

DIREITO COMPARADO E CIÊNCIA DO DIREITO: estudos conceituais

Vinicius Hsu Cleto¹

RESUMO: Como disciplina, o Direito Comparado é relativamente pouco difundido nas instituições de Ensino Superior. Por consequência, os trabalhos comparatistas tendem a apresentar defeitos metodológicos, o que pode reduzir a qualidade da produção narrativa geral. Para clarificar o estado de arte, este artigo tem por escopo i) distinguir o objeto do Direito Comparado do objeto do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado; ii) explicitar que o Direito Comparado é disciplina autônoma; iii) afirmar a coexistência de métodos de trabalho diversos dentro do Direito Comparado, o que descarta o monopólio de certo “método comparatista”; iv) reafirmar a distinção entre Direito e Ciência do Direito.

Palavras-chave: Direito Comparado; Método comparado; Direito Internacional.

ABSTRACT: As a subject, Comparative Law is relatively marginalized at Brazilian colleges. Hence, Comparative articles and essays tend to be tainted due to methodological deviations, a fact that might reduce the overall quality of the narrative. In order to clarify the current state of affairs, this article intends to i) distinguish the formal objects studied by Comparative Law from the objects investigated by Public International Law and by Conflict of Laws; ii) explain the reasons why Comparative Law is an autonomous subject; iii) affirm the coexistence of diverse methods applied to Comparative Law, which means there is no unique “comparatist method”; iv) reiterate the distinction between Law and Law as a Science.

Keywords: Comparative Law; Comparative method; International Law.

INTRODUÇÃO

A definição do arcabouço conceitual e narrativo que corroboraria a condição de disciplina científica do Direito Comparado constitui um daqueles tópicos que, debatidos à exaustão, não apresentam conclusão consolidada capaz de apaziguar a doutrina. Naturalmente, divergências pontuais sempre emergem no debate acadêmico; entretanto, no caso do Direito Comparado, a dúvida recai sobre a existência mesma do assunto como ramo jurídico autônomo. Em termos pragmáticos, esta dissonância acarreta dúvidas quanto à abordagem do tema nas graduações e pós-graduações em Direito. Deve-se realizar oferta de disciplina apartada ou deve-se exigir dos docentes que estudem o(s) método(s) comparado(s) aplicáveis às suas cátedras? Não raramente, nenhuma das duas soluções é ofertada. Nisso, o jurista formado acaba por acreditar que a comparação de normas e ordenamentos jurídicos é feita de maneira abduativa, experimental, sem caminhos bem definidos. A qualidade das asserções apenas poderia ser avaliada pelos

¹ Professor de Direito Internacional Público e Privado na Fundação de Estudos Sociais do Paraná/Faculdade de Educação Superior do Paraná. E-mail: viniciushsu@hotmail.com

pares, igualmente reféns do tateamento e da sondagem. Mais gravemente, o Direito Comparado pode até mesmo findar abocanhado pelo Direito Internacional, especificamente pelo Direito Internacional Privado. Se há dúvidas sobre a autonomia científica do Direito Comparado, então seria razoável propor que nada mais é do que subtópico do ramo do Direito que resolve dilemas espaciais e temporais – com efeito, essas dificuldades são sanadas mediante alguma sorte de comparação. O escopo deste artigo científico é buscar assentar os alicerces do Direito Comparado. Para tanto, busca-se expor, sistemática e racionalmente, i) a distinção entre Direito e Ciência do Direito; ii) a distinção de objetos do Direito Comparado, do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado; iii) a autonomia do Direito Comparado como disciplina autônoma.

DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E CIÊNCIA DO DIREITO

É-nos especialmente útil a distinção entre Direito e Ciência do Direito. Afirmada por doutrinadores específicos, a separação assevera que Direito é o conjunto de normas legítimas e cogentes. Essas normas – nada mais do que prescrições – autorizam, proíbem ou exigem. Com a criação do Estado moderno, a racionalidade jurídica encontrou alívio na simplificação das relações jurígenas: é norma legal aquela derivada da autoridade pública reconhecida. Usualmente, consta de “texto de lei”, embora certas experiências no mundo não encerrem o Direito em codificações (CONSTANTINESCO, 1998, p. 135). Obviamente, as normas esposadas podem, eventualmente, entrar em conflito com outras. Por essa razão, alguns autores distinguem o “texto da lei” da “norma” propriamente dita: esta apenas existiria graças à interpretação que assegurasse aplicação lógica, sistemática e principiológica do Direito positivo (usualmente codificado). Entretanto, a distinção entre “norma” e “texto de lei” não nos é útil. Em verdade, trata-se de complexificação desnecessária. Toda “norma” aferida pelos intérpretes qualificados, denominados juristas, é também um “texto” que trata da “lei”: um “texto de lei”. Quando o intérprete apresenta autoridade (executiva ou judicial) para aplicar a “norma” no caso concreto, a distinção entre “texto de lei” (dos diplomas legislativos) e “norma jurídica” (após interpretação) se torna ainda mais dificultosa, pois os administradores públicos e os juízes também impõem suas ordens e decisões por intermédio de “textos” sobre a “lei”.

Para efeitos de assentamento do jargão, é mais simples e basilar entender que o Direito é um conjunto de normas, sim, pois são proposições que permitem, proíbem ou

comandam legitimamente e mandatoriamente. No entanto, são estruturas frasais soltas, presentes frequentemente em diplomas diversos. Elas são obrigatórias, mas os contextos diversos de aplicação determinarão a forma pela qual essa cogência se exerce. Cabe à Ciência do Direito estudar as normas postas e descrevê-las sistematicamente. Essa ideia foi consolidada e difundida por Hans Kelsen: “(...) é uma ciência normativa não porque *formula* normas, mas porque sua função é, exclusivamente, *descrever* normas (...)” (NINO, 2010, p. 372). Haverá, obviamente, emprego de método: “Uma ciência se vale de várias técnicas. Mas não são as técnicas que decidem sobre o caráter científico da investigação, e sim o método” (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 203). Esta Ciência ontológica – do que é – não se confunde com o Direito – que apenas permite, proscree ou impõe, assistematicamente. Enquanto o Direito posto em estruturas frasais soltas não é passível de debate sobre veracidade ou falsidade, a descrição das condições de aplicação deste Direito posto são objeto de debates vivos. Em outras palavras, o Direito como prescrição não pode ser verdadeiro ou falso, já as descrições sobre aplicação das normas, podem.

É especialmente fascinante a atividade do juiz: ele 1) recebe o Direito bruto, desordenado, espalhado em diplomas diferentes para então 2) descrevê-lo objetivamente na própria mente, de modo a sistematizá-lo como ciência. Finalmente, 3) cria novo “texto de lei” ou “norma” para o caso que julga – um comando (deontológico) derivado da descrição ontológica. O juiz, figura que se espera tecnicamente qualificada, realiza verdadeira transição entre Direito, Ciência do Direito e Direito novamente – muitas vezes modificadas as intenções iniciais, cristalinas, do legislador (CRUZ, 2017, p. 493). As decisões judiciais, genuínas “normas” ou “textos de lei”, poderão ser expostas por doutrinadores da Ciência do Direito, que descreverão o processo de transição entre Ciência do Direito e o novo Direito. Em suma, Direito é conjunto de prescrições legítimas e obrigatórias que autorizam, proíbem ou exigem. A Ciência do Direito sistematiza as condições de aplicação dessas prescrições mediante descrição, que pode ser verdadeira ou falsa a depender do consenso intersubjetivo imperante. O julgador ou o administrador público bem formados podem aproveitar a descrição da Ciência do Direito para refinar o Direito posto, prescritivo, consubstanciado em atos administrativos, decisões interlocutórias e sentenças.

