

# **DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO: FERRAMENTAS DE TRABALHO E CRÍTICA DA PESQUISA CONSTITUCIONAL PSEUDOCOMPARADA<sup>1</sup>**

*Comparative Constitutional Law: working tools and criticism of  
pseudo-comparative constitutional research*

Dimitri Dimoulis<sup>2</sup>

## **SUMÁRIO**

1. Como não fazer “Direito Constitucional Comparado”; 2. O problema da definição do Direito Comparado; 3. Funções do Direito Comparado; 4. Métodos de estudo do Direito Comparado; 5. Comparação constitucional; 5.1. Unidade fundamental do constitucionalismo; 5.2. Multiplicidade de experiências nacionais; 5.3. Existem “famílias constitucionais”?; 5.4. Círculos constitucionais, constituições liberais e transformadoras; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

## **RESUMO**

O estudo problematiza a definição e os objetivos do Direito Comparado. Examina sua utilização na argumentação jurídica e considera que o caminho mais indicado é analisar estruturas e normas para identificar as influências que certo ordenamento jurídico recebeu dos demais, procurando encontrar os transplantes jurídicos e sua forma de adaptação ao ordenamento receptor. Analisa peculiaridades do Direito Constitucional Comparado, destacando a fundamental unidade dos sistemas constitucionais e a necessidade de investigar a multiplicidade de modelos e experiências dessa unidade.

**Palavras-chave:** Comparação Jurídica. Constitucionalismo. Constituições. Influência Normativa. Transplante Jurídico.

## **ABSTRACT**

This study discusses the definition and the purposes of comparative law. We describe the uses of comparative law in legal argumentation and argue that the most appropriate way to legally argue is to analyze structures and norms to identify the influences received by a legal system, finding legal transplants and how they were adapted to the receiving legal system. We also analyze the peculiarities of comparative constitutional law, highlighting the fundamental unity of constitutional systems and the need to investigate the multiplicity of models and experiences within this unit.

**Keywords:** Constitutionalism. Constitutions. Legal Comparations. Legal Transplants. Normative Influences.

<sup>1</sup> As seções 1 e 5.3. foram escritas para esta publicação. As demais constituem a versão atualizada e ampliada de texto inicialmente publicado em 2016: DIMOULIS, Dimitri. Objetivos e métodos do direito comparado e peculiaridades do direito constitucional comparado. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 35, p. 77-88, 2016. Agradeço o convite e o incentivo da dra. Patrícia Ulson Pizarro Werner.

<sup>2</sup> Professor de Direito Constitucional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

## 1. COMO NÃO FAZER “DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO”

O Direito Comparado é uma disciplina desprezada no Brasil. Isso ocorre apesar de ser muito comum encontrar, em estudos acadêmicos, capítulos que oferecem informações sobre certo tema na perspectiva de “Direito Comparado”. Tampouco ignoramos a publicação de centenas de estudos versando especificamente sobre “Direito Comparado”<sup>3</sup>, assim como o ensino da disciplina em nível de pós-graduação.

Ora, essa produção possui dois defeitos. O primeiro – e fatal – é que, via de regra, *não compara*, apenas informa sobre o direito de outros países e não atende critérios de rigor metodológico; apresentaremos a seguir (itens 2 e 3). O Direito Comparado não pode consistir no estudo do direito de outros países (“direito estrangeiro”). Essa confusão é comum em estudos jurídicos que oferecem informações sobre o direito de outros países, apresentando isso como “Direito Comparado”<sup>4</sup>. Ora, ao estudar, por exemplo, a prisão perpétua no Brasil e informar aos leitores que essa pena é admitida na Alemanha ou na Itália, o doutrinador não realiza comparação alguma, apenas confirma o fato de que o Direito é diferente em cada país<sup>5</sup>. A necessidade de não confundir Direito estrangeiro e Direito Comparado tinha sido formulada com clareza e insistência há mais de seis décadas no Brasil, por Caio Mário Pereira<sup>6</sup>, mas até hoje é ignorada pela maioria.

Além da crítica sobre a ausência de comparação (indevida identificação do direito estrangeiro com o direito comparado), temos uma segunda crítica a respeito da forma de escolher os países da comparação. O que a doutrina brasileira chama de “Direito Comparado” se ocupa de pouquíssimos países, entre os quais estão

---

<sup>3</sup> A Biblioteca do Senado indica 1.316 publicações em português, incluindo “direito comparado” em seu título. Disponível em: <http://biblioteca2.senado.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>4</sup> Dois exemplos entre centenas, cf. CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 469-492, dez. 2010; HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 193-210, jul./dez. 2015.

<sup>5</sup> Se me for permitida uma referência pessoal, o meu primeiro contato com a problemática foi nos anos 1980, tendo como estudante cursado a disciplina de “Direito civil comparado”. A docente determinou que cada estudante pesquisasse a regulamentação dos regimes matrimoniais em um país. No meu caso foi a França. Pesquisei na biblioteca da Faculdade e do Instituto Francês de Atenas (período pré-internet!), encontrei e resumi manuais de direito civil francês e redigi o trabalho na forma de relatório. Tanto o meu como os demais trabalhos foram lidos na aula, tiremos excelentes notas e ninguém realizou comparação alguma!

Anos depois, a minha tese de doutorado sobre o indulto no direito comparado (1996) apresentou a regulamentação e prática do indulto em quatro países. Fiz algumas comparações, mas basicamente realizei apresentações paralelas sem reflexão sobre o método e a natureza do direito comparado.

Foi apenas nos anos 2000 com a leitura das obras de Watson (1993) e Sacco (2001) que comecei a entender o que realmente era o direito comparado.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 7, p. 35-51, out. 1955, p. 44.

quase sempre presentes os Estados Unidos e frequentemente a Alemanha, a França, Portugal, a Espanha, a Itália e o Reino Unido.

Ran Hirschl dedicou longas páginas de crítica a essa deficiência do Direito Comparado, visto que não é apenas ignorada a experiência da maioria dos países do mundo, como também são tiradas falsas conclusões, ao universalizar o que ocorre em alguns países<sup>7</sup>. O autor critica o fato de que o Direito Comparado praticado na Europa e nas Américas nunca menciona países populosos como Indonésia ou o Paquistão e, ao mesmo tempo, não estabelece critérios de escolha para que o estudo seja representativo. A leitura de Hirschl é um bom começo para problematizar a formação de uma espécie de “clube de elite mundial” que serve como objeto do Direito Comparado. Talvez a legislação e jurisprudência alemã sejam mais desenvolvidas e adequadas do que as da Indonésia. Mas não podemos saber disso antes de estudarmos o ordenamento da Indonésia, algo que nunca se faz! De todas as formas, o “Direito Comparado” não possui valor cognitivo se não tiver rigor metodológico e apenas oferecer informações sobre alguns ordenamentos.

Sabendo como não deve ser feito um estudo de Direito Comparado, passamos a indicar os pontos de partida de um estudo sólido e metodologicamente controlado. Três são os questionamentos principais aos quais deve responder quem realiza comparações jurídicas.

- a) Identificar os *objetivos* do estudo da matéria e justificar a escolha de países em vista desses objetivos;
- b) Estabelecer e discutir criticamente os *métodos* que permitem realizar comparações jurídicas não improvisadas;
- c) Conhecer as *peculiaridades* da comparação jurídica em cada ramo do Direito.

Para que isso seja possível devemos rejeitar uma objeção (nacionalista), segundo a qual cada país possui sua experiência peculiar, determinada por uma multiplicidade de fatores da história nacional, sendo impossível uma verdadeira comparação. A inquestionável diferença de dois ordenamentos não significa que não podemos realizar comparações, desde que sejam elaborados critérios de comparação.

