

1 INTRODUÇÃO

Comumente aparece no discurso jurídico a expressão “transplante jurídico”. Os cenários nos quais é evocada são os mais diversos, porém, sua finalidade parece ter algo de invariável: indicar a comunicação de elemento jurídico de um determinado espaço geográfico e temporal a outro. A locução ganha tanto maior pertinência quanto mais estranho esse elemento jurídico apresenta-se no âmbito de recepção, seja em relação à comunidade jurídica, seja em relação ao arcabouço de práticas, normas e instituições jurídicas objetivamente consideradas.

A emergência da globalização é fator costumeiramente associado à intensificação dos transplantes jurídicos. Ainda assim, ao longo da história houve interação, diálogo, influência, conflito, imposição, resistência e intercâmbio de normas, instituições e conceitos entre os diversos sistemas e tradições jurídicas. Se for como Bonilla Maldonado afirma, se “os transplantes jurídicos foram fundamentais para a construção e transformação do direito no mundo”¹, então talvez seja o caso de ir além e questionar se os transplantes jurídicos não seriam elementos necessários e indissociáveis da experiência jurídica, ou, ao menos, indispensáveis para se pensar a nossa experiência do direito nesse mundo globalizado.

No escrito ora apresentado, fragmento de pesquisa em andamento, trazemos a estrutura de análise formulada por Daniel Bonilla Maldonado no livro *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, bem como o debate travado nas páginas dessa mesma obra coletiva, com ênfase na abordagem pragmatista de Alan Watson e na abordagem disruptiva da teoria impura do direito de Diego López Medina. Ao final, caberá a título conclusivo estabelecer as premissas fundamentais para orientação de futuras discussões e aprofundamento da pesquisa.

2 APROXIMAÇÃO AOS TRANPLANTES JURÍDICOS

Antes de mais nada, é preciso identificar o objeto da análise, isto é, se há e qual é o fenômeno em questão. Em outros termos, é preciso reconhecê-lo, tanto em sua existência quanto, por conseguinte, em sua identidade. Com esse objetivo, destaca-se a experiência latino-americana.

¹ BONILLA MALDONADO, Daniel. Introducción. *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate*. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 11.

O colombiano Bonilla Maldonado sustenta a excepcionalidade do isolamento das ordens jurídicas². Ao se falar da América Latina, todavia, não se está a falar da exceção. Ao contrário, a região revelou-se “terra fértil” – demasiadamente, na visão de alguns, quiçá muitos – para transplantes jurídicos originados nos Estados do hemisfério norte e, sobretudo mais recentemente, em organizações internacionais norteadas pelos princípios e políticas compartilhados e propagados por esses mesmos Estados do hemisfério norte, tais como o Fundo Monetário Internacional – FMI, o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e o Banco Mundial.

Além da experiência próxima das últimas décadas, há exemplos históricos mais remotos do fenômeno que ora se trata. No período de estabelecimento das legislações nacionais dos países latino-americanos, o Código de Napoleão, de 1804, influenciou o Código Civil chileno, o qual, por sua vez, não só influenciou os Códigos de Uruguai, Argentina e Brasil, como foi “importado com algumas modificações”³ por Equador, El Salvador, Nicarágua, Honduras, Colômbia e Panamá.

A riqueza do afluxo de normas, modelos, conceitos e instituições não cessou nem com a formação dos Estados no período das Independências latino-americanas nem com a consolidação das nacionalidades locais. As pontes para com o direito estrangeiro e, por trás disso, para com as potências globais são traçadas por Bonilla Maldonado em suas conexões mais amplas:

Desde a segunda metade do século XX, a América Latina transplantou, de um lado, um conjunto de normas e instituições econômicas e jurídicas que buscam promover princípios liberais clássicos, com o objetivo de fortalecer o Estado de direito e a economia de mercado na região; e, de outro, um bloco de normas e instituições que buscam transformar os sistemas judiciais dos Estados desta zona do continente, seguindo o modelo estadunidense, assim como um conjunto importante de categorias conceituais articuladas pela filosofia do direito e pela teoria política anglo-saxãs com o fim de reconstruir ou reinterpretar seu direito constitucional⁴.

Se verdadeiras as afirmações precedentes, os transplantes jurídicos simplesmente estão aí e compõem nossa experiência cotidiana do direito. Sem prejuízo de posteriores valorações e reavaliações, a premissa fática está estabelecida – e a robustez da literatura sobre o tema sinaliza sua ampla aceitação: da inaugural obra de Alan Watson⁵ (*Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*), passando pelos muitos debates em torno dela travados, dos quais a

² BONILLA MALDONADO, Daniel. Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 11.

³ *Idem. Op. cit.*, p. 13.

⁴ *Idem. Op. cit.*, pp. 13-14.

