

# CRITÉRIOS PARA SELEÇÃO DE LEGISLAÇÃO REFERENCIAL EM PESQUISAS DE DIREITO COMPARADO

## CRITERIA FOR SELECTING REFERENCE LEGISLATION IN COMPARATIVE LEGAL RESEARCH

Recebimento: 12 set. 2023

Aceitação: 9 abr. 2024

**Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues**

Mestre e Doutorando em Direito

Afiliação institucional: Universidade de Lisboa – ULisboa – (Lisboa, Portugal)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/4136000039136925>

Email: [rodrigues.paulogustavo@gmail.com](mailto:rodrigues.paulogustavo@gmail.com)

### Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. Critérios para seleção de legislação referencial em pesquisas de direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 68, n. 3, p. 113-136, set./dez. 2023. ISSN 2236-7284. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v68i3.92567>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/92567>. Acesso em: 31 dez. 2023.

### RESUMO

O direito comparado é amplamente utilizado como método de pesquisa na área jurídica, porém, apesar de sua popularidade acadêmica, ainda não há uma definição precisa de parâmetros metodológicos claros e sólidos para sua condução. Este trabalho aborda esse cenário, partindo da premissa de que uma pesquisa comparativa deve responder a três questões fundamentais: Por que comparar? O que comparar? Como comparar? O foco está na definição de critérios metodológicos coerentes para responder à segunda questão, ou seja, em que condições a escolha das legislações estrangeiras pode ser justificada. Conclui-se que essa escolha está diretamente relacionada à hipótese de trabalho estabelecida pelo pesquisador. O estudo destaca as principais finalidades do direito comparado, que vão desde o simples exame de leis estrangeiras até aprimoramentos de institutos internos por analogia, desenvolvimento de rigidez conceitual, unificação de sistemas e construção de teorias por inferência causal. Com base nessas finalidades, são apresentados critérios para seleção de referenciais comparativos, como máxima similitude, máxima diferença, caso representativo e caso mais difícil. A identificação e análise desses critérios visam promover uma evolução metodológica na utilização dessa técnica de pesquisa, aumentando a científicidade das pretensões do pesquisador.

### PALAVRAS-CHAVE

Direito comparado. Investigação em direito. Metodologia científica. Justificação de critérios. Seleção de casos.

### ABSTRACT

Comparative law is widely used as a research method in the legal field, yet despite its academic popularity, there is still no precise definition of clear and solid methodological parameters for its conduct. This work addresses this scenario, starting from the premise that comparative research must

answer three fundamental questions: Why compare? What to compare? How to compare? The focus is on defining coherent methodological criteria to answer the second question, namely, under what conditions the choice of foreign legislation can be justified. It is concluded that this choice is directly related to the research hypothesis established by the researcher. The study highlights the main purposes of comparative law, ranging from simply examining foreign laws to improving internal institutes by analogy, developing conceptual rigidity, unifying systems, and constructing theories by causal inference. Based on these purposes, criteria are presented for selecting comparative references, such as maximum similarity, maximum difference, representative case, and most difficult case. The identification and analysis of these criteria aim to promote methodological evolution in the use of this research technique, increasing the scientific rigor of the researcher's claims.

## KEYWORDS

Comparative law. Legal research. Scientific methodology. Justification of criteria. Case selection.

## INTRODUÇÃO

Uma breve consulta às recentes produções acadêmicas na área da ciência jurídica, em qualquer nível de estudo, revela um crescimento visível na utilização de métodos comparativos e na construção de teses a partir de analogias com legislações estrangeiras. Não só no campo da dogmática científica, mas igualmente no conteúdo das decisões de cortes constitucionais, costuma-se observar com frequência o recurso ao direito comparado como instrumento aprimorado de formulação de teses.

Buscam-se sempre legislações alienígenas como forma de compreensão mais abrangente do fenômeno jurídico em estudo para a formulação de soluções que, coerentes com as prescrições normativas internas, guardem harmonia com um padrão jurídico estabelecido supranacionalmente. O estudo de direito comparado, como reflexo mais evidente da utilização do método comparativo na investigação científica em direito, contempla duas perspectivas distintas de abordagem: a macrocomparação e a microcomparação. Enquanto a primeira diria respeito a comparações gerais entre ordenamentos, a segunda se concentraria na análise específica das soluções dadas a determinados institutos que atendem ao interesse científico do pesquisador.

Muitas linhas foram escritas para descrever no que consistiria o método comparativo, especificamente na investigação científica em direito, e qual seria sua importância para o aprimoramento e a expansão do campo de pesquisa. Era de se esperar que o *status* alcançado pelo estudo comparado na investigação científica em direito viesse associado à definição de parâmetros metodológicos claros e sólidos, mas, como acertadamente aponta Paris (2016), este não foi o caso.

Conforme Reimann (2002, p. 689), em conclusão persistentemente verdadeira mesmo após uma década de sua escrita, comparatistas não costumam ter uma moldura teórica geral de que tipo de lei comparar, para qual propósito, o que provar por comparação e como proceder a essa comparação,

o que implica a carência de um arcabouço metodológico que permita avaliar a qualidade e o contributo do trabalho numa perspectiva científica.

Poucas são as obras que se dedicam a uma definição de critérios metodológicos precisos que orientem uma pesquisa de direito comparado, notadamente se há ou não uma maneira metodologicamente correta de seleção dos casos que servirão de base comparativa, problema este sobre o qual se pretende jogar luz neste trabalho.

Pela frequente confusão no que efetivamente consiste um estudo de direito comparado, e quais métodos podem ser utilizados para se atingir a sua potencialidade, acaba-se por se identificar uma fragilidade ou uma banalização deste importante instrumento de investigação científica. Desde seleções de material comparativo sem rigidez metodológica, até a utilização do método comparativo essencialmente com viés de confirmação ou instrumento retórico de argumento de autoridade, a falta de definição quanto a técnicas e regras de validação desse método leva a uma diminuição de sua confiabilidade como um relevante instrumento para se alcançar conclusões científicas no direito. Daí a importância de uma investigação desta natureza, não como mecanismo para limitar o escopo das pesquisas em direito, mas para lhes conferir mais científicidade e confiabilidade.

Este trabalho pretende alcançar seu objetivo a partir da resposta a três perguntas, que servirão como capítulos: (i) — Existe um jeito único de se realizar pesquisa de direito comparado? (ii) — Quais são as finalidades na utilização do direito comparado em uma investigação científica em direito? (iii) — Quais os critérios metodologicamente adequados para a seleção dos casos que formarão a base comparativa?

## 1 EXISTE UMA METODOLOGIA DE DIREITO COMPARADO? COMO CONCEITUÁ-LO?

Como escrito acima, embora cada vez mais se estude e se defenda a necessidade da definição de métodos claros para se realizar uma investigação de direito comparado, não se chegou – e dificilmente se chegará – a uma estratégia única e autossuficiente para tanto. Isso deriva de algumas dificuldades, notadamente a de conceituar o direito comparado e de classificá-lo numa perspectiva taxonômico-científica, sendo tais as questões que devem ser enfrentadas se há a pretensão de contribuir com a construção de parâmetros para um aprimoramento metodológico dessa estratégia.

