

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

a. 19 • v. 9 • n. 1-4 • 2024

- 14 **Adriano Marteleto Godinho**
Transhumanismo e pós-humanismo: o colapso da humanidade?
- 36 **Carlos Eduardo Ferreira dos Santos**
A favelização no Rio de Janeiro e propostas de melhorias
- 88 **Douglas Jurek**
Jurisdição constitucional na era digital: repensar teórico, protagonismo regulatório e desafios interpretativos
- 171 **Gabriel Passarini**
Patente e inventividade: a patenteabilidade à luz da atividade inventiva
- 211 **Maria Gabriela Lopes de Macedo**
A fiscalização de constitucionalidade de decisões judiciais pelo Tribunal Constitucional português
- 276 **Maria Leticia Nogueira Lima**
A crise financeira, a insegurança econômica e o voto populista
- 342 **Pedro Henrique Custódio Maia Ribeiro e Silva**
Entre os vestígios históricos do Direito Internacional Público e a urgência contemporânea na proteção dos povos indígenas
- 417 **Renan Melo**
Método comparativo e direito comparado: diferenças e usos
- 451 **Jordano Paiva Rogério**
Direito da saúde de exceção: o regime excepcional de contratação pública covidiana e a repercussão para a aplicação imediata da tutela à saúde
- 514 **Samara Machado Sucar**
Perspectivas de desenvolvimento de regulação transnacional do sistema financeiro
- 544 **Talita de Pedro Rossini**
Tratados internacionais de direitos humanos: a interpretação evolutiva no sistema europeu e americano
- 586 **Luis Fernando de França Romã**
A alternativa semipresidencialista proposta pelo Professor Doutor Honoris Causa Manoel Gonçalves Ferreira Filho

JUS SCRIPTUMS
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2024
a. 19 v.9 n. 1-4

Jus Scriptum's International Journal of Law

Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ano 19 • Volume 9 • Número 1-4 • Janeiro-Dezembro 2024

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

Joice Bernardo do Carmo, Presidente do NELB

Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum

Patrícia Ferreira de Almeida, Diretora Científica do NELB

Nathalia Schmidt, Diretora Científica do NELB

Maria Mariana Moura, Observadora Externa

Bruno Bueno Assalin

Caio Guimarães Fernandes

Carolina Cerqueira Cruz

Fabício Quirino

Fernando Antônio Turchetto Filho

Gustavo Martins Bains

Jordano Paiva

Leonardo Castro De Bone

Leonardo Dias da Cunha

Leonardo Pache de Faria Cupello

Maiara Motta

Márcio Roberto Silva

Maria Amélia Renó Casanova

Maria Vitória Galvan Momo

Pedro Rocha Amorim

Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira

Samara Machado Sucar

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)
Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)
Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)
Francisco Rezek, Francisco Rezek Sociedade de Advogados (BRA)
Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)
Lilian Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)
Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)
Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Pedro Romano Martines, *In memoriam*

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro De Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Sílvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

RELATÓRIOS ACADÉMICOS

MÉTODO COMPARATIVO E DIREITO COMPARADO: DIFERENÇAS E USOS*

Comparative Method and Comparative Law: Differences and Uses

Renan Melo**

O presente trabalho, que se apresenta ao Seminário de Metodologia de Investigação Científica Avançada, visa proceder à análise quanto ao método comparativo e ao Direito Comparado, estabelecendo suas características, diferenças e usos e às diferenças e usos. O método preponderante a ser utilizado no estudo será o lógico-dedutivo. Partiremos da observação quando aos conceitos de ciência e de método. Então verificaremos em específico os contornos da metodologia em Direito, enfocando o método comparativo. Posteriormente serão apontados os traços gerais do Direito Comparado, traçando suas diferenças em relação ao método comparado. Por fim, traremos exemplos de usos do método comparado e do Direito Comparado em decisões judiciais.

Palavras-chave: Metodologia; Epistemologia; Investigação Jurídica; Práxis Jurídica; Comparação.

The present paper, which is presented at the Advanced Scientific Research Methodology Seminar, aims to analyze the comparative method and Comparative Law, establishing its characteristics, differences and uses. The preponderant method to be used in the study will be logical-deductive. We will start from observation regarding the concepts of science and method. Then we will specifically check the contours of the methodology in Law, focusing on the comparative method. Subsequently, the general features of Comparative Law will be highlighted, outlining its differences in relation to the comparative method. Finally, we will bring examples of uses of the comparative method and Comparative Law in judicial

* Relatório Académico apresentado na disciplina de Metodologia de Investigação Científica Avançada, no ano letivo 2022/2023, no Mestrado Científico em Direito e Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Kaft Kosta.

** Graduado em Direito pela PUC/SP e pela Universidade do Porto. Pós-graduado em Direito Civil (PUC/SP) e Direito Internacional (Escola Paulista de Direito). Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP|Doutorando em Ciência Jurídico-Políticas - Un. de Lisboa. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP.

decisions. Keywords: Methodology; Epistemology; Legal Investigation; Legal Praxis; Comparison.

Sumário: 1. Introdução. 2. Visão geral acerca da ciência e da metodologia. 3. Notas acerca do método comparativo em Direito. 3.1. Metodologia jurídica e metodologia de investigação científica em Direito. 3.2. Noções gerais sobre o método comparativo. 3.3. Método comparativo no Direito – relevância e aplicação. 4. Direito Comparado e método comparativo. 4.1. Sobre o Direito Comparado. 4.2. Fronteira epistemológica – método comparativo e Direito Comparado. 4.3. Metodologia aplicada ao estudo científico do Direito Comparado. 5. Método comparativo e Direito Comparado nas decisões judiciais. 5.1. Sobre o uso de fontes estrangeiras em decisões judiciais. 5.2. Análise quantitativa da aplicação do método comparativo e do Direito Comparado em decisões judiciais. 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O estudo e o manejo do Direito exigem, por parte daqueles que o operam, de vasto arcabouço instrumental. Nesse sentido, se faz importante conhecer as diversas áreas e ramos do direito, bem como a forma de investigá-las e aplicar as conclusões encontradas à teoria ou à prática jurídica.

No âmbito da sociedade de dados – marcada pela expansão das tecnologias da informação e *big data*¹ - e da alta e veloz produção científica, se faz premente que possamos ter nitidez quanto às metodologias a serem empregadas em investigações e operações práticas do Direito.

Tal qual no passado, estamos experienciando uma revolução tecnológico-social. E assim como o ferro, o carvão e a energia a vapor, no século XVIII bem

¹A *Academy of Science and Engineering de Harvard - ASE International Conference* definiu *big data* como sendo “conjuntos de dados grandes, diversos, complexos, longitudinais e/ou distribuídos, gerados a partir de instrumentos, sensores, transações na internet, e-mail, vídeo, caixas de clique e/ou fontes digitais disponíveis hoje e no futuro.” (V. Ermolayev, R. Akerkar, V. Terziyan, M. Cochez. *Towards Evolving knowledge Ecosystems for Big Data Understading*. In. Rajendra Akerkar. *Big Data Computing*. Signal, Norway: CRC, 2014, p. 1.)

como o aço, o petróleo e a energia elétrica no século XIX moveram a primeira e a segunda revoluções industriais, respectivamente, agora assistimos a outra revolução, que tem como grandes catalizadoras a big data e as tecnologias da informação.

As tecnologias de *big data* possuem capacidade para, por meio da análise massiva de dados, produzir também uma grande quantidade de informação em um espaço de tempo relativamente curto. Demais disso, também a internet e a evolução dos meios de comunicação (como a telefonia móvel, a nanotecnologia e as redes sociais) levaram a alterações profundas na forma pela qual se dão as pesquisas em direito.

