente para tornar o direito luminoso, acessível a todos, popular; não mais vemos nela a materialização do Direito natural e da Justiça.

Os códigos são uma coisa e o Direito é outra. Por conseguinte, a semelhança dos códigos não significa, necessariamente, que os direitos sejam os mesmos. Nossa atitude, agora mais realista frente à codificação, não nos incomoda tanto, como antes, no estudo científico dos direitos estrangeiros.

Em suma, o século XX é o século do direito comparado. Direcionados, em sua origem à pesquisa do direito legislativo comum, sob a influência de idéias universalistas e de Direito natural, os estudos de direito comparado foram, gradualmente, sendo orientados para um modo mais conforme aos ensinamentos da Escola histórica.

Os comparatistas se limitaram, sem qualquer pretensão de reformar o direito existente, a identificar e a explicar as diferenças dos direitos dos diversos países. Esta nova postura, favorecida pelo avanço de uma concepção realista, sociológica do direito, levou os juristas a se interessarem, cada vez mais, pelos direitos da América Latina, reconhecendo-lhes, gradualmente, a originalidade.

A América Latina apresenta condições favoráveis para os estudos de direito comparado. Os países da Europa e da América falam as mesmas línguas, vinculam-se às mesmas tradições, possuem as mesmas crenças, buscam o mesmo ideal. No entanto, em relação aos países europeus, os da América Latina possuem condições geográficas, econômicas, sociais e mesmo de composição racial essencialmente diferentes.

Em que medida o direito, na América, vai sofrer a influência destes fatores e ser por eles modificado?

O estudo dos direitos latino-americanos, dados os vínculos afetivos e intelectuais que existem entre os países latinos da Europa e da América, é particularmente apto para revelar-nos as relações existentes entre direito e geografia, considerada esta em seus diversos aspectos de geografia física, econômica e humana.

Entretanto, ao mesmo tempo, vê-se como este problema ultrapassa o direito puro e como ele se prende mais a considerações de ordem filosófica, colocando em campos opostos racionalistas e idealistas. O idealista, embalado pelas teorias do direito natural, preocupado em afirmar o valor preeminente da Ideia, e a admitir o universalismo do Direito, buscará, instintivamente, reduzir a originalidade dos direitos latino-americanos. O racionalista, ao contrário, observando a diferença das economias e dos meios físicos e sociais, procurará ressaltar as diferenças que existem entre direitos da Europa e da América.

A observação acima tem sua importância, pois ela pode explicar como e porque, na própria América Latina, a originalidade dos direitos nacionais foi tão pouco enfatizada.

De um modo geral, os juristas da América Latina foram idealistas; esforçaram-se, constantemente, por isso mesmo, em sublinhar, muito mais, tudo aquilo que, em virtude de um ideal comum, os prendia à tradição e às concepções da Europa, do que destacar a autonomia e originalidade de seus direitos.

É significativo perceber como os estudos de direito comparado, em particular, conservaram até aqui, na América Latina, uma orientação diversa, em larga medida, dos da Europa: trata-se do interesse sobretudo pela unificação internacional do direito, por parte dos comparatistas e institutos de direito comparado da América Latina; na Europa, ao contrário, embora este interesse não tenha sido relegado, há muito ele não é mais exclusivo e passou para segundo plano. Se a unificação do direito continua a ser um dos possíveis interesses do direito comparado, aos nossos olhos de europeus, ele não é o único. Entretanto, na América Latina, continua-se a fazer direito comparado tendo em mente identificar e realizar um direito universal ou regional comum.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> NT: Em 1895, João Pereira Monteiro escrevia sobre a *Cosmópolis do Direito*, texto publicado na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol.3, p.144. Do mesmo autor: *Da futura universalização do Direito* (1892) e a *Unidade do Direito* (1895), textos publicados na mesma Revista.

Estas observações eram necessárias, antes de abordarmos o nosso assunto e nos perguntarmos, qual é, de fato, a originalidade dos direitos da América Latina. Com efeito, elas nos permitem constatar, as razões pelas quais, no século XIX, esta questão não foi examinada e que, mesmo em nossos dias, não podemos esperar grande ajuda, para resolvê-la, por parte dos autores latino-americanos.

