

# Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas

## Methods of Comparative Law: Developments in the 20<sup>th</sup> century and contemporary perspectives

**Paula Maria Nasser Cury<sup>1</sup>**

Ruprecht-Karls-Universität-Heidelberg, Alemanha

paulanasserc@gmail.com

### Resumo

Enquanto disciplina jurídica, o Direito Comparado apresenta enorme potencial teórico e prático para fazer progredir a Ciência do Direito, especialmente através de sua vocação para superar pontos de vista internos na análise de questões apresentadas por ordenamentos jurídicos ao lidar com problemas normativamente relevantes. Apesar de sua importância, ele é, por vezes, apressadamente compreendido como mera aproximação fática de casos, normas ou soluções entre ordenamentos, cujos resultados são, muito mais, um recurso a ilustrar, *colorandi causa*, determinado posicionamento do que a efetivamente fundamentar, com base científico-metodológica, uma argumentação. Com o intuito de apresentar criticamente as bases metodológicas do Direito Comparado, possibilitando a reflexão acerca de seu papel dentro da teoria do Direito e das ferramentas hermenêuticas que este disponibiliza ao comparatista, é que este artigo é elaborado. Para tanto, percorre-se a trajetória que vai da contestação ao dogmatismo predominante no proceder comparatista até o final do século XIX até o surgimento de metodologias pós-modernas e neofuncionalistas na contemporaneidade. Nesse contexto, merecem especial destaque o método funcionalista de Direito Comparado, bem como as críticas a ele dirigidas e a formulação de alternativas metodológicas, como a tese da dimensão cultural do Direito Comparado, de Erik Jayme, e as perspectivas contemporâneas de releitura do método funcionalista de Jaakko Husa e Ralf Michaels. Ao final, serão tecidas considerações acerca dos critérios orientadores da escolha do pesquisador pelo método mais adequado para conduzir suas investigações na área do Direito Comparado.

**Palavras-chave:** Direito Comparado, método, funcionalismo, dimensão cultural do Direito, funcionalismo moderado.

<sup>1</sup> Ruprecht-Karls-Universität-Heidelberg, Juristisches Seminar, Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg, Baden-Württemberg, Deutschland.

## Abstract

As a legal discipline, Comparative Law presents a great theoretical and practical potential to make Jurisprudence progress, particularly through its ability to overcome internal points of view in the analysis of questions presented by legal orders when dealing with normatively relevant issues. In spite of its importance, it is, at times, prematurely grasped as a mere factual approximation between cases, norms or solutions, whose results are, much more, a resource to illustrate, *colorandi causa*, certain positions than to actually justify, on a scientific-methodological basis, an argumentation. This article is elaborated with the objective of critically introducing the methodological grounds of Comparative Law, allowing for reflection upon its role within legal theory and upon the hermeneutic tools it makes available to the comparatist. For this purpose, it analyses the journey through the objection to the dogmatism present in the comparatist approach from the end of the nineteenth century until contemporary times, with the rise of post-modern and neo-functional theories. In this context, the functionalist method of Comparative Law, as well as the criticism of it and the formulation of methodological alternatives, such as the thesis of the cultural dimension of Comparative Law by Erik Jayme and the contemporary perspectives of reconception of the functionalist method by Jaakko Husa and Ralf Michaels, will deserve special attention. At the end, final considerations about the criteria guiding the researcher in the choice of the most adequate method to conduce her investigations will be made.

**Keywords:** Comparative Law, method, functionalism, cultural dimension of Law, moderate functionalism.

## Introdução

“A Ciência degradou-se em Jurisprudência nacional, suas fronteiras científicas coincidem com as fronteiras políticas. Uma forma humilhante, indigna para uma Ciência! Mas depende somente dela mesma ultrapassar aquelas barreiras e garantir, de uma outra forma e por todo o porvir, o caráter de universalidade que ela, por tanto tempo, possuiu, como Jurisprudência comparada. Seu método será diferente, seu olhar, um outro, seu juízo, mais maduro, seu tratamento da matéria, mais livre [...]” (Jhering, 1924, p. 15, tradução minha). Com estas palavras, pretendia Jhering, já no século XIX, destacar o papel decisivo do Direito Comparado para a compreensão e o desenvolvimento da Ciência do Direito. Contudo, foi somente na virada do século XIX para o século XX, particularmente por ocasião do *Congrès International de Droit Comparé*, realizado em Paris em 1900, que veio a ser garantido ao Direito Comparado o *status* de uma disciplina científica. A partir de então, a comparação de diferentes ordenamentos jurídicos passou a ser considerada não apenas desde uma perspectiva jurídico-política, como ocorria até então, mas também em nível propriamente científico (Michaels, 2002, p. 99-100).

Pano de fundo para a consolidação desse novo modo de se fazer Direito Comparado foi a enorme influência alcançada, ao longo do século XIX, tanto pelo racionalismo desenvolvido por Leibniz e Wolff como pelo idealismo alemão, especialmente de Hegel. Da primeira fonte provém a pretensão de objetividade científica, a qual contribuiu significativamente para o ganho de cientificidade do Direito; da segunda fonte deriva a visão de que a trajetória do homem no mundo se desenvolve em um processo continuamente progressivo, que compreenderia as mais diversas culturas ao longo de uma história universal [*Weltgeschichte*] e as conduziria rumo a um *Telos* comum da humanidade (Michaels, 2002, p. 102).

Em decorrência do congresso parisiense, o século XX foi palco de intensos esforços para que fosse conferida ao Direito Comparado uma metodologia propriamente científica. Nesse sentido, perseguiu-se, sobretudo, a superação do método dogmático por meio da comparação funcional de ordenamentos jurídicos (De Coninck, 2010, p. 332).