Inobstante, a globalização e integração ou contacto de ordenamentos jurídicos acaba por fazer do Direito Comparado um importante instrumento de busca por soluções teóricas e práticas. Daí tem-se a necessidade de se observar os métodos e áreas do direito que se prestam à investigação em direito, assim como à práxis.

Nesse ponto temos como um dos expoentes da metodologia em direito o método comparativo. Entretanto, o método comparativo é, ainda hoje, por vezes, identificado com o Direito Comparado. Tal entendimento pode levar a uma redução das hipóteses de aplicação do método comparativo, bem como do próprio Direito Comparado.

Neste é que se coloca a problemática do presente trabalho, que visa traçar as fronteiras epistemológicas entre o método comparativo e o Direito Comparado. Para além visa-se prescrutar acerca dos usos e aplicações de cada um dos conceitos abordados.

Procederemos à presente investigação partindo da análise bibliográfica e observando, também, decisões jurídicas alusivas ao tema. O método preponderante

a ser utilizado para a construção do presente estudo é o dedutivo. Trata-se de um estudo de caráter teórico e científico². Para tanto principiaremos por analisar as noções gerais acerca da ciência e da metodologia.

Na sequência observaremos mais detalhadamente a questão da metodologia jurídica e da metodologia em investigação do direito. Posteriormente trataremos do método comparativo aplicado ao Direito.

Passaremos, então, ao estudo quanto ao Direito Comparado enquanto área autónoma do conhecimento, traçando suas linhas gerais, bem como a metodologia cabível para o estudo da ciência que encerra.

Por derradeiro, apontaremos a alguns exemplos de utilização do método comparativo e também do Direito Comparado em decisões judiciais.

2. Visão geral acerca da ciência e da metodologia

“Embora seja loucura, há nela certo método.”³

Antes de que se passe à análise em específico quanto ao método comparativo e o Direito Comparado, cabe trazer o enquadramento acerca da ciência e da metodologia em si, que servirá de anteparo para as reflexões seguintes no presente trabalho.

Podemos partir do ponto inicial das frentes de estudo que compõem hodiernamente o escopo de estudo da filosofia. Em maior ou menor medida, pode-se apontar que compete à filosofia o estudo da ontologia, da ética e da gnosiologia.

²A esse respeito ver Humerto Eco. *Como se Faz uma Tese em Ciências Humanas*. 5.ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 1991, p. 39.

³Refere-se à fala de “Polônio” na peça *Hamlet* de Willian Shakespeare, Ato II, Cena ii e, aqui colocada, busca denotar a relevância da questão metodológica para a compreensão do pensamento e do mundo.

Quanto à ontologia, temos o estudo dos princípios primeiros do ser. Cabe tratar da definição e conceito do ser, bem como do estudo específico das modalidades de ser (natural, cultural, ideal e metafísico).

Já a ética, grosso modo, trata da verificação quanto à conduta, o comportamento humano consciente, o que se dá por meio da análise da ética moral, da ética jurídica, da axiologia (enquanto ciência dos valores) e da deontologia (correspondente à ciência dos deveres).

Por fim fala-se da gnosiologia, que diz respeito, em suma, à teoria do conhecimento. Ou seja, aborda-se o que vem a ser o conhecimento, quais as relações a serem estabelecidas entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível para que se possa falar em conhecimento.

A gnosiologia comporta a epistemologia, a metodologia e a lógica. A epistemologia pode ser vista como o estudo da ciência. Por meio da epistemologia se verifica a cientificidade de dado conceito ou ramo de estudo.

A partir da epistemologia o conhecimento pode adquirir o *status* de ciência desde que apresente um campo claramente delimitado, a existência de um objeto específico e a possibilidade de emprego de, ao menos, um método de investigação⁴.

Nesse ponto podemos falar sobre a metodologia. O termo metodologia tem origem no latim *methodus*, derivado do grego *méthodos*, constituído por *meta*, que significa objetivo ou finalidade e *hodos*, que assinala caminho.

Desta feita, podemos compreender método como sendo o caminho científico, que se dá mediante a organização racionalmente adequada para o empreendimento de investigação científica de um determinado objeto.

⁴Raimundo Bezerra Falcão. *Curso de Filosofia do Direito*. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 50.

O método é um caminhar e o acerto resultante da ciência, por força do método, consiste no saber caminhar, haja vista ser a ciência um caminhar sem fim⁵. Nestes termos a metodologia trata do estudo dos percursos científicos cabíveis no âmbito da investigação. Sua relevância está em pavimentar o caminho para sustentar a investigação e aplicação do conhecimento.

Conforme assinala Karl Larenz “cada ciência lança mão de determinados métodos, modos de proceder, no sentido da obtenção de respostas por ela suscitadas”⁶. O mesmo ocorre com o direito, conforme veremos de modo mais preciso adiante.

Por derradeiro, conforme mencionado, a gnosiologia compreende, também, a apreciação da lógica, que se caracteriza como o estudo da validade das operações mentais com vistas ao conhecimento.

3. Notas acerca do método comparativo em Direito

Cabe-nos, agora, tratar de forma específica acerca do método comparativo aplicado ao Direito, analisando seus contornos e hipóteses de uso.

3.1. Metodologia jurídica e metodologia de investigação científica em Direito

Conforme mencionado, há alguns critérios que se prestam a verificar a cientificidade de dado conhecimento ou estudo. Tais critérios, por certo, aplicam-se, igualmente ao direito.

⁵Raimundo Bezerra Falcão. *Curso de Filosofia do Direito...*p. 53

⁶Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª ed. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 1.

Quanto ao campo é o requisito que serve a classificar as ciências. Assim, há ciências tidas como naturais e outras como sociais. O direito possui como campo de atuação a sociedade.

Já o objeto, se presta a apontar a autonomia da ciência. O objeto do direito pode ser descrito, brevemente, como a pesquisa das normas de conduta em interferência intersubjetiva.

Por derradeiro, toda ciência deve ter seu estudo passível de condução por um método. O estudo do direito, por certo, pode se dar por diferentes métodos. A maior parte dos métodos empregados em Direito acaba por derivar, no mais das vezes, dos métodos dedutivo ou indutivo.

No método dedutivo, em linhas gerais, se colocam premissas para se chegar a uma conclusão, apoiando-se, sobretudo, no silogismo. Já a indução, nos termos da definição aristotélica, é o procedimento que leva do particular ao universal; ou seja, conduz a investigação do particular ao geral.

Neste momento cabe trazer à baila a distinção entre metodologia jurídica e metodologia na investigação do direito.

A metodologia jurídica pode ser compreendida como o meio pelo qual se dá a prática jurídica. Os operadores do direito atuam com a interpretação e aplicação do direito, mormente quanto à análise, processamento e decisão de demandas jurídicas concretas.

A este respeito vale colacionar o ensinamento do eminente jurista e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF), Eros Roberto Grau, o qual asseverou que interpretação e aplicação não se realizam autonomamente, cabendo ao interprete proceder a este processo. Nesse sentido Eros Grau aponta que “o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso

dado (...); interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário (...), se superpõem”⁷.

Há quem, inclusive, identifique a metodologia jurídica atual com a chamada teoria da decisão. Desta feita, caberia à metodologia estudar as escolas de pensamento que, com seus métodos, apontam a como proceder com o Direito, como interpretá-lo e aplicá-lo⁸.

Desta feita, vemos que a metodologia jurídica – ou metodologia do direito – destina à prática de interpretação e aplicação do direito em concreto por parte de seus operadores.