Existem, para caracterizar os direitos da América Latina, traços específicos que opõem estes direitos aos direitos europeus, e quais são eles?

É correto, quando se estabelecem famílias ou sistemas do direito contemporâneo, de incluir os direitos da América Latina em bloco, entre os direitos do sistema continental ou francês? Não se deveria, nesse caso, formular, pelo menos, algumas reservas, exprimir certas nuances? Não seria conveniente, no quadro do sistema de direito continental, classificar à parte os direitos da América Latina?<sup>2</sup> A resposta dada pelos comparatistas a essa questão, nem sempre foi a mesma. Para dizer a verdade, na maioria das vezes, nem pareciam ter se indagado sobre ela, incluindo, sem questionamento, os direitos da América Latina no sistema de direito continental; a dúvida que se pode ter, por vezes, é de saber-se se esses direitos chegaram a ser por eles cogitados ou se foram completamente ignorados. Qualquer que tenha sido o título, de âmbito de muito geral, que tenham conferido a seus trabalhos, diversos comparatistas quiseram estudar em suas “Introduções ao direito comparado” apenas as diferenças entre os direitos da Europa continental e da *Common Law*. Se, por vezes, chegavam a mencionar os direitos ou certos direitos da América Latina, não parece que quisessem focalizar o problema da classificação desses direitos.

Contudo, este problema foi encarado por alguns autores, que o resolveram negando a autonomia dos direitos da América Latina, inserindo-os, sem reserva, na família do direito continental. Tal é, de modo não equívoco, entre os autores de obras recentes,<sup>3</sup> a posição de Wigmore (*A panorama of the world's legal system*, 1932-1936), de Schnitzer (*Vergleichende Rechtslehre*, 1945), de Arminjon, Nolde e Wolff (*Traité de droit comparé*, 1950-52). Menos nítida, mas no mesmo sentido, parece ter sido o entendimento de Gutteridge (*Le droit comparé*, 1949-1953), de Sarfatti (*Introduzione allo studio del diritto comparato*, 1953), de Sauser-Hall (*Fonction et méthode du droit comparé*, 1913), de Ionesco (*Introducere la dreptul civil comparat*, 1925). Tal é

---

<sup>2</sup> NT: O Professor Haroldo Valladão focalizou esse aspecto no seu estudo sobre os direitos latino-americanos, publicado em francês (*Le Droit Latino-Américain*, 1954, Librairie du Recueil Sirey, Paris) e em português (in: *Paz, Democracia, Técnica*, Livraria Freitas Bastos, 1955)

<sup>3</sup> NT: Recorde-se que o presente texto do Professor René David foi escrito em 1953.

igualmente a posição do autor brasileiro, pioneiro demasiado esquecido dos estudos de direito comparado, Candido de Oliveira (*Curso de legislação comparada*, 1903).

Em posição contrária, certos autores latino-americanos, Clovis Beviláqua (*Lições de direito comparado*, 1897) e, principalmente Enrique Martinez Paz (*Introducción al estudio del derecho comparado*, 1934), reivindicaram um lugar especial para os direitos da América Latina no quadro dos diferentes sistemas de direito contemporâneo. Um ponto de vista menos contrastante foi sustentado por mim mesmo no meu *Traité élémentaire de droit civil comparé* (1950): pareceu-me que os direitos latino-americanos, embora pertençam, por sua estrutura e características gerais, ao sistema de direito continental, deveriam constituir, no interior desse sistema, uma categoria à parte, em vista de certos traços particulares que os diferenciam dos demais direitos do sistema.

Na verdade, todas essas tentativas de classificação têm algo de artificial, de vez que os autores não estão de acordo sobre a escolha do critério que deve presidi-la. Desta forma, é preferível que, ao invés de se pronunciar, dogmaticamente, sobre um sistema geral de direitos latino-americanos, perguntar-se, por um lado, quais são os traços desses direitos que os aproximam dos direitos do continente europeu, e, por outro lado, quais aqueles que os separam e lhes conferem uma originalidade própria.

Eu me limitarei aqui a indicar algumas ideias gerais que poderão servir de diretivas. O estudo completo que merece ser feito sobre esta questão não pôde ser realizado por falta de certos elementos. Seriam necessárias inúmeras monografias, antes de se poder chegar a uma generalização satisfatória.

