

MÉTODO COMPARATIVO E DIREITO ADMINISTRATIVO

COMPARATIVE METHOD AND ADMINISTRATIVE LAW

Thiago MARRARA¹

Resumo: O objeto do estudo é a comparatística, seu papel e importância na evolução da ciência do direito e, particularmente, do direito administrativo, cuja influência é característica que remonta ao nascimento desse ramo da ciência jurídica. Particularmente no Brasil, essa prática é frequentemente empregada como forma de subsidiar a crítica, a elaboração e a reconstrução do direito positivo e, como instrumental científico, persegue uma finalidade muito clara: extrair, mediante contextualização e confrontação efetiva, dados que demonstrem as vantagens e desvantagens dos objetos comparados e, com isso, permitam a formulação de contribuições ao desenvolvimento da ciência e dos sistemas jurídicos analisados. Ao assinalar o instrumental científico e sua importância na evolução do direito administrativo, o autor ressalta que a comparatística afasta-se de algumas práticas comuns e usuais que visam tão somente ilustrar textos acadêmicos, ou saciar a mera curiosidade do pesquisador.

Palavras-chave: Comparatística, Direito administrativo, Ciência do Direito.

Abstract: *The object of study is the comparative studies, its role and importance in the evolution of Science of Law and, particularly, of Public Administrative Law, whose influence is a trait that comes from the birth of this branch of Legal Science. Especially in Brazil, this practice is frequently employed as a way to subside criticism, elaboration and reconstruction of Positive Law and, as scientific instrument, it seeks a very clear aim: to extract, through contextualization and effective confrontation, data that will display the advantages and disadvantages of the compared objects and, as such, allow one to formulate contributions to the development of science*

¹ Professor de direito administrativo da Universidade de São Paulo (USP-FDRP). Livre-docente (USP). Doutor pela Ludwig Maximilians Universität de Munique (LMU). Advogado consultor; marrara@usp.br.

and the analyzed Law systems. By denoting the scientific instrument and its importance in the evolution of Public Administrative Law, the author emphasizes that comparison studies stays away from some common and usual practices that seek solely to illustrate academic texts, or satisfy the researcher's mere curiosity.

Keywords: Comparison studies, Public Administrative Law, Legal Science.

Sumário: 1. Introdução: por que falar de comparatística? 2. Comparatística ou direito estrangeiro? Resgate do método. 3. Etapas e tipos de comparação. 4. A função dos meta-conceitos na comparatística jurídica. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO: POR QUE FALAR DE COMPARATÍSTICA?

A expansão das noções de serviço público (“*service public*”) a partir do direito francês, de ato administrativo (“*Verwaltungsakt*”) e do princípio da proporcionalidade (“*Verhältnismäßigkeitsprinzip*”) do direito alemão até, mais recentemente, a difusão das entidades regulatórias, bem como dos “contratos de parceria público-privada” (“*public-private-partnerships*”), mostram como o método comparatístico foi e continua sendo extremamente relevante para o aperfeiçoamento do direito público² e, em especial, do direito administrativo.

Tamanha é a relevância desse método de exame, crítica e aprimoramento de sistemas e institutos jurídicos que, na atualidade, alguns ordenamentos chegam a recomendar expressamente seu uso a favor da solução de casos em tribunais nacionais. Nesse sentido, o parágrafo trinta e nove da Constituição da África do Sul dispõe o seguinte: “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*”³. Isso demonstra que o constituinte sul-africano reputou possível a consideração de sistemas estrangeiros (por meio comparativo) como instrumento de esclarecimento, pelo Judiciário, do texto constitucional no que se refere a direitos fundamentais. Tal determinação está em linha com o pensamento do jurista alemão

² A prática comparativa em busca de melhores estruturas jurídicas para problemas sociais comuns a diversos países tem-se difundido também nas áreas de direito ambiental, direito urbanístico, regulação da atividade econômica, estruturas federativas, combate ao terrorismo e à corrupção, entre outras.

³ Ao interpretar a Constituição, um tribunal ou fórum: a. deve promover os valores que estão na base de uma sociedade aberta e democrática, baseada na dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade; b. deve-se considerar o direito internacional; e c. pode considerar a lei estrangeira. [quando o constituinte se expressa com a palavra *may*, ele indica a possibilidade apenas. Nota do editor].

