

# **Direito Constitucional Comparado**

Amostra

# Direito Constitucional Comparado

Copyright © Almedina Brasil

Almedina Brasil é uma empresa do Grupo Editorial Alta Books (Starlin Alta Editora e Consultoria LTDA).

Copyright © 2025 Matheus Gomes Setti

ISBN: 978-85-8493-926-8

Impresso no Brasil – 1ª Edição, 2025 – Edição revisada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009.

## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S497

Direito Constitucional Comparado. Matheus Gomes Setti. 1.ed. – Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2025.

160 p; 16 x 23 cm.

ISBN 978-85-8493-926-8

1. Direito constitucional. 2. Direito comparado. 3. Migrações constitucionais. 4. Diálogos entre cortes. 5. Jurisprudência do STF. I. Setti, Matheus Gomes. II. Título.

CDU 342.7 (81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito constitucional : Direito comparado : Migrações constitucionais : STF

Todos os direitos estão reservados e protegidos por Lei. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida.

A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e com punição de acordo com o artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta obra fora formulado exclusivamente pelo(s) autor(es).

**Marcas Registradas:** Todos os termos mencionados e reconhecidos como Marca Registrada e/ou Comercial são de responsabilidade de seus proprietários. A editora informa não estar associada a nenhum produto e/ou fornecedor apresentado no livro.

**Material de apoio e erratas:** Se parte integrante da obra e/ou por real necessidade, no site da editora o leitor encontrará os materiais de apoio (download), errata e/ou quaisquer outros conteúdos aplicáveis à obra. Acesse o site [www.altabooks.com.br](http://www.altabooks.com.br) e procure pelo título do livro desejado para ter acesso ao conteúdo.

**Suporte Técnico:** A obra é comercializada na forma em que está, sem direito a suporte técnico ou orientação pessoal/exclusiva ao leitor.

A editora não se responsabiliza pela manutenção, atualização e idioma dos sites, programas, materiais complementares ou similares referidos pelos autores nesta obra.

## Grupo Editorial Alta Books

**Produção Editorial:** Grupo Editorial Alta Books

**Diretor Editorial:** Anderson Vieira

**Editora-chefe:** Manuella Santos de Castro

**Assistente Editorial:** Francielle Regina

**Vendas Governamentais:** Cristiane Mutüs

**Diagramação:** Merit Editorial



Rua Viúva Cláudio, 291 – Bairro Industrial do Jacaré

CEP: 20.970-031 – Rio de Janeiro (RJ)

Tels.: (21) 3278-8069 / 3278-8419

[www.altabooks.com.br](http://www.altabooks.com.br) – [altabooks@altabooks.com.br](mailto:altabooks@altabooks.com.br)

**Ouvidoria:** [ouvidoria@altabooks.com.br](mailto:ouvidoria@altabooks.com.br)



Amostra

*Para as mulheres da minha vida:*

*Dona Alda*

*Dona Hercília*

*Mariangela*

*Dominique*

VINCENT

*You'll dig it the most. But you know what the funniest thing about Europe is?*

JULES

*What?*

VINCENT

*It's the little differences. A lotta the same shit we got here, they got there, but there they're a little different.*

JULES

*Examples?*

VINCENT

*Well, in Amsterdam, you can buy beer in a movie theatre. And I don't mean in a paper cup either. They give you a glass of beer, like in a bar. In Paris, you can buy beer at MacDonald's. Also, you know what they call a Quarter Pounder with Cheese in Paris?*

JULES

*They don't call it a Quarter Pounder with Cheese?*

VINCENT

*No, they got the metric system there, they wouldn't know what the fuck a Quarter Pounder is.*

JULES

*What'd they call it?*

VINCENT

*Royale with Cheese.*

JULES

*(repeating)*

*Royale with Cheese. What'd they call a Big Mac?*

VINCENT

*Big Mac's a Big Mac, but they call it Le Big Mac.*

JULES

*Le Big Mac. What do they call a Whopper?*

VINCENT

*I dunno, I didn't go into a Burger King"*

*Pulp Fiction, de Quentin Tarantino e Roger Avary*

## SOBRE O AUTOR

**Matheus Gomes Setti** é Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, tendo obtido o reconhecimento de excelência acadêmica de 2024.

Formado pela mesma instituição, com extensão em Direito Econômico pela Universidade Humboldt de Berlim.

Advogado.

## AGRADECIMENTOS

Esta obra é resultado da minha dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Assim, começo agradecendo minha orientadora, professora Melina Girardi Fachin, cujas lições me levaram até as conclusões expostas aqui. Agradeço também à professora Christine Peter da Silva e ao professor Ilton Robl Filho, que participaram da banca e fizeram contribuições importantes ao resultado final. Ainda, agradeço aos professores Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Daniel Wunder Hachem, que contribuíram imensamente com seus ensinamentos em Direito Constitucional Comparado.

