



# DIREITO COMPARADO E OS 'CRITICAL LEGAL STUDIES'<sup>12</sup>

COMPARATIVE LAW AND CRITICAL LEGAL STUDIES

Ugo Mattei<sup>3/4</sup>

## Resumo

O encontro entre os '*Critical Legal Studies*' e o direito comparado tem produzido uma variedade de dissertações e artigos de revistas acadêmicas do Direito nos quais os postulados metodológicos do direito comparado (tradicional) são analisados e criticados. Este trabalho questiona os termos padrões e conceitos assim como seus significados e suas implicações. Em particular, o funcionalismo, percebido pelos '*Critical Legal Studies*' como um credo de uma casta sacerdotal da doutrina hegemônica do direito comparado, tem sido criticado com o objetivo de expor suas suposições subjacentes. Como resultado de tal e outras críticas tanto o direito comparado como os '*Critical Legal Studies*' têm se revigorado. Em particular, o direito comparado, uma disciplina que já havia começado a superar seu precedente espírito de autocongratulação, foi carregada com uma saudável dose de crítica, como exemplo, por meio do desafio que promove atuação de hegemonia e dominação.

**Palavras-Chave:** Direito Comparado; Critical Legal Studies; Teoria do Direito.

## Abstract

The encounter of Critical Legal Studies with Comparative Law has produced a variety of dissertations and law review articles in which the Methodological postulates of (traditional) comparative law were scrutinized and criticized. This work has questioned the standard terms and concepts, as well as their meanings and implications. In particular, functionalism, perceived by Critical

<sup>1</sup> Artigo submetido em 02/03/2014, aprovação comunicada em 11/11/2014.

<sup>2</sup> Traduzido por Fabiana Angélica Pinheiro Câmara. Artigo originalmente publicado em língua inglesa na: Comparative Law and Critical Legal Studies, 2006, Hastings-EUA, Outubro, p. 815-836. Disponível em: <[http://works.bepress.com/ugo\\_mattei/32](http://works.bepress.com/ugo_mattei/32)>.

<sup>3</sup> Graduado na Universidade de Turim, University of Torino, (1983); UC Berkeley School of Law, LL.M., Fulbright Fellow (1989); London School of Economics e Faculté Internationale de Droit Comparé, Strasbourg. Professor na Universidade da Califórnia, Hasting College of Law e Professor Titular da Universidade de Turim, Itália. E-mail: <[matteiu@uchastings.edu](mailto:matteiu@uchastings.edu)>.

<sup>4</sup> Esse capítulo origina-se de um esforço cooperativo com uma ex- aluna e, agora, pesquisadora dos '*Critical Legal Studies*', Anna di Robilant, cujos inestimáveis auxílio e contribuição na coleta de dados eu reconheço plenamente aqui. Por fim, ela não concordou com a minha interpretação e seleção de materiais. Isto torna particularmente verdade que a responsabilidade pelos erros seja somente minha. Caso contrário, nós teríamos sido coautores neste trabalho.



Legal Studies as the creed of the priestly caste of mainstream comparative law, has been criticized with the goal of exposing its underlying assumptions. As a result of such, and other critiques, both Comparative Law and Critical Legal Studies have been Reinvigorated. In particular, Comparative Law, a discipline which had already begun to overcome its former self-congratulatory mood, was infused with a healthy dose of criticism, for example, through the challenge that it fosters practices of hegemony and domination.

**Keywords:** Comparative law; Critical legal Studies; Legal theory.

## I PARA COMEÇAR: DEFININDO A QUESTÃO-CHAVE

Ao discutir o relacionamento entre direito comparado e os 'Critical Legal Studies'<sup>5</sup>, nós devemos primeiramente esclarecer o assunto. Particularmente, o significado de 'Critical Legal Studies' pode ser definido de várias maneiras. Uma definição engloba o todo, bastante rico, movimento crítico contemporâneo no direito comparado; este movimento inclui vozes de muitos lugares, especialmente de muitos países europeus (França, Alemanha, Itália e Reino Unido) bem como os Estados Unidos<sup>6</sup>. Este capítulo, contudo, define o termo mais minuciosamente e examina o relacionamento entre o direito comparado e um específico *network*<sup>7</sup> de acadêmicos seguidores do movimento originário dos Estados Unidos nos idos de 1970 e conhecido como 'Critical Legal Studies' ou, mais informalmente, CLS.

'Critical Legal Studies', por vezes um movimento político, hoje em dia, certamente, uma escola de pensamento e talvez uma teoria do direito<sup>8</sup> deparou-se com o direito comparado no início dos anos 90, isto é, muito recentemente. Este encontro gerou uma rede bastante ampla de estudiosos dos 'Critical Legal Studies' que analisam e escrevem sobre direito estrangeiro e direito comparado. As

<sup>5</sup> NT Optamos por manter a expressão no original em inglês, conjugando-a e concordando em gênero e número no masculino e plural. De outro lado, são correntes os usos: 'Teoria Crítica do Direito' ou 'Escola Crítica do Direito'.

Uma não seguidora e não organizada onda crítica de textos de direito comparado inclui aqueles do Bussani, Curran, Erwald, Feldman, Fitzpatrick, Grande, Hesselink, Legrand, Michaels, Muir Watts, Obiora, Reimann, Sefton, Green e muitos outros. Eu ofereço estes nomes apenas para fins de indicar o tipo de trabalho que pode certamente ser considerado "crítico" à tendência dominante comparadamente. Pode até ser possível que alguns dos pesquisadores da lista se considerem participantes do *network*, enquanto outros, cujos trabalhos eu considero de participantes, podem não querer não ser incluídos.

<sup>7</sup> NTS. Mantivemos no original ao invés de rede.

<sup>8</sup> Duncan Kennedy, *A critique of Adjudication* (1997) - 8-10.



contribuições legadas por estes estudiosos ao longo da última década constituem o foco deste capítulo.

Contudo, não se deve menosprezar que os '*Critical Legal Studies*' têm tido um outro relacionamento muito diferente com o direito comparado, isto é, como objeto do estudo comparado. Nas últimas décadas, o direito estadunidense e a doutrina jurídica têm adquirido uma posição que se aproxima à hegemonia global. Como resultado, os '*Critical Legal Studies*', um dos mais importantes movimentos da ciência do direito (pós- realista) nos Estados Unidos, recebeu sua parte de atenção no também no exterior. Assim, a sua agenda crítica tem influenciado o pensamento jurídico em vários lugares do mundo. Esta contribuição através dos estudos comparativos pode muito bem ser tão significativa quanto a sua contribuição para a disciplina, mas este não é meu interesse aqui.

A contribuição dos '*Critical Legal Studies*' para o direito comparado é uma questão de considerável interesse (internacional), não só em função da notável presença do movimento em várias principais instituições acadêmicas estadunidenses, mas também na perspectiva de uma tão aflitiva necessidade do direito comparado como uma disciplina acadêmica para revisão teórica e reorientação. O relacionamento entre os '*Critical Legal Studies*' e direito comparado é interessante também pela perspectiva institucional. Os '*Critical Legal Studies*' utilizaram habilmente o apelo internacional, especialmente da Faculdade de Direito de Harvard e de seu programa de pós-graduação para atrair acadêmicos jovens e talentosos do mundo todo. Alguns destes estavam ansiosos para ingressar na vida acadêmica nos Estados Unidos, enquanto outros retornaram aos seus países de origem. O resultado é uma *network* global de acadêmicos, formados por instituições estadunidenses, trabalhando nos Estados Unidos, Europa e região mediterrânea, América Latina e África que se afiliam aos '*Critical Legal Studies*' como um movimento e como uma agenda crítica esquerdista.

O encontro entre os '*Critical Legal Studies*' e o direito comparado tem produzido uma variedade de dissertações e artigos de revistas acadêmicas do Direito nos quais os postulados metodológicos do direito comparado (tradicional) são analisados e criticados. Este trabalho questiona os termos padrões e conceitos assim como seus significados e suas implicações. Em particular, o funcionalismo,



percebido pelos '*Critical Legal Studies*' como um credo de uma casta sacerdotal da doutrina hegemônica do direito comparado, tem sido criticado com o objetivo de expor suas suposições subjacentes. Como resultado de tal e outras críticas tanto o direito comparado como os '*Critical Legal Studies*' têm se revigorado. Em particular, o direito comparado, uma disciplina que já havia começado a superar seu precedente espírito de autocongratulação, foi carregada com uma saudável dose de crítica, como exemplo, por meio do desafio que promove atuação de hegemonia e dominação.

Ainda, o relacionamento entre os '*Critical Legal Studies*' e o direito comparado levanta questões importantes. A caracterização da doutrina hegemônica do direito comparado dos acadêmicos dos '*Critical Legal Studies*' não está livre de desafio, a novidade de suas críticas não está sempre livre de dúvidas e suas pretensões de novas descobertas não são totalmente convincentes. Isto leva às questões chave buscadas neste capítulo: quais são as contribuições que os '*Critical Legal Studies*' fizeram para o direito comparado, e quanto originais são elas?