De outra banda, temos a metodologia de investigação científica em direito. Esta se presta a tratar dos caminhos metodológicos para a investigação e produção científica no direito.

De se apontar que a investigação científica é, em si, um processo sistemático que permite examinar fenómenos com vistas a obter respostas para questões precisas definidas como objeto da investigação⁹. De certo que a investigação não se encontra totalmente apartada da prática, servindo, por vezes, como guia para o ensino e atuação em determinadas ciências e profissões.

Assim, por meio da metodologia de investigação científica em direito tem-se a verificação dos percursos a serem adotados no percurso dos investigadores do

⁷Eros Grau. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

⁸Marcelo Jucá Lisboa. Metodologia jurídica e sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do direito: uma visão panorâmica in *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 2, nº 2, 849-909: Lisboa, 2006, p. 2. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/_2/2016_02_0849_0909.pdf>. Acesso em 21 dez 2023.

⁹Marie-Fabienne Fortin. *Fundamentos e Etapas do Processo de Investigação*. Loures: Lusodidacta, 2009, p. 17.

direito quando da formulação de estudos, análise e produção de trabalhos científicos (como monografias, artigos, dissertações e teses).

Vemos assim que há uma diferença clara entre a metodologia jurídica e a metodologia utilizada na investigação científica do direito.

3.2. Noções gerais sobre o método comparativo

Amiúde aponta-se a que o método comparativo encontra as bases de seu desenvolvimento na investigação sociológica do século XIX, cujos principais expoentes foram August Comte, Émile Durkheim e Max Weber.

Os mencionados autores se valeram da comparação como instrumento de generalização e explicação social¹⁰, o que se nota, inclusivamente, pela utilização dos chamados “tipos sociais” na análise científica da sociologia.

A comparação é elemento que faz parte nossa vida e nos permite analisar situações, estabelecer paralelos, aperfeiçoar comportamentos com base em ocorrências passadas e mesmo projetar o futuro comparando-se experiências já observadas em outros sítios ou momentos.

O método comparativo propõe, em breves linhas, que se tome um determinado número de casos, situações ou cenários para que deles se extraia se cerne. Por certo que a ideia aqui não é realizar uma análise completa e exauriente do material selecionado, mas sim do âmago daquilo que compete ao estudo que se pretende empreender.

A partir dos dados recolhidos do material de análise é possível identificar modelos, funcionamentos e *ratios* de determinados casos, situações ou cenários e,

¹⁰ S. Schneider; J. C. Schmitt. O uso do método comparativo nas Ciências Sociais. *Cadernos de Sociologia*, Porto Alegre, v. 9, p. 49-87, 1998.

a partir daí, compará-los com outros, observando suas aproximações e distanciamentos, isomorfias e dissonâncias.

Esta análise pode, ainda, levar à proposta de um caminho mais consentâneo ou a complementariedade dos casos estudados, possibilitando o aprimoramento de ideias, a construção de novos caminhos materiais e epistemológicos. Também seria possível se evitar ou mesmo projetar vias passadas ou diversamente situadas.

Outrossim, não se tem em vista, por intermédio do método comparativo, se analisar todas – ou, por vezes, sequer a maioria - as situações existentes de forma presente e passada. Este tipo de estudo mostra-se mais próximo ao método estatístico que ao comparativo.

A ainda, quem aproxime o método comparativo ao método histórico¹¹. Entretanto, tal apontamento não nos parece o mais acertado quanto aos diversos usos hodiernos que tem ao método comparativo.

Bem assim, nota-se que a comparação constitui ferramenta relevante e fundamental à investigação científica.

Podemos, por oportuno, apontar algumas das etapas a serem adotadas para a utilização do método comparativo. A primeira delas diz respeito a o que será alvo de comparação, quais documentos, instrumentos, pensamentos e / ou contextos são alvo da comparação.

Em seguida temos a definição do porquê se está pretendendo proceder à comparação. Trata-se de apontar à problemática, justificação e relevância da comparação que se pretende levar a cabo.

¹¹A esse respeito ver Jean Escarra in *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, Volume II, Ano 1, Capítulo 28. p. 734. Disponível em <https://historia.oa.pt/wp-content/uploads/2021/10/1941-Vol.-II-Ano-1-No-4-Capitulo-28.pdf>. Acesso em 30 dez 2022.

Por derradeiro tem-se a necessidade de assinalar como se procederá ao cotejo comparativo. Aqui tem-se como será procedido o levantamento e análise das informações, bem como quais os pontos relevantes à pesquisa.

3.3. Método comparativo no Direito – relevância e aplicação

Conforme visto, o método comparativo pode servir como ferramenta para a metodologia jurídica e também para a investigação científica do direito. Quanto a esta última trataremos de forma mais detalhada no presente tópico.

No termos vistos, por meio do método comparativo, tem-se a formulação de hipótese de problema a ser estudado, bem como o apontamento da importância de uma análise pelo prisma comparatista.

A partir daí passa-se à delimitação de casos, situações ou cenários que serão alvo da proposta comparatista, buscando identificar o cerne daquilo que importa ao estudo nos diferentes contextos estudados.

Quanto ao Direito em específico, por intermédio do método comparativo podem ser observados diferentes institutos jurídicos, regras, princípios, apontamentos jurisprudenciais, eficácia de normas jurídicas, ramos do Direito ou mesmo ordenamentos jurídicos como um todo.

O levantamento, análise e comparação visa identificar os pontos de tangência e dissonância entre os objetos estudados, bem como possíveis interações entre eles.

Ademais, pode-se realizar um cotejo com vistas a identificar a solução ou antecipação de hipóteses para determinadas problemáticas jurídicas com a utilização de instrumentos presentes noutro contexto jurídico estudado.

Nos apontamentos de J.J. Gomes Canotilho, o método comparatista busca estudar, ainda, a evolução de institutos jurídicos, normas e conceitos em diversos ordenamentos jurídicos com o intuito de aclarar o significado a atribuir a determinadas expressões e enunciados linguísticos que compõem a formulação de normas jurídicas¹², numa espécie de aproximação com o método histórico.

Trata-se, pois, de uma análise e possível interação ou intercâmbio de experiências no âmbito jurídico.

Bem assim, a pesquisa científica do direito pode valer-se do método comparativo para diversas finalidades, dentre as quais cabe destacar: ampliar seu espectro de análise; verificar o estado da arte quanto à determinada questão em diferentes contextos; buscar novas hipóteses supostas ou fácticas a dado questionamento; a construção de tipos ideais para futuras comparações ou estudos; ou mesmo para buscar respostas a problemáticas verificar num contexto inicial tomado como referencial no estudo.

Para Peter Häberle, relevante e ainda atuante constitucionalista alemão, o método comparatístico desponta como imprescindível ferramenta interpretativa de direitos ao lado dos métodos clássicos de interpretação definidos por Friedrich Karl von Savigny, a saber, interpretação gramatical, sistemática, histórica e teleológica¹³.

¹²J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.214.

¹³Peter Häberle *apud* Christine Oliveira Peter da Silva. *Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm. Acesso em 30 mai 2024.

4. Direito Comparado e método comparativo

Cumprido, neste momento, tratar da caracterização do Direito Comparado, trazendo suas linhas gerais, ademais de sua relação com o método comparativo.

4.1. Sobre o Direito Comparado

Cumprido, neste momento, tratar da caracterização do Direito Comparado, trazendo suas linhas gerais.

Só atribuir-se ao *Congrès International de Droit Comparé*, realizado no ano de 1900 na cidade da Paris, importante marco para a caracterização do Direito Comparado como ramo científico autónomo do direito.