Não posso deixar de agradecer outros professores que me acompanharam ao longo dos anos e que, de formas variadas, têm suas marcas neste trabalho. Em especial: Maria Cândida do Amaral Kroetz, Paulo César Busato, Eneida Desireé Salgado, Hanno Meyer, Pierre Legrand, Cornélio Schwambach, Rosana Capello e Joceli Foggiatto.

Dizem que somos a soma das cinco pessoas com quem mais convivemos. Eu acredito muito nisso e tenho a sorte de poder conviver com amigos que não me permitem qualquer inércia. Para citar apenas os que me acompanharam ao longo do mestrado: Leandro Oss-Emer, Renan Nerone, Marcus Mezzomo e Tiago Andrade – este último com quem também tenho a felicidade de compartilhar os altos e baixos da advocacia. Abrindo uma exceção ao mestrado, é impossível escrever estas palavras sem agradecer a André Marra. Agradeço, também, a André Luiz Gonçalves Pepino.

Por fim, agradeço a Dominique Vieira Lobo, minha companheira de todos os momentos, e minha família, sobretudo Mariangela de Oliveira Gomes Setti e João Antônio Palma Setti. Vocês três são a base de tudo.

Curitiba, maio de 2025.

# SUMÁRIO

<b>Sobre o Autor</b> .....	7
<b>Agradecimentos</b> .....	8
<b>Capítulo 1: Introdução</b> .....	11
<b>Capítulo 2: Comparações constitucionais</b> .....	15
2.1. Premissas – duas escolas de direito constitucional comparado .....	15
2.2. Visões sobre a história e objetos do direito constitucional comparado .....	16
2.2.1. Surgimento e história .....	17
2.2.2. Objeto: o que comparar? .....	21
2.2.3. Finalidade: por que comparar? .....	24
2.3. Metodologias .....	28
2.4. O método entre pretensão de cientificidade e culturalismo: abordagens práticas e (quase) filosóficas .....	38
2.5. Cruzando a ponte entre as duas escolas comparatistas .....	46
<b>Capítulo 3: Migrações constitucionais</b> .....	49
3.1. Influências transnacionais e migrações constitucionais .....	49
3.2. Desenvolvimento da teoria – transplantes, formantes e o debate culturalista .....	57
3.2.1. Os transplantes e os formantes jurídicos .....	57
3.2.2. De transplantes a migrações – o debate culturalista e suas respostas .....	66
3.3. Migrações e os debates sobre democracia e soberania .....	75
3.4. Anatomia de uma migração .....	83
3.5. Migrações inconstitucionais e abusivas .....	88
<b>Capítulo 4: Diálogos intercortes</b> .....	96
4.1. Conceituando os diálogos intercortes .....	96
4.2. Resistência, convergência e engajamento .....	103

## DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

4.3. Modelos de interações constitucionais transnacionais . . . . .	106
4.4. A teoria do constitucionalismo latino-americano . . . . .	112

### **Capítulo 5: Os precedentes estrangeiros na jurisprudência do**

<b>Supremo Tribunal Federal. . . . .</b>	<b>124</b>
5.1. Pesquisas empíricas anteriores . . . . .	124
5.2. Metodologia e parâmetros de análise . . . . .	128
5.3. Resultados . . . . .	131
5.4. Análise . . . . .	141
<b>Conclusões . . . . .</b>	<b>147</b>
<b>Referências bibliográficas . . . . .</b>	<b>156</b>



# Capítulo 1

## INTRODUÇÃO

As cortes conversam entre si. Os ordenamentos jurídicos vêm se entrelaçando e influenciando uns aos outros. A globalização e os avanços tecnológicos vêm produzindo pontes de contato cada vez mais efetivas entre as diferentes culturas constitucionais. Tudo isso é fomentado – e se faz ainda mais necessário – pela expansão dos direitos fundamentais e humanos, cuja tutela demanda abertura para realidades e experiências diversas. O atual perfil do constitucionalismo requer que sejamos cosmopolitas.

É por isso que o direito constitucional comparado tem recebido cada vez mais atenção dos juristas e estudiosos. Segundo alguns, a área está passando por uma fase de renascimento, após permanecer décadas como um adendo obscuro dos cursos de direito constitucional clássicos. O direito comparado é o ponto de partida para a formação de redes de influência recíproca entre ordenamentos. Por meio da comparação, compreendemos melhor a nós mesmos, aguçamos nosso senso crítico, vislumbramos alternativas às nossas práticas arraigadas e ampliamos nossa caixa de ferramentas para concretizar as promessas da constituição.