Não parece ser tarefa hercúlea produzir uma conceituação para direito comparado, e, ajustadas as expectativas, de fato não o é. Não se ignora que qualquer conceito, firmado no contexto de um trabalho que não se dedique especificamente a este objetivo, necessariamente pequeno pela

simplicidade e não contemple todas as complexas possibilidades de utilização dessa técnica investigativa. Ainda assim, é premente a construção de uma definição fundamental de direito comparado que possa orientar as demais premissas fundamentais nas quais este trabalho se funda.

Há dos mais diversos conceitos de direito comparado entre os autores que estudam o tema, e costumam sempre guardar relação com a visão que cada autor possui dos objetivos, finalidades e fundamentos legitimadores deste tipo de investigação. Constantinesco relaciona esta multiplicidade de definições às modificações históricas dos objetivos e funcionalidades da utilização do direito comparado, quando afirma que “as diversas mudanças de orientações que o direito comparado sofreu no curso da história, mudanças que, por vezes, foram verdadeiras mutações, explicam a multiplicidade de definições” (Constantinesco, 1972, p. 166, tradução nossa)<sup>1</sup>.

Entretanto, como dito, acredita-se ser possível uma conceituação generalista fundamental que possa servir para introduzir a discussão e desenredar o fio dos questionamentos que as perguntas deste trabalho possam gerar.

Desde já, cumpre destacar que não se usará essa terminologia (direito comparado) para toda e qualquer utilização de um método comparativo no contexto da atividade jurídica ou da investigação científica em direito. A comparação, quando restrita a normas integrantes de um mesmo ordenamento interno, é atividade rotineira e quase compulsória da metodologia jurídica dos profissionais do direito. Espera-se, do profissional, que seja capaz de analisar determinado problema, construir soluções ou produzir teses a partir de um estudo comparativo com os precedentes dos tribunais e outras normatizações internas. Não se costuma exigir maiores rigores técnico-científicos, satisfazendo-se com a funcionalidade do sucesso ou do fracasso no convencimento do órgão julgador.

O que distingue o direito comparado e lhe confere a importância que assumiu no ensino jurídico, na investigação científica e na produção acadêmica das últimas décadas, é a internacionalização. É a utilização do método comparativo para uma análise supraestatal de correspondência e interseção entre ordenamentos jurídicos produzidos nos mais diversos modelos jurídicos, sociais, econômicos e culturais. Afirma Hage (2014) que se fala de direito comparado para se referir à comparação entre o direito de diferentes jurisdições, famílias jurídicas ou tradições legais, com um olhar especial às similitudes e diferenças.

Costuma-se atribuir o surgimento do direito comparado à criação de organismos acadêmicos de estudos de legislações estrangeiras no final do século XIX, em Paris, Madri e Oxford (Almeida; Carvalho, 2018). Culminaram elas no Congresso Internacional de Direito Comparado, em 1900, em

<sup>1</sup> No original: “les divers changements d’orientation que le droit comparé a subi au cours de son histoire, changements qui, parfois, ont été de véritables mutations, expliquent la multiplicité de définitions”.

que se iniciou uma perspectiva de sistematização científica dessa modalidade de investigação, objetivando o estudo e a pesquisa para o desenvolvimento de uma lei comum para a humanidade.

Como se verá, o direito comparado evoluiu e adquiriu uma extensa gama de finalidades para além dessa pretensa unificação, e hoje se mostra como um dos mais importantes instrumentos que conferem científicidade à investigação jurídica, já que possibilita o desenvolvimento de teorias e o teste de hipóteses para além das limitações territoriais de um ordenamento jurídico interno.

É importante destacar, como o fizeram Vicente (2014) e Cardoso (2010), que melhor tradução ao português seria a de comparação de direitos, referenciando-os à expressão em alemão *Rechtsvergleichung*, já que assim se desnaturaria uma nomenclatura própria de ramos da ordem jurídica e se assumiria uma de disciplina científica. Entretanto, assim como no inglês (*comparative law*) e no francês (*droit comparé*), consagrou-se a utilização de *direito comparado* nas doutrinas lusófonas.

Zweigert e Kötz (2011) conceituam direito comparado como a atividade intelectual que tem o direito de diferentes sistemas legais como objeto e a comparação como processo, sendo esse um conceito-base suficientemente aberto para amparar as premissas básicas sobre as quais este trabalho se baseia e permitir as problematizações que dele derivam.

## 2 DIREITO COMPARADO: CIÊNCIA, MÉTODO OU OBJETO?

Para melhor delinear essa conceituação, é importante que se estabeleça qual a natureza do direito comparado numa perspectiva de metodologia científica, vale dizer, se ele é o método, o objeto ou a própria ciência autônoma. Constantinesco (1972, p. 165, tradução nossa) destacava a essencialidade dessa distinção para o conceito, pois, “na realidade, a confusão concernente à definição apenas expressa a incerteza, mais profunda, sobre a natureza e o objeto do direito comparado”<sup>2</sup>.

Assim, antes de se debruçar sobre a definição de métodos para a seleção de referenciais aptos a amparar uma pesquisa de direito comparado, é de se responder a uma pergunta essencial. Notadamente, se essa técnica de investigação possui um método próprio e único para ser empregada, ou se ela é apenas um problema de pesquisa que lança mão de métodos alheios para a sua solução.

Embora tenha perdido força nas últimas décadas, é sabido que existe também uma corrente de autores comparatistas que defende a autonomia do direito comparado, como uma ciência em si

<sup>2</sup> No original: “en réalité, la confusion concernant la definition ne fait qu’exprimer l’incertitude, plus profonde, concernant la nature et l’object même du droit comparé: est-il une simples méthode ou une discipline autonome?”

com suas próprias regras, métodos e objetos<sup>3</sup>. Não há mais uma grande evolução nessa linha de pensamento; desde Constantinesco (1972), observa-se o fracasso dessa tese. Afirmava acertadamente, o autor, que os seus defensores falhavam em compreender as condições reais de autonomia científica de um determinado campo do conhecimento e que não lograram diferenciar a ciência autônoma de uma mera aplicação do método comparativo na esfera das investigações jurídicas em geral (Pessoa, 2009).

Parcela relevante da doutrina aponta que essa tese gerou prejuízo ou retardo na discussão acerca da definição de uma metodologia comparativa, pois a conferência de importância ao método do direito comparado confundia-se com elevá-lo ao *status* de ciência. Assim, a recusa a esse reconhecimento por vezes implicava uma displicência com uma metodologia adequada de comparação. Jaluzot (2005), contudo, afirma que questionar hoje a existência de um método próprio de direito comparado, quando este não está mais em busca de legitimidade, conduz a uma resposta distinta e positiva.

Há quem argumente, como Zweigert e Kötz (2011), ser extremamente duvidoso que alguém seja capaz de desenvolver uma metodologia lógica e autocontida de direito comparado que tenha qualquer pretensão de funcionar perfeitamente, e que, neste campo de investigação, sempre há espaço para contribuições do bom-senso e da intuição. Embora se reconheça que efetivamente ainda há espaço para uma atuação livre do pesquisador na identificação e no desenvolvimento de quais contribuições determinado ordenamento pode conferir a um determinado problema interno, muito se evoluiu na definição de regras e técnicas metodologicamente orientadas que contribuem para uma pesquisa científicamente válida. É nessa perspectiva que o presente trabalho pretende avançar.

Hage (2014) traz uma provocação interessante quando conjectura que se o direito comparado é visto como um método, nada tem a ver com o processo de realizar pesquisa comparativa. Afirma que o direito comparado é uma quantidade de dados tipicamente coletados em uma pesquisa comparativa, relevantes para determinada conclusão. Se o direito comparado é visto como o processo de pesquisar, então ele não é em si um método.

