

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Direito Comparado e Política:
Reflexões Necessárias

Comparative law and Politics:
Some Reflections Needed

Raphael Carvalho de Vasconcelos

Deo Campos Dutra

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Sumário

| | |
|--|----|
| PARTE I - O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS: QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS? | 1 |
| EDITORIAL | 3 |
| “Tudo o que precisamos fazer é ter certeza de que continuaremos conversando”..... | 3 |
| Gustavo Cerqueira e Patrícia Perrone Campos Mello | |
| DIREITO COMPARADO E METODOLOGIA | 6 |
| COMPARAÇÃO JURÍDICA E IDEIAS DE MODERNIZAÇÃO DO DIREITO NO INÍCIO DO SÉCULO XXI.... | 8 |
| Gustavo Cerqueira | |
| O DIREITO COMPARADO: ESFORÇO DE RESGATE HISTORIOGRÁFICO E DE PROBLEMAS METODOLÓGICOS | 25 |
| Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Gustavo Ferreira Ribeiro | |
| DIREITO COMPARADO E POLÍTICA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS | 42 |
| Raphael Carvalho de Vasconcelos e Deo Campos Dutra | |
| DIREITO COMPARADO NO BRASIL | 55 |
| L’ORIGINALITÉ DU DROIT BRÉSILIEN ET LE DROIT COMPARÉ | 57 |
| Arnoldo Wald | |
| LEI DA BOA RAZÃO E COMPARATISMO JURÍDICO NA DOCTRINA CIVILISTA BRASILEIRA DE 1850 A 1880 | 79 |
| Alan Wruck Garcia Rangel | |
| O STF EM REDE? QUANTO, COMO, COM QUE ENGAJAMENTO ARGUMENTATIVO O STF USA PRECEDENTES ESTRANGEIROS EM SUAS DECISÕES? | 93 |
| Patrícia Perrone Campos Mello e Felipe Meneses Graça | |

| | |
|---|------------|
| SUPREMA IMPRECIÇÃO: A METODOLOGIA EM DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO E AS DEFICIÊNCIAS EM SEU USO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 126 |
| Alonso Freire e Hugo Sauaia | |
| DIREITOS COMPARADOS | 143 |
| COMPARANDO LA CULTURA JURÍDICA DESDE EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN BRASIL Y CHILE | 145 |
| Juan Jorge Faundes e Fabian Le Bonniec | |
| O DIVINO E O RACIONAL NO DIREITO: NOTAS PARA UM DIÁLOGO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS | 181 |
| Salem Hikmat Nasser e José Garcez Ghirardi | |
| REGULAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO: ANÁLISE COMPARADA EM PAÍSES DO SUL GLOBAL | 196 |
| Jane Reis Gonçalves Pereira, Renan Medeiros de Oliveira e Carolina Saud Coutinho | |
| PARTE II - OUTROS TEMAS | 229 |
| LA OTRA CARA DE LA MONEDA: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA, EL EMPRENDIMIENTO Y LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE Y COLOMBIA | 231 |
| Juan Pablo Díaz Fuenzalida e Juan Sebastián Villamil Rodríguez | |
| THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISION ON THERE 'BURQA BAN' AND THE CRITICAL ANALYSIS OF THE PRAGMATIC EXPERIMENTAL LOGIC | 258 |
| Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega e George Browne Rego | |
| DIREITOS HUMANOS DAS DESLOCADAS AMBIENTAIS E OS IMPACTOS DA USINA DE BELO MONTE: DA EXPLORAÇÃO AMAZÔNICA À SUBJUGAÇÃO FEMININA | 273 |
| Thais Silveira Pertille e Letícia Albuquerque | |
| SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM ACORDOS DE INVESTIMENTO: AS EXPERIÊNCIAS DO CPTPP, CETA E DOS ACFIs | 293 |
| Fábio Morosini, Vivian Daniele Rocha Gabriel e Anastacia Costa | |
| 50 ANOS DOS “DIREITOS DA CRIANÇA” NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A HISTÓRIA DO ARTIGO 19 | 311 |
| Sven Peterke e Paloma Leite Diniz Farias | |

| | |
|---|------------|
| EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: COMPARTILHANDO VALOR E RESPONSABILIDADES | 325 |
| Melina Girardi Fachin | |
| CONTEMPORARY RESPONSES TO BUSINESSES’ NEGATIVE HUMAN RIGHTS IMPACT | 341 |
| Andres Felipe Lopez | |
| HUMAN RIGHT TO LABOR PROTECTION IN UKRAINE: CURRENT SITUATION AND THE PROSPECTS OF IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL RULES | 363 |
| Nina Daraganova | |
| INTERNATIONAL REGULATION AND GLOBAL GOVERNANCE: THE EU INFLUENTIAL METHOD IN TIMES OF NORMATIVITY CHANGE | 373 |
| Gabriela Hühne Porto, Paula Wojcikiewicz Almeida e Juliana Maia F. A. Netto | |
| TECNOLOGIAS DIGITAIS E O COMÉRCIO DE BENS E SERVIÇOS NA OMC/DIGITAL..... | 391 |
| Umberto Celli Junior | |
| LOS FUERTES HACEN LO QUE PUEDEN: EXPONRIENDO LOS LÍMITES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL..... | 406 |
| Cristián D. González-Ruiz e Víctor M. Mijares | |
| HUMAN RIGHTS, HUMANITARIAN LAW AND STATE POWER..... | 418 |
| Renata Nagamine e João Roriz | |
| REGIONAL INTEGRATION IN THE SOUTH PACIFIC: CHALLENGES FOR PUBLIC GOVERNANCE | 433 |
| Joanna Siekiera | |
| PARTE III - RESENHAS | 443 |
| RESENHA DA OBRA | |
| “DEMOCRACIA E POLICENTRISMO DO PODER”, DE MURILO GASPARDO..... | 445 |
| Angela Limongi Alvarenga Alves | |

Direito Comparado e Política: Reflexões Necessárias*

Comparative law and Politics: Some Reflections Needed

Raphael Carvalho de Vasconcelos*

Deo Campos Dutra***

Resumo

O presente artigo tem como objetivo interrogar a compreensão que a perspectiva ortodoxa, predominante no direito comparado, adota em relação à política. Neste sentido, o argumento principal empregado no texto defende que a propagada concepção neutra e científica adotada no direito comparado encobre posturas não só menos rigorosas cientificamente, mas, sobretudo, politicamente orientadas. Para alcançar tal resultado esta pesquisa mobilizou a argumentação construída pelas escolas decoloniais e da teoria crítica na mesma medida em que analisou criticamente a proposta de harmonização da legislação internacional adotada pelos comparatistas ortodoxos. Esta investigação elegeu o processo metodológico descritivo e analítico, privilegiando pesquisas qualitativas de cunho bibliográfico.

Palavras-chave: Direito comparado; direito internacional comparado; política.

Abstract

This article aims to question the predominant perception on politics adopted by the orthodox perspective of comparative law. In this sense, the main argument points that the neutral and scientific comparative law conception adopted by the orthodox discourse covers not only the less scientific perspectives but, above all, politically oriented positions. To achieve this result, this research was developed both by using decolonial and critical theory schools arguments and by analyzing the proposal for harmonization of international law adopted by orthodox comparators. This research chooses the descriptive and analytic methodological processes, emphasizing mainly bibliographic qualitative research.