Primeiramente, nós descreveremos o surgimento, bem como alguns trabalhos de direito comparado dos '*Critical Legal Studies*' (Seção II), em seguida, nós prosseguiremos para até que ponto a abordagem dos '*Critical Legal Studies*' rompe ou continua com a agenda da doutrina hegemônica da disciplina (Seção III), e finalmente chegaremos à crítica amistosa da crítica (Seção IV).

## II OS '*CRITICAL LEGAL STUDIES*' ENCONTRAM O DIREITO COMPARADO: A TOUR D'HORIZON

O *network* dos juristas do direito comparado dos '*Critical Legal Studies*' se constituiu como um grupo de destaque em meados da década de 1990. Mas seu começo foi realmente marcado com o advento de artigo seminal da década anterior. Em 1985, Günter Frankenberg, um acadêmico pertencente à escola alemã antiformalista, crítica e esquerdista de juristas nas universidades de Bremen e Frankfurt, publicou um ensaio intitulado '*Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law*'<sup>9</sup>. Neste artigo o qual a doutrina hegemônica felizmente (e

<sup>9</sup> Günter Frankenberg, "Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law", (1985) 26 Harvard Journal International Law 411. Com 'legocêntrica, Frankenberg quer dizer que o direito é tratado



desafortunadamente) ignorou, Frankenberg lançou um ataque em grande escala ao direito comparado tradicional principalmente por dois eixos. Ele criticou severamente a abordagem tradicional por ser muito egocêntrica e ‘legocêntrica’<sup>10</sup>; e ele afirma que comparativistas sofrem de “Complexo Cinderela”, isto é, um desequilíbrio entre suas percepções em relação ao valor da disciplina e o reconhecimento muito modesto que esta desfruta atualmente na academia do direito.

Frankenberg era bem relacionado e muito respeitado em Harvard e não foi por acaso que o seu artigo apareceu no *Harvard Journal of International Law*. Como resultado, suas ideias circularam extensivamente entre os acadêmicos dos ‘*Critical Legal Studies*’ nos Estados Unidos, onde ajudaram a estimular o interesse dos críticos em direito comparado. Cabe ressaltar que isto ocorreu em um período em que o direito comparado encontrava-se em uma situação bastante paradoxal: por um lado, desempenhou um papel acentuadamente marginal na academia de direito estadunidense; por outro lado, estava prestes a se tornar uma poderosa agenda em nível internacional com o alarido inicial sobre globalização.

O grupo dos ‘*Critical Legal Studies*’ de Harvard produziu alguns dos acadêmicos que se engajaram em várias linhas não domésticas da doutrina, *inter alia*, na Universidade de Utah. Ainda em 1996, a cidade de Salt Lake tornou-se lugar de encontro da notável conferência sobre ‘*New Approches to Comparative Law*’. O objetivo desta conferência foi a apresentação de trabalhos dos ‘*Critical Legal Studies*’ sobre uma panóplia de questões que transcendiam fronteiras americanas<sup>11</sup>. Nos anos posteriores à Conferência de Utah, encontros anuais na Escola de Direito de Harvard, bem como em outros lugares, criaram um *network* transnacional de comparativistas informais seguidores dos ‘*Critical Legal Studies*’. A Associação não

---

como determinado e necessário, como um caminho natural para resoluções de conflito ideais, racionais e otimizadas e, por fim, como uma ordem social que garanta paz e harmonia’. Ele ainda especifica que o ‘pensamento legocêntrico e legalismo, sua estratégia política, extraem sua força de uma visão idealizada e formal do direito como um conjunto de instituições, regras e técnicas que funcionam para garantir e, em todo conflito possível, vindicar direitos individuais. Se as disposições legais não vivem de acordo com as promessas inerentes ao Estado de Direito, isto pode ser interpretado como um acidente infeliz e atípico, um evento singular de fracasso da justiça. Assim, a legitimidade e eficiência globais do sistema legal permanecem intactos’<sup>445</sup>.

<sup>10</sup> A expressão quer traduzir a ideia de um mundo autorreferente na legalidade. A expressão traduz a ideia de um mundo que se esgota na formalização legal e nas instituições jurídicas.

<sup>11</sup> Ver o Simpósio ‘*New Approches to Comparative Law*’ (1997) Utah L.R 255-663.



é limitada, contudo, àqueles que se afiliam profissionalmente ao direito comparado como disciplina, mas ao invés disso, repousa-se sobre o interesse comum em explorar a formação e a circulação de formas globais de consciência jurídica. Em outras palavras, o principal denominador comum da associação é a expansão da agenda dos 'Critical Legal Studies' para além do sistema legal interno estadunidense, que até agora tinha sido o único alvo de críticas dos 'Critical Legal Studies'.

Participantes do *network* compartilham uma aversão contra a obediência a quaisquer disciplina profissional ou vocabulário estabelecidos e eles geralmente criam seus próprios termos alternativos e categorias. Ainda, eles são ativos em várias áreas, desde direito internacional e direito e desenvolvimento até teoria e história jurídicas. Eles são atraídos pelo método comparativo e pelo seu potencial crítico e desmistificador. Os participantes do *network* são caracterizados por uma orientação política esquerdista (geralmente moderada) e, mais importante, por uma crença na importância da doutrina crítica. Esta crítica é principalmente dirigida às implicações do direito para as reproduções arraigadas das hierarquias sociais, e frequentemente envolve um compromisso maior com a igualdade sociopolítica e participação.

A crítica tem duas dimensões inter-relacionadas<sup>12</sup>. Primeiro, ela vê o direito como um sistema hegemônico que legitima formas diretas de dominação: regras jurídicas formam e reproduzem estruturas hierárquicas de poder (raça, classe, gênero etc.) ao forjarem personalidades jurídicas e afetarem a redistribuição de recursos sociais. Segundo, ela considera o sistema jurídico como um instrumento para a legitimação do *status quo*: (falsa) consciência jurídica é um conjunto de crenças compartilhada por atores jurídicos que reforça as estruturas atuais de poder ao mediar e negar contradições, criando falsas necessidades e produzindo falsas justificações. Enquanto os liberais e parte da esquerda tradicional tentam perseguir seus objetivos ao confiarem na prática política e procuram construir aspectos positivos (compreendidos) do Estado de Direito<sup>13</sup>, acadêmicos dos 'Critical Legal

<sup>12</sup> Ver Kennedy (n 2) at 6.

<sup>13</sup> NT. Com as ressalvas de que o termo *rule of law* guarda alguma distância do modelo do Estado de Direito, moldado nos sistemas de direito europeu continentais.



*Studies'* (e comparativistas) aderem à agenda de libertação por meio da ruptura e desorientação. O objetivo é iluminar as falácias das estratégias legalistas, a natureza ambígua do nosso “mais querido dos tesouros”<sup>14</sup>, isto é, direitos fundamentais, igualdade perante a lei e outros tais conceitos básicos, e a esquizofrenia implícita em nossas escolhas políticas.

Esta abordagem intelectual é aplicada à variedade de contextos geográficos. O território escolhido depende, geralmente, mas não necessariamente, da origem nacional do respectivo acadêmico. Alguns poucos exemplos podem servir como um guia incompleto para este tipo de doutrina.

Dentre os comparativistas mediterrâneos, muitos estão primacialmente interessados em produzir uma plausível explicação secularizada e moderna da consciência jurídica pós-colonial no mundo árabe. Acadêmicos que seguem este projeto são extremamente influenciados pelo Edward Said e o seu apelo à “crítica secular”. Portanto, eles são ‘fundamentalmente opostos à ideia de reservar ao Islã algum espaço privilegiado na esfera pública’<sup>15</sup>. Eles constroem na ideia de “orientalismo”, explorando suas implicações para o direito e engajam-se no ‘discurso oposicionista buscando transcender tanto a hegemonia ocidental quanto a resistência fundamentalista por meio da crítica sistemática’<sup>16</sup>. Os estudos deles analisam as estruturas pós-coloniais por meio de lentes da doutrina crítica e comprometem-se em esclarecer o relacionamento entre a metrópole (centro) e periferia em toda a sua complexidade e ambiguidade. Em particular, ao introduzir noções tal como a do ‘cosmopolitismo muçulmano’, eles rejeitam a divisão categórica entre Leste e Oeste como uma base epistemológica válida e expõem a ambivalência da ideia de cosmopolitismo que por si só é carregado de projetos políticos conflitantes<sup>17</sup>. Ainda, um estudo comparativo da violência contra mulheres no mundo árabe e nos Estados Unidos pode desafiar a construção orientalista de

<sup>14</sup> Janet Halley and Wendy Brown, ‘Introduction’, in Janet Halley and Wendy Brown (eds), *Left Legalism/ Left Critique* (2002) 6.

<sup>15</sup> Hani Sayed, ‘Beyond the Old and the New: Engaging the Muslim Cosmopolitan’, in *ASIL Proceedings 1999* em 362.

<sup>16</sup> *Ibid* 362. *Ibid* 363.

