

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Editorial**

Gustavo Cerqueira  
Patrícia Perrone Campos Mello

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

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

# Sumário

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

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

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

## Editorial

### “TUDO O QUE PRECISAMOS FAZER É TER CERTEZA DE QUE CONTINUAREMOS CONVERSANDO”

Gustavo Cerqueira\*

Patrícia Perrone Campos Mello\*\*

Há muito a comparação jurídica moderna deixou de ser puro exercício de erudição acadêmica. Legisladores, bem como julgadores – judiciais, administrativos ou arbitrais –, utilizam-na no cumprimento de suas respectivas missões. Advogados, mediadores e notários tampouco são insensíveis a soluções e práticas jurídicas estrangeiras e mobilizam-nas cada vez mais em suas atividades. Organizações internacionais, notadamente aquelas com função normativa, fundam muitas de suas ações em estudos comparativos.

Certo, a ênfase é seguidamente colocada sobre a dimensão escolar do direito comparado. Com efeito, grande parte das análises comparativas provém de acadêmicos e se desenvolve no seio das faculdades de direito. Ninguém se surpreenderá, inclusive, com a integração progressiva do direito comparado como disciplina autônoma nos currículos universitários em todos os continentes. A esse respeito, lembremos que há 60 anos nascia em Luxemburgo a mítica *Faculté internationale de droit comparé* para ensinar, em Estrasburgo, o direito comparado e os principais sistemas jurídicos contemporâneos aos estudantes de todos os horizontes.

Porém, a dimensão acadêmica do direito comparado não mais se limita a dotar o jurista de cultura jurídica ou a alimentar debates e controvérsias no campo teórico. Volta-se também hoje – e cada vez mais – para transformações do direito positivo. Com efeito, inúmeros são os estudos acadêmicos contendo proposições de *lege ferenda*, formuladas com base em análises comparativas e inspiradas muitas vezes no direito estrangeiro.

Nesta perspectiva, a comparação jurídica alimenta a reflexão dos atores que formulam soluções jurídicas. O fenômeno não é novo, sabe-se. Da Grécia platônica à China comunista, que se dota, em 28 de maio de 2020, de um código civil romanista, o direito comparado sempre foi mobilizado pelos artesãos do direito. Emblemático a esse respeito, foi o advento, em 18 de agosto de 1769, da lei portuguesa conhecida como Lei da Boa Razão, promulgada para modernizar o direito português, através entre outros da aplicação subsidiária, para assuntos políticos, econômicos, comerciais e marítimos, das leis das nações cristãs, iluminadas e cultivadas. Ao conceder, assim, aos juízes lusitanos, a possibilidade de fazer comparações jurídicas para justificar suas decisões e, conseqüentemente, modernizar o direito português à luz das novas abordagens europeias do direito da época, a Lei da Boa Razão reconheceu no direito comparado um argumento de razão que justifica politicamente seu emprego.

Embora hoje não mais disponhamos de um marco normativo tão simbólico e autorizador, como foi a Lei da Boa Razão para a transformação do direito positivo a partir das experiências estrangeiras, o recurso ao direito

\* *Agrégé des Facultés de droit*. Professor Titular de Direito Privado e Ciências Criminais na Universidade de Nîmes, França. *Docteur en droit* pela Universidade de Strasbourg e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Presidente das Secções América Latina e Metodologia comparada do direito civil da *Société de législation comparée*. Membro do *Comité français de droit international privé* e do *Institut des usages*. E-mail: gustavo.cerqueira@unimes.fr

\*\* Professora do Programa de Mestrado e Doutorado e da Graduação do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: pcampomello@uol.com.br

comparado nem por isso deixa de ser fortemente mobilizado para este fim. Todavia, se a comparação jurídica se tornou um exercício habitual para legisladores, juízes e advogados, parece apropriado questionar o uso que cada um desses atores faz dela, bem como sua finalidade.

A fim de oferecer alguns elementos de resposta a essas questões, a *Revista Brasileira de Direito Internacional* lançou, ainda em 2019, uma chamada para o presente dossiê especial, consagrado ao direito comparado e seus protagonistas. O momento não poderia ser mais propício. Além da atualidade da problemática, 2019 aparece como uma data significativa no direito comparado moderno: ele marcou os 250 anos de promulgação da Lei da Boa Razão e os 150 anos da fundação da *Société de législation comparée*, primeira sociedade erudita voltada para a difusão e estudo dos direitos estrangeiros com vistas à modernização do direito francês.

Incumbidos, pois, da honrosa tarefa de coordenar este ambicioso volume, elaboramos um edital convidando autores nacionais e estrangeiros a refletir sobre o tema, segundo uma grade analítica disposta em torno de três eixos.