Peter Häberle⁴, para quem o método comparatístico desponta como imprescindível ferramenta interpretativa de direitos fundamentais ao lado dos métodos clássicos de interpretação definidos por Friedrich Karl von Savigny, a saber, interpretação gramatical, sistemática, histórica e teleológica. No Brasil, a despeito de menção constitucional expressa, o método comparativo com o direito estrangeiro também vem sendo amplamente utilizado pelos Tribunais, principalmente pelo STF, tal como se vislumbra em discussões sobre devido processo legal e razoabilidade.

Para além dos muros do Judiciário, a utilidade do método em questão também se revela inquestionável para o desempenho das atividades legislativas⁵. Os experimentos realizados em ordenamentos alienígenas e as experiências sociais deles resultantes permitem que se avaliem as técnicas de organização da sociedade e os respectivos mecanismos jurídicos de repressão e prevenção de conflitos em benefício da mais adequada ordenação social. A partir disso, podem ser extraídas propostas de nova legislação ou de reforma do bloco normativo pré-existente.

No Brasil, essa prática é frequentemente empregada como forma de subsidiar a crítica, a elaboração e a reconstrução do direito positivo. No âmbito do direito administrativo, isso se verificou, muito claramente, na chamada fase de renovação, ou seja, na fase que se inicia em 1988 e segue até hoje. Nesse período conturbado, os movimentos de privatização, agencificação, regulação, consensualização, redemocratização e transparência foram fortemente influenciados por institutos e tendências estrangeiras, sobretudo provenientes dos Estados Unidos da América e da Europa. A influência alienígena resta evidente quando se examina a legislação pós-1990 referente ao funcionamento e à organização de agências reguladoras, à defesa da concorrência, à regulação de telecomunicações, às técnicas de privatização, ao acesso a informações, a novas formas de contrato e parcerias etc⁶. Muitas dessas transformações guardam inegável relação com o movimento transnacional do *New Public Management*, como se pode concluir pelo cotejo de suas características principais, apontadas por Hood⁷.

Os benefícios do método comparativo não se restringem, porém, ao campo da atividade legislativa e da interpretação normativa pelo Judiciário. A comparatística exerce papel inegável na evolução da ciência do direito. Restringindo-se a análise ao direito administrativo, a influência do método em questão é característica que remonta ao nascimento desse ramo da ciência jurídica. Vicente Pereira do Rego, em 1857, ao redigir a primeira obra de direito administrativo da América do Sul⁸,

⁴ HÄBERLE, Peter. *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, JZ 1989, p. 913.

⁵ Cf. FLEINER, Thomas. *Rechtsvergleichung: Chancen und Lehren für den Föderalismus*, in: *Verfassung – Zwischen Recht und Politik*, 2007, p. 240-243.

⁶ Sobre essas diversas mudanças, cf. MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*, 2014, em geral.

⁷ Cf. HOOD, Christopher. *A public management for all seasons? Public Administration*, v. 69, 1991, p. 4-5.

⁸ Caio Tácito reputa ser esta o primeiro curso latino-americano sobre a matéria. Cf. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*,

baseou-se expressamente no direito francês. Não é à toa, pois, que a primeira edição de seu curso foi publicada com o título “Elementos de Direito Administrativo brasileiro comparado com o Direito francês, segundo o método de Pradier-Fodéré”. A influência do direito estrangeiro ocidental não se restringiu, contudo, à fase de formação do direito administrativo pátrio. Ainda e principalmente hoje, a doutrina volta-se intensamente à ciência jusadministrativa estrangeira, mas, agora, com foco no sistema angloamericano e germânico⁹.

Não obstante a prática desse método seja intensa e prolífica, a reflexão científica brasileira acerca da comparatística em si ainda é escassa. Talvez pela ausência de estudos mais profundos sobre essa técnica, não raro se confundem métodos de comparação com técnicas de decoração de trabalhos científicos. Mais grave: por vezes, o apego à decoração textual com “elementos importados” em busca de “erudição” é tão exagerado que chega a ofuscar a necessidade de se dominar o próprio direito pátrio e de se refletir sobre ele. Com frequência, encontram-se textos que buscam explicar a origem do direito administrativo nacional ignorando por completo nosso período colonial e os documentos jurídico-legislativos então vigentes. Em outros momentos, ainda que realizada tecnicamente, a comparação prescinde de uma contextualização adequada do sistema estrangeiro, o que estimula erros interpretativos e causa distorções científicas a respeito dos institutos estudados.