De fato, se método for considerado como um conjunto de diretrizes prefixadas determinantes de como se conduzir uma pesquisa para se atingir uma conclusão reproduzível, nem sempre o direito comparado poderá se acomodar nessa definição. Muitas vezes, a comparação se apresenta como o

<sup>3</sup> Günter Frankenberg (2012), ao analisar a autonomia do Direito Constitucional Comparado, parte da premissa de que o direito comparado em si já pode ser visto como uma disciplina acadêmica autônoma, por ter um objeto definido, com um conjunto de teorias e métodos minimamente estruturados e um *curriculum* organizado para a reprodução deste conhecimento, mas lança dúvidas, contudo, quanto a sua científicidade.

próprio problema de pesquisa: qual a diferença entre os elementos normativos do crime de violação nos direitos brasileiro e português? A metodologia usada é aquela própria das investigações científicas em geral.

Todavia, em determinadas situações, o direito comparado assume efetivamente o papel de um método para a solução de problemas jurídicos diversos, e para esses casos notadamente se faz imprescindível o aprofundamento em critérios predefinidos de técnicas de pesquisa.

É certo que para se recorrer ao direito comparado, seja como metodologia de investigação científica, seja como problema de pesquisa autônomo, é imprescindível o enfrentamento de três questões: (i) — Por que comparar? (ii) — O que comparar? (iii) — Como comparar? Considerando que a investigação presente pretende desenvolver critérios para a seleção de casos que formarão a base comparativa, a celeuma objeto de análise será a segunda, embora não se possa solucioná-la sem que a primeira seja ultrapassada.

Para que se possa explicar o valor científico de se definir um critério metodológico da escolha do referencial, é importante que se façam algumas observações acerca do como comparar, embora não seja esse o objetivo específico deste trabalho.

Constantinesco (1974) destaca que o método comparativo se sustenta na regra dos três “C’s: conhecimento (fase analítica), compreensão (fase integrativa) e comparação (síntese comparativa). Qualquer pesquisa de direito comparado deve implicar um conhecimento e uma compreensão do pesquisador acerca do referencial correspondente, devendo ele assumir previamente uma disposição acadêmica de mergulhar nesses ordenamentos.

Não se defende que uma investigação precise, necessariamente, discorrer sobre todos os aspectos jurídicos, sociais, culturais e políticos do país invocado como referência (*deep comparison*). Quão profunda será a exploração dependerá de quão profundo for o problema de pesquisa. Todavia, no tocante às pretensões estabelecidas pelo pesquisador e no quanto é necessário para se comprovar ou desqualificar a hipótese de trabalho, a investigação não tem nada a ganhar com a superficialidade.

Essas ponderações são relevantes para esclarecer dois pontos. Primeiro, o conhecimento minucioso de determinado ordenamento não deve ser critério para a escolha do referencial interpretativo, mas sim um pressuposto para a consecução satisfatória do método. Não se nega que certa familiaridade prévia é exigida, até para se detectar uma base comparativa mínima que desperte o interesse do pesquisador ou a percepção das possíveis similitudes ou diferenças que possam orientar a pesquisa.

O que se está a defender é que não é o fato de o pesquisador conhecer determinado ordenamento que deve definir sua escolha; é sua escolha (justificada pelo problema de pesquisa) que

deve ditar a necessidade de se aprofundar no estudo daquele ordenamento, e essa escolha deve ser objeto de explicação metodológica. Independentemente da adequação do critério escolhido para seleção do referencial comparativo, a pesquisa não cumprirá sua finalidade científica se o pesquisador negligenciar a fase seguinte do processo, que cuida da construção da síntese comparativa.

A pretensão desta investigação não está centrada em “como comparar”, mas em “o que comparar”. Do mesmo modo que Hage (2014), todavia, comprehende-se que não há um único jeito certo de se realizar uma pesquisa de direito comparado, porquanto o método escolhido depende do propósito pelo qual se está utilizando esta ferramenta de investigação, pelo que cumpre, antes de qualquer coisa, que se responda à questão de “por que comparar”.

### 3 FINALIDADES DE UMA PESQUISA DE DIREITO COMPARADO

Antes da chegada ao ponto nodal deste trabalho – a definição de critérios metodologicamente adequados para a seleção de casos comparativos (o que comparar?) –, é imprescindível que sejam distinguidas as diversas finalidades que orientam pesquisas desta natureza (por que comparar?), já que o critério a ser determinado deve ser aquele que detém a maior potencialidade para resolver o problema de pesquisa escolhido.

Sobre os objetivos do direito comparado, Zweigert e Kötz (2011) afirmam que a pretensão primeira é aquela de todas as ciências: a produção de conhecimento. Procede-se a uma pesquisa comparativa, então, porque se comprehende que esta técnica é a mais eficiente para se atingir o conhecimento específico que se está a buscar.

Dissecar as finalidades secundárias do direito comparado, então, é definir que pretensões científico-jurídicas são alcançadas por meio do recurso a legislações, doutrinas e jurisprudências estrangeiras. Nesse contexto, logra-se identificar cinco finalidades mais comuns.

#### 3.1 APROFUNDAMENTO OU DIFUSÃO DE LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

É bastante comum se deparar com estudos tidos como de direito comparado, mas que se restringem a fazer a análise de determinado sistema ou instituto pertencente a ordenamento jurídico estrangeiro, assim compreendido aquele alheio à realidade direta do pesquisador. Estudos como “A liberdade religiosa no direito italiano”, “Espaços de negociação processual no processo penal

americano” ou “A garantia contra a não autoincriminação na jurisprudência da Corte Constitucional da Argentina”, por exemplo.

Jaluzot (2005) indica que no final do século XIX, nos primeiros movimentos dados no sentido de se construir uma noção de direito comparado, a estratégia era a publicação da tradução de um grande número de códigos estrangeiros, o que, retrospectivamente, foi denominado, por Constantinesco (1972), de “método descritivo” de direito comparado. Como a precisa denominação sugere, tais estudos muitas vezes são essencialmente descritivos e não apresentam grandes discussões ou problematizações comparativas. As pretensões acadêmicas usualmente se resumem à difusão de um modelo tido pelo autor como ideal, ou, em outra perspectiva, a crítica a determinada solução oferecida por legislação ou jurisprudência estrangeira.

Todavia, do mesmo modo que Sacco (1991, p. 6, tradução nossa), entende-se que “a disseminação de um modelo pressupõe certo conhecimento empírico desse modelo por parte de quem o imita” e que “o conhecimento do modelo não é uma comparação, muito menos uma comparação aprofundada, feita com todo o rigor que a ciência exige”<sup>4</sup>. No mesmo sentido, Poças (2020, p. 296) afirma que “o método comparativo não se basta com a análise, paralela ou isolada, de regimes ou institutos de diferentes ordenamentos jurídicos. Esta descrição constitui apenas uma etapa, prévia e instrumental, que visa satisfazer o próprio fim desse método: a síntese comparativa”.

A exposição e a difusão de um modelo não são, em si, um estudo de direito comparado, e certamente não se vislumbra, por parte dos pesquisadores, uma preocupação efetiva com precisões metodológicas para a seleção de casos nessas hipóteses. A escolha do instituto ou ordenamento que se descreverá costuma ser essencialmente arbitrária e derivada de uma prévia familiaridade do pesquisador com o país em questão, ou mesmo a sua disposição em vir a se familiarizar com ele.

