

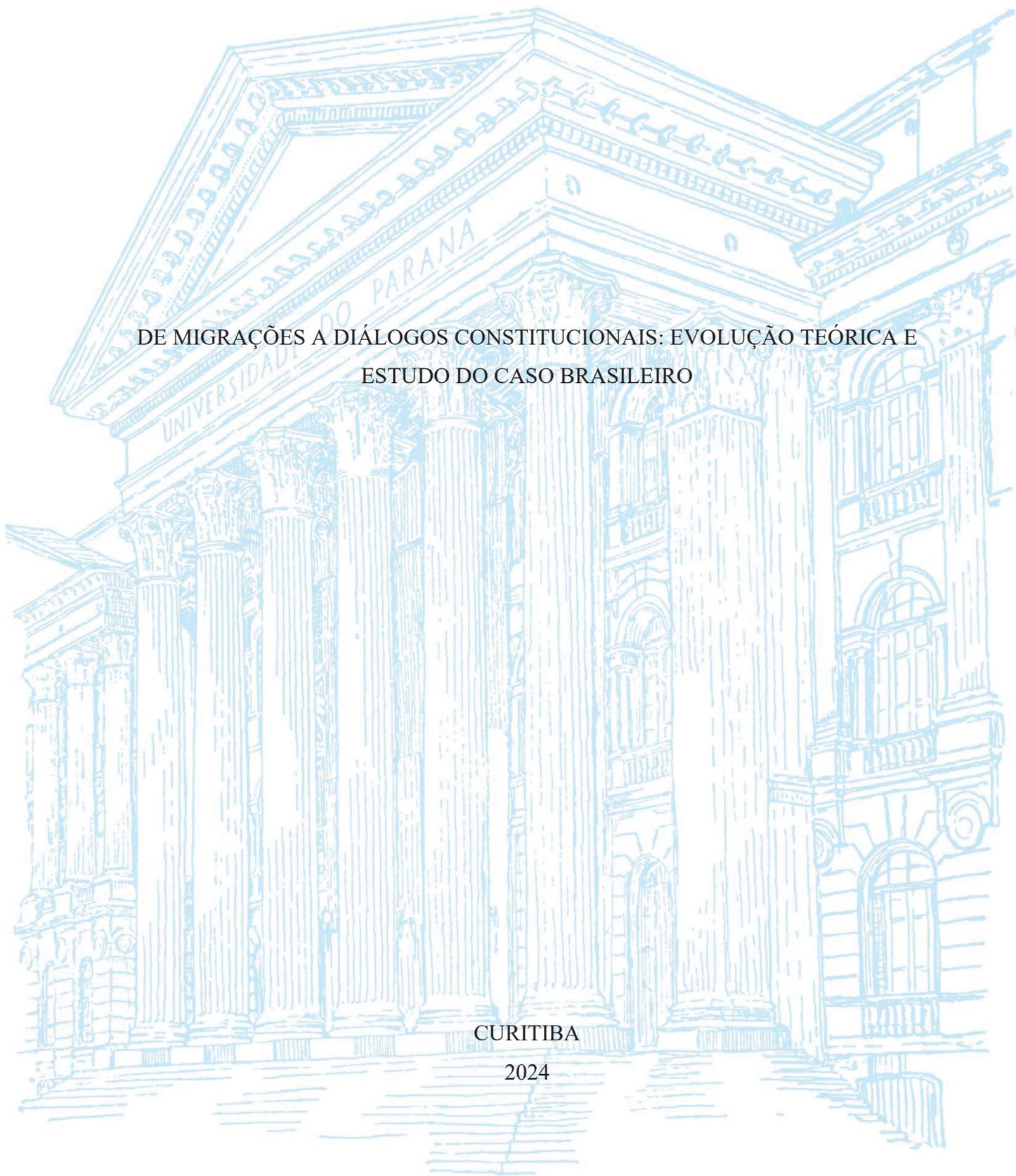
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MATHEUS GOMES SETTI

DE MIGRAÇÕES A DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: EVOLUÇÃO TEÓRICA E  
ESTUDO DO CASO BRASILEIRO

CURITIBA

2024



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MATHEUS GOMES SETTI

DE MIGRAÇÕES A DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: EVOLUÇÃO TEÓRICA E  
ESTUDO DO CASO BRASILEIRO

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná como requisito para a obtenção do título de mestre em direito.

Orientadora: Prof. Melina Girardi Fachin

CURITIBA

2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Setti, Matheus Gomes

De migrações a diálogos constitucionais: evolução teórica e estudo do caso brasileiro / Matheus Gomes Setti. – Curitiba, 2024.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientadora: Melina Girardi Fachin.

1. Direito constitucional. 2. Direito comparado.  
3. Jurisdição. 4. Tribunais constitucionais. 5. Brasil. Supremo Tribunal Federal. I. Fachin, Melina Girardi. II. Título.  
III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

**ATA Nº476**

## **ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO**

No dia sete de junho de dois mil e vinte e quatro às 16:00 horas, na sala de defesa, SCJ - Santos Andrade, PPGD, 3o andar, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **MATHEUS GOMES SETTI**, intitulada: **DE MIGRAÇÕES A DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: EVOLUÇÃO TEÓRICA E ESTUDO DO CASO BRASILEIRO**, sob orientação da Profa. Dra. MELINA GIRARDI FACHIN. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: MELINA GIRARDI FACHIN (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA (CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA), ILTON NORBERTO ROBL FILHO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, MELINA GIRARDI FACHIN, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: Aprovado com indicação para publicação.

