

# **DIREITO COMPARADO: REFLEXÕES METODOLÓGICAS E COMPARAÇÕES NO DIREITO CONSTITUCIONAL**

## **COMPARATIVE LAW: METHODOLOGICAL REFLECTIONS AND COMPARISONS IN CONSTITUTIONAL LAW**

*Ilton Norberto Robl Filho<sup>1</sup>*

*Atalá Correia<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O campo do direito comparado contemporâneo ganha maior relevância, no direito privado, a partir da Codificação Civil francesa de 1804, e no direito constitucional depois da Segunda Guerra Mundial. De outro lado, esse artigo demonstra que o comparativismo na seara jurídica possui raízes históricas mais antigas. Por sua vez, a primeira parte do texto reflete sobre questões metodológicas centrais, analisando as origens e principais características do comparativismo, além de enfrentar os temas da macrocomparação e da microcomparação. Ainda, a suposta função modernizadora do direito comparado é objeto de análise crítica, dialogando com as reflexões desenvolvimentistas e o pluralismo. A segunda parte do artigo sustenta que o campo contemporâneo do direito constitucional comparado, sem desconsiderar as especificidades do direito público, em muito se beneficia das análises promovidas pelo campo mais amplo do direito comparado e de discussões originalmente produzidas sob o influxo do direito privado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Comparado; Método; Direito Constitucional.

### **ABSTRACT**

The field of contemporary comparative law gains greater relevance in private law from the French Civil Codification of 1804 on, and in constitutional law after the Second World War. We show, however, that comparativism in the legal field has older historical roots. In the first part of the article, we reflect on central methodological issues and analyze the origins and main characteristics of comparativism, in addition to addressing the themes of macro-comparison and micro-comparison. We also critically analyze the supposed modernizing function of comparative law within the frame of developmental reflections and pluralism. Without disregarding the specifics of public law, we argue in the second part of the article that the contemporary field of comparative constitutional law benefits greatly from the analyses promoted by the broader field of comparative law and from discussions originally raised under the influence of private law.

**KEYWORDS:** comparative law; method; constitutional law.

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Professor da Faculdade de Direito da UFPR e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP Brasília). E-mail [norbertorobl@gmail.com](mailto:norbertorobl@gmail.com).

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Professor do IDP – Brasília. E-mail [atalacorreia@gmail.com](mailto:atalacorreia@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

O esforço de comparação assenta-se sobre algumas premissas. Ao comparatista cabe, em primeiro lugar, intuir que haja diversidade no mundo. Só é possível comparar dois objetos que não sejam iguais. Porém, é necessário que exista alguma semelhança entre o que há de ser confrontado, pois não é possível contrastar algo completamente único. Existindo múltiplas situações que não são perfeitamente idênticas, mas que, a seu modo, atendem a finalidades comuns, então é factível construir o conhecimento inovador. A comparação é, portanto, um método que procura identidades, valorizando, sobretudo, a particularidade de situações diversas como fonte de reflexão, categorização, generalização e aprendizagem. Em verdade, as especificidades podem revelar alguma universalidade<sup>3</sup>.

A comparação, em virtude das suas características, tem vocação dialética. Trata-se de ferramenta útil para que se vocalizem as identidades, ou seja, os aspectos comuns que nos aproximam uns dos outros, mas também para acentuar as particularidades daquilo que nos torna únicos. Ao entender o outro, compreende-se melhor a si mesmo<sup>4</sup>. Além disso, a comparação permite entender as diferenças existentes, de modo que, se for o caso, podemos vir a ser o que não somos.

Trata-se de fenômeno que se situa, dessa forma, na antessala da mudança, precisando essa questão ser bem compreendida. O mais ordinário é que o processo de comparação resulte na apresentação de uma taxonomia das realidades manejadas eventualmente acompanhada de um sentido qualitativo, do pior para o melhor. A técnica torna-se, então, ferramenta perigosa nas mãos de evolucionistas, que, sem respeitar as individualidades e as especificidades, pretendem sugerir ou impor modernização a outrem, assim como daqueles que pretendem impor uniformização e homogeneização em torno daquilo que consideram ser correto, eficiente ou belo. A comparação deve ser vista com ressalvas quando vem acompanhada de campanhas por aperfeiçoamento e evolução. Isso não impede, contudo, que a técnica tenha um sentido emancipatório quando, em vez de veicular imposições alheias, faculta ao indivíduo caminhar autonomamente, para alterar aquilo que, após suas comparações, considera necessário deixar de ser.

A comparação permite, nesse sentido emancipatório, oferecer o exemplo da experiência individual, para que os outros, no exercício de sua autodeterminação, possam evitar nossos equívocos, ao mesmo tempo que lhes mostra nossos eventuais acertos. Ao mirar-nos na diversidade, podemos, por outro lado, questionar se nossas escolhas trilharam o melhor caminho.

Esse artigo preocupa-se com comparação no direito, atentando principalmente para questões metodológicas. O item 1 traz reflexões sobre o campo mais vasto do direito comparado. Dessa forma, na seção 1.1, o texto examina questões metodológicas centrais, analisando as origens e principais características do comparativismo jurídico, além de enfrentar os temas da macrocomparação e da microcomparação. Em seguida, no item 1.2, a suposta função modernizadora do direito comparado é objeto de análise crítica, dialogando com as reflexões desenvolvimentistas e com o pluralismo.

---

3 “O universal, ao contrário, mesmo quando se põe em uma determinação, permanece nela o que é. Ele é a alma do concreto, ao qual é imanente, sem impedimentos e igual a si mesmo na multiplicidade e diversidade dele” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Ciência da Lógica: A doutrina do conceito*. Vol. 3. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 68).

4 “A consciência-de-si que pura e simplesmente é para si, e que marca imediatamente seu objeto com o caráter do negativo; ou que é, de início, desejo – vai fazer pois, a experiência da independência desse objeto” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. 9ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 137)

Na seção 2, o direito constitucional comparado é objeto do texto. O item 2.1 sustenta que o contemporâneo direito constitucional comparado, sem desconsiderar as especificidades do direito público, em muito se beneficia das análises promovidas pelo campo mais amplo do direito comparado e de discussões originalmente produzidas sob o influxo do direito privado. A seção 2.2 apresenta dois exemplos de temas do direito constitucional comparado que dialogam com a reflexão mais ampla do comparativismo jurídico. Por fim, no último item, são formuladas as conclusões.