Deve-se destacar, contudo, que lhes retirar a natureza de pesquisa comparativa não lhes nega completamente o valor acadêmico. Hirsch (2005) assevera que, na melhor das hipóteses, esse tipo de estudo serve como referência confiável para estudantes em determinados institutos, podendo também contribuir para o mapeamento e a dissecação de terreno desconhecido no direito internacional.

Daí se abstrai que, apesar de pouco vinculados à metodologia comparativa, se benfeitos, estudos descritivos de legislações estrangeiras podem vir a servir como um importante arcabouço teórico para aqueles que, efetivamente, venham a empreender uma pesquisa comparativa.

<sup>4</sup> No original: “la diffusion d'un modèle suppose donc une certaine connaissance empirique de ce modèle de la part de celui qui imite. Mais la connaissance du modèle n'est pas une comparaison, moins encore une comparaison approfondie, opérée avec toute la rigueur que la science exige”.

### 3.2 APRIMORAMENTO DE INSTITUTOS DO DIREITO INTERNO

Outra finalidade de se recorrer ao método comparativo numa investigação científica em direito costuma ser o aprimoramento de um determinado instituto jurídico interno ou a solução a algum problema surgido na interpretação do direito doméstico a partir de uma indução analógica construída pela comparação com sistemas jurídicos diversos e soluções dadas pelos respectivos tribunais.

Hirschl (2005) define essa técnica de investigação como uma autorreflexão ou aprimoramento por analogia, distinção e contraste. Normalmente se realiza por intermédio de comentários críticos ou análises acerca de decisões judiciais e doutrinas estrangeiras sobre institutos ou problemas, em busca do parâmetro legal ideal.

Essa é uma das finalidades clássicas do direito comparado. Zweigert e Kötz (2011, p. 4) já afirmavam que os estudos de direito comparado renovam e refrescam o estudo do direito interno, que sofre do mal de se confinar na interpretação de regras positivas e negligenciar princípios amplos em favor de pequenos elementos doutrinários. Uma pesquisa de base comparada certamente ajuda a iluminar diferentes perspectivas que possibilitam uma compreensão profunda das ordens jurídicas em questão (Eberle, 2009).

Assim, buscando aprimorar os recursos do processo civil brasileiro e dotá-lo de maior eficiência para obtenção célere do caso julgado, estuda-se de que forma se estrutura o sistema recursal da Itália, de Portugal e da Espanha, por exemplo, intentando observar quais contributos podem ser abstraídos desses sistemas para se atingir a finalidade pretendida de eficiência. A partir da constatação de que o sistema de contratações públicas não está atingindo os objetivos essenciais de impessoalidade, elabora-se a hipótese de que esses regramentos podem ser aprimorados a partir de uma análise comparativa com os regimes de contratações públicas implementados pelo Chile, pela Argentina e pelo Uruguai. A ideia, segundo Hage (2014), é que o estudo acerca de regras presentes em sistemas estrangeiros diga algo acerca da qualidade dessas regras e acerca da possibilidade e do cabimento de se adotar tais regras no seu próprio sistema legal.

Este tipo de pesquisa, contudo, costuma carecer de uma precisão metodológica, já que dificilmente se constroem adequadamente os critérios para a seleção do sistema jurídico a que se pretende comparar e porque um desses sistemas, especificamente, pode conferir, mais do que outros, um suporte teórico mais adequado a um aprimoramento do instituto doméstico. No campo penal, por exemplo, sempre surgem investigações que buscam aprimorar os institutos da colaboração premiada a partir dos modelos norte-americanos, notadamente dos Estados Unidos da América (EUA), sem que

se demonstre – em hipótese metodologicamente orientada – as razões da escolha desse país, e não do Reino Unido ou da Alemanha, por exemplo.

Nesse contexto, chega-se – no campo da investigação científica – a um panorama similar ao que Cardoso (2010) identificou nas jurisdições constitucionais do Brasil e dos EUA, nas quais o direito comparado é invocado ao nível de *obter dictum*, apenas como reforço argumentativo retórico, sem nenhuma validade ou prestabilidade para fundamentar a conclusão final.

Defende-se que uma definição apriorística desses critérios, combinada com uma explicação da escolha, fortalece a científicidade do estudo e potencializa sua eficiência para os fins a que se propõe. Este é precisamente o objetivo da presente investigação e a pergunta à qual se tentará responder no capítulo final.

### 3.3 DESENVOLVIMENTO DE CONCEITOS RÍGIDOS

Pizzorusso (1987, p. 85, tradução nossa) afirma ser óbvio que o direito vigente em certo território não surge isoladamente da mente do legislador ou da práxis dos atores locais, mas representa “o fruto de uma série de influências, a maior parte das quais se desenvolveram em confronto com outros povos e territórios, ou derivam de experiências anteriormente realizadas por outros povos ou em outros territórios”<sup>5</sup>.

Embora não haja certeza da obviedade dessa afirmação, dela se pode abstrair um contributo essencial para este trabalho. Do mesmo modo que Graziadei (2006, p. 474), entende-se que, na existência das ordens jurídicas modernas, há um equilíbrio entre inovações e empréstimos, o que produz uma variedade de experiências legais únicas. Parece evidente que os distintos níveis de desenvolvimento econômico, social e cultural de cada país podem dar azo ao desenvolvimento de problemas únicos e particulares àquela realidade, fomentando o surgimento de normas jurídicas que, em sua especificidade, não encontram paralelo em ordenamentos estrangeiros.

Não parece, contudo, ser esta a regra geral. Na maior parte das vezes, os institutos jurídicos de um determinado ordenamento, por mais específicos que possam parecer, podem ter sua origem mapeada e vinculada a determinadas fontes históricas, as quais influenciaram igualmente diversos outros ordenamentos a criar seus regramentos específicos, e cujos estudos podem permitir o desenvolvimento de conceitos mais científicamente rígidos e normativamente eficazes.

<sup>5</sup> No original: “el fruto de un conjunto de influencias, la mayor parte de las cuales se han desarrollado en confrontación con otros pueblos y territorios, o bien derivan de las experiencias precedentemente realizadas por otros pueblos o en otros territorios”.

Assim, um ordenamento pode ter uma regra específica, acerca dos procedimentos para a produção de prova genética decorrente de exame de DNA, que não encontra correspondência internacional. Entretanto, esses procedimentos se fundamentam muitas vezes numa interpretação acerca da garantia contra a não autoincriminação e a possibilidade de intervenção estatal coercitiva no corpo dos acusados, problemática esta comum a praticamente todas as comunidades jurídicas. Essa garantia não é exclusiva de um ordenamento; em diversas legislações, doutrinas e jurisprudências há uma multiplicidade de conceituações que podem ser úteis ao seu desenvolvimento científico.

Recorre-se, então, a uma pesquisa de direito comparado para se obter uma melhor e mais aprofundada compreensão do que significa, por exemplo, a “garantia contra a não autoincriminação” e como a conceituam o direito italiano, o americano e o espanhol, para assim delimitar o seu campo de eficácia e as possibilidades de afetações processuais derivadas de sua aplicação, podendo, assim, desenvolver-se um conceito mais rígido na interpretação do direito interno. No campo civilista, *e. g.*, pode-se falar da pesquisa em doutrina e jurisprudência de outros países para a formação e desenvolvimento de um conceito rígido de erro ou dolo nas relações contratuais.