Não obstante o entusiasmo inicial da comunidade jurídico-científica, o interesse no Direito Comparado ao longo do século XX, especialmente após a Segunda

Guerra Mundial, decresceu gradativamente. A globalização, o final da guerra fria e a construção de blocos econômicos foram, todavia, fatores que, a partir da década de 1980, acabaram por novamente atrair a atenção dos juristas para o importante papel hermenêutico desempenhado pelo Direito Comparado na Ciência do Direito. Com Michaels, pode-se asseverar que, contemporaneamente, o Direito Comparado é uma disciplina *en vogue* (Michaels, 2002, p. 112). Tanto no âmbito da teoria como no da prática, a ocupação de cientistas, julgadores e legisladores com o Direito Comparado cresce em destaque e importância no cenário atual, brasileiro e internacional (Michaels, 2002, p. 112).

Entretanto, questões fundamentais concernentes à temática do Direito Comparado permanecem carentes de esclarecimento, particularmente a questão do método (como se deve proceder ao realizar a análise comparativa?) e aquela concernente à própria utilidade da disciplina (por que alguém deveria, afinal, dedicar-se ao Direito Comparado?) (De Coninck, 2010, p. 321). No Brasil, apesar de proliferarem projetos de pesquisa, de graduação e pós-graduação, em que é feita alusão ao objetivo de comparar ordenamentos, faltam – até mesmo pela atribuição de um papel secundário à disciplina jurídica do Direito Comparado no currículo de grande parte dos cursos de Direito do país – conhecimentos elementares sobre conceitos e métodos de Direito Comparado que permitam a obtenção de resultados efetivos, capazes de trazer à luz as possibilidades reais, e não meramente *colorandi causa*, de contribuição dessa ciência para a solução de problemas jurídicos. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo, também, fornecer subsídios para o preenchimento dessa lacuna na Teoria do Direito brasileira.

Funcionalistas procuraram responder a essas questões acerca do método e da utilidade do Direito Comparado com base na aproximação entre ordenamentos jurídicos, na qual a busca por similitudes teria importância fundamental. Uma diversidade de critérios foi atribuída ao método funcional, e novas teorias do método lhe foram contrapostas, cujos pontos centrais repousavam na não correspondência ou mesmo na contradição entre ordenamentos – por exemplo, Frankenberg com sua Teoria Crítica (Frankenberg, 2008), Legrand com sua Teoria Pós-Moderna (Legrand,

2003, Legrand, 1997) e Jayme com a tese da Dimensão Cultural do Direito Comparado (Jayme, 2003b). Em sentido contrário, também procurou-se livrar o método funcional das críticas a ele dirigidas, reação que teve como resultado o surgimento de variantes moderadas do funcionalismo (esp. Michaels, 2002; Husa, 2003).

A seguir, as linhas gerais e os principais argumentos fundamentadores desses métodos de Direito Comparado serão mais detidamente analisados.<sup>2</sup>

## O método funcional de Direito Comparado

O método funcional de Direito comparado foi originariamente influenciado pela teoria sociológico-funcionalista (Husa, 2003, p. 431). Em ambas as vertentes, essa metodologia reúne condições de proporcionar resultados analíticos e consiste em abordagens holistas que estudam sistematicamente o objeto de conhecimento (Husa, 2003, p. 431). Aplicado ao âmbito do Direito Comparado, o método funcional parte do pressuposto de que deve haver semelhanças funcionais entre diferentes ordenamentos jurídicos, ou seja, funções semelhantes devem poder ser percebidas pelo comparatista (Husa, 2003, p. 431). Fundado por Rabel e posteriormente desenvolvido sobretudo por Zweigert e Kötz, esse método representou a possibilidade de comparar ordenamentos jurídicos entre si, sem que o comparatista estivesse vinculado aos dogmas de seu próprio ordenamento. É que, em lugar das normas, propunha-se que funções abstratas fossem utilizadas como objeto de análise comparativa. Com isso, estava aberto o caminho para que tanto as decisões judiciais como a literatura jurídica pudessem ser incluídas e consideradas no processo comparativo (Zweigert e Kötz, 1996, p. 33). Esse amplo espectro de abrangência metodológica levou, por exemplo, Zweigert e Kötz à defesa do método funcional como o único verdadeiro método de Direito Comparado à disposição (Zweigert e Kötz, 1996, p. 4).<sup>3</sup>

Núcleo desse método é a pressuposição de que apenas comparáveis podem ser comparados, isto é, apenas aquilo que preenche a mesma função jurídica pode servir de objeto para a comparação jurídica (Zweigert e Kötz, 1996, p. 33). A possibilidade da coincidência de

<sup>2</sup> Ao lado dos métodos que serão mais detidamente analisados neste texto, foram empreendidas, ainda, outras tentativas de compreender e tratar o Direito Comparado de modo científico-metodológico, as quais, pela adoção de determinados critérios delimitadores do objeto do presente estudo, não poderão ser, aqui, discutidas. Dentre elas, pode ser citado, por exemplo, o Direito Comparado Estatístico (Siems, 2008, p. 354-390). Uma outra teoria bastante instigante sobre o papel do Direito Comparado para a interpretação dos direitos humanos foi desenvolvida por Häberle. De acordo com este autor, “a comparação constitucional [seria] o caminho por meio do qual constituições individuais tomadas como exemplo poderiam se ‘comunicar’” e deveria, por isso, ser considerada, ao menos como um quinto método interpretativo (Häberle, 1992, p. 37).

