

O DIREITO COMPARADO COMO INTERPRETAÇÃO E COMO TEORIA DO DIREITO¹²

Tradução:

Heloïse Pandelon

Bacharel em Direito
pela Université Paris 1
– Panthéon Sorbonne
e mestre em direito
internacional e comparado
pela Université Paris 1 –
Panthéon Sorbonne.
Paris, França.
heloise.pandelon@gmail.
com

Autor: Otto Pfersmann

Diretor do Centre d'Études des Normes Juridiques da École des Hautes
Études en Sciences Sociales (EHESS). Contato: otto.pfersmann@ehess.fr.

INTRODUÇÃO

O direito comparado é uma disciplina curiosa. Por muito tempo considerado como exótico e sem real incidência, afirma hoje seu lugar nos cursos universitários assim como na prática. Um pouco de direito comparado tornou-se indispensável em toda pesquisa de doutorandos e todo juiz ou legislador consulta dados estrangeiros antes de se aventurar na construção de uma nova regulamentação ou na produção de uma decisão inédita. O direito comparado apresenta novas ambições e reivindica toda competência em matéria de unificação do direito e até mesmo de autenticidade e pertinência das soluções nacionais. A “globalização” do direito, assim como a interpretação progressiva dos ordenamentos jurídicos, reforçada pelo avanço dos ordenamentos jurídicos supranacionais, parece dar toda legitimidade

¹ Título original: “Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit”. Revue internationale de droit comparé-, 2, pp. 275-288. 2001. Disponível em: <http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2001_num_53_2_17976>. Acesso em: 20 dez. 2017.

² Revisado por Deo Campos Dutra, professor e coordenador de pesquisa da Faculdade Doctum em Juiz de Fora/MG e Ely Caetano Xavier Junior, professor de Direito Internacional no Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).

[...] o direito comparado fez nascer imensas esperanças, ambiciosas pretensões, mas ele repousa sempre sobre a mais fraca das epistemologias.

a esse novo processo. Com uma economia mundial cada vez mais integrada, as particularidades jurídicas surgem como obstáculos e espera-se que o jurista as contorne antes que os comparatistas as abulam. Porém, após algumas tentativas de constituir um corpo de doutrina e uma metodologia para essa estranha disciplina, constataremos que ela evolui sempre de maneira perfeitamente caótica e que poucos comparatistas concordam sobre a natureza da matéria. Assim, o direito comparado fez nascer imensas esperanças, ambiciosas pretensões, mas ele repousa sempre sobre a mais fraca das epistemologias³.

Se julgamos o direito comparado a partir das atividades desenvolvidas sob essa denominação, as seguintes crenças, mais ou menos implícitas, circulam de maneira dominante sobre o tema de : 1) é um sistema jurídico transnacional; 2) é uma ciência que permite unificar os distintos direitos ou antecipar a unificação (ou, ao menos, a homogeneização) inerente à evolução dos sistemas jurídicos, globalmente considerados; 3) é a ciência dos direitos estrangeiros; 4) é a ciência que permite melhorar a solução dos casos judiciais.

A proposição 1) é raramente propagada de tal forma, mas constitui o fundamento implícito das teses 3) e 4) e, algumas vezes, a justificação implícita da proposição 2). De todas essas crenças, a segunda é, sem dúvida, caso reformulada de maneira apropriada, a mais defensável, mas também a menos interessante. As outras expressam uma concepção segundo a qual a descrição de um objeto confere por si mesma uma aptidão concreta de produzi-lo de acordo com o que seria objetivamente o melhor. Essa aptidão não seria um poder apenas abstrato e teórico, mas o exercício efetivo de uma atribuição normativa. E essa aptidão de modificar o estado atual só poderia evidentemente produzir uma melhora.

A proposição 4) constitui uma aplicação da proposta 1) aos casos particulares. Ela aparece igualmente como uma versão menos forte e mais aceitável desta tese, da qual se tornou substituta. Entretanto, como ela pressupõe e segue o fundamento da proposta 1), ela não será cogitada aqui tal qual.

³ Seria além do mais difícil de encontrar uma elaboração bem aprofundada. Se pegamos o exemplo da obra de MARKESINIS, 1997, p. 37 encontraremos textos bastante interessantes de direito comparado, mas não propriamente dito, uma metodologia, se não o preceito de destruir os mitos relativos ao direito estrangeiro. Essa tarefa é certamente essencial como também de forma geral a crítica de falsas crenças para toda empreitada científica, mas ela reduz o direito comparado a descrição de direitos estrangeiros o que segundo a tese que será defendida aqui, empobreceria consideravelmente seu objeto.

É evidentemente possível que esta exposição seja caricatural ou até mesmo fundamentalmente equivocada e somente um estudo detalhado e realmente completo da produção científica publicada sob a denominação de direito comparado poderia estabelecer com precisão a pertinência. Ela será aqui aceita, não como verdade estabelecida, mas como hipótese ao menos plausível, ou talvez como descrição de uma prática ao menos possível. A utilização frequente de expressões com múltiplas e confusas conotações fantasmagóricas, como “*ius commune*” ou “direito global”, para programas de pesquisas ou instituições universitárias, constitui em todo caso um potente indicador neste sentido.