Igualmente útil pode ser o direito comparado para o desenvolvimento conceitual e científico de institutos transplantados (transferidos ou recepcionados, como outros nomeiam o fenômeno), tópico que se tornou o paradigma central no direito comparado nos anos seguintes ao Congresso da International Academy of Comparative Law, em 1970 (Graziadei, 2006).

O direito comparado pode servir tanto para o desenvolvimento conceitual de institutos originais em uma pesquisa comparativa com outros ordenamentos de mesma fonte histórica, como para a compreensão de toda a extensão normativa do conceito daqueles institutos emprestados de outras legislações.

Esta modalidade de estudo, se metodologicamente orientada, pode representar uma contribuição indispensável à construção do conhecimento científico jurídico. Com a internacionalização das relações privadas, a expansão incontrolável das relações virtuais aterritoriais e a globalização nos tratos supraestatais, um conceito jurídico rígido que, ao mesmo tempo que guarda adequação às normatizações internas, consegue dialogar com os ordenamentos estrangeiros, certamente contribui para uma maior segurança jurídica nas relações modernas.

### 3.4 UNIFICAÇÃO DE SISTEMAS

Conforme visto no início deste trabalho, costuma-se atribuir o surgimento de uma sistematização teórica do direito comparado a Lambert e Saleilles, que, em 1900, organizaram o Congresso Internacional de Direito Comparado, objetivando o estudo e a pesquisa para o desenvolvimento de uma lei comum para a humanidade (*droit commun de l'humanité*) (Zimmermann, 2006, p. 540).

Essa perspectiva ainda se mantém na leitura de diversos comparatistas modernos. Sacco (1991, p. 6) já indicava que a uniformização ou padronização de leis ou direitos é uma das conquistas que poderiam ser facilitadas pelo direito comparado, mas a maior parte dos estudos que se dedicavam a este tema no início do século XXI partia de uma perspectiva essencialmente eurocêntrica, o que dificultava sobremaneira o diálogo com outras fontes e impunha óbices reais a uma perspectiva de unificação global. Por isso essa busca por um fundo comum, ou um mínimo ético universal, resguardado por instituições ideais, é tida pela grande parte dos comparatistas como uma função utópica (Almeida; Carvalho, 2018, p. 17). Zimmermann (2006), contudo, resguarda uma legitimidade para esse propósito, quando defende que o projeto de unificação é muito mais promissor se for focado em nações em mesmo estágio de desenvolvimento cultural e econômico, que, idealmente, compartilhem das mesmas experiências históricas e da mesma filosofia política.

Em tempos de formação de blocos econômicos regionais, com relativização de fronteiras territoriais para certos tipos de negociações privadas, cada vez mais o direito comparado pode servir como um instrumento para a harmonização de leis e de sistemas, de modo a potencializar os benefícios dessas movimentações políticas. Estudos dessa natureza adquirem nesse contexto uma relevância política, para além de sua importância científica (Bartole, 2017).

Hage (2014) destaca que uma fonte de inspiração particularmente importante para o direito comparado foram as tentativas de harmonizar o direito, especialmente o direito privado, na Europa. Estudos de direito comparado podem identificar aspectos de similitude entre os Estados-membros da União Europeia, o que os une em termos de cultura jurídica, permitindo a discussão do que se chama de herança constitucional europeia (Bartole, 2017).

O desenvolvimento de regras ou tratados sistematizadores de um direito internacional público, um direito internacional privado ou um direito internacional penal, com cortes de justiça regionais ou com competência universal, somente é possível a partir de estudos comparativos dos ordenamentos dos diversos países signatários dessas relações multilaterais, de modo, novamente, a se alcançar um padrão normativo único que não ofenda diretamente as ordens e constituições internas.

### 3.5 CONSTRUÇÃO TEÓRICA POR INFERÊNCIA CAUSAL

Hirschl (2005) aduz que enquanto a acumulação sistemática de fatos, descrições multifacetárias de fenômenos específicos e o desenvolvimento de conceitos rígidos e diretrizes de pensamento são indispesáveis para a formação do conhecimento, a marca distintiva de uma pesquisa científica é a produção de inferências causais que vão além da observação particular.

Essa é uma das finalidades do direito comparado mais cientificamente orientadas. Presta-se à formulação de hipóteses testáveis, relacionadas a fenômenos jurídicos ou sociais, por intermédio da inferência de relações de causalidade abstraídas por pesquisa, coleta de dados e análises de ordenamentos estrangeiros. Nesse campo, pode-se afirmar que o direito comparado é uma das metodologias mais eficientes para a condução de uma conclusão cientificamente válida.

O teste de uma teoria apenas na bolha de uma normatização nacional dificilmente conduz a uma conclusão segura e confiável acerca das inferências delineadas pelo pesquisador. Se uma determinada investigação do direito brasileiro constrói a teoria de que a modificação da natureza da ação penal para os crimes de violação implicou uma redução na notificação de ocorrência desse tipo de crime, outro pesquisador poderia identificar um país de idêntico ou similar regime de disponibilidade do interesse da vítima, mas que tivesse altos índices de notificação, o que levaria à invalidação da inferência causal inicial.

Apenas com a incorporação do direito comparado e o teste de teorias no contexto de mais de um ordenamento jurídico, o desenvolvimento de teses pode adquirir uma relevância científica que lhe permita o contributo às ciências jurídicas, e não apenas ao direito brasileiro, ou ao direito português. Assim, se um pesquisador intenciona desenvolver uma relação de causalidade entre determinada estrutura político-constitucional de um Estado e índices de corrupção entre os agentes públicos desse Estado, pode ser extremamente contributiva a pesquisa comparativa com outros países que detêm similar estrutura política, de modo a comprovar ou rejeitar essa hipótese. Nessa lógica ainda, se a hipótese do trabalho é que a desriminalização da interrupção voluntária da gravidez conduz a uma redução do número de atos desse tipo, a pesquisa comparativa de países com diferentes soluções pode fornecer subsídios para a confirmação ou refutação da causalidade.

## 4 CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DO REFERENCIAL COMPARATIVO

A definição da base de dados para uma pesquisa comparativa envolve diversos elementos metodologicamente relevantes. Hage (2014) afirma que a discussão sobre como deve ser conduzida uma pesquisa juscomparativa lida, em grande parte, com a questão do que deve ser considerado na

pesquisa, se apenas regras legais secas, a doutrina do país em questão, a prática forense ou, ainda, se se deve olhar para o aspecto cultural de pano de fundo (“*deep level comparison*”). Da mesma forma, há aqueles que discutem a possibilidade de comparação entre ordenamentos integrantes de sistemas radicalmente distintos (*common law x civil law*; países socialistas x capitalistas; países teocratas x laicos; etc.).

Mark Tushnet (2017) afirma que, embora historicamente tenham se construído barreiras para o campo de pesquisa em direito comparado – de conteúdo, de disciplina e geográficas –, elas foram sendo dissolvidas na atual geração de comparatistas, embora ainda não tenham sido superadas. Tushnet (2017) também afirma que o objeto de estudo é a lei *tout court*, devendo as divisões serem impostas apenas a título de conveniência e em decorrência do objeto de pesquisa.