Keywords: comparative international law; comparative law; politics.

1 Introdução

A natural disputa entre a política e o direito na administração das relações

* Recebido em 30/09/2019
Aprovado em 31/03/2020

** Professor Titular de Direito Internacional Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Adjunto de Direito Público da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo. Mestre e Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Email: raphael_vasconcelos@hotmail.com

*** É Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). É mestre em Direito Comparado pela Universidade de Paris 1 - Panthéon Sorbonne. É Doutor em Direito pela PUC/RJ e pela Universidade Paris X. Foi pesquisador visitante na EHESS/Paris e pesquisador visitante na Queens University/ Canadá. Realizou seu estágio pós doutoral em Direito Comparado na École Normale Supérieure de Paris. É avaliador ad hoc do Ministério da Educação (INEP/MEC) para autorização e reconhecimento dos cursos de Direito. É professor e coordenador de pesquisa da Faculdade Doctum em Juiz de Fora/MG. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase na interface entre Direito Constitucional, Internacional Público, Direitos Humanos, Teoria Política e Teoria Social. Pesquisa atualmente no âmbito da Teoria do Direito Comparado e Direito Público Comparado.
Email: deo_campos@yahoo.com.br

de poder ganha contornos peculiares no direito internacional comparado. As iniciativas de regulamentação conjunta da sociedade internacional, seja para uniformizar ou para harmonizar no contexto geral suas regras específicas, exigem esforços para neutralizar desníveis no exercício do poder soberano entre os sujeitos de direito internacional e, fundamentalmente, para estabilizar eventuais divergências de forma e de conteúdo. O método comparatista apresenta-se, assim, como um instrumento capaz de viabilizar comunicação mais eficiente entre os sistemas jurídicos e de, inclusive, fornecer parâmetros mais habilitados a garantir a neutralidade desejada.

A mera adoção de métodos comparados não significa, entretanto, necessariamente uma pesquisa científica que compreenda a complexidade que os estudos comparados possuem. Há, intrinsecamente, uma miríade de questões a serem abordadas que, muitas vezes e sob a égide de uma pretensa cientificidade, acabam por restar perigosamente ignoradas pelos estudos jurídicos comparados.

A análise comparativa interdisciplinar, por exemplo, seria uma delas. A abordagem comparada que não se preocupa em mobilizar a teoria do direito ou o contexto cultural de seus objetos não se mostra capaz de produzir nada além de construções teóricas pretensamente científicas e, na pior das hipóteses, conclusões equivocadas. Da mesma maneira, temas tradicionalmente desafiadores para o direito - como sua relação com a política - não podem deixar de ser contemplados à luz do direito comparado e exigem enfrentamento.

É, nesse contexto, que este trabalho se encontra. A abordagem da política no direito comparado precisa ser deslocada para o centro das reflexões dos comparatistas. Relegada a espaços periféricos, pensar a questão da política - aqui propositalmente identificada com as relações de poder, conforme será demonstrado adiante - é hoje objeto pouco prestigiado, especialmente pela predominância do método funcionalista de comparação jurídica. Essa desatenção, suspeita-se, carrega enormes consequências que precisam ser descortinadas e conduzidas à interrogação central deste texto: a perspectiva ortodoxa do direito comparado torna nebulosa a influência da política nos estudos comparados, em especial ao tratar de harmonização e de uniformização no direito internacional?

A hipótese central do trabalho está alinhada aos

críticos do positivismo e sustenta, essencialmente, que os perigos dissimulados pela adoção da abordagem ortodoxa são superiores aos benefícios possíveis de suas promessas de neutralidade e de cientificidade.

Para isso, este trabalho adotou dois objetivos principais e interconectados. O primeiro deles visa identificar analiticamente a perspectiva predominante de direito comparado. O ortodoxismo, também reconhecido como positivismo por alguns estudiosos, é representado pela liderança intelectual de dois professores alemães, Konrad Zweigert e Hein Kötz que, desde os anos de 1970, com o lançamento de sua obra mais importante, vêm delimitando os debates e fixando as principais metodologias atualmente aplicadas pelos pesquisadores da área.

De forma paralela, e escrutinando o sensível tema da harmonização da legislação internacional, o estudo pretende avançar no debate sobre a forma como essas questões se comportam em relação à dinâmica entre o direito comparado e a política.

Percorridos os caminhos dos objetivos centrais, esta investigação pretende avançar à abordagem das duas escolas que se contrapõem às conclusões ortodoxas. Trata-se, substancialmente, de críticas que pretendem revelar aquilo que não é reconhecido diretamente pelos positivistas.

Por um lado, a teoria crítica constrói sua argumentação centrada no argumento de que as proposições preponderantes não apenas impedem que o estudo jurídico comparado possa ser mais rigoroso cientificamente, bem como tendem a obscurecer o forte teor político que certas proposições de harmonização podem possuir.

Os pesquisadores decoloniais, por sua vez, iluminam o potencial da manutenção de um imperialismo eurocêntrico, assim como revelam o potencial de dominação epistemológica encoberto pela ausência de uma leitura crítica do direito comparado.

Os objetivos do trabalho não pretendem, evidentemente, exaurir uma série de importantes campos de pesquisa que a problemática explorada apresenta. Tampouco tem o intuito de contemplar todo o refinado conjunto de abordagens já produzidas em torno do assunto. Trata-se, substancialmente, de oferecer uma primeira órbita de resultados.

Para identificar os principais argumentos teóricos

que auxiliaram a execução do estudo, adotou-se processo metodológico descritivo e analítico, que privilegiou pesquisas qualitativas de cunho bibliográfico¹

2 O Direito Internacional, o Direito Comparado e a Política

Resulta bastante curiosa a má reputação que a política tem, em regra, entre os profissionais de direito². Reputação que enseja comportamentos negacionistas preocupantes. A percepção generalizada de que as opções fundadas em poder representariam ameaça à normatividade não é, de fato, equivocada, mas a negação de elementos políticos transversais no direito - e não apenas no momento de sua concretização - pode ser ainda mais ameaçadora e danosa do que a aceitação de sua inevitável presença³.

A análise das relações de poder e da tensão entre política e direito nesse contexto independe de conclusões ou mesmo de simples ponderações sobre posturas ideológicas dos atores envolvidos. A atuação política explícita ou oculta em argumentos de direito não se submete, ao menos para o que se pretende aqui, a observações valorativas ou ao cartesianismo entre o bom e o ruim ou entre o apropriado e o inconveniente.

Em contextos temáticos específicos, o elemento político ganha contornos discursivos. A efetividade dos direitos humanos, por exemplo, encontra nas dificuldades de coerção do sistema internacional obstáculo que exige adesão dos sujeitos de direito internacional para

seu aperfeiçoamento. Adesão que, em determinadas circunstâncias, integra processos políticos de uma narrativa construída e que não se dá, portanto, necessariamente por meio de movimentos endógenos de convencimento.

A relação entre sistemas jurídicos fornece exemplos interessantes dos fenômenos apontados. O ingresso de determinado Estado em um acordo comercial pode ocorrer em razão da compreensão de que sua participação deverá trazer maior prosperidade para sua sociedade, mas também pode ter como fundamento oculto a necessidade de aceitação de parâmetros estabelecidos por uma narrativa construída por seus sócios hegemônicos que não encontra respaldo entre seus nacionais.