É por esses e outros motivos, e em virtude da importância prática que o método em comento assume no cotidiano da prática e da ciência jurídica, que esse breve estudo é desenvolvido. Seu objetivo é simples e reduzido! Consiste em resgatar as características básicas do método comparado. Em seguida, são discutidas as etapas e os tipos básicos de comparação para então se investigar a problemática dos metaconceitos. Essas análises serão realizadas a partir de peculiaridades e exemplos de direito público e, mormente, de direito administrativo.

2. COMPARATÍSTICA OU DIREITO ESTRANGEIRO? RESGATE DO MÉTODO

Não são poucas as vezes que se encontram em teses, dissertações e outras obras científicas brasileiras, alusões a institutos ou normas de ordenamentos estrangeiros, bem como a decisões judiciais ou administrativas de autoridades alienígenas. De modo igualmente comum, afirmam muitos autores que tais citações

v. 1, 1997, p. 9. *Afigura-se, porém, mais correto afirmar que se trata da primeira obra sul-americana, pois, em 1952, publicou-se no México o livro *Lecciones de Derecho Administrativo, tal como bem observa FROTA, Hidemberg Alves. A controvérsia em torno da primeira obra latino-americana de Direito Administrativo. Jus Navigandi, abril de 2011, p. 1.**

⁹ *Um panorama a respeito da influência dos sistemas angloamericano e romano-germânico no direito administrativo nacional encontra-se em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 8, 2006/2007, s.p.*

representariam o “direito comparado”. Essa postura revela, porém, dois graves mal-entendidos: um relativo ao conceito de comparatística e outro, à sua função.

A comparatística ou método comparativo consiste na confrontação de dois ou mais objetos jurídicos. Esses objetos referem-se a regras e princípios (tal como o da proporcionalidade, da segurança jurídica etc.), institutos específicos (como o contrato de parceria público-privada, o recurso administrativo ou os bens reversíveis), grupos de institutos (tal como os instrumentos de combate à corrupção ou de promoção da transparência administrativa) e a sistemas globalmente compreendidos (e.g. sistema de defesa da concorrência ou sistema de execução de políticas ambientais). Dessa constatação inicial resultam duas conclusões simples.

Em primeiro lugar, a comparatística como método não necessariamente pressupõe a escolha de objetos pertencentes a dois ou mais ordenamentos jurídicos. É possível que se comparem objetos de um mesmo ordenamento, mas em períodos históricos diferentes (e.g. as licitações antes e depois da Lei n. 8.666/1993); objetos contemporâneos de um mesmo ordenamento jurídico, mas regidos por diferentes áreas jurídicas (e.g. a *reformatio in pejus* no processo administrativo e no processo penal) ou objetos que, dentro de um mesmo Estado, são regidos por normas diversas em diferentes níveis políticos (e.g. as infrações disciplinares dos agentes públicos no âmbito da União e de cada Estado da federação brasileira). O método comparativo, portanto, não exige que se passe pelo direito estrangeiro. Há comparações internas, horizontais ou verticais, e comparações horizontais abrangendo ordenamentos jurídicos de dois ou mais Estados soberanos.

Em segundo lugar, mesmo quando se opte pela comparação de objetos pertencentes a dois ou mais sistemas jurídicos, a menção ao direito estrangeiro sem qualquer confrontação com o direito pátrio ou outro sistema jurídico naturalmente não configurará uma comparação em sentido científico. A mera citação de direito estrangeiro sem a devida análise comparativa não exerce uma função realmente construtiva, pois não contribui para o aperfeiçoamento dos objetos confrontados, restringindo-se muitas vezes a um recurso ilustrativo, estilístico ou a um mero “costume” entre alguns juristas. A citação pura e simples, ao contrário da comparatística, não é um recurso realmente científico.

Apesar disso, a depender da cultura jurídica, nota-se grande repetição da citação não-comparativa do direito estrangeiro, muitas vezes, inclusive, sob o nome de “direito comparado”. Parte da doutrina administrativista brasileira, por exemplo, opta por muitas remissões ao direito estrangeiro, inclusive em estudos de direito positivo estritamente nacional e que não tenham por escopo a comparação. Em outras culturas jurídicas, diferentemente, a tolerância a citações de direito estrangeiro fora de estudos comparativos é relativamente baixa. Exemplo disso se verifica na ciência do direito administrativo alemão.