⁵ WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2ª ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

coletânea de Bonilla Maldonado é apenas nosso exemplo mais próximo, aos verbetes em compêndios como *The Oxford Handbook of Comparative Law*⁶, organizado por Mathias Reimann e Reinhard Zimmermann, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*⁷, organizado por Jan M. Smith, *The Method and Culture of Comparative Law*⁸, organizado por Maurice Adams e Dirk Heirbaut, e *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*⁹, organizado por Michel Rosenfeld e András Sajó.

Na introdução deste último volume, os organizadores anotaram: “O empréstimo e transplante constitucional de normas, estruturas doutrinas e instituições constitucionais é um fato da vida, independentemente das objeções ideológicas ou teóricas a essas práticas”¹⁰. Com efeito, apenas assumindo tal premissa é possível seguir adiante em busca de instrumentos adequados para compreender e, se for o caso, criticar os transplantes jurídicos, como se pretende ao expor as duas classes de modelos de análise nos títulos subsequentes.

2.1 DOIS MODELOS GERAIS DE ANÁLISE DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS

O estudo dos transplantes jurídicos em suas causas, interações, estrutura e consequências costuma fundar-se no que podemos denominar, acompanhando Bonilla Maldonado, de “modelo simples”, o qual funciona segundo a lógica do “tudo ou nada” e admite algumas poucas variáveis no que toca aos agentes, objeto e dinâmicas dos transplantes.

Em primeiro lugar, os adeptos do modelo simples visualizam apenas uma troca entre nações, como se os transplantes jurídicos fossem uma espécie de operação realizada no palco das relações internacionais entre Estados soberanos. Uma vez feita essa delimitação prévia, considerava-se tanto o agente exportador quanto o importador do elemento jurídico em questão plenamente identificáveis. Mais do que isso, o agente exportador seria (o governo de) um país desenvolvido, o importador, um país dependente daquele ou subdesenvolvido.

⁶ GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. London: Oxford University Press, 2006, pp. 441-476.

⁷ FEDTKE, Jörg. Legal transplants. In: SMITH, Jan M. (Org.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham; Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 434-437.

⁸ SIEMS, Mathias M. The curious case of overfitting legal transplants. In: ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk. (Org.). *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2014, pp. 133-146.

⁹ PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: ROSENFELD, Michel; SÁJÓ, András. (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. London: Oxford University Press, 2012, pp. 1304-1327.

¹⁰ ROSENFELD, Michel; SÁJÓ, András. Introduction. In: ROSENFELD, Michel; SÁJÓ, András. (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. London: Oxford University Press, 2012, p. 13.

Por outro lado, quanto ao objeto do transplante, o modelo simples presume que se trata da transferência de um conjunto de regras jurídicas, as quais não sofreriam qualquer transformação no processo de recepção e implementação na sociedade de destino. Por assim ser, todo transplante seria potencialmente apto a produzir os mesmos resultados verificados no contexto de origem, pois, sendo o mesmo conjunto de regras, eventuais discrepâncias resultariam ou da aplicação deficiente do novo direito ou, pura e simplesmente, da falta de ilustração da classe jurídica local.

Por fim, quanto à dinâmica do processo de transplante, o modelo simples concebe um intercâmbio estritamente unilateral – do Estado de origem ao Estado de destino –, em detrimento da análise das vastas interações possíveis entre o objeto recepcionado e o direito já existente na sociedade de recepção. Ao confundir simplicidade com simplificação, também supõe que o transplante se aperfeiçoa em um só e mesmo ato, portanto em precisa e claramente identificável na linha do tempo.

Bonilla Maldonado ilustra a aplicação do modelo simples com o processo de reforma do sistema de jurisdição penal colombiano, o qual incorporou o sistema acusatório em substituição ao sistema inquisitorial. Segundo o autor, a narrativa invariavelmente termina com a conclusão de que “a estrutura normativa e as dinâmicas do sistema colombiano não variaram fundamentalmente em relação às que dão forma ao ordenamento estadunidense”¹¹. De fato, esse tipo de narrativa predomina em nosso imaginário juspolítico, entretanto, escamoteia aspectos decisivos da dimensão prática dos transplantes jurídicos, com os quais se contaria uma história diferente – em suma, falseia a realidade. A fim de entendê-la é preciso um “modelo complexo” de análise.

Isso porque, para dar conta de toda sorte de convergências e divergências possíveis e efetivamente verificáveis nos transplantes jurídicos, o modelo de análise deve abrir-se para as incontáveis e inimagináveis sutilezas, intercorrências, combinações, gradações e alterações sempre possíveis e invariavelmente presentes. Inclusive, da necessidade de sempre apontar matices no cotejo entre o direito recepcionado e o direito exportado, pesquisadores como Thomas Duve, diretor do *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* (Frankfurt am Main, Alemanha), propõem a migração para o conceito de “tradução cultural”¹².

