

Da ortodoxia à crítica: teorias da comparação jurídica  
From orthodoxy to criticism: theories of legal comparison

*Deo Campos Dutra*

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC/RIO e Faculdade Doctum/Juiz de Fora.  
Doutor em Direito pela Université Paris Ouest Nanterre la Défense (Paris X) e pela PUC-Rio.  
E-mail: deo\_campos@yahoo.com.br

**Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 189-211, Jan.-Abr., 2018 - ISSN 2238-0604

[Recebido: Fev. 03, 2017; Aceito: Out. 11, 2017]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.1759>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

## Resumo

O presente artigo tem dois objetivos que são interconectados e concomitantes. O primeiro deles é explicitar a importância fundamental da Teoria da Comparação Jurídica, como campo autônomo e essencial dos estudos que compõem o Direito Comparado, paradoxalmente pouco explorada na literatura jurídica nacional. Para isso, foram destacadas e analisadas de forma detida o diálogo entre duas das principais contribuições desenvolvidas pelos estudiosos deste campo. As escolas ortodoxa e crítica, através de seus principais expoentes, dedicam seus esforços intelectuais em produzir uma reflexão sobre a produção do conhecimento jurídico comparado. Os cruciais aportes trazidos por essas inteligências são, por sua vez, o segundo e último objetivo deste estudo.

**Palavras-chave:** Teoria da comparação Jurídica. Ortodoxia. Teoria Crítica da Comparação Jurídica.

## Abstract

The present article has two main objectives that are interconnected and concomitant. The first one is to explain the fundamental importance of the Theory of Legal Comparison, as an autonomous and essential field of studies that compose Comparative Law, paradoxically little explored in the national legal literature. To achieve this result, the dialogue between two of the main contributions developed by scholars in this field was highlighted and analyzed in a detained way. The orthodox and critical schools, through their main exponents, dedicate their intellectual efforts to produce a reflection on the production of comparative legal knowledge. The crucial contributions brought by these intelligences are, in turn, the second and last objective of this study.

**Keywords:** Theory of legal comparison. Orthodoxy. Critical Theory of Legal Comparison.

## 1 Introdução

“Todo comparatista é um nômade intelectual”

Vivian Curran.

O processo científico de comparação entre sistemas legais, notadamente conhecido como Direito Comparado, há muito vem tendo como um dos seus principais objetos de atenção a sua designação, considerada por muitos como um “termo solto” que pretende designar todo e qualquer estudo que não está confinado no âmbito do direito doméstico (HUG, 1932, p. 1027).

Para Geoffrey Samuel, o Direito Comparado pode ser facilmente designado se nos restringirmos a seu tradicional conceito, centrado na ideia de que o termo pode ser definido como “[...] a comparação das regras legais (ou normas), conceitos, categorias ou instituições de um sistema jurídico com o outro” (SAMUEL, 2014, p. 10).

Mas esse conceito pouco diz da disciplina. O Direito Comparado é considerado um dos mais complexos ramos do direito (RILES, 2015) e poucos foram os estudiosos que dedicaram suas atenções de forma específica no desenvolvimento de um processo de compreensão e análise deste conteúdo.

Continuemos com o exemplo da conceituação dada por Samuel. Segundo o autor, mais importante do que conhecer seu conceito, é fundamental compreender o que não é o direito comparado para conhecer de fato a definição da disciplina. Para o professor inglês, e seguindo a caracterização de Alan Watson, o direito comparado não é meramente o estudo que permitirá o pesquisador adquirir o conhecimento de um novo sistema jurídico. Não se trata, portanto, de uma introdução ao direito Francês ou Chinês, por exemplo (WATSON, 1974, p. 4).

Tampouco podemos considerar o direito comparado como uma “[...] forma particular de história do direito, ou filosofia do direito” (SAMUEL, 2014, p. 10). É fundamental a compreensão da importância do processo comparativo como prática que transcende as disciplinas em que ele contribui.

Neste sentido, e a título de exemplo, em que pese haver muito de comparação jurídica, através da aplicação de seus métodos, o desenvolvimento de uma pesquisa em história do direito é distinta em objeto e objetivo, já que o Direito Comparado centra seus esforços na compreensão do presente, diferentemente dos objetos de trabalho dos historiadores do direito.<sup>1</sup>

1 O que não significa, evidentemente, que os trabalhos dos historiadores do direito não sejam de vital importância para a própria compreensão do presente, através de uma perspectiva histórica. É a diferença do foco inicial da preocupação do pesquisador que marca a distinção entre as disciplinas, segundo Samuel. Para a importância do trabalho do historiador na compreensão do seu tempo, ver: Bloch, Marc. *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien*. Paris: Armand Colin, 2007.

Apropriando-se da reflexão de um especialista da literatura comparada, Yves Chevrel (2016), e deixando clara a importância do papel científico e de disciplina independente dos estudos comparados, Samuel acaba por conceituar o direito comparado como o processo pelo qual os comparatistas conduzem distintos objetos jurídicos (leis, jurisprudências, doutrinas, por exemplo) com o intuito de estudá-los, dentro de um quadro científico onde este objeto ou elemento é trabalhado e observado nos termos da sua diferença com outros elementos jurídicos externos (SAMUEL, 2014, p. 11).

Neste sentido, tanto o “objeto jurídico doméstico” quanto o “objeto jurídico externo” ao serem comparados e evidenciarem seus contrastes e similaridades, oferecem a possibilidade da progressão do conhecimento jurídico do pesquisador. Aqui, completa Samuel, a expressão “direito comparado” deve ser entendida nos termos de uma “[...] dialética entre o sistema legal doméstico e o sistema legal estrangeiro” (SAMUEL, 2014, p. 11).

Este pequeno exercício, que levou em consideração apenas uma pequena parte do amplo debate sobre o conceito de Direito Comparado, nos leva a refletir sobre a importância do estudo da Teoria da Comparação Jurídica, aqui entendida como parte integrante que compõe a disciplina do Direito Comparado e que tem como intuito investigar como é produzido e quais os limites e possibilidades do complexo processo da investigação jurídica comparativa, concentrando suas atenções nas suas bases teóricas e filosóficas, excluindo assim a análise dogmática comparativa.

Outro ponto também é objeto de obscuridade. É importante sermos claros na diferenciação da “ciência da comparação jurídica e os seus métodos”. Muitos pesquisadores, ao buscarem no direito comparado a oportunidade para sofisticarem suas pesquisas, usam em diversos momentos dos seus métodos como instrumento.

Por outro lado, e surpreendentemente, poucos se interessam em estudar de forma sólida as bases teóricas necessárias para que a comparação jurídica possa ser mais do que apenas uma mera retórica argumentativa sem o rigor exigido nos trabalhos comparados.

Desta forma, como salienta Erik Jayme, é importante sermos claros na demarcação entre a ciência da comparação jurídica e os seus métodos. (JAYME, 1995, p. 105). Sua distinção, por outro lado, não impede que a segunda seja objeto integrante da primeira.

Observam-se, assim, dois fenômenos. O primeiro é a pouca produção acadêmica em torno do Direito Comparado. A disciplina é, inclusive, historicamente conhecida no Brasil pelo desafio travado pelos seus estudiosos para a sua solidificação (TAVARES, 2006).