## 1. DIREITO COMPARADO

### 1.1. Questões Iniciais: Origens, Principais Características, Macrocomparação e Microcomparação

No campo jurídico, ao contrário do que a visão hegemônica do campo aponta, a comparação é instrumento que não surgiu somente a partir do Código de Napoleão<sup>56</sup>. Basta lembrar que, no Século IV A.C., Aristóteles procurou identificar e classificar as diversas formas de constituição política das cidades gregas, falando-nos de monarquia, despotismo, aristocracia, tirania, oligarquia e democracia<sup>7</sup>. Por sua vez, o espírito prático romano não impedia que institutos estrangeiros fossem internalizados e adaptados<sup>8</sup>. Tito Lívio diz-nos, por exemplo, que os patrícios romanos enviaram representantes a Atenas, para “copiar as famosas leis de Sólon e estudar, em outras cidades gregas, as instituições, os costumes e as leis”<sup>9</sup>. Suspeita-se, por exemplo, que a *longi temporis praescriptio*, relevante questão para o instituto da prescrição, resulte de um transplante do direito Grego<sup>10</sup>. A cultura jurídica luso-brasileira é, a seu modo, indelevelmente marcada por esse esforço de comparação, não só pelo recurso ao *jus comune* em sua formação, mas também pela menção expressa, na passagem à modernidade, da necessidade de filtro, segundo as regras da boa-razão, ou seja, “aquella boa razão, que se funda nas outras Regras, que de universal consentimento estabeleceo o Direito das Gentes para a direção, e governo de todas as Nações civilizadas”<sup>11</sup>.

5 Nesse sentido: “Modern comparative lawyers, the editors of this Handbook assure me, tend to date the foundation of their discipline to the nineteenth century and to promulgation of the great European codes. As a legal historian, I found that notion a bit strange and puzzled as to where I would put the origins” (DONAHUE, Charles. Comparative law before the Code Napoléon. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. New York: Oxford University Press Inc. New York, 2008, p. 3).

6 Não sustentamos, de forma anacrônica, que o direito comparado, da forma que existe hoje, já se observava na Grécia ou na Roma antiga. De outro lado, não é correto teoricamente afirmar que o surgimento das comparações, no âmbito jurídico, somente ocorreu com o fenômeno da codificação.

7 ARISTÓTELES. A Política. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: La Fonte, 2020, ebook.

8 O direito romano não se rende facilmente ao direito estrangeiro, mas tampouco se encontra isolado. Sobre esse ponto, vide mais detalhadamente SCHULZ, Fritz. Princípios do Direito Romano. São João da Boa Vista: Sorocabana, 2020, p. 89 e seguintes.

9 Tradução livre de: “Cum de legibus conveniret, de latore tantum discreparet, missi legati Athenas Sp. Postumius Albus A. Manlius P. Sulpicius Camerinus, iussique inclitas leges Solonis describere et aliarum Graeciae civitatum instituta mores iurare noscere” (LIVIO, 3, 31,8; LIVE, Tite. Histoire Romaine. Trad. Eugène Lasserre. T. II. Paris: Garnier Frères, S/D, p. 82). Para um debate sobre o real fundamento deste transplante, vide WATSON, Alan. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. 2ª ed. Londres: Georgia U. Press, 1974, p. 27.

10 AMELOTTI, Mario. La prescrizione delle azioni in Diritto Romano. Milano: Giuffrè, 1958 p. 181.

11 Lei de 18 de agosto de 1769, conhecida como Lei da Boa Razão, cf. BRASIL. Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. 14. ed. Candido Mendes de Almeida (Org.). Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, vol. III, p. 728. Vide ainda CORRÊA TELLES, J. H. C. Commentario Critico a Lei da Boa Razão. Lisboa: Tip. Maria da Madre de Deus, 1865. Sobre o papel da Lei da Boa Razão, cf. MARQUES, Cláudia Lima; CERQUEIRA, Gustavo (Org.). A Função Modernizadora do Direito Comparado: 250 Anos da Lei da Boa Razão. São Paulo: YK, 2019; RANGEL, Alan Wruck Garcia. Lei da Boa Razão e Comparativismo Jurídico na Doutrina Civilista Brasileira de 1850 a 1880. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 17, n. 1, p.78-91, 2020

Entretanto, a partir da segunda metade do Século XIX, pode-se falar do emprego sistemático da comparação como técnica de investigação científica no campo do direito e, mais que isso, da formação do direito comparado. Nasce a *Société de Législation Comparée*<sup>12</sup>, com seu boletim mensal. São criadas as primeiras disciplinas dedicadas ao tema em faculdades europeias<sup>13</sup>. Fez-se sentir, então, a necessidade de compartilhar experiências e descobrir, a partir das diferenças dos costumes e tradições, as grandes linhas de evolução existentes no mundo das ideias e que se traduziam em diferentes leis.

O direito comparado não tem como objeto específico o direito estrangeiro. O estudo da legislação de outro país, como ocorre com o direito nacional, é elemento relevante, mas por óbvio não esgota os estudos sobre institutos jurídicos e as funções que certos instrumentos jurídicos produzem. Vale dizer, a técnica do direito comparado exige imersão sobre o direito estrangeiro, de modo que se possa conhecê-lo em sua estrutura e função, mas não se resume nesta análise, exigindo que, a seguir, seja feita uma síntese e confronto com outros direitos, para ao final serem apontadas simetrias e assimetrias. Na bela síntese de Constantinesco, “au fond, il s’agit de connaitre pour pouvoir comprendre et de comprendre pour pouvoir comparer”<sup>14</sup>.

Assim, a macrocomparação toma por base todo ou grande parte de um ordenamento jurídico, para procurar identificar famílias, como o direito islâmico, o *common law* e o direito de origem romano-germânica<sup>15</sup>. Do mesmo modo, pode-se falar em sistemas de direito constitucional, com leis magnas escritas ou com regras consuetudinárias de organização estatal. Ainda, atualmente há reflexões relevantíssimas sobre os sistemas híbridos (*mixed legal system*), que são formadas a partir de diversas culturas jurídicas e de inúmeros fenômenos históricos. Existem ordenamentos jurídicos que são conformados, por exemplo, simultaneamente pelo *common law*, pelo direito romano-germânico e pelos direitos e cultura jurídica das comunidades tradicionais, o que ocorre especialmente nos países que foram colonizados e ocupados por países europeus. A macrocomparação necessita contemporaneamente preocupar-se sinceramente com os efeitos da colonização, encontrando-se atenta aos direitos das comunidades tradicionais.

Por sua vez, a microcomparação tomará em suas mãos um instituto jurídico, procurando avaliar como é tratado em mais de um país ou ordenamento jurídico. Pode-se tomar em consideração a garantia fundamental da liberdade de expressão, para traçar um paralelo de suas manifestações em pontos diversos do globo.