OBJETO DO DIREITO COMPARADO, DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Bem assentada a diferença entre Direito e Ciência do Direito no plano abstrato, cabe demonstrar aplicação específica da distinção. O Direito Internacional Público é o conjunto de prescrições obrigatórias que permite, proíbe ou exige condutas de sujeitos em relação horizontal. Essa horizontalidade não importa igualdade em dimensão territorial, econômica ou militar. Significa que esse Direito não é imposto unilateralmente por autoridade central. Por poderosa que tenha sido a União Soviética no âmbito militar, não poderia legislar sobre Estados soberanos menores. A Ciência do Direito Internacional Público descreve como essas normas que regem relações horizontais são aplicadas – e quais as consequências possíveis da desobediência – o que se estuda em responsabilidade internacional. A descrição pode ser verdadeira ou falsa, bem como é levada em consideração pelas autoridades que refinam as normas postas, tal como os julgadores domésticos sobremencionados fazem.

Já o Direito Internacional Privado é o conjunto de normas processuais (em natureza) que respondem a duas questões para casos em que há elemento estrangeiro mesclado a elementos nacionais: 1) qual é a jurisdição competente – se a nacional ou a estrangeira; 2) qual é a lei aplicável ao caso – se a nacional ou a estrangeira. A Ciência do Direito tenta sistematizar essas normas, legisladas pelo Estado nacional, uma vez que o Direito Internacional Privado é eminentemente doméstico. Os julgadores qualificados estudarão as prescrições brutas, as sistematizarão e, finalmente, criarão novas prescrições para casos concretos. Como afirmado, as novas normas serão objeto de descrição pela Ciência do Direito. Quanto ao Direito Comparado, não se fala em Direito prescritivo e Ciência do Direito descritiva. Talvez seja essa a raiz das grandes dificuldades em se aferir a natureza desta disciplina: doutrinadores diversos deixam de notar que o Direito Comparado apenas pode ser Ciência do Direito. É descabido imaginar que existam prescrições legítimas e obrigatórias que exijam a adoção de algum método comparativo. A disciplina se limita a estudar os pontos comuns e divergentes entre ordenamentos (“Direitos” no sentido de conjunto de normas legais) justapostos. Claramente, as inferências apontarão “o que é” ao invés “do que deve ser”. Repise-se, como leciona DANTAS, que boa parte das dúvidas deriva do fato de que o próprio vocábulo “direito” pode designar um conjunto de normas ou o estudo delas (2006, p. 58).

Por conseguinte, enquanto o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado são conjuntos de normas (naturalmente prescritivas), as quais podem ser

sistemizadas, descritas e analisadas por juristas, o que se denomina Direito Comparado é, em verdade, apenas e somente Ciência do Direito Comparado. A matéria bruta desta ciência é o Direito Positivo de entes políticos distintos (DANTAS, 2006, p. 63). Para que não se confunda com a História do Direito, o exercício comparatista deve repousar sobre ordenamentos vigentes simultaneamente, embora em espaços diversos. Com efeito, comparar circunstâncias de aplicação normativa em tempos diferentes cabe à outra disciplina. O Direito Comparado – ou Ciência do Direito Comparado – deve se preocupar em descrever prescrições diversas para situações similares em espaços distintos, mas em tempos iguais. É necessário não confundir a “história comparada do Direito” com o próprio Direito Comparado (CONSTANTINESCO, 1998, p. 161).