Heráclito disse que não podemos entrar duas vezes no mesmo rio<sup>8</sup>. Isso é verdade desde que como “rio” se entenda uma combinação das águas momentânea e única, e não o Rio Amazonas, que existe há milênios e que, além disso, possui muitas semelhanças com outros rios. Aplicando essa distinção em nossa matéria, compreendemos que a insistência na unicidade de cada país, cultura e sistema jurídico,

---

<sup>7</sup> HIRSCHL, Ran. **Comparative matters**: the renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 205-223.

<sup>8</sup> TARÁN, Leonardo. Heraclitus: the River Fragments. **The Society for Ancient Greek Philosophy Newsletter**, Binghamton, n. 253, p. 1-20, Dec. 1989. Disponível em: [orb.binghamton.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1252&context=sagp](http://orb.binghamton.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1252&context=sagp). Acesso em: 20 out. 2022.

constitui uma postura pessimista sobre nossa capacidade de entender o mundo com base em ferramentas comparativas. O Brasil é diferente da Argentina por definição. Mas isso não mostra que é impossível comparar o funcionamento do presidencialismo em ambos os países, indicando as (muitas) semelhanças e as (poucas) diferenças. O ceticismo sobre comparações grosseiras e imprecisas não justifica uma reação etnocêntrica. Devemos aprender com os outros e também levar em consideração que nenhum ordenamento permanece igual a si mesmo no tempo. O Direito brasileiro do Visconde de São Leopoldo não é o Direito de Ruy Barbosa nem o de Celso de Mello. Mas todas essas fases podem ser comparadas, tal como o Brasil pode ser comparado com a Argentina.

Em uma importante reflexão sobre o Direito Comparado, Frankenberg<sup>9</sup> aponta dois riscos complementares. Primeiramente, a abordagem etnocêntrica que usa exemplos estrangeiros apenas para confirmar a superioridade da própria cultura, de suas regras e valores. Em segundo lugar, a vontade de aderir a uma cultura alheia considerada superior (*going native*, no vocabulário irônico do autor). Nenhuma dessas modalidades é verdadeira comparação jurídica. Para que a comparação seja efetiva, diz Frankenberg, o comparatista deve aceitar que faz parte de certo contexto cultural e científico nacional, por exemplo, que é um (a) brasileiro (a) que estuda o Direito de outros países com as lentes que lhe foram dadas pela sua socialização geral e jurídica. Além disso, o comparatista deve querer *transformar* sua cultura jurídica utilizando experiências estrangeiras, isto é, afastando-se do ponto de partida. O Direito Comparado possui finalidade *transformadora* mediante autocrítica<sup>10</sup>.

## 2. O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DO DIREITO COMPARADO

O termo “direito” indica, por um lado, o conjunto de normas vigentes e, por outro lado, o estudo dogmático e crítico dessas normas. Por isso, o Direito Constitucional é tanto um ramo do Direito Objetivo como disciplina acadêmica que analisa a produção normativa do ramo. Isso não ocorre com o Direito Comparado. Não há normas vigentes de Direito Comparado, nem esse “Direito” pode ser aplicado em algum lugar do mundo. Em uma palavra – óbvia, mas importante –, o Direito Comparado não é Direito<sup>11</sup>.

Ora, se o Direito Comparado não indica uma realidade normativa, revela-se apenas como uma disciplina acadêmica que objetiva conhecer o Direito vigente em vários países. Isso ocorre tendo como ponto de referência o Direito vigente no país

<sup>9</sup> FRANKENBERG, Günter. Kritische Vergleiche. Versuch, die Rechtsvergleichung zu beleben. In: FRANKENBERG, Günter. **Autorität und Integration**. Frankfurt am Maim: Suhrkamp, 2003. p. 305-306.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 343-347.

<sup>11</sup> WATSON, Alan. **Legal transplants**: an approach to Comparative Law. London: The University of Georgia Press, 1993, p. 1.

do estudioso. Em razão disso, seria preferível não se referir a “Direito Comparado” e sim à “comparação jurídica” no sentido da comparação de ordenamentos jurídicos (*Rechtsvergleichung*).

Constitui objeto do Direito Comparado a classificação dos sistemas jurídicos. O doutrinador nacional procura descrever o ordenamento de seu país (por mais que essa descrição tenha aspectos subjetivos), e o estudioso do Direito estrangeiro observa uma realidade que pouco conhece também com fins descritivos. Já o comparatista tem um objetivo diferente. Estuda as realidades normativas de vários países (parte descritiva de seu trabalho) para classificar realidades jurídicas mediante comparação, algo que nem o doutrinador nacional nem o observador do direito estrangeiro fazem.

Vejamus um exemplo. Em trabalhos doutrinários é corriqueira a afirmação que o Brasil adota um “sistema difuso de controle judicial de constitucionalidade”. Essa observação parece óbvia, mas não é, na verdade, uma genuína observação/descrição do Direito brasileiro. Os termos destacados, “difuso” e “judicial”, não fazem sentido para o intérprete do Direito brasileiro nem para um jurista de outro país que quer se informar sobre o Direito brasileiro. Ao ler a Constituição e as leis brasileiras ninguém dirá que o controle de constitucionalidade é difuso nem que é judicial.

Tais termos surgiram mediante comparação entre sistemas jurídicos. O sistema brasileiro só é difuso porque sabemos que outros ordenamentos estabelecem controle concentrado (concentração da competência decisória em uma Corte constitucional segundo o modelo austríaco)<sup>12</sup>. Da mesma maneira, o sistema brasileiro é judicial porque o sistema de outros países é apenas legislativo, como nos Países Baixos<sup>13</sup>.

O exemplo mostra a natureza eminentemente taxonômica do Direito Comparado. O comparatista descreve relações entre ordenamentos. Relações de semelhança, diferença, identidade, genéticas (o ordenamento A recepcionou instituto do ordenamento B). O comparatista pode também fazer comparações quantitativas ou investigar mudanças no tempo. Quanto mais ricas forem as informações sobre os ordenamentos (não apenas legislação, mas também doutrina e jurisprudência) e maior for o número de ordenamentos examinados, maior será a probabilidade de termos comparações originais<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Os termos encontram-se em estudo que Carl Schmitt publicou em 1931, comparando o sistema estadunidense com o austríaco. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 102.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 356. Esteves considera que, nos Países Baixos, é exercido um controle judicial de constitucionalidade “fraco”. Contudo, a decisão que o autor invoca (decisão *Harmonisatiewet* de 14 de abril de 1989) diz que *nenhum* tribunal do país pode fiscalizar a constitucionalidade das leis, ainda que as considere inconstitucionais. ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Suprema Corte da Holanda. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). **Cortes constitucionais e supremas cortes**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 665-666, 687.

<sup>14</sup> Exemplo: as modalidades e condições de reforma constitucional após estudo do direito constitucional de vários países: ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene (ed.). **The foundations and traditions of constitutional amendment**. London: Hart, 2017; WIESER, Bernd. **Vergleichendes Verfassungsrecht**. Wien: Springer, 2005, p. 85-97. Coletânea de textos que analisam institutos constitucionais com rico material comparativo: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (org.). **Comparative Constitutional Law**. New York, NY: Elgar, 2013.

### 3. FUNÇÕES DO DIREITO COMPARADO

As pesquisas de Direito Comparado objetivam, inicialmente, estudar experiências jurídicas estrangeiras, suas características e evolução. Um estudo nessa perspectiva satisfaz a curiosidade, por assim dizer turística, de quem deseja conhecer o direito, a política e a cultura de outros países<sup>15</sup>. Fazendo um passo além da curiosidade, os doutrinadores e os julgadores utilizam informações de Direito estrangeiro para demonstrar erudição ou como argumento de autoridade. Algumas vezes as referências a outros ordenamentos são utilizadas como demonstrações de erudição, ostentando o domínio da legislação, doutrina e jurisprudência estrangeiras. Em outros casos, estamos diante de um argumento de autoridade: “façam o que os melhores fazem”. Esse argumento atribui autoridade de maneira individual (“se a França é um país de admirável cultura jurídica, então devemos seguir a solução da França”) ou majoritária (“se a grande maioria dos países do mundo legalizou o aborto, o Brasil deve fazer o mesmo”).