CURITIBA, 07 de Junho de 2024.

Assinatura Eletrônica

04/07/2024 11:54:05.0

MELINA GIRARDI FACHIN

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

01/08/2024 16:04:21.0

CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA)

Assinatura Eletrônica

04/07/2024 11:01:54.0

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **MATHEUS GOMES SETTI** intitulada: **DE MIGRAÇÕES A DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: EVOLUÇÃO TEÓRICA E ESTUDO DO CASO BRASILEIRO**, sob orientação da Profa. Dra. MELINA GIRARDI FACHIN, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 07 de Junho de 2024.

Assinatura Eletrônica

04/07/2024 11:54:05.0

MELINA GIRARDI FACHIN

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

01/08/2024 16:04:21.0

CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA)

Assinatura Eletrônica

04/07/2024 11:01:54.0

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

**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*

## RESUMO

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. 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. 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. 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. Esse estudo é relevante na medida em que, 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.

Palavras-chave: direito constitucional comparado; diálogo intercortes; migração de ideias constitucionais; jurisdição constitucional; supremo tribunal federal

## ABSTRACT

Courts communicate with each other. Legal systems have been intertwining and influencing one another. Globalization and technological advancements are creating increasingly effective bridges between different constitutional cultures. All of this is fostered—and made even more necessary—by the expansion of fundamental and human rights. This work aims to introduce this reality and, particularly, to understand how Brazil fits into it. To do so, after presenting the main aspects and debates on the subject and locating them in relation to the Brazilian experience, we will conduct an empirical analysis of how the Brazilian Supreme Federal Court (STF) has engaged in inter-court dialogue in recent years, including how it has cited precedents from foreign courts. We will build upon previous surveys conducted by Christine Peter da Silva, which covered the years 1961 to 2014, and advance to study the court's posture between 2015 and 2023. Thus, we will be able to outline the profile of the court from 1961 to the present day. The research will encompass all collegial decisions rendered during the period in question. From the reading of these decisions, we will seek to define the proportion of decisions in which the justices make this type of reference, the most cited courts and precedents, by which justices, on which themes, in what manner, for what reason, to what extent, among others. This study is relevant insofar as, in practice, little is known about whether and how the Brazilian Supreme Federal Court engages with foreign sources. Furthermore, this engagement is not without criticism, ranging from the lack of democratic legitimacy to the expansion of judicial discretion and legal imperialism. It is necessary to understand how our Supreme Court fits into this context.

Keywords: comparative constitutional law; intercourts dialogue; migration of constitutional ideas; constitutional jurisdiction; Brazilian supreme court

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
<b>2. COMPARAÇÕES CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>7</b>
<b>2.1. Premissas – duas escolas de direito constitucional comparado .....</b>	<b>7</b>
<b>2.2. Visões sobre a história e objetos do direito constitucional comparado.....</b>	<b>8</b>
2.2.1 Surgimento e história.....	9
2.2.2. Objeto: o que comparar? .....	13
2.2.3. Finalidade: por que comparar? .....	16
<b>2.3. Metodologias .....</b>	<b>20</b>
<b>2.4. O método entre pretensão de cientificidade e culturalismo: abordagens práticas e (quase) filosóficas.....</b>	<b>29</b>
<b>2.5. Cruzando a ponte entre as duas escolas comparatistas .....</b>	<b>36</b>
<b>3. MIGRAÇÕES CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>38</b>
<b>3.1. Influências transnacionais e migrações constitucionais .....</b>	<b>39</b>
<b>3.2. Desenvolvimento da teoria – transplantes, formantes e o debate culturalista.....</b>	<b>45</b>
3.2.1. Os transplantes e os formantes jurídicos .....	46
3.2.2. De transplantes a migrações – o debate culturalista e suas respostas.....	53
<b>3.3. Migrações e os debates sobre democracia e soberania.....</b>	<b>62</b>
<b>3.4. Anatomia de uma migração .....</b>	<b>69</b>
<b>3.5. Migrações inconstitucionais e abusivas .....</b>	<b>73</b>
<b>4. DIÁLOGOS INTERCORTES.....</b>	<b>79</b>
<b>4.1. Conceituando os diálogos intercortes .....</b>	<b>79</b>
<b>4.2. Resistência, convergência e engajamento .....</b>	<b>85</b>
<b>4.3. Modelos de interações constitucionais transnacionais .....</b>	<b>89</b>
<b>4.4. A teoria do constitucionalismo latino-americano.....</b>	<b>94</b>
<b>5. OS PRECEDENTES ESTRANGEIROS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>105</b>
<b>5.1. Pesquisas empíricas anteriores.....</b>	<b>105</b>
<b>5.2. Metodologia e parâmetros de análise.....</b>	<b>108</b>
<b>5.3. Resultados .....</b>	<b>111</b>
<b>5.4. Análise.....</b>	<b>120</b>
<b>6. CONCLUSÕES.....</b>	<b>124</b>
<b>7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>131</b>

## 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 constitucionais 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.