O que é descrito na hipótese das crenças dominantes, refere-se a um conjunto de práticas que se dizem “direito comparado” e não a uma questão de uso linguístico do termo. Um problema terminológico e conceitual só pode nascer dentro de um discurso científico, isto é, da construção de um domínio de objetos e da descrição mais objetiva e precisa possível dos objetos desse domínio, assim como das relações entre eles; em outros termos, onde não podemos nos contentarmos com o funcionamento espontâneo da linguagem corriqueira. Em tal perspectiva, a expressão “direito comparado” só poderia ser utilizada para qualificar seja uma disciplina jurídica, seja o objeto de tal disciplina.

A tese que defenderemos aqui é simples. Primeiramente, o direito comparado não tem nenhuma competência em matéria de novas regulamentações ou de soluções de casos inéditos. Em segundo lugar, o direito comparado não é o estudo de direitos estrangeiros e, em muitos casos, o estudo de “direitos estrangeiros” não é nem mesmo o estudo de *direitos estrangeiros*. Por fim, e sobretudo, seu objeto, mas não seu método, associa-se à teoria do direito, e possui, por essa razão, um papel crítico, e, eventualmente, tecnológico.

1. A UTOPIA PRESCRIPTIVA

Alguns conceitos do direito comparado procedem da ilusão do jurista-legislador, ou pela projeção de um ordenamento ideal, ou pela reivindicação da competência da sua produção.

a) O Direito Comparado não é um Ordenamento Jurídico

A primeira crença constitui uma afirmação ontológica. Os ordenamentos nacionais são ilusões, o verdadeiro direito é único e cabe ao direito comparado apresentá-lo. Ela resulta de uma confusão conceitual. Não existe um sistema transnacional. O direito comparado não é um ordenamento jurídico, mas uma disciplina. Ele supõe uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, entre os quais estabelecemos “comparações”; e, se são numerosos, eles não podem trivialmente formar, *nesse sentido*, um só. De fato, mesmo se existisse um ordenamento jurídico composto de diversas ordens jurídicas, jamais se trataria de algo único e múltiplo de forma juridicamente interessante. Ou bem existe somente um único sistema jurídico, ou bem existem vários. Se só existe um único, não há problema em questão; se existem vários, a solução proposta (um sistema transnacional e, por consequentemente, único) deve ser, por hipótese, excluída. Porém, as coisas podem ser mais complicadas a partir do momento em que aceitamos subsistemas, com aqueles que existem em todo sistema com um certo nível de complexidade. O que dá no mesmo: ou esses subsistemas são de mesmo nível e nenhum deles é subordinado ao outro e haverá, então, pluralidade; ou eles não o são e voltamos à questão da unidade. Entretanto, isso não exclui o fato de que sistemas de mesmo nível possam se unir para formar um só ou que sistemas de nível diferentes possam se beneficiar, uns em relação aos outros, de uma autonomia mais ou menos elevada, isto é, da capacidade de se auto organizarem, podendo ir até um certo grau de contrariedade em relação às regras do sistema de nível superior. Todavia, a questão da autonomia supõe que nos situemos no quadro de um sistema único. Entretanto, um sistema que fosse composto por vários sistemas seria simplesmente um conjunto que comportaria vários elementos sem relação entre eles.

Deve-se essa constatação a ontologia dos sistemas jurídicos. Eles são formalmente fechados e materialmente abertos. Toda norma jurídica válida pertence ao sistema considerado porque uma outra norma do mesmo ordenamento lhe atribui essa propriedade: somente as normas produzidas conforme as formas anteriormente previstas pertencem a um certo ordenamento jurídico. Contudo, todo conteúdo de uma norma jurídica simplesmente possível pode tornar-se o de uma norma de um eventual sistema jurídico, a menos que uma norma já em vigor nesse sistema se oponha. Quando

estudamos Direito, analisamos um ou mais desses sistemas. Descrevemos o direito francês, italiano, japonês, americano, etc. Quer dizer que existe um direito francês e um direito americano, e que um não é válido no outro. O direito alemão não é válido na França, o direito italiano não é válido no Reino Unido, a moral protestante não é juridicamente válida na Holanda, mas cada ordem jurídica pode integrar conteúdos válidos em ordenamentos distintos: se um sistema integra este ou aquele dado de outro, o dado será válido no sistema que ele integra como uma regra *deste* sistema em razão das regras *deste* sistema que permitiram *esta* operação e não em virtude da natureza intrínseca da regra integrada ou em razão das regras do sistema do qual ele provém. As regras de integração podem apresentar um grau muito alto de complexidade, sobretudo pela instituição de novos procedimentos permitindo produzir tais regras, mas isso não muda em nada a característica fechada dos sistemas.

Pode-se evidentemente evocar o exemplo do direito comunitário ou de outras formas de direito supranacional. Porém, o direito “supranacional” não é um direito que viria de um sistema “transnacional”, e sim de um sistema internacional regional *forte* no sentido de que as normas produzidas nesse sistema não somente se impõem aos diferentes subsistemas (os Estados-membros), mas também no sentido de que determinadas categorias dessas normas se impõem diretamente aos destinatários desses subsistemas, antes mesmo das normas oriundas dos subsistemas. Trata-se simplesmente, para os ordenamentos nacionais, de um caso de autonomia setorialmente enfraquecida ou mesmo extinta.