<sup>17</sup> Diego Lopez Medina ‘Comparative Jurisprudence. Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America’, *SJD Dissertação*, Faculdade de Direito de Harvard (2001), 5, Agora publicado como *Teoria Impura del Derecho* (2004).



como o *outro* trata suas mulheres e a 'abordagem feminista internacional'<sup>18</sup>. Outros acadêmicos e escritores estão interessados em explorar os vieses e os efeitos deformadores dos projetos nacionalistas nas áreas mediterrâneas. Por exemplo, eles mostram como a narrativa nacionalista da criação do Estado grego elidiu as lutas de vários atores com agendas competitivas para a organização política do novo Estado<sup>19</sup>.

Acadêmicos dos '*Critical Legal Studies*' latino-americanos usam o direito comparado para lançar luz em ambos, na ficção da europeização da cultura jurídica latino-americana e na sua distintiva latina-americanização. De acordo com esta abordagem, a periferia latino-americana está presa em uma ambiguidade particular. Por um lado, os sistemas jurídicos latino-americanos não são parte do contexto tradicional (europeu, ou no mínimo ocidental). Por outro lado, o direito latino-americano 'não é exótico suficiente para alegar a exceção cultural'. Ainda, a América Latina é vista como um apêndice europeu que carece de uma cultura jurídica distinta que possa servir de base para uma contribuição genuína e exótica para a ciência do direito<sup>20</sup>. O direito comparado também demonstra ser um instrumento crucial para questionar as implicações políticas do tropo da europeização. Como um primeiro comparativista crítico sugeriu, a ficção da europeização serve aos interesses das elites latino-americanas, fortalecendo e apoiando o projeto liberal da governança nacional, ao insultar o sistema jurídico da entrada e interesses de círculos mais amplos e culturas locais próprias<sup>21</sup>. Além disso, a investigação crítica comparativa ajuda a formular e testar hipóteses relacionadas à particularidade do direito latino-americano. Ela lança luz sobre a dinâmica de produção e recepção, na relação entre direito e mudança social, e entre direito e desenvolvimento econômico. Finalmente, estudos comparados críticos abordam a questão se há alguma peculiaridade nas formas de razão jurídica latino-americanas. Comparativistas críticos rejeitam as

<sup>18</sup> Lama Abu-Odeh, 'Comparatively Speaking: The "Honor" of the "East" and the "Passion" of the "West"', (1997) Utah LR 287.

<sup>19</sup> Philomila Tsoukala, 'Beyond Formalism in Greek Legal Thought: Re-thinking the Family Law Reforms', SJD dissertação, Escola de Direito de Harvard (no arquivo com autor).

<sup>20</sup> Diego Lopez Medina, 'Comparative Jurisprudence. Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America, SJD Dissertação, Escola de Direito de Harvard (2001), 5. Agora publicado como Teoria Impura del Derecho (2004).

<sup>21</sup> Jorge Esquirol, 'The Fictions of Latin American Law (Parte I)', (1997) Utah LR 425; idem "The Fictions of Latin American Law (Part II)", (2003) 55 Florida LR 41.





suposições amplamente difundidas que o direito latino-americano pertence ao sistema jurídico europeu continental<sup>22</sup>, e exploram a conexão entre as formas de racionalidade jurídica e formas e práticas institucionais particulares<sup>23</sup>.

O direito comparado crítico também tem uma subsidiária africana, ativa principalmente no Quênia. Este trabalho concentra-se no impacto cultural e econômico devastador das agências internacionais nos países do terceiro mundo, tais como o Banco Mundial, o FMI, por exemplo, por meio dos programas de ajustamento estruturais alvejando o sistema jurídico<sup>24</sup>.

Finalmente, os comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' 'da metrópole' (isto é aqueles nos Estados Unidos) estão geralmente interessados em explorar as premissas e as implicações políticas da "ocidentalização" da matéria. Eles questionam os postulados metodológicos da doutrina hegemônica e suposições tácitas e veem o direito comparado como uma iniciativa "ocidental" carregada de projetos políticos e estratégias<sup>25</sup>. Ainda, eles afirmam detectar e especificar as implicações do projeto comparativo. Em particular, eles encaram os juristas comparativistas, juntamente com seus colegas juristas internacionalistas, como atores fundamentais em um projeto de governança cosmopolita. Mas eles também fazem um apelo para repensar o direito comparado mais extensivamente, afirmando que para o método comparativo se tornar um instrumento de crítica, seus vieses etnocêntricos e 'legocêntricos' devem ser expostos<sup>26</sup>. Os comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' abordam o projeto da integração europeia de uma maneira similar, procurando os pontos cegos e ambiguidades<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> NT. Para a expressão civil law preferimos o termo direito europeu continental.

<sup>23</sup> Esses temas foram discutidos extensivamente na conferência 'Thinking of Law in/ and Latin America', Escola de Direito da Harvard, 4 de Março de 2005, organizado por Álvaro Santos and Arnulf Becker. Ver <<http://www.law.harvard.edu/programs/elrc/events/#mar4>>.

<sup>24</sup> Os críticos africanos são James Gathii, Sylvia Kang'ara, Joel Ngugi, and Celestine Nyamu. Ver Joel Ngugi, 'searching for the Market Criterion: Market-Oriented Reforms in Legal and Economic Development Discourses' (Dissertação de PHD, Escola de Direito de Harvard). Ver também Sylvia Kang'ara, 'When the Pendulum Swing too Far. Structural Adjustment Programs in Kenya', (1998) *Third World Legal Studies Journal*. (109-51).

<sup>25</sup> Ver Lama Abu Adeh, 'The Politics of (Mis)recognition: Islamic Law Pedagogy in American Academia', (2004) 52 *AJCL* 789.

<sup>26</sup> Frankenberg, (1985) 26 *Harvard International LJ* 411; idem 'Stranger than Paradise: Identity and Politics in Comparative Law', (1997) *Utah LR* 259.

<sup>27</sup> Daniela Caruso, 'The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration' (1997) 3 *European LJ* 3, idem, 'Comment: Lonchner in Europe' (2005) 85 *Boston*



Enquanto este panorama geral equivale a pouco mais do que um guia bibliográfico, este mostra que o *network* dos 'Critical Legal Studies' aponta para muitas áreas da disciplina e para o modelo global de governança por meio do direito, estimulando a crítica. Em tudo isso, comparativistas dos 'Critical Legal Studies' têm dispensado um tempo considerável em autorreflexão<sup>28</sup> e têm alcançado um notável nível de sofisticação teórica. Infelizmente, suas contribuições são muitas vezes difíceis de serem plenamente apreciadas e são facilmente mal-interpretadas por indivíduos fora do *network*. A razão principal para a má comunicação resultante é que os comparativistas dos 'Critical Legal Studies' usualmente escrevem e argumentam em altos níveis de abstração e com frequência usam livremente tradições intelectuais particulares de ciências sociais vizinhas, colocando o conhecimento resultante muito além do alcance de muitos, se não, de todos os leitores.

Um observador de fora do *network* pode ficar tentado a concluir que os comparativistas dos 'Critical Legal Studies' escolheram, ou pelo menos imaginam que estavam escolhendo, iniciar um projeto a partir do zero e tentaram construir um cânone totalmente novo para o direito comparado. Muito da doutrina comparativa dos 'Critical Legal Studies' parece buscar estabelecer um diálogo com acadêmicos, além de comparativistas (tradicionais), especialmente com os assim chamados 'estudos de área' (ou, na perspectiva estadunidense, conhecimento em direito estrangeiro e sistemas jurídicos). Ainda, acadêmicos dos 'Critical Legal Studies' geralmente parecem bastante relutantes em se engajar em genuína comparação ou considerar os trabalhos críticos realizados por comparativistas 'profissionais' (isto é, convencionais)<sup>29</sup>. Como resultado, formar uma agenda comum para os comparativistas dos 'Critical Legal Studies' e seus colegas tradicionais provou ser difícil, pelo menos no início<sup>30</sup>.

---

University LR 867, Fernanda Nicola, 'Asymmetry, Distribution and Local Governance in European Integration: A View from Private Law Theory', SJD dissertação, Escola de direito de Harvard (no arquivo com o autor). Anna di Robilant, 'A Geneology of Soft Law' (2005) 54 AJCL (próximo).

<sup>28</sup> Karen Bangle, 'Comparative Law as Exposing the Foreign System's Internal Critique', (1997) Utah LR 359

<sup>29</sup> Pode-se pensar na Annelise Riles (ed), Rethinking the Masters of Comparative Law (2001) como uma exceção.

<sup>30</sup> Uma crítica em grande escala à disciplina foi feita foi exemplo em Mathias Reimann e Ugo Mattei (eds), Symposium, 'New Directions in Comparative Law' (1998) 46. AJCL 597.



De fato, por anos depois da conferência de Utah, comparativistas dos 'Critical Legal Studies' e a o estabelecimento da disciplina, institucionalizada na Sociedade Americana do direito comparado (a instituição correspondente à Academia Internacional do Direito Comparado), não conseguiram em grande parte se comunicar nos Estados Unidos, possivelmente devido à desconfiança recíproca. Esta situação começou a mudar só muito recentemente e hoje, um número de comparativistas dos 'Critical Legal Studies' estão envolvidos com a Sociedade Americana do Direito Comparado (American Society of Comparative Law – ASCL), geralmente oferecendo excelentes contribuições<sup>31</sup>.