Nesse sentido se caminha. A despeito de razoáveis vozes em sentido contrário, compreende-se não haver um impedimento apriorístico para a macro ou a microcomparação de determinados ordenamentos ou institutos, abstratamente considerados. Esse impedimento surgiria apenas no momento em que é definido o problema de pesquisa ou a hipótese de trabalho, já que esses fatores orientam a metodologia da investigação e podem vir a configurar fator de exclusão.

Constantinesco (1972, p. 38, tradução nossa) entendia que o problema de quantos e quais referenciais comparativos seriam escolhidos era mais um problema de conveniência do que de método, e afirmava que “em ambos os casos, a escolha do pesquisador depende, em primeiro lugar, do objetivo almejado pela comparação e, em segundo lugar, de suas possibilidades pessoais”<sup>6</sup>.

Pensa-se, contudo, que o acesso a legislações, doutrinas e jurisprudências estrangeiras, traduzidas para as principais línguas referenciais da academia, expandiu-se vertiginosamente nas últimas décadas, de modo que a limitação das possibilidades pessoais identificada por Constantinesco tende a se diluir e não servir mais como elemento justificador de uma escolha de referencial.

Discorda-se, igualmente, de que a questão da escolha seja desvinculada de uma lógica metodológica em favor de uma essencialmente oportunista. É certo que a definição do referencial comparativo não pode advir puramente de arbitrariedade, familiaridade ou conveniência do pesquisador, e deve servir a uma lógica funcional justificada pela necessidade criada pela hipótese de investigação. Nessa lógica, decerto há escolhas mais ou menos justificadas, e há escolhas mais ou menos aptas a responder satisfatoriamente à questão central do trabalho de forma metodologicamente aceitável.

Nesse contexto, identificam-se alguns critérios justificadores para a seleção do referencial,

<sup>6</sup> No original: “dans le deux cas, le choix du comparatiste dépend d’abord du but poursuivi par la comparaison et, ensuite de ses possibilités personnelles”.

que são apresentados com o intuito de fortalecer futuros estudos comparatistas em suas bases metodológicas.

#### 4.1 MÁXIMA SIMILITUDE

O primeiro critério a ser utilizado para justificar a escolha é o do caso mais similar. Pretende-se, com isso, selecionar como referencial comparativo ordenamentos jurídicos que guardam entre si o máximo de similitude nos elementos periféricos ao problema central, de modo que a diferença entre os ordenamentos possa ser isolada como elemento determinante e os seus impactos em ambos os ordenamentos possam ser mais facilmente identificados e estudados. A doutrina considera que este critério deriva de uma orientação inicialmente delineada por John Stuart Mill, chamada “método da diferença” (Hirschl, 2005; Linos, 2015), e posteriormente refinada pelas ciências sociais nas décadas de 1960 e 1970.

Embora seja um método originalmente desenvolvido para pesquisas causais, vê-se que, como critério justificativo de escolha, é adequado, entre outros, para estudos que buscam o aprimoramento de institutos internos, como anteriormente mencionado. Na investigação hipotética citada oportunamente, de um pesquisador que pretende aprimorar os recursos do processo civil brasileiro e dotá-lo de maior eficiência para a obtenção célere da coisa julgada, a pesquisa adquire maior confiabilidade se forem utilizados como referenciais comparativos ordenamentos jurídicos que detenham similitude no máximo possível de elementos periféricos ao problema principal; por exemplo, ritos procedimentais de primeira instância, *status* normativo do regime recursal e estrutura do sistema de justiça.

Havendo similitude em todos esses elementos periféricos, podem-se identificar as diferenças do fator essencial (regras recursais) para se evidenciar por que no país em questão se chega à coisa julgada com mais celeridade do que no Brasil e de que forma as discussões travadas no sistema jurídico daquele país podem contribuir.

Caso os elementos periféricos sejam muito distintos (um país que tenha apenas uma corte superior, em vez de duas, ou no qual os procedimentos tenham ritos abreviados), a celeridade na obtenção do caso julgado pode estar relacionada a qualquer outro desses elementos, que não o regime recursal. Dificilmente se obterá uma síntese comparativa suficientemente fundamentada que permita um aprimoramento isolado do sistema recursal do país-base, salvo se em face da verificação dessas distinções houver uma ampliação do objeto da pesquisa ou da hipótese de trabalho.

Eberle (2009) traz um interessante exemplo, especialmente para quem pretende estudar e

desenvolver a relação da liberdade de expressão com manifestações artísticas obscenas ou aprimorar os institutos internos que lidam com o balanceamento axiológico dessas questões. O autor fornece diversas análises resultantes da comparação entre regulamentos e jurisprudências do Canadá e dos EUA, países vizinhos que são ligados intimamente por questões geográficas e fortes elementos culturais e legais.

Eberle (2009) aduz que, nos EUA, a liberdade de expressão tem previsão textual ilimitada, enquanto no Canadá há previsões expressas de limitação desse direito fundamental. Por outro lado, ao tratar da obscenidade, os EUA não a protegem sob a guarda da liberdade de expressão, em contraposição ao Canadá, que a protege desde que não retrate violência ou humilhação de mulheres.

Por que, então, um país com proteção constitucional tão ampla à liberdade de expressão não permite sua utilização para defesa da obscenidade, enquanto um país que restringe aprioristicamente esta garantia permite tal expansão de eficácia normativa? Identifica o autor, em síntese, que essas distinções se baseiam numa proximidade do Canadá com padrões interpretativos europeus que analisam a matéria sob uma perspectiva de dano, e não de moralidade (Eberle, 2009, p. 467-468), com forte aprofundamento teórico sobre o conceito de expressão artística.

Assim, ao tentar pesquisar e avaliar criticamente uma questão essencial (proteção da obscenidade pela liberdade de expressão), optou-se por dois ordenamentos tão semelhantes em diversos aspectos sociais, culturais e legais, que o ponto de dissonância pode ser suficientemente isolado e avaliado em sua inteireza.

Da mesma forma, estudos que pretendam trabalhar inferências causais para o desenvolvimento de teorias podem justificar a escolha do referencial comparativo a partir do caso mais similar.

Para uma determinada pesquisa que pretenda criar uma correlação ou uma causalidade entre a execução antecipada da pena e a diminuição do número de recursos de apelação, não faz sentido pretender um estudo comparativo entre Brasil e EUA, por exemplo. As variáveis envolvidas são tantas e tão distintas (sistema penal, estrutura judiciária, tipos de recurso, entre outras) que não se conseguirá isolar satisfatoriamente a variável do momento de início do cumprimento da pena, para se construir, com uma precisão científica adequada, essa causalidade pretendida.

#### 4.2 MÁXIMA DIFERENÇA

Esse critério parte de uma lógica completamente inversa ao anterior, embora as pretensões possam se assemelhar. Igualmente decorrente de construção teórica delineada por Stuart Mill

(“method of similarity”) (Linos, 2015, p. 481), por ele se comparar sistemas em que todas as variáveis periféricas são distintas, de modo que a identificação e o isolamento de uma similitude possam ser considerados como fatores determinantes à formação de uma conclusão teórica.

Por exemplo, ao se pesquisar a correlação entre determinada legislação sobre estupefacientes e o encarceramento da população negra, podem-se comparar adequadamente os sistemas brasileiro e estadunidense. As variáveis periféricas são distintas (são sistemas legais diferentes, com regramentos criminais – materiais e processuais – diferentes), e a identificação eventual de similitudes em uma variável essencial (política criminal de drogas) pode servir para comprovar a causalidade pretendida.