Seria então possível que a pressuposta ontologia do fechamento das cadeias de validade seja simplesmente equivocada ou que não constitua de forma alguma o único modelo possível. A primeira objeção é fraca, pois refere-se a uma ontologia constitutiva e não de dados de observação ou resultantes de um processo de pesquisa duvidoso. A segunda constitui uma dificuldade extremamente séria, pois, evidentemente, se é permitido determinar as propriedades constitutivas de um objeto, nada impede de fazê-lo de forma distinta daquela foi aqui proposta.

Mas, assim o problema apenas se inverte, e são as expressões “direitos nacionais” ou “sistemas jurídicos” que não entendemos mais. O comparatista no sentido da proposição 1) se interessa pela hipótese

Independentemente de como sejam tradicionalmente concebidos e quaisquer que sejam as diversas e importantes diferenças entre tais concepções, os diferentes sistemas jurídicos não são considerados como partes formando simultaneamente um sistema único (a não ser no sentido trivial, segundo o qual eles constituem elementos de um conjunto ou subsistemas de igual nível).

de uma pluralidade simultânea de sistemas enquanto sistema único. Para que seu objeto seja interessante, ele tem que conservar os elementos dos sistemas múltiplos, tais como são tradicionalmente concebidos. Independentemente de como sejam tradicionalmente concebidos e quaisquer que sejam as diversas e importantes diferenças entre tais concepções, os diferentes sistemas jurídicos não são considerados como partes formando simultaneamente um sistema único (a não ser no sentido trivial, segundo o qual eles constituem elementos de um conjunto ou subsistemas de igual nível). Caberia, então, a esse comparatista apresentar a ontologia alternativa que permitiria que a proposição 1) fosse concebível.

b) O Direito Comparado não é a Ciência de uma Legislação Transnacional

Conceitualmente incoerente, a tese 1) dá a ilusão da existência de um ordenamento ideal onde estariam aglomeradas as “melhores” soluções de diferentes sistemas positivos. Se reconhecemos que se trata *atualmente* de uma utopia, procuraremos mostrar que existe um saber que permite avançar com a sua realização. Mas o que fazemos é apenas transpor as dificuldades.

A tese 2) constitui uma concessão em relação a primeira. Se cabe a uma disciplina unificar o Direito, é porque o Direito ainda não é unificado. A tese é, porém, compatível com uma versão enfraquecida da crença em um ordenamento transnacional que considera que tal ordem já existe, mas que ainda não é o que deveria ser. Ela liga implicitamente uma tese epistemológica (um cognitivismo jurídico: o especialista das regras positivas sabe o que são regras ideais) a uma tese ontológica (este saber produz regras). Ela constitui uma variante do sofismo naturalista que induz o habitual fantasma do jurista de se crer criador de regras ideais na medida em que ele é especialista das regras positivadas.

A fascinação que o direito comparado exerce como ciência e *simultaneamente como exercício* de uma nova legislação, transcendendo as fronteiras e os obstáculos inúteis, articulando e reforçando o ímpeto natural das coisas tais como elas são, já esteve em voga quando a disciplina (no sentido mais amplo) apareceu ao final do século dezanove. É dificilmente contestável que exista hoje em dia, por exemplo, fortes vontades de homogeneizar todos os ramos do direito em jogo

na troca de bens, de serviços e de capitais, sobretudo transnacionais, incluindo as normas penais que procuram reprimir certos atos ilegais relacionados a essas trocas. Observa-se, além disso, uma evolução circular já que cada nova regulação que responde às demandas de homogeneização, de unificação e de facilitação (e de repressão dos atos ilegais no âmbito dessas operações) gera, por sua vez, operações que fazem nascer novas necessidades de unificação e de facilitação. Um desenvolvimento similar pode ser observado em todas as áreas nas quais instâncias nacionais são confrontadas com questões que apresentam, pelo menos de uma certa forma, semelhanças com problemas encontrados em instâncias nacionais mais ou menos similares em outros contextos e em outros países. O critério intuitivo de semelhança constitui o ponto de partida do surgimento de redes de jurisdições que adotam práticas decisórias comuns. E também nesse caso, o fenômeno é circular, pois, a partir do momento em que uma rede existe, a vontade de se conformar a essas regras faz surgir a necessidade de reforçar seu funcionamento.

Mesmo que esses fenômenos existam e ganhem amplitude, isso não influencia em nada a questão de saber como o direito deve ser, e tampouco resulta como a prática transnacional é atualmente ou está se tornando. Essa questão continua sendo uma questão em aberto, que depende da filosofia política. E, a observação bem como a descrição de uma harmonização, de uma unificação e de uma progressiva formação de redes não traz nenhum elemento para sua resposta, pois o problema reside em saber até que ponto o direito deveria ser harmonizado ou unificado, ou até onde, sob quais condições e conforme que modalidades ele deveria favorecer as trocas. Se o comparatista reivindica, por outro lado, uma competência em matéria de adaptação de regras com o objetivo de “favorecer as trocas”, ele admite de antemão que a determinação do fim lhe escapa e que sua competência é estritamente instrumental.