É difícil identificar a razão pela qual tais variações ocorrem e pelas quais a doutrina brasileira é tão permeável. Trata-se da manutenção de um estilo periférico (ou colonial) de pensamento em relação às “metrópoles” do passado e do presente? Trata-se de um recurso empregado no intuito de superar as lacunas da produção bibliográfica brasileira em alguns assuntos? Infelizmente, uma opção por respostas genéricas a essas questões prescinde de evidências empíricas e não pode ser, por conseguinte, oferecida no presente estudo.

Sem prejuízo, o que se observa em muitos textos é que a confusão entre “direito estrangeiro” e método comparativo resulta do desconhecimento das funções do método em debate. Além de uma pluralidade de objetos, a comparatística envolve uma operação específica, qual seja, a de comparar ou confrontar objetos, evidenciando seus pontos comuns e suas divergências no intuito de contribuir para o aprimoramento dos sistemas jurídicos ou da disciplina jurídica dos objetos confrontados¹⁰.

A natureza dessa operação impede que se comparem objetos sem qualquer ponto comum ou sem qualquer ponto de divergência. Objetos idênticos não precisam ser comparados, pois o contraste comparatístico seria nulo. De outra parte, objetos jurídicos sem qualquer semelhança¹¹ não servem a estudos comparativos. Além disso, é importante que os objetos comparados sejam minimamente analógicos, ou seja, exerçam uma função semelhante dentro dos ordenamentos jurídicos escolhidos para estudo. Para ser frutífera, a comparação demanda um grau razoável de diversidade de características, porém aproximação funcional mínima entre os objetos. Somente assim é possível verificar as vantagens e as desvantagens funcionais de um em relação ao outro e, a partir disso, endereçar críticas aos ordenamentos jurídicos envolvidos na análise científica e formular propostas para seu aperfeiçoamento.

As funções do método comparativo o distinguem de modo evidente da mera citação do direito estrangeiro. Enquanto a citação pura exerce função predominantemente ilustrativa, descritiva e, por vezes, somente decorativa, a comparação, além da descrição do direito estrangeiro, envolve a análise de fatores sociais, culturais, econômicos e tantos outros que se considerem imprescindíveis à compreensão do objeto e de sua funcionalidade dentro de certa cultura e ordenamento jurídico. Eis a chamada contextualização.

A necessidade de se situarem as normas, os institutos jurídicos ou os microsistemas comparados dentro de contextos mais amplos está atrelada ao

¹⁰ *A respeito da utilidade do método comparado, cf. SOMMERMANN, Karl-Peter. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1997, p. 1019; STARCK, Christian. Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, p. 1023; KRÜGER, Hartmut. Eigenart, Methodener und Funktion der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, in: Ziemke, Burkhardt u.a. (org.). Staatsphilosophie und Rechtspolitik: Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, 1997, p. 1393 e LARENZ, Karl / CANARIS, Klaus-Wilhelm. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. ed., 1995, p. 63.*

¹¹ *Por semelhança funcional, entenda-se aqui a semelhança de normas ou institutos no que tange a prevenção ou solução de um mesmo conflito ou problema jurídico, bem como na execução de uma determinada política pública.*

reconhecimento de que a construção, a interpretação e a concretização do direito, bem como sua eficácia e efetividade, dependem de motivos que ultrapassam a mera existência da norma jurídica. A comparação que queira servir de base ao aprimoramento de certo ordenamento jurídico deve evidenciar em que medida o uso da norma ou instituto estrangeiro teria êxito ou fracassaria se transplantando para outra realidade jurídica, social, econômica e cultural. É por isso que não basta mencionar as diferenças e pontos comuns dos objetos comparados, mas sim apontar suas causas de sucesso e insucesso sob um ponto de vista interdisciplinar¹².