O Direito Comparado actua sobre as mesmas bases do direito cientificamente caracterizado, como apontamos alhures. Possui como campo as humanidades, a sociedade; como objeto – de modo amplo - a pesquisa das normas de conduta em interferência intersubjetiva; e também se utiliza de uma metodologia para seu estudo.

O Direito Comparado se presta à comparação histórica ou atual de normas jurídicas, regras, instituições jurídica, ideias e afins quanto a ordenamentos ou ramos do direito de iguais ou diferentes contextos sociojurídicos.

De se notar, pois, a caracterização do Direito Comparado passa, sobremaneira, pela definição de seu objeto de estudo.

E ainda na busca por uma definição, na compreensão de Marc Ancel, o Direito Comparado corresponderia, em linhas gerais, à identificação dos pontos convergentes e divergentes entre dois ou mais sistemas jurídicos nacionais. Para isso, seria preciso conhecer uma instituição do direito estrangeiro e cotejá-la com

uma instituição jurídica do direito pátrio, o que pode ser dar, preponderantemente a partir do estudo de casos concretos¹⁴.

Em continuidade, Carlos Ferreira de Almeida, docente da Universidade Nova de Lisboa, em sua obra acerca do tema, assinala “que o Direito Comparado é uma ciência autónoma, que se subdivide em dois ramos ou vertentes complementares – a macrocomparação e a microcomparação”¹⁵.

Por meio da macrocomparação tem-se a comparação entre ordenamentos jurídicos tomados em sua globalidade, em sua completude. Pode-se falar em macrocomparação também quando tratamos de comparar ramos ou famílias de direitos ou mesmo da organização judicial.

Já por via da microcomparação há o cotejo quanto à determinados institutos jurídicos determinados, como regras, princípios, instrumentos jurídicos, instituições e toa sorte de organizações juridicamente reguladas.

De se observar, ainda, que o Direito Comparado pode se interessar por um viés mais teórico, ou seja, a comparação quando aos fundamentos teóricos de determinados ordenamentos; ou por uma vertente mais prática, que diz respeito à práxis jurídica ou às instituições jurídicas. A estas vertentes poder-se-á nomear Direito Comparado descritivo e Direito Comparado aplicado¹⁶.

O Direito Comparado é ferramental de extremo relevo quanto ao intercâmbio de estudo e conhecimento de diversas realidades jurídicas. Presta-se, ademais, à actividade jurídica quanto à busca por soluções em casos concretos por

¹⁴Marc Ancel. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Trad. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 44.

¹⁵Carlos Ferreira de Almeida. *Introdução ao direito comparado*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 31.

¹⁶Geziela Jensen e Luís Fernando Sgarbossa. *Elementos de direito comparado. Ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Poro Alegre: Sérgio Fabris, 2008, p. 17.

meio de ferramental empreendido noutro contexto jurídico. De se dizer que tal previsão encontra guarida em alguns ordenamentos jurídicos.

A importância dos estudos em Direito Comparado se mostra ainda mais clara se ponderarmos o contexto de globalização. Com a elevada integração econômica, social e jurídica, se faz cada vez mais relevante se ter ciência quanto a realidades sócio-jurídicas. Inobstante, a integração jurídico-cultural traz a possibilidade de se buscar noutros contextos jurídicos de investigação, instituições e práticas soluções e experiências para distintos ramos da investigação e práxis jurídica.

A esse respeito vale mencionar a disposição posta na carta constitucional da África do Sul que assim aponta: “o interpretar a Declaração de Direitos, uma corte, tribunal ou fórum: a. deve promover os valores que fundamentam uma sociedade aberta e democrática baseada na dignidade humana, na igualdade e na liberdade; b. deve considerar o direito internacional; e C. pode considerar lei estrangeira” (procedeu-se à tradução livre)¹⁷.

¹⁷Na versão original:

“Interpretation of Bill of Rights

39. (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum—

(a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;

(b) must consider international law; and

(c) may consider foreign law.”

Disponível em <https://dearsouthafrica.co.za/wp-content/uploads/2018/05/SACConstitution-web-eng.pdf>. Acesso em 02 jan 2024.

4.2. Fronteira epistemológica – método comparativo e Direito Comparado

No presente ponto trataremos de diferenciar método comparativo e Direito Comparado.

De plano cabe apontar que a diferenciação aqui possui pertinência científica porquanto visa distinguir o Direito Comparado enquanto ramo autónomo do direito e o método comparativo, que pode ser utilizado em diversas áreas do conhecimento.

Inobstante, por vezes há a indicação de Direito Comparado como um método ou ainda identificando-o com o método comparativo aplicado ao direito. A esse respeito veja-se:

Na realidade existe para o Direito Comparado um objeto bem mais modesto – de resto tão difícil de atingir como o precedente – mas de facto o único que pode pretender atingir-se no momento presente, e mesmo assim duma maneira parcial. Segundo este outro ponto de vista, o Direito Comparado não é senão um método. Este consiste em tomar dada instituição jurídica e em estudá-la, por um lado, no sistema de direito nacional, por outro num ou mais sistemas de direito estrangeiro; este estudo será feito em harmonia com uma técnica especial da qual diremos mais adiante.¹⁸

No mesmo sentido segue Solá Cañizares, pro palado jurista espanhol, ao apontar que, se a essência do Direito Comparado é a comparação, disso se deduz trata-se de um método aplicado às ciências jurídicas¹⁹.

¹⁸Jean Escarra. O direito comparado: seu objecto; sua técnica. in *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, Volume II, Ano 1, Capítulo 28. p. 734. Disponível em <https://historia.oa.pt/wp-content/uploads/2021/10/1941-Vol.-II-Ano-1-No-4-Capitulo-28.pdf>. Acesso em 30 dez 2022.

¹⁹Felipe de Solá Cañizares. *Iniciación al derecho comparado*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954, p. 101.

Entretanto, nos parece de rigor diferenciar Direito Comparado e método comparativo.

Veja-se que o Direito Comparado possui, nos termos delineados alhures carácter científico enquanto ramo do direito. A esse respeito, vimos que Carlos Ferreira de Almeida atribui carácter científico ao Direito Comparado²⁰.

Acreditamos que pode haver certa mescla e confusão entre objeto e método quando se coloca o Direito Comparado como um método e não um ramo do direito ou uma ciência.

O objeto do Direito Comparado é, de forma ampla, a pesquisa das normas de conduta em interferência intersubjetiva. E mais, a busca do estudo e de soluções jurídicas em diferentes contextos jurídicos.

Assim, por meio do Direito Comparado pode-se mesmo chegar a soluções para o conhecimento ou satisfação de uma demanda jurídica observando-se *modus* jurídicos diferentes²¹.

De outra banda o método comparativo pode ser aplicado a diversas áreas do conhecimento, não se restringindo ao direito e, tampouco, ao Direito Comparado. Cuida-se, por meio do método comparativo, de tomar um determinado número de casos, situações ou cenários – no mais das vezes não exauriente - para que deles se extraia seu âmago.

Trata-se do percurso investigativo que dá conta dos meios para recolha, organização e análise de dados visando sua comparação, com a posterior observação de aproximações e distanciamentos, isomorfias e dissonâncias.

²⁰Carlos Ferreira de Almeida. *Introdução ao direito comparado*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 31.

²¹ Jean Escarra. *O direito comparado: seu objecto; sua técnica...*p. 734.