Esse estudo é relevante na medida em que, 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 análogos 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 respeitadas 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.

## **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.S). 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 século 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 isolado, 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 distinguiu 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>.

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

---

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

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

<sup>3</sup> DANTAS, 2006, p. 36.

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

<sup>5</sup> MAIA, Eduardo Gomes Ribeiro; JACINTHO, Jussara Maria Moreno. A Pesquisa e o Direito 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.

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.

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

---

<sup>6</sup> Op cit, p. 58.

<sup>7</sup> Op cit, p. 61-62.

<sup>8</sup> Op cit.

<sup>9</sup> PRIGOL, Natália Munhoz Machado; MELEK, Marcelo Ivan. O Direito Constitucional 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.

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 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>.

---

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

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

<sup>12</sup> DANTAS, 2006, p. 47.

<sup>13</sup> 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.

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

<sup>15</sup> Op cit, p. 5.

<sup>16</sup> Op cit, p. 5-6

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 jusracionalismo – 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>.

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.

---

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

<sup>18</sup> TUSHNET, 2014, p.

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

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

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 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>.

---

<sup>21</sup> MIRANDA, 1987, p. 205

<sup>22</sup> DANTAS, 2006, p. 131.

<sup>23</sup> Op cit.

<sup>24</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 15.

<sup>25</sup> Op cit, p. 18

<sup>26</sup> 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.

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.

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 idiosincrasias 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>.

---

<sup>27</sup> ROBL FILHO; CORREIA, 2022, p. 82.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Op cit, p. 45-46.

<sup>30</sup> DA SILVA, 2014, passim.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> VERGOTTINI, 2014, p. 76.

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 significados diversos em cada substrato sociocultural<sup>34</sup>.

Dessa forma, Agesta defende que o principal objeto de estudo do comparatista constitucional deveria ser a maneira como cada sistema recebeu as influências das ideias políticas e constitucionais mais influentes, das “constituições tipo”, e as adaptaram à sua realidade local<sup>35</sup>. Em linha semelhante, Alan Watson sustenta que o direito comparado deve buscar as relações históricas de coevolução entre os institutos, tanto em sentido convergente, como divergente, com especial atenção à sua circulação entre os sistemas jurídicos. Caso essa relação não exista, os conceitos não serão comparáveis<sup>36</sup>.

Vergottini também reconhece a importância de analisar o aspecto social e político em que se constrói cada direito constitucional. De acordo com ele, para além de disciplinar as liberdades e a organização institucional, esse é o direito próprio do fato político, cujo desenvolvimento regulamenta. Assim, a sua previsão por escrito é frequentemente impossível e inoportuna. Muitas vezes, os costumes e as convenções levam a uma aplicação prática diversa, criam normas não escritas – e a ordem não escrita pode até mesmo concorrer com a escrita. A partir disso, cria-se uma diferença entre “law in action” e “law in the books”, de modo que a consideração da prática jurídica – sobretudo da jurisprudência – é particularmente importante para a comparação constitucional<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> AGESTA, Luís Sanchez. Derecho constitucional comparado. Ed. 7. Madrid: Universidad de Madrid, 1980, p.

<sup>34</sup> Op cit, p. 32.

<sup>35</sup> Op cit, p. 28.

<sup>36</sup> WATSON, Alan. Legal Transplants: an approach to comparative law. Ed. 2. The University of Georgia Press: Athens, 1993, p. 6-7.

<sup>37</sup> VERGOTTINI, 2014, p. 78-79.

As complexidades culturalistas e o debate entre estes e aqueles que consideram possível compreender objetivamente o direito constitucional estrangeiro serão tema de tópico específico. Por ora, passemos às finalidades da comparação.

### 2.2.3. *Finalidade: por que comparar?*

Ivo Dantas divide as finalidades da comparação constitucional em dois grupos. Parte dela visa à satisfação intelectual do estudioso, por compreender melhor o universo jurídico e saciar sua curiosidade. Outra parte – a profissional – volta-se ao fornecimento de subsídios para que os “operadores do direito” tenham maior compreensão dos institutos nacionais a partir da comparação, sobretudo aqueles que têm origem estrangeira<sup>38</sup>.

De acordo com Miranda, a comparação pode servir para esclarecer a origem de institutos nacionais – se internos ou externos –, bem como para densificar, corroborar ou precisar a interpretação de seu significado, embora não se possa nunca contrariar o texto normativo com base em uma análise comparada<sup>39</sup>. Outra finalidade da comparação é descobrir, sob uma perspectiva universalista, as semelhanças e diferenças entre ordenamentos. Toda ciência tem por objetivo ir do complexo ao simples, do particular ao geral. Assim, a comparação pode almejar à formação de conceitos, esquemas, tipos ideais<sup>40</sup>.