Quem usa o Direito estrangeiro (não comparado!) como prova de erudição ou argumento de autoridade adota a perspectiva de um *participante*. É a perspectiva do operador jurídico nacional que busca argumentos para fortalecer suas teses<sup>16</sup>. Tais tentativas e formas de utilização do Direito estrangeiro não adotam a perspectiva própria do Direito Comparado que é a de um *observador/classificador* de experiências jurídicas.

Além disso, os usos instrumentais do Direito estrangeiro são *seletivos*. Não querem oferecer uma imagem completa das experiências jurídicas estrangeiras, apenas são mencionadas decisões e doutrinas que confirmam a opinião do autor, sendo oriundas de juristas e países considerados como referência para determinado ramo do Direito. Estamos diante da utilização “decorativa”<sup>17</sup> do Direito estrangeiro, a serviço de estratégias processuais.

A utilização das experiências jurídicas estrangeiras na prática decisória do STF atende essas duas finalidades. É citada com predileção a jurisprudência e doutrina constitucional dos EUA, da Alemanha e, com menor frequência, da Itália, da Espanha e de Portugal. Além disso, são mencionados apenas argumentos que

<sup>15</sup> Cf. FRANKENBERG, Günter. **Autorität und Integration**, p. 299-300.

<sup>16</sup> DORSEN, Norman *et al.* (org.). **Comparative constitutionalism: cases and materials**. St. Paul, MN: Thompson West, 2003, p. 5.

<sup>17</sup> TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 17-55, out./dez. 2009, p. 31. Pegoraro critica essas práticas que atribui a “falsos comparatistas” em PEGORARO, Lucio. Direito constitucional comparado e o uso comparativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham). **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 93-115, out./dez. 2009, p. 98.

estão de acordo com a tese do Ministro que vota<sup>18</sup>. Trata-se de tendência devidamente criticada na bibliografia nacional<sup>19</sup>.

Retomando uma imagem metafórica, o Direito Comparado começa quando o jurista deixa de ser apenas “poliglota” (conhecedor de ordenamentos estrangeiros) e se transforma em “linguista”, aplicando conceitos e métodos que permitem entender as semelhanças e diferenças entre os vários sistemas jurídicos<sup>20</sup>. Essa transformação ocorre quando o estudo persegue a *segunda* finalidade do Direito Comparado. Trata-se de comparar conteúdos e estruturas de vários sistemas jurídicos para identificar semelhanças e diferenças.

A comparação permite também encontrar as *influências*, diretas ou indiretas, que recebeu certo ordenamento jurídico dos demais. Trata-se de identificar a multiplicidade das respostas jurídicas a problemas sociais e as intensas relações entre ordenamentos jurídicos que se escondem por detrás da aparência nacional e soberana de cada ordenamento.

Ao examinar o Código Civil da Turquia (*Medeni canunu*), que vigorou de 1926 até 2002, percebemos que foi apenas uma tradução do Código Civil da Suíça, dada a necessidade de rápida promulgação de um texto após a derrota da Turquia na Primeira Guerra Mundial, sendo que o tratado de paz fez o país assumir a obrigação de ocidentalizar seu Direito<sup>21</sup>.

Da mesma maneira, os tribunais de alguns países europeus (Grécia, Dinamarca, Noruega) realizavam controle difuso de constitucionalidade das leis, desde finais do século XIX, seguindo o exemplo dos Estados Unidos. Isso derruba o mito da opção “europeia” pelo controle concentrado constitucional e comprova o forte apelo do sistema estadunidense<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Exemplos: STF, Plenário, Medida cautelar na ADPF 378, rel. Min. Roberto Barroso, julg. 17-12-2015 (procedimento de *impeachment*); STF, Plenário, ADIN 3.510, rel. Min. Ayres Britto, julg. 29-5-2008 (lei de Biossegurança); STF 1ª turma, HC 73.351, rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 9-5-1996 (provas ilícitas, em particular nos votos dos Min. Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence).

<sup>19</sup> Cf. TAVARES, op. cit., 2009; SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **O uso de precedente estrangeiro pela Justiça Constitucional**: uma teoria de unificação do direito constitucional material. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010; LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. O STF e o argumento de direito constitucional comparado: uma leitura empírica a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 47, p. 32-65, jul./dez. 2015; HORBACH, HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira.

<sup>20</sup> SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.

<sup>21</sup> ATAMER, Yeşim. Rezeption und Weiterentwicklung des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei. **Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht**, Tübingen, v. 72, n. 4, p. 723-754, 2008. Texto do Código de 1926 disponível em: [tbmm.gov.tr/kanunlar/k4721.html](http://tbmm.gov.tr/kanunlar/k4721.html). Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>22</sup> HELGADÓTTIR, Ragnhildur. **The influence of american theories on Judicial Review in nordic Constitutional Law**. Leiden: Nijhoff, 2006. p. 11-101; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**, p. 76-82.

O pesquisador do Direito Comparado enfrenta múltiplas dificuldades<sup>23</sup>. O acesso a dados é difícil por razões materiais e linguísticas. Para que haja comparação de boa qualidade não é suficiente o acesso a normas legais. Alguém diria que ao ler a lei do Sistema único de Saúde consegue entender como funciona o sistema de saúde pública no Brasil? É necessário se familiarizar com a doutrina e jurisprudência dos países sob comparação e também entender o contexto cultural e as práticas de aplicação do Direito. Isso implica custo de acesso às fontes, necessidade de pesquisas complexas e demoradas, enfrentamento de barreiras linguísticas e culturais. Além disso, a comparação bem-sucedida necessita de formas de comparação de conteúdos e estruturas jurídicas e sociais. São esses os problemas da “tradução jurídica”<sup>24</sup>.

Podemos comparar maçãs e laranjas? Esse é o dilema do comparatista. Hirschl lembra que não é impossível comparar maçãs e laranjas<sup>25</sup>, mas que é arriscado. Antes de qualquer comparação devemos estabelecer os *critérios* e as *condições* que tornam a comparação não apenas possível, mas também útil. Retomando a crítica da seletividade podemos sempre dizer que, ao contrário do Brasil, o Uruguai descriminalizou o aborto. Mas a pergunta é: que tipo de comparação se faz e com quais finalidades? Há países que descriminalizaram o aborto, outros (grande maioria da América Latina, minoria no mundo) que possuem normas repressivas semelhantes às brasileiras e alguns que incluem normas draconianas. As cortes constitucionais utilizaram os mais variados argumentos sobre a constitucionalidade ou não da criminalização do aborto<sup>26</sup>. Caso seja apresentada como melhor a solução do Uruguai é porque agrada quem escreve e não porque é a melhor. Pode-se apostar que ao examinar outra questão, o mesmo doutrinador não escolheria o Uruguai como modelo!

Quem procura realizar uma comparação sólida, percebe que não é possível encontrar as “melhores” normas<sup>27</sup>. Só faz sentido uma comparação que destaca *influências e mudanças históricas* recebidas de outro país pelas mais variadas razões (que o comparatista deve encontrar).

Em estudos de Direito Comparado encontramos listas de influências recebidas de direitos estrangeiros e reflexões sobre o grau de abertura de cada país a

---

<sup>23</sup> TUSHNET, Mark. *Advanced introduction to Comparative Constitutional Law*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2014, p. 5-9.

<sup>24</sup> GLANERT, Simone (org.). *Comparative Law: engaging translation*. Abingdon: Routledge, 2014.