O segundo fenômeno, cada vez mais observado, é a produção de “estudos” claudicantes em direito comparado, exatamente pelo fato de que os pesquisadores não possuem o arsenal teórico necessário da Teoria da Comparação Jurídica. Essa profunda incorreção é observada no mundo e, especialmente, no Brasil tanto na perspectiva da academia jurídica quanto da prática profissional.

Estamos, portanto, inseridos num ambiente jurídico onde os poucos que trabalham com Direito Comparado, o fazem de forma “[...] embaçada, incoerente e, mais do que isso, descomprometido” (LOIS; MARQUES, 2015, p. 59). Ou seja, grande parte dos raros pesquisadores e profissionais que fazem Direito Comparado, o fazem de forma mal feita.

Isso porque, acreditamos, a Teoria da Comparação Jurídica é uma esfera do Direito Comparado pouco explorada, inclusive, dentro do âmbito dos estudos comparados. Poucos foram os autores que dedicaram seu tempo a pensar criticamente qual a natureza, os métodos, quais as características e os desafios da comparação jurídica.

As grandes obras de direito comparado que marcaram o campo são sublinhadas pelo desenvolvimento de determinados métodos do direito comparado tendo claramente a perspectiva privatista como preponderante. Poucas são as obras dedicadas exclusivamente à Teoria da Comparação Jurídica, como a de Samuel ou de Pierre Legrand (2014), onde há capítulos inteiros dedicado à complexa questão da definição dos termos do direito comparado ou sobre o debate epistemológico que envolve um estudo comparativo.

Assim, até mesmo grandes contribuições como a de David (2016), no campo da classificação das famílias do direito, ou de Watson (1974), no âmbito da teoria dos transplantes jurídicos pouco falam sobre o tema.

Mesmo a obra mais influente nas últimas décadas no campo, o livro dos professores alemães Konrad Zweigert e Hein Kötz, em sua segunda edição, aborda de forma acanhada, apesar de incisiva, temas inerentes à teoria da comparação jurídica, dedicando somente uma dezena e páginas da primeira parte de seu trabalho ao assunto (1998, p. 1-48).

O primeiro fenômeno vem sendo superado pouco a pouco. Cada vez mais identificamos novas obras com uma perspectiva comparatista. Por outro lado, o que se tem observado é que os autores acabam dedicando-se a formatar produtos científicos dentro da comparação jurídica dogmática do seu campo de trabalho.

Desta forma, podemos observar um aumento do número de obras de qualidade, por exemplo, no campo do direito constitucional comparado (TUSHNET, 2015) ou da história do direito comparado (HALPERIN, 2013).

Isso não é, por si só, um problema, evidentemente. Tampouco significa que esses pesquisadores não frequentem com liberdade e conhecimento o campo da Teoria da Comparação Jurídica. Essa ascensão, por outro lado, deixa ainda mais evidente uma importante lacuna na literatura jurídica.

O que torna o quadro geral um problema é, como salientamos anteriormente, a pouca produção de obras que possuem suas atenções voltadas diretamente para a teoria da comparação jurídica. Pesquisas inteiramente dedicadas ao método do direito comparado, por exemplo, são raras e devem ser celebradas (MONATERI, 2012).

Tal comportamento por parte da academia é, no mínimo, incompreensível. A Teoria da Comparação Jurídica é parte essencial e inicial de todo o processo de

compreensão da produção dos estudos comparativos. Causa espanto observar que a composição em si de um estudo comparado, por exemplo, sequer cite em suas referências obras que se dedicam à teoria da comparação.

A Teoria da Comparação Jurídica é um importante campo de trabalho e pesquisa inexplicavelmente inexplorado pelos estudiosos do direito. Desta forma, sua investigação não pode ser considerada apenas uma parte inicial no estudo do direito comparado, uma mera formalidade.

Ela é parte obrigatória do processo de solidificação dessa área do direito. Seu abandono é um equívoco grave e deve ser combatido. Sua importância é primordial e deve ser não só divulgada, para que novos pesquisadores se interessem pelo assunto, mas também assumida como um compromisso dos diversos estudiosos que circulam pelo campo dos estudos comparativos.

Adotando essas reflexões iniciais como pressupostos, este estudo tem dois objetivos primordiais. O primeiro deles é apresentar ao leitor, sem a pretensão de exaustão, as principais perspectivas da Teoria da Comparação Jurídica de duas importantes contribuições feitas nesse campo.

Os autores aqui analisados enfrentaram questões fundamentais tais como qual a função da comparação, como ela deve ser compreendida, seus métodos, complexidades e limites. Mais do que questionar ou convencer-se de suas posições é essencial congratular o trabalho de todos eles, responsáveis diretos pelos importantes alicerces que se apoiam todo um grupo de estudiosos do campo no mundo.

A perspectiva inicial é a desenvolvida pelos professores alemães Konrad Zweigert e Hein Kötz, que é, ainda hoje, a mais influente no campo. A partir dessa leitura clássica da Teoria da Comparação Jurídica, apresentaremos os contrapontos feitos por outro pesquisador alemão Günther Frankenberg que, segundo entendemos, oferece uma significativa concepção, que acrescenta elementos críticos que contribuem para o avanço da reflexão no campo.

Utilizando esse interessante debate dentro do campo e que contribui como linha mestra de nosso artigo, pretendemos alcançar nosso segundo objetivo e produzir um primeiro espaço de reflexão sobre a relevância dos ignorados estudos da Teoria da Comparação Jurídica. A intenção principal da segunda finalidade deste artigo é alertar ao leitor para a importância do aprofundamento dessa fase do estudo comparado para a produção de todo e qualquer produto científico que pretenda realizar com rigor uma comparação jurídica.

Desta forma, pretendemos alertar ao estudioso para o um vasto sub-campo de estudo do Direito Comparado, a Teoria da Comparação Jurídica, parte fundante, porém pouco explorada, mas repleta de intrigantes problemas científicos que refletem em diversos campos do Direito.

A produção da comparação no campo do direito é um processo que passa, de forma preliminar e obrigatória, pelo estudo da Teoria da Comparação e é urgente levar

os debates que ocorrem nesse pouco explorado campo para o centro das atenções dos estudiosos brasileiros. Esse debate, quase totalmente desconhecido no Brasil, tem na Alemanha do pós-guerra nosso ponto de partida.

## 2 Konrad Zweigert e Hein Kötz e a ortodoxia positivista na teoria da comparação jurídica

A obra mais influente dos estudos nomeados de Direito Comparado foi produzida por dois pesquisadores alemães na década de sessenta do século passado. Grande parte da razão do seu prestígio está exatamente na diminuta parte dedicada pelos autores ao estudo da Teoria da Comparação Jurídica. Lá são dadas as linhas mestras da perspectiva teórica que irá dominar o campo até os dias de hoje e que foi denominada de “positivista-ortodoxa” (LEGRAND, 2008, p. 125).

O aparecimento desta obra pode ser considerado parte integrante de um descontínuo processo de solidificação do Direito Comparado na Alemanha. Depois de um difícil período de vinculação ao ideal nacional-socialista<sup>2</sup> e seu consequente desaparecimento no período pós-guerra, os estudos comparatistas alemães veem seu renascimento e solidificação no ambiente acadêmico nacional através da renovação de uma série de ações institucionais que recuperam as primeiras práticas realizadas ainda na República de Weimar.

