

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 180
Outubro/dezembro – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Direito Comparado

Método ou ciência?

Weliton Carvalho

Sumário.

1. Caráter científico do Direito. 2. Caracterização científica do Direito Comparado. 3. Metodologia em Direito Comparado. 4. Conclusões.

1. Caráter científico do Direito

Para se evitar o máximo possível o dogmatismo e, conseqüentemente, as verdades inquestionáveis dos axiomas, impõe-se questionar a adjetivação científica do Direito, considerado em sua totalidade.

Inicialmente, deve-se entender que a linguagem é o instrumento para a comunicação entre os homens, em seu aspecto coloquial ou científico. Assim nenhuma ciência escapa da elaboração de um discurso. Michel Miaille (1979, p. 29) apresenta o alcance do discurso como elemento da ciência, ao entender que a linguagem se forma a partir de um corpo de proposições que, dentro de uma lógica, se reproduzem e se desenvolvem. Por evidente que a linguagem busca traduzir o empírico em um nível de elaboração que a comunidade acadêmica buscou denominar científico.

A ciência, portanto, é um produto das indagações e soluções elaboradas ao longo do tempo, com indispensável carga empírica. Científico, então, seria toda demonstração convincente de um fenômeno, para o qual ainda não há paradigma novo a questioná-lo. Com essa afirmação, percebe-

Weliton Carvalho é Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Pernambuco, Professor da pós-graduação do Centro Unificado de Ensino do Maranhão - CEUMA, Juiz de Direito.

se que nada é definitivo, *a priori*, no campo científico. Não fosse assim, a física de Newton não teria cedido espaço ao gênio de Einstein. A demonstração científica, portanto, deve superar os denominados obstáculos epistemológicos para merecer a mais elevada qualificação do conhecimento humano. Os denominados *obstáculos epistemológicos* receberam a seguinte consideração de Michel Miaille (1979, p. 32):

“Com efeito, não se trata de modo nenhum de umas quantas dificuldades de ordem psicológica, mas sim de obstáculos objectivos, reais, ligados às condições históricas nas quais a investigação científica se efectua. Assim, estes obstáculos são diferentes segundo as disciplinas e as épocas, pois testemunham, em cada uma das hipóteses, condições específicas do desenvolvimento da investigação científica”.

Dentro desse panorama, um determinado conhecimento científico só se concretiza quando transpõe os denominados obstáculos epistemológicos e só se mantém de pé ao resistir a novos paradigmas que o colocam à prova. Mesmo aquelas verdades absolutas denominadas axiomas não estão imunes de serem superadas pela pesquisa científica. Em análise radical, todo o saber humano é temporal, com exceção das chamadas verdades reveladas, como é essencialmente a teologia, particularmente com relação a fé, e na qual, curiosamente, nasceu o fundamento do Direito.

Em princípio o Direito sofreu durante longo tempo de uma crise de identidade, pois o seu objeto variava da teologia à filosofia, de um modo ou de outro se localizando no conhecimento metafísico. Há autores que não reconhecem um caráter científico ao Direito: exemplifique-se com Tércio Sampaio Ferraz (1973, p. 160). Tal corrente de pensamento reserva ao Direito um substrato de ordem técnica ou de arte, considerando-lhe parte da sociologia, da história e mesmo da etnologia.

Neste sentido, a ciência do Direito deve muito ao esforço de Hans Kelsen (1984, p. 109), ao delimitá-la, claro que em um corte epistemológico, mas de modo peremptório, nas suas pretensões de criar um sistema de lógica pura do normativo como objeto da ciência do Direito.

“Na afirmação evidente de que o objecto da ciência jurídica é o direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objecto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.”

Hans Kelsen (1984, p. 118) ainda classificou a ciência do Direito como normativa para diferenciá-la das ciências causais. Evidente que é possível se abrir uma crítica a Hans Kelsen, não por ter delimitado com precisão singular o substrato em que o conhecimento jurídico seria peculiar, mas por tentar isolar a norma em uma bolha de plástico, como se esta não necessitasse de um olhar de cunho sociológico e filosófico. De modo empírico se pode afirmar que nenhum legislador nem qualquer operador do Direito pode ser insensível à sociedade para a qual se destina o comando normativo, nem lhe pode deixar de reconhecer o valor que catalisou a existência do dispositivo jurídico.