Hirsch (2005) apresenta uma grelha comparativa (Quadro 1) que ilustra a lógica do “caso mais diferente”. Nela, numa perspectiva de direito comparado, é possível identificar que, se em uma pesquisa, forem identificadas quatro possíveis explicações para um fenômeno Y, e, em um estudo comparativo entre os ordenamentos A e B, eles diferem em três dessas possíveis explicações e acordam em uma, é razoável e possível a construção de uma inferência de causalidade entre esse elemento similar e o fenômeno Y, mesmo que os dois ordenamentos sejam diferentes em todos os outros aspectos.

Quadro 1 – “The ‘most different cases’ logic”

	Possible Explanation I	Possible Explanation II	Possible Explanation III	Possible Explanation IV	Dependent Variable
Case A	X1	X2	X3	X4	Y
Case B	Not X1	Not X2	Not X3	X4	Y

Fonte: Hirsch (2005, p. 140).

Nessa perspectiva, compreende-se ser possível a comparação de ordenamentos pertencentes a sistemas políticos ou culturais completamente distintos, como sistemas laicos e religiosamente orientados, autoritários e democráticos. Havendo a pesquisa identificado um elemento determinante comparativo (*tertium comparationis*), as diferenças podem servir como fatores de exclusão aptos a construir a causalidade, desde que sejam adequadamente justificados e trabalhados na síntese comparativa.

Se determinados fatores particulares caminham conjuntamente com desenvolvimentos legais particulares em jurisdições distintas, a pesquisa comparativa pode fornecer o suporte para a conclusão de que esses fatores causaram tais desenvolvimentos (Hage, 2014).

É importante destacar, neste momento, que esses critérios justificantes não são excludentes entre si. Muitas vezes a conjugação deles pode potencializar ainda mais a disposição da pesquisa para atingir suas finalidades acadêmicas. Um pesquisador que opte por comparar três ou quatro

ordenamentos, justificando a escolha de dois deles pela máxima similitude e de outros dois pela máxima diferença em relação aos primeiros, pode vir a construir uma eficiente síntese comparativa caso logre isolar os elementos essenciais a partir dos critérios justificadores.

O que interessa para a científicidade da pesquisa não é necessariamente o critério escolhido para a definição dos referenciais, mas a existência de um critério e sua justificabilidade a partir do problema de pesquisa. A escolha do referencial não pode advir de pura arbitrariedade ou conveniência, sob pena de enviesamento apriorístico da pesquisa ou de inocuidade científica. São imprescindíveis a exposição e a explicação desse critério pelo pesquisador, por razões de transparência e confiabilidade ao leitor.

#### 4.3 CASOS REPRESENTATIVOS

Outro critério adequado à seleção de um referencial comparativo é a escolha de um ordenamento ou sistema que seja representativo de um fator determinante da pesquisa. Hirschl (2005) observa que as teorias que se sustentam em casos prototípicos viajam mais facilmente para a aplicação em casos presumivelmente análogos.

Se a pretensão é uma comparação entre os modelos de interrogatório do réu em sistemas acusatórios e inquisitivos, pode-se optar pela seleção de ordenamentos que sejam representativos desses sistemas penais. Havendo interesse em distinguir regulações de transações e espaços de negociação processual em países de *common law* e de *civil law*, igualmente há representantes desses dois modelos que podem ser escolhidos.

Graziano (2015, tradução nossa) alerta, contudo, para os riscos de se limitar a comparação aos principais representantes de sistemas legais tradicionais, e afirma que “restringir as comparações a, por exemplo, legislações francesas, alemãs ou inglesas acaba por deixar à sorte se a comparação efetivamente produz a solução mais conveniente ou estimulante em relação à questão em exame”<sup>7</sup>.

O risco na escolha de casos representativos decorre principalmente da evolução do direito comparado como metodologia científica, mas, principalmente, como metodologia jurídica. Os sistemas jurídicos cada vez mais vêm incorporando elementos e institutos jurídicos uns dos outros, adaptando e aprimorando suas legislações e interpretações ao efeito daquelas de outros países, o que inevitavelmente mitiga a pureza enquanto representante claro de um determinado sistema jurídico.

<sup>7</sup> No original: “Limiting the comparison to the principal representatives of the traditional legal families disregards these developments. Today, restricting the comparison to, for example, French, German, and English law ultimately leaves it to purechance whether the comparison actually produces the most stimulating or convincing solution with regard to the issue under examination”.

Assim, ao fazer uma pesquisa comparativa utilizando o Brasil como representante de um modelo inquisitivo penal, que tradicionalmente é o caso, pode-se cometer o equívoco de analisar institutos que historicamente foram agregados numa perspectiva de transmudações desta lógica para uma acusatória, notadamente pelas reformas processuais promovidas em 2008 e 2019, sem a devida distinção e análise casuística. Afeta-se, assim, a coerência interna da pesquisa e retira-se a sua confiabilidade científica.

Não que não seja possível essa identificação de casos representativos, mas o pesquisador não deve olvidar que a escolha desse critério deve vir culminada com um sobre-esforço de isolamento dos aspectos essenciais do ordenamento que os identificam como representativos, cuidando para que a síntese comparativa não leve em consideração aspectos desse ordenamento que já tenham sido objeto de contributos comparativos e que hajam afetado a sua pureza.

#### 4.4 CASOS MAIS DIFÍCEIS OU CASOS CRÍTICOS

Muitas vezes, o critério adequado para se realizar uma análise comparativa consiste em direcioná-la ao chamado “caso mais difícil”, ou “*hardest case*”, aqui compreendido como o ordenamento que desafia clara e frontalmente a hipótese que se pretende estabelecer. Não se está aqui a falar apenas de estudos encyclopédicos de decisões judiciais paradigmáticas, igualmente chamadas *hard cases* – esta uma técnica própria das investigações hermenêuticas –, mas de utilização como referencial de ordenamento que oferece uma resistência clara à hipótese formulada.

Hirsch (2005, p. 145, tradução nossa) afirma que “de acordo com esse princípio, nossa confiança na validade de certa alegação, ou no poder explicativo de determinada hipótese, é incrementado quando ela se prova verdadeira em um caso que é, *prima facie*, o mais desafiador ou o menos favorável a ela”<sup>8</sup>. Mesmo que não seja discutida a perspectiva de construção teórica por inferência causal, a definição de um referencial comparativo que ofereça uma resistência óbvia e prévia ao seu objeto de estudo pode enriquecer significativamente uma investigação bem conduzida.

Trabalhos descritivos, embora não essencialmente comparativos, podem ganhar maior relevância com a utilização desse critério. O estudo, por exemplo, sobre o direito à livre opção religiosa direcionado a um país teocrático de religião única (ou seja, em que se pressupõe haver uma limitação estatal à livre opção religiosa) pode oferecer diversos contributos científicos se o

<sup>8</sup> No original: “according to this principle, our confidence in the validity of a given claim, or in the explanatory power of a given hypothesis, is enhanced once it has proven to hold true in a case that is, *prima facie*, the most challenging or least favorable to it”.

pesquisador conseguir identificar fatores que eventualmente permitam uma discussão sobre conciliações político-constitucionais ou direitos fundamentais supraestatais.