Nesse contexto, Pegoraro e Rinella destacam que uma das finalidades da comparação deve ser a classificação e sistematização dos direitos. Essa formação analítica de modelos permite simplificar fenômenos complexos e, por conseguinte, analisá-los com mais clareza. A classificação útil é aquela que “permite propor-se hipóteses, em relação às classes introduzidas, mais interessantes e gerais que aquelas referidas a cada objeto tomado separadamente”<sup>41</sup>. Para além dessa finalidade classificatória, o estudo se presta a possibilitar uma maior compreensão do próprio ordenamento interno, bem como a fornecer subsídios para a sua reforma aos parlamentares, habilitando-os à prática de diálogos interparlamentares<sup>42</sup>.

Vergottini também divide as finalidades entre aqueles voltadas aos cientistas e aos aplicadores práticos. Entre as primeiras, sob o ponto de vista dos estudiosos, serve para ampliar o conhecimento e fortalecer a ciência do direito constitucional – conceitos básicos como forma de estado, forma de governo só existem pela comparação. Nesse sentido, serve para validar

---

<sup>38</sup> DANTAS, 2006, p. 103.

<sup>39</sup> MIRANDA, p. 212-213.

<sup>40</sup> Op cit. p. 215.

<sup>41</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 45.

<sup>42</sup> Op cit, p. 56-57.

teses com pretensão de cientificidade, pois nenhuma ciência será contingente das fronteiras nacionais. O *conhecimento* pode vir a ter fins eminentemente práticos adiante<sup>43</sup>.

Outra função é verificar o conhecimento acerca de um ordenamento jurídico determinado, *analísá-lo*. Para compreender adequadamente certos institutos, pode ser necessário analisar as cláusulas semelhantes em outros países que já a haviam adotado anteriormente. A comparação serve para confirmar a possibilidade de generalização das observações empíricas, ou seja, permite conhecer melhor os contornos dos próprios institutos<sup>44</sup>.

Quanto aos aplicadores práticos, pode servir para a realização de testes normativos para assunção de novas normas, em um processo de circulação de modelos, que pode derivar de uma análise comparativa entre os diversos institutos estrangeiros possíveis de se adotar e a escolha do melhor. Nesses casos, alguns institutos que funcionaram muito bem em seus países de origem são adotados pelos demais, o que é possibilitado pela permeabilidade dos sistemas nacionais, que permitem tal circulação<sup>45</sup>. Além disso, serve como auxílio para os processos de unificação e harmonização legislativa<sup>46</sup>.

Em arremate dessa percepção, José Afonso da Silva argumenta que a comparação tem por finalidade a captação de princípios gerais que informam todos os direitos dos diversos países, dando origem à teoria geral do direito constitucional. Serve para contribuir com o aperfeiçoamento do direito interno, sobretudo no momento de uma nova constituinte<sup>47</sup>.

Robl Filho e Correia destacam que a comparação permite entender diversas formas de lidar com problemas, o que dá material para aprimorar o próprio sistema. Entretanto, deve-se tomar cuidado com qualquer pretensão de classificar soluções entre melhores e piores, qualquer visão evolucionista. A comparação tem um potencial emancipatório e está na “antessala da mudança”, mas isso deve partir da autoleitura dos países, aos quais ela fornece subsídios para analisar seu próprio sistema, as experiências alheias e possíveis caminhos adiante, e não de uma imposição de caminhos específicos pela experiência alheia<sup>48</sup>.

Por sua vez, Jackson sustenta que o método comparativo pode contribuir com a melhor compreensão de sistemas jurídicos estrangeiros ou até mesmo do nacional, pela sua distinção dos demais. Ainda, é muito comum a intenção dos estudiosos de, por meio dele, encontrar

---

<sup>43</sup> VERGOTTINI, 2014, p. 20.

<sup>44</sup> Op cit, p. 22-23.

<sup>45</sup> Op cit, p. 27-28.

<sup>46</sup> Op cit, p. 34.

<sup>47</sup> SILVA, 2009, p. 28-29.

<sup>48</sup> ROBL FILHO; CORREIA, 2022, p. 82-83.

*standards* de “melhores práticas” no direito, que é um dos grandes motores do atual direito internacional público<sup>49</sup>.

Nesse passo, a autora argumenta que as experiências de outros países podem ser úteis a nível prático quando se assemelham à nacional. Principalmente com o crescimento da importância da proteção dos direitos humanos, é inevitável esbarrar em inúmeros conflitos entre princípios. O diálogo entre diferentes direitos – tanto por meio dos tribunais, como dos parlamentos e dos cientistas – possibilita uma maior discussão, o que pode conferir mais legitimidade às decisões, além de demonstrar as possíveis consequências de cada escolha.<sup>50</sup>

De modo similar, Sajó e Rosenberg ressaltam que o estudo tem quatro principais utilidades. Duas estão a cargo dos atores e participantes da “arena constitucional”: a comparação para o aprimoramento do ordenamento interno, com incorporação de novas normas, e para a melhor interpretação daquelas já existentes. Outras duas são mais reservadas aos pesquisadores da área: elaborar descrições sistemáticas dos diversos ordenamentos e propor avaliações normativas sobre como trabalhar com o direito constitucional comparado<sup>51</sup>.

Hirschl também entende – para além da unânime possibilidade de melhor compreensão de si mesmo e aprimoramento do direito interno – que a comparação pode servir para a formulação de sistemas e criação de conceitos a partir da observação das múltiplas experiências. Porém, o maior objetivo do comparatista deveria ser efetivamente construir conhecimento, desvendando relações causais que deem explicações científicas aos fenômenos constitucionais, com base na comparação de experiências diversas, o que somente será feito com efetividade ao se buscar traçar tais relações causais com base em variáveis relevantes<sup>52</sup>.