<sup>3</sup> Ver, por exemplo, Zweigert e Kötz (1996, p. 4, tradução minha): “Comparável, no Direito, é apenas aquilo que preenche a mesma tarefa, a mesma função”.

funções em diferentes ordenamentos fundamenta-se no entendimento de que cada sociedade se encontra essencialmente diante de problemas muito semelhantes, apesar de os meios criados por elas para solucionar esses problemas não necessariamente coincidirem (Zweigert e Kötz, 1996, p. 3). Na medida em que diferentes soluções se destinam à abordagem de problemas semelhantes, elas preenchem *a mesma função* – e são, por isso mesmo, comparáveis. A questão central do método funcional de Direito Comparado poderia, então, ser formulada nos seguintes termos: qual objeto seria capaz de desempenhar o papel da função sob análise em seu próprio ordenamento jurídico? (Husa, 2003, p. 424).

Uma vez que o método funcional assume que problemas e as funções jurídicas deles decorrentes não se restringem aos ordenamentos concretamente analisados – eles são, antes, observados enquanto elementos externos –, surge uma presunção abstrata da coincidência de funções, uma *praesumptio similitudinis* (De Coninck, 2010, p. 332). Existe um *tertium* entre Direito e sociedade, que a comparação traz à tona: a função (Michaels, 2006, p. 339-382). O resultante distanciamento em relação ao ordenamento jurídico de origem do comparatista permitiria, em consequência, uma comparação *neutra* do ponto de vista valorativo. Exatamente por isso, esse método contrapor-se-ia ao dogmático (De Coninck, 2010, p. 327). A vantagem parece clara: concepções próprias não se manifestariam sobre o processo comparativo, e não provocariam, por conseguinte, distorções em seus resultados.

Resumidamente, o método funcional proposto por Zweigert e Kötz pode ser subdividido em cinco etapas.

- (i) Questionamento: como um determinado problema é solucionado?
- (ii) Escolha dos ordenamentos jurídicos e relatórios sobre as respectivas soluções para o problema pesquisado.
- (iii) Processo comparativo *stricto sensu*: em que medida se assemelham as soluções? Em que pontos elas coincidem; através de quais características elas diferem entre si?
- (iv) Construção de uma sistemática para análise das soluções, esclarecimento de semelhanças e diferenças.

(v) Valoração crítica dos resultados, o que eventualmente poderá conduzir à avaliação (discricionária) da melhor solução.

Para uma exposição detalhada do procedimento em cada etapa do processo comparativo, não é aqui o lugar. Importa, nesta sede, destacar que o método se baseia nos princípios (i) da presunção de similitudes, (ii) da fixação da função como elemento externo ou *tertium comparationis*, (iii) da consequente pretensão de neutralidade do comparatista no processo comparativo e (iv) da valoração dos resultados, prevista na última etapa do processo.<sup>4</sup> Esses componentes estruturais emprestam ao método funcional sua marca característica, ao mesmo tempo em que expõem suas principais vulnerabilidades, as quais serão problematizadas na próxima seção deste artigo.

Considerando, então, as características anteriormente discutidas do método funcional de Direito Comparado, pode-se compreendê-lo como aquele método no qual é empreendida a tentativa de identificar, em um ordenamento jurídico, normas jurídicas ou sociais que desempenhem o mesmo papel (função) que outras normas consideradas em outros ordenamentos jurídicos comparados (Husa, 2003, p. 423-424).

## Crítica do método funcional de Direito Comparado

A partir da segunda metade da década de 1980, o método funcional de Direito Comparado passou a ser objeto de uma análise crítica. Como reação a esse movimento, surgiram importantes contribuições para a teoria do método do Direito Comparado, as quais demandam uma análise mais criteriosa. Para possibilitar uma apresentação estruturada dessas contribuições críticas, esta seção foi dividida em quatro partes. Na primeira parte, será oferecida uma visão geral sobre os pontos centrais da crítica ao método funcional. Na segunda parte, serão considerados os fundamentos da teoria crítica de Frankenberg. Na terceira parte, será apresentado o argumento pós-moderno de Legrand. Finalmente, na quarta parte, será trazida à luz a tese da dimensão cultural do Direito Comparado, de Jayme.

<sup>4</sup> Zweigert e Kötz admitem que, desde uma perspectiva científica, poderia ser problemático proceder a uma valoração dos resultados. Pense-se, por exemplo, na Teoria pura de Kelsen. Parece que não a ciência, mas somente a *prudentia* poderia fazer jus a uma tal exigência metodológica: “critérios da valoração crítica são aqueles que os juristas diariamente aplicam, a saber, refletir e fundamentar qual dentre diversas soluções parece mais proporcional e justa” (Zweigert e Kötz, 1996, p. 46, tradução minha). Também autores como Bartels reconhecem esse problema no proceder científico quanto a valorações de diferentes possibilidades de solução. Bartels assevera: “Como, daí em diante, a valoração deverá ser conduzida, é algo decisivamente influenciado pela finalidade a que a investigação comparativa deve servir. Os critérios de acordo com os quais as diferentes soluções de diversos ordenamentos jurídicos serão avaliadas devem ser diferentes, de acordo com a tarefa a que o comparatista, *in concreto*, se propôs. No trabalho comparativo destinado à consecução de finalidades práticas, devem ser levantados critérios diferentes daqueles pertinentes ao âmbito científico-teorético para a resposta à questão sobre a melhor solução” (Bartels, 1982, p. 180, tradução minha).