A partir da comparação, pode ocorrer a adoção por um país de ideias e conceitos jurídicos formulados em outro. Trata-se das migrações de ideias constitucionais, processo durante o qual o conceito inicial passa por todo tipo de transformação para se adaptar ao ordenamento receptor, tornando-se diverso de sua versão originária. Quando os tribunais se tornam engajados com ideias concebidas em outras ordens, podem dialogar com seus pares estrangeiros, estabelecendo um diálogo intercortes, em que as cortes nacionais e internacionais se referem às decisões umas das outras em suas próprias manifestações. Esse engajamento dialógico entre constitucionalismos, com migrações constitu-

cionais e diálogos intercortes, faz surgir um transconstitucionalismo, um relacionamento transversal tenso e produtivo entre as ordens.

O presente trabalho tem por finalidade fazer uma introdução a essa realidade e, particularmente, compreender como o Brasil se encaixa nela. Para tanto, após expormos os principais aspectos e debates sobre o tema e localizá-los em relação à experiência brasileira, faremos uma análise empírica de como o Supremo Tribunal Federal tem se engajado no diálogo intercortes nos últimos anos, como tem citado precedentes de tribunais estrangeiros. Assim, partiremos de levantamentos anteriores promovidos por Christine Peter da Silva, que englobaram os anos de 1961 a 2014, e avançaremos para estudar a postura da corte entre 2015 e 2023. Com isso, poderemos delinear o perfil do tribunal desde 1961 até os dias atuais.

A pesquisa abarcará, pois, todas as decisões colegiadas proferidas no período em questão. Aquelas com referência a precedentes estrangeiros são indexadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, de modo que poderão ser extraídas da miríade de decisões em geral. A partir da leitura desses acórdãos, buscaremos definir qual a proporção de decisões em que os ministros fazem esse tipo de referência, quais os tribunais e precedentes mais citados, por quais ministros, em quais temas, de qual forma, por qual motivo, em qual profundidade, entre outros.

Embora afirmações como as dos parágrafos anteriores estejam se tornando comuns e sendo quase presumidas como realidade entre os estudiosos da área, na prática, pouco se sabe sobre se e como o Supremo Tribunal Federal se engaja com fontes estrangeiras. Ainda, esse engajamento não é livre de críticas, que vão da falta de legitimidade democrática à expansão da discricionariedade judiciária e ao imperialismo jurídico.

É preciso entender como nossa Corte Suprema se insere nesse contexto. Ela dialoga com seus pares? Quando os cita, há real consideração de suas opiniões ou mero floreio? Estamos participando de uma rede transconstitucional frutífera ou recaindo nos vícios alertados alhures? São algumas das perguntas que buscaremos responder. O objetivo não é fazer um juízo de valor sobre a atuação da corte, e sim expor os dados fáticos de forma a contribuir com a compreensão de como o fenômeno se expressa – e pode vir a se expressar – em seu meio.

Tendo em vista as pesquisas empíricas anteriores e os estudos análo-

## INTRODUÇÃO

gos sobre outros tribunais, é de se esperar que o Supremo Tribunal Federal cite precedentes estrangeiros em pouquíssimas decisões e, quando o faça, seja de maneira predominantemente rasa e simplória, sem efetivo engajamento com o raciocínio e o contexto local. Ainda, a grande maioria das referências deve ter como origem alguns poucos países da América do Norte e Europa, como Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, França e Portugal. A maior parte das citações deve ser promovida por alguns ministros que tenham maior propensão a isso, enquanto os demais devem fazê-lo raramente ou nunca. Apesar disso, é de se supor que exista uma tendência de aumento no número e na qualidade das referências, bem como uma ampliação e diversificação de suas fontes, acompanhando uma tomada de consciência do tribunal acerca de seu papel na sociedade e seu posicionamento no cenário transnacional.

O trabalho está estruturado da seguinte forma. No primeiro capítulo, faremos uma introdução à matéria do direito constitucional comparado em si. Para isso, partiremos da constatação de que existem duas escolas relevantes para o estudo do tema no Brasil, contudo elas praticamente não dialogam entre si. São os autores brasileiros clássicos, como José Afonso da Silva e Ivo Dantas, que se baseiam sobretudo nos italianos, portugueses e espanhóis. Do outro lado, temos os autores anglófonos vinculados à International Society of Public Law (ICON.S). Tendo em vista essas duas escolas, abordaremos as concepções sobre a história, os objetos, as finalidades e os métodos da comparação constitucional. Ainda, trataremos dos debates entre os autores que buscam dar uma visão científica ao campo e aqueles que pregam pela necessidade de adotar um viés culturalista.

No capítulo seguinte, exploraremos a teoria das migrações de ideias constitucionais. Após fazer uma introdução sobre o significado e as implicações do conceito, exporemos a sua “evolução” desde a teoria dos transplantes legais, com o incremento da noção dos formantes jurídicos, traçando as principais controvérsias e debates quanto aspectos culturais e a adaptação dos conceitos transferidos, para defender a adoção do termo migração. Em seguida, abordaremos as críticas acerca da ilegitimidade democrática e expansão indevida da discricionariedade judiciária, para demonstrar os motivos pelos quais devem ser superadas. Ainda, trataremos do processo por meio do qual os conceitos e ideias migram, bem como da possibilidade e dos riscos de migrações

inconstitucionais ou abusivas.