Assim, pode-se assinalar que o Direito Comparado e mesmo o trabalho do jurista comparatista podem se valer, em grande medida, do método comparativo, mas transcendem a este. E a esse respeito, o próximo tópico irá aclarar a questão quanto aos métodos passíveis de uso no estudo do Direito Comparado.

Em seu texto a respeito do tema, Weliton Carvalho, professor e juiz brasileiro, assina que

(...) 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.²²

Em linha similar quanto ao tema, Fernando José Bronze, docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, caracteriza o método comparativo como instrumental em relação à ciência do Direito Comparado²³.

Vê-se, pois, que o Direito Comparado não se esgota como um método, mas sim vala-se dele, possuindo autonomia científica enquanto área do conhecimento relacionada ao direito (por vezes caracterizada mesmo como uma ciência dita auxiliar ao conhecimento do direito).

De outra banda o método comparativo também pode ter sua valia para outras áreas que vão além do direito e o direito comparativo em si, podendo prestar-se como percurso investigativo a outras ciências.

²² Welinton Carvalho. Direito Comparado – método ou ciência? Brasília: *Repositório do Senado* a. 45 n. 180 out./dez. 2008, p. 141. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/45/180/ri/v45_n180_p139.pdf. Acesso em 05 jan 2023.

²³ Fernando José Bronze. A comparação de ordens jurídicas integradas em sistemas econômicos diferentes. Coimbra: *Revista de Direito e Economia*, a. 2, n. 2, jul. 1976, p. 378.

4.3. Metodologia aplicada ao estudo científico do Direito Comparado

Conforme mencionado, todo conhecimento científico, é dizer, toda ciência, deve possuir um campo de atuação, um objeto definido e se pautar em uma metodologia para seu estudo.

A questão da observância do método parte da necessidade epistemológica de precisão e rigor técnico, bem como de verificação quanto aos estudos empreendidos pelo investigador.

Quanto ao Direito Comparado o método é o caminho – ou caminhos – de pesquisa que serão utilizados para que se proceda à macrocomparação ou à microcomparação, conforme exposto alhures.

Podemos assinalar, como Kafft Kosta, que, “no ramo do Direito Comparado (ou Comparação de Direitos, enquanto ramificação da Ciência Jurídica), o método central é a justaposição”²⁴.

O já mencionado jurista Welinton Carvalho busca aclarar o percurso metodológico voltado ao Direito Comparado, seguindo a divisão em fases²⁵.

A primeira fase metodológica é apontada como analítica ou de conhecimento e diz respeito ao recorte do objeto a ser observado na análise. Esta etapa de delimitação é fundamental para a execução do trabalho do jurista que se debruça sobre o Direito Comparado.

Welinton Carvalho aponta que nesta fase são observadas quatro regras. A primeira dizer respeito à busca pela utilização de fontes originárias de pesquisa.

²⁴E. Kafft Kosta. *Sistemas de Governo na Lusofonia: zonas e relações de poder*. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 64.

²⁵Welinton Carvalho. *Direito Comparado – método ou ciência?*...p. 144.

Como um dos pré-requisitos está o domínio dos idiomas ou ao menos dos termos jurídicos dos ordenamentos a serem estudados.

Este ponto (junto também à terceira regra) é sobremaneira relevante ao desenvolvimento dos trabalhos dos do jurista comparatista. Isto porque conhecer minimamente a cultura, a terminologia e a linguagem própria dos institutos, ramos do direito ou ordenamentos jurídicos a comparar é imprescindível para a realização da pesquisa, compreensão do objeto estudado e posterior formulação de conclusões com maior grau de precisão.

A segunda regra assinala que se deve ajustar a análise à complexidade das fontes, procedendo-se à uma pesquisa minuciosa – o que não significa exauriente – acerca da literatura jurídica e jurisprudência do ordenamento pesquisado.

Em seguida temos a necessidade de se utilizar métodos afeitos às ordens jurídicas ou ramos dos direitos que serão observados, o que implica guardar certa familiaridade com os objetos de estudo.

Por fim, a quarta regra aponta que se deve procurar conhecer o chamado “direito vivo”, ou seja, aquele experienciado entre os jurisdicionados, para além dos ditados da lei emanada pelo Estado; pode-se dizer também que se trata de análise a eficácia jurídico-social do objeto estudado.

Na sequência desta fase de conhecimento segue-se a chamada fase integrativa ou de compreensão, que se destina, basicamente, “à análise crítica do jurista que estabelecerá semelhanças e diferenças entre os parâmetros escolhidos no momento imediatamente anterior da pesquisa”²⁶.

Na última fase temos a comparação propriamente dita, por meio da síntese comparativa. Neste momento, de pose dos dados de sua pesquisa o jurista

²⁶Welinton Carvalho. *Direito Comparado – método ou ciência?...p. 144.*

comparatista pode proceder à verificação de padrões, diferenças, dicotomias, aproximações, isomorfismos, possibilidades de integração, busca por novas soluções legislativas ou práticas. Tais conclusões devem ser apresentadas de forma clara e om o devido embasado prático e/ou teórico.

Outrossim, vale destacar que a investigação e mesmo a práxis em Direito Comparado pode ser observada por diferentes métodos. António Carlos Gil, ao tratar dos métodos e assinala que, no empreendimento do Direito Comparado é possível a utilização de métodos que trazem as bases lógicas da investigação científica (como os métodos dedutivo, indutivo e dialético, por exemplo) e de outros que indicam os meios de investigação (como os métodos experimental, comparativo, estatístico, monográfico etc.)²⁷.

De se notar que o estudo em Direito Comparado, com a busca por fontes doutrinárias e judiciais acerca de diferentes contextos jurídicos acaba por ser cada vez mais facilitada, haja vista a possibilidade de se acessar a materiais de diferentes ramos, sistemas, instituições e países por meio acervos e bibliotecas digitais, revistas científicas digitais, intercâmbio de informações, reuniões virtuais e afins. Trata-se o uso da tecnologia, com suas novas técnicas de pesquisa, aplicadas à investigação em Direito e prática jurídica quanto ao Direito Comparado.

5. Método comparativo e Direito Comparado nas decisões judiciais

De se ressaltar que, no presente tópico trataremos uma análise qualitativa acerca de decisões que se valem do método comparativo e do Direito Comparado em suas fundamentações. Ainda nesse ponto, não será em conta uma investigação

²⁷António Carlos Gil. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 33.

total acerca de todas as hipóteses de uso do método comparativo e do Direito Comparado nas decisões judiciais.

No mais, não se pretende, no presente trabalho, trazer as críticas, dissonâncias e defesas quanto ao uso de fontes estrangeiras ou mesmo a forma como foram trazidas pelas decisões em si.

Inobstante, não se trata de uma análise exauriente acerca do arcabouço decisório que envolve o tema deste trabalho. Há sim, outros trabalhos que sim tratam de uma análise mais exauriente por meio da análise de uma base de dados delimitada, dissecando-se as formas de utilização do método comparativo e do Direito Comparado pelos tribunais, quais os julgados de incidência, que tipos de fontes foram mais utilizadas, por quais juízes e em quais casos²⁸. Entretanto, este tipo de verificação escapa ao escopo do presente trabalho.

Nos exemplos que utilizaremos optamos por um recorte epistemológico segundo o qual restringimos nossa análise aos contextos judiciais de Brasil e Portugal, com especial enfoque às suas respectivas cortes constitucionais.

5.1. Sobre o uso de fontes estrangeira em decisões judiciais

O presente item pode suscitar questionamentos acerca do uso das fontes estrangeiras pelas vias do método comparativo e do Direito Comparado nas decisões judiciais.