Além disso, é perfeitamente possível que os comparatistas tenham não somente o desejo de fazer política, mas também que sejam efetivamente encarregados de participar dos trabalhos legislativos. Mas, esse *fato* não muda em nada a constatação de que os comparatistas, enquanto comparatistas, não possuem uma competência específica, além daquela que consiste na adaptação dos meios a determinados fins.

2. A CONFUSÃO DESCRITIVA: O DIREITO COMPARADO NÃO É A CIÊNCIA DOS DIREITOS “ESTRANGEIROS”

Fazer do direito comparado o estudo de “direitos estrangeiros” privaria a disciplina de todo seu contorno decisório. A proposta 3) resulta da confusão entre a esfera de validade de uma ordem jurídica e a esfera do objeto da ciência do direito.

a) O Quadro de Aplicação Contingente

O direito comparado não é um ordenamento jurídico, mas uma disciplina. Porém, para os comparatistas que rejeitam a proposição 1), o problema consiste justamente na determinação exata de seu objeto. Tradicionalmente, propõe-se como objeto a apresentação dos “direitos estrangeiros” e, às vezes, dos “grandes sistemas de direito”. Nada impede evidentemente de conferir a denominação “direito comparado” a um curso proferido ou a uma obra sobre o direito espanhol publicada na França (ou inversamente), desde que se reconheça explicitamente que se trata unicamente do sinônimo do termo “direito estrangeiro”. Como consequência, toda obra *estrangeira* se torna uma obra de *direito comparado* a partir do momento em que repentinamente ocorre uma transferência geográfica; um documento estocado em um servidor estrangeiro se transforma em direito administrativo ou comercial nacional, se aparece em uma tela nacional ou se é impresso em um aparelho situado no território do país em questão, ele se transforma em direito administrativo ou comercial *comparado*, a partir do momento em que o acessamos convocamos em um local exterior a essa esfera.

Uma tal conceituação é possível, mas desinteressante, já que ela só tem uma função contingente do local onde se encontra uma obra, um leitor, ou de onde um curso é proferido. O direito comparado seria simplesmente uma expressão de um index como “eu” ou “aqui”, dos quais o significado depende dos parâmetros da situação de onde é utilizada. Esta é somente a consequência do fato de que existem diferentes ordenamentos jurídicos em diferentes locais e em diferentes momentos. Além disso, uma tal conceituação conduz à confusão, ao menos na medida que a sinonímia estrita entre direitos estrangeiros e direito comparado não está inteiramente estabelecida como uma evidência no discurso

O fato de chamar o estudo de direitos estrangeiros de “direito comparado” só demonstra que a maioria das disciplinas jurídicas é e sempre foi marcada por um forte tropismo nacional e que o direito do país X ensinado e descrito no país X é considerado como estritamente direito.

científico. Não poderemos evitar nos perguntar se não existe um outro direito comparado ao lado do que na realidade é o estudo dos direitos estrangeiros ou se não existe uma outra disciplina consagrada aos direitos estrangeiros ao lado da que se denomina “direito comparado”. Por razões de clareza, utilizaremos aqui o termo “direitos estrangeiros” para os sistemas outros que os direitos nacionais respectivos.

O fato de chamar o estudo de direitos estrangeiros de “direito comparado” só demonstra que a maioria das disciplinas jurídicas é e sempre foi marcada por um forte tropismo nacional e que o direito do país X ensinado e descrito no país X é considerado como estritamente direito. E de fato, se queremos saber no país X qual recurso é possível interpor contra um ato administrativo ilegal ou qual ação é possível propor para anular um contrato que contém uma cláusula abusiva, convém agora e sempre procurar quais as regras “nacionais” pertinentes.

Isso não muda em nada se, para o caso em questão, a regra aplicável é na verdade uma norma de um outro país, pois esse “na verdade” quer simplesmente dizer que segundo as regras do país X, é possível (ou obrigatório) aplicar, sob certas condições, regras de outro país *como regras nacionais*, isto é, de forma que exista integração das normas estrangeiras ao direito nacional. Uma das razões pela qual existe, hoje em dia, uma conjuntura particularmente favorável ao direito comparado no sentido da proposição 3), é o fato de que direito nacional permite (ou torna obrigatório) a aplicação de regras de origem estrangeira por integração e de que os casos em que essas aplicações são efetivamente utilizadas são cada vez mais frequentes. Mas aqueles que se referem, nesses casos, aos direitos estrangeiros como “direito comparado” não analisam nem mesmo os direitos estrangeiros como eles são, mas simplesmente estudam casos específicos de aplicação de um direito nacional, assim como aqueles que classificam a aplicação de uma cláusula de “boas maneiras”, de origem extrajurídica, no direito nacional. É a atualização crescente das potencialidades dos direitos nacionais que comanda, principalmente hoje em dia, o alargamento dos conhecimentos clássicos dos direitos internos.