Escolher o objeto de investigação talvez seja o principal problema presente na metodologia do direito comparado<sup>16</sup>. O mais comum é que o pesquisador tome em consideração o objeto de sua curiosidade

12 ALLORANT, Pierre; BADIÉ, Walter. La Société de Législation Comparée: Boîte à Idées du Parlementarisme Libéral de l’Empire Libéral à la République Opportuniste. *Clio@Themis* [En ligne], 13 | 2017, mis en ligne le 02 octobre 2017. Disponível em <http://journals.openedition.org/cliiothemis/844> ; DOI : <https://doi.org/10.35562/cliiothemis.844>, acesso em 25 ago. 2022.

13 ALMEIDA, Carlos Ferreira; CARVALHO, Jorge Morais. Introdução ao Direito Comparado. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 15.

14 Tradução livre: “No fundo, trata-se de saber para poder compreender e de compreender para poder comparar” (CONSTANTINESCO, Léotin-Jean. *Inexécution et Faute contractuelle em Droit comparé: Droits Français, Allemand, Anglais*. Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1960, p. 15).

15 DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Para uma discussão do significado das tradições jurídicas do *common law* e do direito romano-germânico, sob a perspectiva brasileira, vide ONOFRI, Renato Sedano. *A Construção de Uma Tradição Jurídica: Memória, Esquecimento e a Codificação Civil Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2018.

16 É comum que a doutrina discuta se o direito comparado é um ramo do direito ou uma metodologia de pesquisa. Consideramos não ser um ramo do direito, porque não há normas no ordenamento sobre direito comparado. Trata-se de campo de investigação, eventualmente utilizado por privatistas e publicistas. Não há, entretanto, uma metodologia, mas muitas metodologias possíveis, a depender dos problemas que se apresentem. As metodologias são, portanto, adequadas ou não aos problemas

de, para contrastar o tratamento legal que ele recebe aqui e alhures. Se desejo entender como cada Estado regula a liberdade de reunião, tomamos as diversas normas escritas, nos textos legais e constitucionais, confrontando-as. Disso resulta, ao menos duas descrições paralelas, de como é certo instituto jurídico num país e em outro. Essa análise, entretanto, se revela ordinariamente pobre em seus resultados.

A comparação legal com frequência apresenta resultados enviesados. Pode ocorrer, por exemplo, que determinado país não preveja em seu texto constitucional a expressa proteção ao direito de reunião, o que poderia levar à conclusão de que o tema não recebe ali a atenção devida ou a proteção desejada. Sob o ponto de vista prático, pode ocorrer que as reuniões neste país ocorram sem embaraços, porque um outro direito qualquer, como a liberdade de expressão, seja interpretado de modo a salvaguardar a aludida prática. Ademais, pode haver questões linguísticas<sup>17</sup>, estruturais e culturais diversas que, para além do campo estritamente legal, possam influenciar a percepção do problema que inicialmente se desejava investigar<sup>18</sup>.

Desse modo e principalmente na microcomparação, a abordagem funcional apresenta contribuições importantes. Nessa perspectiva, o investigador deve se perguntar como um determinado problema da vida recebe solução jurídica em outro país, buscando compreender, inicialmente, as características socioeconômicas que ele apresenta e, então, o enquadramento jurídico e legal que recebe. É necessário, ainda, conhecer como os conceitos legais e constitucionais respectivos se articulam e, sempre que possível, como a jurisprudência constrói as soluções concretas. A pesquisa pode envolver, então, a análise de textos legais, o exame da doutrina, a realização de entrevistas com especialistas e a interpretação de precedentes.

Como consequência da abordagem funcional, é factível que o investigador compreenda que, em um país, o instituto da liberdade de expressão é utilizado para assegurar as reuniões em praça pública, mas que, em outros, a solução tenha amparo em institutos diversos, os quais, na prática, assumem o papel de franquear a possibilidade de encontros públicos<sup>19</sup>. Dessa forma, entende-se que alguns países, ao adotar constituições analíticas e diretivas, resolvem os problemas de maneiras diversas. Dito isso, como resultado de uma boa pesquisa em direito comparado, obtêm-se a visão clara do que se passa alhures e também a compreensão das vantagens e desvantagens das soluções adotadas internamente no país do investigador.

## 1.2. Perspectiva Desenvolvimentista e Pluralismo

A partir da compreensão da multiplicidade de soluções possíveis que os diversos ordenamentos

---

investigados. Com isso, queremos destacar que a metodologia é aqui considerada como estratégia investigativa adequada para os problemas mais comuns do direito comparado. Entretanto, ela varia conforme os problemas possam revelar características específicas. Sobre uma visão geral da metodologia científica e suas vicissitudes, vide KÖCHE, José Carlos. *Fundamentos de Metodologia Científica: Teoria da Ciência e Iniciação à Pesquisa*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

17 Como Alan Watson adverte, “the French control, domicile, tribunal administratif, notaire, prescription and juge de paix, are not the English ‘contract’, ‘domicile’, ‘administrative tribunal’, ‘notary public’, ‘prescription’ and justice of the peace” (WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2ª ed. Londres: Georgia U. Press, 1974, p. 11)

18 “De notar que o Direito Constitucional Comparado não deve se reduzir a uma simples exegese das normas jurídicas que se oferecem à comparação, nem apenas ao cotejo de Códigos semelhantes, tampouco na acumulação de dados históricos sobre influências, repercussões e paralelismos. É preciso que o observador leve em conta as conexões reais entre os fenômenos, os condicionantes econômicos e sociais. Pode ocorrer que instituições apareçam formalmente como semelhantes, mas não devem ser levadas em linha de consideração se a realidade social e política que lhes dá vida for diferente ou até mesmo contraditória” (CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História: Origem e Reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 15).

19 “Comparáveis são os diversos institutos que, em diversos sistemas e com soluções eventualmente diversas, são resposta jurídica a necessidades semelhantes, resolvem o mesmo problema da vida, isto é, o mesmo problema social, político, econômico ou criminológico” (ALMEIDA, Carlos Ferreira; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito Comparado*. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 27)

prescrevem a um problema, é comum que se proponham ajustes. Sob essa perspectiva, há sugestões de que, por exemplo, o Brasil deveria aproximar o seu procedimento de execução de dívida líquida contra credor solvente daquele que se vê em Portugal; ou de que o Brasil poderia adotar um sistema de semipresidencialismo tal como se vê em terras lusitanas<sup>20</sup>. Essas transformações podem objetivar uma suposta modernização ou o desenvolvimento, mas, alternativamente, quando os espaços geográficos se estreitam, é possível que a pesquisa proponha uniformização, de modo que os intercâmbios realizados entre eles sigam normas mutuamente inteligíveis<sup>21</sup>.