### III RUPTURA OU CONTINUIDADE?

Como todos os fenômenos intelectuais complexos, os trabalhos dos acadêmicos comparativistas dos 'Critical Legal Studies' são suscetíveis de diferentes interpretações. Em particular, pode-se concebê-lo fundamentalmente como uma ruptura com suposições tradicionais do direito comparado, abordagens e métodos, ou pode-se enfatizar os elementos de continuidade e conexão com a doutrina dominante da disciplina. Isto leva a questionar até que ponto o direito comparado dos 'Critical Legal Studies' pode ser encarado como o marco inicial do projeto do direito comparado. Não há dúvida de que dentro do *network* dos 'Critical Legal Studies', a ênfase é toda sobre a ruptura do projeto profissional tradicional e ideologia. Isto é sinalizado pela fuga do tradicional, e a invenção do novo vocabulário, e fica evidente nas referências bastante ecléticas, e na utilização do conhecimento tradicional existente. Ainda, uma análise do relacionamento entre o iconoclasta e o tradicional para fins deste manual requer uma perspectiva mais imparcial. Nós olharemos para uma variedade de contextos a fim de observar as respectivas críticas dos comparativistas dos 'Critical Legal Studies' a fim de avaliar quanto revolucionárias estas críticas realmente são. Como resultado, esta parte do capítulo trata sobretudo de assuntos metodológicos ao invés de atual trabalho comparativo.

<sup>31</sup> No recente encontro de Ann Arbor da ASCL líderes críticos comparativistas líderes tais como Lama Abu Odeh, Annelise Riles, Daria Roithmayr, e Teemu Ruskola apresentaram importantes e aplaudidos artigos.



## 1 O ATAQUE AO 'CÂNONE' TRADICIONAL

Comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' estão ativamente desafiando o que eles veem como o cânone tradicional da doutrina consagrada da disciplina. Desde seus primórdios, o direito comparado dos '*Critical Legal Studies*' tem criticado as suposições tácitas metodológicas e epistemológicas da disciplina. O retrato da doutrina jurídica tradicional no geral como um projeto profissional poderoso que legitima o status quo e reproduz estruturas hierárquicas<sup>32</sup> foi estendido para incluir o direito comparado em particular, assim, de certo modo, expandindo a crítica da esfera doméstica para global. Esta investigação crítica aproxima-se do direito comparado como um cânone que consiste em textos interligados e explora como as estruturas da consciência formam este cânone, como este é formado, e para quais funções serve. Na análise do Frankenberg, por exemplo, etnocentrismo, 'legocentrismo', e controlabilidade cognitiva estão dentre as ideias centrais que informam o cânone. Frankenberg assim questiona as operações bastante epistemológicas pelas quais os juristas comparativistas selecionam e processam suas informações. Ele argumenta que a doutrina dominante há muito conta com um modo de comparação que assegure 'controle cognitivo' e que seja caracterizado pela interpretação de disposição formalista e rotulativa e etnocêntrica da informação, muitas vezes extraída aleatoriamente a partir de dados limitados<sup>33</sup>. A crítica sugere que o direito comparado deveria ser visualizado como uma 'experiência de aprendizagem' envolvendo dois paradigmas epistemológicos críticos: distanciamento e diferenciação. A primeira requer que nós resistamos ao poder do preconceito e ignorância colocando de lado o conhecimento estabelecido e crenças arraigadas; esta última implica em um esforço consciente para priorizar a perspectiva subjetiva e a experiência do observador.

Ainda, refletindo sobre essa crítica, não se pode deixar de questionar se este ataque a toda tradição hegemônica é realmente produtivo. As críticas dos '*Critical Legal Studies*' geralmente falham em distinguir os vários elementos dentro desta tradição, sincronicamente, diacronicamente, bem como em termos da qualidade do

<sup>32</sup> Ver Kennedy (n 2) e idem, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy* (1983).

<sup>33</sup> Frankenberg, (1985) 26 *Harvard International LJ* 421.



trabalho. Para ter certeza, há muitas doutrinas ruins do direito comparado lá fora, caracterizado por esforços lamentavelmente limitados na coleta de dados e por muita especulação<sup>34</sup>. Mas considerando que há também muitos bons exemplos de criteriosas coletas de dados dentro da tradição dominante do direito comparado<sup>35</sup> as críticas dos ‘*Critical Legal Studies*’ parece ser em geral muito extrema. Talvez o mais importante, a crítica dos ‘*Critical Legal Studies*’, deste modo, erra o alvo: a revolta dos ‘*Critical Legal Studies*’ contra a doutrina hegemônica liberal visa ao que é construído como uma instituição de poder, ao passo que o direito comparado tem sempre lutado contra o chauvinismo jurídico e positivismo a partir de uma posição fraca e, muitas vezes, marginal. Se um cânone existe de algum modo, <sup>36</sup>(por exemplo construída à sombra europeia<sup>37</sup>), este consiste em métodos de investigação no tempo e no espaço.

É verdade que alguns dos acadêmicos afiliados ao ‘*Critical Legal Studies*’ vão além de generalizações metodológicas. Eles procuram explorar os projetos profissionais, políticos e pessoais dos comparativistas atuais ao invés de atribuir uma monolítica atitude à tradição que consiste em muitos indivíduos diferentes trabalhando em diferentes tempos e espaços e isto é de fato muito rico em perspectivas<sup>38</sup>. Assim, um acadêmico internacional dos ‘*Critical Legal Studies*’ detecta, por exemplo, uma variedade do denominado ‘comparativismo (s)’ (apontando sua natureza como projetos políticos e profissionais).

<sup>34</sup> Afirma a antropologista Laura Nader, ‘Comments’, (1998) 46 AJCL 751.

Um bom exemplo é a Annelise Riles, ‘Encountering Amateurism: John Wigmore and the Uses of American Formalism’ in Annelise Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (2001) 94.

<sup>35</sup> Para clássico exemplo, muito digno de ser estudado, Rudolf B. Schlesinger (n. 34). Por um exemplo recente compartilhando a precisão mas empregando uma teoria improvisada, ver Mauro Bussani e Vernon Palmer (eds.), *Pure Economic Losses in Europe* (2003).

<sup>36</sup> Note, contudo, a falta de um cânone acordado tem sido oferecido recentemente como uma justificação para o mal-estar na área (pelo menos nos Estados Unidos) por um redator-chefe do *American Journal of Comparative Law*, o órgão oficial da doutrina da disciplina (estadunidense); Mathias Reimann, ‘The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century’ (2002) 50 AJCL 671, 695-8

<sup>37</sup> Ver Mathias Reinmann, ‘Stepping out of the European Shadow’. Why comparative Law in the United States must Develop its Own Agenda’ (1998) 46 AJCL 637.

<sup>38</sup> Um bom exemplo é Annelise Riles, ‘Encountering Amateurism: John Henry Wigmore and the Uses of American Formalism’, in Annelise Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (2001) 24.



Ele distingue múltiplas divisões internas da disciplina e inventa vários níveis de complexidade. Enquanto em um nível, ele acha 'historicistas', 'funcionalistas' e 'idealistas', em outro nível ele identifica os 'tecnocratas' e 'amantes da cultura'.<sup>39</sup> No todo, esta polêmica presume que os comparativistas profissionais exerçam poder político considerável – uma posição que certamente é aberta a dúvidas.

## 2 FUNCIONALISMO E ESTRUTURALISMO

Como mencionado anteriormente, comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' visam sua crítica, *inter alia*, a um método básico que caracterizou o domínio do direito comparado por mais de meio século, isto é, o funcionalismo<sup>40</sup>. Ainda, esta crítica omite o fato de que o funcionalismo não é mais a crença inquestionável da doutrina dominante nem é um método sem alternativas.

O direito comparado tradicional não pode mais ser considerado inequivocamente funcionalista<sup>41</sup>. Funcionalismo, embora certamente uma abordagem importante (e provavelmente dominante) na segunda metade do século passado, foi hibridizada no tempo em que o '*Critical Legal Studies*' voltou-se primeiro para o direito comparado. Como eu argumentei em outro lugar<sup>42</sup>, mesmo na metodologia inicial 'Common Core' desenvolvida por Rudolf Schlesinger<sup>43</sup>, a abordagem funcionalista era claramente, embora talvez inconscientemente, infundida com o estruturalismo. Além disso, no princípio dos anos 70, o método estruturalista desenvolvido pela escola italiana de Rodolfo Sacco ganhou bastante influência na Europa e, no começo dos anos 90, tornou-se bem conhecida também nos Estados Unidos<sup>44</sup>. Assim, a contribuição dos '*Critical Legal Studies*' neste

<sup>39</sup> David Kennedy, 'New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance', (1997) Utah 545, 594.

<sup>40</sup> Sobre funcionalismo, ver capítulo 10 deste manual.