Uma dessas realizações é marcada pelo difícil retorno de Ernst Rabel, nome de histórica importância nos estudos comparatistas. O professor Rabel foi o responsável pelo projeto de lei uniforme para o comércio internacional que é considerado como uma verdadeira fundação intelectual da ideia de unificação internacional das leis de comércio. É também de Rabel a criação da primeira configuração do método funcionalista que tanto irá influenciar as gerações seguintes (GERBER, 2001, p. 190).

Exilado até o fim da segunda guerra nos EUA, Rabel volta ao Instituto de Tübingen após ter recebido o convite do professor Hans Dölle e vê, ao mesmo tempo em que sofre represálias de seus antigos colegas, o surgimento de um dos centros mais importantes para o estudo do direito comparado (SCHWENZER, 2012, p. 87).

Na mesma época, a Alemanha inaugurava o Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht em sucessão ao Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, fundado pelo próprio Rabel em 1926 e dissolvido após a guerra. Em 1956 o centro de pesquisa se estabeleceu em Hamburgo e, com o estratégico apoio governamental ele é, ainda hoje, um amplo núcleo de referência em todo o mundo.<sup>3</sup>

2 Sobre a relação entre o direito e o nazismo, ver: JOUANJAN, Olivier. *Justifier l'injustifiable*. Paris: PUF, 2017.

3 Para a história do Instituto, ver: <[http://www.mpipriv.de/en/pub/about\\_us/academic\\_history.cfm](http://www.mpipriv.de/en/pub/about_us/academic_history.cfm)>. Acesso em: 03 fev. 2017.

É nesse centro que dois dos seus pesquisadores irão escrever um dos Manuais de maior preponderância deste campo do Direito. A gestação deste importante texto já pode ser observada em 1949, quando Konrad Zweigert, em sua aula inaugural, estabelece as matrizes de um novo funcionalismo, começa a renovar o campo e estabelece os marcos metodológicos que serão objeto de disputa até hoje<sup>4</sup>.

Sua proposta, herdeira de Rabel, se diferencia da primeira na medida em que recomenda uma avaliação crítica da lei e a consequente escolha da melhor lei entre as analisadas (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 8). A solução adotada até o momento era a de Rabel, ou seja, a lei predominante no sistema é a que deveria ser objeto de estudo. (SCHWENZER, 2012, p. 90).

Outra importante influência para Zweigert foi Rudolph von Jhering, considerado por ele como um dos desbravadores dos caminhos que irão oportunizar uma primeira metodologia que serviria de base para as desenvolvidas pelos comparatistas. Outra contribuição de Von Jhering é sua perspectiva universal da ciência do direito, que também marca o comparatismo ortodoxo. (ZWEIGERT; SIEHR, 1971, p. 230).

Com o lançamento da obra “Uma Introdução ao Direito Comparado” em 1969, agora em parceria com seu aluno e discípulo no Instituto, Hein Kötz, o professor Zweigert avança no esclarecimento de sua proposta do direito comparado como um método universal de interpretação. A obra, por sua vez, ganha reconhecimento internacional na tradução do professor de Cambridge, Tony Weir, em 1977 (SCHWENZER, 2012, p. 94).

Para alguns analistas, a obra é notável pelo que diz e pelo que não diz. Diversas são as questões colocadas pelos autores que não são respondidas no texto. (GRAZIADEI, 2011, p. 103). É nesta obra que os professores expõem suas diretrizes básicas e delimitam as fronteiras do direito comparado. Sua primeira grande preocupação é defender uma “cientificidade” da produção do estudo comparado.

A pretensão é alcançar o máximo de “tecnicidade” possível no trabalho de comparação jurídica. Segundo os mesmos, é necessário defender um direito que não seja vinculado com um país ou cultura, mas sim com a autêntica cientificidade. A análise é estritamente vinculada à lei e “nada além dela” (MICHAELS, 2006, p. 1017). O direito comparado deve, portanto, “apresentar-se como uma ciência pura.” (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 6).

O que podemos observar é que prevalece na obra a ideia da necessidade da neutralidade e da isenção do trabalho científico na busca pela identificação de uma similaridade (*praesumptio similitudinis*) entre as normas avaliadas no processo de construção da comparação entre os sistemas jurídicos.

Assim como não existe uma “física alemã” ou uma “geologia canadense”, não devemos permitir, defendem os autores, que o direito seja caracterizado pelas particularidades dos sistemas jurídicos locais. (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 33).

4 Sobre o tema, ver: CAMPOS, Deo. Método(s) em Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 61, n. 3, 2016. p. 189-2012.

Esse esforço obriga que o comparatista se descontextualize, ou seja, que ele abandone as ideias que fazem parte do seu sistema jurídico e os conceitos pré-estabelecidos pelo seu próprio sistema legal devem ser “erradicados” da sua razão ao produzir seus estudos comparados. Suas observações críticas devem ser, inclusive, apartadas de seus relatórios (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 35-40).

Isso significa, sobretudo, o estabelecimento de um compromisso do pesquisador em abster de sua própria subjetividade, de sua história como indivíduo e adentrar num trabalho de reflexão que seja verdadeiramente neutro. Só assim ele poderá identificar as características da norma estrangeira, como ela de fato é, atuando de maneira isenta e científica. A objetividade é, portanto, parte essencial do trabalho do comparatista.

É interessante identificar que, apesar dessa exigência de neutralidade, Zweigert não deixa de considerar importante o processo de avaliação do investigador no procedimento de comparação, desde que ela esteja fundada numa escolha convincente da lei mais justa entre as diversas soluções analisadas. (ZWEIGERT; PUTTFARKEN, 1973-76, p. 334). Entretanto, o desafio da realização desta técnica sem recorrer a subjetividade do próprio estudioso não parece ter sido objeto de curiosidade do autor.

Portanto, fazer Direito Comparado, significa, sobretudo, atuar de forma desencarregada de qualquer perspectiva particular e estar fortemente pautado por uma compreensão quase que “cartesiana” de fazer direito comparado (LEGRAND, 2005, p. 645).

Para isso o positivismo jurídico é tomado como espaço inicial para o processo de comparação. A análise da letra da lei é parte fundante desse processo (GORDLEY, 2007, p. 1081) e só será objeto da análise comparativa a norma que faz parte do direito positivo de um determinado sistema jurídico (HALPÉRIN, 2009, p. 3-6). Tudo para além da atenção à letra da lei será, num primeiro momento, excluído da análise comparativa.

Essa lei, por sua vez, irá informar qual o sentido correto do texto. Esse significado, continuam os autores, não permite interpretações divergentes. Ele é único e uma das importantes tarefas do comparatista é identificá-lo.

Isso porque, seguem, os problemas legais são idênticos no mundo todo. Cada sistema legal está, desta maneira, aberto as mesmas questões e padrões, mesmo se eles possuem realidades culturais distintas ou estágios de desenvolvimento diferentes. (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 46).