3. ETAPAS E TIPOS DE COMPARAÇÃO

A função a que se emprega o método comparativo também impõe que sua aplicação ocorra de maneira minimamente sistematizada. A comparação não permite citações aleatórias, funcionalmente desvinculadas, nem tampouco materialmente desconexas. Pelo contrário! Há, pelo menos, cinco etapas que merecem consideração para o uso do método em debate, quais sejam: 1) a escolha dos objetos de comparação; 2) a apresentação das características e funções jurídicas de cada objeto nos respectivos ordenamentos jurídicos; 3) a contextualização de cada objeto sob a perspectiva macro-jurídica e, quando possível e necessário, sob a perspectiva extrajurídica; 4) a comparação em sentido estrito; 5) o exame das diferenças e pontos comuns encontrados ao longo da comparação e 6) a elaboração de críticas aos objetos estudados e de eventuais propostas de aperfeiçoamento dos sistemas em que eles se inserem com base nas conclusões comparativas. Vejamos essas etapas em mais detalhes.

A primeira etapa envolve a delimitação do objeto jurídico comparado. O objeto varia material, territorial e temporalmente. Do ponto de vista material, basicamente se fala de *macrocomparação* e *microcomparação* – como ensina Karl-Peter Sommerman¹³.

A macrocomparação envolve sistemas jurídicos inteiros ou microssistemas jurídicos. Assim, por exemplo, microssistemas de saneamento básico, de proteção de florestas, de defesa da concorrência, de tutela ambiental entre outras políticas globalmente consideradas podem ser comparadas de forma abrangente. Ademais, é possível realizar a comparação de grandes sistemas ou famílias de ordenamentos jurídicos, no intuito de se observarem diferenças não de um tipo de política, mas, por exemplo, dos ordenamentos jurídico-administrativos considerados em famílias¹⁴.

¹² Nesse sentido, cf. FLEINER, Thomas. *Rechtsvergleichung: Chancen und Lehren für den Föderalismus*, in: *Verfassung – Zwischen Recht und Politik*, 2007, p.245.

¹³ Cf. SOMMERMAN, Karl-Peter. *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa*, DÖV 1997, p. 1017.

¹⁴ Exemplo desse tipo de estudo encontra-se em RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado, 1995, em geral*.

Em contraste, na microcomparação, o objeto resta materialmente muito delimitado. A comparação se restringe a um instituto jurídico específico ou a uma de suas regras. Nessa categoria, entram estudos comparados sobre o plano de organização do território municipal, o contrato de parceria-público-privada, os bens reversíveis, a regra da *reformatio in pejus* no processo administrativo, a regra de aprovação automática de certos requerimentos administrativos ou outro tema materialmente restrito. O fato de a microcomparação se basear em temas muitos específicos não afasta, contudo, a necessidade de se contextualizar os institutos em seus sistemas, daí a razão pela qual se pode afirmar que a delimitação temática não torna o emprego do método comparado mais simples ou fácil em relação à comparação macroscópica. Ademais, o aprofundamento em certa regra ou instituto exige que o cientista ultrapasse as fronteiras do conhecimento superficial, panorâmico, para ingressar em nuances técnicas que, muitas vezes, são pouco acessíveis e compreensíveis para espectadores externos – seja um contemporâneo que olha o passado, seja um nacional que analisa o ordenamento estrangeiro.

Em perspectiva territorial e temporal, é possível diferenciar a técnica comparatística vertical da horizontal. De modo simplificado, a modalidade vertical valoriza a pesquisa histórica, na medida em que os objetos confrontados geralmente pertencem a um mesmo ordenamento nacional, mas em diferentes momentos. A verticalidade implica em comparação de objetos semelhantes em épocas distintas, não interessando, portanto, a variabilidade do ordenamento jurídico em si.

De modo diverso, na comparatística horizontal – método mais utilizado atualmente¹⁵, os objetos comparados são contemporâneos, mas pertencentes a ordenamentos jurídicos distintos. O aspecto temporal permanece estático, mas o territorial é dinâmico. Contudo, a variabilidade dos ordenamentos não pressupõe que os ordenamentos se insiram em dois ou mais Estados soberanos. É plenamente viável que se conduza uma comparação horizontal entre ordenamentos jurídicos internos de um Estado federado. A pesquisa, por exemplo, das leis de processo administrativo dos Estados brasileiros consistiria em modalidade de comparação horizontal interna.