<sup>41</sup> Ver Michele Graziadei, 'The functionalist Heritage', em Pierre Legrand e Roderick Munday (eds), *Comparative Law. Traditions and*

<sup>42</sup> Ugo Mattei, 'The Comparative Influence of Schlesinger and Sacco. A Study in Legal Influence', em Annelise Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (2001), 238.

<sup>43</sup> Rudolf B. Schlesinger, 'Formation of Contracts. A study on the Common Core of Legal Systems'; conduzida sob os auspícios dos princípios gerais do projeto de direito da Faculdade de Direito da Universidade de Cornell (2. vols. 1968).

<sup>44</sup> Rodolfo Sacco, 'Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law', (parte I) (1991) 39 AJCL 1; (parte II) (1991) 39 AJCL 343.



aspecto pode ser mais convencional do que seus adeptos novatos estão dispostos a reconhecer em suas buscas acadêmicas compulsivas por originalidade. É fato que a abordagem estruturalista mostrou ser uma arma poderosa nas mãos dos comparativistas críticos pertencentes ao *network* dos '*Critical Legal Studies*' e fora desta. Ao abandonar o princípio de unidade do direito, Sacco e sua escola demonstraram que 'regras' jurídicas são produtos da interação competitiva entre as múltiplos '*legal formants*'<sup>45</sup>. A dissecação estrutural do direito de Sacco é o instrumento poderoso em vários aspectos. Ela lança luz sobre as lacunas, conflitos, e ambiguidades resultantes do choque entre os múltiplos '*legal formants*' que constituem a regra, e ilumina o papel da ideologia na reconciliação de '*formants*' conflitantes e na formação de resultados legais. Ao enfatizar a disjunção entre a regra jurídica e a justificação retórica para a regra elaborada por juristas profissionais, o estruturalismo de Sacco demonstrou notável similaridade com o contraste de Duncan Kennedy entre a paródia jurídica e a linguagem jurídica. Estas similaridades metodológicas óbvias entre estruturalismo comparativo e o trabalho dos '*Critical Legal Studies*' foram observadas na Europa<sup>46</sup> muito antes do *network* do direito comparado dos '*Critical Legal Studies*' ter sido fundado em Harvard e lançado em Utah em 1996. Em particular, acadêmicos têm descrito a natureza pós-realista de ambas abordagens e eles têm examinado algumas das suas referências 'não jurídicas' comuns, especialmente linguísticas e antropológicas. Assim, não foi por acaso que um significativo contingente de europeus comparativistas (inclusive o autor) viajou pelo caminho que leva à cidade de Salt Lake para observar a primeira conferência comparativa dos '*Critical Legal Studies*'. Estes europeus se consideravam espíritos afinados, tentando se conectar com o movimento crítico emergente nos Estados Unidos.

Além do estruturalismo, outras abordagens têm desempenhado também um papel significativa na doutrina dominante do direito comparado. É bem verdade que,

---

<sup>45</sup> N.T. A expressão é neologismo de Sacco para designar a multiplicidade, a complexidade e as interações existentes nas estruturas do direito. Assim, o direito compreende, normas, decisões, doutrina, comportamentos dos juízes, entre tantos.

<sup>46</sup> Elisabetta Grande, 'Ai confine delle responsabilità (Prime riflessioni per un programma di ricerca in diritto comparato)', in *Rassegna Diritto Civile* (1995), 857-97; Giovanni Marini, 'Ipotesi sul metodo del diritto privato: Piccola guida alla scoperta di altri itinerari' (1990), *Rivista Critica di Diritto Privato* 343.



*inter alia*, para a análise estilística densa<sup>47</sup> do John H. Merryman que carregou a noção do estilo jurídico do Konrad Zweigert para além do contexto da taxonomia geral de famílias jurídicas. A análise de Merryman constituiu uma partida bastante radical do método de investigação sócio-funcionalista e forneceu *insights*<sup>48</sup> significativos para o projeto comparativo dos 'Critical Legal Studies'. Em particular, o conceito do 'estilo jurídico' (e muitas variações sobre esta ideia básica, tal como a *mentalité*) pode ser considerada o ancestral do conceito crítico da 'consciência jurídica'. Englobar este conceito é tão crucial para o autorretrato dos membros do *network* dos 'Critical Legal Studies' como aderir à abordagem dos 'legal formants' é para os membros da escola de Sacco.

Finalmente, mesmo os comparativistas críticos dos 'Critical Legal Studies' não podem negligenciar que a análise histórica-comparativa foi parte da doutrina dominante do direito comparado muito antes dos 'Critical Legal Studies' entrarem em cena. Esta análise gerou uma série de estudos já clássicos sobre a formação e o desenvolvimento dos sistemas jurídicos europeus<sup>49</sup> e forneceu o material para a teoria de transposições de Alan Watson<sup>50</sup> para o qual nós voltaremos em um instante. Assim, quando os acadêmicos dos 'Critical Legal Studies' produziram seus próprios estudos sobre a contingência histórica e sensibilidade em relação ao direito bem como o desenvolvimento destes ao longo do tempo, eles realmente não transcenderam a doutrina hegemônica da disciplina e sim a enriqueceram – geralmente com uma necessária tomada crítica.

### 3 CRÍTICAS DAS TRANSPOSIÇÕES E RECEPÇÕES

Assim como os comparativistas dos 'Critical Legal Studies' deslocaram-se a partir do conceito tradicional de 'estilo jurídico' para a noção de 'consciência jurídica',

---

<sup>47</sup> John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essay in Foreign and Comparative Law* (1999).

<sup>48</sup> N.T Entenda-se insight por perspectiva, visão ou mais informalmente: 'sacada'

<sup>49</sup> John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (2ª, 1985); Alan Watson, *The Making of the Civil Law* (1981); R.C. Van Caenegem, *European Law in the Past and in the future: Unity and Diversity over Two Millennia* (2001); *idem*, *An Historical Introduction to Private Law* (1992); Gino Gorla, *Il Contratto* (2.vols, 1955).

<sup>50</sup> Ver Alan Watson, *Legal Transplants* (1974): nesse tópico ver Graziadei, Capítulo 13 deste Manual. Lopes Medina (n 12).





eles também tendem a substituir a ideia de ‘transposições jurídicas’<sup>51</sup> – que tornou-se parte do vocabulário geral dentro da doutrina dominante<sup>52</sup> – por neologismos que pretendiam enfatizar vários fenômenos ocorridos no processo de transferência do direito de um contexto para o outro. Enquanto o paradigma das transposições jurídicas do Alan Watson recebe o crédito por um dar um golpe completo no funcionalismo, e é por fim considerado inadequado para capturar a complexidade do fenômeno da exportação/importação jurídica. A fim de superar as deficiências da noção das transposições jurídicas explicando a circulação de ideias jurídicas, os seguidores comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’ voltam-se para outras disciplinas, principalmente teorias literárias e linguísticas a partir das quais eles tentam derivar novos mecanismos heurísticos.

Termos como ‘globalização’<sup>53</sup>, ‘productive misreadings’<sup>54/55</sup> e interpretações<sup>56</sup> são utilizados para efetuar o deslocamento de paradigma nas teorias de mudanças jurídicas que são capazes de contabilizar domínio e disparidade de poder. Alguns elementos das críticas dos ‘*Critical Legal Studies*’ são novos, enquanto outros se parecem com noções já estabelecidas há tempo. Por exemplo, comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’ compartilham com outros críticos a ideia de que a metáfora das transposições jurídicas é pré-realista, focada exclusivamente em prestígio, acidentes históricos, inércia, características internas da profissão jurídica, e assim, obliteram a relação entre direito e fatores políticos externos, sociais e econômicos<sup>57</sup>. Não há muita novidade na ideia dos ‘*Critical Legal Studies*’ que própria noção da ‘transposição’ obscurece o criativo e, muitas vezes bastante original, remodelamento

<sup>51</sup> Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (1974).

<sup>52</sup> Ver William Ewald, ‘Comparative Jurisprudence (II). The Logic of Legal Transplants’, (1995), 43 *AJCL* 489.

<sup>53</sup> Duncan Kennedy, ‘The two Globalization of Law and Legal Thought 1850-1968’, (2003) 36 *Suffolk University LR* 631.

<sup>54</sup> NT. No contexto do livro de Antonino D’Angelo, *Good morning America*. Na abordagem do pluralismo jurídico, o discurso do direito é afetado por vários outros discursos.

<sup>55</sup> Lopez Medina (n 12).

<sup>56</sup> Maximo Langner, ‘From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of The Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure’, (2004), 45 *Harvard International LJ* 1.

<sup>57</sup> Ver Rudolf B. Schlesing, Hans W. Baade, Peter E. Herzog e Edward M Wise, *Comparative Law*, já na quinta edição edn (1998).



do elemento transplantado no contexto recebido<sup>58</sup>. Ainda, tanto a noção de 'productive misreadings' e quanto a ideia de traduções enfatizam corretamente o efeito transformador criativo das recepções.