Em particular, a dita função modernizadora sugere que direito comparado instrumentalize o desenvolvimento dos países, de suas economias e de seus sistemas legais<sup>22</sup>. Daí seu estreito vínculo com o campo de pesquisa denominado “direito e desenvolvimento”<sup>23</sup>. Após contrastar sistemas estrangeiros, o jurista conseguiria propor ajustes e melhoramentos das regras existentes em seu país por adaptação, respeitando sua lógica e tradição, ou, de modo mais abrupto, proporia o puro e simples empréstimo de um determinado instituto, tal e qual se vê no estrangeiro. Há, portanto, um vasto campo, para estudos das formas em que há difusão, transferência, recepção e empréstimos de institutos jurídicos de uma cultura para outra<sup>24</sup>. Muito comumente, fala-se de transplante legal para designar a possibilidade de mudança de uma regra ou sistema de regras, de um país para outro, de um povo para outro<sup>25</sup>.

A visão desenvolvimentista muito frequentemente padece de alguma ingenuidade<sup>26</sup>, por imaginar que a enorme complexidade, a qual permeia a sociedade e sua relação com a riqueza, possa ser reduzida a poucos aspectos, que, ao gosto do positivismo científico, seriam passíveis de controle. Ainda, sob esta premissa, são superestimadas as funções referentes a aspectos puramente jurídicos da realidade

20 Sobre a recíproca influência do direito constitucional brasileiro e português, vide MOURÃO, Fernando de Albuquerque; PORTO, Walter Costa. As Constituições de Língua Portuguesa. In: MOURÃO, Fernando Augusto Albuquerque, PORTO, Walter Costa; MANTOVANNI, Thelmer Mário (org.). As Constituições dos Países de Língua Portuguesa. Brasília: Edições do Senado Federal, 2008, p. 13-19.

21 Sobre funções modernizadora e uniformizadora do direito comparado, vide OVÍDIO, F. Aspectos do Direito Comparado. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade de São Paulo, 79, 161-180. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009>, acesso em 26 ago. 2022.

22 “The prime virtue of Comparative Law is the understanding it can give of the nature of law and especially of legal development. By means of it we should be able to isolate the factors which actually have led to a real innovation in a particular society. We should also learn whether a legal rule which is transported to another system is likely to exist unchanged in its new setting. We shall discern more clearly the conditions which favour legal development both in general and in a particular direction, and the conditions which hamper development” (WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2ª ed. Londres: Georgia U. Press, 1974, p. 16)

23 Para uma visão geral do tema, cf. PRADO, Mariana Mota. What is Law and Development? Revista Argentina de Teoria Jurídica, Vol. 11, No. 1, October, 2010. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1907298>, acesso em 27/8/2022. Registramos que a visão de Mariana Mota Prado é bastante elaborada e não padece dos vícios metodológicos aqui apontados no campo desenvolvimentista. Para o cenário brasileiro, vide OLIVEIRA, Roberson Campos de; GENNARI, Adilson Marques. História do Pensamento Econômico. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333-362.

24 Vide esta discussão em: TWINING, William. Social Science and Diffusion of Law. *Journal of Law and Society*, vol. 32, no. 2, pp. 203–40, 2005. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3557226>, acesso em 28 ago. 2022.

25 Sobre a circulação de modelos jurídicos na América Latina, cf. FRADERA, Vera Maria Jacob de. A Circulação de Modelos Jurídicos Europeus na América Latina: um Entrave à Integração Econômica no Cone Sul? *Revista dos Tribunais*, vol. 736/1997, p. 20 – 39, Fev / 1997.

26 Twining qualifica alguns modelos de difusão como ingênuos (“naive”), em sentido aproximado ao que utilizamos aqui. Para ele, “The naive model postulates a paradigm case with the following characteristics: [A] bipolar relationship between two countries involving a direct one-way transfer of legal rules or institutions through the agency of governments involving formal enactment or adoption at a particular moment of time (a reception date) without major change. Although not explicitly stated in this example, it is commonly assumed that the standard case involves transfer from an advanced (parent) civil or common law system to a less developed one, in order to bring about technological change (‘to modernize’) by filling in gaps or replacing prior local law. There is also considerable vagueness about the criteria for ‘success’ of a reception one common assumption seems to be that if it has survived for a significant period ‘it works’” (TWINING, William. *Social Science and Diffusion of Law*. *Journal of Law and Society*, vol. 32, no. 2, 2005, p. 205, 2005).

no desenvolvimento social.

Assim, para que uma nação paupérrima possa desenvolver-se economicamente, não basta que transplante para seu território todo o ordenamento jurídico de um país rico. De igual modo, e isso é bastante evidente no cenário contemporâneo, há países riquíssimos, em termos de Produto Interno Bruto, que, a par de semelhanças possíveis, organizam-se sobre sistemas jurídicos bastante diversos, servindo como exemplo a China e os Estados Unidos. Vale dizer, uma lei que funciona bem em um país pode mostrar resultados frustrantes em outros. De modo semelhante, uma mesma lei em países diversos pode trazer resultados práticos distintos<sup>27</sup>.

Não se quer, com isso, defender algum tipo de niilismo ou relativismo absoluto. Não sustentamos a ausência de qualquer sentido possível na mudança que se segue à comparação. Naturalmente, os legisladores e juristas erram e acertam. Encontram boas e más soluções. Estamos apenas frisando que a comparação não é determinante para a equação deste problema. Se esta ressalva for bem considerada, deixando-se de lado cegos afãs, o esforço comparativo auxiliará com elementos de prudência para que as mudanças de um sistema jurídico frutifiquem<sup>28</sup>.

De todo modo, em certos momentos, a visão desenvolvimentista esteve permeada de certo colonialismo, o qual propugnava o transplante para países subdesenvolvidos de institutos legais próprios de países desenvolvidos. Isso ignorava, em grande parte, o papel que regras informais exercem no quadro institucional do desenvolvimento, deixando de explicar satisfatoriamente como melhorias legais podem contribuir para o desenvolvimento<sup>29</sup>. Assim, não era de se espantar que os resultados finais tenham se mostrado duvidosos diante desta estratégia desenvolvimentista rudimentar por transplantes legais<sup>30</sup>.