De outra ponta, David Schneiderman defende que a comparação deve servir para a construção de um constitucionalismo crítico, que demonstra as similaridades e as diferenças entre cada ordenamento, esclarece as relações de desigualdade entre as ordens jurídicas, bem como revela os circuitos por meio dos quais as experiências constitucionais diversas fluem entre os países<sup>53</sup>.

Nesse ponto, George Fletcher ressalta que a pesquisa comparada verdadeiramente interessante é aquela que não busca analisar o direito estrangeiro como um membro daquela

---

<sup>49</sup> JACKSON, 2012, p. 70.

<sup>50</sup> JACKSON, Vicki. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*. Federal Law Review, Camberra, v. 35(2), 2007. p. 528.

<sup>51</sup> ROSENBERG; SAJÓ, 2012, p. 9.

<sup>52</sup> HIRSCHL, 2006, p. 45-46.

<sup>53</sup> SCHNEIDERMAN, David. A new global constitutional order? In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. *Research Handbooks in Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p. 198.

comunidade faria, mas precisamente como um observador externo. Buscar o contrário faz com que se caia em uma “armadilha descritiva”, que leva a ignorar a diferença entre o direito nos livros e o real e, assim, a legitimar a ordem vigente, ainda que o estudioso não compreenda seus problemas<sup>54</sup>.

O comparatista não deve buscar igualdade. Não deve buscar limpar as normas de seu conteúdo filosófico, ideológico e moral e considerar apenas os problemas e as soluções concretas. Fazer isso leva à perda de uma ótima oportunidade para criar um senso crítico e depurar as compreensões sobre o próprio sistema e os sistemas estrangeiros. A comparação permite olhar ao próprio sistema interno e ao estrangeiro com certo estranhamento. Isso possibilita enxergar opções que nem sequer compõem a consciência nacional, pensar o que seria “impensável”<sup>55</sup>.

Dessa forma, o principal trabalho da comparação é lançar luz sobre os pontos internos de resistência à mudança, os julgamentos implícitos de como as coisas devem ser feitas e a forma como nossa identidade está ligada às nossas práticas. Por meio do trabalho comparado, podemos nos tornar conscientes das nossas concepções filosóficas e linguísticas e perceber a contingência histórica de nosso atual estágio jurídico. Conhecendo os pontos de resistência e compreendendo que as coisas poderiam ser diferentes, os comparatistas abrem as portas à mudança. Por isso, é uma área de estudo com grande potencial subversivo<sup>56</sup>.

Por sua vez, Frankenberg aponta que o estudo comparado deve buscar superar a mentalidade hegemônica, compreender o *outro* com empatia, a partir da narrativa que ele mesmo conta, tentando abarcar a sua complexidade e, assim, enriquecer o conhecimento acerca das experiências jurídicas internacionais<sup>57</sup>.

Vê-se, então, que os autores anglófonos estudados tendem a uma visão mais cultural e menos sistematizadora, com menor pretensão científica – embora Hirschl penda ao oposto. De seu lado, os autores latinos têm firme crença na capacidade sistematizadora e classificatória da comparação constitucional, a partir da qual seria possível construir efetivo conhecimento e compreensão dos institutos a um nível universal.

Mas qual o método sugerido pelos autores para que esses objetivos sejam alcançados? É disso que trataremos a seguir.

---

<sup>54</sup> FLETCHER, George. Comparative Law as a Subversive Discipline. The American Journal of Comparative Law, v. 46, n. 4, 1998, p. 691-692.

<sup>55</sup> Op cit, p. 694-695.

<sup>56</sup> FLETCHER, 1998, p. 696-700.

<sup>57</sup> FRANKENBERG, 2013, passim.

### 2.3. Metodologias

José Afonso da Silva apresenta uma discussão largamente restrita aos autores latinos: direito comparado é método ou ciência? O autor cita inicialmente a opinião de Pontes de Miranda, para quem é um método para compreender melhor o próprio sistema a partir das semelhanças e diferenças com os outros, bem como das experiências alheias resolvendo problemas parecidos. Outros tantos entendem que é ciência. Para alguns, tem por objeto a busca por descobrir as leis naturais e universais da humanidade civilizada. Para outros, descrever os vários direitos, destacar as qualidades de cada um e traçar a evolução das legislações<sup>58</sup>.

Dantas defende enfaticamente a cientificidade do estudo. Segundo ele, o caráter científico se verifica quando um campo de estudo se diferencia dos demais, propondo-se finalidades cognoscitivas autônomas e formulando um ou vários métodos próprios para analisá-las<sup>59</sup>. Dessa forma, “quem diz que comparação é método tem uma visão limitada do método da comparação (porque não observa que se podem usar mais métodos para comparar, e que não existe método puro de comparar”<sup>60</sup>.