Em particular, a ideia da leitura equivocada (um fenômeno similar ao que é conhecido em alguns círculos de não seguidores como 'recepção acústica'),<sup>59</sup> é explorada de diversas formas e é muito debatida dentro do *network*. Por exemplo, foi sugerido recentemente que a ênfase excessiva no poder transformativo da leitura periférica equivocada pode esconder em si mesma um padrão de dominação<sup>60</sup>. Certamente é uma contribuição importante enfatizar o fato (em linha com alguns antropólogos)<sup>61</sup> de que o paradigma do Watson falha em capturar a complexidade das relação de poder desigual entre o centro metropolitano, a semiperiferia, e a periferia colonial<sup>62</sup>. Aqui, os comparativistas seguidores dos 'Critical Legal Studies' desenvolveram um conhecimento mais complexo de produção e recepção<sup>63</sup>. Esse entendimento tem ganhado agora uma considerável aceitação internacional. Aplicações importantes desta ideia incluem o trabalho de Shalakani sobre o código civil egípcio<sup>64</sup> de Sanhuri e o ensaio de Duncan Kennedy sobre 'Two Globalizations'<sup>65</sup>.

---

<sup>58</sup> Novamente esta crítica dificilmente pode ser considerada totalmente nova. Dentre os não seguidores dos comparativistas críticos, estas observações já existem há um tempo. Ver por exemplo Elisabertta Grande, *Imitazione e diritto. Ipotesi sulla circolazione del modelli* (2000).

<sup>59</sup> Ver a variedade de tais usos no A. D'Angelo (ed), *Good Morning in America* (2003).

<sup>60</sup> Arnulf Becker Lorca, 'International Law in Latin America or Latin- American International Law? Rise, Fall and Retrieval of a 'Tradition'', (2006) 47 *Harvard International LJ*, 283.  
Ver Kennedy, (2003) 36 *Suffolk University LR* 631.

<sup>61</sup> Ver Sally Falk Moore, 'An international Legal Regime and the Context of Conditionality' em Michael Likosky (ed), *Processos Legais Internacionais* (2002), 333-76.

<sup>62</sup> Por exemplo, a 'Globalização' do pensamento jurídico clássico foi uma 'combinação de influências dentro do sistema de nações Estados autônomos ocidental o imperialismo amplamente concebido'; Kennedy, (2003) 36 *Suffolk University LR* 640.

<sup>63</sup> As ideias subjacentes foram plenamente desenvolvidas pelo jurista colombiano Lopez Medina (n 12) quem distinguiu entre contextos de produção 'hermeneuticamente' ricos e contextos de recepção 'hermeneuticamente' pobres.

<sup>64</sup> Amr Shalakany, 'Between Identity and Redistribution: Sanhuri, Genealogy and the Will to Islamise', (2001) 8 *Islamic Law and Society* 201.

<sup>65</sup> Ver Kennedy, (2003), 36 *Suffolk University, LR* 631.



#### 4 EXPLORANDO A 'CONSCIÊNCIA JURÍDICA'

Como mencionado anteriormente, uma atividade importante dos comparativistas críticos consiste em explorar a estrutura e operação de diferentes formas do que eles chamam de 'consciência jurídica'. Naturalmente, como sugerido, noções de estilo, *mentalité*, ou sensibilidade, emprestadas dos antropólogos e outros cientistas sociais, tem um *pedigree* distinto mesmo nos trabalhos da doutrina tradicional. Não obstante, acadêmicos dos '*Critical Legal Studies*' têm desenvolvido teorias e ideias de 'consciência jurídica' a grau elevado. Uma breve descrição destas teorias e ideias permitirão ao leitor julgar a originalidade destas por si próprio.

A noção de consciência jurídica refere-se a um conjunto de premissas sobre características latentes da ordem jurídica, especialmente a experiência histórica do processo jurídico, os aparatos institucionais, e os instrumentos conceituais elaborados pelos advogados, juízes e comentadores. Um número destas premissas compartilhadas está tão embutido na cabeça dos atores que são raramente reconhecidas e tentem a operar – na terminologia estruturalista- como criptotipos<sup>66</sup>. Portanto, consciência jurídica é um conjunto de crenças mantida pela profissão jurídica como um grupo social. Até certo ponto, ela opera independentemente, ou com relativa autonomia, a partir de interesses econômicos e sociais concretos. Tal autonomia, contudo, é relativa no sentido de que a estrutura peculiar e a operação de certo modo de consciência jurídica são inteligíveis somente no contexto de padrões mais amplos de pensamento social e ação<sup>67</sup>. Assim como seus colegas comparativistas tradicionais engajados no estudo de transposições e mudança jurídicas, advogados comparatistas dos '*Critical Legal Studies*' estão mais interessados em analisar como diferentes modos de consciência jurídica emergem, operam, e movimentam-se. Por exemplo, o ambicioso esforço do líder do *network* que consiste na análise do projeto 'Three Globalizations'<sup>68</sup> é uma varredura sobre a

<sup>66</sup> Sacco, (1991) 39 AJCL 1.

<sup>67</sup> Duncan Kennedy, 'The Rise and Fall of Classical Legal Thought' (Faculdade de Direito de Harvard, no arquivo com o autor).

<sup>68</sup> Até agora somente a discussão sobre as primeiras duas globalizações foram publicadas. Ver Kennedy, (2003) 36 Suffolk University LR 640.



circulação dos diferentes modos transnacionais de consciência. Aqui, 'Pensamento Jurídico Clássico' e 'O Social' são concebidos não somente como dois estilos subsequentes de doutrina jurídica mas também como formas transnacionais de pensamento, produzindo fragmentos em diferentes sistemas de direito europeu continental e de países que adotam o *common law* fornecendo vocabulários conceituais, esquemas organizacionais, formas de argumentação e argumentos característicos. Dentro do *network*, estudos agora exploram a operação da consciência jurídica em sistemas estrangeiros e expõem a autocrítica destes sistemas; o respectivo estudo sobre a França tornou-se quase clássico<sup>69</sup>, e há também uma linha importante da doutrina que lida com a China e o Japão<sup>70</sup>. O estudo dos Juristes Inquiets, por exemplo<sup>71</sup>, desafia a imagem dominante do sistema jurídico francês como formal e positivista ao enfatizar a existência e complexidade da vibrante tradição crítica na França; por fim, a análise mostra que a natureza unitária e sistemática da école de l'exégèse<sup>72</sup>, é, na maior parte, resultado das projeções dos acadêmicos antiformalistas franceses<sup>73</sup>. Aqui, o exame minucioso de um sistema jurídico diferente, no qual a tradição é quase que inventada por acadêmicos subsequentes, é empregado como um instrumento poderoso para questionar o sistema do próprio observador, nos quais o fenômeno similar deve ter sido produzido por realistas do Direito nas suas avaliações (estereotipadas) do formalismo jurídico.

<sup>74</sup> Deve-se notar que uma função muito similar do direito comparado foi sugerida no cânone estruturalista do 'Theses of Trent'<sup>75</sup>. Novamente, a questão da ruptura *versus* continuidade entre a doutrina dominante e a doutrina comparativa dos 'Critical Legal Studies' permanece em aberto.

<sup>69</sup> Michael de S-O-I'E. Lasser, 'Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System' (1995) 104 Yale LJ 1325.

<sup>70</sup> Ver Teemu Ruskola, 'Legal Orientalism', (2002) 101 Michigan LR 179; Annelise Riles The Network inside Out (2003).

<sup>71</sup> Marie Claire Belleau, 'The "Juristes Inquiets": Legal Classicism and Criticism in Early Twentieth Century France', (1997) Utah LR 379.

<sup>72</sup> NT. Escola da exegese.

<sup>73</sup> Pode-se achar observações similares no trabalho da escola exegética de Carlo Augusto Cannata e Antonio Gambaro, Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea (1983).

<sup>74</sup> Engle, (1997) Utah LR 366

<sup>75</sup> Ver Grande, Capítulo 3 do presente Manual.



## 5 OUTRAS ÁREAS DE ATIVIDADE E CONTEXTOS DA CRÍTICA

Os tópicos explorados acima não constituem um resumo compreensivo da doutrina do direito comparado dos *'Critical Legal Studies'*, mas realçam apenas algumas das mais importantes áreas. Uma pesquisa mais exaustiva não é possível neste texto. Basta mencionar brevemente três outros aspectos do direito comparado dos *'Critical Legal Studies'*: o esforço de superar a perspectiva tradicional centrada no Ocidente; o exame da interface entre direito comparado e internacional; e a exploração dos 'lados escuros' de um fenômeno particular que usualmente é visto sob uma luz positiva inquestionável.