A própria expressão “direitos da América Latina” é, sem dúvida, demasiado geral; o problema aqui tratado pode comportar respostas nuançadas segundo se considere tal ou tal dos Estados da América Latina: sabe-se, por exemplo, que o direito de Porto Rico foi, notoriamente, influenciado pelo sistema de direito dos Estados Unidos, o qual parece ter triunfado, totalmente, na zona do canal de Panamá. Mesmo em outros lugares, uma influência de mesma natureza, pode ter sido observada, em graus diversos, em diferentes campos do direito. Uma resposta à questão da originalidade dos direitos latino-americanos não pode ser dada sem se considerar todos estes diferentes casos em cada país da América Latina e, em cada um desses países, os distintos ramos do direito.

Uma originalidade dos direitos latino-americanos, que possa ser identificada em cada um deles, decorre, exatamente, da variedade de fontes nas quais eles hauriram.

Quando falamos de direito, instintivamente estamos nos referindo ao direito privado, e, em particular, ao direito civil, que, a nossos olhos, são o coração mesmo de todo sistema jurídico. Mas o direito civil não é todo o direito privado, e o próprio direito privado está longe de constituir todo o direito. Não nos é permitido emitir um juízo sobre o conjunto dos direitos da América Latina e sua originalidade, considerando apenas uma parte desses direitos, por mais essencial que ela seja.

Se considerarmos, em seus diversos ramos, os direitos latino-americanos, podemos, de fato, fazer uma observação muito importante: os países da América Latina, se, de um lado, receberam e preservaram a tradição romana da Europa continental, em matéria de direito privado, de outro, ao contrário, buscaram se inspirar, antes de tudo, no sistema anglo-americano em matéria de direito público: suas Constituições, não obstante o que possam ter tido de originalidade, tomaram como modelo a Constituição dos Estados Unidos. O único país a constituir uma exceção a esta regra, até 1889, foi o Brasil, que, enquanto permaneceu uma monarquia, teve uma Constituição inspirada no modelo inglês e não no modelo de qualquer dos Estados da Europa continental.

Se é verdade que o direito privado depende do direito público – e isso é comprovado no sistema americano, em que o direito constitucional fixa as bases da ordem jurídica tanto privada como pública, e no qual se admite o controle da constitucionalidade das leis pelo juiz, - seria difícil negar a profunda originalidade que decorre para os direitos latino-americanos, relativamente aos direitos europeus, pelo fato de que o direito público desses países se vincula às concepções admitidas nos Estados Unidos da América. Assim, o direito constitucional ocupa, nos países da América Latina, um lugar que não pode ser comparado ao que ele ocupa na França, na Espanha, em Portugal, na Itália, na Suíça, países nos quais o controle da constitucionalidade das leis, quando é admitido, é organizado de forma bem diferenciada.

Uma instituição como a do amparo mexicano constitui uma originalidade que impressiona o jurista europeu; a sua importância no México não pode ser ignorada. O amparo confere ao direito mexicano uma notável originalidade relativamente aos

direitos europeus, mesmo se, em outros aspectos, ele continue a assemelhar-se a esses últimos.<sup>4</sup>

O mesmo pode ser dito em relação ao direito brasileiro, se se considerar a evolução que nele conheceram instituições tais como o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Aqui, ainda, a relação entre direito privado e direito público, a estrutura e a fisionomia do direito se acham profundamente alteradas, em razão de terem sido admitidas, no direito público brasileiro, dominando o direito privado, concepções americanas que não são as da Europa continental.

Seriam necessários estudos específicos para saber-se como os países latino-americanos puderam conciliar princípios de um direito privado de tradição latina com princípios de um direito público vinculados às concepções da América do Norte. Eles nos permitiriam determinar em que medida o direito privado foi influenciado e modificado sob a influência dessas concepções.

Independentemente disso, o estudo dos direitos da América Latina reveste-se de um grande interesse para nos ensinar, em particular, se esta justaposição de concepções continentais e anglo-americanas pôde se processar sem choques e se um sistema coerente de direito pôde resultar desse amálgama. São questões às quais o problema da União Europeia e o problema mais amplo da organização de uma comunidade atlântica conferem uma atualidade urgente em nossos dias.