A partir da delimitação do objeto do Direito e das possíveis generalizações epistemológicas em torno de sua fundamentação, lembra A. L. Machado Neto (1969, p. 19-20) que os argumentos de Kirchmann, um dos mais famosos negadores da ciência do Direito, caiu por terra. Principalmente quando se percebe que a dinâmica epistemológica deixou de ser objeto exclusivo das ciências naturais, pois se refutava o Direito como ciência devido ao seu caráter instável, posto que fenômeno histórico.

O Direito, portanto, merece o caráter científico, porque detém um objeto especí-

fico. Aliás, muito a propósito lembra a esse respeito André Franco Montoro (1991, p. 95). Evidente que não é apenas a existência do objeto que caracteriza a ciência, mas a maneira como este é investigado. Assim o Direito é ciência porque, além de deter um objeto determinado para suas considerações, o jurista elabora sua investigação com rigor técnico ditado pela lógica sedimentada na experiência exposta aos novos paradigmas.

2. Caracterização científica do Direito Comparado

O Direito Comparado trabalha sobre o mesmo substrato, e não poderia ser diferente, do fenômeno jurídico genericamente considerado: o conjunto de normas postas. Apesar dessa constatação, o caráter científico do Direito Comparado continua a merecer vacilações por parte dos estudiosos. Neste sentido H. C. Gutteridge (1954, p. 14) afirma que a definição do Direito Comparado encontra-se interligada com a questão de se saber se essa nova realidade pode ser considerada uma ciência.

Em verdade a grande questão para essa celeuma encontra-se na confusão realizada a partir da própria terminologia deste ângulo da ciência jurídica: Direito Comparado. A rigor, não se vislumbra outra designação melhor para essa faceta do conhecimento jurídico, mas sabe-se que a melhor expressão foi cunhada pelos autores germânicos que perceberam no termo Comparação de Direitos a verdadeira mensagem deste *pathos* da ciência. Não se deve negar, por outro lado, que essa terminologia alemã ratifica o caráter de método que muitos juristas querem atribuir ao Direito Comparado.

No cerne da questão, encontra-se distinguir objeto de método. Evidente que não é tarefa das mais fáceis. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1973, p. 32) afirma que as modernas contendas a propósito da ciência encontram-se ligadas à metodologia. Não

obstante, deve-se perceber que objeto é o substrato no qual incide a observação do pesquisador; método é tão-somente o instrumento de que se vale o estudioso para verificar o substrato por ele eleito. Ademais, o trabalho do comparativista não se esgota num mero método de comparação, posto que, para entender cada um dos ordenamentos jurídicos estudados, precisará lançar mão de outros instrumentos de cultura para cotejar com segurança o substrato sob análise.

A confusão entre objeto e método tornou-se uma armadilha perigosa capaz de surpreender as mais autorizadas inteligências. Mesmo aqueles juristas que conseguem vislumbrar com lucidez a diferença entre objeto e método em sede de Direito Comparado não conseguem escapar da armadilha terminológica. Felipe de Sola Cañizares (1954, p. 104) não escapa a essa armadilha, porque, ao escrever que “lo objeto de la comparación son dos o más sistemas jurídicos”, parece estar seguro do substrato sobre o qual repousa o Direito Comparado. No entanto, quando deveria evoluir para reconhecer a cientificidade do Direito Comparado, surpreende com esta passagem:

“Si la esencia del derecho comparado es la ‘comparación’, de ello se deduce que se trata de un método aplicado a las ciencias jurídicas. La idea de que el derecho comparado es un método, apuntada entre otros por De Francischi, Messino y Kaden, ha sido brillantemente desarrollada por Gutteridge, seguido, especialmente, por David, y parece que es la idea que tiende a imponerse, porque es la única que permite formular una noción del derecho comparado compatible con todas las finalidades y aplicaciones.” (SOLA CAÑIZARES, 1954, p. 100)

Cláudio Souto (1956, p. 118), partindo da própria terminologia, escreveu um ensaio para demonstrar a inexistência científica dessa especialidade jurídica,

pois seria “incoerência em tal orientação, o manter, o denominar Direito Comparado para referência àquilo que se considera simplesmente um método”. Mais moderado mostrou-se José Nicolau dos Santos (1955, p. 349) ao ventilar a hipótese de ser o Direito Comparado uma ciência auxiliar.

