

Direito comparado ou comparações

- Pesquisador – estudos e teses de doutorado
- Legislador – consulta outros sistemas antes de se aventurar em uma nova regulamentação
- Juiz – consulta jurisprudência de outras cortes antes de solucionar um caso

Globalização econômica

- Internacionalização do direito
- As diferenças ou “particularismos jurídicos” parecem obstáculos
- Em geral, o comparativista não os suprime, ele os contorna

Movimento caótico

- Não há um avanço coerente, se sim uma resposta a pressões, como a livre circulação
- Disciplina cresce também caoticamente
- Muitas esperanças e projetos faraônicas, mas deficiências de metodologia e epistemologia
- Em geral, mera descrição do direito estrangeiro – direito comparado decorativo (Marie-Claire Ponthoreau)

Crenças a desfazer (Otto Pfersmann)

- 1) Direito comparado é um sistema jurídico transnacional
- 2) É uma ciência que permite unificar direitos ou antecipar a homogeneização de sistemas jurídicos
- 3) Ciência dos direitos estrangeiros
- 4) Ciência que permite melhorar a solução dos casos (a jurisprudência)

Crença 1

- Nacional
 - Internacional
 - Supranacional
 - Transnacional
- sistema de níveis múltiplos: nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva (Marcelo Neves)

Sistema jurídico multicêntrico

“na perspectiva do centro (judiciário) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia.

Nesse sentido, por exemplo, para o judiciário brasileiro, tanto juízes de outros Estados quanto os tribunais de ordens jurídicas internacionais, supranacionais e transnacionais, quando suas decisões são por ele levadas em conta, apresentam-se como periferia e viceversa (Neves).

Crença 2

- Coordenação, harmonização e unificação (Delmas-Marty)

Exemplos:

- UE, cooperação em matéria penal

[https://e-justice.europa.eu/
content cooperation in criminal matters-89-
pt.do](https://e-justice.europa.eu/content_cooperation_in_criminal_matters-89-pt.do)

- Instituto para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) <http://www.unidroit.org/news>

Crença 3

- A qualificação de estrangeiro é absolutamente relativa e contingente - por exemplo, no Mercosul, os direitos argentino, brasileiro, paraguaio e uruguaio seriam estrangeiros?
- Não há valor conceitual intrínseco
- O nacional sempre ficaria de fora – mas qual seria este “privilégio nacional” em relação às demais ordens jurídicas?
- Solucionar questões num dado território não é especificidade científica

- A ciência do direito é o estudo das ordens jurídicas, a limitação ao direito nacional seria anti-científica
- Logo, o direito comparado não é um alargamento em direção ao novo e o inédito, ele é teoria do direito

Crença 4

- Descrição de um objeto que permitiria **produzir** algo que seria objetivamente **melhor**
- Ex.: Hannah Arendt, leis de desnacionalização – I Guerra levou Estados ao cancelamento de naturalizações duvidosas – abriu precedentes para leis na França, em Portugal, Rússia, Bélgica, Egito, Turquia, Áustria, Alemanha e muitos outros

Funções do direito comparado (Pfersmann)

- A) Explicativa
- B) Crítica

A) Explicativa

- De quê estamos falando?
- Dificuldade inerente a qualquer comparação
- Agravada pela pluralidade de idiomas
- e por diferentes níveis de linguagem

Ex.

- The president enjoys immunity, except in case of high treason
- Le président bénéficie de l'immunité, sauf en cas de haute trahison
- ?

- legal culture, culture juridique, cultura jurídica, cultura giuridica, juristische kultur
- Sociologia do direito: valores e atitudes que ligam o sistema em um conjunto, e que determinam o local ocupado pelo sistema jurídico na cultura da sociedade considerada como um todo

Daumier, Les gens de justice

- http://expositions.bnf.fr/daumier/feuille/06_1.htm

- Aproximações progressivas e não equivalência escrita
- Quando um jurista descreve uma ordem jurídica, ele procede a uma interpretação de enunciados que exprimem proposições normativas que constituem um dado sistema jurídico
- Interpretação conceitual diferenciada

- Há conceitos que buscamos em diversas ordens jurídicas, sob diferentes denominações: direitos fundamentais, constituição formal, ...
- Enquanto o direito nacional dá a resposta do texto legal (em geral da constituição), o direito comparado pode descrever estruturas de qualquer sistema jurídico – ex. Conceito de direitos fundamentais

B) Função crítica

- Ao utilizar interpretações conceituais diferenciadas, ele escapa aos determinantes da terminologia nacional que forjou aquela norma
- Assim ele pode contribuir à tecnologia da produção normativa
- “é normalmente irresponsável não estudar as estruturas jurídicas possíveis”

Pierre Legrand

- <http://www.pierre-legrand.com/>
- A ética da comparação requer a crítica do objeto, da própria cultura jurídica, mas também de si mesmo, suas ilusões e seus limites
- Distância crítica inclusive com o próprio ato da comparação

Gadamer (1900–2002)



- Quem quer compreender um texto sempre tem um projeto, é guiado por uma busca de sentido (Verdade e Método)

- O comparatista, em sua apreensão de outro direito, não desaprende o que ele já sabe de sua cultura jurídica

Advertências (Gunter Frankenberg)

1) Tomar distância, renunciar aos preconceitos de sua cultura jurídica

Horatia Watt – caráter subversivo do direito comparado é o conhecimento crítico de sua própria cultura

2) Fazer a diferença – atenção à diversidade

Pôr em questão a neutralidade do pesquisador e a universalidade de valores

Consciência de que a comparação e a classificação de conhecimentos está relacionada ao contexto sócio-cultural

- Pierre Legrand: espaço de pertinência – nem tudo pode ser comparado
- Atividade do comparativista não é medir diferenças e semelhanças, e sim dar sentido a esta mensuração
- Levar a sério os critérios de comparação

- Movimento que gera a constituição em sentido moderno vem de tempos e espaços diferentes
- Vários constitucionalismos, geralmente nacionais mas com momentos de aproximação
- Teoria do governo limitado
- Direitos como dimensão estruturante da vida social

Constitucionalismo

- Teoria normativa da política
- Técnica específica de limitação do poder com fins garantistas
- Questionamento dos esquemas tradicionais de dominação política a partir do século XVIII

Constituição moderna (ocidental)

- Ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito (?)
- No qual se declaram liberdades e direitos
- E se fixa os limites do poder político

Temas centrais

- Fundação e legitimação do poder político
- Legitimação das liberdades