Maia e Jacintho narram que aqueles que acreditam em seu caráter puramente metodológico – como René David e Gutteridge – postulam que a área não possui um objeto específico, como outras ciências ou campos do direito. De seu lado, quem defende seu *status* de ciência – como Marc Ancel e Caio Mário – afirma que é um campo com objetivos próprios, que busca resultados específicos a partir da análise sistemática de seus objetos. Porém, na prática, nenhum dos lados ainda conseguiu convencer, e a discussão continua viva. Nesse passo, um grande grupo de estudiosos considera a discussão estéril e sem efeitos práticos. De fato, ela não é tão importante e não impede a continuidade dos estudos comparados<sup>61</sup>.

Admitindo-se o caráter autônomo do direito constitucional comparado – sem adentrar no mérito quanto à *cientificidade* – é amplamente reconhecido que os estudiosos da área não vêm tendo sucesso em formular e utilizar metodologias de pesquisa de maneira adequada.

Assim, Hirschl aponta que a doutrina não vem dando atenção mínima a aspectos básicos de metodologia, como critérios para seleção de casos e “design” metodológico. Por isso, os trabalhos de modo geral não são capazes de contribuir de maneira relevante para o avanço do

---

<sup>58</sup> SILVA, 2009, p. 32-34

<sup>59</sup> DANTAS, 2006, p. 93.

<sup>60</sup> Op cit, p. 95.

<sup>61</sup> MAIA; JACINTHO, p. 2018, p. 62-64.

conhecimento, pois não conseguem traçar relações causais a partir de variáveis relevantes, muito menos formular hipóteses falseáveis aptas a construir verdadeiras teorias científicas<sup>62</sup>.

Vergottini ressalta que o caráter assistemático dos estudos na área pode ser explicado pela ampla prevalência nas pesquisas de ordenamentos jurídicos que fazem parte da mesma família – o constitucionalismo liberal europeu. Esse fato cria a percepção de que os conceitos são facilmente intercambiáveis entre as ordens e leva ao descuido quanto ao método. Contudo, essa prevalência começou a ser alterada no século passado com a ascensão da URSS e vem sendo cada vez mais soçobrada pelo crescimento do movimento decolonialista<sup>63</sup>.

Seguindo uma linha um pouco diversa, Günter Frankenberg afirma que os estudos comparados vêm adotando metodologias confusas ou inexistentes, concebendo falsas generalizações a partir de análises superficiais de “meia dúzia” de países supostamente democráticos, liberais e estáveis, sem conferir respeito aos ordenamentos não europeus e norte-americanos. Nesse contexto, a maioria das discussões acerca de método parte do pressuposto ingênuo de que ele é neutro. Ignora-se que toda escolha metodológica é carregada de ideologia<sup>64</sup>.

Por conseguinte, os comparatistas do norte global costumam adotar uma postura anglo-eurocêntrica e tomar o cenário e o constitucionalismo liberal-democrático europeu e norte americano como filtro interpretativo e paradigma para todas as outras sociedades. Parte-se de um conceito unitário de constituição e de direito constitucional comparado. Dessa forma, a representação constitucional do *outro* é normativa desde o princípio. O *outro* pode ser exótico, interessante, diferente, mas nunca receberá a mesma dignidade e nunca será posto no mesmo nível do modelo tido como padrão<sup>65</sup>.

Quanto a esse ponto, Emílio Peluso Meyer destaca que, no Brasil, a carência de rigor metodológico é agravada pela desconsideração dos países do sul global. Segundo o autor, os pesquisadores tendem a focar seus estudos em comparações com jurisdições anglo-europeias, e não se voltam a ordenamentos com muito mais características em comum com a ordem nacional. Para ele, esse movimento epistemológico representa a fase mais recente do imperialismo, em que as categorias constitucionais hegemônicas se impõem por meio da

---

<sup>62</sup> HIRSCHL, 2006, p. 39-40.

<sup>63</sup> VERGOTTINI, 2014, 3-4.

<sup>64</sup> FRANKENBERG, Günter. Comparing constitutions: theory and method. In: FRANKENBERG, Günter. Comparative constitutional studies: between magic and deceit. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2018, p. 67.

<sup>65</sup> FRANKENBERG, 2018, p. 82.

exportação de institutos permeados ideologicamente como os únicos representativos do verdadeiro constitucionalismo<sup>66</sup>.

Para Maia e Jacintho, além dessa questão, o desenvolvimento do direito comparado no Brasil enfrenta três grandes desafios. O primeiro é a carência metodológica, cuja evolução não tem acompanhado o restante das ciências humanas. Isso ocorre sobretudo pelo isolamento dos pesquisadores e por uma confusão improdutivo entre a prática profissional e a pesquisa acadêmica. O segundo é a falta de preparo dos pesquisadores para esses estudos, pela falta de cursos sobre o tema nas universidades, o que leva à frequente confusão entre direito comparado e estrangeiro. O terceiro é a barreira linguística, que apenas aprofunda a falta de acesso às informações e instruções necessárias à prática prolífica da comparação<sup>67</sup>.

No tocante ao desenvolvimento da temática nas universidades brasileiras, pode-se sustentar que temos avanços progressivos, embora os estudos ainda sejam relativamente incipientes. Isso foi constatado em pesquisa empírica promovida pelos membros do Centro de Estudos Constitucionais Comparados da Universidade de Brasília. No universo pesquisado, a maioria das instituições afirmou ter alguma iniciativa em direito constitucional comparado, seja em matérias, grupos de pesquisa ou eventos acadêmicos. Ainda, a maioria dos pesquisadores analisados igualmente já teve ao menos alguma atuação na área<sup>68</sup>.