<sup>25</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative matters: the renaissance of Comparative Constitutional Law*, p. 204.

<sup>26</sup> LUNARDI, Soraya; DIMOULIS, Dimitri. *O caso da gravidez indesejada: dilemas éticos e jurídicos sobre aborto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

<sup>27</sup> Tushnet recomenda a adoção de uma Constituição liberal e enxuta que se limite a fixar “valores” e princípios, sem se perder nos detalhes. Mesmo sendo isso apresentado como “conclusão” de um livro de direito constitucional comparado, na verdade corresponde apenas à opinião de um constitucionalista estadunidense. TUSHNET, Mark. *Advanced introduction to Comparative Constitutional Law*, p. 116-121.

experiências estrangeiras<sup>28</sup>. Além desse tipo de inventário de problemas e soluções, muitos comparatistas estudam a estrutura dos ordenamentos jurídicos e buscam encontrar “famílias” ou “círculos jurídicos” (*Rechtskreise*), cujos componentes teriam fortes semelhanças estruturais, compartilhando cultura, valores e formas de regulamentação jurídica<sup>29</sup>.

Ulterior finalidade do Direito Comparado é a melhor compreensão do Direito do país do estudioso, mediante comparação de suas características com o Direito de outros países. Estudar comparativamente os modelos de tributação de mercadorias permite melhor entender as razões da opção do legislador nacional por determinado sistema, e as consequências econômicas e sociais que teriam soluções alternativas.

O Direito Comparado oferece também subsídios para projetos de reforma do Direito nacional, inspirados em soluções que tiveram êxito em outros países. Quando se constata, por exemplo, que o sistema inquisitório e o princípio da escrita no processo penal têm consequências indesejáveis para a qualidade da prestação jurisdicional e afeta indevidamente os direitos do acusado, pode ser realizada uma ampla reforma das normas processuais, instaurando um sistema acusatório, contraditório e oral com garantias de ampla defesa do réu por defensores públicos. Tal reforma pode (e deve!) se inspirar em experiências estrangeiras. Isso ocorreu no Chile na ocasião da elaboração do novo Código de Processo Penal de 2000. O Código é radicalmente diverso do anterior, sendo baseado na oralidade, celeridade e negociação, seguindo o exemplo do processo penal na Itália, na Alemanha e em alguns países da América Latina<sup>30</sup>.

Em nossa opinião, o Direito Comparado adquire maior interesse teórico quando se analisam simultaneamente conteúdos e estruturas de vários sistemas jurídicos para identificar as *influências que recebeu certo ordenamento jurídico dos demais*. Trata-se de analisar as formas de comunicação, procurando identificar os transplantes jurídicos, as razões de cada um e sua história de adaptação ao ordenamento receptor.

#### 4. MÉTODOS DE ESTUDO DO DIREITO COMPARADO<sup>31</sup>

Sabendo o *porquê comparar*, surge a pergunta *como comparar*. A comparação pressupõe uma medida ou referência. Uma mercadoria pode ser considerada “cara”

<sup>28</sup> Exemplo: TAVARES, André Ramos (org.). **Justiça constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

<sup>29</sup> Exemplos dessa tradicional tendência dos comparatistas: LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007; JERONIMO, Patricia. **Lições de Direito Comparado**. Braga: Elsa, 2015.

<sup>30</sup> Texto do Código disponível em: [leychile.cl/Navegar?idNorma=176595](http://leychile.cl/Navegar?idNorma=176595). Acesso em: 20 out. 2022. Cf. as referências sobre sua elaboração em LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. **Derecho procesal penal chileno**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

<sup>31</sup> A discussão sobre métodos é ampla e controvertida. Cf. WIESER, Bernd. **Vergleichendes Verfassungsrecht**, p. 38-43; FRANKENBERG, Günter. **Autorität und Integration**, p. 320-362; DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, jul./set. 2016.

ou “barata” se houver critério para tanto, por exemplo, a média de preço de produtos de certa categoria. No caso do Direito Comparado tal referência não existe. Não há modelo ideal ou Direito “perfeito” que permitiria que fossem feitas comparações nem uma espécie de “média” (“se no Brasil a pena máxima é de dez anos e na Argentina de 20, então a pena indicada é a de 15 anos”, algo que ninguém sustentaria, ainda que a comparação envolvesse uma centena de países). Tampouco há critérios para decidir o que é melhor, mais funcional ou adequado para determinado país e ramo do Direito.

Mesmo assim, o intuito valorativo está presente em muitos estudos de Direito Comparado. Seus autores procuram encontrar o “melhor” Direito ou criticar o direito vigente com base em comparações. Essa tentativa é clara em estudos no âmbito do denominado “Direito e Desenvolvimento”. Juristas estadunidenses e seus discípulos em vários países estabelecem o direito dos EUA como modelo a ser seguido, consideram que sua adoção garantirá desenvolvimento econômico e liberdade política e, criticando os sistemas jurídicos de outros países como “falidos”, “corruptos” ou ineficientes, querem impor concepções oriundas dos EUA. Nesse caso, temos um *imperialismo jurídico* disfarçado em estudo de Direito Comparado<sup>32</sup>.

As tentativas de encontrar padrões e critérios de comparação carecem de fundamento teórico por duas razões. Primeiramente, porque o impacto da mesma regra pode ser diferente em situações sociais diferentes. Se a adoção de uma lei de responsabilidade fiscal permitiu equilibrar as contas públicas na Nova Zelândia, diminuindo o déficit estatal, não se pode prever que o mesmo acontecerá no Brasil pelo fato de ter adotado lei fortemente inspirada na neozelandesa<sup>33</sup>. Os parâmetros que influenciam a eficácia social e os resultados da aplicação de uma lei são múltiplos e, em sua maioria, não normativos<sup>34</sup>. Isso significa que, ainda que haja diminuição do déficit estatal, como ocorreu por muitos anos no Brasil, isso não pode ser relacionado causalmente à lei.

Em segundo lugar, porque a criação e a aplicação do Direito são determinadas por opções políticas, promovendo interesses de certos grupos sociais em detrimento de outros. Por isso carece de sentido apresentar certa solução normativa como objetivamente melhor. O conhecimento e a comparação de experiências jurídicas estrangeiras oferecem valiosas informações. Mas não há modelo a ser seguido.

A essa dificuldade se acrescentam problemas devidos à complexidade do objeto da comparação. É comum ler comparações das semelhanças e diferenças entre

---

<sup>32</sup> Críticas e indicações bibliográficas em KRONCKE, Jediah. Law and development as Anti-Comparative Law. *Vanderbilt Review of Transnational Law*, Nashville, v. 45, n. 2, p. 477-555, Mar. 2012; cf. MEYER, Emílio Peluso Neder. Repensando o direito constitucional comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, jul./dez. 2019.

<sup>33</sup> SIQUEIRA, Marcelo Piancastelli de (org.). *Reforma do Estado, responsabilidade fiscal e metas de inflação: lições da experiência da Nova Zelândia*. Brasília, DF: Ipea, 2006.

<sup>34</sup> SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87-102.

normas legais, limitando-se a maioria dos comparatistas à leitura de leis e Constituições. Mas a mera exposição do “Direito no papel” sem conhecer as práticas de aplicação e sem familiaridade com a jurisprudência e a doutrina é um exercício estéril.

Um exemplo. Podemos estabelecer quadros comparativos da forma de escolha dos juízes de tribunais superiores em dezenas de países. Mas o que isso ensina sobre a experiência jurídica de cada país? Qual o perfil dos escolhidos e quais as consequências do sistema de escolha na qualidade da prestação jurisdicional? Não aprendemos praticamente nada com os quadros comparativos se não soubermos como se exerce efetivamente a competência de nomeação, se, por exemplo, as autoridades políticas nomeiam juízes com critérios de lealdade partidária, com considerações de mérito ou com a combinação desses elementos. Além disso, a avaliação apenas será fidedigna se conhecermos o desempenho desses juízes, verificando o grau de sua independência funcional.