A doutrina dominante do direito comparado e a sua taxonomia têm sido frequentemente acusadas de serem muito centradas na perspectiva do Ocidente<sup>76</sup>. Comparativistas dos *'Critical Legal Studies'* não só se juntaram à crítica mas também tentaram estabelecer uma perspectiva global genuína ao ampliar o escopo da análise comparativa tanto horizontalmente como verticalmente. Eles olham para o Oriente e para o Sul e estão preocupados com a interação dos múltiplos níveis de regulamentação, por exemplo, em nível nacional *versus* internacional. Em dimensão horizontal, eles enfraquecem o mito de que a tradição jurídica ocidental é coerente ou única, desvendando raízes não ocidentais, por exemplo, 'ao reconstruir' múltiplas 'imaginações jurídicas' não romanas<sup>77</sup>. Além disso, eles exploram como o etnocentrismo do direito comparado tradicional construiu um conjunto completo de binários opostos (não só Ocidente *versus* Oriente, mas também Nós *versus* Eles e Aqui *versus* Alí) por meio de uma cuidadosa política de similaridades e diferenças. Em tudo isso, a influência das ideias antropológicas tradicionais é evidente. Na dimensão vertical, os comparativistas dos *'Critical Legal Studies'* buscam dissecar a coerência e a unidade dos sistemas jurídicos, enfatizando o pluralismo, a interlegalidade e a policentricidade jurídicas. Nisto, eles novamente compartilham com outros comparativistas uma variedade de abordagens que apropriam-se e adotam instrumentos sofisticados de pesquisa social<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Ver Ugo Mattei, 'Three patterns of Law. Taxonomy and Change in the World's Legal Systems', (1997) 45 AJCL 5.

<sup>77</sup> Arnulf Becker Lorca, 'Mestizo International Law' (Escola de Direito de Harvard, em arquivo com o autor).

<sup>78</sup> Ver Mauro Bussani, "'Integrative" Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems', (2000) 1 ERPL 83 ff.



Outra área interessante da crítica dos '*Critical Legal Studies*' envolve a exploração do relacionamento tenso entre os comparativistas e seus colegas juristas internacionalistas. David Kennedy investigou o papel que os comparativistas, como 'especialistas jurídicos na diferença', desempenham no amplo projeto de governança pública e privada<sup>79</sup>. Ele sugeriu que os internacionalistas e comparativistas têm mais em comum do que eles próprios imaginam: eles lidam fundamentalmente com o mesmo problema crucial – o problema da 'ordem acima dos Estados e o entendimento entre as culturas'. Comparativistas percebem-se como preocupados com cultura e conhecimento, mas atribuem aos internacionalistas o terreno da 'política mundial'. Contudo, caso se considere ambos os grupos como modelos e rivais em um projeto de governança cosmopolita, eles enfrentam e gerem essencialmente os mesmos receios e tentações. A diversidade da circunscrição do *network* dos '*Critical Legal Studies*' e o atual colapso das fronteiras disciplinares deixou claro que nós precisamos repensar no relacionamento entre direito comparado e direito internacional. – aliás uma visão amplamente compartilhada também pelos acadêmicos que estão fora do *network*<sup>80</sup>.

Tudo isso traz à mente que a lição ensinada pelo então Richard Schlesinger quem mostrou como as diferenças e analogias no direito são questões de ênfase, que mudam ao longo do tempo, espaço e política. À luz desta doutrina, a descrição dos comparativistas como 'especialistas na diferença' é claramente insuficiente.

Finalmente, alguns comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' buscam lançar luz sobre os lados negros do fenômeno que têm sido vistos tradicionalmente de uma forma muito positiva. Esta hermenêutica da suspeita pode ser muito revigorante em um campo que tem se regozijado com muita frequência na retórica autocongratatória (ou, que tem sofrido do 'Complexo Cinderela', se preferir este ponto de vista) Por exemplo, o importante estudo sobre a descrição da América Latina de René David, do autor Jorge Esquirol, mostra o lado escuro da abordagem sócio – histórica e antiformalista do David<sup>81</sup>. Quando aplicado no contexto latino-americano, o método antiformalista de David com sua ênfase na integração social e material do direito termina servindo ao projeto neocolonial da democracia liberal. De

<sup>79</sup> Kennedy, (2003) 36 Suffolk University LR 577.

<sup>80</sup> Ver Mathias Reimann, 'Beyond National Systems. A Comparative Law for the International Age', (2001) 75 Tulane LR 1103.

<sup>81</sup> Esquirol, (1997) Utah LR 425.



um modo similar, o movimento dos Direitos Humanos tem sido submetido ao escrutínio crítico. Se visto pragmaticamente e comparativamente, a agenda dos direitos humanos é marcada não só por características humanitárias, progressivas e emancipatórias, mas também por deficiências, distorções e perigos<sup>82</sup>. Em uma vertente similar, a ideologia dos direitos ocidentais mostra o seu lado escuro bem como se fosse aplicada àqueles que carecem de todo o poder<sup>83</sup>. Interessantemente, estas mesmas questões foram colocadas no centro do diálogo entre os comparativistas dos *'Critical Legal Studies'* e a doutrina dominante no encontro anual da Sociedade Americana do Direito Comparado em Ann Arbor no outono de 2004.

#### IV CONCLUSÕES: A AMISTOSA CRÍTICA DA CRÍTICA

Ao resumir esta pesquisa de selecionadas questões e materiais, nós precisamos avaliar a atual contribuição política e acadêmica da abordagem dos *'Critical Legal Studies'* para o direito comparado. Até agora, o encontro entre o direito comparado e os *'Critical Legal Studies'* provou ser produtiva e seu potencial está longe de estar esgotado. Paradoxalmente, pode-se considerar o encontro entre os comparativistas mais tradicionais e os *'Critical Legal Studies'* como o subproduto contra-hegemônico do estado hegemônico do direito americano presente. Afinal, no centro do *network* dos *'Critical Legal Studies'*, o direito comparado é realizado por poderosas estrelas acadêmicas cujos trabalhos desfrutam de atenção internacional, pois atuam em centros acadêmicos de prestígio, tais como a Faculdade de Direito de Harvard e outras instituições de elite que reproduzem hierarquias acadêmicas. Devido ao poder e prestígio destas, o direito comparado, que por outro lado foi relegado a contextos periféricos e semiperiféricos, de repente se torna um tema muito debatido<sup>84</sup>. Ainda, a crítica também constrói a doutrina dominante nas formas

<sup>82</sup> David Kennedy, 'The international Human Rights Movement: Part of the Problem?' (2002) 15 Harvard International LJ 101.

<sup>83</sup> Ver Obioma Nnaemeka, 'If Female Circumcision Did not Exist Western Feminism Would Invent it', in Susan Perry and Celeste Schenck (eds), *Eye to Eye. Women Practicing Development Across Cultures* (2001), 179. Para 'specialist in difference' abordagem sobre este assunto seguindo a lição integrativa do Rudolf B.Schlesinger, ver Elisabetta Grande, 'Hegemonic Rights and African Resistance: Female Circumcision in a Broader Comparative Perspective', (2004) 4 Global Just Frontiers art 3.

<sup>84</sup> Ver Ugo Mattei, 'A Theory of Imperial Law. A Study on U.S Hegemony and the Latin Resistance', (2002) 10 Indiana Journal of Global Legal Studies 404.



simplificadas e monolíticas que obliteram as nuances complexidades, e a variedade de vozes. Isto não só oculta a complexidade do alvo sob o ponto de vista mundial, mas também se arrisca – ironicamente- a capacitá-lo. Mas, apesar do pecado original de lançar uma crítica contra-hegemônica de um centro acadêmico altamente hegemônico, a criação do *network* dos '*Critical Legal Studies*' inegavelmente tem o seu mérito: institucionalizou o encontro entre os '*Critical Legal Studies*' e o direito comparado e assim passou a agenda jurídica progressista das críticas para um nível global.

Não obstante, deve-se questionar sobre a natureza contra-hegemônica do *network*, isto é, sobre a própria possibilidade e eficiência do projeto comparativo esquerdista e crítico a partir de uma perspectiva geopolítica. De fato, o *network* de comparativistas críticos centralizado em Harvard pode ser visto ainda como mais um exemplo em que uma metrópole forte (aqui: acadêmica) coloniza contextos culturais mais fracos.

Em outras palavras, pode-se questionar a ambição fundamental do projeto dos '*Critical Legal Studies*': pode-se realmente resistir à hegemonia de uma posição altamente privilegiada no centro do mundo ocidental?

Assim como glosadores e comentadores de Bolonha, os humanistas de Montpellier, os juristas jusnaturalistas de Salamanca, e os juristas romano-neerlandeses de Leyden, acadêmicos dos '*Critical Legal Studies*' conseguiram divulgar suas mensagens de um lugar notavelmente influenciador. O direito comparado dos '*Critical Legal Studies*' é, por fim, o produto da elite esquerdista nascida e criada em Harvard, a Meca da cultura acadêmica ocidental. É bem verdade que este tem atraído considerável poder intelectual de acadêmicos não ocidentais, mas mesmo estes geralmente provêm de círculos elitizados e são frequentemente seduzidos a se tornarem parte da academia estadunidense de direito. Dada a complexa estrutura da nova ordem mundial política, econômica e cultural<sup>85</sup>, um projeto crítico que atua do centro metropolitano hegemônico é facilmente suscetível de cooptação e neutralização pelas mesmas forças às quais

<sup>85</sup> Visto como a forma global revivida do imperialismo. Giovanni Arrighi, 'Hegemony Unravelling', (2005) 32 *New Left Review* 23, or a novel rhizomatic, de-territorialized and de-centered (though US-inspired) modelo f sovereignty, Antonio Negri and Michael Hardt, *Empire* (2000).





procura se opor. A verdadeira resistência, pode-se afirmar, pode vir somente por opressão, não por privilégio. Dificilmente pode se esperar isto dos comparativistas dos *'Critical Legal Studies'* os quais desfrutam de privilegiados modelos de carreira tradicionais e usam os canais elitizados de publicação. Outrossim, os mentores dos *'Critical Legal Studies'* demonstraram pouca preocupação pelas consequências da fuga de cérebros que eles orquestraram às custas dos países menos privilegiados e pela necessidade de criar modelos alternativos de comunicação acadêmica. Outros membros do *network*, contudo, fizeram indiscutivelmente sérias contribuições para o projeto contra-hegemônico ao retornar e depois atuar em contextos subordinados<sup>86</sup>.