¹¹ BONILLA MALDONADO, Daniel. Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 15.

¹² Cf. a apresentação compreensiva de FLORES, Alfredo de J.; MACHADO, Gustavo Castagna. Tradução cultural: um conceito heurístico alternativo em pesquisas de História do Direito. *História e Cultura*, v. 4, 2015, pp. 118-139.

Se com o modelo simples considerava-se sempre possível identificar com nitidez o exportador do direito, em regra um (governo de) Estado estrangeiro, no modelo complexo os agentes exportadores não são sempre identificáveis. Assim como a exportação não tem por causa eficiente apenas (governos de) outros Estados, os importadores não são, necessariamente, (governos de) Estados dependentes ou subdesenvolvidos.

A atuação à margem dos canais institucionais tende, por sua própria natureza, a ocultar a identidade dos grupos de pressão, sem afetar sua inserção e capacidade de mobilização. “Num mundo onde um pequeno número de pessoas pode abertamente se organizar para operar – em muitos casos com bastante sucesso – como um grupo de pressão, dificilmente precisa ser dito que com frequência a legislação é e foi resultado da pressão de grupos”¹³ facilmente percebidos e identificados, porque aberta e publicamente declarados como tais, isto é, revelados, ou escondidos pela privacidade de sua movimentação, isto é, velados.

Ainda quanto à diversidade de intermediadores, a experiência do próprio Bonilla Maldonado – e também a de Diego López-Medina¹⁴ – nas Faculdades de Direito norte-americanas ilumina outras dimensões do fenômeno¹⁵. Ao enfatizar apenas o jogo de forças geopolítico protagonizado por potências globais em busca da ampliação de seu domínio de influência, a descrição tradicional perderia de vista, por exemplo, o papel desempenhado na transformação do sistema jurídico local por aquelas personagens do hemisfério sul que levaram adiante seus estudos de pós-graduação no hemisfério norte. Esse ponto, em especial, abre todo um flanco de investigação, ainda inexplorado no contexto brasileiro.

Ademais, os sistemas jurídicos desenvolvidos também são constantes importadores de direito estrangeiro. No passado, houve a recepção do direito romano por países além do Mediterrâneo; mais recentemente, as transferências mútuas entre os países da União Europeia, no interior da qual haveria, inclusive, inesperada discussão em torno da existência de países desenvolvidos e exportadores de direito, como Alemanha e França, e países subdesenvolvidos e importadores, como Espanha e Portugal¹⁶.

Se antes imaginava-se o objeto do transplante como sendo apenas um conjunto fechado de normas jurídicas passíveis de interpretação universalmente inequívoca, no modelo complexo

¹³ WATSON, Alan. *Society and legal change*. 2ª ed. Philadelphia: Temple University Press, 2001, p. 118.

¹⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego E. ¿Por qué hablar de una ‘Teoría impura del Derecho’ para América Latina? In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 55 *et seq.*

¹⁵ BONILLA MALDONADO, Daniel. Introducción. *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate*. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 15-16.

¹⁶ BONILLA MALDONADO, Daniel. *Op. cit.*, pp. 16-17.

o objeto do transplante jurídico não versa tão somente sobre regras jurídicas. Além delas, também viajam desenhos institucionais, formas de redação dos documentos jurídicos, ideologias, modelos teóricos descritivos ou normativos e métodos de ensino ou estruturas curriculares.

Bonilla Maldonado relata que em um tempo não muito distante, a partir da década de sessenta dos anos noventa, verificou-se a aplicação do modelo de formação americano na América Latina, figurando entre os primeiros propagadores a Fundação Ford e Faculdades de Direito da Colômbia, Chile e Brasil¹⁷. Aqui, a superficialidade do modelo simples também não daria conta dos agentes envolvidos: o acontecido seria ininteligível ao observador, ou a leitura naquela chave conduziria à atribuição de uma espécie de autoria mediata aos governos dos países onde sediados os agentes imediatamente envolvidos. Em outros termos, não faria sentido, ou o sentido seria distorcido.

Os objetos transplantados, por sua vez, são constantemente transformados no processo de recepção e implantação. Compare-se o sentido e efeito da teoria do “direito como integridade”, de Ronald Dworkin, bastante referida no acervo doutrinário e jurisprudencial brasileiro, quando importada para a Colômbia de Bonilla Maldonado. No contexto anglo-saxão, dita teoria é concebida como uma teoria de matriz liberal, situada no centro ou à direita¹⁸ do espectro político; no contexto latino-americano, uma teoria progressista, à esquerda, “com notáveis poderes emancipadores”¹⁹, em razão de suas ferramentas para a subversão do formalismo jurídico, na medida em que efetua a distinção entre regras e princípios, viabilizando a ponderação dos princípios e a vinculação do direito à moral.