Assim que bem delimitado o tipo de comparação, parte-se para a apresentação das características de cada objeto comparado, bem como de suas respectivas funções no ordenamento a que pertence. Novamente aqui, para que a comparação seja frutífera, é ideal que os objetos guardem semelhança funcional e uma diferença material mínima. Essas condições básicas são fundamentais caso a pesquisa comparativa tenha como objetivo extrair contribuições recíprocas dos sistemas analisados, ou seja, nas situações em que a comparação é realizada com a

¹⁵ Não por outra razão, para Rivero, quando se fala de comparatística se pensa automaticamente em comparação de institutos pertencentes a ordenamentos jurídicos de dois ou mais Estados. Cf. *Curso de direito administrativo comparado*, 1995, p. 18.

intenção científica de aprimorar os sistemas jurídicos. No entanto, se o objetivo é mais tímido, isto é, se a comparação tem natureza meramente ilustrativa das diferenças sem qualquer escopo efetivamente construtivo, as duas condições apontadas deixam de ser fundamentais.

Além da apresentação dos institutos em si, a comparação como método de compreensão, crítica e aperfeiçoamento do direito pressupõe que se lancem olhares para fatores macro e extrajurídicos. Mesmo na microcomparação, é preciso que sejam trazidas informações gerais sobre o sistema jurídico no qual os objetos estudados se incluem, bem como sobre o funcionamento do Estado e outros elementos sociais, políticos, econômicos e religiosos, quando pertinentes. A abordagem contextualizada é igualmente essencial para a macrocomparatística. Não há como se comparar o sistema francês, com o sistema russo ou o sistema anglo-americano sem se compreender a divisão e organização dos Poderes, a forma de governo e o tipo de Estado, os mecanismos de controle da Administração Pública e a teoria do poder regulamentar.

Etapa fulcral de todo e qualquer estudo comparado está na fase de comparação em sentido estrito. Nesse momento, são contrastados os objetos de estudo selecionados. Se o objetivo da pesquisa reside em comparar por comparar, não há necessidade de grandes preocupações com a semelhança funcional e a diferença material. Observe-se, apenas, que esse tipo de comparação ilustrativa não é o que geralmente se espera da comparação jurídica realizada com escopo científico. Além de comparar, como antes esclarecido, a comparatística jurídica visa a contribuir para o aprimoramento dos sistemas e daí a necessidade de observância de condições mínimas na escolha dos objetos examinados. É exatamente o que dizia Jean Rivero: comparar, na ciência jurídica, significa “estudar, paralelamente, as regras e os institutos jurídicos, para esclarecê-los mediante confronto¹⁶”. Ainda nas palavras do mestre francês, “o direito comparado é instrumento de conhecimento dos direitos estrangeiros, elemento de compreensão do direito nacional”. O estudo que se exaure na apresentação dos institutos sem a devida confrontação não constitui comparatística real.

Enfim, a realização bem-sucedida da pesquisa comparada impõe ao jurista, a partir da confrontação em sentido estrito, o esforço de formular críticas aos sistemas estudados e elaborar contribuições científicas. A comparação, assim como toda forma séria de pesquisa, não se destina a saciar a curiosidade do pesquisador, “matar sua sede de conhecimento”, mas sim a colaborar com o aperfeiçoamento dos institutos e formas de regramento da sociedade, suas relações internas e com o meio. Nesse sentido, a comparação não se esgota na descrição. Ela exige muito mais! Para que se torne pesquisa verdadeira, a comparação deve agregar conhecimento novo e

¹⁶ RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*, 1995, p. 17.

útil sobre os sistemas comparados, apontar seus pontos críticos e, quando possível, ocasionar propostas de aperfeiçoamento.

4. A FUNÇÃO DOS META-CONCEITOS NA COMPARATÍSTICA JURÍDICA

Algumas considerações adicionais merecem as tarefas de identificação e contextualização dos institutos jurídicos comparados. Não raramente, a investigação de institutos ou textos normativos estrangeiros sem o conhecimento do contexto jurídico, político e social do país estudado é fonte de inúmeras confusões seja por parte do pesquisador, seja por parte do leitor da pesquisa¹⁷. Por isso, a comparatística exige do jurista muita cautela, principalmente na conferência dos conceitos estudados, suas verdadeiras funções, abrangência e respectivo contexto. Durante a comparação, muitos tendem a supor, com base em suas experiências e formação nacionalista (típica do direito), que institutos homônimos sejam idênticos ou análogos e que institutos de direito pátrio necessariamente se repitam em ordenamentos alienígenas. Ocorre que, sobretudo no âmbito do direito administrativo, diversos conceitos sequer existem em outros ordenamentos ou, mesmo que existam, apresentam abrangência ou função diferenciada¹⁸.