Abordagens automeadas neutras na produção de normas internacionais que tenham como objetivo harmonizar ou uniformizar o direito costumam adotar métodos comparatistas entendendo que essa técnica afastaria ou mitigaria os desafios políticos inerentes de negociações para produzir regras. Contexto em que, claramente, o enfrentamento do problema é novamente substituído por sua negação.

Esses questionamentos teórico-normativos são bastante típicos do direito internacional, mas também se encontram presentes internamente - ainda que a doutrina jurídica tenda a ignorá-los⁴. A relação do direito estatal normatizado e cogente com os povos originários, seus costumes e direito é exemplo que remarca a opressão dos máximos gerais locais em relação aos mínimos particulares reproduzindo internamente a dinâmica entre o universalismo e o relativismo cultural vista no marco mundial⁵.

Os limites fáticos impostos pela política ao direito ultrapassam a análise da institucionalidade do ambiente global atual, mas possuem nela contexto importante. Institucionalidade que, mesmo passível de críticas, representa aperfeiçoamento inegável de estruturas quando

¹ CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. **Méthodologies du Droit et des Sciences du Droit**. Paris: Dalloz, 2014. P. 10

² Em VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Teoria do estado e a unidade do direito internacional** - domesticando o rinoceronte. Belo Horizonte: Arraes, 2016 a ligação existente entre política, poder e força foi tratada com maior profundidade. Sustentou-se, por exemplo, que do conceito genérico original que se referia a tudo que dizia respeito à vida social, houve ao longo da história sua restrição semântica à estruturação do poder e, para tanto, adotou-se o conteúdo proposto por BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política** - Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010. p. 954. para o termo.

³ Especificamente sobre o conceito de poder, BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política** - Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010. pp. 933-934. A respeito dos conceitos de exercício de concreção e de extração de normatividade conforme KOSKENNIEMI, Martti. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.

⁴ Durante muitos anos um dos autores do artigo adotou a inicial minúscula para posicionar o termo Estado nas limitações de soberania que se desenvolviam. Os fatos exigiram recuo que indicasse a permanência da centralidade dos Estados como sujeitos de direito internacional.

⁵ WALZER, Michael. **Thick and thin, moral argument at home and abroad**. Notre Dame: undp, 1994. Para uma análise do tema no campo da filosofia, ver: JULLIEN, François. **O diálogo entre as culturas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. Para algumas proposições de superação deste complexo dualismo, ver: FLORES, Joaquin. **A reinvenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009. LOCHAK, Danièle. **Le droit et les paradoxes de l'université**. Paris: PUF, 2010

colocada em perspectiva histórica não muito distante⁶.

Nesse sentido, as estruturas jurídicas comuns, a exemplo das organizações internacionais de integração, muitas vezes parecem incapazes de responder a desequilíbrios entre soberanias e de corrigir relações de poder comprometidas. Os discursos normativos que pretendem neutralidade, como ortodoxista/positivista no comparatismo, perdem o sentido quando confrontados com a realidade e acabam silenciados. Perdidos ou sem saber ao certo como enfrentar racionalmente os desafios, internacionalistas tendem a deixar de racionalizar juridicamente situações concretas e acabam abandonando a busca por parâmetros definitivos às dinâmicas de poder que surgem.

Não se pode negar, por outro lado, o esforço dos sujeitos de direito internacional para enquadrar atualmente suas ações em discursos normativos, mas essa iniciativa nem sempre tem sucesso⁷. Todos condenam o genocídio, mas alguns genocídios parecem ganhar maior relevo político e, portanto, resposta jurídica mais contundente. Crimes contra a humanidade receberam contornos de universalidade, mas o enquadramento de condutas aos tipos penais fixados em tratado depende claramente de determinadas escolhas políticas bastante evidentes⁸.

A eficácia seletiva de regras jurídicas constitui crítica, de fato, não direcionada apenas ao direito internacional, mas a todo o direito. A diferença é que, em esquemas de subordinação como os internos, as escolhas políticas de um órgão jurisdicional, por exemplo, identificam-se

como escolhas sociologicamente justificáveis, enquanto aquelas feitas no ambiente internacional são enquadradas básica e puramente nas relações de poder.

Exemplo atual bastante indicativo dessas reflexões tem lugar no fluxo de refugiados em direção ao ambiente europeu e nas reações pouco amistosas da população e dos governos de vários dos Estados envolvidos⁹. O cumprimento da convenção do refúgio que se impõe pelo direito é desafiado e relativizado pela realidade política europeia, continente que vivenciou diversas crises humanitárias em sua história¹⁰. Crises que, inclusive, motivaram o tratado global protetivo dos refugiados¹¹.

Esses Estados aderiram, portanto, às estruturas de proteção do ser humano, contribuíram à construção de discurso de universalidade desses direitos e, quando estão sendo confrontados com a necessidade de atuar definitivamente para promover o concretizado em norma, relutam. As necessidades políticas criaram o direito e a mesma política posteriormente resiste à eficácia do corpo normativo estabelecido¹².

A política que concorre e desafia o direito na administração do poder pode ser, quando analisadas as condutas dos Estados como sujeitos de direito internacional, abordada ao menos sob duas perspectivas: a das instituições e a das doutrinas. Focada na institucionalidade, a política se reduz ao Estado como conceito e estrutura. Ressaltadas seriam, sob tal ótica, suas competências e divisões funcionais internas.

Sob o prisma doutrinário e, portanto, eminentemen-

⁶ CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329. Também Caldera, Rafael. The juridical basis of a new international order: conference held on 8 July 1986. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 196, 1986-I, pp. 385-400. p. 391. Trindade, Antônio Augusto Cançado. International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 316, 2005, pp. 09-439. p. 229.

⁷ GOLDSMITH, Jack; POSNER, Eric. **The limits of international law**. New York: Oxford University Press, 2005.

⁸ A erosão da relação entre diversos Estados do Continente Africano e o Tribunal Penal Internacional conforma exemplo dessas divergências de interpretação e aplicação de tratados que indicam tensão política entre a universalidade pretendida e os contextos e interesses locais e regionais dos sujeitos de direito internacional envolvidos como descrito em NEL, Michelle; SIBIYA, Vukile Ezrom. Withdrawal from the International Criminal Court: Does Africa have an alternative? In: **African Journal on Conflict Resolution**. Vol 17 No 1 (2017).

⁹ Contexto já denunciado em 1998 em CHIMNI, B.S. The geopolitics of refugee studies: a view from the south. In: **Journal of Refugee Studies**, Vol. 11. No. 4 1998.

¹⁰ Esforços para inviabilizar o cumprimento dos requisitos estabelecidos pela convenção para a caracterização da condição de refugiados – como o acolhimento fora do território dos Estados, o acordo entre a União Europeia e a Turquia sobre Refugio vigente a partir de 20 de março de 2016 e o fechamento de fronteiras durante a pandemia relacionada ao Sars-CoV-2 em 2020 são exemplos de movimentos políticos que tensionam o direito internacional dos refugiados. Nesse sentido, ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: remaking the refugee label in an era of globalization. In: **Journal of Refugee Studies** Vol. 20 No. 2007 e também em PERTSCH, Anne; PÜSCHMANN, Pertsch. First Order, then Humanity: on the Involvement of Frontex at the Greek Border. In: **Verfassungsblog.de** em 25 de março de 2020. <https://verfassungsblog.de/first-order-then-humanity/> Acesso em 10 de junho de 2020.