Desta maneira, podemos identificar uma das principais “regras de ouro” do direito comparado para os autores. Essa regra afirma que cada sistema legal, mesmo que distinto uns dos outros, possui similares soluções para os mesmos problemas da vida. (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 39).

Neste sentido, a melhor resposta só será encontrada se conseguirmos retirar toda as influências culturais e sociais do estudo dessa norma para assim identificarmos de

maneira clara qual a função daquela lei e qual seria a razão para o surgimento dela (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 44).

O processo de identificação do sentido correto da letra da lei faz parte deste mecanismo de comparação que tem como razão principal apontar a verdade dentre os sistemas legais. Essa é, completam, o último objetivo dos estudiosos da comparação, “descobrir a verdade”. O direito comparado é, assim, considerado como uma verdadeira *École de vérité*. (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 15).

A possibilidade da descoberta da verdade “cartesiana”, permite, completam os defensores do ortodoxismo-positivista, a universalização do método funcionalista, instrumento metodológico que sustenta a perspectiva.<sup>5</sup>

Desta forma, o que podemos observar é a constituição de um verdadeiro itinerário de universalização do trabalho do comparatista. Sob a égide da cientificidade e da adoção de um modelo científico dito correto, propaga-se uma maneira metodologicamente rígida de realizar a comparação jurídica, qual seja: o funcionalismo. Assim, para Zweigert, o Direito Comparado é o método funcional (ZWEIGERT; PUTTFARKEN, 1973-76, p. 345).

O quadro teórico desenvolvido na metade do século passado influencia até hoje diversos estudiosos e o livro é ainda, sem dúvida, o guia de muitos comparatistas no mundo inteiro. Diversos autores vinculam-se a essas premissas básicas constituídas pela por denominada “Escola do funcionalismo”. Seu grau de preponderância pode ser notado nos trabalhos de comparatistas de todos os campos, do direito público ao direito privado, na Europa, América do Norte ou Ásia.

Um dos mais importantes autores do direito comparado Basil Markesinis, advoga, por exemplo, o valor da ortodoxia na medida em que acredita que o direito comparado deve se preocupar primordialmente e estritamente em analisar casos específicos e como cada um deles foi resolvido em sistemas distintos (MARKESINIS, 1990).

No campo do direito privado, importantes autores, como James Gordley, expõem de forma sucinta os mesmos predicados estabelecidos por Kötz e Zweigert. Para o professor norte-americano, a função da comparação jurídica é identificar as similaridades em “processos de fabricação da lei” que estão presentes em todo o mundo. (GORDLEY, 2011, p. 43).

Ao mesmo tempo, as respostas dadas pela lei para os problemas que ela enfrenta podem até serem diferentes em algum sentido, mas seus problemas não o são e podemos identificar similaridades neles estando em “Montpellier, Manchester [...] Tokyo ou Jakarta (GORDLEY, 1991, p. 1). O processo de comparação de leis estrangeiras é, portanto, uma empreitada relativamente trivial (BOGDAN, 2004,

5 Para detalhes sobre o método funcionalista, 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.

p. 1234), sempre quando temos sedimentados as premissas metodológicas do ortodoxismo-positivista e seu conseqüente funcionalismo em nosso processo científico.

A adoção do método funcionalista por parte dos juristas que trabalham no campo privatistas também pode ser explicada pelo fato de que ele é considerado o mais prático dos métodos desenvolvidos pela teoria da comparação jurídica para identificar e resolver potenciais conflitos de leis que aparecem na atividade jurídica (JAYME, 1995, p. 105).

No campo do direito público a influência não é menor. Esse prestígio não deixa de ser curioso, na medida em que Zweigert e Kötz advogam claramente em favor de uma comparação jurídica limitada estritamente ao campo do direito privado (1998, p. 45).

Vicky C. Jackson, uma das principais responsáveis pelo restabelecimento do direito constitucional comparado nos EUA, em um de seus textos mais influentes, destaca que a comparação deve estar atenta às preocupações do método funcional, mesmo que contextualizado. Ainda que propondo a aplicação de outros métodos de comparação, o funcionalismo continua sendo o ponto de partida da comparação para Jackson. (JACKSON, 2012, p. 72).

Desta forma, e ainda segundo a autora, mesmo que a comparação jurídica possa ser “iluminada” pela diferença cultural para uma melhor compreensão do próprio sistema do pesquisador e não possa abrir mão de uma análise exterior ao direito, ela deve estar atenta, em grande medida, em identificar as similaridades entre as normas (JACKSON, 2010, p. 178-180).

Já o professor David Law leva a ideia da similaridade a uma profunda dimensão no campo do direito constitucional comparado. O autor defende a tese de um direito constitucional “genérico”. Essa generalização não significa que há um conjunto de princípios que são verdadeiros ou bons e são aplicados pelos Estados em razão disso.

Para Law, diversos sistemas constitucionais no mundo, especialmente as cortes constitucionais em sua aplicação, possuiriam tantos “pontos em comum” que devem ser entendidos de forma abrangente. Aqui a ideia de similaridade é levada ao extremo e as diferenças entre os sistemas não devem ser merecedoras de atenção do estudioso, numa perspectiva claramente funcionalista (LAW, 2005).

Os aqui exemplificados “herdeiros do ortodoxismo” não seguem necessariamente de maneira integral a posição dos autores alemães. Eles tampouco não possuem críticas em relação ao trabalho dos autores. Essa designação pode soar, desta maneira, artificial, diante da complexidade dos trabalhos destes e outros autores.

Por outro lado, o que é importante identificar é a forte influência do itinerário metodológico assumido como a forma mais correta, técnica ou até mesmo “científica” para se fazer a comparação jurídica, amplamente fundada naquela desenvolvida pelos autores analisados.

Há, ao mesmo tempo, em grande parte dos estudiosos em direito comparado, uma preocupação quase que exclusiva na identificação das possíveis similaridades

dos sistemas jurídicos, seja para obter um estudo funcional da lei, na busca por um “common core” e no projeto de uniformização do direito.

A importância deste trabalho de teoria da comparação feito por Zweigert e Kötz é exatamente sua influência direta ou indireta em toda uma geração de comparatistas que não conseguem se descolar desta escola, mesmo que para criticá-la. Poucos estudos assumem o desafio de se afastarem do funcionalismo e das suas premissas de cientificidade. Quase nenhum pretende isso e usa de seus axiomas como ponto de partida para a construção de sua própria perspectiva.

Um dos autores que se dedicou ao estudo da teoria da comparação em direito comparado é o professor alemão Günther Frankenberg, ligado à escola crítica do direito. A motivação do professor em buscar construir um novo método de pesquisa em direito comparado tem origem na negação do funcionalismo e na presunção de necessidade e universalidade. A notável intenção do professor é transformar o direito comparado convencional num instrumento de crítica ao direito (BRAND, 2007, p. 433) e tem seu início na metade da década de oitenta do século passado.

### 3 Günther Frankenberg e a teoria crítica da comparação jurídica

O trabalho de Günther Frankenberg tem sido objeto de estudo de diversos pesquisadores no campo do direito constitucional comparado (FRANKENBERG, 2010) e da Teoria da Comparação Jurídica ao redor do mundo. No campo do Direito Comparado, o trabalho do professor alemão tem diversos méritos, dois deles importantes para nosso estudo.