Um exemplo de comparações que se baseiam nos textos constitucionais e não na prática do Direito Constitucional são os trabalhos de Tom Ginsburg, de seus colaboradores e seguidores. Tais trabalhos<sup>35</sup> apostam na comparação *quantitativa*, examinando elementos formais como a extensão de cada Constituição, os anos de vigência, o número de emendas constitucionais, os temas e direitos regulados etc. Ora, construir bases de dados limitadas a textos e informações “contábeis” tem como resultado (melhor dizendo: como pressuposto) ignorar a realidade constitucional e política de cada país e, notadamente, sua doutrina e jurisprudência. Tais tentativas de comparação se revelam de escassa utilidade e de deliberada superficialidade<sup>36</sup>.

A falta de parâmetro de comparação e o caráter estéril da construção de modelos com base em semelhanças e diferenças formais impõem operar um *deslocamento metodológico* em relação ao objeto da comparação. É aconselhável buscar as *influências recebidas por ordenamentos jurídicos alienígenas*<sup>37</sup>. Trata-se de analisar as formas de comunicação e de influência (muitas vezes recíproca ou retroalimentadora) entre

---

<sup>35</sup> Exemplos: ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The endurance of national constitutions**. 2. ed. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2013; GINSBURG, Tom (ed.). **Comparative constitutional design**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2012; GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587-622, Aug. 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/jleo/article-abstract/30/3/587/881605?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 20 out. 2022; CHEIBUB, José Antonio; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. Beyond presidentialism and parliamentarism. **British Journal of Political Science**, Cambridge, MA, v. 44, n. 3, p. 515-544, Jul. 2014. Ver também a tentativa de macro-classificação (formalista) dos sistemas jurídicos com base em dados quantitativos em SIEMS, Mathias. Varieties of legal systems: toward a New Global Taxonomy. **Journal of Institutional Economics**, Cambridge, MA, v. 12, n. 3, p. 579-602, Sep. 2016.

<sup>36</sup> Cf. as críticas de TUSHNET, Mark. **Advanced introduction to Comparative Constitutional Law**, p. 6-7 e, mais moderadamente, de HIRSCHL, Ran. **Comparative matters: the renaissance of Comparative Constitutional Law**, p. 267-277 à tendência dos denominados “large-N studies”.

<sup>37</sup> WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to Comparative Law**.

ordenamentos, procurando não só identificar transplantes jurídicos, mas também as razões de cada transplante e a história de adaptação ao ordenamento receptor.

No que diz respeito às *razões* do transplante devemos perguntar se houve imposição mediante pressão política, econômica ou mesmo militar, como ocorria nas colônias e ainda ocorre em certos temas, por exemplo, na legislação antidrogas ou de lavagem de dinheiro. Em outros casos, temos imitação de modelo estrangeiro considerado mais funcional, por exemplo, importando normas sobre o reconhecimento da união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo, aplicadas com êxito em outros países. Não é incomum a recepção eclética com a elaboração de normas que resultam da seleção e combinação de elementos oriundos de várias fontes de inspiração. É o que ocorreu no Brasil com as sucessivas leis sobre ações afirmativas.

No que diz respeito ao histórico do transplante, trata-se de saber se é duradouro ou se, após a importação, ocorreu afastamento progressivo, aproximando-se o ordenamento de outros modelos ou trilhando seu próprio caminho. Em outros casos, não ocorre “importação”, mas se observa *convergência*. Isso se dá com a elaboração de “códigos-modelo”, com a aproximação dos direitos nacionais mediante tratados internacionais e, com maior intensidade, em países que pertencem ao mesmo bloco econômico.

Outro objeto de interesse dos comparatistas são as estratégias adotadas por instâncias receptoras (legisladores, tribunais) em relação ao Direito estrangeiro. Um tema bastante analisado nos últimos anos são as formas de recepção do Direito estrangeiro pelas Cortes constitucionais que podem adotar variadas posturas perante decisões e padrões argumentativos estrangeiros: “submissão” a exemplos estrangeiros, “repulsa”, “indiferença”, “uso decorativo” ou “interlocação”, sendo essa última postura a mais promissora<sup>38</sup>.

Com o estudo das influências pelo Direito Comparado, a disciplina adquire natureza histórica, analisando os aspectos internacionais e comunicativos de certo ordenamento para constatar os pontos e a intensidade da aproximação e suas variações no tempo. Isso indica que o Direito Comparado deve utilizar principalmente os métodos da *história do Direito*, assim como os da *dogmática jurídica*, sendo imprescindível o conhecimento detalhado, profundo e, na medida do possível, direto das formas de interpretação e aplicação das legislações estudadas.

Isso impõe o abandono da visão generalizadora e simplificadora das “famílias”, assim como dos megaprojetos de comparação quantitativa do conteúdo de normas vigentes. Destaca-se, na nossa perspectiva, o estudo concreto de *casos de influência*, mostrando suas características e evolução no tempo<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Seguimos as sugestões de TAVARES, Mark. **Advanced introduction to Comparative Constitutional Law**, p. 27-37 com leves modificações terminológicas.

<sup>39</sup> Cf. as críticas às classificações tradicionais dos comparatistas no direito privado em: PARGENDLER, Mariana. The rise and decline of Legal Families. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 60, n. 4, p. 1043-1074, 2012; SIEMS, Mathias. Varieties of legal systems: toward a New Global Taxonomy. **Journal of Institutional Economics**.

Nessa perspectiva, ao estudar as influências recebidas pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a Independência, constataremos a presença predominante de certos modelos legislativos e de formas de pensamento doutrinário. A forte influência inicial do Direito português e francês foi progressivamente mitigada com a aproximação a outros ordenamentos jurídicos, com a presença marcante do Direito dos EUA e com a diversificação de influências doutrinárias e jurisprudenciais. Isso torna imprecisas as afirmações genéricas sobre famílias, já que em cada ramo do Direito brasileiro há diversas tendências de pensamento, inspiradas na doutrina de vários países e influenciando de maneira pouco previsível as práticas decisórias.

Resumindo essas referências ao método da busca de influências, podemos lembrar dos três verbos que utilizou Léontin-Jean Constantinesco para descrever o trabalho do comparatista:

- a) *Constatar* (o Direito vigente);
- b) *Compreender* (o contexto social e as práticas de aplicação); e
- c) *Comparar* (estabelecer relações entre ordenamentos com base em critérios de classificação)<sup>40</sup>.

## 5. COMPARAÇÃO CONSTITUCIONAL

Quem deseja estudar o Direito Constitucional Comparado encontra uma forte objeção. Em muitas áreas do Direito a comparação tem utilidade prática. Procura *harmonizar* as normas para facilitar sua aplicação em contextos supranacionais e, ainda que a harmonização encontre resistências, o conhecimento de regras de outros países é necessário em um mundo de relações jurídicas globalizadas.

No campo constitucional essa utilidade não se verifica. Por um lado, o que diz a Constituição pouco interessa as empresas que atuam internacionalmente ou as pessoas que transitam entre vários países. Por outro lado, a especificidade constitucional de cada país, enquanto atributo de sua soberania e condensação de sua história política é um poderoso obstáculo a qualquer tentativa de uniformização<sup>41</sup>.

Não faltam os entusiastas da convergência cosmopolita que consideram que há elites transacionais de juízes e doutrinadores que contribuem à aproximação dos sistemas jurídicos<sup>42</sup> e mostram inabalável confiança ao potencial unificador e

<sup>40</sup> WIESER, Bernd. *Vergleichendes Verfassungsrecht*, p. 42-43.