O primeiro eixo destinou-se à questão “o que comparar?”. Por um lado, interessa o problema da definição do objeto de comparação e de seu escopo. Surge então a questão de saber como o comparatista deveria defini-los. Por exemplo, deve a abordagem ser restrita a instituições jurídicas ou deve incluir modelos políticos, sociológicos e/ou antropológicos? Essas escolhas implicam justificar os critérios empregados para realizá-las, inclusive quando a análise se restringir a um determinado período histórico. Por outro lado, surge a questão do pluralismo jurídico. O pluralismo jurídico pode ser caracterizado, notadamente, por uma diversidade de concepções do direito e por diferentes manifestações concretas sobre suas fontes e seu conteúdo. Não raramente, o estudo de uma instituição jurídica estrangeira é mal sucedido por ignorar a doutrina e a jurisprudência sobre o assunto. Em alguns casos, o pluralismo jurídico interferirá no entendimento dos institutos jurídicos, como atesta a experiência da elaboração do Direito da União Europeia. Interessa então saber quais são as dificuldades que os protagonistas enfrentam quando seu objeto de comparação é plural e/ou afetado pelo pluralismo jurídico.

O segundo eixo proposto disse respeito ao objetivo da comparação jurídica. Por um lado, sugerimos a investigação sobre o uso retórico do direito comparado. Nesta perspectiva, convidamos os interessados a refletir sobre as funções retóricas da comparação de diferentes sistemas (heurística, pedagógica, hermenêutica, persuasiva). O que leva à questão de saber se a missão do protagonista em causa exerce um papel particular na escolha de uma destas funções. Por outro lado, quisemos também que fosse abordado o problema do desenvolvimento do direito através de algumas questões relativas aos propósitos da comparação, a saber: o direito comparado pode proporcionar, ao comparatista, uma melhor compreensão do direito? Pode inspirar seu desenvolvimento? Deve ser utilizado por legisladores, juízes, advogados e/ou estudiosos com esta finalidade? Em que circunstâncias? Segundo quais critérios? Quais os limites para os transplantes legais e para a migração de ideias entre diferentes sistemas? Quais são os problemas e cuidados a serem observados? Como compatibilizar a modernização de um direito, notadamente o direito nacional, por meio do direito comparado, com as exigências da legitimidade democrática?

O terceiro eixo dedicou-se, enfim, aos métodos de comparação. Por um lado, o clássico debate sobre a metodologia comparativa não poderia ser ignorado. Com efeito, os estudos comparativos utilizam uma variedade de métodos, tais como funcionais, analíticos, estruturais, contextuais, históricos, análise econômica, sociologia-jurídica. Cada um deles enfatiza aspectos distintos ou pretende responder a questões diferentes. Daí a importância de identificar os aspectos positivos e negativos de sua utilização, bem como questionar sobre a existência de um método único, considerado como o mais adequado para a comparação jurídica. Sobre este último ponto, resta saber se a resposta dependeria, aqui também, da natureza da missão do protagonista e/ou das razões para a comparação. Por outro lado, parece oportuna a questão da instrumentalização do direito comparado nos embates ideológicos. Assim, a possibilidade de “judicialização das ideologias” deve levar os críticos a questionar os critérios utilizados para a escolha do objeto e dos sistemas a serem comparados, e a avaliar quando essas escolhas são motivadas por propósitos ideológicos e em que magnitude.

Trata-se do problema da utilização do direito comparado como meio de migração das ideologias e/ou como suporte ideológico para as escolhas legais. Além disso, surge a questão de saber em que medida a missão do protagonista em causa explicaria este fenômeno. Para além de tais questionamentos, resta saber se os métodos comparativos podem evitar ou evidenciar o uso ideológico do direito comparado e das experiências estrangeiras.

As contribuições que compõem este volume dão assim conta do grau de ambição de nossa proposta, ao mesmo tempo que das diferentes e inesgotáveis maneiras como ela pode ser apreendida. A diversidade dos temas tratados e das abordagens privilegiadas pelos autores ilustram-nos perfeitamente.

No conjunto, as contribuições parecem confirmar que a comparação é, em sua essência, um meio de acesso ao conhecimento da natureza e do valor das coisas. Conhecimento que se adquire através de um exame das relações de semelhança e diferença entre uma coisa e outra; através de paralelos traçados entre duas ou mais coisas para medir o valor de uma em relação ao valor da outra; através do estabelecimento de uma certa analogia entre dois objetos dissimilares. Nesta perspectiva, a comparação apresenta-se como um meio de comunicação, nem sempre operada em uma mesma linguagem. Em sua pretensão construtiva, a comunicação evoca naturalmente a noção de diálogo. Diálogo que, nesta expectativa, torna-se indispensável. Senão, como construir o impossível?

Neste estágio, a pergunta emancipa-nos do direito e converte-se liricamente em versos pinkfloydianos:

*Speech has allowed the communication of ideas,  
enabling human beings to work together to build the impossible.  
Mankind's greatest achievements have come about by talking.  
Our greatest hopes could become reality in the future.  
With the technology at our disposal, the possibilities are unbounded.  
All we need to do is make sure we keep talking.<sup>1</sup>*

Face à intolerância intelectual que prospera exponencialmente, continuar se comunicando torna-se vital para evitar a barbárie.

<sup>1</sup> 'Talkin' Hawkin', David Jon Gilmour/Richard William Wright, album : *The Endless River*, 2014, texto inspirado em propaganda publicitária da British Telecom, veiculada em 1993 na Inglaterra.

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