Michelle Carducci sustenta que a linguagem constitucional já se descolou da sua origem liberal-democrática e ocidental. Com a ascensão de outras potências econômicas e jurídicas, como os BRICS, alcança-se um estágio pós-ocidental do direito constitucional, em que esses países passam a atuar também como centros de produção e exportação de conhecimento e institutos jurídicos<sup>69</sup>.

Nesse contexto, Pegoraro e Rinella destacam que a expansão geopolítica do constitucionalismo é muitas vezes apenas epidérmica, e a grosseria da conquista com frequência leva a um enquadramento doutrinário muito simplista dos fenômenos, nivelado em termos ocidentais. De fato, as definições sobre o que caracteriza o constitucionalismo se dão de cima

---

<sup>66</sup> MEYER, Emílio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, n. 2., v. 6., Curitiba. 2019, p. 2-3.

<sup>67</sup> MAIA; JACINTHO, 2018, p. 65-67.

<sup>68</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden et al. O estudo do Direito Constitucional Comparado no Brasil: mapeamento das iniciativas e perspectivas de desenvolvimento da área. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 11, n. 1, 2024, p. 1-36.

<sup>69</sup> CARDUCCI, Michele. A realidade dos países BRICS e o papel do Direito Constitucional Comparado. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, 2012, p. 212.

para baixo, e não de maneira empírica. Partem-se de categorias eminentemente ocidentais e aplicam-nas arbitrariamente aos casos<sup>70</sup>.

De acordo com os autores, porém, a adoção de uma metodologia adequada pode mitigar esse problema. É importante tomar os cuidados para não partir de uma posição axiológica apriorística, que esconda os juízos de valor por trás dos conceitos, inclusive aqueles como “democracia”, “constituição” e “direito”. Ao contrário, uma sistematização legítima do estudo comparado só será possível se esses aspectos forem revelados e esclarecidos. A opção pela categorização não científica conduz ao “choque de civilizações”, não pela análise científica, mas pela ausência de uma metodologia adequada, consciente ou inconscientemente. Tais operações endossam aqueles que buscam exportar valores e criar estruturas insensíveis às histórias, culturas, sociedades e civilizações<sup>71</sup>.

Nesse passo, Simone Glanert alerta para o fato de que nenhum método é neutro. Toda escolha de pesquisa científica, toda metodologia – por mais “purista” que seja – reflete opções e objetivos ideológicos. Segundo ela, a fixação por um método pode, em verdade, ser um obstáculo para uma pesquisa que busque efetivamente compreender o *outro*, tanto quanto possível, sem lhe impor conceitos normativos, sem desconsiderar a sua individualidade e complexidade única<sup>72</sup>.

Expondo a crítica de Glanert, Prigol e Melek destacam que o método não é interdisciplinar, na medida em que cada disciplina tem seus vários métodos, que não podem ser transferidos adequadamente a outras. Não é realista esperar que o direito adote um método padronizado e que não dependa de uma aplicação ativa pelo estudioso. Ainda, não é absoluto. Não existe um melhor método, sobretudo no campo do direito, em que as respostas não são exatas nem finais. A metodologia mais adequada será aquela que permite ao pesquisador argumentar da melhor maneira com relação aos seus objetivos de pesquisa. Ademais, não é objetivo, uma vez que é, necessariamente, “produto da criação de um indivíduo em particular, que está situado em um tempo e em um espaço delimitado, e que cria o método com base em suas experiências prévias”. Por fim, é sempre especulativo, porque é uma representação da realidade efetivada por um sujeito situado no tempo e no espaço, cujo discurso não pode ser uma descrição fiel da realidade, mas somente uma exposição a partir de seus próprios filtros de compreensão<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 28.

<sup>71</sup> Op cit. p. 27.

<sup>72</sup> GLANERT, Simone. Method? In: MONATERI, Pier Giuseppe (ed.). *Methods of Comparative Law*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2012. p. 61-81. Passim.

<sup>73</sup> PRIGOL; MELEK, 2022, p. 272-273.

Nesse contexto, ainda que se possa discutir acerca das metodologias para realização de pesquisas comparadas, não é adequado buscar uma unificação metodológica, tampouco procurar o melhor método. Isso porque todos eles serão subjetivos, permeados pela realidade daqueles que o utilizam, de modo que nenhum será capaz de garantir plena cientificidade ao estudo. Igualmente, nenhum método propiciará uma compreensão plena do direito estrangeiro, pois esta sempre dependerá das preconcepções do pesquisador e algo sempre restará encoberto pela incomensurabilidade da linguagem e das diferenças socioculturais<sup>74</sup>.

Expostas algumas das questões existenciais acerca da comparação constitucional, e compreendida a complexidade que o tema suscita, partamos às propostas práticas de como operacionalizar um trabalho comparativo metodologicamente adequado.