A esse respeito vale ressaltar que são diversas as fontes estrangeiras passíveis de utilização, destacando-se a análise de instituições, conceitos, institutos jurídicos, normas positivadas, costumes jurídicos e decisões judiciais. O uso de

²⁸A esse respeito ver Guilherme Schoeninger Vieira. *O uso judicial do direito comparado no supremo tribunal federal*. Repositório PUC/RS: Porto Alegre, 2021, p. 8.

elementos jurídicos estrangeiros pode se dar de forma moderada (*soft use*), somente como nos estudos doutrinários ou menções, por exemplo; ou intensiva (*hard use*), com a transcrição de institutos jurídicos, métodos ou soluções jurídicas, com a experiência estrangeira de fato modelando (ou auxiliando a modelar) a decisão jurídica nacional.

A possibilidade de uso de elementos estrangeiros pode estar associada às “próprias funções do Direito Comparado, em especial àquelas que se projetam sobre sua utilização na jurisdição constitucional: o aumento de soluções à disposição do jurista e o auxílio na interpretação do direito nacional”²⁹.

5.2. Análise quantitativa da aplicação do método comparativo e do Direito Comparado em decisões judiciais

Passemos, pois, a uma breve observação qualitativa acerca da aplicação do método comparativo e do Direito Comparado em decisões judiciais

De se notar que a aplicação do método comparativo pode servir à ciência do Direito enquanto metodologia na investigação científica do Direito, mas também como metodologia jurídica. Assim, os operadores do direito podem valer-se do método comparativo em sua atividade, incluindo nas decisões jurídicas.

A esse respeito cabe trazer apontamento trazido em decisão prolatada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) e, caso que versava sobre inconstitucionalidade de norma que majorou alíquota do chamado Imposto sobre Circulação de Serviços e Mercadorias – ICMS. No *decisum* o STF qual se aponta

²⁹Carlos Bastide Horbach. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. In *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2: Brasília, 2015, p. 203.

à utilização do método comparativo para a verificação da abusividade da nova alíquota estabelecida e, conseqüentemente, sua inconstitucionalidade:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. Icms. Serviço de energia elétrica e de telecomunicações. Majoração de alíquota. Princípio de seletividade. Declaração de inconstitucionalidade pelo órgão especial do tribunal de justiça. Agravo regimental a que se nega provimento.

I – Não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, tem-se que a capacidade tributária do contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória, evitando-se, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes em serviços essenciais.

II – No caso em exame, o órgão especial do Tribunal de origem declarou a inconstitucionalidade da legislação estadual que fixou em 25% a alíquota sobre os serviços de energia elétrica e de telecomunicações – serviços essenciais – porque o legislador ordinário não teria observado os princípios da essencialidade e da seletividade, haja vista que estipulou alíquotas menores para produtos supérfluos.

III – Estabelecida essa premissa, somente a partir do reexame do método comparativo adotado e da interpretação da legislação ordinária, poder-se-ia chegar à conclusão em sentido contrário àquela adotada pelo Tribunal a quo.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento.³⁰

De se observar, ainda, que o órgão julgador pode se valer do método comparativo como ferramenta de formação probatória que informa a *ratio decidendi*. Daí a necessidade de se compreender com precisão os contornos, funcionamento e usos do método comparativo.

Este foi o ponto levado cabo em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Brasil, o maior em volume de processos no país, que assinalou a correção do método comparativo utilizado por laudo pericial visando auferir valor

³⁰STF, RE 634457, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 05/08/2014. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur272266/false>. Acesso em 20 jan 2024.

de mercado de terreno cuja propriedade e eventuais danos estavam sendo discutidos em ação judicial. Destaca-se o trecho a seguir:

Apelação - Ação de indenização - Desapropriação indireta Prescrição - Inocorrência - Prescrição de acordo com o prazo e entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Representativo de Controvérsia (Tema nº 1.019/STJ) Preliminar de ilegitimidade ativa afastada Laudo pericial Perícia bem fundamentada Indenização bem fixada Críticas ao laudo que se mostram infundadas Juros compensatórios Descabimento Ausência de perda do imóvel Juros moratórios que devem ser fixados na forma do art. 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41 Sentença parcialmente reformada Recurso parcialmente provido.

(...)

O laudo oficial não se mostra desprovido de fundamentação técnica. Conforme se infere às fls. 255/276, o expert se valeu do Método Comparativo e Dados de Mercado, o qual define o valor do terreno de forma imediata através da comparação direta com dados de elementos assemelhados, ressaltando que a pesquisa de mercado envolveu, além dos preços comercializados e ou ofertados, as demais características e atributos que influenciam no valor, reunindo apenas valores de imóveis situados nas imediações e/ou bairros próximos ao imóvel avaliando.

(...)

O laudo pericial, de forma criteriosa, analisou a topografia do imóvel, os melhoramentos públicos e as benfeitorias existentes, utilizando-se de método de composição e comparativo direto para o cálculo do valor do bem, mais os dados do terreno.³¹

Noutra decisão do mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo é possível ver, de outra banda, a rejeição à utilização do método comparativo para a produção de uma das provas colacionadas no processo. Veja-se o trecho abaixo:

³¹TJSP, 2º Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 1003587-54.2018.8.26.0625, Rel. Des. Renato Delbianco, julgado em 11/01/2023. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=16366678&cdForo=0>. Acesso em 15 jan 2023.

Apelação - Desapropriação - Discordância do valor fixado pelo juízo - Valor inicial ofertado em 2014 de R\$ 44.163,99 - Concedida imissão na posse, sem realização do laudo pericial prévio Laudo pericial definitivo fixou o valor de R\$ 166.660,00 em 2021 - Imissão na posse em abril de 2014 - Valor que deve se aproximar da realidade imobiliária do momento da imissão na posse Sentença anulada a fim de ser realizado novo laudo para que o valor da indenização da área expropriada tenha como base a data da imissão da posse da expropriada.

(...)

Não seria adequado adotar método comparativo para fixação da indenização valores referentes a 2021 (quando foi realizada a avaliação definitiva), sendo que a imissão na posse ocorreu em abril de 2014 (fl. 175).³²

Outrossim, o Direito Comparado pode também servir a diversas frentes, seja para a pesquisa teórica (ou como mencionou-se, Direito Comparado descritivo), seja para a busca de soluções a problemáticas casuísticas jurídicas (o referenciado Direito Comparado aplicado).

Quanto a este último aspecto, tem-se que o Direito Comparado pode se revelar “uma ferramenta para o legislador na política legislativa e, também, para o intérprete ou aplicador do Direito na fundamentação das decisões judiciais”³³.

Cabe, neste particular, pois, trazer exemplos de uso do Direito Comparado na operação do direito pelos principais tribunais de Portugal e Brasil. Os casos judiciais em que se utiliza o Direito Comparado na fundamentação decisória são inúmeros e não é escopo deste trabalho a análise pormenorizada deste arcabouço

³²TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 0001508-71.2014.8.26.0169, Rel. Des. Renato Delbianco, julgado em 19/12/2022. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=16354148&cdForo=0>. Acesso em 15 jan 2023.

³³ Guilherme Schoeninger Vieira. *O uso judicial do direito comparado no supremo tribunal federal...*p. 8.

decisório específico, cabendo somente trazer exemplos ilustrativos do debate empreendido.