Se antes se pressupunha um fluxo unilateral do Estado emissor – leia-se, país desenvolvido – ao Estado receptor – leia-se, país subdesenvolvido ou em desenvolvimento –, no modelo complexo as dinâmicas dos transplantes normalmente ensejam trocas de mão dupla, ainda que não consciente e deliberadamente pretendidas.

De um lado, o objeto importado pode precisar coexistir com o direito pré-existente, de modo que o direito residual funciona como obstáculo à plena produção de efeitos do direito transplantado. Ou seja, o direito originário do âmbito de recepção atua sobre o direito recebido, resultando dessa interação um produto jurídico diverso daquele visado com o transplante²⁰.

¹⁷ BONILLA MALDONADO, Daniel. Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 17-18.

¹⁸ A classificação “liberal *standard*, situada no centro ou à direita” e “progressista, à esquerda” é de Daniel Bonilla Maldonado, aqui apenas reproduzida.

¹⁹ BONILLA MALDONADO, Daniel. *Op. cit.*, p. 18.

²⁰ *Idem. Op. cit.*, pp. 18-19.

De outro, nem sempre é possível precisar quando o transplante efetivamente se realizou, isto é, se perfectibilizou, seja por carecer de ato específico de promulgação, como nas importações promovidas pelos órgãos jurisdicionais no exercício do denominado “ativismo judicial”, seja por constituir-se em processo de longa duração, como a adaptação do pensamento jurídico tradicional a uma nova teoria constitucional, do que resulta, conseqüentemente, modificação na forma de compreender o direito. Acerca desta última hipótese, Bonilla Maldonado registra que muitas “[d]estas teorias entraram de maneira silenciosa nas comunidades e ordenamentos jurídicos latino-americanos, por meio de processos longos e demorados, que não têm data oficial de início ou de consolidação”²¹.

2.2 TRÊS MODELOS CONCRETOS DE ANÁLISE DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS

Os modelos gerais de análise dos transplantes jurídicos, tanto o simples quanto o complexo, devem ser combinados com três modelos concretos de análise, quais sejam, os modelos pragmático, contextual e valorativo, que possibilitam a abordagem do fenômeno da difusão do direito a partir de diferentes disciplinas (história, sociologia, antropologia etc., além da perspectiva propriamente jurídica)²².

Nos quadros do modelo pragmático, os transplantes jurídicos são pensados como um modo apropriado para a superação de problemas concretos, normalmente crônicos e, por vezes, atribuídos à cultura, tradição ou história inferiores. O agente escolhe determinado objeto em razão dos bons resultados produzidos no contexto de origem. Aqui, o transplante é mero meio para a consecução de um fim, contudo, meio privilegiado, pois, considerado o único ou o com maior probabilidade de promover certo estado de coisas.

Nos termos do modelo valorativo, os transplantes jurídicos envolvem os interesses, princípios e valores políticos subjacentes ao seu objeto no contexto de origem. Em outras palavras, todo instrumento jurídico – e, portanto, todo objeto de transplante – é entendido e sustentado em seu contexto, seja qual for, por determinadas categorias conceituais e práticas, sejam quais forem. De tal constatação decorreria a necessidade de compreender os contextos e correntes culturais, as quais, analogamente às correntes marítimas, possuem fluxos determinados, mas não inalteráveis, passíveis de rastreamento.

²¹ BONILLA MALDONADO, Daniel. Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 19-20.

²² *Idem. Op. cit.*, p. 20-22.

Com o modelo contextual aprofunda-se por que os transplantes jurídicos geralmente enfrentam problemas para se estabelecer e consolidar nos contextos de recepção. As variáveis de ordem cultural, política e econômica que caracterizam cada sociedade oferecem resistência a elementos exógenos, pois, presumivelmente, o direito já existente paulatinamente se desenvolveu e conformou o mais adequadamente possível àquela sociedade – eis a tese do espelho (*mirror view of law and society*²³), de acordo com a qual há uma relação orgânica entre sociedade e direito.

Há de se acrescentar que o modelo contextual encerra uma crítica a posturas radicais²⁴: as normas, instituições e conceitos jurídicos não são ferramentas independentes do contexto, passíveis de exportação e importação por um mero ato de vontade, sob pena de violação à relação de mútua determinação entre sociedade e direito, tal como expressa pela tese do espelho.

Mais recentemente, os transplantes jurídicos têm sido estudados numa perspectiva prática, empírica, a fim de se determinar o sucesso ou fracasso de transplantes jurídicos concretos. Não por acaso essas pesquisas vêm sendo estimuladas pelos mesmos agentes incentivadores da mudança do direito por meio dos transplantes, como o FMI, o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio, entretanto, outros também voltaram sua dedicação a essa linha de investigação, seja porque visam implementá-los adequadamente, seja porque contestam a prática, propõem alternativas diversas e resistem à sua imposição²⁵.