Se entre aqueles que negam cientificidade ao Direito Comparado encontram-se inteligências brilhantes, há uma corrente não menos notável de juristas reconhecendo o caráter científico ao Direito Comparado.

Naojiro Sujiyama (1941, p. 61) atribui caráter científico ao Direito Comparado, de modo sucinto: “El Derecho comparado como tiene por factor esencial la comprobación positiva, posee propriamente el carácter científico”.

Em língua portuguesa, Carlos Ferreira de Almeida (1988, p. 31), da Universidade Nova de Lisboa, ao constatar a existência do objeto e de um método específico no âmbito do Direito Comparado, lança um olhar lúcido sobre essa querela, nesta passagem: “Por isso, concluímos (com Zweigert) que o direito comparado é uma ciência autónoma, que se subdivide em dois ramos ou vertentes complementares – a macrocomparação e a microcomparação”.

Fernando Bronze (1976, p. 378-379), da Faculdade de Direito de Coimbra, entende que o método comparatístico é instrumental em relação à ciência do Direito Comparado, notando que a metodologia simplesmente fornece os dados ao comparativista, os quais serão seriados, catalogados e classificados coerentemente pela ciência do Direito Comparado.

No Brasil, Caio Mário da Silva Pereira (1952, p. 44) igualmente concorda com a autonomia científica do Direito Comparado, vez que este se utiliza do método comparativo, mas não se esgota nele.

Na medida em que se vislumbra o conceito de método, de ciência e de autonomia, não se pode querer restringir o Direito Comparado à mera qualificação instrumental. Vai ele muito além, posto possuir um

objeto determinado, um método específico e prevalente, princípios organizados na literatura jurídica em vários países do mundo e, finalmente, detém autonomia didática.

Não se pode reclamar do Direito Comparado a ausência da autonomia legislativa, pois, como lembra Ivo Dantas (2000, p. 60), esta lhe é estranha como objeto. Ademais deve-se registrar que, além da comparação entre ordens jurídicas, não se utiliza o Direito Comparado de quaisquer outros instrumentos estranhos ao cotidiano dos juristas.

3. Metodologia em Direito Comparado

Não há ciência sem método, porque o conhecimento epistemológico reclama rigor e técnica. É verdade que o método é variável de acordo com o próprio substrato trabalhado pelo estudioso. Aliás, René Descartes (1973, p. 38) deixou assentado que “o meu desígnio não é ensinar aqui o método que cada qual deve seguir para bem conduzir sua razão, mas apenas mostrar de que maneira me esforcei por conduzir a minha”.

Em certos momentos da pesquisa científica, o método atinge uma importância quase igual à própria ciência a que serve. Cabível lembrar que a divergência do próprio termo ciência guarda estreita relação com a metodologia. O Direito Comparado talvez seja um dos raros exemplos em que ocorra uma hipertrofia do método diante do objeto estudado.

Acostumou-se em Direito ter o jurista de praticar vários métodos na análise do ordenamento. Em sede de hermenêutica, variados são os instrumentos com os quais o estudioso trabalha. No âmbito do Direito Comparado, todos os métodos utilizados pelo estudioso são subsídios para a comparação. Ninguém seria ingênuo ao ponto de afirmar que o Direito Comparado, ao desenvolver o seu mister, utilizar-se-ia tão-somente do método comparativo. Para compreender um determinado ordenamento jurídico, o pesquisador necessariamente

deverá munir-se inclusive de instrumentos metajurídicos.