O pesquisador é reconhecidamente um dos estudiosos que mais se dedicaram a refletir sobre a teoria da comparação jurídica, especialmente no que tange às questões epistemológicas, produzindo diversos artigos sobre o tema. Entre seus artigos, um deles ocupa um espaço importante na história da comparação jurídica por ter sido um dos primeiros a contestar a leitura dominante do direito comparado feita pelos ortodoxos (1985).

Frankenberg é o primogênito dos autores que formularam uma crítica aprofundada do ortodoxismo no Direito Comparado. O texto jamais conseguiu ter a notoriedade merecida no campo do direito comparado e, mesmo que tenha sido lido, não foi abordado com a devida atenção (ZUMBANSEN, 2005).<sup>6</sup>

Seu objeto é construir, na esteira dos estudos críticos do direito (GORDON, 1984; UNGER, 1983) uma perspectiva própria- e também crítica- para os estudos comparados. Desta forma, o autor adota como premissa que a comparação é uma atividade social que pretende compreender uma outra atividade social.

A comparação jurídica, por sua vez, é pautada no ato da leitura e escrita. O

6 Para uma outra crítica pioneira ao ortodoxismo, ver: HILL, Jonathan. Comparative Law, Law Reform and Legal Theory. *Oxford Journal Of Legal Studies*, vol 9, p. 101-115, 1989.

trabalho do comparatista é essencialmente uma atividade marcada pela pesquisa, seleção, adoção, leitura e produção de um texto com seus resultados. Neste sentido, a sua aproximação com disciplinas como a literatura comparada, estudos de tradução, a teoria política comparada é um caminho indispensável para o comparatista. Ao mesmo tempo, nesta trajetória ele é influenciado por diversos projetos políticos e teóricos, claros ou implícitos nas fontes estudadas.

Após esse primeiro momento, o pesquisador seleciona os documentos de seu interesse e inicia seu processo de (re)constituição do sistema jurídico analisado, que ganha forma no ato de sua própria escrita. Praticar o Direito Comparado é, sobretudo “interpretar informações” (geralmente de segunda mão) e “reconstruí-las” (FRANKENBERG, 2006, p. 440).

A crítica do autor aos ortodoxos, por seu turno, é de cunho epistemológico e questiona diretamente um dos principais postulados adotados pelo grupo: a neutralidade científica. Para o autor, a prática do Direito Comparado não é possível de ser realizada de forma neutra, objetiva. Essa característica de escola funcionalista não consegue compreender as especificidades culturais, por exemplo, como fatores determinantes no processo de formulação do trabalho científico do comparatista. Excluí-las da análise seria, portanto, um erro que feriria de morte todo o trabalho de comparação jurídica.

Para o autor alemão, é o comparatista que “fabrica” a comparação, já que é impossível deixar de lado a bagagem cultural que cada pesquisador possui. É exatamente por essa razão que o desejo de neutralidade não passa de uma quimera dos ortodoxos. E um perigo para o trabalho rigoroso.

Desta maneira, o Direito Comparado oferece ao estudioso riscos e oportunidades. Por um lado, ele oferece a chance de o pesquisador aprender, a organizar-se e a criar uma intimidade com diversos sistemas jurídicos, compreender novas visões de mundo e a ter contato com instrumentos e instituições que, assim como as dele, pretendem manter práticas e ideias normativas funcionando e regulando uma sociedade. Em suma, os estudos em direito comparado oferecem as bases para que o aluno possa refletir criticamente os fundamentos de sua própria cultura e educação legal. (FRANKENBERG, 1985, p. 412).

Esse importante “desprovincialização” e “fertilização cruzada” oferecida pelos estudos jurídicos comparados, por outro lado, impõe um trabalho de aprendizagem que exige uma alteração no “status quo cognitivo” do pesquisador. E é aí que residem os riscos. Isso porque é fundamental que seja realizado um cuidadoso processo de absorção dos conhecimentos adquiridos através da pesquisa comparativa que evite a integração daquilo de novo que aprendemos num mesmo modelo que nossos antigos – e culturalmente situados- conhecimentos.

É preciso atenção para que, ao compreendermos novos conhecimentos nós não os incorporemos dentro do nosso próprio modelo cultural. Assim, ao perceber um novo

sistema jurídico o primeiro perigo é realizarmos uma equiparação inicial, um processo intelectual de enquadramento epistemológico do novo direito às matrizes da minha própria cultura jurídica.

A proposta de Frankenberg, uma rara contribuição ao debate epistemológico no campo do direito comparado, propõe esse cuidado com o intuito de oportunizar o pleno e equilibrado debate entre os conhecimentos prévios e novos do pesquisador, num espaço onde ambos são questionados e testados em sua autenticidade e presunção de verdade (FRANKENBERG, 1985, p. 413).

Neste sentido, é necessário que os estudiosos adotem uma operação que o autor denomina de “distanciamento” e “diferenciação”. A postura da “distância” ao conhecimento solidificado é necessária para que nos afastemos de nossas crenças mais solidificadas e de nossos conceitos pré-estabelecidos. Mas o mero distanciamento, por si só, não é suficiente e o autor propõe que possamos adotar a diferenciação.

O exercício da comparação jurídica também deve estar pautado num “senso agudo” de diversidade e heterogeneidade, isto é, deve haver um “[...] consciente esforço para estabelecer uma subjetividade, ou seja, o impacto do meu próprio ser, da perspectiva e da experiência do observador devem ser levados em consideração de forma escrupulosa” (FRANKENBERG, 1985, p. 414).

Essa proposta, como podemos observar, é claramente conflitante à colocada pelos ortodoxos e rompe com o pretensão de desempenho neutro do pesquisador na medida em que não só admite a existência da subjetividade em todo processo científico da comparação, como a transporta para o núcleo do trabalho do pesquisador.

O que Frankenberg faz em seu texto é rejeitar terminantemente a noção que as categorias e os conceitos de todas as experiências podem ser classificados e comparados sem levar em consideração o contexto sócio cultural daqueles que seguem as normas ora analisadas.

Sua preocupação é evitar que o pesquisador confunda suas próprias ideias, sua realidade social e cultural como parte integrante de uma verdade universal e lógica e, como consequência, submeter todos objetos observados a uma prova de conferência com esse “modelo-padrão” de sociedade, direito e conhecimento que na verdade é apenas mais um deles, o do pesquisador.

É neste sentido que o autor elabora sua teoria da perspectiva do “Controle Cognitivo” (1985). O Direito Comparado seria considerado afetado pelo controle cognitivo quando é orientado em torno de uma determinada ordem formalista que se assume como a melhor forma de realizar a comparação jurídica.

Como consequência, a estratégia do comparatista acaba por beneficiar a interpretação das normas de seu próprio sistema jurídico como “normais”, “naturais”, tornando-se verdadeiros padrões que serão a referência inicial no processo comparativo (FRANKENBERG, 2016, p. 85).

Para Frankenberg, o controle cognitivo é uma criação do Ocidente que marca profundamente diversos campos do direito comparado como aqueles que desempenham estudos sobre taxonomias, as classificações do mundo em sistemas legais, o funcionalismo e o estruturalismo. Todos eles são “parceiros no mesmo guarda-chuva da presunção de similaridade”. Neste sentido, ou o outro sistema jurídico é similar e é classificado como parte integrante da mesma família legal ou a lei é qualificada como similar e serve para a prática da comparação.