O terceiro capítulo tem por objeto os diálogos intercortes e o transconstitucionalismo. Iniciaremos conceituando o fenômeno dos diálogos e explicando a forma como acontece e seus principais efeitos. Passaremos aos conceitos de Vicki Jackson acerca das possíveis reações internas aos influxos estrangeiros, a resistência, convergência ou engajamento. Depois disso, abordaremos mais detidamente as propostas de perfis para o engajamento transnacional entre ordenamentos: constitucionalismo multinível, em rede, transconstitucionalismo e transjusfundamentalidade. Ao fim, apresentaremos uma teoria do constitucionalismo latino-americano relevante para o tema, a do *Ius Commune Constitutionale*, bem como as maiores críticas a suas teses.

Os resultados de nossa pesquisa empírica serão tema do quarto capítulo. Antes deles, trataremos dos achados obtidos pelas pesquisas similares feitas anteriormente, em especial as de Christine Peter da Silva, Bruno Neves, Lorena Londe, Patrícia Perrone Campos Mello e Daniel Wunder Hachem. Em seguida, esclareceremos de forma minuciosa a metodologia empregada e exporemos os resultados, tomando o cuidado de, sempre que possível, sistematizá-los por meio de tabelas e gráficos que ilustrem os números e tendências de forma clara. Após, faremos uma breve análise crítica dos dados obtidos, em complemento às conclusões delineadas ao longo da seção anterior. Como mencionado, não buscaremos fazer um juízo de valor acerca das práticas do Supremo Tribunal Federal, mas somente expor e apreciar os resultados de nossa própria pesquisa. O último capítulo trará nossas conclusões.

O cosmopolitismo jurídico abordado neste estudo é um projeto que, desde Kant, vem adquirindo força, com muitos percalços e evoluções no caminho. As comparações jurídicas e o transconstitucionalismo – com os diálogos intercortes e as migrações de ideias constitucionais – podem ser avanços importantes na direção de sociedades mais desenvolvidas, plurais e respeitosas das liberdades e direitos humanos e fundamentais. Longe de imporem soluções homogeneizantes e unitárias, podem oferecer uma estrutura dialógica na qual esses direitos possam se desenvolver e progredir entre as realidades nacionais particulares e o conteúdo ético-jurídico de pretensão transnacional. O presente trabalho busca proporcionar mais um passo na compreensão dessa possível realidade, em especial para o nosso contexto brasileiro.

# Capítulo 2

## COMPARAÇÕES CONSTITUCIONAIS

No presente capítulo, faremos uma abordagem ampla a respeito do direito constitucional comparado. Desde o início, partiremos da constatação de que existem ao menos duas escolas da matéria, as quais vêm tendo poucas relações entre si, compostas pelos autores latinos e pelos anglófonos vinculados à International Society for Public Law (ICON.S). Trataremos das visões sobre a história e os objetos da matéria, das metodologias empregadas e das controvérsias acerca da sua pretensão de cientificidade em contraposição aos estudos culturalistas.

### 2.1. Premissas – duas escolas de direito constitucional comparado

O direito constitucional comparado está mais em voga do que nunca. Isso pode ser creditado à maior necessidade de diálogo intercortes, da transnacionalização dos desafios econômicos, sociais e ambientais, da necessidade crescente de proteger direitos humanos a um nível mais amplo que o nacional, entre tantos outros possíveis motivos.

No momento, essa maior difusão do tema vem sendo capitaneada principalmente pelos professores membros ou envolvidos com a International Society for Public Law (ICON). Dentre alguns dos principais nomes, deve-se dar destaque a Ran Hirschl, Mark Tushnet, Vicki Jackson, Kim Scheppele e Günter Frankenberg.

Nesse contexto, existe uma percepção de que o direito constitucional comparado vem passando, mundialmente, por um renascimento, após longo período como capítulo obscuro e complementar dos grandes tratados constitucionalistas. Ao mesmo tempo, há manifestações no sentido de que o tema nunca foi suficientemente estudado no Brasil, tanto é que vem sendo recebido como uma grande novidade.

Entretanto, o direito brasileiro conta, desde o último quarto do sé-

culo XX, com dois gigantes a versar sobre o tema: José Afonso da Silva e Ivo Dantas. Ambos escreveram livros especificamente dedicados ao direito constitucional comparado, os quais não costumam a ser tão citados nos debates atuais quanto os escritos em inglês.