Mesmo observadores que se simpatizam com a posição política geral e crítica dos comparativistas dos *'Critical Legal Studies'* podem questionar sobre o espírito negativo e o caráter perigosamente autoindulgente do exercício pós-modernista crítico que é tão comum nesta sede metropolitana. Pelo menos em tempos, a abordagem dos *'Critical Legal Studies'* assume características de um mero, *divertissement*, desempenho ultra-teórico pelos acadêmicos; tais jogos, contudo, podem facilmente se deteriorar em mero estetismo e implicar no risco de que toda luta política séria será abandonada.

Especialmente na escolha de seus instrumentos e formas literárias, comparativistas dos *'Critical Legal Studies'* exibem um admirável ecletismo, apropriando-se a diferentes gêneros e muitas vezes cruzando fronteiras disciplinares. Um estudo já clássico, por exemplo, apresenta um retrato não oficial de um juiz francês por meio da utilização de lentes de críticas literárias, emprestadas de fontes díspares como o formalismo russo e o pós-estruturalismo francês<sup>87</sup>. É bem verdade que estilo incomum pode liberar energia crítica valiosa, mas pode também perder contato com as preocupações políticas subjacentes. Muito facilmente, a crítica pode passar de um meio para um fim (político) em um exercício em si mesmo. Portanto, em algumas ocasiões, autores dos *'Critical Legal Studies'* usam uma

<sup>86</sup> Ver Lopez Medina (n 12). Ver também críticos africanos n 15. Kang'hara, por exemplo publica na coluna de um periódico diário em Nairobi.

<sup>87</sup> Michael de S-O-I'E. Lasser, 'Lit Theory Put to the Test: A Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse', (1998), m Harvard LR 689; idem, 'Comparative Law and Comparative Literature: A project in Progress', (1997) Utah LR 471.



linguagem teatral<sup>88</sup> carnavalesca, em outras, eles criam estruturas narrativas complexas e cheias de suspense<sup>89</sup>.

Comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' demonstram abertamente uma ironia para com a disciplina como um todo bem como uma atitude infelizmente condescendente com o que eles consideram uma percepção grandiosa e super ambiciosa das funções e dos objetivos da doutrina dominante. Mas, se uma agenda acadêmica busca ter um impacto político, ironia pós-modernista não é suficiente; ao invés disso, uma grande quantidade de trabalhos sérios deve ser realizada. Alguns destes trabalhos requerem um esforço político real por uma questão de libertar os elementos subordinados do mundo intelectual das presentes estruturas de dominação. Para ter certeza, a crítica deve ser o começo de tal tarefa. Mas, o direito comparado, em todas as formas, permanece como sendo um assunto de elite até que alguém lide seriamente com o problema de como dar voz aos extratos subordinados. Neste interim, práticas acadêmicas tal como o direito comparado ainda deverão ser avaliadas em termos acadêmicos.

Visto desta perspectiva, a institucionalização (ainda que informal) do *network* pode muito bem apresentar o lado escuro do potencial crítico da disciplina. Uma consequência quase invariável de tal institucionalização é que o respectivo grupo precisa produzir uma identidade, e esta necessidade, por sua vez, pode, de fato, produzir o cânone contra o qual a revolta é então direcionada. Isto pode facilmente levar à visualização avara e por atacado de toda uma tradição acadêmica, não obstante o fato de que muitos de seus membros compartilhem muitas das críticas da agenda política e acadêmica – talvez justamente por causa dos encontros precedentes entre estes críticos e os seus trabalhos. Assim, o processo requerido da criação da identidade leva várias contribuições do *network* dos '*Critical Legal Studies*' a ignorar trabalhos precedentes de acadêmicos não seguidores embora estes trabalhos possam estar totalmente em linha com a pesquisa dos próprios comparativistas dos '*Critical Legal Studies*'. Ao menos ocasionalmente, o resultado é a apropriação, e publicação sob o logotipo dos '*Critical Legal Studies*', de *insights*

<sup>88</sup> Frances Olsen, 'The Drama of Comparative Law', (1997) Utah LR 275.

<sup>89</sup> Frankenberg, (1985) 26 Harvard International LJ 411.



críticos que provêm de outro lugar e muito antes do surgimento dos ‘*Critical Legal Studies*’. Esta prática é em si mesma essencialmente uma forma de hegemonia.

Provavelmente o mais importante, alguns dos comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’ retratam a doutrina hegemônica da disciplina de direito comparado, bem como os seus mestres, em forma de caricatura ao invés de tentarem compreender genuinamente as tensões e nuances nos trabalhos acadêmicos da doutrina tradicional. Pelo menos algumas das razões para este problema podem estar no uso extensivo de ideias antropomórficas dos comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’, tal como o ‘projeto’ ou ‘estratégia’; é quase irônico que estes termos estejam sendo aplicados para uma tradição acadêmica que além do mais nunca foi a corrente predominante.

Tudo isso sendo dito, permanece verdadeiro que os múltiplos projetos perseguidos pelos seguidores comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’ ajuda a nutrir ceticismo na área, abrir espaço para crítica, e capacitar vozes alternativas. O escrutínio crítico constante focado em qualquer alegação de correção intelectual ou política é uma fonte de energia criativa e muitas vezes de alívio. Por exemplo, comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’ desafiaram o mito do direito comparado como uma linguagem universal. Jacques Derrida sugeriu que não haveria nenhuma arquitetura se a Torre de Babel tivesse sido concluída<sup>90</sup>, somente a impossibilidade da torre, o símbolo logocêntrico ideal da linguagem universal, permite à arquitetura ter uma história. Em direito comparado, acadêmicos seguidores e escritores dos ‘*Critical Legal Studies*’ têm o potencial de elaborar tal história, mas eles devem reconhecer que apenas acariciar um ao outro no ombro é tedioso, tanto para a doutrina dominante como para os comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’.

Ao final do dia, a contribuição genuinamente importante dos ‘*Critical Legal Studies*’ para o desenvolvimento do direito comparado, por meio do *network* e dos precedentes encontros, consiste não tanto em sofisticação teórica de alto nível, que pode facilmente acabar em mero autocongratulação; em vez disso, a contribuição mais importante do *network* para o direito comparado consiste em dois elementos: a

<sup>90</sup> Jacques Derrida, ‘Architetture dove il desiderio può arbitrare’ (April 1975) *Domus*, 671, reimpresso em G. Chiurazzi, *Il Postmoderno* (1999).



tentativa sistemática e coletiva de incluir tanto a dimensão do poder quanto a teoria da dominação, e o questionamento implacável dos lados escuros das agendas aparentemente emancipatórias e progressivas. Estas contribuições são ensinamentos que deverão permanecer.

## REFERÊNCIAS

GÜNTER FRANKENBERG, '**Critical Comparisons**': **Rethinking Comparative Law**', (1985) 26 Harvard International LJ 411.

DUCAN KENNEDY, '**A Critique of Adjudication**' (**Fin de Siècle**) (1997)

SYMPOSIUM: '**New Approaches to Comparative Law**', (1997) Utah LR 255.

STEPHEN M. FELDMAN, **American Legal Thought from Pre - Modernism to Post - Modernism** (2000).

HORATIA MUIR WATT, '**La Fonction Subversive du Droit Comparé**', (July – September 2000) 52 *Revue Internationale de Droit Comparé* 503.

WILLIAM TWINING, **Globalization and Legal Theory** (2000).

UGO MATTEI; ANNA DI ROBILANT, '**The Art and Science of Critical Scholarship: Post-modernism and International Style in the Legal Architecture of Europe**', (2001) 75 *Tulane LR* 1053-92.

JACQUES DERRIDA, '**Architecture dove il desiderio può abitare**', (April 1975) *Domus*, 671, reprinted in G. Chiurazzi, *Il Postmoderno* (1999).

LAURA NADER, **The life of the Law** (2001).

ANNELISE RILES (ed) **Rethinking the Masters of Comparative Law** (2001)

JANET HALLEY; WENDY BROWN, **Left Legalism/ Left Critique** (2002).

TEEMU RUSKOLA, '**Legal Orientalism**', (2002), 101 *Michigan LR* 179.

PIERRE LEGRAND; RODERICK MUNDAY, **Comparative Law. Traditions and Transitions** (2003).