¹¹ HADDAD, Emma. **The Refugee in International Society: Between Sovereigns**. Cambridge: University Press, 2008.

¹² JELLINEK, Georg. **Das Recht des modernen Staates**. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900. p. 17. BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio: Renovar, 2001. p. 610.

te teórico, a conduta estatal deve ser abordada entre a ciência política, mais descritiva e teleológica, e a filosofia política, voltada aos dilemas internos da institucionalidade. A abordagem científica contrapõe as funções de estabelecer padrões normativos, portanto, com a perspectiva da organização social propriamente dita. O Estado é um ente político complexo e o direito é apenas uma de suas esferas. Isso resulta bastante claro em sua conduta e comportamento no ambiente global¹³.

Estados interagem, por outro lado, hoje com outros sujeitos de direito das gentes. Organizações internacionais atuam de forma muitas vezes equiparada aos sujeitos por excelência e conseguem, inclusive, criar foros internacionais capazes de produzir - ou, dependendo da dinâmica de poder aplicável, de impor - governança. Práticas de governança, muitas vezes vinculadas a atores absolutamente não estatais, podem se concretizar por meio da chamada “soft law”, é dizer, de direito não vinculado essencialmente às práticas gerais aceitas como direito e, portanto, impossíveis de condução à classificação típica do costume internacional.¹⁴

Dúvidas em relação à legitimidade desses modelos de governança para a produção normativa somam-se aos questionamentos anteriormente feitos em relação à formação da vontade estatal de aderir a determinada narrativa que resulte de processos políticos alheios ao convencimento de sua sociedade. A dinâmica política - muitas vezes imposta a sujeitos soberanos - pode, sob esses parâmetros, macular a neutralidade e o consenso pretendidos pela normatividade internacional.

Tanto a política quanto o direito encontram-se vinculados à ideia de poder¹⁵. Não se teoriza política sem um ponto de partida de poder e de sua análise¹⁶. Tampouco o direito pode ser compreendido e justificado sem considerar o poder e suas nuances. Principalmente em razão do fato da normatividade justamente limitar e

administrar o poder¹⁷.

Uma abordagem positivista descuidada, que não leve em consideração as complexidades acima colocadas, pode pretender, por exemplo, observar a técnica jurídica como ciência pura, é dizer, reduzir o direito a um algoritmo¹⁸. A pretensão de exclusão da moral do debate normativo ensejaria impossibilidade de se reconhecer tampouco a política e sua promiscuidade com o direito. Sem fazer grandes considerações sobre o ambiente jurídico interno de um Estado, para o direito internacional essa seria ficção insustentável.

A política pode se igualar ao poder em seu exercício, mas o poder pode ser verificado como sustentáculo das estruturas jurídicas. O diálogo entre as suas esferas é inevitável e claro é o papel do poder como promotor da interação¹⁹. Ao questionamento do que teria surgido primeiro, se o direito ou a política, a resposta mais acertada seria: o poder. Mais especificamente em seu formato primitivo, como força. As teorias tradicionais do direito das gentes, estruturadas no entorno do voluntarismo estatal, tinham as relações de poder bastante presentes e não as conseguia desvincular do direito.

O voluntarismo leva ao questionamento da soberania, isto é, do Estado e de sua existência como condicionante do direito internacional como direito. Sob a perspectiva interna, existem teorias filosóficas e posicionamentos políticos tendentes à supressão da estrutura estatal, mas essas perspectivas esbarram na dificuldade de se organizarem estruturas de direito sem que se pressuponha a organização e a regulamentação das relações de poder.

A necessidade de fundamentar juridicamente a atuação política - internamente restrita quase exclusivamente aos órgãos exercentes de funções soberanas - não se restringe internacionalmente aos Estados, mas neles se concentra²⁰. A relevância do Estado não foi superada

¹³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

¹⁴ Mais sobre o tema, ver: CRAWFORD, James Richard. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Volume 365, 2013, p. 27-136. Para uma perspectiva de direito constitucional: TAUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

¹⁵ Sobre o tema ver, na perspectiva da história do direito, ver: SCHIAVONE, Aldo. **IUS: L'invention du droit en occident**. Paris: Belin, 2008, p.187-423.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.76-77.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**; por uma teoria geral da política. Rio: Paz e Terra, 1987. pp. 93-94. “*In verbis*”: “Ao lado do problema do fundamento do poder, a doutrina clássica do Estado sempre se ocupou também do problema dos limites do poder, problema que geralmente é apresentado como problema das relações entre direito e poder (ou direito e Estado).”

¹⁸ Ehrlich, Ludwik. The development of international law as a science. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 105, 1962-I, pp. 173-265. p. 177.

¹⁹ Como no contexto interno, ROUSSEAU, Jean-jacques. **Du contrat social**. Paris: Union Générale d'Éditions, 1973. pp. 162-163.

²⁰ Rousseau, Charles. *Principes de droit international public*. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye,

pela admissão de outros atores como sujeitos de direito na estrutura normativa global²¹. Estados são ainda centrais e as instituições mundiais ainda guardam traços de voluntarismo e de extremo respeito a desígnios soberanos.

Mas a dinâmica da teoria do direito com o poder não pode ser simplificada e isolada em termos tão técnicos. E isso vale, inclusive, para as técnicas comparatistas que pretendem mitigar a política. O poder não parece incorporado à dogmática jurídica como elemento. Teóricos percebem o poder basicamente como um fato. Um fato extrajurídico normalmente associado às faculdades humanas e à obediência ou vinculado à ideia de soberania²².

O respeito ao fundamento jurídico conduz a análise das relações de poder à concepção de direito como sistema, isto é, como estrutura dotada de características mínimas de ordenação e unidade capazes de garantir a convivência ordenada entre os sujeitos²³. A convivência ordenada entre os membros da sociedade internacional e estruturada, portanto, em bases jurídico-normativas depende fundamentalmente da cooperação entre os sujeitos e de institucionalização²⁴.

A produção de direito comum, isto é, de regras jurídicas que vinculem mais de uma sociedade, é bastante

desafiadora.²⁵ A cooperação equilibrada que respeita as vontades dos sujeitos de direito internacional formuladas internamente em suas sociedades conforma o modelo ideal dessa dinâmica, mas a teoria jurídica não pode pressupor essa dinâmica nos processos dos quais resulte produção jurídica comum internacional. Nem mesmo quando adotados métodos aparentemente neutros como alguns comparatistas para a harmonização ou uniformização dos sistemas de direito.

Os desafios externos à formação da vontade, decorrentes de poder político, econômico, militar ou de qualquer outro fator hegemônico e os problemas de legitimidade dos órgãos internacionais com atribuições normativas são fundamentais e devem ser analisados, estudados, compreendidos para que seus efeitos - se não eliminados - possam ser atenuados para garantir maior equilíbrio nas negociações e maior legitimidade dos produtos normativos produzidos.