Da leitura das obras, percebe-se um hiato: nos estudos dos dois brasileiros – mesmo nas versões mais recentes – nenhum dos autores da ICON.S são mencionados. As referências partem principalmente da academia italiana e espanhola: Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro, Angelo Rinella, Luís Sanchez Agesta, entre outros.

Indo às obras destes – algumas das quais tiveram edições publicadas há um ou dois anos –, tampouco se encontra referência farta aos autores anglófonos, somente acenos pontuais. Por sua vez, lendo-se os autores anglófonos creditados com o renascimento da comparação constitucional, vê-se que também não há praticamente nenhuma referência a esses estudiosos.

De um lado, os trabalhos latinos foram traduzidos para várias línguas e são verdadeiros clássicos da matéria no contexto da *civil law*, mas não são referências para os membros da ICON.S – que muito provavelmente saberiam compreender um texto em espanhol ou francês. De outro, esses autores têm pleno domínio do inglês e poderiam acessar os textos daqueles, os quais igualmente já se tornaram grandes clássicos sobre o tema. Contudo, em regra, isso parece ser incomum.

Existe uma ponte entre essas duas culturas de direito constitucional comparado: autores latinos, dentre os quais os brasileiros, e os autores anglófonos membros da ICON.S. No entanto, ela parece não ter sido cruzada por nenhum dos lados.

Já de início, o presente trabalho pretende fazer a travessia. Assim, ao longo da exposição, buscaremos aproximar as culturas, partindo sobretudo dos autores brasileiros e suas principais referências, mencionadas acima, e dos principais autores anglófonos pertencentes ao círculo da ICON.S, não necessariamente membros do instituto.

### 2.2. Visões sobre a história e objetos do direito constitucional comparado

Neste capítulo, abordaremos as diferentes visões sobre a história, objetos e finalidades do direito constitucional comparado, chamando atenção à diferença entre as perspectivas. Iniciaremos tratando do surgimento e da história da matéria. Em seguida, analisaremos quais são seus objetos de estudos. Ao final, trataremos das suas finalidades.

### 2.2.1. Surgimento e história

Sajó e Rosenberg observam que, apesar de vir sendo muito discutido nos últimos anos, o direito constitucional comparado havia sido relegado a um adendo obscuro dos manuais de direito constitucional no início do século XX. Isso se deu em virtude da prevalência, até meados do século, de uma lógica exegeta e positivista, que não conferia relevância aos fatores externos ao ordenamento jurídico nacional<sup>1</sup>.

De acordo com Ivo Dantas, o direito comparado só passou a existir, no sentido que o conhecemos na modernidade, com os estudos do século XIX. Antes disso, havia apenas formas não científicas da disciplina<sup>2</sup>. Nesse passo, os estudos chamados de comparativos evoluíram de simples análises de legislação estrangeira para efetivos trabalhos de comparação. Assim, na primeira metade do século XIX, surgem trabalhos em que uma ou mais leis estrangeiras são analisadas isoladamente, em um “desfile das leis estrangeiras”. Na segunda metade do século, passa-se ao período de expansão, em que as leis não são analisadas em isolamento, mas aproximadas e confrontadas sistematicamente, em um estudo da legislação comparada, o desfile passa a ser comparativo<sup>3</sup>.

Segundo Pegoraro e Rinella, esses estudos foram desencadeados sobretudo pelo fenômeno da circulação dos modelos de códigos, com destaque para o francês, que foram adotados nos países da Europa Oriental e da América do Sul. Nesse momento, não se distinguia legislação de direito, e as análises nunca transpunham a simples justaposição de textos legais<sup>4</sup>.

Para Maia e Jacintho, com base em Constantinesco, os anos de 1800 a 1850 marcam o surgimento do direito comparado como disciplina autônoma – ainda que não propriamente como ciência. Apesar de ainda haver um foco no direito estrangeiro, e não propriamente comparado, foi nessa fase que o potencial de conhecimento da análise comparativa veio à tona entre os pesquisadores. Nesse momento, destacam-se Feuerbach, Zacharie e Mittermaier<sup>5</sup>.

---

1 SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1.

2 DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado*. Ed. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41-42.

3 DANTAS, 2006, p. 36.

4 PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angela; HERMES, Manuellita (trad.). *Sistemas Constitucionais Comparados*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 11.

5 MAIA, Eduardo Gomes Ribeiro; JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *A Pesquisa e o Di-*

Entre 1850 e 1900, começam a surgir as primeiras discussões acerca do caráter científico ou puramente metodológico da área. No entanto, somente no final do século os estudiosos começaram a incorporar a compreensão de que o direito não equivalia ao texto da lei, mas abarcava diversos outros aspectos que definiam seus significados, ao menos a doutrina e a jurisprudência. No Brasil, a disciplina passou a ser estudada por juristas históricos como Clóvis Beviláqua e Tobias Barreto<sup>6</sup>.