3 A ABORDAGEM PRAGMÁTICA DE ALAN WATSON

Tanto os estudos com ênfase teórica quanto os de viés empírico devem pagar tributo a Alan Watson, na medida em que seu livro *Legal transplants: an approach to Comparative Law*²⁶, originalmente publicado em 1974, converteu-se no marco para as discussões futuras, estabelecendo os eixos conceituais que desde então estruturam o debate.

Ao situar o papel dos transplantes jurídicos na relação existente entre sociedade e direito, com especial atenção ao tema das transformações do direito – e, de outro prisma, à

²³ SIEMS, Mathias M. The curious case of overfitting legal transplants. In: ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk. (Org.). *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2014, p. 134.

²⁴ DONAHUE Jr., Charles. Comparative Legal History in North America. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, v. 65, n. 1-2, mar. 1997, pp. 14-15.

²⁵ BONILLA MALDONADO, Daniel. Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 23.

²⁶ WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2ª ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

permanência inercial de inúmeros conceitos e regras ao longo do tempo –, Alan Watson sustentou tese singular²⁷. Com bastante frequência as regras jurídicas não emergiriam nem se desenvolveriam das circunstâncias particulares a uma dada comunidade, mas, ao contrário, seriam tomadas por empréstimo – isto é, transplantadas – de outra comunidade. Além disso, a excelência – moral, técnica etc. – das regras objeto da operação de transferência, ou sua adequação para solucionar o problema prático em questão, não se mostraria elemento decisivo para a escolha de tal regra por parte do sujeito competente para tanto.

Assim, tendo em vista os modelos concretos de análise dos transplantes jurídicos, pode-se afirmar que o debate se dá essencialmente entre os defensores do modelo pragmático e aqueles do modelo contextual. Ao lado do primeiro, aparece Alan Watson, do segundo, Otto Kahn-Freund e Pierre Legrand. Haja vista a contundência das críticas do último, a elas se confere maior espaço. A síntese de Bonilla Maldonado delimita as fronteiras da contenda:

É uma instância fundamental da disputa entre quem defende a autonomia do direito, a ideia de que os transplantes são instrumentos para solucionar problemas enfrentados pelas elites, e que são um meio de mudança jurídica que teve êxito notável ao longo da história, por um lado, e quem argumenta que direito e sociedade estão (mais ou menos) inter-relacionados, e os transplantes têm poucas probabilidades de ter êxito se não forem recebidos por horizontes de perspectivas análogos ou se o direito que viaja não é particularmente ‘técnico’, por outro [lado]²⁸.

A teoria de Watson possui três argumentos nucleares. Em primeiro lugar, os transplantes jurídicos integram com êxito a história de construção e reconstrução do direito, ideia que encontra expressão na imagem do transplante jurídico como motor de mudanças no mundo jurídico. Inapelavelmente, o processo de difusão, transferência e transformação do direito tende à crescente homogeneização dos sistemas jurídicos.

Num segundo momento, mitigando a tese do espelho, os transplantes jurídicos são plausíveis em função da relativa autonomia do direito em face do contexto social. A teoria do espelho seria falha, pois a norma que se pretende transplantar não produz, necessariamente, todos os efeitos supostos mesmo no contexto de origem. A categorização das normas jurídicas por Karl Lowenstein em normas semânticas, nominais e normativas ilustra a crítica²⁹.

Por fim, os transplantes jurídicos não têm sua eficácia determinada de antemão pelos caracteres do direito vigente enquanto expressão dos traços fundamentais daquela sociedade. Afinal, o direito depende menos das condições estruturais da sociedade do que dos processos

²⁷ WATSON, Alan. *Society and legal change*. 2ª ed. Philadelphia: Temple University Press, 2001, p. 106.

²⁸ BONILLA MALDONADO, Daniel. Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 24.

²⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 217.

realizados por aqueles que têm capacidade para criar o direito da e naquela sociedade. Não seria despropositado falar num modo de produção jurídico autônomo, senão independente das aspirações sociais.

Em posição antagônica, Pierre Legrand discorda radicalmente de Alan Watson³⁰. Para aquele, somos testemunhas permanentes do fracasso dos transplantes jurídicos: o direito não deve – enunciado normativo – e não pode – enunciado epistemológico – ser separado de seu contexto de origem, pois dele depende – enunciado ontológico.

Otto Kahn-Freund sugere uma discordância moderada, evitando a visão extremada pela qual as fronteiras de nosso mundo seriam intransponíveis. As diferenças de contexto, contudo, são obstáculos importantes. Quanto maior a dependência do direito em relação às estruturas do poder político, maior será a dificuldade de efetuar o transplante. Daí a contextos de elevada homogeneidade e elementos jurídicos altamente técnicos, isto é, o direito formulado e manipulado sobretudo por juristas: regulações de telecomunicações, energia etc., propiciarem bons ambientes de recepção e constituírem objetos adequados de transposição.