## Visão geral sobre as críticas ao método funcional de Direito Comparado

Uma das mais duras críticas ao método comparativo funcional diz respeito à presunção de similitudes (*praesumptio similitudinis*)<sup>5</sup>. O que seus mais proeminentes desenvolvedores pretendiam através dela era a constituição de um solo firme sobre o qual assentar o processo de comparação, um parâmetro para a consecução da atividade comparativa. O fato de que essa presunção é assumida em termos puramente teóricos, isto é, sem comprovação empírica, conduz, entretanto, a uma espécie de universalização idealizadora: todos ou ao menos alguns ordenamentos jurídicos devem conter semelhanças entre si; caso contrário, o método não teria qualquer objeto possível (De Coninck, 2010, p. 323). Além disso, com sua ênfase na busca por semelhanças, a *praesumptio similitudinis* acabaria por levar o comparatista a desconsiderar ou marginalizar importantes diferenças entre os ordenamentos analisados (De Coninck, 2010, p. 332). Por este motivo, mesmo os defensores de um funcionalismo moderado, como, por exemplo, Husa, reconhecem que a presunção de similitudes acaba por provocar dificuldades metodológicas (Husa, 2003, p. 434).

O problema torna-se ainda mais grave se os ordenamentos jurídicos sob comparação se originam de círculos culturais diferentes, em parte não familiares um para o outro. Imagine-se, a título de exemplo, uma comparação entre os ordenamentos alemão e marroquino.<sup>6</sup> Em tais casos, assevera Husa, a presunção de similitudes seria praticamente desprovida de significado (Husa, 2003, p. 425).

Outro ponto em que pesa a crítica contra o método funcional é a pretensão de neutralidade no processo comparativo. De Coninck defende o posicionamento de que a pretensão de neutralidade não assegura qualquer tipo de comparação neutra; pelo contrário, ela poderia servir à finalidade de encobrir a imposição de determinados pontos de vista domi-

nantes no cenário ocidental (De Coninck, 2010, p. 326-327). Além disso, problema e função não seriam conceitos propriamente neutros; a determinação de seu conteúdo dependeria sempre de interpretações subjetivas.<sup>7</sup> De Coninck caracteriza essa impropriedade como uma confusão entre neutralidade e objetividade – confusão que prejudicaria, finalmente, a compreensão das funções como objeto da comparação (De Coninck, 2010, p. 323). Para que alguém iria, afinal, comparar funções, se entre elas não fosse possível realizar qualquer julgamento de valor?<sup>8</sup> Um exemplo (Michaels, 2006, p. 369) retirado da jurisprudência inglesa pode contribuir para esclarecer a situação: Tratava-se, no caso ora explicitado, da dúvida sobre se um advogado, o qual, por negligência, não concluiu a versão final um testamento, deveria ser responsabilizado perante os pretendidos herdeiros testamentários.<sup>9</sup> A fim de fundamentar sua decisão, a *House of Lords* pesquisou as funções da responsabilização no ordenamento jurídico inglês. Então, o tribunal comparou diferentes doutrinas dogmáticas estrangeiras funcionalmente equivalentes, com o objetivo de recomendar a responsabilização do advogado com base no Direito Comparado (Michaels, 2006, p. 369). Se, por um lado, é certo que o tribunal logrou êxito em realizar uma comparação funcional de soluções estrangeiras, por outro, entretanto, não foi possível, com base no método funcional, avaliar a aplicabilidade dessas soluções ao Direito inglês (Michaels, 2006, p. 369). Como exposto por Michaels, tratava-se, aqui, de uma questão de Direito interno, para a qual o método funcional se mostrou inepto (Michaels, 2006, p. 369).

Contra o método funcional, dirige-se também o argumento de que a presunção da existência de uma relação funcional *a priori* entre Direito e sociedade seria infundada – o Direito também poderia se encontrar em uma relação não funcional ou disfuncional para com a sociedade. Soma-se a isso o fato de que a contraposição entre Direito e sociedade seria artificial, já que o Direito deve ser compreendido, antes, como elemento constitutivo da realidade social (De Coninck, 2010, p. 333).

<sup>5</sup> De acordo com Zweigert e Kötz: “Se o comparatista, a partir da totalidade do material pesquisado, constata, como resultado, a igualdade ou, ao menos, semelhança da solução nos ordenamentos jurídicos sob comparação, ele pode se dar por satisfeito; se ele constata, contrariamente, diferenças ou mesmo totais oposições nas soluções práticas, então isso deveria deixá-lo atento e desafiá-lo a uma nova verificação sobre se a questão da função das figuras jurídicas foi posta de modo correto e radical o suficiente, sobre se ele ampliou suficientemente as margens da sua pesquisa” (Zweigert e Kötz, 1996, p. 39, tradução minha).

<sup>6</sup> Na quarta seção será, entretanto, demonstrado que Michaels procura conciliar tal tipo de caso com o método funcional.

<sup>7</sup> Nesse sentido, Zweigert e Kötz: “Na comparação [...] cada uma das soluções pesquisadas será observada e julgada diante do pano de fundo de todas as outras soluções pesquisadas, não mais no contexto de seu próprio ordenamento jurídico. Também aqui, o princípio da funcionalidade deve ser observado: as soluções dos ordenamentos jurídicos pesquisados devem ser libertadas de todos os conceitos sistemáticos desses ordenamentos, desvinculadas de suas incrustações dogmáticas somente nacionais e, finalmente, vistas sob o aspecto da funcionalidade, da satisfação da respectiva necessidade jurídica” (Zweigert e Kötz, 1996, p. 43, tradução minha).