27 “A rule of Swedish law which is successful at home might be a disaster in the different circumstances existing in Scotland; a rule of French law which there works badly might provide an ideal rule for Scotland” (WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2ª ed. Londres: Georgia U. Press, 1974, p. 17). Igualmente, “(...) rules of private law can have a different effect at different times within the same society. It cannot be doubted either that a rule transplanted from one country to another, from Germany to Japan, may equally operate to different effect in the two societies, even though it is expressed in apparently similar terms in the two countries” (WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2ª ed. Londres: Georgia U. Press, 1974, p. 20). Talvez, assim, assistisse razão a Savigny ao afirmar que “nos tempos mais antigos aos quais se estende a história autêntica, verifica-se que a lei já havia alcançado um caráter fixo, peculiar ao povo como sua língua, costumes e constituição. Mais ainda, esses fenômenos não têm existência separada; são apenas as tendências e faculdades particulares de um povo inseparavelmente unido, e apenas mostram a nossos olhos a aparência de atributos distintos. Aquilo que os une é a convicção comum do povo, a consciência de uma necessidade interior, excluindo toda a noção de uma origem acidental e arbitrária (...)” (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Da vocação do nosso tempo para a legislação e jurisprudência*. Os grandes filósofos do direito. Clarence Morris (org). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 289)

28 Para este debate, vide CERQUEIRA, Gustavo. *Comparação Jurídica e Ideias de Modernização do Direito no Início do Século XXI*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 7-23, 2020.

29 O papel das regras informais e uma tentativa de explicação do sentido da evolução institucional são temas explorados em NORTH, Douglass C. *Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico*. Trad. Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

30 “However, this model of legal development did not fit squarely with the spirit of the 1960s and the needs of the development agencies. In an era in which development policy favored a Strong and proactive le for the state, a legal theory was needed that would promote the use of law as an instrument to modernize Society. In such a vision, lawyers, and judges were seen as social engineers, who would cultivate the legal norms and the chances in the formal system of law needed to promote progressive political and economic development. The emphasis on law as an instrument of a modernizing state and the Weberian idea of a set of formal rules that guaranteed predictability did not sit easily together. To bridge the gap, law and development scholars produced a hybrid theory, dubbed by some ‘liberal legalism’ that sought to unite a faith in the rule of law with a commitment to aggressive social engineering. It was assumed that this hybrid was the prevailing ethos of US legal culture, and if exported to the developing world it would hasten progress towards modernity (...) In the mid 1970s, however, a series of articles appeared that challenged the original ideas of the law and development (e.g., Trubek and Galanter 1974). These articles reflected a growing unease among scholars regarding the assumptions and prescriptions of legal liberalism. A decade of experience with the original approach showed there were serious problems with the strategy of transplanting foreign legal models through an elitedriven approach that did not coincide with the cultural, social, and political contexts of the developing countries (Burg 1977, Merryman 1979). The failure of legal transplants and the stigma of ‘legal imperialism’ (Gardner 1980) convinced many that the movement had got off on hte wrong foot” (TRUBEK, David. *Law and Development*. In: SMELSER, N. J.; BALTES Paul B. (eds.). *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Pergamon, Oxford, 2001, p. 8443)

Com isso, deve-se reconhecer que, por vezes, também o direito comparado esteve essencialmente centrado na perspectiva ocidental dos fenômenos jurídicos, a qual considerava notadamente a comparação entre sistemas legais europeus, deixando de lado uma visão pormenorizada da multiplicidade de fenômenos que florescem em sociedades periféricas na comunidade global<sup>31</sup>.

Sob esse cenário, para além de sistemas que poderiam ser identificados com uma das grandes famílias jurídicas (*common law*, sistema romano-germânico, sistema islâmico), surgem inúmeros sistemas “híbridos” (eventualmente chamados *mixed legal systems* ou *mixed jurisdictions*). Os principais exemplos tradicionalmente envolvem a bem conhecida interpenetração de elementos do *common law* e do sistema romano-germânico, tal como se vê na Louisiana, Estados Unidos da América, ou na Escócia, no Reino Unido<sup>32</sup>.

Entretanto, a doutrina recentemente volta-se para a necessidade de entender a justaposição, no território nacional, de tradições e culturas jurídicas distintas, notadamente a envolver populações nativas<sup>33</sup>. A experiência boliviana parece ser indicativa dessa realidade. A Constituição daquele país se declara “un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”, da qual resulta “pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país” (art. 1º). Isso assegura, no que é mais relevante para o presente estudo, que “las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios” (art. 190, I)<sup>34</sup>.

O pluralismo jurídico intranacional manifesta-se de modo forte ou fraco<sup>35</sup>. Em um modelo fraco, convivem sob o mesmo espaço nacional normas relativas a culturas diversas, mas que se reconciliam sob o poder estatal, notadamente após a valoração judicial. Num modelo forte, as normas existem sem necessidade de reconciliação ou de recondução a princípios mínimos comuns. É fácil perceber, que, sob o

31 TWINING, William. Social Science and Diffusion of Law. *Journal of Law and Society*, vol. 32, no. 2, 2005, pp. 203–40. Disponível em JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/3557226>, acesso em 28.8.2022.

32 A literatura, embora reconheça que há muitas formas de pluralismo, ordinariamente só se refere a sistemas mistos (*mixed systems*) para tratar um grupo seletivo de cerca de 16 exemplos onde o direito segue tanto influências da *common law* quanto do sistema romano-germânico. Assim, o critério decisivo apontado por Vernon Valentine Palmer parece indicar que “in the mixed-jurisdiction family one expects a large number of principles and rules to be of distinguishable pedigree, even including non-substantive aspects of the law, such as the nature of institutions and the style of legal thinking. One consequence of distinctive bijurality is to experience relatively clear metes and bounds so that the internal passage from common law to civil law substance or reasoning is a well-defined transition. Psychologically speaking, actors and observers within such a system will be cognizant of and will acknowledge the dual character of the law” (PALMER, Vernon Valentine. *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge U.P., 2012, p. 9).

33 Sobre esse tema, vide, em particular: PALMER, Vernon Valentine; MATTAR, Mohamed Y; e KOPPEL, Anna. *Mixed Legal Systems, East and West*. Burlington: Ashgate, 2015.