O Congresso de Paris marca o início da fase de consolidação do direito comparado moderno como disciplina autônoma e difundida. Entre 1900 e 1950, as discussões postas no Congresso – e ainda não respondidas – pautam muitos dos debates e estudos, sobretudo no que toca ao caráter científico da matéria. Após a Primeira Guerra, o interesse “morre”, à medida em que os ordenamentos se voltam para dentro e assumem posturas estritamente positivistas. Os estudos somente voltam a ter impulso após a Segunda Guerra<sup>7</sup>.

Assim, para Dantas, a consolidação do direito comparado no geral como disciplina autêntica e *científica* se dá no início do século XX, com os grandes congressos internacionais sobre o tema. Nesse momento, os estudos passam a abarcar também a jurisprudência, doutrina, costumes e demais aspectos que formam o ordenamento jurídico. A comparação deixa de ser da legislação e passa a ser, verdadeiramente, do direito. O momento atual, segundo o autor, é o da internacionalização da ciência jurídica comparativa, o que se dá principalmente a partir dos organismos internacionais<sup>8</sup>.

Nesse primeiro momento, a maioria das comparações se dava no âmbito do direito privado. De acordo com Prigol e Melek, o interesse na comparação pública começou a surgir em meados do século XX, principalmente a partir dos Estados Unidos. Isso ocorreu como resultado dos estudos sobre os processos de tomada de decisão, o que impunha analisar o comportamento e as estruturas dos agentes decisórios. Os três principais fatores foram o crescimento dos estudiosos institucionalistas no âmbito das ciências sociais como um todo, a terceira onda de democratização nos anos 70 e judicialização das cortes constitucionais, com a interação com os sistemas supranacionais e diálogos transconstitucionais<sup>9</sup> – o que será bem abordado adiante.

reito Comparado: Um Panorama Evolutivo e os Desafios Enfrentados no Brasil. Revista de Pesquisa e Educação Jurídica, v. 4, n. 1, Salvador, Jan-Jun/2018, p. 57-58.

6 Op cit, p. 58.

7 Op cit, p. 61-62.

8 Op cit.

9 PRIGOL, Natália Munhoz Machado; MELEK, Marcelo Ivan. O Direito Constitucional



Mais recentemente, Mark Tushnet argumenta que o interesse na área se desenvolveu em três ondas. A primeira veio com o fim da 2ª Guerra Mundial e o surgimento das Nações Unidas. A segunda, com a descolonização dos países africanos. A terceira, com a redemocratização da América Latina, de cujos efeitos os debates atuais no tema derivam<sup>10</sup>. A esses três momentos, Sajó e Rosenberg acrescentam o fim da União Soviética e a redemocratização do leste europeu<sup>11</sup>. Nessa linha, Dantas observa que, apesar de toda a história, o campo só adquiriu um desenvolvimento digno de nota nos últimos anos, inclusive a nível institucional<sup>12</sup>.

A despeito disso, Robl Filho e Correia destacam que é “um absurdo lógico e histórico” afirmar que não havia comparação no direito público e constitucional antes do século XX, ao menos no Brasil. Como exemplos de que os juristas nacionais já desenvolviam um trabalho prolífico nessa frente ainda no século XIX, mencionam que o Visconde do Uruguay fez um importante estudo sobre administração pública comparada, e Ruy Barbosa elaborou a Constituição de 1891 com base na comparação constitucional com a Carta americana<sup>13</sup>.

Giuseppe de Vergottini sustenta que o interesse na comparação constitucional e na recepção de institutos estrangeiros se dá em ciclos, cujos estopins iniciais são eventos ou constituições importantes em escala mundial. Dessa forma, alguns dos principais ciclos se iniciaram com a promulgação da constituição estadunidense, a Revolução Francesa, a Restauração pós-Napoleão, a ascensão e queda da URSS, os regimes autoritários de meados do século XX e as constituições islâmicas recentes<sup>14</sup>.

Conforme Vergottini, nos últimos anos, os estudos vêm sendo incentivados pelo esforço de harmonização e a mútua interferência entre os sistemas políticos, econômicos, culturais e jurídicos ocasionados

Comparado e a busca por um método de pesquisa único. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 14, n. 2, São Leopoldo, mai-ago/2022, p. 262-263.

10 TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 1.

11 SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 2.

12 DANTAS, 2006, p. 47.

13 ROBL FILHO, Ilton Norberto; CORREIA, Atalá. Direito Comparado: Reflexões Metodológicas e Comparações no Direito Constitucional. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 183, n. 490, Rio de Janeiro, set-dez/2022, p. 96.

14 VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale Comparato*. Ed. 9. Bolonha: Cedam, 2014, p. 337-342.

pela globalização e pelas atividades dos organismos internacionais e supranacionais<sup>15</sup>.