Bem assim, vale mencionar caso em que o Tribunal Constitucional de Portugal se pronunciou em caso discutindo a inconstitucionalidade de normas constantes do artigo 112.º, do artigo 142.º e, também, do artigo 502.º, n.º 1, alínea b), subalínea ii), do Código do Trabalho (CT). O TC fez uma análise da experiência jurídico-política de outros Estados (sobretudo da União Europeia), fazendo menção ao Direito Comparado como sendo um “reforço à sua posição”:

Um grupo de trinta e cinco deputados à Assembleia da República, pertencentes aos Grupos Parlamentares do Partido Comunista Português, Bloco de Esquerda e Partido Ecologista “Os Verdes” (doravante referidos como os requerentes), solicitaram ao Tribunal Constitucional a apreciação e declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, nos termos do artigo 281.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa (CRP), das normas constantes do artigo 112.º, do artigo 142.º e, também, do artigo 502.º, n.º 1, alínea b), subalínea ii), todas do Código do Trabalho (CT), diploma aprovado, na sua redação original pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, estando aqui em causa, quanto às disposições referidas, a redação que lhes foi dada pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro.

(...)

A consideração dos dados de Direito Comparado reforça esta conclusão. Na verdade, as políticas públicas que vêm sendo implementadas em experiências jurídicas europeias permitem concluir que, em complemento com políticas ditas preventivas (v.g., campanhas de informação e sensibilização) e dissuasoras (v.g., controlo e aplicação de sanções), vão ganhando terreno as designadas políticas incentivadoras do trabalho declarado, as quais se analisam, entre outros aspetos, por uma simplificação dos procedimentos e/ou redução da complexidade administrativa, com o fim de tornar o trabalho declarado “mais simples”. A simplificação dos procedimentos foi, de resto, a medida incentivadora mais utilizada de acordo com o estudo realizado pela Plataforma europeia contra o trabalho não declarado. Foi o que sucedeu em França que, no

quadro da política de combate ao trabalho não declarado, adotou vários “títulos de trabalho simplificado”, entre eles o TESA (Titre d’emploi simplifié agricole), específico para vínculos de duração determinada de duração inferior a 3 meses no setor agrícola, e que reunia numa só declaração as formalidades associadas ao recrutamento, gestão e fim do contrato de trabalho. Na Hungria, a simplificação do processo de contratação nos empregos sazonais, designadamente no setor agrícola e do turismo, foi iniciada, em 2010, através do (utilizamos a língua inglesa) “Simplified Employment Act” (2010/LXXV). A formalização do vínculo opera através de uma mera declaração do empregador junto das autoridades fiscais, muito embora as partes possam, se assim o entenderem, reduzir o contrato escrito, anexando-o à referida declaração. Na Roménia, uma figura próxima (activităţi cu caracter ocazional desfășurate de zilieri) foi introduzida através do Day Labourer Act (Lei n.º 52/2011, entretanto modificada pela Lei n.º 277/2013). A relação laboral (cuja duração máxima total não pode exceder 90 dias por ano) é constituída mediante acordo, sem redução a escrito, cabendo ao empregador o registo e envio mensal para as autoridades com competência na área laboral de um conjunto de informações obrigatórias (número de horas de trabalho, pagamentos efetuados, etc.) – sobre estas experiências, cfr. Colin C. Williams, *Confronting the Shadow Economy – Evaluating tax compliance and behaviour policies*, Eduard Edgar Publishing, Cheltenham, 2014, p. 246. Constituem estas experiências um sinal consistente de que as estratégias de combate ao trabalho informal têm resultado, em parte, de processos de simplificação no processo de contratação a termo, que pressupõem um juízo de adequação que tem vindo a ser partilhado por outros Estados.³⁴

Cuidou-se, no caso em apreço, de se reforçar o entendimento do TC com base na experiência estrangeira acerca de diplomas jurídicos e políticas públicas de países de contexto socioeconómico e jurídico semelhante (no caso a União Europeia).

³⁴TC, Acórdão 318/2021, Cons. José António Teles Pereira Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210318.html>. Acesso em 30 dez 2022.

Outrossim, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, corte máxima da hierarquia judicial no país, se valeu do direito comparado para trazer as bases da justificação de decisão proferida em caso envolvendo investigação de paternidade:

(...) No caso dos autos, estamos perante um pedido complexo, composto por uma ação de impugnação da presunção de paternidade em relação ao marido da mãe, intentada pelo filho (artigos 1839.º, n.ºs 1 e 2, e 1842.º, n.º 1, al. c), ambos do Código Civil) e por uma ação de investigação da paternidade contra o pretense progenitor biológico (artigos 1869.º e 1817.º, n.º 1, ambos do Código Civil).

O objeto do presente recurso incidirá, como vimos, apenas sobre a ação de impugnação da paternidade, mais precisamente sobre a questão da constitucionalidade da norma que fixa os prazos quando o autor é o filho, a al. c) do n.º 1 do artigo 1842.º do Código Civil.

(...)

O Direito Comparado tem-nos ensinado a importância de paralisar, por vezes, através do instituto do abuso do direito, as ações de impugnação de paternidade, propostas pelo presumido pai, tardiamente, após este ter criado no filho a expectativa de que era o seu pai e de aquele ter beneficiado da chamada posse de estado ou tratamento como filho e ter havido entre estes uma relação afetiva e social de filiação. Mesmo que não seja o caso, os constrangimentos familiares decorrentes de uma ação destas podem tolher a decisão do filho de impugnar a presunção, que com frequência só se sente livre para o fazer depois da morte dos intervenientes. A este propósito, note-se que, no caso sub judice, quer o presumido pai, quer o pretense pai biológico já tinham falecido à data da propositura da ação.

(...)

Em termos de Direito Comparado, apesar de alguns sistemas jurídicos se preocuparem com o efeito destrutivo da impugnação e entenderem ser importante um sistema de prazos para proteger a estabilidade de uma família constituída, usam instrumentos para averiguar a situação de facto, nomeadamente, o conhecido instrumento da “posse de estado” para saber se a família constituída existe na realidade, isto é, se há “posse de estado” de filho (Ibidem, p. 98). É esta a solução do direito espanhol: Segundo o artigo 137.º, n.º, 4, do código civil espanhol, o filho dispõe de um ano a contar do registo da filiação, ou a contar da maioridade ou do acesso à

plena capacidade jurídica, para impugnar a presunção de paternidade em relação ao marido da sua mãe. Porém, esta caducidade do direito do filho só está prevista para o caso de haver “nas relações familiares posse de estado de filiação matrimonial”; no caso contrário, o direito de impugnar pode ser exercido pelo filho ou pelos seus herdeiros a todo o tempo. Quando, o estado civil do filho não tem correspondência social, familiar e afetiva, o legislador entendeu que os valores da segurança jurídica, da eficácia das provas e da proteção da família não devem prevalecer sobre o direito do filho à verdade biológica. Mas só o direito do filho beneficia deste regime de imprescritibilidade, não já o direito do presumido pai.³⁵

Por derradeiro cabe trazer exemplos verificados no Supremo Tribunal Federal. Cuidou-se de Habeas Corpus impetrado contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que condenou o impetrante pela prática do delito de estupro. O réu arguiu a nulidade do processo, destacando, inclusive, o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, em afronta ao princípio da presunção de inocência.