A despeito dessas reflexões, geralmente expendidas, e que reproduzimos aqui, não nos parece que o direito público, modelado no dos Estados Unidos, se tenha, verdadeiramente, estabelecido nos países latino-americanos. Pelo menos, dever-se-ia considerar que sob a influência do meio, tanto geográfico quanto social, as instituições de direito público ganharam, na América Latina, uma fisionomia bastante distinta daquela que possuíam em seu país de origem, do mesmo modo como ocorreu nos Estados Unidos com as instituições inglesas, que, com frequência, foram profundamente deformadas. Basta lembrar os traços peculiares do poder presidencial em muitos países da América Latina e as condições diversas de funcionamento dos regimes políticos e das administrações. O direito público dos países da América Latina pode ter sido, na sua origem, de inspiração americana, mas sem dúvida, ele possui uma originalidade inequívoca em relação ao direito dos Estados Unidos. Condições

---

<sup>4</sup> NT: Vale lembrar o estudo do Professor Themístocles Cavalcanti sobre a influência do Juicio de Amparo na concepção do nosso Mandado de Segurança (*Mandado de Segurança*, Freitas Bastos, 1966).



geográficas, tradições e ideais não são os mesmos na América Latina e na América anglofônica. A América Latina pode importar certos princípios do Norte do continente. O que se pode esperar é que estes princípios, transplantados para o meio latino-americano produzam resultados diversos e se tornem distintos, relativamente ao seu país de origem.

As aspirações que o governo do general Peron, na Argentina, resume na fórmula jurídica do “justicialismo” decorrem de modos de sentir e pensar latinos e são mal compreendidos nos Estados Unidos. O lugar conferido nas recentes constituições latino-americanas às preocupações de direito social reflete, da mesma forma, uma orientação mais latina do que do americana do Norte do direito público dos países latino-americanos.

Talvez seja possível prosseguir-se na afirmação, que se faz com freqüência, segundo a qual os países da América Latina importaram dos Estados Unidos os princípios jurídicos de seu direito público, principalmente os do direito constitucional. Entretanto, a ser mantida, ela deve ser entendida com muita reserva. Deve-se reconhecer que esses países passaram a revestir-se de uma indubitável originalidade relativamente ao direito público dos Estados Unidos. O ponto de partida pode ser o mesmo, porém, a evolução diversa dos princípios, nos dois países, diferencia-os profundamente.

Relativamente ao direito privado, podemos fazer o mesmo tipo de observação. Sabe-se que aqui a inspiração foi buscada nos países da Europa continental. Este procedimento era natural, no período colonial, em que a ordem jurídica foi elaborada pelas potências colonizadoras, Espanha e Portugal, destacando-se a Recompilação das Índias (1680) e as Ordenações Filipinas (1603).

Após a imigração, não era pensável repudiar-se, totalmente, essa herança. As regras de direito, em períodos revolucionários, podem sofrer modificações importantes; o sistema estabelecido de pensar continua, em larga escala, *volens nolens*, a inspirar os comportamentos.

Nos Estados Unidos da América, os homens da Revolução não conseguiram, embora o desejassem, rejeitar o sistema da *Common Law* da Inglaterra; na União Soviética, não obstante a reviravolta introduzida pelo bolchevismo, subsistiram não poucos elementos da tradição jurídica do período czarista. Por maior razão ainda, a tradição jurídica foi

conservada nos países latino-americanos, nos quais, em sua origem, a emancipação política não de afixava como objetivo, a nenhuma revolução social, e na qual, como no caso do Brasil, a secessão da mãe-pátria se deu sem efusão de sangue e sem ódio.

Entretanto, Espanha e Portugal, tinham deixado de ser, no início do século XIX a vanguarda do progresso. Os novos governos da América Latina, admiradores dos princípios da Revolução Francesa, voltaram-se para a França, que acabara de renovar e codificar com brilho o seu direito civil, para nela encontrar o modelo de suas instituições jurídicas de direito civil. Os direitos espanhol e português, por um lado, e o francês, por outro, estavam suficientemente próximos para que a transposição de um modelo para outro pudesse se processar sem choques. Os direitos da América Latina permaneciam na mesma família, beneficiando-se porém de um certo rejuvenescimento, ao se alinharem ao direito francês, ao invés de conservarem a sua marca espanhola ou portuguesa do tempo colonial. Desta forma, satisfazia-se o desejo de emancipação sem colocar em risco as estruturas tradicionais.