Aos olhos dos críticos, a proposta de Alan Watson peca tanto na dimensão descritiva quanto na normativa. Na dimensão descritiva, porque, de uma parte, ignora as diferenças de fato existentes entre as tradições e sistemas jurídicos, cuja evidência incontornável estaria no fato de que a mesma regra jurídica pode vir a ser interpretada de modos distintos em diferentes contextos, como o princípio da igualdade, por exemplo, caso não se queira mencionar a classe dos princípios como um todo. De outra parte, porque considera as regras jurídicas o único objeto dos transplantes jurídicos, desprezando o intercâmbio de desenhos institucionais, conceitos, teorias e outros elementos do mundo do direito. Na dimensão normativa, porque, aprioristicamente, avalia benéfica a homogeneização decorrente dos transplantes jurídicos.

De sua parte, Watson refuta integralmente as críticas dirigidas a sua abordagem comparatista³¹. Na verdade, sustenta afirmar justamente o contrário do que lhe atribuem. Sua defesa combina a um só tempo uma resposta descritiva e normativa: os transplantes não são bons ou maus em si, porém, certamente, servem para explicar as mudanças no direito e sua relação com a sociedade.

³⁰ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de ‘transplantes jurídicos’. Tradução de Gustavo Castagna Machado. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, v. 09, n. 1, 2014, p. 1-21. Disponível em:

<https://www.academia.edu/8774472/Tradu%C3%A7%C3%A3o_de_Pierre_Legrand_A_impossibilidade_de_Transplantes_Jur%C3%ADdicos_>. Acesso em: 15 jan. 2017

³¹ WATSON, Alan. Legal Transplants and European Private Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 4.4, dez. 2000. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

4 A ABORDAGEM DA TEORIA IMPURA DO DIREITO DE LÓPEZ MEDINA

Autor de dois artigos publicados na coletânea organizada por Bonilla Maldonado – num defendendo as “impurezas” das teorias do direito elaboradas na América Latina³² e, no outro, esboçando as diretrizes para o mapeamento das teorias do direito e suas interações³³ –, Diego López Medina afasta-se do modelo simples de análise. Seu projeto de investigação tem por objeto a importação e exportação de teorias do direito – não de regras jurídicas –, por isso enfatiza o modo como os receptores transformam as teorias recebidas e explora a atuação dos acadêmicos – agentes não governamentais –, dedicando-se a processos longos e demorados de intercâmbio de categorias conceituais.

Contudo, entende insuficientes os três modelos analíticos concretos apresentados por Bonilla Maldonado, quais sejam, os modelos pragmático, contextual e valorativo. Por isso, persegue um duplo fim: primeiro, um objetivo descritivo e analítico: a reconstrução cultural da teoria latino-americana do direito, tendo por eixo o positivismo jurídico³⁴; segundo, um objetivo normativo: o reposicionamento da(s) teoria(s) latino-americana(s) do direito frente aos centros de produção, difusão e influência justeórica, porque não basta entender as dinâmicas de transferência e recepção, é necessário reconhecer – isto é, levar a sério – as contribuições dos agentes locais à “Teoria Transnacional do Direito”³⁵, situando-as no “mapa transnacional da produção de filosofia do direito”³⁶ e inserindo-as nas “redes mundiais de produção de teoria jurídica”³⁷.

A partir de sua experiência pessoal como estudante de doutorado nos Estados Unidos – *Harvard Law School* –, López Medina centra sua atenção na análise dos conceitos de local de recepção e local de produção, bem como no modo de relacionamento de tais conceitos³⁸. A existência de uma tradicional relação de dependência da América Latina em face às teorias do

³² LÓPEZ MEDINA, Diego E. ¿Por qué hablar de una ‘Teoría impura del Derecho’ para América Latina? In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 37-90.

³³ LÓPEZ MEDINA, Diego E. La cartografía de la teoría jurídica: diálogo con los críticos. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 177-215.

³⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego E. ¿Por qué hablar de una ‘Teoría impura del Derecho’ para América Latina? In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 42 *et seq.*

³⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego E. *Op. cit.*, p. 65.

³⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego E. *Op. cit.*, p. 55.

³⁷ BONILLA MALDONADO, Daniel. Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 29.

³⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego E. *Op. cit.*, pp. 55 *et seq.*

direito produzidas nos países do Norte inseriu no vocabulário regional conceitos como originalidade, influência, cópia e transmutação, os quais produzem efeitos reflexos na produção de teorias na e para a América Latina. Sua conclusão é no sentido da necessidade de aproximar a teoria transnacional da teoria local, trazendo as teorias e conceitos vindos do exterior para o centro de uma reflexão pautada por vetores locais, como os efeitos do direito transplantado se produzem no âmbito de recepção, a representação do direito na consciência jurídica local, as funções das teorias de direito dominantes na região e a maneira como são interpretadas e transformadas por agentes locais – inclusive acadêmicos –, entre outros.