A AUTONOMIA DO DIREITO COMPARADO PELOS SEUS DIVERSOS MÉTODOS

No seu “Tratado de Direito Comparado”, CONSTANTINESCO expôs as dificuldades conceituais que atormentam a doutrina há mais de século. Ele é categórico ao asseverar que “as razões que fundam o Direito comparado como disciplina autônoma ainda não foram encontradas” (1998, p. 280). Lambert, Gutteridge, Kaden e David acreditam que o Direito Comparado é um método especial, o método comparativo (CONSTANTINESCO, 1998, p. 286). Outros afirmam que o Direito Comparado nada mais é do que subtópico de certa Ciência Comparada Geral (CONSTANTINESCO, 1998, p. 315). “Método auxiliar, ciência principal independente, ciência auxiliar, o Direito comparado é tudo isso. A confusão é grande, mesmo porque a sua natureza muda a cada momento” (CONSTANTINESCO, 1998, p. 268). O uso indiscriminado e acrítico do vocábulo “direito” ocasiona boa parte dos embaraços (GUTTERIDGE, 1953, p. 18).

Para o jurista, no entanto, é pouco recomendável querer se desembaraçar das questões por conta da multiplicidade de entendimentos: alguma vertente há de se comprovar mais lógica e adaptada a certa interpretação sistemática. Como qualquer ciência descritiva, o Direito Comparado apresenta métodos. Eles nada mais são do que os passos tipicamente seguidos para que haja sistemática na construção das proposições expositivas. Ainda, como em qualquer ciência descritiva, não há método único. Os protocolos metodológicos são relevantes para que a pesquisa apresentada ganhe, mais facilmente, reputação e aceitação no meio científico. Entretanto, é equivocado acreditar em

certo “método comparativo”, único, sedimentado e inquestionável, como doutrinadores citados por TAMAYO Y SALMORÁN pretendem (“Una respuesta frecuentemente dada a la pregunta ‘¿qué es el derecho comparado?’ es que éste no es sino un método de estudio o de investigación, itout court!”) (2007, p. 35). Os melhores esforços de pesquisa levam em consideração as diversas técnicas consolidadas e aceitas na literatura. Se, da conjunção dos métodos, sobressai narrativa que aponte conclusões descritivas similares ou idênticas, reforça-se a veracidade científica da exposição. Os demais juristas não teriam socorro senão aceitar o afirmado ou oferecer narrativa diversa embasada seja 1) em dados negligenciados, seja em 2) métodos diferenciados.

Pormenorizadamente, SGARBOSSA cita ao menos quatro métodos básicos. O método comparativo-descritivo é passo básico em que se faz mero inventário do Direito Positivo de entes políticos diversos (2008, p. 187); o método técnico-comparativo compara institutos jurídicos, princípios e regras incidentes em determinadas situações da vida (2008, p. 189); o método estrutural-comparativo divide o esforço comparativo por categorias, como Direito Público e Direito Privado (2008, p. 192); por fim, o método funcional-comparativo seria o mais aceito contemporaneamente porquanto parte da solução dada para uma situação fática específica (2008, p. 196). O método funcional-comparativo realmente parece ser mais adequado. Não se preocupa com rótulos de institutos jurídicos – praguejados pelas traduções imperfeitas (FERRANTE, 2016, p. 602), tampouco com divisões doutrinárias que nem sempre se encaixam em outros contextos espaciais, como a divisão entre Direito Público e Privado. A ideia é comparar a solução prescritiva (especialmente final e imodificável) oferecida por autoridade pública para caso concreto em que haja dúvida sobre o comportamento obrigatório (ou facultado). Na sequência, analisa-se solução apresentada noutro contexto espacial para situação faticamente idêntica. Ilustrativamente, todos os estados federados dos Estados Unidos permitem que pessoas usem a maconha como droga recreativa? Se sim, em quais circunstâncias domésticas? É possível o uso indiscriminado em logradouros públicos ou exige-se que o consumo ocorra apenas dentro das residências privadas? Existem modalidades diversas de “uso” autorizadas ou proibidas? Note-se que analisam-se as coisas como são hodiernamente. Buscar estudar a solução passada, ainda que para espaços diferentes, é tema típico da História do Direito, ainda que esta disciplina empreste instrumentos metodológicos dos comparatistas. Dito isso, o uso de todos os métodos reforça, como mencionado, a conclusão com pretensão de veracidade científica.