34 Sobre este tema, explica-nos Gladstone Leonel da Silva Júnior, o seguinte: “Os sistemas políticos, econômicos e jurídicos das várias nações dos povos bolivianos estão ligados, via de regra, à territorialidade que ocupam e a partir dessa reprodução social, se dará a jurisdição indígena originária campesina. Assim, essa jurisdição realizar-se-á nos respectivos territórios dessas comunidades e povos indígenas originários campesinos. Logo, as jurisdições serão várias e paritariamente consideradas frente às outras que compõem os órgãos do sistema de Justiça na Bolívia. Ela não será regida por temática específica, nem obedecerá a princípios previamente estipulados, mas àqueles valores culturais, procedimentos e normas próprias das comunidades. As autoridades/lideranças locais cumprirão o papel de magistrados, sendo responsáveis por interpretação das normas e decisão dos casos. Certamente, existem distintas formas de vivência humana que devem ser consideradas e têm o potencial de gerar tensões entre os conviventes. Essas decisões não podem desrespeitar princípios fundamentais, ou garantias mínimas, da Constituição, extrapolando medidas que ferem a razoabilidade e geram graves opressões aos submetidos a elas. Das decisões desarrazoadas caberão recursos ao Tribunal Constitucional Plurinacional competente para julgar o caso e respeitar a interculturalidade devida na lide” (SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. *A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia como um Instrumento de Hegemonia de um Projeto Popular na América Latina*. Tese Doutorado. Brasília, UnB, 2014, p. 208).

35 Essa classificação é proposta em: ÖRÜCÜ, Esin. Diverse Cultures and Official Laws: Multiculturalism and Euroscepticism? *Utrecht Law Review*, Vol. 6, No. 3, p. 75, 2010. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1714430>, acesso em 29.8.2022.



segundo modelo, diversos problemas se apresentam. É necessário entender se, sem um mínimo de unidade jurídica, persiste ainda a própria noção de Estado, de democracia e de direitos fundamentais. Assim, há clara tensão entre monismo e pluralismo, entre universalismo e respeito a culturas locais, questões que só podem ser resolvidas no plano constitucional e da própria teoria do direito.

De modo amplo, podemos dizer que o estudo de direito comparado lança muitos desafios. Existe o desafio de compreensão histórica do fenômeno, o qual em boa medida envolve o entendimento dos modos pelos quais há difusão de modelos, assim como a necessidade de se entender a relação dos transplantes com a economia, a sociedade e a política. Na medida em que o estudo avança, é necessário equilibrar o pluralismo com a própria teoria do Estado, com a teoria do Direito e com a Constituição.

## **2. DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO.**

### **2.1. Renascimento na Metade do Século XX e Discussão sobre a Especificidade do Campo**

No cenário contemporâneo, observa-se um inicial predomínio da comparação no direito privado, o que é próprio da globalização. Por outro lado, no campo do direito constitucional comparado, ocorreram três grandes ondas de estudos comparativos a partir do final da década de quarenta do século passado<sup>36</sup>. A primeira onda é estabelecida com o fim da segunda grande guerra, impondo-se reflexões profundas sobre os direitos fundamentais e os direitos humanos, o Estado de Direito, os modelos de governo democrático e as funções dos tribunais, por exemplo. Não se pode olvidar da necessidade de adoção de novas constituições na Alemanha, na Itália e no Japão. O segundo momento adveio com o processo de descolonização na África depois do longo processo de opressão praticado principalmente por potências europeias, surgindo, no âmbito prático, a necessidade de estabelecimento de constituições nacionais em razão das independências. Por fim, a terceira onda advém das transições de governos autoritários para democráticos, na década de oitenta do século passado, na América Latina, assim como da desestruturação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas com o advento de novas constituições para o leste europeu.

É um absurdo lógico e histórico não reconhecer a existência de estudos comparados, no direito público e no direito constitucional, nos séculos XIX e no início do século XX. No Brasil, são relevantes os estudos do Visconde do Uruguay sobre o Estado e a administração pública no Brasil, refletindo com auxílio e em diálogo com ordenamentos estrangeiros, buscando compreender e analisar o melhor modelo para o Brasil imperial<sup>37</sup>. A influência da constituição e do constitucionalismo americano foi forte na constituição brasileira de 1891, assim como nos estudos e na atuação política de Rui Barbosa<sup>38</sup>. Nesse contexto, são im-

36 TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. 2nd. Cheltenham, UK; Northampton, USA, 2018, p. 1.

37 Nesse sentido: “Na viagem que ultimamente fiz á Europa não me causáram tamanha impressão os monumentos das artes e das sciencias, a riquezas, força, e poder material de duas grandes nações a França e a Inglaterra, quanto aos resultados praticos e palpaveis de sua administração. (...) Convenci-me ainda mais de que se liberdade política he essencial para a felicidade de uma Nação, boas instituições administrativas apropriadas ás suas circunstâncias, e convenientemente desenvolvidas não o são menos” (URUGUAY, Visconde. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Tomo I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, pp. III-IV).

38 Observa a manifestação de Rui Barbosa no período da elaboração da constituição brasileira 1891: “Por mais distantes que sejam as duas situações, o espírito inevitavelmente se me inclina a comparar o que se está presenciando atualmente, entre nós, com o que, ao mesmo respeito, se passava, há um século, na América da Norte. Nem tudo são analogias, é certo, entre as duas situações. Há contrastes entre elas; mas esses mesmos contrastes reforçam a conclusão” (BARBOSA, Rui. *Organização das Finanças Republicanas*. Sessão em 16 de novembro de 1890. In: . *Obras Completas de Rui Barbosa: a Constituição de 1891*, Volume XVII. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, p. 149.

portantes os estudos contemporâneos que apontam, de forma consistente e metodologicamente adequada, a existência da comparação no direito público antes do período moderno<sup>39</sup>.

Por sua vez, é verdade que certa visão da teoria de Montesquieu<sup>40</sup>, a qual representa a compreensão disseminada entre os constitucionalistas sobre a ontologia das cartas magnas, sustenta a existência de peculiaridades históricas e culturais que moldam o surgimento de constituições. Assim, não se observou um campo específico, próprio e sistemático de reflexões sobre direito constitucional comparado como existia no direito privado a partir do início do Século XX. De outra banda, mesmo com as peculiaridades de cada fenômeno constitucional, essa realidade não obsta a realização de estudos comparativistas, tampouco impede de se observar as inúmeras semelhanças entre o comparatismo de direito privado e o de direito público<sup>41</sup>. Tudo o que aqui foi dito sobre a comparação e o direito comparado, aplica-se ao subcampo do direito constitucional comparado, razão pela qual, ao longo do raciocínio, procuramos deixar de lado os tradicionais exemplos de comparação relativos ao direito privado, trabalhando com temas constitucionais, na seção 1 acima neste artigo.