A proposta de López Medina não é imune a críticas. O livro organizado por Bonilla Maldonado em torno do argumento de López Medina traz três textos de diálogo e avaliação de tal proposta, escritos por quatro acadêmicos da rede acadêmica global na qual estão inseridos aqueles dois: Helena M. Alviar e Isabel Cristina Jaramillo (*Políticas de un particularismo transmutado*), Hani Sayed (*La globalización de la teoría del derecho: malinterpretación y resistencia*) e Roberto Gargarella (*Crítico del Estado del Derecho. Comentario a “por qué hablar de una ‘teoría impura del derecho’ para América Latina”, de Diego López Medina*), respondidos ao final pelo próprio López Medina (*La cartografía de la teoría jurídica: diálogo com los críticos*).

Em *Políticas de un particularismo transmutado*³⁹, Helena M. Alviar e Isabel Cristina Jaramillo levantam um ponto filosófico importante acerca da argumentação de López Medina, seu fundamento no particularismo ou “perspectivismo teórico”⁴⁰, o qual desborda em falhas descritivas e normativas.

No plano descritivo, o binômio particular e universal perde sua nitidez e potencial explicativo quando são considerados absolutamente dissociados. Para fazer sua dicotomia funcionar, López Medina perde de vista a diversidade existente inclusive no contexto particular, o qual não é uma unidade monolítica. A dificuldade generalizada em vislumbrar a possibilidade de realmente conhecer os objetos de análise, todavia, pode levar tanto López Medina quanto Helena Alviar e Cristina Jaramillo a perderem-se num oceano de singulares.

No plano normativo, nem universalismo nem particularismo devem ser defendidos por si mesmos. Deve-se perguntar quem ganha e quem perde com tal e tal interpretação, importação

³⁹ ALVIAR, Helena M.; JARAMILLO, Isabel C. Políticas de un particularismo transmutado. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 91-118.

⁴⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego E. ¿Por qué hablar de una ‘Teoría impura del Derecho’ para América Latina? In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 65.

e resistência. Embora não concluam por um jogo de soma zero, a argumentação das críticas parece imbuída de um tom característico do *Critical Legal Studies Movement – CLS*, consoante o qual a interpretação da realidade – e, por consequência, toda e qualquer teoria – é indissociável da ideologia.

Em *La globalización de la teoría del derecho: malinterpretación y resistencia*, Hani Sayed aponta a incoerência interna à proposta de López Medina: ela não satisfaz suas próprias exigências⁴¹. Do ponto de vista interno, a crítica volta-se à dicotomia “ambientes hermeneuticamente ricos” e “ambientes hermeneuticamente pobres”⁴². Não só López Medina não as define, como se as interpretássemos a partir do todo, elas implicariam uma explicação culturalista contraditória com as teses sustentadas pelo seu autor.

Por outro lado, do ponto de vista externo, Sayed considera haver uma superestimação da coerência e unidade tanto do contexto de produção quanto do de recepção das teorias e outros elementos jurídicos. Em um e no outro há desacordos acerca do significado, virtudes e falhas das teorias jurídicas. Ao minimizar as divergências internas à classe jurídica do contexto de recepção, a teoria impura negaria – ou marginalizaria – a atuação consciente do jurista local em romper com determinada corrente teórica estrangeira.

Em *Crítico del Estado del Derecho. Comentario a “por qué hablar de una ‘teoría impura del derecho’ para América Latina”, de Diego López Medina*⁴³, Roberto Gargarella levanta objeções de ordem descritiva e normativa à teoria impura do direito.

Na dimensão descritiva, Gargarella questiona o peso sociológico do trabalho de López Medina em razão da carência de suporte empírico à argumentação. Essa ausência de base material seria recorrente, aflorando em diversos momentos: a separação entre nós, acadêmicos latino-americanos, e eles, acadêmicos dos centros de produção jurídica; a separação taxativa entre contextos de produção e de recepção, ignorando as intersecções e mesclas entre si; etc.

Na dimensão normativa, Gargarella aponta o escasso ganho trazido pelas categorias conceituais desenvolvidas por López Medina, tais como recepção, transmutação, transplante, influência, mimese e cadeias transláticas. Ademais, Gargarella considera a teoria impura do

⁴¹ SAYED, Hani. *La globalización de la teoría del derecho: malinterpretación y resistencia*. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 119-160.