CONCLUSÃO

Assentado o que é Direito Comparado, seu objeto e sua metodologia, qual seria a utilidade da disciplina? Há quem afirme esforço para futura uniformização do Direito Interno dos Estados nacionais (SACCO, 2001, p. 30-31); há quem afirme busca de soluções normativas politicamente superiores (DAVID, 2002, p. 6) uma vez que apenas as diferenças podem ser objeto de comparação útil (GUTTERIDGE, 1953, p. 89); há quem busque apenas a satisfação intelectual (DANTAS, 1997, p. 244). As funções são diversas e dependem das preferências subjetivas dos atores. O que deve ser consolidado, no entanto, é que o Direito Comparado é, em verdade Ciência do Direito Comparado. Não se trata de corpo de normas obrigatórias e legítimas, proposições prescritivas dispersas nas várias leis dos vários Estados nacionais. Trata-se de comparar, entre entes políticos distintos, no mesmo espaço temporal, o que determinado ordenamento regula para situações específicas. Este esforço descritivo depende de métodos de abordagem, como qualquer ciência.

Enquanto o Direito Ambiental, o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado apresentam normas que autorizam, proíbem ou exigem, o que pode ser descrito sistematicamente pela Ciência do Direito Ambiental, pela Ciência do Direito Civil, pela Ciência do Direito Penal, pela Ciência do Direito Internacional Público e pela Ciência do Direito Internacional Privado, o Direito Comparado é expressão sinonímia perfeita da Ciência do Direito Comparado, até porque inexistente Direito Comparado como conjunto de normas impositivas e legitimadas. Enquanto o doutrinador do Direito Penal tem em posse normas que proíbem condutas – deontologicamente – e com base nelas consegue descrevê-las, sistematicamente (como são harmonizadas), o estudioso do Direito Comparado apenas detém a herança metodológica para criar descrições comparativas entre Direitos Positivos de entes políticos diferenciados. Por ser ciência, é equivocado pretender que exista “método único”. Os protocolos metodológicos existentes em várias áreas da ciência apenas facilitam a aceitação intersubjetiva da narrativa oferecida, mas outros procedimentos podem ser realizados. Obviamente, quanto mais métodos forem aplicados e quanto mais vezes alcançarem conclusões idênticas, mais sólido o selo de veracidade tão longamente perseguido pelos

pesquisadores; ainda, menor a probabilidade de que a narrativa seja facilmente derrubada por detratores.

REFERÊNCIAS

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. Tratado de Direito Comparado: Introdução ao Direito Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CRUZ, Pablo Moreno. Comparar las comparaciones jurídicas: observaciones al margen de la Introducción al derecho comparado de Alessandro Somma. Revista de Derecho Privado, Bogotá, n. 32, 2017, pp. 491-512.

DANTAS, Ivo. Direito Comparado como Ciência. RIL, Brasília, n. 134, abr./jun. 1997, pp. 231-250.

_____. Direito Constitucional Comparado. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRANTE, Alfredo. Entre Derecho Comparado y Derecho Extranjero. Una Aproximación a la Comparación Jurídica. Revista Chilena de Derecho, Santiago, v. 43, n. 2, p. 601-618, 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito, Retórica e Comunicação: Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GUTTERIDGE, H.C. Le Droit Comparé: Introduction à la Méthode Comparative dans la Recherche Juridique et l'Étude du Droit. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.

NINO, Carlos Santiago. Introdução à Análise do Direito. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2010.

SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SGARBOSSA, Luís Fernando. Elementos de Direito Comparado: Ciência, Política Legislativa, Integração e Prática Judiciária. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2008.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Teoría Jurídica y “Derecho Comparado”: Una Aproximación y Deslinde. Isonomía, Ciudad de México, n. 27, octubre 2007, pp. 29-49.