Uma originalidade dos direitos latino-americanos decorre, porém, novamente aqui, do fato que essa transposição não foi total. A história dos direitos da América Latina nos revela a existência de ramos vinculados a uma tradição mais estritamente concebida, de partes menos flexíveis, nas quais a evolução observada relativamente ao direito civil, não se deu. Em primeiro lugar, relativamente ao direito processual civil, o que não nos surpreende.

O código francês de processo civil de 1806 não alcançou o mesmo prestígio nem teve o mesmo valor do que o código<sup>5</sup> de Napoleão. E isso em razão, sem dúvida, da sua menor flexibilidade, e de sua vinculação mais estreita com a tradição processual civil, que não pôde ser renovada, na França, no mesmo grau que o direito civil. Os direitos processuais civis espanhol e português, para dizer a verdade, não eram superiores ao direito processual francês. Ainda assim, os países da América Latina, ao mesmo tempo em que se voltaram para o direito francês para modelarem os seus direitos civis, permaneceram fiéis aos direitos processuais espanhol e português.

Dentre as matérias que também resistiram ao movimento em direção ao direito francês estava o direito comercial. A explicação para isso é mais difícil. Talvez pela própria natureza do direito comercial e sua aspiração de tornar-se um direito supranacional. A

---

<sup>5</sup> NT: Código Civil de 1804.

fórmula da codificação nacional, adequada para o direito civil, não conviria, em mesmo nível, ao direito comercial. Isso explicaria o fato de os países da América Latina não terem alinhado os seus direitos nesta matéria ao direito francês, continuando, simplesmente, sua evolução, a partir de compilações anteriores, calcadas em elementos de procedência diversa, como, em particular, aqueles oriundos do direito italiano.

Deve-se assinalar que outra fonte de influência foi o direito anglo-americano. A regulamentação dos títulos de crédito, em alguns países, como a Colômbia, Cuba e Porto Rico sofreu forte influência do modelo americano. Em outros, como o México e o Panamá, introduziu-se a instituição do *trust*.<sup>6</sup> O direito bancário, da mesma forma, em diversos países, inspirou-se nas instituições e práticas norte-americanas.

Tudo o que se disse denota uma certa originalidade dos direitos latino-americanos: originalidade que, paradoxalmente, advém da variedade dos modelos que os inspiraram e do próprio universalismo das fontes desses direitos. Os direitos da América Latina são originais, em um primeiro sentido, e são interessantes para serem estudados, porque não adotaram, em seu conjunto, nem o direito francês, nem o direito espanhol, nem o direito português, nem o direito italiano ou o direito alemão. Eles buscaram extrair de cada um desses direitos o que de melhor havia, de mais satisfatório, em termos de teoria e de prática. A forma pela qual amalgamaram e conciliaram os princípios dos direitos diversos constitui uma experiência digna de interesse e confere a esses direitos uma indubitável originalidade.

E isso porque a distribuição das influências desses diversos direitos não se deu unicamente pelos ramos do direito, como se poderia esperar. Paralelamente a essa distribuição, ocorreu uma outra, numa linha diversa, incidente sobre as distintas fontes do direito: lei, doutrina e jurisprudência.

---

<sup>6</sup> NT: Como o nome indica, o *trust* é um instituto alicerçado na confiança. Ele decorre da iniciativa de alguém de confiar um bem a outrem. Na Idade Média, esta situação não era denominada de *trust* mas de *use*. O *use* sofreu longa evolução até 1535 (*Statute of Uses*) sendo abolido pelo Parlamento. Seu desaparecimento provocou, entretanto, a criação, pela *equity*, do *trust* que, incidindo sobre bens móveis, funciona segundo o seguinte mecanismo: o constituinte do *trust* (o *settlor of the trust*) determina que determinados bens serão administrados pelo *trustee*, em benefício do *cestui que trust*, impossibilitado, por qualquer razão de fato ou de direito, de fazê-lo pessoalmente. É empregado para administração de bens do incapaz, da mulher casada, do falido e em outras inúmeras situações.