No julgamento do mencionado caso o Ministro Gilmar Mendes se valeu da jurisprudência alemã para justificar seu posicionamento:

A propósito, transcreva-se a seguinte passagem da decisão de 1965 proferida pela Corte Constitucional alemã: no instituto da prisão provisória revela-se a tensão entre o direito de liberdade assegurado nos art. 2, II e o art. 104 da Lei Fundamental e a necessidade inafastável de uma persecução criminal efetiva. A rápida e justa presunção de fatos ilícitos graves não seria possível em muitos casos, se as autoridades encarregadas da persecução criminal estivessem impedidas, sem qualquer exceção, de obter a prisão do eventual autor do delito. Por outro lado, a definitiva retirada da liberdade é um mal, que no estado de Direito que só se aplica àquele que tenha praticado um fato previsto como crime, ou que tenha sido definitivamente condenado. A intervenção no direito de liberdade somente será aceitável, se e na medida em que, de um lado,

³⁵STJ, Ver. Nº 503/17, Rel. Maria Clara Sottomayor, julgamento em 05/05/2020. Disponível em https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2021/05/sumarios_civil_2020.pdf. Acesso em 16/01/2023.

existam dados concretos aptos a colocar em dúvida a inocência do acusado e de outro, se a pretensão legítima da comunidade estatal relativa ao completo esclarecimento e célere punição do responsável não puder ser assegurada senão pela decretação da prisão do suspeito. (BVerfGE 19, 347-348).

(...)

No campo da luta contra a delinquência, é onde se estabelecem os mais altos requisitos de justiça, o art. 1º da Lei Fundamental determina a concepção da essência da pena e da relação entre culpa e expiação. O princípio ‘nula poena sine culpa’ é dotado de hierarquia de um princípio constitucional (BverfGE 20, 323 (331)). Toda pena deve estar em adequada proporção com a gravidade do fato punível e a culpa do delinquente (BverfGE 6, 389 (489) 9, 167 (169), 20, 323 (331) 25, 285 s). O mandato de respeitar a dignidade humana significa especialmente que se proibam as penas cruéis, desumanas e degradantes (BverfGE 1, 332 (348); 6 389 (439)). O delinquente não pode converter-se em simples objeto da luta contra o crime com violação de seus direitos ao respeito e a proteção de seus valores sociais (BverfGE 28m 389 (391)). Os pressupostos básicos da existência individual e social do ser humano devem ser conservados (BverfGE 45, 187).³⁶

Veja-se que esta decisão não tratou de transpor dado conceito jurídico alienígena (no caso alemão) ao cenário brasileiro. Teve-se, antes, a verificação quanto ao método de solução de conflito de direitos utilizado pelo tribunal alemão (BVerfGE) para a solução do caso. Tal “método” poderia, ser utilizado para a solução do caso colocado perante o STF, observada, entretanto a moldura jurídica nacional.

Noutras oportunidades nota-se o apontamento não há decisões judiciais, mas sim a elementos doutrinários.

³⁶STF, HC nº 91676/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12/02/2009. Disponível em:<

[Jus Scriptum's International Journal of Law \(2024\) a. 19 v. 9 n. 1-4.
Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+91676%29&base=b aseAcordaos &url=http://tinyurl.com/cd2qxea>”. Acesso em 16 jan 2023.</p></div><div data-bbox=)

No julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, à guisa de exemplo, o ministro Luiz Fux menciona obras do prolapado jurista estadunidense Ronald Dworkin quanto à questão de direitos fundamentais, notadamente a respeito da XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, que trouxe o dever de observância à cláusula do devido processo legal aos poderes estaduais.

Fux, na sequência traz a aproximação entre as realidades jurídicas para caracterizar a pertinência de seu embasamento teórico, assinalando que as reflexões apontadas pelo autor acerca do direito constitucional norte-americano “são perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro”³⁷.

De se notar que o uso do Direito Comparado em decisões pode se dar por meio de citação de jurisprudência, remissão a dispositivo legal ou mesmo apontamento de doutrinas de outros contextos jurídicos.

Bem assim, nota-se importante papel do Direito Comparado na busca por soluções jurídicas – de carácter legislativo ou judicial - com base na experiência sócio-jurídica oriunda de diferentes contextos.

6. Considerações finais

O presente artigo teve por mote perquirir acerca do método comparativo e do Direito comparado, trazendo suas isomorfias, diferenças e usos, seja para a investigação em Direito, seja para a práxis jurídica, unindo a pesquisa bibliográfica, bem como o estudo de casos práticos.

³⁷STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, julgamento em 05/05/2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 20 jan 2023.

Quisemos trazer a diferenciação para que não se confundam método e ciência e, com isto, limitem os âmbitos de aplicação de ambos.

O método comparativo constitui uma das ferramentas do Direito Comparado não comprometendo, entretanto, 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 generalidade³⁸.

O presente trabalho teve como postulado aclarar os âmbitos de aplicação do método comparativo e do Direito Comparado em meio à miríade de estudos e arcabouço decisório, bem como da sanha pela produção científica, com o pensamento de que, em termos de investigação, ter clareza é fundamental³⁹.

7. Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Introdução ao direito comparado. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ANCEL, Marc. Utilidade e métodos do direito comparado. Trad. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

BRONZE, Fernando José. A comparação de ordens jurídicas integradas em sistemas econômicos diferentes. Coimbra: Revista de Direito e Economia, a. 2, n. 2, jul. 1976.

CAÑIZARES, Felipe de Solá. Iniciación al derecho comparado. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.

CARVALHO, Welinton. Direito Comparado – método ou ciência? Brasília: Repositório do Senado a. 45 n. 180 out./dez. 2008. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/180/ril_v45_n180_p139.pdf. Acesso em 05 jan 2023.

³⁸Welinton Carvalho. *Direito Comparado – método ou ciência?*...p. 148.

³⁹Parafraseamos os dizeres de Yuval Noah Harari em *21 lições para o século 21*: “Em um mundo inundado de informações irrelevantes, ter clareza é poder”.

- ECO, Humberto. Como se Faz uma Tese em Ciências Humanas. 5.^a edição. Lisboa: Editorial Presença, 1991.
- ERMOLAYEV V., AKERKAR R., TERZIYAN V., COCHEZ M. Towards Evolving knowledge Ecosystems for Big Data Understanding. In. AKERKAR, Rajendra. Big Data Computing. Sognal, Norway: CRC, 2014.
- ESCARRA, Jean. in Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, Volume II, Ano 1, Capítulo 28. Disponível em <https://historia.oa.pt/wp-content/uploads/2021/10/1941-Vol-II-Ano-1-No-4-Capitulo-28.pdf>. Acesso em 30 dez 2022.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra, Curso de Filosofia do Direito. Malheiros: São Paulo, 2014.
- FORTIN, Marie-Fabienne. Fundamentos e Etapas do Processo de Investigação. Loures: Lusodidacta, 2009.
- GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo: Atlas, 1999.
- GRAU, Eros. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. In Revista de Direito Internacional, v. 12, n. 2: Brasília, 2015.
- JENSEN, Geziela e SGARBOSSA, Luís Fernando. Elementos de direito comparado. Ciência, política legislativa, integração e prática judiciária. Poro Alegre: Sérgio Fabris, 2008.
- KOSTA, E. Kafft. Sistemas de Governo na Lusofonia: zonas e relações de poder. Lisboa: AAFDL, 2018.
- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 4^a ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- LISBOA, Marcelo Jucá. Metodologia jurídica e sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do direito: uma visão panorâmica in Revista Jurídica Luso Brasileira, ano 2, nº 2, 849-909: Lisboa, 2006. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_0849_0909.pdf>. Acesso em 21 dez 2022.
- SCHNEIDER, S.; SCHMITT, J. C. O uso do método comparativo nas Ciências Sociais. Cadernos de Sociologia, Porto Alegre, v. 9, p. 49-87, 1998.
- Peter Häberle apud SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm. Acesso em 30 nov 2022.
- VIEIRA, Guilherme Schoeninger. O uso judicial do direito comparado no supremo tribunal federal. Repositório PUC/RS: Porto Alegre, 2021