As normas e sistemas que são diferentes, por outro lado, são normalmente relegadas à marginalidade e pouco analisadas. As dificuldades da “tradução cultural” de um sistema jurídico são, por sua vez, pouco enfrentadas, quando não completamente abandonadas dos estudos comparados (FRANKENBERG, 2016, p. 87).

É preocupante observar, alerta o autor, a preponderância de uma epistemologia e ética ocidental nas proposições da ciência do direito comparado que acabam por limitar a comparação dos pesquisadores a um grupo de sistemas que possuem as mesmas características, notadamente as Anglo-Europeias e estão dentro da tradição da civil ou da common law. Aos demais sistemas jurídicos, são reservadas toda a sorte de adjetivações, como “radicalmente diferentes”, “outros”, ou “primitivo”, mas nenhuma atenção relevantemente científica. (FRANKENBERG, 2016, p. 89).

O projeto do controle cognitivo, por sua vez, estaria concentrado na ideia da unidade. Isso porque, ao contrário do que é afirmado, de que métodos como o funcionalismo são politicamente agnósticos se restringindo a classificações ou funções, há nele a caracterização de toda uma estratégia de comparação que sublinha a superioridade e a hegemonia dos sistemas legais das sociedades capitalistas. Esse estratagema é especialmente agravado na medida em que “os sistemas da common law e da civil law são apresentados como seculares, maduros, mais dinâmicos e racionais do que os do Leste, Africanos ou Asiáticos” (FRANKENBERG, 2016, p. 90).

Toda e qualquer classificação, continua o autor, está longe de ser “inocente”. As atividades de comparação jurídica não são meros projetos acadêmicos, mas verdadeiras instrumentalizações políticas do direito (FRANKENBERG, 1997, p. 261). Elas trazem consigo, e aqui o autor se ampara em Michel Foucault, um conjunto de narrativas dominantes que pretendem sustentar o regime de poder do conhecimento que já está aplicado, estabelecimento uma estrutura de saber que classifica os sistemas jurídicos como desenvolvidos ou não, bons ou ruins. (FRANKENBERG, 2016, p. 91).

Para o autor, “[...] um estilo de comparação que arremessa sistemas legais ‘primitivos’ contra ‘civilizados ou avançados’, opera a serviço de uma lógica hegemônica que ratifica o paradigma (neo)liberal, globalizando o ocidental em detrimento de outros sistemas” (FRANKENBERG, 2016, p. 92).

Essa agenda, continua, pode ser observada desde que Rabel constituiu o método funcionalista, com o intuito de facilitar o comércio internacional alemão, até hoje com

os projetos de harmonização e unificação da Europa, altamente influenciados por imperativos do mercado econômico.

A ideia, longe do senso de universalismo de Rene David, é facilitar as transações econômicas e implementar uma política de integração supranacional liderada pelos Anglo-Europeus tanto em sua perspectiva econômica como “política-legal”. A ideologia “legal-positivista” adotadas pelo projeto do controle cognitivo, pretende, portanto, validar os imperativos da globalização econômica financeira.

Desta forma, teorias como as funcionalistas, taxonomistas e factualistas interpretam seu papel nas “políticas culturais do mundo” e apregoando-se como agnósticos e preocupados somente com o conhecimento, articulam ações que acabam descortinando seu programa de maneira evidente (FRANKENBERG, 2016, p. 94).

Para evitar esse perigo o autor propõe uma nova teoria da comparação, inspirada nos trabalhos de antropologia de Clifford Geertz<sup>7</sup>, denominada “Thick” ou “Thicker”, ou seja, mais “robusta”. Aqui sua intenção não é de oferecer respostas aos leitores, nem tampouco apresentar uma única via para a realização de um bom estudo comparado.

Segundo o autor, é possível encontrar uma interseção no estudo do direito comparado entre a diferença e a similaridade e o distanciamento e a proximidade, considerados por ele como verdadeiras armadilhas do estudo do direito comparado. O objetivo é exatamente conseguir empreender um estudo comparado que evite a submeter-se a uma dessas armadilhas.

Para isso, as ideias de cultura, contexto e reflexividade são cruciais. Paralelamente, os princípios do distanciamento e da diferenciação também devem ser adotados em termos de método e ética no estudo comparado.

Para Frankenberg, podemos dividir o processo de comparação em três grandes fases. No primeiro deles requer-se que o comparatista analise de forma cuidadosa os resultados obtidos quando uma situação factual é deslocada de seu contexto social e inserida dentro de um quadro legal.

O segundo passo é esclarecer esse quadro através de uma detida análise crítica de sua estrutura e investigar o seu processo de tomada de decisão. Esse processo possibilitaria, segundo o autor, uma análise da dimensão política da norma.

É somente através do cuidado em identificar o político dentro do direito que o comparatista poderá ultrapassar as tradicionais concepções do discurso legal, como direito e deveres, e encontrar pontos que são sensíveis suficientemente para contribuir com uma análise realmente crítica e rigorosa do direito.

Ao encontrar o discurso político, completa o autor, o comparatista pode identificar as agendas de dominação e hegemonia que estão inseridas por trás de cada norma e realizar melhor seu trabalho (FRANKENBERG, 1997, p. 261).

No último passo, deve-se reinserir o contexto social, econômico e cultural que foi extraviado na legalização do problema. Assim, a intenção do autor é justamente

7 Para detalhes, ver: GEERTZ, Clifford. *Think Description: The Interpretation of Cultures*. New York: Basic Books. 1973. p. 3-30.

fazer com que o estudioso do direito comparado tenha uma maior preocupação com a identificação e valorização da diferença entre os sistemas, e não com suas similaridades.

Esse processo intelectual oferece ao pesquisador a oportunidade para a construção de um pensamento sensível à diferença e de respeito pelo outro, construindo um espaço de tolerância. E, ao mesmo tempo, produziria um importante comportamento autocrítico, essencial para a produção de conhecimento e o avanço de seu próprio sistema (FRANKENBERG, 1985, p. 441).

Para o sucesso de sua empreitada científica, o comparatista deve sempre estar preocupado em ter um amplo conhecimento do sistema que ele está analisando. Uma imersão cultural, nos moldes propostos por Vivian Curran (1998) é, inclusive, indicado. Isso permite que o estudioso se torne mais aberto ao conhecimento local e seja mais sensível ao contexto.

A comparação espessa está mais interessada em reabilitar os detalhes da lei que analisar do que realizar grandes projetos. Um estudo comparado é, sobretudo, um estudo de um ponto particular inserido numa ampla gama de normativas. É um esforço que pretende analisar de forma profunda seu objeto de trabalho e não pretende grandes sistematizações, já que o comparatista a consciência de que nunca irá compreender o “todo” de um sistema que não é o seu (FRANKENBERG, 2006, p. 441).