Não se pode encarar o *trustee* como um simples administrador. Ele passa a ser o proprietário dos bens *in trust*, podendo deles dispor, o que leva ao reconhecimento de que o *trust* constitui, no sistema jurídico inglês, um desmembramento da propriedade. Em caso de alienação, o produto desta deverá ser subrogado àqueles bens. Embora, inicialmente, o *cestui que trust* não tivesse qualquer direito, o *trustee* era compelido, pela *equity*, a não contrariar os interesses do beneficiário. Com a evolução do sistema, passou-se a reconhecer direitos ao *cestui que trust*.

No que se refere à lei e sua técnica, a fonte de inspiração para diversos países latino-americanos, sobretudo o Brasil e o Peru, foi a ciência e a experiência alemãs. Por outro lado, a doutrina não sofreu tanto essa influência, preponderando a fonte italiana.

Enfim, quanto à jurisprudência, parece que a influência francesa tem sido, até agora, predominante. Seria cabível, também aqui, examinarem-se as múltiplas manifestações deste fenômeno e de perquirir sobre as suas causas. Poder-se-ia concluir, sem dúvida, pela superioridade técnica da forma de expressão do legislador alemão e do juiz francês, ao passo que os avanços da doutrina italiana poderiam ser relacionados com a semelhança das condições em que trabalham e escrevem os autores jurídicos, na Itália e na América Latina.

Aqui e lá, temos professores que são ao mesmo tempo advogados, práticos do direito; a situação diferente, na França e na Alemanha, explica que a doutrina se revista, nesses países, de um aspecto diverso, menos sedutor aos olhos dos latino-americanos, em comparação com a doutrina italiana. O curioso é que, diversamente do que se poderia esperar, a circunstância em virtude da qual as mesmas pessoas sejam professores e práticos do direito, não as leva a elaborarem obras de cunho prático, mas ao contrário, a conferir aos seus trabalhos uma carga mais teórica. Italianos e latino-americanos parecem ter a preocupação de nunca misturar suas duas atividades profissionais. É típico de se observar como, em sua atividade de magistério e de autores de obras jurídicas, eles negligenciam, sistematicamente, a jurisprudência, que, em suas atividades como advogados, é colocada em primeiro plano nas suas preocupações. Apenas recentemente, tem-se visto, em obras latino-americanas a referência a sentenças e acórdãos dos seus países. Constitui, portanto, exceção. As obras francesas atuais, diferentemente daquelas do século XIX, conferem à jurisprudência um lugar de destaque, aproximando-se mais das obras do direito inglês ou norte-americano, do que das do direito italiano ou latino-americano.

Como dissemos, uma das originalidades dos direitos latino-americanos decorre da variedade de fontes às quais recorreram e da forma pela qual eles conseguiram integrar elementos heterogêneos.

Esta originalidade, contudo, não exclui uma outra que consiste nas contribuições que os juristas latino-americanos deram à ciência do direito. Estas novas contribuições, por vezes, foram colhidas nas tradições indígenas: mencionemos, assim, a curiosa e muito interessante organização do regime fundiário no México, com a instituição dos

“egidos”,<sup>7</sup> que perpetua certas formas tradicionais de apropriação coletiva praticadas pelos índios mexicanos.

Instituições similares podem ser encontradas em países (Peru, Bolívia, Colômbia, Venezuela), nos quais subsistiram núcleos bastante expressivos da população indígena, que puderam manter em funcionamento suas instituições tradicionais.

Em outras ocasiões, elementos originais, observáveis no direito latino-americano, decorrem do espírito inventivo dos juristas latino-americanos que, dadas as condições de vida diversas daquelas da velha Europa, sentiram necessidade, em alguns casos, de inovar. Por exemplo, no direito societário, encontram-se formas peculiares à América Latina, como a sociedade de habilitação, praticada na Argentina e no Uruguai; a letra de câmbio, comum no comércio internacional, tem o seu uso no comércio interno, no Brasil, sob a forma de um outro documento, a duplicata; formas especiais foram identificadas em diversos países da América Latina para facilitar a organização do crédito agrícola.