⁴² LÓPEZ MEDINA, Diego E. *Op. cit.*, pp. 67 *et seq.* Argumento retomado em *Idem*. *La cartografía de la teoría jurídica: diálogo con los críticos*. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 207 *et seq.*

⁴³ GARGARELLA, Roberto. *Crítica del Estado del Derecho. Comentario a “Por qué hablar de una ‘Teoría impura del Derecho’ para América Latina”, de Diego López Medina*. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 161-176.

direito demasiadamente condescendente com a produção jurídica local, sem apresentar qualquer justificativa para tanto. Ao contrário, as interpretações falhas e os usos estratégicos indevidos feitos da teoria transnacional na América Latina deveriam ser enfrentados criticamente.

5 CONCLUSÃO

A pesar das críticas endereçadas à proposta de López Medina, bem como de outras que eventualmente se venha a fazer, é inegável que o autor logrou sucesso em sua empreitada, a qual pode ser justificadamente denominada de “provocação epistêmica”, não obstante nenhum dos comentadores tenha-o feito. Ao frisar o aspecto hermenêutico ínsito aos transplantes jurídicos, López Medina converteu uma simples operação mecânica impossível num procedimento intelectual complexo plausível.

A infinidade de cenários e resultados possíveis envolvendo os transplantes jurídicos desafiam a imaginação do jurista. Contudo, a realidade é sempre rica o bastante para surpreender a mente jurídica. No caso dos transplantes jurídicos, sua negação com base na filosofia da linguagem culmina numa aporia, ao contrariar postulado fundamental dessa perspectiva filosófica, qual seja, que a linguagem é constitutiva da realidade.

Numa perspectiva diversa, o transplante jurídico pode ser estudado a partir de uma epistemologia realista. O reconhecimento da dimensão entitativa dos elementos jurídicos objeto de transplante não implica qualquer compreensão mecanicista desse processo, como sói acontecer quando adotadas as lentes do modelo de análise simples esboçado nas primeiras páginas do presente trabalho. Justamente ao contrário, é por considerar possível identificar a realidade por trás da semântica da linguagem que a tarefa de distinguir as diferenças e continuidades nos transplantes jurídicos por meio de um raciocínio analógico ganha plausibilidade.

REFERÊNCIAS

ALVIAR, Helena M.; JARAMILLO, Isabel C. Políticas de un particularismo transmutado. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

BONILLA MALDONADO, Daniel. Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y*

trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

DONAHUE Jr., Charles. Comparative Legal History in North America. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, v. 65, n. 1-2, mar. 1997, pp. 1-17.

FEDTKE, Jörg. Legal transplants. In: SMITH, Jan M. (Org.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham; Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006.

FLORES, Alfredo de J.; MACHADO, Gustavo Castagna. Tradução cultural: um conceito heurístico alternativo em pesquisas de História do Direito. *História e Cultura*, v. 4, 2015, pp. 118-139. Disponível em: <
https://www.academia.edu/19689339/Alfredo_de_J._Flores_Gustavo_Castagna_Machado_-_Tradu%C3%A7%C3%A3o_cultural_Um_conceito_heur%C3%ADstico_alternativo_em_pesquisas_de_Hist%C3%B3ria_do_Direito_-_Revista_Hist%C3%B3ria_e_Cultura_2015-12>. Acesso em 20 ago. 2016.

GARGARELLA, Roberto. Crítica del Estado del Derecho. Comentario a “Por qué hablar de una ‘Teoría impura del Derecho’ para América Latina”, de Diego López Medina. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. London: Oxford University Press, 2006.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de ‘transplantes jurídicos’. Tradução de Gustavo Castagna Machado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, v. 09, n. 1, 2014, p. 1-21. Disponível em: <
https://www.academia.edu/8774472/Tradu%C3%A7%C3%A3o_de_Pierre_Legrand_A_impossibilidade_de_Transplantes_Jur%C3%ADdicos_>. Acesso em: 15 jan. 2017.

LÓPEZ MEDINA, Diego E. ¿Por qué hablar de una ‘Teoría impura del Derecho’ para América Latina? In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

LÓPEZ MEDINA, Diego E. La cartografía de la teoría jurídica: diálogo con los críticos. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: ROSENFELD, Michel; SÁJÓ, András. (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. London: Oxford University Press, 2012.

ROSENFELD, Michel; SÁJÓ, András. Introduction. In: ROSENFELD, Michel; SÁJÓ, András. (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. London: Oxford University Press, 2012.

SAYED, Hani. La globalización de la teoría del derecho: malinterpretación y resistencia. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

SIEMS, Mathias M. The curious case of overfitting legal transplants. In: ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk. (Org.). *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2014.

WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2ª ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

WATSON, Alan. Legal Transplants and European Private Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 4.4, dez. 2000. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

WATSON, Alan. *Society and legal change*. 2ª ed. Philadelphia: Temple University Press, 2001.