<sup>41</sup> Cf. TUSHNET, Mark. *Advanced introduction to Comparative Constitutional Law*, p. 2-3; WIESER, op. cit., p. 37-38.

<sup>42</sup> Cf. o entusiasmo acrítico pelos processos de uniformização em DUTRA, Deo Campos; VIEIRA, José Ribas. O direito constitucional comparado entre renascimento e consolidação. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 76, p. 69-94, ago. 2017.

progressista das Cortes internacionais<sup>43</sup>. Basta olhar o mundo real para constatar não apenas a forte resistência a qualquer tentativa de convergência normativa, sendo emblemático o fracasso da tentativa de impor uma “Constituição europeia”, mas também as fortes resistências a projetos de unificação pela jurisprudência ou doutrina através dos (supostos) “diálogos constitucionais”<sup>44</sup>. A rejeição do triunfalismo universalizante indica que o Direito Constitucional Comparado deve se limitar a analisar e classificar os elementos estruturais dos ordenamentos vigentes.

### 5.1. *Unidade fundamental do constitucionalismo*

As variadas práticas jurídicas constitucionais que constatamos no mundo têm sua origem em um único modelo: na supremacia formal (e axiológica) das normas constitucionais que a) são escritas; b) objetivam limitar o poder estatal; c) garantem direitos fundamentais; e d) dividem competências entre autoridades estatais (“poderes” e entes federativos).

Temos aqui um ideário expresso pelo constitucionalismo que foi elaborado e aplicado nos EUA e na França pós-revolucionária desde o final do século XVIII, e, a seguir, recepcionado por ordenamentos jurídicos na Europa e na América Latina, até chegarmos à situação atual de predominância universal do modelo constitucionalista.

Entre o modelo estadunidense e o francês há diferenças, notadamente no que diz respeito à concepção da separação de poderes, havendo tentativa de equilíbrio entre os poderes nos EUA e clara predominância do Legislativo na França, assim como dispersão geográfica do poder nos EUA (federalismo) e unificação dos poderes medievais na França centralizadora-napoleônica<sup>45</sup>. Mas isso não permite dizer que há diferença radical na estrutura constitucional e tampouco autoriza a tese<sup>46</sup> de que os países europeus teriam seguido o modelo da França. O que predomina, em nossa opinião, é a matriz comum e o objetivo unitário que se expressa em uma multiplicidade de configurações constitucionais, como veremos no item 5.2.

A *proximidade originária* dos ordenamentos constitucionais foi confirmada nas últimas décadas por fatores econômicos e políticos que se resumem na convergência das regulamentações jurídicas no período da globalização. A facilitação técnica e a

<sup>43</sup> Entusiasmo ainda mais acrítico em BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (org.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.

<sup>44</sup> KENNEY, Sally; REISINGER, William; REITZ, John (ed.). **Constitutional dialogues in comparative perspective**. New York, NY: Palgrave Macmillan, 1999.

<sup>45</sup> Uma juspublicista francesa, conhecedora do sistema estadunidense, oferece uma excelente comparação: ZOLLER, Elisabeth. **Droit constitutionnel**. Paris: PUF, 1999.

<sup>46</sup> TSCHENTSCHER, Axel. Dialektische Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht. **Juristenzeitung**, Tübingen, v. 62, n. 17, p. 807-816, Sep. 2007, p. 809.

intensificação das relações entre doutrinadores e operadores do Direito de vários países incentivaram a comunicação e tornaram acessíveis materiais jurídicos. Isso densificou as referências a direitos estrangeiros, designada como “internacionalismo judicial”<sup>47</sup>, assim como a criação de um “patrimônio” comum<sup>48</sup> nos países europeus que repercute nos ordenamentos jurídicos de outros continentes. Mas, como dissemos, não se observou um relevante movimento de convergência constitucional.

Isso não impede mudanças pontuais com a recepção de institutos que um ordenamento rechaçava no passado. No campo do processo constitucional, tivemos em 2008 a introdução do controle de constitucionalidade judicial repressivo na França mediante reforma constitucional, após uma resistência jurídica e política de dois séculos<sup>49</sup>. Em perspectiva semelhante, surgiu a possibilidade de controle judicial das leis do Parlamento britânico após a criação da Suprema Corte do Reino Unido em 2005, que usa como parâmetro a Convenção Europeia de Direitos Humanos na falta de Constituição rígida. Essa competência é exercida com extrema cautela<sup>50</sup>. Mas a quebra do paradigma de séculos de soberania legislativa do Parlamento é indicativa da *aproximação* de modelos jurídicos e culturais no campo do controle de constitucionalidade<sup>51</sup>, confirmando a unidade do constitucionalismo.

A essa aproximação, por assim dizer cultural, dos Direitos Constitucionais nacionais, acrescentou-se a aproximação normativa em nível supranacional. Isso se deu com o fortalecimento:

- a) Dos sistemas de cooperação internacional em âmbito político e econômico;
- b) Das jurisdições supranacionais que permitem o acesso, indireto ou direto, dos indivíduos a seu sistema processual, podendo questionar decisões dos Estados nacionais;
- c) Das instituições de integração regional, a exemplo da União Europeia, que, por mais que não possua Constituição escrita e rígida, desenvolveu regras e procedimentos quase constitucionais, permitindo que sejam tomadas decisões de aplicação obrigatória nos Estados-Membros.

---

<sup>47</sup> ZEHNDER, Jacob. Constitutional comparativism: the emerging risk of comparative law as a constitutional tiebreaker. **Valparaiso University Law Review**, Valparaiso, IN, v. 41, n. 4, p. 1739-1788, 2006, p. 1784.

<sup>48</sup> PIZZORUSSO, Alessandro. **Il patrimonio costituzionale europeo**. Bologna: Il Mulino, 2002; HÄBERLE, Peter. **Europäische Verfassungslehre**. Baden-Baden: Nomos, 2009.

<sup>49</sup> LUNARDI, Soraya. Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 103, p. 285-306, jul./dez. 2011.

<sup>50</sup> São raríssimas as declarações de incompatibilidade entre leis britânicas e a Convenção Europeia de direitos humanos. Um exemplo é a declaração de incompatibilidade em relação à lei que discriminava uniões do mesmo sexo: **R v. Secretary of State for International Development** Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2018/32.html>. Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>51</sup> Enumeração das tendências de convergência em DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**, p. 380-386.

## 5.2. Multiplicidade de experiências nacionais

A fundamental unidade do constitucionalismo não oculta o fato que os constituintes e os aplicadores das normas constitucionais possuem sempre um leque de opções e variações regulatórias. Forma de Estado, forma de governo, tipos de direitos fundamentais garantidos e formas de sua garantia, relações entre poder central e regional, Constituição econômica e tributária (que muitas vezes falta; o que também é uma opção), organização do controle de constitucionalidade e muitos outros temas recebem respostas radicalmente opostas, mostrando a real diversidade dentro da matriz comum.

Cada ordenamento faz escolhas que dependem da vontade política dos grupos dominantes. Podemos dizer que a experiência constitucional mundial possui um “cardápio” bastante rico, fazendo cada país opções à la carte, ao combinar elementos de maneira original, assim como criando regimes mistos (Estado unitário com forte autonomia das províncias, como no caso da Espanha; regime presidencial com fortes elementos de parlamentarismo como na França e, quem sabe, um dia no Brasil).

Nesse contexto, o estudo comparado do Direito Constitucional deve identificar *redes de influência e de colaboração* entre ordenamentos jurídicos, assim como casos pontuais de transplantes, analisando as aproximações, os afastamentos e as retroalimentações.