Da mesma maneira, o processo de formulação destes conjuntos normativos internacionais merece uma atenção cuidadosa. Historicamente, a produção jurídica decorrente do direito comparado não negava sua visão politicamente situada que, aliada a uma rigorosa contribuição técnica, pretendia oferecer ao direito internacional público uma perspectiva que estivesse comprometida com uma visão “cosmopolita, internacionalista, humanista e socialmente progressista”²⁶

Por outro lado, a produção do trabalho de harmonização e uniformização do direito internacional vem atualmente sendo entendido, ou ao mesmo narrado publicamente, como um processo eminentemente técnico-científico e, portanto, isolado de influências externas, tais como a política, precisa de ser cuidadosamente (re)visitado.

Este processo analítico não pode ser realizado sem que o pesquisador se debruce sobre o papel do direito comparado neste procedimento. O estudo da teoria da comparação e seus objetos, por sua vez, pode ser um importante aliado. Um dos temas mais analisados dentro desta área dos estudos jurídicos comparados atualmente é justamente a relação entre o discurso e a

Volume 93, 1958-I, pp. 369-550. pp. 382-383.

²¹ Rosenne, Shabtai. The perplexities of modern international law: general course on public international law. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 291, 2001, pp. 09-471. p. 38.

²² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 16. FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 235-265

²³ Uma definição que se propõe ao termo “sistema” seria a apresentada por CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. pp.10-13. que ressalta a ordenação e a unidade como conformadoras de suas principais características. Dúvidas relacionadas ao uso do termo “ordenamento jurídico” como sinônimo de “sistema de direito” em VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Teoria do estado e a unidade do direito internacional - domesticando o rinoceronte**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 22. Também BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 198.

²⁴ WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370. p. 50. Virally, Michel. Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 183, 1983-V, pp. 09-382. p. 251.

²⁵ DELMAS- MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p 273-305.

²⁶ KENNEDY, David. The Methods and the Politics. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative Legal Studies: Traditions and Transition**. Cambridge: Cambridge University press, 2011. p.349

práxis adotada pela maioria dos comparatistas que defendem a uniformização do direito e seus reflexos dentro e fora do campo do direito. Este é o tema de nossa próxima seção.

3 Harmonização, Uniformização e Política no Direito Comparado

O método comparatista é amplamente percebido como uma técnica com mais virtudes do que vícios²⁷. Comparar traz implícita a ideia de conhecer o outro, sugere aproximação. No direito, a comparação pode se dar nas formas e procedimentos, mas mostra-se especialmente interessante quando contrapõe visões de mundo traduzidas em normas. Iniciativas de harmonização ou de uniformização de legislações partem direta ou indiretamente do método comparatista para orientar seus resultados em dinâmica que se mostra profundamente desafiada pela política.

A década de 1990 reuniu contextos históricos que repercutiram no direito internacional de maneira bastante contundente. Fatores importantes se alinharam e permitiram grande expansão normativa e institucional internacional. O comparatismo, como técnica jurídica, renasceu e consolidou seu espaço justamente nesse ambiente extremamente otimista e permeado de consensos e de concórdia²⁸.

De forma paralela, a corrente dominante desde os anos de 1970 no comparatismo, o chamado ortodoxismo, determina o padrão adotado entre os estudiosos do campo. Eles podem ser resumidos, segundo alguns de seus maiores expoentes, em seis elementos determinantes.

O primeiro deles é o positivismo, no qual a letra da lei acaba atuando como ponto de partida e chegada do processo de comparação; o método, um segundo importante elemento característico, é o imperativo de necessária utilização na busca por escapar de um ques-

tionável e inseguro subjetivismo e com intenção de caminhar na direção de um trabalho mais científico, ou seja, neutro. Uma terceira característica é a visão do direito estrangeiro como possuidor de um único sentido correto passível de ser determinado pelo pesquisador.

A postura científica, por sua vez, só será entendida desta maneira se realizada dentro da moldura metodológica do funcionalismo, método considerado o mais rigoroso e, portanto, passível de ser aplicado²⁹. Por fim, a razão e sentido do ortodoxismo é identificar um direito estrangeiro “*como ele o é*”. Trata-se, portanto, de uma atividade intelectual que irá “descortinar” um sentido verdadeiro e unívoco, ponto comum em qualquer norma jurídica identificável no mundo. O sucesso da empreitada comparatista está, portanto, na plena compreensão e no domínio mínimo das formulações jurídicas estrangeiras.³⁰

Para o ortodoxismo/positivismo, todos os problemas jurídicos são similares, independente do país envolvido. Neste sentido, haveriam as mesmas questões e objetos em todos os ordenamentos jurídicos, mesmo que eles possuem origens culturais e sociais distintas. O fato de haver valores ou culturas diferentes não significa que haverá princípios mínimos distintos.³¹ Da mesma maneira, distintos sistemas podem dar respostas similares a problemas jurídicos aparentemente comuns. É a chamada *presunção de similaridade*.³²

Essa presunção de similaridade deve servir ao comparatista como um norte intelectual, uma forma de pesquisar o direito estrangeiro. Ao investir seu olhar na busca constante por uma identificação de um possível comum, o comparatista acaba por adotar uma postura que só pode se dar por satisfeita ao identificar pontos em comum entre os sistemas.³³

Essa processo, claramente aficionado na busca por

²⁷ GORDLEY, James. Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law. *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, no. 4, Fall 1995, p. 555-568.

²⁸ Esse não é um primeiro momento no qual se observa contexto do gênero no direito comparado. Para uma leitura da história do direito comparado, ver: HUG, Walther. The History of Comparative Law. *Harvard Law Review*, v. 45, n. 6, p. 1.027-1.070, 1932. Ver, também, inclusive no que diz respeito a relação entre o direito comparado e a política: RILES, Annelise. *Rethinking the Masters of Comparative Law*. Oxford, Hart Publishing, 2001.

²⁹ Sobre o tema, ver: MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 339-382.

³⁰ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

³¹ GORDLEY, James. The Universalism Heritage, In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 42

³² ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998. P. 42

³³ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998. P. 40

uma cientificidade, deve excluir a todo custo algum tipo de análise política ou moral e que, de preferência, adota como parâmetro o direito privado europeu, encontra no direito comparado sua “*escola da verdade*” que permitirá a edificação de novos e importantes materiais jurídicos que possibilitarão, por exemplo, a uniformização do direito.³⁴

É, portanto, a técnica científica neutra, sob a égide da metódica funcionalista e a lógica do direito privatista que irá culminar na uniformização bem sucedida. Para os ortodoxos “o direito comparado nos permite, assim, aprofundar nossa convicção na existência de um senso comum de justiça”³⁵

Como método e, portanto, pretendendo neutralidade e esterilidade, o comparatismo marginaliza a teoria crítica enquanto parece marginalizado pelos outros ramos do direito. Por outro lado, tende a ser aplicado de forma estratégica para administração de um controle cognitivo que acaba, paradoxalmente, superestimando o direito e sua neutralidade³⁶.

Esse controle pode ser entendido como uma orientação em direção a uma ordem dita formalista que pretende uma técnica de rotulação das informações e se sustenta numa afirmada interpretação jurídica que, baseada em reduzidas informações (*data*), geralmente adota uma postura que entende o lugar do sistema de origem do comparatista como privilegiado em relação ao sistema comparado.