No campo do direito penal, se é formulada uma hipótese de que determinada política criminal, ou modificação legislativo-típica, tem a pretensão de reduzir o encarceramento (inferências causais para amparo de política estatal), uma pesquisa pode adquirir uma robustez imensa se for realizado um estudo comparativo com países que detêm altos índices de encarceramento. Conseguir provar uma eficácia desencarceradora de determinada política a partir do estudo de um país que oferece um fator contraditório robusteceria *a priori* a confiança externa nas conclusões apresentadas pelo pesquisador.

Linos (2015, p. 482), chamando este critério de “*critical case*”, afirma que o caso crítico é aquele em que a hipótese de trabalho mais facilmente seria desaprovada teoricamente, de modo que o seu teste perante este caso serviria como evidência especialmente poderosa em seu favor. A autora dá o exemplo de pesquisa que busca estabelecer um costume internacional proibitivo de armas químicas. Em vez de pesquisar em diversos países democráticos, em que o não uso desses armamentos é naturalmente esperado e pode decorrer de fatores domésticos relevantes, se o pesquisador conseguir provar – por exemplo – que mesmo Saddam Hussein, conhecido por violações do direito penal internacional, absteve-se de utilizar determinados armamentos a partir de uma compreensão de proibição pelo direito internacional, esta evidência conferiria à hipótese inicial uma robustez científica extremamente persuasiva no sentido de um costume internacional (Linos, 2015, p. 482).

Em grande parte das vezes, o resultado não será o pretendido pelo pesquisador. O desafio apriorístico imposto pelo caso crítico muitas vezes evidenciará um impedimento para a confirmação da hipótese de trabalho. Conclusão contrária e ratificadora da hipótese, contudo, implicará um relevante poder de convencimento da comunidade científica. Nesse contexto, é perceptível que este critério atua mais numa perspectiva de potencialização da confiabilidade externa dos resultados da investigação do que numa visão de utilidade acadêmica facilitadora da pesquisa.

## 5 CONCLUSÃO

Em síntese das discussões feitas nesta investigação, pode-se reforçar a noção, já instituída na academia jurídica, da importância e eficácia do direito comparado como instrumento para uma pesquisa jurídica cientificamente orientada. Do ponto de vista do substrato material da investigação, ele fornece uma abertura criativa imensurável para o desenvolvimento de hipóteses ou problemas de

pesquisa de relevância. Já em termos metodológicos, permite que essas hipóteses sejam testadas para além das fronteiras de um determinado ordenamento.

O estudo da doutrina comparatista permitiu concluir que efetivamente não existe um único método correto ou adequado de se realizar pesquisas de direito comparado, embora necessariamente deva haver, por parte do pesquisador, a definição de um caminho de investigação, sob o risco de conduzir a pesquisa à inocuidade e à irrelevância.

A conclusão da inexistência de estratégia única de pesquisa comparativa não impede que se avance no sentido de se aprimorar as técnicas utilizadas e de se desenvolver métodos que possam conferir uma científicidade mais acentuada à pesquisa. A partir desses possíveis contributos, desenvolveram-se critérios de justificabilidade na seleção de referenciais interpretativos, de modo que estes guardem uma correlação íntima com o problema de pesquisa e não decorram de mera arbitrariedade ou familiaridade do pesquisador.

Concluiu-se que, a depender da finalidade orientadora da investigação e da hipótese de trabalho desenvolvida, pode-se justificar a seleção de referenciais estrangeiros excessivamente similares ou excessivamente distintos, desde que se promova o isolamento, respectivamente, dos elementos diferenciadores ou similares, a orientar a construção de uma síntese comparativa que promova a correlação ou a causalidade desses elementos com o que se pretende investigar.

Ademais, casos representativos de determinados sistemas jurídicos ou orientações legais podem ser utilizados justificadamente, se esses sistemas integrarem o problema de pesquisa. Por fim, apresentou-se a ideia de que uma pesquisa pode adquirir alto potencial de sensibilização e convencimento se invocar um caso crítico que se mostre visível e antecipadamente contrário à hipótese de trabalho.

Numa perspectiva de contribuir para uma evolução no delineamento de parâmetros metodológicos para a conferência de científicidade às pesquisas que recorram ao direito comparado, o trabalho conclui que a definição do referencial comparativo não pode advir puramente de arbitrariedade, familiaridade ou conveniência do pesquisador, mas deve servir a uma lógica funcional justificada pela necessidade criada pela hipótese de investigação.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Moraes. **Introdução ao Direito Comparado.** Lisboa: Almedina, 2018.

BARTOLE, Sergio. Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of

Transnational Law. **European Constitutional Law Review**, [s. l.], v. 13, n. 4, p. 601-610, 2017.  
DOI: <https://doi.org/10.1017/S1574019617000293>.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O Direito Comparado na Jurisdição Constitucional. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 469-492, 2010.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de droit comparé**. Tome I. Introduction au droit comparé. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de droit comparé**. Tome II. La méthode comparative. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974.

EBERLE, Edward J. The Method and Role of Comparative Law. **Washington University Global Studies Law Review**, [s. l.], v. 8, n. 3, p. 451-486, 2009.

FRANKENBERG, Günter. Comparative constitutional law. In: BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo (ed.). **The Cambridge Companion to Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 171-190.

GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. New York: Oxford University Press, 2006. p. 441-486.

GRAZIANO, Thomas Kadner. A Multilateral and Case-Oriented Approach to the Teaching and Studying of Comparative Law: A Proposal. **European Review of Private Law**, [s. l.], v. 23, n. 6, p. 927-944, 2015.

HAGE, Jaap. Comparative Law as Method and the Method of Comparative Law. In: ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk (ed.). **The Method and Culture of Comparative Law**. Essays in Honour of Mark Van Hoecke. London: Hart Publishing, 2014.

HIRSCHL, Ran. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law. **The American Journal of Comparative Law**, [s. l.], v. 53, n. 1, p. 125-155, 2005.

JALUZOT, Béatrice. Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective. **Revue internationale de droit comparé**, [s. l.], v. 1, p. 29-48, 2005.

LINOS, Katerina. How to select and develop international law case studies: lessons from comparative law and comparative politics. **The American Journal of Comparative Law**, [s. l.], v. 109, p. 475-485, 2015.

PARIS, Marie-Luce. The Comparative Method in Legal Research: The Art of Justifying Choices. In: CAHILLANE, Laura; SCHWEPPE, Jennifer (ed.). **Legal Research Methods: Principles and Practicalities**. Dublin: Clarus Press, 2016. p. 39-55.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Manual de metodologia do trabalho científico**: como fazer uma pesquisa de direito comparado. Aracaju: Evocati, 2009.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Curso de Derecho Comparado**. Barcelona: Ariel, 1987.

POÇAS, Luís. **Manual de Investigação em Direito**: Metodologia da Preparação de Teses e Artigos Jurídicos. Lisboa: Almedina, 2020.

REIMANN, Mathias. The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century. **The American Journal of Comparative Law**, [s. l.], v. 50, n. 4, p. 671-700, 2002.

SACCO, Rodolfo. **La Comparaison Juridique au Service de la Connaissance du Droit**. Paris: Economica, 1991.

TUSHNET, Mark. The Boundaries of Comparative Law. **European Constitutional Law Review**, [s. l.], v. 13, n. 1, p. 13-22, March 2017. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1574019616000420>.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Lisboa: Almedina, 2014. v. 1.

ZIMMERMANN, Reinhard. Comparative Law and the Europeanization of Private Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. New York: Oxford University Press, 2006. p. 539-578.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Oxford: Clarendon Press, 2011.