b) Um Domínio Transnacional de Conhecimento

Se existe um interesse nacional crescente em estudar os direitos estrangeiros, potencialmente por conterem normas do sistema jurídico de partida ou por serem um direito nacional, tal interesse não muda em nada o estatuto dos direitos estrangeiros como tal, e deixa inteiramente aberta a questão sobre qual ponto de vista convém estudá-los. Todo conhecimento dos direitos estrangeiros ainda supõe que eles sejam analisados como tal, isto é, do mesmo ponto de vista que qualquer sistema normativo jurídico, examinando-se quais comportamentos humanos são obrigatórios, permitidos ou proibidos em certas condições. Como a diferença do quadro de referência não passa de um indicador contingente, inexistente diferença de natureza entre a apresentação de uma regra sobre o domínio D do sistema X (se as condições C1-Cn se produzem, então os atos A1-An são obrigatórios, etc) e a apresentação de uma regra sobre o domínio D do sistema Y. Nada distingue os enunciados jurídicos a ponto que se possa identificar para elaborar uma resposta. Acrescentar a expressão “no direito do país X” é apenas uma especificação necessária para identificar o quadro de referência. Do mesmo modo, diríamos, “as regras da Associação dos Amigos Indefectíveis do Direito Comparado preveem a eleição do seu secretário geral por todos os seus membros por escrutínio majoritário em dois turnos” e “as regras da Associação dos Inimigos Incondicionais do Direito Comparado preveem a eleição do seu secretário geral, por escrutínio majoritário em um só turno, dos presidentes da federação” ao nos referirmos às normas estatutárias de duas associações *diferentes* em um *mesmo* sistema jurídico. Os enunciados concernentes à responsabilidade civil francesa possuem o mesmo estatuto epistemológico que aqueles que concernem à responsabilidade civil húngara ou senegalesa. O fato de estudar as condições de validade de uma garantia bancária no direito peruano, polonês e indiano enquadra-se na disciplina jurídica em sentido lato, e específica na perspectiva das ordens particulares em questão. Nesse sentido, a análise dos direitos estrangeiros é nada mais do que a análise de diferentes conjuntos de normas.

Desse ponto de vista, a qualificação como “estrangeiro” é puramente relativa e contingente e não possui nenhum valor conceitual intrínseco. É estrangeiro simplesmente aquilo que, por uma questão jurídica dada no quadro do sistema S_i em vigor sobre o território T_i

Os enunciados concernentes à responsabilidade civil francesa possuem o mesmo estatuto epistemológico que aqueles que concernem à responsabilidade civil húngara ou senegalesa.

no momento t , não é válido para esse território, mas o é no quadro de um sistema S_j em um território T_j . Se excluirmos os casos de direitos supranacionais ou de direito internacional, todo direito é, por consequência, estrangeiro ou nacional segundo um sistema de referência escolhido. O direito comparado não pode, então, ser o estudo de direitos estrangeiros.

De um ponto de vista científico abstrato, o sistema nacional não tem nenhum privilégio comparatista em relação aos outros ordenamentos jurídicos. A única propriedade que o distingue consiste em seu domínio de validade, isto é, no fato de que ele apresenta os elementos para solução das perguntas nas situações definidas por ele. Mas esse privilégio de indicador contingente, motivando seguramente um interesse muito diferente que podemos obter do conhecimento das regras de um ou de outro sistema, é somente jurídico e psicológico, mas não define nenhuma especificidade científica. Isso mostra apenas que a ciência do direito é sempre o estudo de todos os direitos, que a limitação a um único direito nacional é anticientífica (explicando-se por razões práticas e psicológicas) e que o estudo de direitos estrangeiros não seria um aumento de perspectiva em direção a um campo novo e inédito.

Contudo, poderíamos afirmar que, justamente pelo fato de o direito ser sempre todos os direitos, nada impediria, tampouco, a limitação da área de investigação a um único direito nacional, uma vez que que as questões a serem respondidas existem precisamente nesse quadro e não em um outro. Além disso, poderíamos invocar o argumento anteriormente desenvolvido, segundo o qual a maioria dos problemas atribuídos ao campo do direito comparado não dizem respeito nem mesmo ao direito estrangeiro, mas simplesmente a regras integradas. Se o direito comparado existe e se ele não representa uma ciência dos direitos estrangeiros e se, enfim, a solução científica dos problemas jurídicos estiver situada no quadro de referência, ainda que de maneira contingente, mas atual, nos quais estão colocados, então a natureza do direito comparado permanece perfeitamente obscura e inteiramente inútil. Caber-nos-á consequentemente, demonstrar que não somente a área de direito comparado se deixa formular de maneira absolutamente inteligível, mas também que seu estudo é um elemento necessário ao conhecimento dos direitos nacionais.

De um ponto de vista científico abstrato, o sistema nacional não tem nenhum privilégio comparatista em relação aos outros ordenamentos jurídicos.

3. A INTERPRETAÇÃO DA CIÊNCIA DOS DIREITOS

A problemática do direito comparado não se nutre da diversidade dos ordenamentos jurídicos e de suas descrições científicas abstratas, mas da necessidade de formular concretamente essas descrições. Essa exigência produz “interpretações conceituais diferenciadas” e condiciona uma descrição objetiva dos direitos nacionais.

a) A função explicativa

A ciência do direito é a ciência de todos os direitos, mas ela se confronta com dois obstáculos: a pluralidade das línguas naturais e a diferença entre os níveis de linguagem.

Até o presente, a ciência dos direitos implicitamente tem sido considerada, de um ponto de vista abstrato, como o conjunto das proposições descritivas das normas dos ordenamentos jurídicos em vigor. Mas já que sua *formulação* se faz com a ajuda de enunciados nas línguas ordinárias ou semi-ordinárias concretas, somos rapidamente confrontados ao clássico problema do significado exato desses enunciados.