<sup>8</sup> Esse problema, a saber, as assim chamadas aporias valorativas, foi, entretanto, previsto já por Zweigert e Kötz em determinados casos: “Eventualmente, mostrar-se-á proibida a avaliação de uma ou outra solução como ‘melhor’ ou ‘pior’ [...]. Frequentemente, diferentes soluções terão o mesmo valor ou serão de tal tipo que – nas palavras de Rabel – ‘uma escolha razoável pode vacilar’ [...]. Tudo isso, deve o comparatista considerar e relatar” (Zweigert e Kötz, 1996, p. 46, tradução minha).

<sup>9</sup> Caso *White vs. Jones*, citado em Michaels (2006, p. 369).

### A teoria crítica de Frankenberg

O principal tema da teoria de Frankenberg parece não ser o método comparativo em si, mas seu questionamento sobre a própria existência de algum método de Direito Comparado (Husa, 2003, p. 436). Frankenberg critica a pretensão de neutralidade e seu papel encobridor da manutenção do *status quo* dominante (Husa, 2003, p. 436). O acentuado formalismo do método funcional, o qual, de acordo com Frankenberg, é baseado em um “legocentrismo”<sup>10</sup>, conduziria à falta de sensibilidade com relação a uma normatividade não-formal existente (Husa, 2003 p. 436). Finalmente, o método comparativo funcional seria impregnado de conservadorismo: ele não teria condições de criticar seu próprio objeto de pesquisa. A análise funcional de ordenamentos jurídicos possibilitaria uma harmonização artificial, que simplificaria excessivamente a realidade (Husa, 2003, p. 438). Para ultrapassar tais dificuldades, Frankenberg sugere a adoção de uma perspectiva crítica, atenta às diferenças culturais, no Direito Comparado (Frankenberg, 2008).

### A teoria pós-moderna de Legrand

Assim como Frankenberg, também Legrand direciona o foco de sua teoria às diferenças, e não às similitudes entre ordenamentos jurídicos (Husa, 2003, p. 439). A *praesumptio similitudinis* pressuporia, de acordo com ele, que o processo comparativo se desse em uma espécie de vácuo cultural (Legrand, 2003, p. 240-311).<sup>11</sup> Em sua perspectiva autointitulada pós-moderna, o Direito Comparado deveria, por outro lado, conduzir a um resultado multiplicador – exatamente o contrário seria preconizado pela ideia unificadora contida na presunção de similitudes (Legrand, 2003, p. 123). Todavia, Husa entende que, neste ponto, não haveria um desacordo metodológico entre Legrand e a teoria funcional. Tratar-se-ia, antes, de uma questão de âmbitos de aplicação, ou seja, da pergunta: como os resultados alcançados através do processo comparativo podem ser utilizados da melhor forma possível? (Husa, 2003, p. 442).

Também como Frankenberg, Legrand critica o superestimado papel das leis formais no método funcional de Direito Comparado (Husa, 2003, p. 439). Leis formais seriam apenas uma pequena parte do sistema

jurídico; elas não seriam capazes de revelar estruturas normativas mais profundas – justamente os objetos mais importantes, significativos do Direito Comparado (Husa, 2003, p. 439-441). O método por ele sugerido consiste, então, em um esclarecimento hermenêutico metalinguístico de diferentes percepções da experiência jurídica (Legrand, 1997, p. 123).

### A dimensão cultural do Direito Comparado – uma contribuição de Jayme

Enquanto Legrand constrói sua teoria em clara contraposição à concepção moderna de Direito Comparado, marcada pelo princípio da funcionalidade, não se trata, no caso de Jayme, de uma ruptura brusca, mas de uma transposição fluida para o Direito Comparado pós-moderno (Jayme, 1997, p. 813-829). Pós-modernidade significa pluralismo de ideias, relativismo. Nesse sentido, não se pode sustentar uma pretensão de universalidade; antes, é formulada uma suposição de diversidade. Além disso, no contexto de uma teoria orientada para a dimensão cultural do Direito, assume-se a existência de determinadas normas não formais, culturalmente constituídas (sejam elas usos ou costumes), as quais são integradas ao Direito (Jayme, 2003a, p. 13). Consequentemente, um método jurídico comparativo pós-moderno deve procurar por diferentes formas ético-culturais de expressão de ordenamentos jurídicos.

#### Características metodológicas

De acordo com Jayme, as principais características de um procedimento comparativo pós-moderno no âmbito do Direito seriam:

#### Consideração do presente imediato

A tese da dimensão cultural do Direito assume que a realidade é constantemente modificável. Por esta razão, as consequências de um procedimento de Direito Comparado são temporalmente condicionadas, (e) nenhuma pretensão de perpetuidade do contexto observado ou dos resultados obtidos pode ser levantada (Jayme, 2003b, p. 214). Apenas o presente imediato pode ser levado em consideração.

<sup>10</sup> Por “legocêntrico”, compreende Frankenberg um modelo comparativo centrado em leis formais (Frankenberg, 2008).

<sup>11</sup> Na mesma direção Hyland, para quem “in every society, the issues of practical life are already shaped by history, culture, religion and language before they are posed as legal questions” (Hyland, 1996, p. 189).

### *Presunção de diversidade*<sup>12</sup>

Em lugar da *praesumptio similitudinis*, uma ciência jurídica comparativa que leve a sério a dimensão cultural do Direito deve contar com o fato de que são as diferenças que caracterizam e dão a um ordenamento jurídico a sua marca distintiva. Tais diferenças desempenham o papel – fundamental para a análise comparativa – de contextualizar o Direito em seu universo cultural particular (Jayme, 2003b, p. 219).