De certa forma, o renascimento do direito constitucional comparado<sup>42</sup> acaba por sobrevalorizar as peculiaridades do constitucionalismo e do fenômeno constitucional, indicando de maneira exacerbada as supostas diferenças em relação aos métodos, aos problemas e às reflexões do campo mais amplo da direito comparado. Nesse sentido, afirma-se que as forças econômicas que produziram o campo do direito comparado e os estudos comparativistas no direito privado são mais robustas, sendo a influência das questões econômicas menos intensas no direito constitucional. A literatura especializada no comparativismo constitucional ainda entende que, apesar de o direito privado ser produzido de acordo com a moldura constitucional e do direito público, a maior parte das regras e princípios constitucionais não possui influência no direito privado<sup>43</sup>.

Uma suposta relação menos profunda entre fatores econômicos e constitucionais é descolada do passado, do presente e do futuro do constitucionalismo. Questões econômicas exigem, por excelência, decisões constitucionais, tal como preconiza a visão clássica da filosofia política e da teoria constitucional<sup>44</sup>. Contemporaneamente, a modificação ou a manutenção dos textos constitucionais são debatidos a partir de diversas perspectivas, porém o aspecto econômico possui enorme relevância. Ainda, há importantes discussões sobre a necessária modificação da regulamentação jurídica da tecnologia digital e sobre o impacto social daí advindo, o que não engloba apenas e principalmente o campo do direito privado, e sim o

39 Nesse sentido: “Contemporary discussions in comparative constitutional law often proceed as if there is no past, only a present and a future. However, many of the purportedly new debates in comparative constitutional law (...) have early equivalents, some of which date back over two millennia” (HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 10).

40 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

41 “However, there is nothing in the logic of comparative law, apart from its history and tradition to indicate that comparative law should only deal with private law. Thus, recently there has been growing interest in comparative public law, comparative constitutional law, comparative human rights, comparative criminal law and comparative procedural law” (ÖRÜCÜ, Esin. *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twentyfirst Century*. Leiden: Springer, 2004, p. 171)

42 Sobre o campo do direito constitucional comparado, cf., por exemplo, ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: OUP, 2012.

43 Nesse sentido, cf. TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. 2nd. Cheltenham, UK; Northampton, USA, 2018, p. 2.

44 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. 1. ed. 1. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1992, p. 22-60.

direito público e o direito constitucional. Reconhece-se o forte poder econômico das grandes companhias de tecnologia da informação, fator esse relevante a dificultar tanto as modificações no direito privado como no direito público<sup>45</sup>. Assim, não é correta a afirmação de que a prática e as demandas econômicas influenciam mais o direito privado do que o direito público.

Outro argumento recorrente na literatura especializada sobre a substancial particularidade do direito constitucional comparado diz respeito às diferenças estrutural e funcional entre direito constitucional e público, de um lado, e entre direito privado, de outro. Apontam-se os seguintes elementos: a) poder privado não é criado pelo Estado, b) poder público é definido e controlado pelo governo, c) direito público não trata somente de escolhas deliberativas racionais sobre modelos, porém também se relaciona de maneira intensa com a história, a cultura, as religiões e as diversidades linguísticas e d) história e política são fatores mais determinantes para o direito público do que para o direito privado<sup>46</sup>. Sem sombras de dúvidas que existem diferenças entre direito público e direito privado, mas os elementos apontados acima não devem ser superestimados.

Embora se diga que as regras de direito público derivam exclusivamente do embate de forças políticas internas e históricas, há, sem ter como negar esse fato, inegável similitude de regras e princípios ao redor do globo, evidenciando que a história das ideias de um tempo não se adstringe ao local onde surgem. As normas de direito constitucional nacionais não são isoladas de todo o resto do mundo, isto é, as regras, os princípios e os institutos constitucionais não são completamente únicos para cada país. Nesse sentido, basta lembrar as influências recíprocas entre pensadores e institutos durante a independência dos Estados Unidos da América e a criação da Constituição Federal, de um lado, e as reflexões políticas e jurídicas antes e depois da Revolução Francesa, de outro lado, bem como a série de países, como o Brasil, cuja tradição jurídica dialoga e adota categorias constitucionais de outros países.

As questões históricas, linguísticas, culturais, religiosas e políticas influenciam as regulamentações tanto no direito privado como no direito público. Por sua vez, não nos parece que existam razões suficientes para afirmar, em virtude desses elementos, a enorme especificidade do subcampo do direito comparado constitucional em relação ao direito comparado em geral e do direito privado. As adoções de institutos jurídicos privados em temas constitucionais também são frequentes, sendo exemplos a contratualização e a responsabilidade gerencial da administração pública<sup>47</sup>. Ainda é superdimensionada a visão da forte distinção entre o poder no campo público e na esfera privada. Cada vez mais se observa uma relação intensa e próxima desses poderes, os quais interagem e muitas vezes fundem-se no contexto contemporâneo<sup>48</sup>.

45 Sobre a exacerbada adoção da liberdade econômica na condução da regulamentação jurídica inadequada, especialmente no campo do direito público, acerca das novas tecnologias digitais, cf. GREGORIO, Giovanni De. *Digital Constitutionalism in Europe Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. Ainda, com precisão registra a doutrina que: “a regulamentação pública na área de digitalização muitas vezes encontra resistência considerável por parte das empresas de TI, que tentam impedir ou desarmar a regulação na medida do possível” (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital, Desafios para o Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 59).

46 BELL, John. *Comparative Public Law*. In: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. 3rd ed. Saint Paul: Foundation Press, 2014, p. 168-169. Nessa toada também: “The use of comparative law study in areas of public law has a different purpose, context and subject matter from its use in private law. The contexts are wider, institutional settings more complex and history has a more poignant place in the development of public law” (ÖRÜCÜ, Esin. *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twentyfirst Century*. Leiden: Springer, 2004, p. 173).

47 Cf. CELONE, Cristiano; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *A Garantia Constitucional da Responsabilidade Gerencial: Responsabilidade por Resultados dos Dirigentes Públicos nos Sistemas Brasileiro e Italiano e as Relações entre Órgãos Políticos e Administrativos*. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 21, p. 471, 2020.

48 Cf. SUSSKIND, Jamie. *Future Politics: Living Together in a World Transformed by Tech*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 211-256; 345-366.

Revela-se simplista a adoção de uma perspectiva rígida sobre o caráter pré-estatal dos poderes privados e as características estatais do poder público. Questões de direito privado são fixadas pela lei e pela jurisprudência (manifestações do poder estatal). Além disso, o poder econômico privado cada vez mais é objeto do direito econômico (direito administrativo). Temas de família e de consumo são objeto de políticas públicas. De outra banda, o poder público não possui sua gênese somente no direito estatal, sendo fruto das relações sociais e econômicas para além do Estado.