5) “*The president enjoys immunity, except in case of high treason*” expressa, diremos, a mesma proposta que

6) “O presidente se beneficia de imunidade, salvo em caso de grave traição”.

O caso parece simples porque as palavras utilizadas nos enunciados vêm das mesmas origens latinas, induzindo assim a ideia que elas expressam os mesmos conceitos.

Em sentido contrário, os dois enunciados seguintes poderiam dar a impressão de que articulam propostas completamente diferentes:

7) “*Die Grundrechte binden die öffentliche Gewalt*”

8) “Os direitos constitucionalmente garantidos limitam as atribuições de todos os órgãos dotados de uma habilitação de jurisdição unilateral” e que a proposição expressa no 7) *em alemão* seria bem melhor dita *em francês* como

9) “*Les droits fondamentaux lient la puissance publique*”.

Mas, no primeiro caso, pode ser que “*president*” e “presidente” designem órgãos completamente diferentes e que “*immunity*” se refira a um privilégio de jurisdição e “*imunidade*” a uma impunidade pura e

A ciência dos direitos permanece um empreendimento abstrato na mesma medida em que as proposições normativas são expressadas em línguas naturais diferentes e que a capacidade de as compreender é naturalmente limitada.

simples; e, no segundo caso, pode ser que “*Grundrechte*” seja somente a abreviação de “*verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte*” (direitos constitucionalmente garantidos) e “direitos fundamentais” seja “direitos protegidos pela presente convenção internacional”.

A ciência dos direitos permanece um empreendimento abstrato na mesma medida em que as proposições normativas são expressadas em línguas naturais diferentes e que a capacidade de as compreender é naturalmente limitada. Sempre é possível restringir o *corpus* a algumas línguas que julgamos particularmente importantes, mas a qualificação de importante resulta simplesmente da ignorância do que é excluído desse *corpus* e constitui somente uma outra versão da preferência prática, mas não científica, do quadro jurídico nacional. A ciência dos direitos permanece então concretamente dependente da possibilidade de traduções, e só haverá traduções na medida em que um enunciado P_i de uma língua natural L_i puder ser expressado com conservação do significado (*salva significatione*) por um enunciado P_j de uma outra língua L_j .

A possibilidade de uma *determinada* tradução foi radicalmente colocada em questão na filosofia da linguagem desde os trabalhos de Williard V. O. Quine⁴. Mas, mesmo se admitíssemos essa concepção, seríamos levados a supor que uma tradução é em princípio possível e que a determinação pode avançar por aproximações progressivas, mesmo que ela jamais encontre uma exata equivalência.

A dificuldade principal de uma tradução parece resultar da complexidade dos contextos já que para traduzir uma expressão, seria necessário fornecer uma explicação do contexto da língua de partida na língua de chegada. Tal explicação exige, por sua vez, uma formulação que apela a elementos contextuais da língua de chegada introduzindo uma nova complexidade e se afastando progressivamente da língua de partida. Podemos, contudo, muito facilmente elevar a dificuldade, pois nada impede que uma *mesma* língua natural sirva de quadro linguístico para a expressão de ordenamentos jurídicos *diferentes*. O francês, o inglês, o alemão e o russo dão, cada um, acesso a diversos sistemas de normas. Isso se revela nitidamente quando as terminologias são diferentes, mas na realidade isso pode perfeitamente ocorrer com a utilização de

⁴ Elas se encontram expressadas por exemplo em QUINE, 1960, p.26-ss.

expressões idênticas (o Conselho de Estado francês não é o Conselho de Estado belga e o *Bundespräsident* alemão não é o *Bundespräsident* suíço ou austríaco), enquanto que termos diferentes podem muito bem funcionar como sinônimos (o termo *Grundrechte* utilizado pela Lei Fundamental alemã significa a mesma coisa que *verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte*, utilizado pela Lei constitucional federal austríaca). A questão de saber qual proposição é expressa por qual enunciado não está, de forma alguma, limitada aos problemas de tradução entre duas línguas semi-ordinárias, mas aparece para qualquer declaração que expresse uma proposição normativa em qualquer língua. O direito comparado nasce do trabalho de reconstituição dos contextos.

As questões de tradução estão, portanto, ligadas aos problemas de interpretação em qualquer língua natural. Uma interpretação é um enunciado no qual o objeto é o significado de um outro enunciado, seja qual for o grau de satisfação que é possível alcançar. Não convém confundir o objeto da teoria da interpretação com a “teoria realista da interpretação”, que é *uma* teoria cética da interpretação, isso é, uma concepção que pretende demonstrar que a realização da missão que se dá à interpretação é impossível e que desenvolve as consequências dessa tese⁵.