### *Influência de elementos subjetivos*

Se o Direito é compreendido em conexão com a cultura, elementos subjetivos devem, conseqüentemente, passar a ser considerados. Normas jurídicas podem desempenhar um papel como “figuras evocatórias” [*Erinnerungsfiguren*]. Desse modo, elas colaboram para a determinação do caráter de um grupo (Jayme, 2003b, p. 221): o método cultural de Direito Comparado compreende que algumas normas jurídicas vinculam-se de modo especialmente estreito à identidade cultural de um Estado (Jayme, 2003b, p. 229). Um bom exemplo seria a figura, há muito existente no Direito Civil brasileiro – no âmbito do contrato de compra e venda de imóveis – do pré-contrato: a promessa contratualmente vinculante de celebração de um futuro contrato de compra e venda de um imóvel (Jayme, 2003b, p. 222). Ocorre que, devido ao rigorismo formal, o pré-contrato foi, frequentemente, objeto de práticas abusivas, tendo, nesses casos, convertido-se em instrumento de especulação imobiliária contra as camadas mais pobres da população. Estas acabavam por, muitas vezes, celebrar pré-contratos sem observar todas as formalidades necessárias e, posteriormente, constatavam que não tinham qualquer pretensão jurídica legítima à compra do imóvel pretendido, pois o negócio jurídico que acreditavam haver celebrado era eivado de nulidade. No Código Civil de 2002, apesar de o pré-contrato haver sido mantido, o novo texto previu uma flexibilização quanto ao seu rigor formal. Com isso, privilegiou-se a proteção das expectativas e foram especialmente beneficiadas as classes economicamente mais vulneráveis, que apresentavam maiores dificuldades em observar os requisitos formais anteriormente estabelecidos (Jayme, 2003b, p. 222). A reforma do instituto

do pré-contrato testemunha o surgimento de uma nova postura no Direito privado, orientada à valorização da pessoa no sistema jurídico, e a presença de figuras evocatórias de uma memória coletiva também no ramo civilista, de acordo com Jayme (2003b, p. 222).<sup>13</sup>

### *Direito Comparado declaratório*

Jayme afirma expressamente que o Direito Comparado, compreendido em sua dimensão cultural, só pode ser um Direito Comparado declaratório (Jayme, 2003b, p. 228). Não há qualquer possibilidade de valoração de resultados, sejam eles diferentes ou semelhantes. O modo de observação pós-moderno pressupõe pluralidade e contingência. Nesse sentido, a tarefa do método comparatista cultural exaure-se com a constatação e declaração das diferenças e semelhanças encontradas (Jayme, 2003b, p. 229).<sup>14</sup>

Quanto à aplicação prática de sua tese, Jayme também oferece um exemplo colhido da legislação. O art. 6, inc. III do Tratado de Maastricht sobre a União Europeia estabelece que a União deve respeitar a identidade nacional de seus Estados-membros. No conceito de identidade nacional, compreende-se, porém, inclusive o respectivo ordenamento jurídico do Estado-membro. Assim, ao aplicar o conceito de identidade nacional, a União obriga-se, também, a respeitar normas nacionais culturalmente relevantes (Jayme, 2003b, p. 214).

### **A dimensão cultural do Direito no que tange a conflitos culturais**

A aplicação do método cultural de Direito Comparado à área de conflitos culturais pode se mostrar interessante e conduzir a resultados reconciliadores (Jayme, 2003b, p. 216). A título de exemplo, Jayme cita, neste ponto, a Convenção da ONU sobre os direitos da criança, do ano de 1986. Nessa convenção, é regulamentada a guarda de crianças órfãs. Em ordenamentos jurídicos ocidentais, a adoção e a condução da criança a um orfanato ou estabelecimento similar são frequentes nesses casos. De acordo com o Direito islâmico, entretanto, a adoção não é permitida. Considerando o pano de fundo cultural da criança, então, a *kafala*, uma figura jurídica islâmica para o cuidado de crianças órfãs, foi incluída no

<sup>12</sup> Isso não significa que a unificação jurídica esteja, sem mais, excluída da dimensão cultural do Direito. Desde que a identidade cultural seja garantida, não são dirigidas objeções contra um procedimento unificador. Jayme destaca, nesse ponto, o papel do Direito Privado Internacional (Jayme, 2003a, p. 14).

<sup>13</sup> A partir daí, conclui Jayme que “se podem encontrar, também no Direito Privado, figuras evocatórias de uma memória coletiva” (Jayme, 2003b, p. 222, tradução minha).

<sup>14</sup> Nesse ponto, Jayme cita Rabel: “Ela [a dimensão cultural do Direito Comparado] dialoga com Ernst Rabel, que afirmou: ‘a valoração não pertence mais ao Direito Comparado, mas à crítica tornada possível por meio dele’” (Jayme, 2003b, p. 229, tradução minha).

art. 2 inc. III § I da Convenção da ONU e passou a figurar ao lado das demais instituições ocidentais (Jayme, 2003b, p. 217). A comparação de diferentes dimensões jurídico-culturais e a consideração das diferenças relevantes levaram, aqui, a uma solução conciliatória.

## Perspectivas contemporâneas relativas ao método funcional

Nas décadas anteriores, surgiram diversas reações à afirmação de Zweigert e Kötz de que o princípio funcionalista seria “o” princípio metodológico de *todo o Direito Comparado* (Zweigert e Kötz, 1996, p. 33). Mais acima, foram traçadas as linhas gerais daquelas reações compreendidas como métodos alternativos de Direito Comparado, ou seja, como formas de se proceder à análise comparativa fora do âmbito do funcionalismo. Na presente seção serão, por outro lado, tematizadas a tentativa contemporânea de apresentação de uma variante nova, moderada do método funcional, bem como a leitura de Michaels a respeito das tarefas e implicações do modo funcional de se proceder.