Os comparatistas não estão obrigados, assim como os professores ou os juízes, a recapitular a doutrina ou as diferentes formas de interpretação do texto. Ao contrário, eles não possuem nenhum constrangimento em inclusive realizarem uma dissociação profunda entre a lei e o fato analisados. Desta maneira, “assim como os teóricos do direito, eles devem desafiar, por exemplo, os critérios de admissibilidade e relevância” possuindo o dever de testar e confrontar a versão abstrata e positiva da lei, assim como a doutrina dominante (FRANKENBERG, 2016, p. 229).

Há, nos estudos comparados, uma importante liberdade que fundamenta o trabalho crítico do comparatista. Ele é composto pela possibilidade de investigar de que maneira o direito possui “conteúdos de outros conhecimentos, das experiências de outros povos, ansiedades e aspirações”. O trabalho do comparatista é o contrário de buscar uma análise em direção a algum tipo de normalização das experiências jurídicas.

Ao realizar sua análise, o especialista deve dar luz aos eventos que deram origem à lei, restaurando seus detalhes e incluindo aí o papel da cultura. É dever do estudioso do direito comparado precisar a seu leitor qual o papel que a norma e, conseqüentemente, seu ordenamento possui na construção da realidade social na qual ela está inserida (FRANKENBERG, 2016, p. 229).

Diversas noções jurídicas são fundamentais no processo de “constituição do real”. Esse papel desempenhado pelo direito é fundamental e vai além da compreensão da dimensão técnica, funcional da lei. É por essa razão que se exige do comparatista um olhar extremamente crítico para apontar e questionar conceitos que, muitas vezes, sob o manto do tecnicismo contém diversas expressões de dominação e poder.

Para que essa comparação não seja simplista é necessário que o comparatista realize um trabalho que vai além do mero reducionismo. O problema do reducionismo não é exclusividade dos pesquisadores do direito comparado, mas também de todos os atores do campo. Juízes, advogados ou qualquer outro ator que lide com mais de um sistema jurídico enfrentam o problema da direção em diversos momentos de suas carreiras, seja no campo do direito público, ao analisar um caso de liberdade religiosa ou no campo do direito privado, numa arbitragem internacional, por exemplo (FRANKENBERG, 1997, p. 259).

Assim, é importante que o pesquisador se localize numa posição entre o compromisso e a distância do objeto analisado, construindo sua análise comparativa entre os polos da similaridade e da diferença. Em que pese as dificuldades práticas vividas por pesquisadores em grande parte do mundo, seus trabalhos devem buscar romper com a limitação de uma pesquisa de biblioteca/escritório e não se satisfazer apenas com a justaposição de análises de fontes primárias ou secundárias.

Ao mesmo tempo, ao enfrentar suas questões dentro de um quadro intelectual fundado numa orientação de similaridade, o pesquisador pratica uma “atitude problemática” e compromete seu trabalho desprezando a complexidade sociocultural que fez surgir o texto estudado. (FRANKENBERG, 2006, p. 440).

Ao contrário, todo trabalho de Direito Comparado deve ser feito com a consciência de que todo comparatista está sempre situado, ancorado numa específica e particular tradição legal, em sua própria cultura e experiência. Desta maneira, ele simplesmente não pode se abster de ser um sujeito situado ao realizar um trabalho comparativo que se pretende técnico, neutro e objetivo.

Ele precisa, assumir o desafio de compreender melhor suas premissas socioculturais para estabelecer um verdadeiro diálogo crítico no interior do “familiar e o não familiar entre as culturas legais analisadas”.

Numa síntese apertada, Frankenberg resume que o trabalho exige, portanto, uma guinada reflexiva para compreender como se define e onde se situa o eu (self) do pesquisador e o estrangeiro no espaço comparativo, e como relacionamos esses elementos na prática. Ele propõe também uma guinada crítica, que escrutinize o próprio ato de comparar realizando operações reflexivas que indaguem importantes, porém pouco utilizadas questões como “[...] qual a razão dessa comparação e quem se beneficia dela?” (FRANKENBERG, 2016, p. 230-31).

Desta maneira, fica fácil compreender que o processo de comparação jurídica não é somente técnico, como defendem os ortodoxos. Ela é uma verdadeira operação que atua com implicações éticas e políticas, marcada pela estranha presença epistemológica de um saber distinto e as vezes radicalmente divergente do nosso.

Uma comparação jurídica rigorosa deve assumir desde o seu início as implicações que a cultura, e também a política e a economia, oferece para sua pesquisa e rebelar-se

contra toda forma de posição dita neutra no processo de comparação jurídica. Desta forma, além de compreender de uma maneira mais contextualizada e profunda o direito estrangeiro, ele poderá aproveitar todo esse itinerário científico para analisar criticamente os fundamentos do seu próprio direito.

Esse diálogo crítico possibilitará que o estudioso do direito comparado possa estar pronto para, a partir do estudo do outro, do estrangeiro, do desconhecido, identificar novos “insights” para seu próprio sistema jurídico. A posição do estudioso crítico, livre das amarras doutrinárias e epistemológicas do seu próprio sistema, em que o comparatista deve se colocar para analisar o sistema estrangeiro pode produzir benéficas “reações colaterais” na reflexão sobre a sistemática onde ele está inserido.

As operações práticas do estudo do direito comparado, quando imersas numa perspectiva crítica, reflexiva e sensível ao contexto podem não resolver todas as difíceis questões colocadas na complexa tarefa de comparar sistemas jurídicos.

Mas nos servem, sobretudo, para nos afastar do reducionismo e proporcionar o encontro de distintos, porém interconectados desafios como a metodologia, da ética e política no direito comparado. Atuando com essas preocupações, finaliza Frankenberg, o comparatista será levado diretamente ao coração da interpretação, questionando as diversas formas da produção do conhecimento. Inclusive do seu próprio sistema. (FRANKENBERG, 2016, p. 233).

## 4 Conclusão

A busca pela cientificidade não é, em momento algum, um começo ruim no trabalho da realização da comparação jurídica. Entretanto, ela não é a única dimensão existente do âmbito do direito comparado. Realizar a comparação jurídica restringindo-se a essa dimensão do direito comparado é, paradoxalmente, deixar de produzir um trabalho científico mais completo e rigoroso.

Para que o comparatista possa realizar seu trabalho de uma maneira intransigível com as ciências a que ele está vinculado, as ciências sociais aplicadas, ele precisa de recorrer às outras duas dimensões contidas na comparação jurídica, entre elas a crítica.

A compreensão dogmática é parte importante e intrínseca do trabalho do comparatista, mas nem de longe é a última operação que deve ser feita no processo de comparação jurídica. Ela precisa de ser feita com atenção, pesquisas aprofundadas e rígida análise dos textos primários e secundários que estão sendo comparados. Mas ela é parte do processo e não o processo em si, como supunha Konrad Zweigert e Hein Kötz. É provável, inclusive, que ela seja a porção mais simples da análise feita pelo estudioso. Ela precede a crítica e possivelmente a reflexão filosófica do direito comparado e a sua obrigatória interconexão.

A predominância do método funcionalista e a conseqüente hegemonia da ortodoxia na produção do saber jurídico comparado possui diversas razões que se

comunicam ou não. Entre elas, provavelmente a mais dominante hoje em dia é a pouca atenção dada aos estudos do direito à teoria da comparação jurídica.