Quando o jurista descreve um ordenamento jurídico, ele procede à uma interpretação dos enunciados que expressam proposições normativas constitutivas desse sistema. A teoria da interpretação deve, portanto, fornecer conceitos e métodos que permitam obter enunciados interpretados de forma cada vez mais precisa. Entendida como teoria da descrição dos ordenamentos jurídicos, a teoria da interpretação é conseqüentemente um elemento da *teoria do direito*, se por “teoria do direito” compreendemos a metateoria da ciência do direito. Mas a ciência do direito, como havíamos dito, é a ciência de todos os sistemas jurídicos, e esses sistemas são compostos de um grande número de enunciados que expressam proposições

⁵ Na medida em que só concerna a possibilidade de uma interpretação suficientemente exata, ela admite por consequência a existência de interpretações. A teoria realista insiste sobre o fato que a interpretação no sentido introduzido aqui não tem valor normativo o que podemos facilmente conceder já que editar uma norma e descrever um significado normativo de uma declaração (*énoncé*) são duas coisas completamente diferentes. Ela reivindica, porém, o estatuto de “interpretações autênticas” para atos normativos específicos o que parece problemático por exatamente a mesma razão.

Podemos desde já chamar “direito comparado” a disciplina que permite descrever as estruturas de qualquer sistema jurídico com a ajuda de conceitos gerais oferecendo o refinamento necessário e suficiente.

normativas⁶. Se queremos nos orientar na totalidade dos sistemas jurídicos, temos que, conseqüentemente, identificar conceitos suficientemente refinados e suficientemente gerais para apreender diversas estruturas possíveis. O direito comparado apenas imputa os conceitos teóricos de estruturas possíveis aos ordenamentos jurídicos *atuais*, adicionando “no direito francês”, “no direito comunitário”, etc. Chamaremos o resultado desse trabalho uma “interpretação conceitual diferenciada”.

Assim, introduziremos, por exemplo, “constituição formal” (ou outro termo que julgemos mais apropriado) para designar o conceito de uma certa estrutura normativa que encontramos em certos ordenamentos jurídicos sob as denominações mais variadas e “direitos fundamentais” (ou outro termo que julgemos mais apropriado) para uma certa categoria de normas formalmente constitucionais que encontraremos igualmente sob as denominações mais variadas⁷. Poderemos então dizer que os “*Grundrechte*” contidos na “*Grundgesetz*” alemã são direitos fundamentais, enquanto que os “*human rights*” do “*Human Rights Act*” do Reino Unido não o são.

Podemos desde já chamar “direito comparado” a disciplina que permite descrever as estruturas de qualquer sistema jurídico com a ajuda de conceitos gerais oferecendo o refinamento necessário e suficiente.

Essa disciplina permite, assim, interpretar os enunciados da ciência do direito que necessitam somente de conceitos apropriados em *cada um* dos sistemas que ela descreve e para os quais ela desenvolve o conjunto de soluções possíveis dos casos que se apresentam. A ciência do direito dirá que os “*human rights*” são aqueles que são definidos como tais no *statute* “*Human Rights Act*” no ordenamento jurídico do Reino Unido; o direito comparado interpreta esse *human rights* como, na França, liberdades públicas ou direitos subjetivos protegidos pelo legislador contra violações resultantes de normas infra-legislativas pela via de recursos jurisdicionais ou por outros conceitos gerais que julgaremos mais precisos.

⁶ Refere-se evidentemente a uma simplificação se admitimos que comportamentos não linguísticos possam produzir normas como no caso do costume. Como norma, uma regra costumeira pode, no entanto, ser descrita por enunciados que expressam uma proposição normativa.

⁷ Cf. PFERSMANN, 2000.

O direito comparado assim compreendido deve, por consequência, permitir qualificar qualquer estrutura de qualquer ordenamento jurídico, diferenciando-o de qualquer estrutura de qualquer outro (ou do mesmo) ordenamento jurídico. Essa disciplina será tão mais comparatista quanto permita diferenciar mais rigorosamente as estruturas possíveis.

Isso permite explicar o interesse extremo que os comparatistas possuem em textos de teoria do direito (por exemplo sobre a “justiça constitucional”), mesmo se eles consideram (erroneamente, mas por razões relacionadas a mal-entendidos anteriormente analisados) que sua área é inteiramente diferente desse campo⁸, enquanto que outras teorias com potencial explicativo mais frágil suscitam uma recepção comparatista muito mais limitada⁹.

b) A Função Crítica

Na medida em que descreve estruturas jurídicas com a ajuda de conceitos gerais, o comparatista elimina conotações extrajurídicas dos enunciados não interpretados e as identifica em um espaço contínuo de variantes¹⁰. Se o uso de nomes de conceitos por doutrinas jurídicas nacionais tende a naturalizar e a racionalizar os dados dos sistemas respectivos de referência, o direito comparado situa qualquer dado de qualquer direito positivo nacional no conjunto de estruturas possíveis e reduz conseqüentemente a ideia de exclusividade intrínseca que poderia ser associado a esse dado. De fato, as soluções nacionais surgem de debates políticos e de contextos extrajurídicos específicos que se prolongam nos conceitos jurídicos nacionais, mas que desaparecem em uma perspectiva comparatista.

⁸ E assim que os trabalhos (teóricos) de Kelsen sobre a justiça constitucional assim como a tese (bastante teórica) de Charles Eisenmann sobre o sistema austríaco de 1925 são, todavia, lidos, comentados e criticados como textos clássicos de direito comparado (KELSEN, 1928, reproduzido em KELSEN, 1968, p. 1813 e s. versão francesa de EISENMANN, 1928a, assim como, evidentemente, KELSEN, 1999: EISENMANN, 1928b). Isso explica também porque certos autores franceses tentaram mostrar (erroneamente, segundo nós) que os conceitos teóricos relativos à hierarquia de normas não são aplicáveis em direito *francês*: eles contestavam a sua pertinência comparatista (cf. PFERSMANN, 1997, pp. 481-509).