Esse cenário, aliado a um maior fluxo de informações, leva à inevitável consciência acerca dos direitos estrangeiros pelos legisladores, juízes e juristas no geral. Isso se dá em um contexto de intensificação da existência de problemas comuns, que afetam diversos países, e criam a necessidade de operar em vista das experiências alheias, seja de ordens similares, seja de diferentes<sup>16</sup>.

Para Jorge Miranda, essa expansão se deve também ao desenvolvimento das próprias ciências jurídicas, que passaram a admitir e englobar metodologias mais complexas e multidisciplinares. Dessa forma, a consolidação da disciplina comparada pressupõe a superação tanto do juracionalismo – que iguala artificialmente a todos –, como do historicismo – que quebra as afinidades comuns por um culturalismo exagerado<sup>17</sup>.

De maneira similar, Tushnet argumenta que a expansão se deve à crescente importância dada aos tratados e convenções – sobretudo aqueles que envolvem direitos humanos, os quais vêm recebendo importância central dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais<sup>18</sup>. Nesse passo, Vicki Jackson destaca que as normas e institutos desses tratados não surgiram do nada, mas derivaram de disposições internas dos estados membros, o que cria a necessidade de comparação para a sua compreensão adequada, harmonização e implementação nos demais países<sup>19</sup>.

Christine Peter da Silva entende que o principal vetor das comparações é a necessidade dos diálogos transconstitucionais para a proteção e, sobretudo, a promoção dos direitos fundamentais. Nessa visão, a concepção rígida de soberania e da hierarquia normativa cede espaço ante a centralidade das constituições e, particularmente, dos direitos fundamentais e humanos – mesmo os não positivados. O trabalho de promovê-los impõe o diálogo entre as diferentes ordens, sem hierarquia e soluções finais, em uma lógica *transjusfundamental*<sup>20</sup>.

---

15 Op cit, p. 5.

16 Op cit, p. 5-6

17 MIRANDA, Jorge. Sobre direito constitucional comparado. *Direito e Justiça*, n. 2, v. especial, Lisboa, 1987, p. 208.

18 TUSHNET, 2014, p. 2-3.

19 JACKSON, Vicki. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*. Federal Law Review, Camberra, v. 35(2), 2007. p. 2.

20 SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade*. Curitiba: Editora CRV, 2014, passim.

Dessa forma, é possível afirmar que, no presente, os direitos humanos e fundamentais são os maiores catalisadores da comparação, especialmente aquela no âmbito do direito público. A transnacionalização dos desafios sociais, econômicos e ambientais não obriga os ordenamentos aos diálogos constitucionais. Igualmente, estes não precisam ocorrer apenas com relação aos problemas comuns, já que podem contribuir na resolução de questões internas. Como veremos nos capítulos seguintes, diversas vozes se levantam a favor do isolacionismo. Entretanto, enfrentar ambas as espécies de desafios dessa maneira tende a ser menos eficiente e eficaz. Os diálogos, o olhar ao outro, a alteridade e a abertura constitucional são os melhores meios para promover os direitos jusfundamentais, tanto em uma lógica de cooperação relativa a problemas compartilhados, quanto pelo autodesenvolvimento a partir de experiências alheias – e tudo isso será abordado profundamente nos capítulos que seguem.

Isso posto, parte dos autores dá especial atenção a um aspecto específico: o que é direito constitucional comparado e qual seu objeto específico de estudo? Cumpre analisar tais questionamentos.

### 2.2.2. Objeto: o que comparar?

Segundo Miranda, “o Direito comparado tem por fim o estabelecimento de relações de semelhança ou diferença, de afinidade ou repulsa entre institutos e sistemas”<sup>21</sup>. Para Dantas, o que há de específico no direito comparado é o método comparativo, que assinala diferenças e semelhanças entre os direitos estrangeiros com a finalidade de determinar seus traços essenciais, definir agrupamentos e, assim, sistematizá-los de maneira lógica<sup>22</sup>. Portanto, na visão do autor, direito comparado é diferente de direito estrangeiro. Este se limita à descrição do ordenamento jurídico externo, isoladamente, e é pressuposto para o desenvolvimento daquele. Aquele promove a sistematização dos vários ordenamentos, a partir de relações de semelhança e diferenças entre cada um<sup>23</sup>.

Dessa forma, Pegoraro e Rinella destacam que o trabalho do comparatista é muito diverso do constitucionalista. O último trabalha a partir de conceitos jurídicos internos já dados, e pode mover suas análises dentro dessas categorias pré-estabelecidas, em um movimento “top down”. O primeiro deve partir de observações empíricas acerca dos

21 MIRANDA, 1987, p. 205

22 DANTAS, 2006, p. 131.

23 Op cit.

ordenamentos estudados e, a partir daí, formular as categorias conceituais que lhe permitam identificar e classificar os direitos conforme a suas semelhanças e diferenças. É um estudo “bottom-up”<sup>24</sup>.