Como bem lembra Naojiro Sujiyama (1941, p. 817-827), os estudiosos guardam em simultaneidade a tendência teórica e o viés prático da pesquisa em Direito Comparado. A primeira corrente preocupa-se em investigar o fundamento teórico dos ordenamentos postos para investigação; a segunda, trabalha com a realidade presente e com os métodos práticos para desvendar as semelhanças e diferenças entre os ordenamentos estudados.

A rigor, o que existe é uma predominância na postura do jurista comparatista, vez que ninguém é eminentemente prático sem teoria e não há teoria que não se conduza pela via mais prática. De todo modo a persecução dos objetivos, em regra, em Direito Comparado, tem conotação prática, pois a ela servem.

Ao problematizar sobre a cientificidade ou não do Direito Comparado e a própria utilização do método, Felipe de Solá Cañizares (1954, p. 101) lança mão do pragmatismo para encerrar a contenda em torno da cientificidade do Direito Comparado, nesta passagem:

“Pero se el derecho comparado es un método, se plantea entonces, com mayor motivo, la cuestión de saber se el derecho comparado es o no una ciencia. En realidad, es preciso saber, previamente, la exacta significación de los vocablos ‘ciencia’ y ‘método’, y Gutteridge, aludiendo a la vaguedad de tales expresiones, cita un estudio titulado Método de la ciencia jurídica y un libro sobre La ciencia del método científico. No creemos que la cuestión tenga una gran importancia práctica”.

Nota-se que Felipe de Solá Cañizares começa por discutir a matéria em nível científico e termina por abandoná-la, por não vislumbrar um efeito prático nessa contenda. Tal qual a postura do jurista, outros estudiosos abandonam discussões

acadêmicas para indagar da praticidade de suas pesquisas.

A formação de cada jurista terá implicação direta no desenvolvimento de suas pesquisas comparativas. Em situação de antagonismo, encontram-se os juristas adeptos do positivismo puro e aqueles formados pela visão do livre arbítrio.

Naojiro Sujiyama (1941, p. 56-57) chega a afirmar de modo cristalino que o estudioso do Direito Comparado está envolvido na mescla do social, do político, da vida enfim.

“No hay ningún Derecho comparado que no exija una comprobación positiva comparativa y sistemática, que consiste, en suma, en investigar la substancia del derecho viviente, para observar los efectos que derivan de ella y las circunstancias sociales que se encuentran detrás del derecho viviente”.

Demonstra-se, assim, mais uma vez, que não há método capaz de neutralizar a ciência, mormente aquelas ditas sociais, como é o Direito, vez que aqui o estudioso leva para suas análises toda a carga ideológica que adquiriu ao longo de sua formação intelectual e de vida como ser pensante do seu tempo.

Torna-se previsível que o jurista de formação positiva pura terá uma postura meramente formal diante dos ordenamentos estudados, ao passo que o estudioso de formação mais livre dará uma concepção mais valorativa e facilmente estabelecerá um ideal destinado a fomentar uma política jurídica, que pode ser até de fundo legislativo. Não obstante é preciso que se diga que ambas as escolas têm sua importância para o desenvolvimento da ciência jurídica.

Em sede de metodologia de Direito Comparado, o que verdadeiramente se pode afirmar, nos dias que correm, é que os comparatistas cada vez mais se aperfeiçoam nos métodos interpretativos comparados, utilizando-se dos métodos legislativos como subsídios. De modo profundamente didático, Carlos Ferreira de Almeida (1988,

p. 19-30) nos oferece um roteiro prático e lúcido para quem deseja iniciar pesquisa no âmbito do Direito Comparado, ao esclarecer que a metodologia aplicada na seara do Direito Comparado dependerá da dimensão desejada. Variando, portanto, a metodologia consoante se trate de macro ou microcomparação. Esclarece, ainda, o jurista lusitano que, entre a macro e a microcomparação, há elementos convergentes.