Tome-se, por ilustração, o tema dos bens públicos. Há ordenamentos em que o assunto não constitui objeto de atenção do direito administrativo, na medida em que os bens da Administração são gerenciados, via de regra, de acordo com as normas gerais de direito privado, derogadas levemente por preceitos administrativos. Nessa situação, a pesquisa comparada pode até ser viável, mas não envolverá institutos apenas de direito administrativo (ou bens públicos em sentido estrito), mas sim a comparação dos bens estatais em regime exorbitante (público) e dos bens estatais em regime privado.

Outro problema no uso da comparação decorre da diferente abrangência dos conceitos comparados. Um estudo a respeito da revogação ou da anulação de ato administrativo no direito alemão e brasileiro exemplifica a dificuldade. Nesse tipo de exame, deve-se levar em conta que, apesar do nome, a abrangência do “ato administrativo” na posição predominante da doutrina brasileira é distinta da do ato administrativo do direito alemão. Ademais, há ordenamentos que não vinculam certas características a tais institutos, daí porque, embora o direito brasileiro considere o efeito da anulação “ex tunc” e o da revogação “ex nunc”, esses efeitos não devem jamais ser presumidos em relação a institutos análogos previstos no direito estrangeiro.

¹⁷ A respeito da importância de esclarecimentos contextuais, cf. MÖLLERS, Christoph. *Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungswissenschaft*, *VermArch.* n. 92, 2002, p. 48 e SOMMERMANN, Karl-Peter. *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa*, *DÖV* 1997, p. 1017.

¹⁸ Cf. por exemplo a problemática acerca do termo „federalismo“ em FLEINER, Thomas. *Rechtsvergleichung: Chancen und Lehren für den Föderalismus*, in: *Verfassung – Zwischen Recht und Politik*, 2007, p. 245.

Problema semelhante atinge igualmente pesquisas acerca de políticas e serviços públicos. Há dois fatores problemáticos nesse caso. A uma, nem todos os ordenamentos (mesmo os ocidentais) se valem do conceito de serviço público. A duas, mesmo quando haja identidade no emprego do conceito categorial, o tipo de atividade que é considerada serviço público no Brasil não necessariamente o será em ordenamentos alienígenas. Assim, por ilustração, não se mostra adequado elaborar comparação acerca “serviço público de telecomunicações no Brasil e no país X”. A uma, porque esse título esbarra no fato de que não existe um, senão vários serviços de telecomunicações; a duas, porque nem todo serviço do gênero é público em sentido estrito no Brasil; a três, porque o tema se assenta na premissa de que os serviços de telecomunicações são públicos no ordenamento estrangeiro, o que pode se provar incorreto.

Enfim, há um quarto problema digno de nota, a saber: o diferente posicionamento do instituto jurídico comparado em diferentes ordenamentos jurídicos. Isso se vislumbra, por exemplo, no âmbito das pesquisas sobre organização administrativa. Em muitos sistemas, a organização das entidades e órgãos que compõem a Administração Pública é muito mais um tópico de ciência da administração do que propriamente de direito administrativo, razão pela qual um pesquisador dificilmente encontrará referências do tema nos livros gerais dessa disciplina jurídica. Em hipótese semelhante, é muito comum que os procedimentos de planejamento administrativo em alguns Estados sejam tratados como tópico geral de processo administrativo e, em outros, sejam abordados em disciplinas específicas, como o direito ambiental, o direito urbanístico, o direito educacional e outros ramos.

Para solucionar essas dificuldades associadas à rotulagem ou à natureza jurídica dos objetos comparados, bem como às variações de abrangência dos institutos jurídicos em si ou às peculiaridades e aos limites da ciência do direito administrativo em cada país, é fundamental que se valorize a contextualização como ferramenta básica de identificação dos institutos comparados em toda sua complexidade real. Além disso, na presença dessas dificuldades, pode-se lançar mão de um instrumento metodológico razoavelmente simples e útil para fins de manuseio dos objetos comparados, a saber: os metaconceitos.