Essa “operação metodológica” é baseada comumente numa compreensão formalista da lei que reduz “o direito a normas legais e as mesmas normas a seu conteúdo gramatical”. Essa operação pode ser identificada em perspectivas metodológicas como as taxonômicas, o funcionalismo, o estruturalismo, entre outros.³⁷ Como resultado, a comparação passa a adotar uma prática que frequentemente é pautada numa postura que entende certos sistemas, geralmente o da civil law e o da *common law*, como naturais, normais ou padrões, enquan-

to o restante ocupa um lugar que vai do “diferente ao excêntrico”³⁸

A pretensão de neutralidade do comparatismo no direito pode, na verdade, potencializar a busca por neutralidade e ignorar completamente as dinâmicas de poder relacionadas aos processos de formação de normas³⁹. Pode, da mesma maneira, esconder as complexas relações entre o conhecimento e essas mesmas dinâmicas.⁴⁰

A percepção de que é necessário compreender o direito comparado dentro de uma perspectiva que inclua nas suas reflexões a análise da dimensão do poder e da dominação e a inserção do olhar cuidadoso nos aparentes discursos de emancipação e de uma possível agenda progressista oriunda dos processos de comparação são, provavelmente, duas das mais importantes contribuições que os estudiosos do *Critical Legal Studies* trouxeram para o direito comparado. Suas conclusões devem estar, portanto, sempre no radar dos estudiosos do assunto.⁴¹

O comparatismo também pode, ser utilizado de maneira paternalista, isto é, estabelecer dinâmica professoral entre ordenamentos jurídicos direcionada a civilizar, catequizar e ensinar, em cartesianismo pautado no bem e no mal, práticas consideradas melhores. A instrumentalização do comparatismo dessa maneira adota clara perspectiva de submissão entre culturas e, consequentemente, de postura subalterna de algumas estruturas normativas em relação a outras⁴².

Abordagens decoloniais sobre o direito comparado também alertaram a respeito de tais perigos. A empreitada colonialista, narrada diversas vezes por vários estudiosos, não se limitou somente a um processo de dominação física.

No empreendimento colonial há um forte componente de construção de subjetividade em que termos como modernização, globalização e desenvolvimento

³⁴ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p.15

³⁵ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998. P.3

³⁶ FRANKENBERG, Gunter. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. **Utah Law Review**, vol. 1997, no. 2, 1997, p. 259-274. p. 260.

³⁷ Sobre o métodos em direito comparado, ver: CAMPOS, Deo. Método(s) em Direito Comparado. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, vol 61, n 3, 2016, p.189-212

³⁸ FRANKENBERG, Gunther. *Comparative law as critique*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p.85

³⁹ LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. U.C. **Davis Law Review**, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 805.

⁴⁰ FRANKENBERG, Gunther. **Comparative law as critique**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, x

⁴¹ MATTEI, Ugo. Comparative Law and Critical Legal Studies, In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p.835

⁴² FRANKENBERG, Gunter. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. **Utah Law Review**, vol. 1997, no. 2, 1997, p. 259-274. p. 262-263.

são os herdeiros históricos de um processo que representa o triunfo da dominação do liberalismo legal. Este, por sua vez, apresenta-se como a mentalidade jurídica mais avançada, representante direta do iluminismo kantiano e detentora da autoridade e não só representar, mas falar por todo o mundo.⁴³

Baseada nas proposições de autores alinhados ao chamado culturalismo, a crítica decolonial do direito comparado alerta que o positivismo apregoado pelo campo dominante do direito comparado sustenta a falácia epistêmica e colonial do cartesianismo, argumentando sobre a possibilidade da divisão entre a mente o mundo, entre a razão e a natural como um *a priori* ontológico.⁴⁴

Neste sentido, em que pese a reafirmação do argumento de neutralidade, o ortodoxismo é sempre político e autoritário, já que há sempre uma posição política clara quando a indiferença com a diferença é adotada nestes termos.⁴⁵

A dita neutralidade acobertaria ou uma forma de ingenuidade na compreensão das relações entre direito e política⁴⁶ ou, na verdade, um eurocentrismo que não só atribui como autoridade somente certas formas de racionalidade, notadamente as ocidentais construídas no hemisfério norte do planeta, como se recusa a identificar novas formas de cosmovisões e construção sociais e suas consequentes representações jurídicas.⁴⁷

A própria ideia de “recepção de direitos” por parte dos sistemas jurídicos orientais aponta para essa dinâmica descrita⁴⁸. Há argumentos que, por exemplo, claramente reforçam a posição de que há um conjunto de

ideias melhores desenvolvidas em certos sistemas jurídicos que seriam, por tal razão, mercedores de uma análise mais atenciosa pelo comparatista.⁴⁹

Para além da autoridade racional, a realização de um direito comparado desatento com as complexidades em que sua operação científica está envolvida, poderá servir não só como a reafirmação da atribuição de autoridade de certas formas de conhecimento, mas a possibilidade de uma sofisticada rearticulação de uma autoridade política, fundada numa racionalidade iluminada e reveladora de valores universais, que possibilita a justificação de diversos tipos de dominação política.⁵⁰

A técnica comparatista pode funcionar, assim, como instrumento de imposição de padrões hegemônicos. Essa funcionalidade impositiva pode ser, inclusive, oculta e se dar mesmo quando adotadas posturas pragmáticas com finalidades específicas e bem marcadas construtoras de neutralidades aparentes capazes de mascarar enviesamentos políticos⁵¹.

O discurso da chamada *pura e desinteressada investigação dos sistemas jurídicos estrangeiros*⁵² pode cobrir, é verdade, um manancial de convencimento de uma possível neutralidade científica que venha a ser entendida como uma nova maneira de colonização intelectual. A pretensão busca de uma melhor norma comum sem influência cultural pode ser entendida, portanto, como uma posição política, cultural e econômica, geralmente usada para a manutenção dos interesses políticos dominantes.

Diante de todas essas críticas e desafios, a técnica comparatista - e toda sua modernidade metodológica - pode ser identificada como um instrumento hegemônico eminentemente ocidental⁵³. Para descomprimir essa ameaça, uma solução de abordagem, vinculada mais ao que estaria por trás das normas e não às normas em si, poderia ser capaz de neutralizar ou de diminuir os con-

⁴³ BAXI, Upendra. The Colonialist Heritage. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative Legal Studies: Traditions and Transition**. Cambridge: Cambridge University press, 2011. P.48

⁴⁴ ACHILLE, Mbembe. Decolonizing Knowledge and the Question of the Archive. **WISER Public Lecture**, 2015.. Disponível em: <http://wiser.wits.ac.za/system/files/Achille%20Mbembe%20-%20Decolonizing%20Knowledge%20and%20the%20Question%20of%20the%20Archive.pdf>. Acesso em: 26/09/2019

⁴⁵ LEGRAND, Pierre. Jameses At Play: A Tractation on the Comparison of Laws. **American Journal of Comparative Law**, vol 65, Edição Especial, 2017, p.7-8

⁴⁶ Para uma das primeiras e mais incisivas críticas ao funcionalismo/ortodoxismo, ver: FLETCHER, George P. The Universal and the Particular in Legal Discourse, In: **BRIGHAM YOUNG UNIVERSITY LAW REVIEW**, 1987, p.338

⁴⁷ MUNSHI, Sherally. Comparative Law and Decolonizing Critique. **American Journal of Comparative Law**, vol 65, Edição Especial, 2017 P.225-226

⁴⁸ CAMPOS, Deo. Transplantes jurídicos: história, teoria e crítica no direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n 39, p. 76-96, dez 2018.