Nesse sentido, os autores ilustram que a diferença entre estudar direitos estrangeiros e ser um comparatista é a mesma entre ser um poliglota e um linguista. Aquele conhece diversas línguas isoladamente. Este entende as diferenças e semelhanças entre elas, sabe reconduzi-las às suas origens e agrupá-las em sistemas pertinentes<sup>25</sup>. A correlação com a linguística foi inicialmente proposta por Rodolfo Sacco: a comparação envolve conhecer e compreender a relação entre os institutos, delimitando suas semelhanças e diferenças, bem como a maneira pela qual se desenvolveram com relação um ao outro. Isso posto, o estudo do direito comparado, como de qualquer ciência, não precisa ter uma finalidade prática direta. Seu propósito é a obtenção de conhecimento sobre o direito<sup>26</sup>.

Para Robl Filho e Correia, a comparação busca identidades, valorizando as peculiaridades nas situações diversas, o que permite aprendizagem e generalização. As especificidades podem revelar uma universalidade, a qual permite um aprendizado recíproco sobre os direitos estudados. Nesse contexto, permite entender diversas formas de lidar com problemas, o que dá material para aprimorar o próprio sistema originário<sup>27</sup>.

De maneira similar, Hirschl reconhece a importância dessa formação de conceitos gerais a partir da confrontação sistemática das semelhanças e diferenças dos ordenamentos jurídicos. Entretanto, defende que o estudo comparado ideal é aquele capaz de dar um passo além, para contribuir de modo realmente significativo ao avanço do conhecimento<sup>28</sup>. Para isso, deve conseguir fazer inferências causais explicativas a partir da observação de variáveis relevantes, as quais possam ser aplicadas para além dos casos analisados, em um contexto universal<sup>29</sup>. Esse ponto será melhor abordado quando tratarmos da metodologia em direito constitucional comparado.

---

24 PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 15.

25 Op cit, p. 18

26 SACCO, Rodolfo. Legal Formants: dynamic approach to comparative law (Installment I of II). *The American Journal of Comparative Law*. v. 39, n. 1., Oxford, 1991, p. 5.

27 ROBL FILHO; CORREIA, 2022, p. 82.

28 HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006., p.44-45.

29 Op cit, p. 45-46.

Seguindo a lógica de Peter da Silva, pode-se diferenciar a comparação no âmbito de um constitucionalismo *transjusfundamental* das demais formas de comparação. Nesse contexto, o principal objeto de estudo são os diálogos voltados à concretização e promoção dos direitos humanos e fundamentais, e quaisquer sistematizações, análises e conclusões têm relevância para as redes constitucionais na medida em que possibilitam alcançar esses resultados, ao menos potencialmente. A comparação, então, deve ter por finalidade principal viabilizar a cooperação transnacional para a implementação desses direitos, tomando em consideração as idiossincrasias dos diversos participantes da rede de constitucionalismo<sup>30</sup>.

Indo adiante, Vergottini explica que a comparação pode se dar em nível macro, no qual se inclui a ordem constitucional ou jurídica como um todo – por exemplo, direito constitucional italiano comparado com o brasileiro –, ou micro, no qual os objetos de estudo são institutos específicos de cada ordem jurídica – por exemplo, a *inchiesta* italiana e a CPI brasileira<sup>31</sup>. A microcomparação é preferível, pois os sistemas constitucionais são demasiadamente complexos para permitir uma macrocomparação suficientemente profunda e frutífera<sup>32</sup>.

Por sua vez, Luís Sanchez Agesta sustenta ponto contrário. Segundo ele, focar em institutos específicos não permite uma visão sistemática e culturalmente contextualizada do direito constitucional analisado. A noção de que institutos podem ser comparados isoladamente pressupõe que existe um constitucionalismo universal abstrato aos quais podem ser reconduzidos, o que não é necessariamente verdade<sup>33</sup>.

Em verdade, as instituições constitucionais só podem ser compreendidas partindo-se da relação entre as ideias constitucionais abstratas com o substrato moral da sociedade e das noções ideológicas que a motivam, bem como do sentido histórico pelo qual se desenvolveram naquele contexto específico. Nesse cenário, a analogia aparente de dois institutos normalmente leva a enganos, uma vez que a prática jurídica costuma demonstrar que a semelhança é meramente epidérmica. Assim, a análise de institutos específicos só é útil para demonstrar como conceitos aparentemente análogos têm

30 SILVA, 2014, passim.

31 VERGOTTINI, 2014, p. 75-76. A distinção é amplamente difundida entre os autores latinos, podendo-se citar também SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36-37.

32 VERGOTTINI, 2014, p. 76.

33 AGESTA, Luís Sanchez. *Derecho constitucional comparado*. Ed. 7. Madrid: Universidad de Madrid, 1980, p.