### Funcionalismo moderado? A tentativa de Husa

Em seu ensaio *Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?*, Husa desenvolve uma versão moderada do Direito Comparado funcional, a qual, através da renúncia às mais controversas premissas da variante “tradicional”, pretende manter, em suas linhas fundamentais, o princípio funcionalista.<sup>15</sup> Nesse sentido, Husa expressamente admite que a presunção de similitudes deve ser combatida. O método funcional ou, ao menos, sua variante moderada, compreenderia tanto semelhanças como diferenças entre diversos ordenamentos jurídicos (Husa, 2003, p. 425). Além disso, parte-se do pressuposto de que a decisão sobre qual será o enfoque da comparação – se semelhanças ou diferenças serão enfatizadas – somente poderá ser tomada após a realização da pesquisa concreta dos ordenamentos. Não haveria, portanto, uma pretensão *a priori* de universalização, como objetou Legrand (Husa, 2003, p. 442). Também a crítica da decorrente pretensão de neutralidade é reconhecida: o método funcional não pode prever qualquer comparação neutra entre

ordenamentos. Este, entretanto, não seria um problema especificamente relativo a esse método mas, antes, uma deficiência do processo comparativo em geral (Husa, 2003, p. 438).

Para abordar a questão da aplicabilidade do método funcional em caso de grandes diferenças culturais, Husa recorre ao conceito abstrato de problema social como instrumento teórico do processo comparativo. Tal conceito conduziria a uma solução que, observada desde uma perspectiva externa, seria igualmente abstrata. Por isso, o Direito Comparado funcional não poderia oferecer qualquer relato detalhado sobre as normas pesquisadas; ele poderia apenas identificar como tais normas solucionam um problema social (Husa, 2003, p. 430).

Essa variante moderada do método funcional teria a vantagem de não aspirar a qualquer monopólio metodológico (ao contrário da variante de Zweigert e Kötz, que pretendia ser “o” método de Direito Comparado). Pelo contrário, ela poderia coexistir ao lado de outros métodos comparativos (Husa, 2003, p. 426). Assim, mesmo que o método de Husa reconhecidamente não esteja em posição de proporcionar a solução de todas as questões de Direito Comparado, ele poderia, ao menos, ser aplicado a um número limitado de casos (notadamente, aqueles que pressupusessem a comparação de diversas soluções/funções) (Husa, 2003, p. 427). Husa sugere, ainda, que seria interessante promover uma aproximação entre o método comparativo funcional e a (macro) Sociologia Jurídica, para que novas funções pudessem ser descobertas. Essa poderia ser uma alternativa promissora para o futuro desenvolvimento e aperfeiçoamento do método funcional (Husa, 2003, p. 445).

### Reconstrução do método funcional: Michaels

Em relação à tentativa de construir um método comparativo funcional moderado, Michaels se mostra cético. Caso o método funcional seja considerado inadequado, não haveria, de acordo com sua visão, qualquer motivo pelo qual uma variante desse mesmo método pudesse ser defendida (Michaels, 2006, p. 358). Para que seja possível apresentar uma reconstrução coerente do funcionalismo no âmbito do Direito Comparado, é preciso, em primeiro lugar, refinar o conceito de função (Michaels, 2006, p. 358).

<sup>15</sup> Para uma análise crítica dessa variante moderada do método funcional (método funcional como “ferramenta heurística”), ver De Coninck (2010, p. 342-343). Nesse artigo, a autora sugere os princípios de uma teoria alternativa do método de Direito Comparado. Um posicionamento interessante a respeito dessa proposta de De Coninck encontra-se em Michaels (2010, p. 351-359).



Após uma análise detalhada de diferentes conceitos de função, Michaels conclui que o conceito de equivalência funcional (isto é, equivalência da relação funcional entre problemas e suas soluções nos respectivos sistemas jurídicos) (Michaels, 2006, p. 365)<sup>16</sup> é o mais apropriado para o Direito Comparado. Motivos para tanto seriam o fato de esse conceito também desempenhar um importante papel na sociologia e, além disso, já vir sendo empregado no âmbito comparatista por importantes teóricos, como Rabel, Zweigert e Kötz (Michaels, 2006, p. 358).

Se o conceito de equivalência funcional é adotado pelo método funcional de Direito Comparado, as críticas de legocentrismo, de desconsideração da dimensão cultural do Direito, bem como de pretensão de universalidade perdem a sua validade. Não se pode mais falar em legocentrismo: no método funcional, as instituições jurídicas desempenham o papel de reações sociais a problemas. Correspondentemente, todo o sistema jurídico – e mesmo a sociedade – seria abrangido pelo método (Michaels, 2006, p. 359). Diante do conceito de equivalência funcional, também o argumento da desconsideração da cultura perde sua fundamentação. Pelo contrário, as normas jurídicas estariam metodologicamente relacionadas à identidade cultural. A diferença entre Direito Comparado funcional e cultural passaria a ser, muito mais, uma questão de perspectiva observacional: um método funcional pressuporia a observação do ordenamento jurídico a partir de um ponto de vista externo (não culturalmente dependente); o método cultural, por outro lado, a observação desde um ponto de vista interno (Michaels, 2006, p. 359-360).