No tocante à ciência jurídica, assinala-se a contribuição dos latino-americanos para a própria fórmula da codificação. Se alguns países satisfizeram-se em seguir, muito de perto, os modelos europeus, outros esforçaram-se, como também ocorreu na Europa, e com êxito, em aperfeiçoar esta fórmula. Foi o caso ocorrido, particularmente, no Chile, com o código de Andrés Bello, de grande aceitação pelos juristas, a ponto de ter sido o modelo para todos os Estados latino-americanos do Pacífico, inclusive para a Colômbia.

O código civil argentino de Dalmacio Velez Sarsfield, também adotado pelo Paraguai, soube incorporar ao código civil francês os comentários da Escola da Exegese. Enfim, no Brasil, Augusto Teixeira de Freitas utilizou as críticas e ensinamentos de Savigny em seu esforço para renovar totalmente a fórmula da codificação; seu Esboço, dando continuidade à sua admirável Consolidação das Leis Civis, e seu projeto de Código Geral puderam abortar e atrasar, de modo definitivo, por 80 anos, a codificação do direito civil brasileiro. Estas tentativas são das mais interessantes do ponto de vista científico e são de grande proveito, ainda hoje, para a ciência europeia do direito.

O direito, em todos os países, é governado pela tradição. A formação dos Estados e o nacionalismo dos 150 últimos anos não conseguiram criar, na própria Europa, direitos

---

<sup>7</sup> NT: porção de terra não cultivada, desapropriada para uso público.

nacionais que sejam completamente originais. Os direitos francês, neerlandês, alemão, italiano, espanhol, helênico, diferem em suas soluções, mas aproximam-se pelo vocabulário, pela técnica, por sua ideologia. A sua diversidade não pôde destruir, completamente, o sentimento de um certo parentesco, nem a esperança de reconstituir, um dia, um direito comum europeu.

Nós nos alegramos que este mesmo sentimento de família continue a existir também entre os juristas europeus e os juristas da América Latina. Cuidamos em não extremar o nosso reconhecimento de uma originalidade dos direitos da América Latina, o que, para nós, não representaria, de nenhuma maneira, um sinal de progresso.

Entretanto, estamos longe de considerar os direitos da América Latina, como se faz, frequentemente, como simples réplicas do direito francês ou de qualquer direito europeu. Os direitos latino-americanos possuem uma indiscutível originalidade, comparável, pelo menos, a que possuem entre si os direitos europeus.

Esta originalidade justifica-se pelas diferenças de condições de desenvolvimento entre os países da Europa e da América. O que surpreende é que esta diversidade e o distanciamento geográfico não tenham acentuado ainda mais esta originalidade. O mérito pertence aos juristas latino-americanos, ao seu espírito de universalismo. Sublinhe-se que devemos apreciar em seu justo valor o esforço constante, feito na América Latina, para manter, com um direito latino, uma civilização comum com os nossos países. A recusa de se dobrar às circunstâncias e retornar a um direito primitivo, numa época em que as condições econômicas e sociais poderiam aparentar que tal direito pudesse parecer mais adequado ao país, não pode ser considerada como uma manifestação de incapacidade de construir um direito original. Tem-se aqui antes um triunfo notável do espírito sobre a matéria, do ideal sobre a realidade, que merece ser destacado e valorizado. Era necessário um certo quixotismo e um grande valor moral, no início do século XIX para afirmar, na solidão do Novo Mundo, a sua admiração pelos princípios da civilização do Ocidente latino.

É magnífico observar, hoje, que esta louca esperança foi recompensada pelo sucesso. As sociedades da América Latina tornaram-se, ou estão se tornando rapidamente, sociedades em tudo comparáveis às do Antigo mundo. Não é mais considerado irrealista que elas proclamem os mesmos valores morais e o mesmo direito que os vigorantes na Europa.

A originalidade dos direitos da América Latina foi, sobretudo, durante um século, pretender que estes direitos fossem aplicados a sociedades que, sob o ponto de vista das doutrinas do materialismo histórico, requereriam ser reguladas por normas bem diferentes.

O abismo que separava os países da América Latina e das nações da Europa não mais existe. Os juristas da América Latina, após terem sustentado, por um século, um obstinado combate defensivo e terem sabido preservar as conquistas do Ocidente, podem, hoje, juntamente com os europeus, prosseguir no objetivo de realizar mais justiça e um mundo melhor.