⁴⁹ MARKESINIS, Basil S. **Comparative Law in the Courtroom and the Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years** 50, 2003.

⁵⁰ MUNSHI, Sherally. Comparative Law and Decolonizing Critique. **American Journal of Comparative Law**, vol 65, Edição Especial, 2017, p.225-226

⁵¹ FRANKENBERG, Gunter. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. **Utah Law Review**, vol. 1997, no. 2, 1997, p. 259-274. p. 263.

⁵² ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998. p.47

⁵³ FRANKENBERG, Gunter. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. **Utah Law Review**, vol. 1997, no. 2, 1997, p. 259-274. p. 269.

textos políticos descritos⁵⁴.

A deferência à diferença deve orientar o comparatismo⁵⁵. Nesse sentido, a ideia de governança como exteriorização pretensamente neutra de padrões resultantes da comparação de sistemas - mormente de direito - pode resultar em uma estrutura que mascara a política - ou que busca mascarar a política⁵⁶. O tecnicismo excessivo normalmente tem êxito nessa tarefa.

Se, por um lado, o comparatismo, como método aplicado ao direito, ao promover uniformização e harmonização, pretende modernidade e pode ser identificado como moderno, o direito, por outro lado, seus conceitos, soluções e estruturas, possui raízes em matrizes muito anteriores à modernidade e não pode ser a ela reduzido. O método, portanto, não se identifica materialmente com o direito prospectado ou produzido que, em regra, acaba reproduzindo modelos tradicionais⁵⁷.

Aplicado a estruturas internacionais comuns que buscam integração normativa, o comparatismo é utilizado frequentemente para identificar se os ordenamentos estão convergindo ou não, mas deveriam identificar, na verdade, não se, mas como estão convergindo ou porque não estão convergindo⁵⁸.

Integração normativa traduz-se como padronização e, nesse processo, ainda que aplicado com respeito e cuidado, a ortodoxia comparatista dificilmente conseguiria evitar os danos de uma uniformização que avançaria sobre diferenças eliminando-as ou oprimindo-as⁵⁹.

Nesse ponto, cumpre assinalar a falta de necessidade de uniformização jurídica para a promoção da integração de sistemas de direito. Ainda que tratada de forma recorrente como desejável ou evidente, a uniformização

não conforma pré-requisito desses sistemas⁶⁰.

O processo europeu já enfrentava em 1997 forte resistências doutrinárias que se posicionavam contrariamente ao projeto de uniformização conduzido para estabelecer um código civil continental comum⁶¹. A codificação em um sistema integrado como o europeu - ou como o regional do MERCOSUL - promove invariavelmente a marginalização de perspectivas locais específicas⁶². Na União Europeia, gize-se, essas dificuldades são potencializadas pela convivência do sistema continental escrito com o common law e com sua natural dificuldade de adaptação à codificação ampla e exaustiva⁶³.

A codificação internacional pode, ao buscar eliminar divergências e aproximar sistemas jurídicos, promover, na verdade, exclusão e um globalismo eticamente deficiente⁶⁴. Códigos são esforços de implementação de uma percepção de unidade, pertencimento e de similaridade. Como resultado de esforços uniformizantes internacionais, simbolizam o êxito do afastamento da diferença⁶⁵.

O sucesso da uniformização de um direito está, portanto e em grande medida, na negação da resistência⁶⁶. Mas a harmonia, não exclusivamente mas especialmente no contexto jurídico, exige coerência⁶⁷. Harmonização, como técnica, é, entretanto, conceito essencialmente indeterminado que, no direito, encontra-se majoritariamente vinculado a transações, ao dinheiro e, portanto, à vida privada⁶⁸.

⁵⁴ LEGRAND, Pierre. European Legal Systems Are Not Converging. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, no. 1, January 1996, p. 52-81. p. 81.

⁵⁵ LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *U.C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 807.

⁵⁶ FRANKENBERG, Gunter. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. *Utah Law Review*, vol. 1997, no. 2, 1997, p. 259-274. p. 270.

⁵⁷ LEGRAND, Pierre. Breves Reflexions sur L'Utopie Unitaire en Droit. *Revue de la Common Law en Francais*, vol. 3, no. 1, 2000, p. 111-126. p. 114.

⁵⁸ Especificamente sobre a não convergência do sistema europeu, LEGRAND, Pierre. European Legal Systems Are Not Converging. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, no. 1, January 1996, p. 52-81. p. 81.

⁵⁹ LEGRAND, Pierre. Against a European Civil Code. *Modern Law Review*, vol. 60, no. 1, January 1997, p. 44-63. p. 62.

⁶⁰ LEGRAND, Pierre. Breves Reflexions sur L'Utopie Unitaire en Droit. *Revue de la Common Law en Francais*, vol. 3, no. 1, 2000, p. 111-126. p. 117.

⁶¹ LEGRAND, Pierre. Against a European Civil Code. *Modern Law Review*, vol. 60, no. 1, January 1997, p. 44-63.

⁶² LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *U.C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 803.

⁶³ LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *U.C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 804.

⁶⁴ LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *U.C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 799.

⁶⁵ LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *U.C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 799.

⁶⁶ LEGRAND, Pierre. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. *U.C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3, Spring 1998, p. 799-808. p. 800.

⁶⁷ BOODMAN, Martin. The Myth of Harmonization of Laws. *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 4, Fall 1991, p. 699-724. p. 702.

⁶⁸ BOODMAN, Martin. The Myth of Harmonization of Laws. *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 4, Fall 1991,

Harmonização, assim como o comparatismo como um todo, quando embalado no discurso da inocência, seja ele de um universalismo asséptico ou num método pragmático, pode ser tomado, por críticos, como um mito, uma grande farsa.⁶⁹ O resultado, para esses críticos, é uma nova norma ou o sucesso de uma visão hegemônica específica⁷⁰.

4 Considerações finais

A busca pela cientificidade que justifica a produção teórica formulada pelo ortodoxismo não é, em momento algum, um mal começo para a produção de um trabalho científico que, utilizando de estudos jurídicos comparados, pretende produzir, por exemplo, a harmonização de normas internacionais. O equívoco do pesquisador se apresenta justamente quando este é o único aspecto levado em consideração.

A análise metodológica, o domínio da língua estrangeira, o controle dos dados e a compreensão dos textos legais estrangeiros são partes fundamentais e devem ser observadas com atenção e rigor pelo comparatista. Mas se a pesquisa comparada se pretende devidamente aprofundada e rigorosa, estas ações são apenas o início de um complexo processo e não o processo em si, como supõe o ortodoxismo.

O abandono de outros importantes aspectos que envolvem o estudo jurídico comparado, como a análise contextual e histórica, pode levar o pesquisador ao erro de desconsiderar em sua análise o papel fundamental que ocupa a dimensão política em processos como os de harmonização de normas internacionais.

O trabalho de compreensão dogmática, quando reduzido ao positivismo dominante é parte importante e intrínseca do comparatismo, mas a redução deste processo somente a esta esfera pode significar mais do que uma mera imprecisão científica. Corre-se o sério risco da adesão ingênua a uma determinada perspectiva política e, portanto, eminentemente influenciada pela

complexa rede de relações de poder que compõe a sociedade internacional.