Cabe também ao comparatista analisar um fenômeno que, apesar de ser muito comum, não foi devidamente analisado até agora. Trata-se da *indiferença normativa*. Países vizinhos com fortes relações de intercâmbios culturais e econômicos apresentam, não raramente, baixo grau de comunicação jurídica. Um exemplo oferece o Direito Constitucional brasileiro e argentino. Há proximidade geográfica e econômica, além da matriz estadunidense do Direito Constitucional de ambos os países, incluindo a opção pelo federalismo, pelo presidencialismo e pelo controle difuso de constitucionalidade. Apesar disso, o que ocorre na doutrina e na jurisprudência do Brasil deixa indiferente a Argentina e vice-versa. A explicação deve ser encontrada na falta de construção de redes de influência, tendo preferido os juristas manter relações com países “do centro” (EUA, França), em vez de criar contatos diretos, confirmando nesse caso a opção “*going native*”, comentada no início do trabalho.

## 5.3. Existem “famílias constitucionais”?

Ao se referir à unidade fundamental das Constituições descartamos a possibilidade de ter famílias de ordenamentos constitucionais, dotadas de diferentes estruturas decisórias e padrões de regulamentação. Mesmo a corriqueira distinção entre países de direito escrito e de *common law* não tem utilidade no Direito Constitucional, em que as Constituições escritas e rígidas substituíram paulatinamente ordenamentos políticos costumeiros e os juízes se referem obrigatoriamente ao texto constitucional

e não a costumes e precedentes. Por mais que nos países do *common law* as decisões em matéria constitucional gerem precedentes, o precedente pode ser constantemente questionado com referência ao texto constitucional.

O único autor que, a nosso conhecimento, considera possível classificar as Constituições em “círculos jurídicos” é Bernd Wieser<sup>52</sup>. Inicialmente rejeita o termo “famílias”, observando corretamente que não existem claras relações genealógicas entre uma construção “mãe” e seus “descendentes”. Cada Constituição reúne elementos da experiência política e jurídica nacional, com influências de modelos estrangeiros e construções originais. Nesse sentido, haveria apenas Constituições próximas estruturalmente que formariam um círculo. O autor propõe uma classificação em dois níveis.

No primeiro nível, Wieser diferencia países com constituição liberal-democrática dos com Constituição antidemocrática ou autoritária. No primeiro grupo classifica as Constituições do capitalismo “ocidental”. No segundo, as Constituições dos Estados socialistas, dos islâmicos e das ditaduras do Ocidente. Acrescentando que talvez devesse ser criada uma terceira categoria, abrangendo Constituições dos países em desenvolvimento<sup>53</sup>.

No segundo nível, o autor procura encontrar “círculos” menores dentro do círculo da Constituição liberal-democrática. Utilizando critérios de estrutura, diferencia os seguintes possíveis círculos de Constituições<sup>54</sup>:

- a) Escritas e costumeiras;
- b) Federativas e unitárias;
- c) Republicanas e monárquicas;
- d) Círculos formados de acordo com as relações entre Executivo e Legislativo, levando também em consideração as características do sistema partidário<sup>55</sup>.

Wieser considera esses critérios problemáticos, notadamente por serem vagos. Afirma que o melhor critério de classificação é a forma de controle judicial da constitucionalidade. Sugere como distinção básica a forma difusa ou concentrada da competência, dividindo, a seguir, os países de controle concentrado no grupo que admite controle amplo e no que limita o objeto de controle<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> WIESER, Bernd. *Vergleichendes Verfassungsrecht*, p. 107-115. Pegoraro se refere a círculos constitucionais, mas de maneira pouco clara e convincente. PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemi costituzionali*. Torino: Giappichelli, 2020.

<sup>53</sup> WIESER, op. cit.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

A proposta de Wieser tem o duplo mérito sugerir critérios claros e relevantes e de expor ele mesmo as fraquezas de sua proposta. Mas, em nossa opinião, sua tentativa de distinguir entre círculos não parece convincente<sup>57</sup>.

Em primeiro lugar, a distinção fundamental da democraticidade não é pertinente. Não somente porque há sérias dúvidas sobre a democraticidade de vários países e muitos critérios para definir a democracia, mas por uma razão puramente jurídica. Muitos regimes autoritários, por indiferença ou desejando serem legitimados, ostentam constituições que garantem a separação de poderes e os direitos fundamentais. A Constituição soviética de 1936, supervisionada e defendida por Stalin, tinha muitos elementos de uma Constituição democrática-liberal. A Alemanha nazista manteve em vigor a Constituição de Weimar. Já a ditadura militar grega (1967-1974) elaborou duas Constituições de cunho liberal-democrático, ainda que não tenham sido aplicadas na prática. Sabemos que a ditadura militar brasileira de 1964 também tentou dar aparência democrática-liberal ao direito constitucional “no papel”.

Em que “círculo” classificaríamos esses regimes? A tentativa de acrescentar critérios de efetividade, verificando, por exemplo, se há realmente eleições livres e tutela dos direitos fundamentais, torna o critério classificatório político e não jurídico, fracassando a tentativa de estabelecer círculos constitucionais.

Em segundo lugar, o critério do controle de constitucionalidade não nos parece o mais claro e relevante. Alguns diriam ironicamente que não é coincidência um jurista austríaco considerar crucial o controle judicial de constitucionalidade, cuja forma concentrada, hoje predominante no mundo, fora justamente elaborada na Áustria.

Além disso, o critério proposto ignora que há países que adotam sistemas mistos, como é comum na América Latina. Sem aprofundar aqui a questão da “mistura” dos modelos, é claro que eventual classificação do Brasil nos países de controle difuso ignoraria que, nas últimas décadas, o sistema constitucional foi profundamente marcado pela interposição e julgamento de ações de controle abstrato e principal cujos efeitos são até mais fortes do que no ordenamento austríaco (efeitos, via de regra, retroativos no Brasil e prospectivos na Áustria)<sup>58</sup>.

#### 5.4. Círculos constitucionais, constituições liberais e transformadoras

Se há uma classificação de círculos constitucionais que nos parece possível é a distinção entre Constituições *liberais* e *transformadoras*<sup>59</sup>. Critério para tanto é a con-

<sup>57</sup> Cf. a crítica de TSCHENTSCHER, Axel. *Juristenzeitung*, p. 810-811.

<sup>58</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*, p. 225-228.

<sup>59</sup> Realizamos a comparação desses dois modelos em VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. *Constituição e desenvolvimento*. In: LIMA, Maria Lucia Pádua (org.). *Direito e Economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 381-400. Versão ampliada em VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS,

cepção que certa Constituição adota sobre o *papel do Estado na economia*. A concepção da Constituição liberal atribui ao bem-estar social o sentido da *autodeterminação* dos indivíduos. O Direito deve remover obstáculos, permitindo que cada um persiga seu interesse em condições de liberdade e igual tratamento com os demais. Por isso, a Constituição liberal garante direitos e organiza a separação de poderes.

Já as Constituições transformadoras adotam um conceito *substantivo* de justiça social. Para tanto, formulam programas de desenvolvimento, considerando o Estado como ator central e impondo às autoridades estatais deveres de organização da economia e de redistribuição de recursos. Constituições como a brasileira e a indiana fazem parte das transformadoras, sendo exemplo mais marcante de tal Constituição a Lei Fundamental soviética de 1918.

Essa distinção é importante porque decorre de uma clara bipartição dos objetivos constitucionais. Mas não deixa de ser verdade que as Constituições transformadoras dos países capitalistas adotam também a separação de poderes “liberal” e garantem direitos individuais, incluindo o direito de propriedade privada e a livre iniciativa econômica<sup>60</sup>. Nesse sentido aproximam-se das liberais, mostrando a relatividade da classificação.

Em nossa opinião, a busca de “círculos” de Constituições enfrenta grandes dificuldades, dada a fundamental semelhança de todas as Constituições escritas e também a extrema diversidade empírica. Por isso, o Direito Constitucional comparado deve adotar uma visão mais modesta e realista, procurando relações *genéticas* entre institutos, assim como criando classificações de normas e práticas de aplicação constitucional.