A originalidade de seu direito poderá, a partir de agora, ser utilizada, como já acontece, de forma diversa da que ocorria no passado. Esta originalidade, depois de ter residido na própria existência desses direitos, residirá, cada vez mais, nas suas soluções, de vez que os direitos da América Latina conhecem uma evolução próxima da dos direitos europeus, que, anteriormente, estavam à sua frente.

Não obstante a insuficiência do presente estudo, decorrente do seu caráter geral, ele comporta uma dupla conclusão.

Minha primeira conclusão é a necessidade de manter-se o vínculo tradicional que existe entre os direitos da América Latina e os direitos europeus, em particular com o direito francês. A América Latina teve, no século XIX, o mérito excepcional de manter este vínculo, numa época em que as condições de vida na América e a dificuldade dos intercâmbios eram particularmente difíceis. Não se deve permitir que a facilidade atual das comunicações e dos intercâmbios venha, de modo paradoxal, destruir uma obra secular da civilização, que ela deve, ao contrário, servir para consolidar e fortalecer.

Esta primeira conclusão, que tomo a liberdade de formular, constitui, antes de tudo, um apelo aos nossos amigos juristas da América Latina.

Minha segunda conclusão, ao contrário, é um apelo aos juristas franceses e europeus: é necessário que estes juristas estudem os direitos da América Latina. Nós, até agora, muito frequentemente negligenciamos, ao ponto de ignorar estes direitos: um olhar em nossas bibliotecas revela, com a sua insuficiência, a nossa indiferença em relação aos mesmos. Esta indiferença poderia ser desculpável no século passado. A América Latina então lutava para criar condições de vida que lhe permitissem de conservar e de fazer

trunfar os princípios de nossa civilização e de nosso direito; ela não estava em condições de contribuir para o progresso de da primeira e do último, embora alguns nomes possam ser mencionados para desmentir esta afirmação.

Hoje, contudo, a situação não é a mesma. Ao lado de Constituições e Códigos que equivalem a Constituições e Códigos europeus, os repositórios de jurisprudência, as revistas jurídicas, as obras de doutrina demonstram que o antigo atraso em relação à Europe está bem perto de ser superados. Os juristas da América Latina não podem mais ser considerados como discípulos cujos trabalhos são folheados com um olhar de condescendência para neles encontrar nossas doutrinas. Atualmente, eles são nossos iguais e, sem dúvida, futuramente, teremos tanto a aprender com eles quanto eles podem aprender conosco.

De nossa parte, somente se nos empenharmos, a comunidade por eles heroicamente preservada durante um século e meio poderá continuar como uma realidade viva. Eles não têm, ou não terão, a mesma necessidade que temos do passado, e se não nos ocuparmos deles, se não reconhecermos que eles têm um lugar em nossa comunidade, nós os impeliremos a um isolamento do qual, uns e outros, seremos certamente vítimas.

Chegou a hora de levantar a cortina de ferro da nossa ignorância sobre os direitos latino-americanos. É inconcebível constatar as lacunas de nossas bibliotecas na matéria.

A criação, em Paris, de um Instituto de Altos Estudos Latino-Americanos nos dá a esperança de que a necessidade de estudar e de conhecer a América Latina será entendida e que um centro existirá na Europa para perpetuar e fortalecer a comunidade que nos une, sob o plano jurídico em particular, com as nações da América Latina.<sup>i</sup>

**Como citar:** DAVID, René. A originalidade dos direitos da América Latina. Trad. Ana Lucia de Lyra Tavares. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-originalidade-dos-direitos/>>. Data de acesso.

---

<sup>i</sup> Nota [do Professor René David]: sobre os direitos da América Latina em geral, ler-se-á, com interesse o artigo de Phanor J. Eder, *Law in Latin America*, publicado em 1937, em *Law: A Century of Progress, 1835-1935*, Vol.I, pp.39-82. A bibliografia fornecida ao final desse artigo pode ser completada pela citada pelo mesmo autor, em 1950, em sua obra *A Comparative Survey of Anglo-American and Latin American Law*. Assinalamos, ainda, em língua inglesa, o volume III (*Latin-American Legal Philosophy*) da coleção *The 20th Century Legal Philosophy Series*, publicada em 1948. É profundamente lastimável que não tenhamos, em língua francesa, o equivalente dessas obras.