## 2.2. Questões Metodológicas Relevantes para o Atual Direito Constitucional Comparado

No intuito de ressaltar diferenças, afirma-se, de modo comum, que o estudo do direito constitucional necessita de uma maior compreensão histórica, política e cultural do que os institutos do direito privado. Entretanto, como pudemos destacar, a comparação só é possível se entendermos as igualdades e disparidades a partir de um contexto histórico, social e político, de maneira que a necessidade de contextualização existe tanto quando o paralelismo toma como objeto o direito público quanto considera o direito privado. Nossa tese de que as reflexões do direito comparado são aplicadas e relevantes para o subcampo do direito constitucional comparado, apesar das peculiaridades do direito público e do constitucionalismo, sustentam-se com alguns exemplos, que já foram apresentados acima, sendo ainda expostos mais dois nesta parte.

Em primeiro lugar, o método funcionalista é objeto de discussão e empregado no comparativismo constitucional<sup>49</sup>, porém, conforme demonstrado no item 1.1, é ferramenta metodológica utilizada em geral nos estudos comparativistas. Nesse contexto, observam-se reflexões que repensam o método funcionalista nos estudos comparativistas, os quais com certeza auxiliam também no âmbito específico do direito constitucional.

São críticas tradicionais ao método funcionalista a falta de uma reflexão mais robusta sobre seus pressupostos teóricos, a ausência de uma concepção precisa do termo função e a suposta desconsideração de aspectos culturais. Por sua vez, o funcionalismo no direito comparado pode beneficiar-se bastante da análise do funcionalismo nas ciências sociais. Apesar de não possuir atualmente grande prestígio na sociologia contemporânea, há destacadas concepções do funcionalismo nas ciências sociais que foram incorporadas nessa seara do conhecimento<sup>50</sup>, podendo também serem fonte de inspiração para o comparativismo jurídico. Assim, por exemplo, o funcionalismo de Merton aponta que não existem apenas elementos funcionais na sociedade, ocorrendo também instituições não funcionais e disfuncionais<sup>51</sup>.

Essa reflexão deve auxiliar as comparações jurídicas, já que o método funcionalista tradicional pressupõe que as regulações jurídicas existentes são funcionais, disciplinando assim problemas similares, em diversos ordenamentos, de maneira mais ou menos uniforme, mas eficientes. Em outras palavras, essa reflexão sociológica é um alerta epistemológico para o direito comparado, porque existem instituições

49 “To study constitutional law scientifically, scholars came to think, required the identification of functions common to all constitutional systems, such as the allocation of governing authority among the three branches of government (...). With the common functions identified, scholars could examine the different ways in which domestic constitutions performed those functions. (...)” (TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. 2nd. Cheltenham, UK; Northampton, USA, 2018, p. 3).

50 MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press Inc. New York, 2008, p. 381.

51 MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press Inc. New York, 2008, p. 352-353.

jurídicas e constitucionais que são disfuncionais ou não funcionais, sendo essa informação relevante para conduzir adequadamente uma comparação sólida.

O desenvolvimento do método funcionalista no direito, a partir da concepção de funcionalmente equivalente, permite conceder maior firmeza metodológica, partindo do pressuposto de que uma instituição é uma resposta possível, porém não necessária para certo problema, consistindo em solução possível dentre diversas outras e ressaltando que uma instituição se encontra inserida em complexo sistema social interdependente<sup>52</sup>.

Em segundo lugar, as reflexões críticas que se veem no direito comparado ecoam no subcampo do direito constitucional comparado. De acordo com o demonstrado no item 1.2, existe uma perspectiva modernizadora simplista dos institutos jurídicos e sociais nos países em desenvolvimento, entendendo que a adoção de modelos jurídicos dos Estados desenvolvidos solucionaria necessariamente diversos problemas jurídicos e sociais. Essa é perspectiva reducionista, ou ingênua, a qual sobrevaloriza os modelos jurídicos de países do norte global (Europa e Estados Unidos principalmente). No direito constitucional comparado, há crítica ao caráter supostamente universal do campo, quando a reflexão é promovida a partir de funções e estruturas especialmente do norte global, concedendo menor importância aos ordenamentos, aos conhecimentos e às práticas do sul global. Assim, bastante conhecida é a discussão sobre a universalização de valores e de institutos constitucionais, apontado, por exemplo, a existência de visões especialmente europeias e norte-americanas sobre o conteúdo dos direitos humanos, mas sustentando que são direitos universais<sup>53</sup>.

No comparativismo constitucional, a literatura aponta que: a) o processo de colonização de diversos países ocorreu em contexto de diversidades culturais, linguísticas e étnicas, podendo o tema do multiculturalismo e da diversidade ser abordado de forma mais satisfatória com as contribuições do sul global, b) há poucos estudos sobre experiências constitucionais de grande parte do mundo como África Subsaariana, América Central e Eurásia, c) existe uma falsa universalidade nos pressupostos do constitucionalismo global ao desconhecer de maneira efetiva diversas realidades constitucionais. Dessa forma, o foco quase exclusivo concedido à perspectiva constitucional do norte global produz enganos e falsas generalizações, no subcampo do direito constitucional comparado, representando um problema metodológico severo, mas que felizmente passa a ser enfrentado com a literatura contemporânea<sup>54</sup>.

## CONCLUSÃO

A condução de pesquisas com auxílio do direito comparado, na nossa perspectiva, deve ser incentivada, pois permite uma análise plural e mais densa dos objetos de pesquisa. Isso não significa que toda a reflexão jurídica necessita empregar esse instrumento, já que a comparação jurídica depende do desenho da pesquisa, do objeto, das hipóteses e dos objetivos de investigação. De outra banda, caso se opte

52 MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. New York: Oxford University Press Inc. New York, 2008, p. 358-359.

53 Para uma análise sobre o universalismo nos direitos humanos, cf. DONNELLY, Jack. The Relative Universality of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, 29, 281-306, 2007.

54 HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 209-215.

por utilizar do direito comparado, é importante conhecer o campo da comparação jurídica, tendo ciência de elementos centrais do seu método e adotando cuidados epistemológicos e práticos. Dessa forma, o artigo apresentou e analisou criticamente a) as características e os elementos tanto do fenômeno da comparação como do método funcional, b) a micro e a macrocomparação, c) as precauções sobre a função modernizadora e acerca de perspectivas simplistas em relação à adoção de modelos jurídicos estrangeiros. Ainda, o artigo demonstrou como o sub-campo do direito constitucional comparado, mesmo com suas relevantes peculiaridades, beneficia-se das discussões e dos debates contemporâneos do campo mais amplo do direito comparado. As ferramentas do direito comparado foram aplicadas ao direito constitucional comparado, desde o início do texto.