Como se torna inviável, neste espaço, o aprofundamento de cada espécie de comparação (macro ou micro) limita o estudo aos momentos comuns a qualquer empreitada em sede de Direito Comparado, que se divide em três fases: conhecimento (fase analítica), compreensão (fase integrativa) e comparação (síntese comparativa).

Em síntese apertada, a fase de conhecimento (analítica) corresponde à delimitação do campo de atuação do jurista comparatista. Significa que escolherá parâmetros sobre os quais vai trabalhar. Nessa primeira fase, 4 (quatro) regras são denominadas de ouro e podem ser enumeradas da seguinte forma: 1^a) utilizar as fontes originárias; 2^a) proceder à análise de acordo com a complexidade das fontes aplicáveis; 3^a) usar o método próprio da respectiva ordem jurídica; e 4^a) procurar conhecer o direito vivo.

No primeiro pré-requisito dessa fase, faz-se imperativo o conhecimento da língua em que estão escritos os ordenamentos jurídicos estudados. E aqui cabe a ressalva de que é imprescindível o domínio dos termos jurídicos na língua original.

A segunda regra reclama do comparatista uma pesquisa minuciosa a propósito da jurisprudência e da literatura jurídica comentadora do ordenamento pesquisado.

O terceiro requisito da primeira fase impõe ao estudioso uma afinidade com os princípios peculiares que elegeram a ordem jurídica estudada. Nesse particular toda cautela é recomendada, porque conhecer os meandros de uma ordem jurídica alienígena não é tarefa jurídica das mais fáceis.

Finalmente a quarta e última regra dessa etapa exige que o comparatista busque encontrar a compreensão do instituto, norma, ou sistema estudados e a efetiva aplicabilidade destes no contexto social.

A fase de compreensão ou integrativa destina-se à análise crítica do jurista que estabelecerá semelhanças e diferenças entre os parâmetros escolhidos no momento imediatamente anterior da pesquisa.

Na última fase, exatamente denominada comparação ou síntese comparativa, o jurista explicará o porquê das semelhanças e diferenças encontradas em sua pesquisa, expondo todos os dados apurados durante sua análise, devendo apresentar suas conclusões.

4. Conclusões

1. O Direito é dotado de caráter científico, posto que seu discurso é formulado de proposições lógicas, as quais regem seu desenvolvimento e se expõe a novos paradigmas.

2. O Direito Comparado assume a postura científica por ser dotado de um objeto, de método próprio, além de autonomia literária e didática.

3. A metodologia em Direito cada vez mais recepciona elementos metajurídicos, por uma imposição holística da ciência contemporânea.

4. O método comparativo é apenas uma das ferramentas do Direito Comparado não comprometendo seu caráter científico, até porque, nessa seara do fenômeno jurídico, o estudioso se vale de outros instrumentos inseridos no cotidiano dos operadores do Direito considerado na sua generalidade.

5. Seguramente é no âmbito do Direito Comparado que a cientificidade do fenômeno jurídico experimenta sua prova cabal, na medida em que qualquer detalhe despercebido pode ocasionar o comprometimento do estudo formulado entre as ordens normativas cotejadas.

Referências

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- BRONZE, Fernando José. A comparação de ordens jurídicas integradas em sistemas econômicos diferentes. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, a. 2, n. 2, jul. 1976.
- CAÑIZARES, Felipe de Solá. *Iniciación al derecho comparado*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.
- DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DESCARTES, René. Discurso do método. In: *Os Pensadores*. v. 15. São Paulo: Victor Civita, 1973.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- GUTTERIDGE, H. C. *El derecho comparado: introducción al método en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. Coimbra: A. Amado, 1984.
- MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1969.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, a. 4, 1952.
- SANTOS, José Nicolau dos. Direito comparado e geografia jurídica. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade do Paraná, Curitiba*, a. 3, n. 3, dez. 1955.
- SOUTO, Cláudio. *Da inexistência científico-conceitual do direito comparado*. Recife: [s. n.], 1956.
- SUJIYAMA, Naojiro. Ensayo de una concepción sintética del derecho comparado. In: *Concepto y metodos del derecho comparado*. México: Compañía General, 1941.