Poucos são os estudiosos do Direito Civil ou Constitucional que, por exemplo, ao aceitarem o desafio de produzir um estudo comparado de alguma norma ou decisão em seu campo do direito, dedicam seu tempo a uma diligente análise sobre os debates que estão sendo produzidos no campo da teoria comparação jurídica. Essa é, certamente, uma das causas para que o funcionalismo continue sendo, até hoje, o método prevalecente no campo.

Por outro lado, mesmo que praticamente desconhecidas da ampla maioria dos juristas, importantes contribuições à Teoria da Comparação Jurídica foram realizadas. Esses preciosos aportes são caracterizados por intervenções altamente sofisticadas, marcadas pela interdisciplinaridade e intelectualmente desafiadoras na medida em que lançam questões que alcançam os campos ontológicos e epistemológicos no direito. Elas, ao mesmo tempo em que colocam importantes questões no campo do direito comparado, abrem imprescindíveis campos de pesquisa no próprio direito.

A reflexão dentro campo da teoria do Direito Comparado nos leva a concluir que primeiro é fundamental conhecer todas as perspectivas e dificuldades existentes no processo de produção de um conhecimento científico comparado. Essas perspectivas, como a crítica e a ortodoxa, apesar de distintas, não são necessariamente excludentes. Ao contrário. Um bom estudo comparado geralmente se utiliza de ambas contribuições. O desafio em aplicá-la de forma conjunta reside justamente na compreensão de suas potencialidades e fragilidades.

A prática comparatista, se se propõe rigorosa, não pode se descuidar em dedicar seu tempo à teoria da comparação jurídica, suas reflexões e debates. Os desafios dos pesquisadores do campo, arrisco a dizer, são intransponíveis sem que de forma preliminar seja feito um árduo trabalho teórico, destrinchando e questionando os estudos que pretendem responder as questões mais importantes de todo o direito comparado.

## Bibliografia

- BOGDAN, Michael. On the Value and Method of Rule-Comparison in Comparative Law. In: MANSEL, Heinz-Peter et al. (ed). *Festschrift für Erik Jayme*. Munich: Sellier, 2004. p. 1233-42.
- BRAND, Oliver. Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 32, Issue 2, p. 405-466, 2007.
- DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016.
- GERBER, David J. Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language. In: RILES, Annelise. *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001. p. 189-211.
- GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- GORDLEY, James. The Universalism Heritage, In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transition*. Cambridge: Cambridge University press, 2011. p. 31-46.
- \_\_\_\_\_. When is the Use of Foreign Law Possible? A hard Case: The protection of Privacy in Europe and the United States. *Louisiana Law Review*, vol 67, 2007.
- \_\_\_\_\_. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- GORDON, Robert. Critical Legal Histories. *Stanford Law Review*, vol. 36, n. 1/2, p. 57-125, 1984.
- FRANKENBERG, Günther. *Comparative Law as Critique*. Northampton: Edward Elgar Published, 2016.
- \_\_\_\_\_. The Innocence of Method – Unveiled: Comparison as an Ethical and Political Act. *Journal Of Comparative Law*, vol. 9, p. 222-258, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Order from Transfer, Comparative Constitutional Design and Legal Culture*. Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013.
- \_\_\_\_\_. Comparing constitutions: Ideas, ideals and ideology – toward a layered narrative. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n. 3, 2006.
- \_\_\_\_\_. The Grammar of Exclusion: The Legal Construction of the Own and the Other in German Law. *Tel Aviv University Studies in Law*, Vol. 15, p. 9-22, 2000.
- \_\_\_\_\_. The return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism. *European Law Journal*, vol. 6, p. 257-276, 2000.
- \_\_\_\_\_. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. *Utah Law Review*, Vol. 1997, Issue 2, p. 259-274, 1997.
- \_\_\_\_\_. Why Care? The Trouble with Social Rights. *Cardozo Law Review*, vol. 17, p. 1365-1390, 1996.
- \_\_\_\_\_. Down by Law: Irony, Seriousness, and Reason. *Northwestern University Law Review*, vol. 83, p. 360-397, 1988/1989.

\_\_\_\_\_. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal*, vol. 26, n. 2, p. 411-456, 1985.

HALPÉRIN, Jean Louis. *Profils des mondialisations du droit*. Paris: Dalloz, 2009.

HUG, Walther. The History of Comparative Law. *Harvard Law Review*, v. 45, n. 6, p. 1.027-1.070, 1932.

JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, Oxford University Press, 2012. p. 54-73.

\_\_\_\_\_. *Constitutional Engagement In a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

JAYME, Erik. "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne (Volume 251)". In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 1995.

KÖTZ, Hein. Taking Civil Codes Less Seriously. *Modern Law Review*, vol. 50, n. 1, p. 1-15, 1987.

\_\_\_\_\_. The Common Core for European Private Law: Presented at the Third General Meeting of the Trento Project. *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 21, n. 4, p. 803-808, 1998.

\_\_\_\_\_. The Function of Comparative Law in the Development of a European Common Law. *Asia Pacific Law Review*, Vol. Special, n. 1, p. 45-52, 1994.

\_\_\_\_\_. Civil Justice Systems in Europe and the United States. *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 13, n. 3, p. 61-78, 2003.

LEGRAND, Pierre. *Le Droit Comparé*. Paris: PUF, 2015.

\_\_\_\_\_. Negative Comparative Law. *Journal of Comparative Law*, vol. 10, n. 2, 2015.

\_\_\_\_\_. *Pour la relevance des droits étrangers*. Paris: IRJS Éditions, 2014.

\_\_\_\_\_. Il n'y a pas de hors-texte : Intimations of Jacques Derrida as Comparatist-at-Law. In: GOODRICH, Peter; HOFFMANN, Florian; ROSENFELD, Michel; VISMANN, Cornelia. (ed). *Derrida and Legal Philosophy*. New York: Palgrave Macmillian, 2008. p. 125-152.

\_\_\_\_\_. Paradoxically, Derrida: For a Comparative Legal Studies. *Cardozo Law Review*, vol. 631, p. 645-54, 2005.

MICHAELS, Ralf. Two Paradigms of Jurisdiction. *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, 2006.

MONATERI, Pier Giuseppe (dir). *Methods of Comparative Law*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012.

RILES, Annelise. From Comparison to Collaboration: Experiments with a New Scholarly and Political Form. *Law and Contemporary Problems*, vol 78, 2015.

\_\_\_\_\_. *Rethinking the Masters of Comparative Law*. Oxford, Hart Publishing, 2001.

SCHWENZER, Ingeborg. Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, Oxford University Press, 2012. p. 69-107.

UNGER, Roberto Mangabeira. Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, vol. 96, p. 563-675, 1983.

WATSON, Alain. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Georgia: Peer Georgia university Press, 1974.

ZUMBANSEN, Peer. Comparative Law's Coming of Age? Twenty Years after Critical Comparisons. *German Law Journal*, vol. 06, n. 07, p. 1073-1084, 2005.

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

\_\_\_\_\_; PUTTFARKEN, Hans-Jürgen. Critical Evaluation In Comparative Law. *The Adelaide Law Review*, vol. 5, p. 343-356, 1973-76.

\_\_\_\_\_; SIEHR, Kurt. Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method. *The American Journal Of Comparative Law*, vol. 19, p. 215-231, 1971.