No que tange à pretensão de universalidade, Michaels defende o posicionamento de que uma epistemologia funcional a transformaria em uma premissa superficial. Não se trata, aqui, de uma representação da realidade, mas de um movimento construtivo: a comparação é possibilitada através da construção teórica de problemas universais como *tertium comparationis* (Michaels, 2006, p. 363). Diferenças institucionais persistem no interior das similitudes funcionais (Michaels, 2006, p. 370). A importância de uma unificação daí resultante seria consideravelmente reduzida, e a equivalência fun-

cional poderia satisfazer essa pretensão em nível teórico. A utilidade de um procedimento unificador passaria, então, a consistir meramente em melhoramentos informacionais (Michaels, 2006, p. 371).

Como já se pode, neste ponto, perceber, nas reflexões de Michaels, não há renúncia à mais polêmica premissa do funcionalismo comparatista: a *praesumptio similitudinis*. Para o autor, ao invés de abandonada, a pretensão de similitudes deve, muito antes, ser esclarecida. Por um lado, ela remonta às relações funcionais entre problemas e soluções, porém não aos problemas e soluções em si. Por outro, a descoberta de similitudes não implica a formulação de quaisquer pretensões de perpetuidade; elas devem ser observadas de maneira contingente (Michaels, 2006, p. 375). Assim compreendido, o Direito Comparado funcional poderia manter-se válido mesmo em tempos pós-modernos.<sup>17</sup>

## Conclusão

Considerando os métodos expostos, bem como o desenvolvimento histórico do Direito Comparado no século XX e seu *status* contemporâneo, conclui-se que, no âmbito comparatista, o pesquisador se encontra diante de uma decisão metodológica finalisticamente orientada: o(s) método(s) a ser(em) aplicado(s) depende(m) do objetivo da análise. Em tempos “pós-modernos”, o conceito geral de pluralidade significa, também, diversidade metodológica. Além disso, pode-se asseverar que, nas ciências em geral, não se trata mais da busca por certezas absolutas ou, eventualmente, completude metodológica.

Nesse sentido, as reflexões acima significam, resumidamente, que não há, à disposição do pesquisador, um método impecável, universalmente válido ou irrestritamente aplicável. Tanto o método funcional como o crítico, o cultural e mesmo o funcional moderado podem encontrar áreas de aplicação. A primeira tarefa do comparatista é, portanto, *conhecer as opções metodológicas* que se encontram à sua disposição para, *consciente delas*, considerar as particularidades e os objetivos de sua investigação e, *fundamentadamente*, proceder à escolha da(s) alternativa(s) que conduzirá(ão) metodologicamente sua análise.

<sup>16</sup> O conceito de equivalência funcional é mais bem esclarecido por Michaels como se segue: “What is presumed to be similar are neither the legal institutions, nor the problems to be solved by them and the need for societies to respond to them, but the functional relation between problems and solutions. [...] The systems are similar regarding only one element – namely, the solution of one specific problem. This is not similarity. This is functional equivalence” (Michaels, 2006, p. 365).

<sup>17</sup> Michaels assevera que os mal-entendidos acima, concernentes à utilidade do método funcional, decorrem do emprego inconsciente de diferentes conceitos de função. Um modo de se proceder satisfatoriamente em relação ao método funcional deve, necessariamente, reconstruí-lo com apoio na equivalência funcional e seguir uma epistemologia construtiva (Michaels, 2006, p. 374).

## Referências

- BARTELS, H.J. 1982. *Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung*. Tübingen, Mohr Siebeck, 221 p. (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 7).
- DE CONINCK, J. 2010. The Functional Method of Comparative Law: Quo vadis? *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, **74**:318-350.
- FRANKENBERG, G. 2008. Critical Theory. In: R. WOLFRUM (org.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford, Oxford University Press. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e693?rskey=fG6jFa&result=1&prd=EPIL>. Acesso em: 10/11/2013.
- HÄBERLE, P. 1992. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates: Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*. Berlin, Dunker und Humblot, 969 p. (Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 629).
- HUSA, J. 2003. Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance? *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, **67**:419-447.
- HYLAND, R. 1996. Comparative Law. In: D. PATTERSON (org.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Cambridge, Blackwell, p. 184-199.
- JAYME, E. 2003a. Kulturelle Identität und internationales Privatrecht. In: E. JAYME (org.), *Kulturelle Identität und internationales Privatrecht*. Heidelberg, C.F. Müller, p. 5-15.
- JAYME, E. 2003b. Die kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, **67**:211-230.
- JAYME, E. 1997. Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica. *Rivista di Diritto Civile*, **43**(6):813-829.
- JHERING, R. 1924. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig, Breitkopf und Härte, parte I, 336 p.
- LEGRAND, P. 2003. The Same and the Different. In: P. LEGRAND; M. RODERICK (orgs.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge, Cambridge University Press, p. 240-311.
- LEGRAND, P. 1997. The Impossibility of Legal Transplants. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, **4**:111-124.
- MICHAELS, R. 2002. Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, **66**:97-115.
- MICHAELS, R. 2006. The Functional Method of Comparative Law. In: M. REIMANN; R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, Oxford University Press, p. 339-382.
- MICHAELS, R. 2010. Explanation and Interpretation in Functionalist Comparative Law – A Response to Julie de Coninck. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, **74**:351-359. <http://dx.doi.org/10.1628/003372510791090256>
- SIEMS, M.M. 2008. Statistische Rechtsvergleichung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, **72**:354-390. <http://dx.doi.org/10.1628/003372508784080618>
- ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. 1996. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 729 p.

Submetido: 01/03/2014  
Aceito: 21/05/2014