A ausência desta perspectiva na investigação não só coloca em risco a efetiva compreensão da norma dita harmonizada mas, sobretudo, acoberta processos de instrumentalização do direito. A formulação de normativas ditas harmônicas pode, ao fim e ao cabo, significar um amplo e complexo emaranhado de heranças de dominação históricas e culturais que precisam ser abordadas de forma detida pelos estudiosos do direito internacional e comparado.

O grande desafio do comparatista está precisamente na produção crítica do direito comparado e em sua obrigatória interconexão com a política, a sociologia e a filosofia. A atuação interdisciplinar, contemplando abordagens que ousam ir além do direito positivo, revelando processos políticos nacionais e geopolíticos, mostra-se essencial para os estudos comparados e não pode mais ser relegada a um segundo plano, como ainda hoje é percebido.

Referências

- ACHILLE, Mbembe. Decolonizing Knowledge and the Question of the Archive. **WISER Public Lecture**, 2015. Disponível em: <http://wiser.wits.ac.za/system/files/Achille%20Mbembe%20-%20Decolonizing%20Knowledge%20and%20the%20Question%20of%20the%20Archive.pdf>. Acesso em: 26/09/2019
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio: Renovar, 2001.
- BAXI, Upendra. The Colonialist Heritage. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative Legal Studies: Traditions and Transition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política** – Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.
- _____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOODMAN, Martin. The Myth of Harmonization of Laws. **American Journal of Comparative Law**, vol.

p. 699-724. p. 702-706.

⁶⁹ FRANKENBERG, Günther. The Innocence of Method – Unveiled: Comparison as an Ethical and Political Act, **Journal of Comparative Law**, vol. 9, 2014, p. 222-258.

⁷⁰ BOODMAN, Martin. The Myth of Harmonization of Laws. **American Journal of Comparative Law**, vol. 39, no. 4, Fall 1991, p. 699-724. p. 724.

39, no. 4, Fall 1991, p. 699-724.

Caldera, Rafael. The juridical basis of a new international order: conference held on 8 July 1986. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 196, 1986-I, pp. 385-400.

CAMPOS, Deo. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, vol 61, n 3, 2016, p.189-212.

_____. Transplantes jurídicos: história, teoria e crítica no direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n 39, p. 76-96, dez 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de António Menezes Cordeiro. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). **Revista Brasileira de Filosofia**. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. **Méthodologies du Droit et des Sciences du Droit**. Paris: Dalloz, 2014.

CHIMNI, B.S. The geopolitics of refugee studies: a view from the south. In: **Journal of Refugee Studies**, Vol. 11. No. 4 1998.

CRAWFORD, James Richard. Chance, Order, Change : The Course of International Law In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Volume 365, 2013, p. 27-136.

DELMAS- MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Ehrlich, Ludwik. The development of international law as a science. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 105, 1962-I, pp. 173-265.

FLETCHER, George P. The Universal and the Particular in Legal Discourse. **Brigham Young University Law Review**, p.335-351, 1987.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLORES, Joaquin. **A reinvenção dos Direitos Hu-**

manos. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

FRANKENBERG, Gunter. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. **Utah Law Review**, vol. 1997, no. 2, p. 259-274, 1997.

_____. The Innocence of Method – Unveiled: Comparison as an Ethical and Political Act. **Journal of Comparative Law**, vol. 9, p.222-258, 2014.

_____. **Comparative law as Critique**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

GORDLEY, James. Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law. **American Journal of Comparative Law**, vol. 43, no. 4, Fall, p. 555-568, 1995.

GORDLEY, James. The Universlism Heritage, In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative Legal Studies: Traditions and Transition**. Cambridge: Cambridge University press, 2011.

HADDAD, Emma. **The Refugee in International Society: Between Sovereigns**. Cambridge: University Press, 2008.

HUG, Walther. The History of Comparative Law. **Harvard Law Review**, v. 45, n. 6, p. 1.027-1.070, 1935.

JELLINEK, Georg. **Das Recht des modernen Staates**. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900.

KENNEDY, David. The Methods and the Politics. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative Legal Studies: Traditions and Transition**. Cambridge: Cambridge University press, 2011. p.345-433.

KOSKENNIEMI, Martti. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.

LEGRAND, Pierre. European Legal Systems Are Not Converging. **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 45, no. 1, p. 52-81, 1996.

_____. Against a European Civil Code. **Modern Law Review**, vol. 60, no. 1, p. 44-63, Jan 1997.

_____. Breves Reflexions sur L'Utopie Unitaire en Droit. **Revue de la Common Law en Francais**, vol. 3, no. 1, p. 111-126, 2000.

_____. Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists. **U.C. Davis Law Review**, vol. 31, no. 3, p. 799-808, Spring 1998.

_____. European Legal Systems Are Not Converging.

- International and Comparative Law Quarterly**, vol. 45, no. 1, p. 52-81, January 1996.
- _____. Jameses At Play: A Tractation on the Comparison of Laws, **American Journal of Comparative Law**, vol 65, Edição Especial, p.1-132, 2017.
- LOCHAK, Danièle. **Le droit et les paradoxes de l'universite**. Paris: PUF, 2010.
- MATTEI, Ugo. Comparative Law and Critical Legal Studies, In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p.815-837.
- MARKESINIS, Basil S. **Comparative Law in the Courtroom and the Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years** 50, 2003.
- MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 339-382.
- MUNSHI, Sheraly. Comparative Law and Decolonizing Critique, **American Journal of Comparative Law**, vol 65, Edição Especial, p.225-226. 2017.
- NEL, Michelle; SIBIYA, Vukile Ezrom. Withdrawal from the International Criminal Court: Does Africa have an alternative? In: **African Journal on Conflict Resolution**. Vol 17 No 1 (2017)
- PERTSCH, Anne; PÜSCHMANN, Pertsch. First Order, then Humanity: on the Involvement of Frontex at the Greek Border. In: **Verfassungsblog.de** em 25 de março de 2020. <https://verfassungsblog.de/first-order-then-humanity/> Acesso em 10 de junho de 2020.
- RILES, Annelise. **Rethinking the Masters of Comparative Law**. Oxford, Hart Publishing, 2001.
- Rosenne, Shabtai. The perplexities of modern international law: general course on public international law. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 291, 2001, pp. 09-471.
- Rousseau, Charles. Principes de droit international public. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 93, 1958-I, pp. 369-550..
- ROUSSEAU, Jean-jacques. **Du contrat social**. Paris: Union Générale d'Éditions, 1973.
- SCHIAVONE, Aldo. **IUS: L'invention du droit en occident**. Paris: Belin, 2008.
- TAUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Trindade, Antônio Augusto Cançado. International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 316, 2005, pp. 09-439.
- VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Teoria do estado e a unidade do direito internacional - domesticando o rinoceronte**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- Virally, Michel. Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 183, 1983-V, pp. 09-382.
- WALZER, Michael. **Thick and thin, moral argument at home and abroad**. Notre Dame: undp, 1994.
- WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370.
- ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: remaking the refugee label in an era of globalization. In: **Journal of Refugee Studies** Vol. 20 No. 2007.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.