Em vez de empregar rótulos nacionais ou regionais, o comparatista pode se valer de conceitos artificiais (inclusive criados por ele mesmo) que agrupem os diferentes tipos de institutos com a mesma função jurídica e a despeito de sua nomenclatura regional, nacional ou setorial. Instrumentos jurídicos como o Plano Diretor em matéria urbanística, por exemplo, aparecem em quase todos os ordenamentos ocidentais. No entanto, inúmeros ordenamentos adotam outros nomes para planos com a mesma função. Ademais, em certos casos, há um conjunto de planos que exerce a função de um plano único. Devido a essas nuances, uma

comparação desses institutos exige o desenvolvimento de um metaconceito capaz de englobar todos os tipos comparados – que, no exemplo dado, poderia consistir na expressão “plano local de ordenamento territorial”¹⁹.

Esse simples exemplo demonstra que a realização bem sucedida da comparação jurídica como método científico poderá exigir esforços adicionais na delimitação dos instrumentos análogos comparáveis. Em muitas situações, diante da especificidade dos estudos comparados e da ausência de referências anteriores, caberá ao próprio jurista elaborar esses metaconceitos e esclarecê-los. Só assim a comparação se tornará viável e ganhará a necessária imparcialidade e neutralidade, desprendendo-se da visão que impregna o pesquisador por força de sua formação jurídica nacionalista.

5. CONCLUSÃO

Para a evolução da ciência do direito administrativo, a importância do método comparativo é inegável. A partir dessa premissa, o presente estudo buscou resgatar aspectos básicos da metodologia comparativa aplicada ao direito administrativo com o intuito de, em primeiro lugar, esclarecer as diferenças entre a comparação com finalidade científica e a mera citação do direito estrangeiro.

A comparação científica é muito mais ampla e complexa que a mera referência decorativa a textos normativos ou acadêmicos de direito estrangeiro. A comparatística pode ser interna ou abranger sistemas jurídicos diferentes; pode ser vertical (no tempo) ou horizontal (no espaço); pode ser realizada sob perspectiva micro (materialmente reduzida) ou macronormativa (materialmente alargada).

Não bastasse isso, a comparação como instrumental científico persegue uma finalidade muito clara: extrair, mediante contextualização e confrontação efetiva, dados que demonstrem as vantagens e desvantagens dos objetos comparados e, com isso, permitam a formulação de contribuições ao desenvolvimento da ciência e dos sistemas jurídicos analisados. A comparação não serve para decorar textos acadêmicos, nem para saciar a mera curiosidade do pesquisador, mas sim para efetivamente gerar avanços científicos, aprimoramentos normativos ou renovação jurisprudencial.

6. REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law*. REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 8, 2006/2007.

¹⁹ *Sobre metaconceitos na pesquisa do direito planejamento, cf. nosso, Planungsrechtliche Konflikte in Bundesstaaten: eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel der raumbezogener Planung in Deutschland und Brasilien. Hamburgo: Dr. Kovac, 2009, em geral.*

- FLEINER, Thomas. *Rechtsvergleichung: Chancen und Lehren für den Föderalismus*, in: Hufen, Friedhelm, Dreier, Horst, e Berlitz, Uwe, *Verfassung – Zwischen Recht und Politik*, 2007.
- FROTA, Hidemberg Alves. *A controvérsia em torno da primeira obra latino-americana de Direito Administrativo*. Jus Navigandi, abril de 2011.
- HÄBERLE, Peter. *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, JZ 1989.
- HARLOW, Carol. *Global administrative law: the quest for principles and values*. The European Journal of International Law – EJIL, v. 17, n. 1, 2006.
- HOOD, Christopher. *A public management for all seasons?* Public Administration, v. 69, 1991.
- KRÜGER, Hartmut. *Eigenart, Methoden und Funktion der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, in: Ziemeke, Burkhardt u.a. (org.). *Staatsphilosophie und Rechtspolitik: Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*. Munique, 1997.
- LARENZ, Karl / CANARIS, Klaus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. ed. Berlin, 1995.
- MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.
- MARRARA, Thiago. *Planungsrechtliche Konflikte in Bundesstaaten – eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel der raumbezogenen Planung in Deutschland und Brasilien*. Hamburgo, 2009.
- MÖLLERS, Christoph. *Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, *VernArch*. 92, 2002.
- RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *A fórmula de Radbruch e o risco do subjetivismo*. Consultor Jurídico, 11 de julho de 2012.
- SOMMERMAN, Karl-Peter. *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa*, DÖV 1997.
- STARCK, Christian. *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, JZ 1997.
- TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Recebido em: 05/02/2015

Aceito: 06/03/2015