## 6. CONCLUSÃO

A partir do exposto, podemos concluir que ainda resta um caminho a percorrer no tocante ao aperfeiçoamento e sofisticação da disciplina do Direito Comparado, propriamente dita, sobretudo, na definição de suas técnicas e metodologia de pesquisa. Não basta ao Direito Comparado apenas apontar as diferenças de entendimento entre doutrinas do Direito de países distintos.

---

Dimitri. Transformative constitutions as a tool for social development. In: LIMA, Maria Lucia; GHIRARDI, José Garcez (org.). **Global Law**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 15-31. Sobre as Constituições transformadoras, cf. detalhadamente (e comparativamente) VIEIRA, Oscar Vilhena; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans (ed.). **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2014; VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV, 2017.

<sup>60</sup> GARGARELLA, Roberto. Lo ‘viejo’ del ‘nuevo’ constitucionalismo. **Estudios Sociales**, Santa Fe, v. 25, n. 48, p. 169-208, Jan./Jun. 2015. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15\\_Gargarella\\_CV\\_Sp.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf). Acesso em: 20 out. 2022.

Consideramos que o caminho mais indicado para esse aperfeiçoamento da disciplina do Direito Comparado passe pela análise das estruturas e normas jurídicas, identificando as influências que recebeu certo ordenamento jurídico em comparação com os demais, procurando encontrar os transplantes jurídicos e sua forma de adaptação ao ordenamento receptor. Ao longo de uma pesquisa sistematizada, observou-se que subsiste uma unidade fundamental nos sistemas constitucionais, e também a multiplicidade dos modelos e experiências possíveis.

Para lograr êxito nas investigações da disciplina de Direito Comparado, é preciso conhecer as peculiaridades da comparação jurídica em cada ramo do Direito, discutindo criticamente, e também estabelecendo métodos de comparação jurídica não improvisados.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene (ed.). **The foundations and traditions of constitutional amendment**. London: Hart, 2017.

ATAMER, Yeşim. Rezeption und Weiterentwicklung des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei. **Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht**, Tübingen, v. 72, n. 4, p. 723-754, 2008.

BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (org.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 469-492, dez. 2010.

CHEIBUB, José Antonio; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. Beyond presidentialism and parliamentarism. **British Journal of Political Science**, Cambridge, MA, v. 44, n. 3, p. 515-544, Jul. 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Die Begnadigung in vergleichender Perspektive**. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

\_\_\_\_\_; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DORSEN, Norman *et al.* (org.). **Comparative constitutionalism: cases and materials**. St. Paul, MN: Thompson West, 2003.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, jul./set. 2016.

\_\_\_\_\_; VIEIRA, José Ribas. O direito constitucional comparado entre renascimento e consolidação. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, n. 76, p. 69-94, ago. 2017.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The endurance of national constitutions**. 2. ed. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2013.

ESTEVEES, Luiz Fernando Gomes. Suprema Corte da Holanda. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). **Cortes constitucionais e supremas cortes**. Salvador: Juspodivm, p. 657-691, 2017.

FRANKENBERG, Günter. Kritische Vergleiche. Versuch, die Rechtsvergleichung zu beleben. In: FRANKENBERG, Günter. **Autorität und Integration**. Frankfurt am Maim: Suhrkamp, p. 299-363, 2003.

GARGARELLA, Roberto. Lo 'viejo' del 'nuevo' constitucionalismo. **Estudios Sociales**, Santa Fe, v. 25, n. 48, p. 169-208, Jan./Jun. 2015. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15\\_Gargarella\\_CV\\_Sp.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf). Acesso em: 20 out. 2022.

GINSBURG, Tom (ed.). **Comparative constitutional design**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2012.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587-622, Aug. 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/jleo/article-abstract/30/3/587/881605?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 20 out. 2022.

GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (org.). **Comparative Constitutional Law**. New York, NY: Elgar, 2013.

GLANERT, Simone (org.). **Comparative Law: engaging translation**. Abingdon: Routledge, 2014.

HÄBERLE, Peter. **Europäische Verfassungslehre**. Baden-Baden: Nomos, 2009.

HELGADÓTTIR, Ragnhildur. **The influence of american theories on Judicial Review in nordic Constitutional Law**. Leiden: Nijhoff, 2006.

HIRSCHL, Ran. **Comparative matters: the renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 193-210, jul./dez. 2015.

JERONIMO, Patricia. **Lições de Direito Comparado**. Braga: Elsa, 2015.

KENNEY, Sally; REISINGER, William; REITZ, John (ed.). **Constitutional dialogues in comparative perspective**. New York, NY: Palgrave Macmillan, 1999.

KRONCKE, Jedidiah. Law and development as Anti-Comparative Law. **Vanderbilt Review of Transnational Law**, Nashville, v. 45, n. 2, p. 477-555, Mar. 2012.

LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. **Derecho procesal penal chileno**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. O STF e o argumento de direito constitucional comparado: uma leitura empírica a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 47, p. 32-65, jul./dez. 2015.

LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

LUNARDI, Soraya. Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 103, p. 285-306, jul./dez. 2011.

\_\_\_\_\_; DIMOULIS, Dimitri. **O caso da gravidez indesejada: dilemas éticos e jurídicos sobre aborto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Repensando o direito constitucional comparado no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, jul./dez. 2019.

PARGENDLER, Mariana. The rise and decline of Legal Families. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 60, n. 4, p. 1043-1074, 2012.

PEGORARO, Lucio. Direito constitucional comparado e o uso comparativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham). **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 93-115, out./dez. 2009.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. **Sistemi costituzionali**. Torino: Giappichelli, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 7, p. 35-51, out. 1955.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Il patrimonio costituzionale europeo**. Bologna: Il Mulino, 2002.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **O uso de precedente estrangeiro pela Justiça Constitucional: uma teoria de unificação do direito constitucional material**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

SIQUEIRA, Marcelo Piancastelli de (org.). **Reforma do Estado, responsabilidade fiscal e metas de inflação: lições da experiência da Nova Zelândia**. Brasília, DF: Ipea, 2006.

TAVARES, André Ramos (org.). **Justiça constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 17-55, out./dez. 2009.

SIEMS, Mathias. Varieties of legal systems: toward a New Global Taxonomy. **Journal of Institutional Economics**, Cambridge, MA, v. 12, n. 3, p. 579-602, Sep. 2016.

TARÁN, Leonardo. Heraclitus: the River Fragments. **The Society for Ancient Greek Philosophy Newsletter**, Binghamton, n. 253, p. 1-20, Dec. 1989. Disponível em: orb.binghamton.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1252&context=sagp. Acesso em: 20 out. 2022.

TSCHENTSCHER, Axel. Dialektische Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht. **Juristenzeitung**, Tübingen, v. 62, n. 17, p. 807-816, Sep. 2007.

TUSHNET, Mark. **Advanced introduction to Comparative Constitutional Law**. Northampton, MA: Edward Elgar, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Constituição e desenvolvimento. In: LIMA, Maria Lucia Pádua (org.). **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, p. 381-400, 2012..

VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Transformative constitutions as a tool for social development. In: LIMA, Maria Lucia; GHIRARDI, José Garcez (org.). **Global Law**. Curitiba: Juruá, p. 15-31, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans (ed.). **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV, 2017.

WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to Comparative Law**. London: The University of Georgia Press, 1993.

WIESER, Bernd. **Vergleichendes Verfassungsrecht**. Wien: Springer, 2005.

ZEHNDER, Jacob. Constitutional comparativism: the emerging risk of comparative law as a constitutional tiebreaker. **Valparaiso University Law Review**, Valparaiso, IN, v. 41, n. 4, p. 1739-1788, 2006.

ZOLLER, Elisabeth. **Droit constitutionnel**. Paris: PUF, 1999.