⁹ A re-moralização da teoria do direito vigorosamente propagada pelos trabalhos de Ronald Dworkin constitui o exemplo mais impressionante. Desrespeita principalmente da apresentação das teses prescritivas *locais* (por exemplo: como convém interpretar moralmente a décima quarta emenda na Constituição dos Estados Unidos? Seu valor explicativo é ainda mais frágil que a possibilidade de introduzir conceitos teóricos neutros se encontra explicitamente rejeitada (é a tese firmemente defendida por DWORKIN, 2001).

¹⁰ Assim, o federalismo é reduzido a um caso de descentralização (cf. PFERSMANN, 1996, pp. 171-185), a legislação a uma aplicação da constituição, a « separação dos poderes » a uma hierarquização e a uma diferenciação de modos de produção normativa, etc.

Evidentemente é possível que o “comparatista” utilize o “direito comparado” com o objetivo de justificar posições políticas em um debate nacional. Esse abuso ideológico de um discurso com pretensão explicativa, mas de funcionamento prescritivo, com vistas a propagar a adoção de certas soluções no direito nacional, ou a reivindicar uma posição de legislador transnacional é certamente frequente, mas não diz evidentemente nada sobre o direito comparado tal qual aqui introduzido.

O direito comparado é, portanto, o instrumento mais potente para descrever o direito nacional. Já que há apenas interpretações conceituais diferenciadas, é possível qualificar precisamente as estruturas do direito nacional sem tomar emprestada a terminologia, carregada de conotações extrajurídicas, com a ajuda da qual o direito nacional foi formulado. O que se denomina F, segundo os enunciados normativos do direito nacional, pode muito bem ser G quando reconstituímos o contexto (os *human rights* poderiam ser unicamente “liberdades públicas” e não “direitos fundamentais”, como, por outro lado, *se tornaram os direitos humanos franceses a partir de 1971, etc.*).

O direito comparado é, ao mesmo tempo, o mais importante catalisador de questões teóricas. Confrontado com a extrema diversidade de situações concretas, é necessário dar-lhes uma interpretação conceitual diferenciada. Uma reflexão teórica pode antecipar desenvolvimentos futuros, mas quase sempre são as soluções elaboradas em um quadro jurídico atual que provocam uma análise em termos gerais, que permitem situar esses fenômenos em um conjunto mais vasto e mais precisamente classificado. Nesse sentido, o direito comparado se alimenta da observação mais compreensível possível dos direitos nacionais sem se reduzir a eles. Ele os supõe, mas não é o conhecimento dos direitos (nacional e estrangeiro), e sim a interpretação conceitual diferenciada.

Segue-se, por fim, que o direito comparado pode, de fato, ter um papel importante na tecnologia da produção normativa. Se podemos estabelecer que uma estrutura jurídica leva a determinadas consequências sob determinadas condições laterais e se chegamos à conclusão *moral* de que essas consequências são desejáveis, então essa estrutura jurídica é, em geral, igualmente desejável. Por outro lado, se nos parece que uma norma jurídica possível, mas não

atual, é moralmente desejável quando considerada isoladamente, mas resulta em consequências moralmente não desejáveis quando integrada em um certo contexto jurídico, então não é moralmente apropriado produzir tal norma. Com a teoria do direito, o direito comparado redobra a responsabilidade moral dos legisladores: ele é moralmente irresponsável por não estudar as estruturas jurídicas possíveis e ele é irresponsável por não levar em conta os resultados dessas análises. O comparatista *enquanto* comparatista possui, nesse particular, uma competência técnica no sentido de que ele pode relacionar os objetivos desejados com as restrições estruturais apropriadas.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Hart Memorial Lecture: "Hart's Postscript"*, Oxford 13 fev. 2001. Disponível em: <<http://www2.law.ox.ac.uk/jurisprudence/hartlectures.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

EISENMANN, Charles. La garantie juridictionnelle de la constitution. *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'Étranger* 1928a.

_____. *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnel d'Autriche*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1928b.

FAVOREU, Louis (Org.) *Droits des libertés fondamentales*. Paris: Précis Dalloz, 2000

KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte*. Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Mit einem Auszug aus der Aussprache. eBook (PDF) Nachdr. d. Ausg. 1929. Reprint 2013.

_____. *Théorie pure du droit*. Paris: LGDJ, 1999.

_____. *Dire Wiener Rechtstheoretische Schule*, Viena, 1968.

MARKESINIS, Basil. *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*. Londres: Oxford Hard Publishers, 1997.

PFRSMANN, Otto. Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux. In: FAVOREU, Louis (Org.) *Droits des libertés fondamentales*. Paris: Précis Dalloz, 2000.

_____. Carré de Malberg et la “hiérarchie des normes. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 31, pp. 481-509. 1997.

_____. « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de décentralisation: le cas de la supranationalité ». In: *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 28 (1996).

QUINE, Williard. *Word and Object*. Cambridge: MIT Press, 1960.