Vergottini afirma que a comparação só tem razão de ser quando viabilizar a formulação de juízos críticos acerca do instituto analisado (*comparandum*) em vista do instituto com o qual ele se confronta (*comparatum*). Ambos devem se reportar a um conceito abstrato, que se retira da análise sistemática das diversas ordens jurídicas e serve de parâmetro para as comparações, o *tertium comparationis*<sup>75</sup>. Este pode ser alcançado sobretudo a partir da compreensão da função de cada instituto, independentemente de sua conceituação na ordem jurídica<sup>76</sup>. É, então, uma visão funcionalista, o que será abordado mais adiante.

Pegoraro e Rinella esclarecem que o *tertium comparationis* é um modelo ideal abstrato, o qual vem praticamente pressuposto na maioria dos trabalhos e na própria compreensão do instituto. Como exemplo, ilustram que, ao comparar um Ford com uma Ferrari, tomamos como *tertium comparationis* o conceito de “carro”<sup>77</sup>.

Isso posto, nem tudo é igualmente comparável. Antes de passar ao trabalho de comparação, é necessário estabelecer a comparabilidade entre as ordens jurídicas estudadas. De modo geral, antes de uma microcomparação, é preciso ao menos uma breve macrocomparação, para estabelecer a comparabilidade, isto é, se os objetos são ou não comparáveis em virtude de raízes, funções e estruturas comuns. Sendo comuns, a comparação terá por objeto mais demonstrar diferenças do que analogias. Se as raízes forem diferentes, poderá se voltar mais à demonstração de similaridades<sup>78</sup>.

De seu lado, Agesta ressalta que, quanto mais se volta aos modelos teóricos e aos tipos abstratos, mais se afasta da realidade histórica e se sacrificam as individualidades. Quanto mais

---

<sup>74</sup> Op cit, p. 274-275.

<sup>75</sup> VERGOTTINI, 2014, p. 90-91.

<sup>76</sup> Op cit. p. 94.

<sup>77</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 26.

<sup>78</sup> Op cit.

se volta às circunstâncias e possibilidades históricas, mais se aproxima disso. Tendo isso em vista, para a construção do conhecimento científico, ambas as análises são importantes e têm o seu lugar<sup>79</sup>.

Para dar conta dessa complexidade, José Afonso da Silva propõe que se observe a “regra dos três Cs”: conhecer, compreender e comparar. Conhecer significa isolar o objeto de seu sistema e, em seguida, analisá-lo em todo o seu contexto. Para isso, deve-se adotar cinco cautelas. A norma deve ser examinada tal como ela é, com base nas fontes originais, conforme todos os aspectos que a influenciam – inclusive a prática –, em vista da hierarquia normativa local e partir do método interpretativo utilizado no sistema local. Ou seja, deve-se analisar a norma como um jurista local<sup>80</sup>. Compreender é “descer à realidade”: verificar como a norma é aplicada na prática, o que significa em seu contexto social, econômico e político. Comparar deve envolver tudo isso, e não fazer nenhuma conclusão até chegar ao fim dessa análise<sup>81</sup>.

De modo similar, Agesta entende que o estudo comparado deve ter em vista a história do povo analisado, os princípios e bases ideológicas em que se apoiam as instituições, as próprias instituições, o direito constitucional positivo e seus usos, as estruturas, forças sociais e os processos políticos por meio dos quais se fazem as decisões. Na sua visão, é possível e legítimo estudar cada um desses aspectos separadamente, desde que se tenha consciência de que não será possível traçar uma imagem completa e verdadeira da ordem analisada<sup>82</sup>.

Com mais detalhe, Dantas destaca que a comparação deve ir muito além da norma posta, devendo-se fazer um estudo do quadro geral em que ela se encontra, com especial atenção à jurisprudência e à doutrina. Somente tendo em conta ao menos essas duas outras fontes, os estudiosos poderão compreender o direito real, efetivamente aplicado no dia a dia nos tribunais<sup>83</sup>. Assim, a pesquisa deve, em regra, começar pelo texto legal. No entanto, por vezes o pesquisador verificará que, embora a lei esteja escrita e aparentemente vigente, não tem aplicação prática ou é aplicada de modo substancialmente diverso, ou seja, não possui eficácia concreta<sup>84</sup>.

Nesse ponto, Jackson enfatiza a necessidade de se estudar e compreender ao menos com alguma profundidade a história e as estruturas jurídicas, políticas, sociais e econômicas do

---

<sup>79</sup> AGESTA, 1980, p. 23-24.

<sup>80</sup> SILVA, 2009, 42-43. A possibilidade de analisar a norma como um jurista local é altamente debatida. Cf. LEGRAND. Pierre. HACHEM, Daniel Wunder (trad.). Como Ler o Direito Estrangeiro? São Paulo: Contracorrente, 2018.

<sup>81</sup> SILVA, 2009, p. 44-45.

<sup>82</sup> AGESTA, 1980, p. 38-39.

<sup>83</sup> DANTAS, 2006, p. 66-67.

<sup>84</sup> DANTAS, 2006, p. 264.

contexto nacional no qual o direito analisado está inserido. Segundo a autora, o comparatista que não se atenha a essas nuances correrá o risco de chegar a conclusões reducionistas ou simplesmente errôneas<sup>85</sup>.

Para compreender melhor as questões envolvidas nas análises, Pegoraro e Rinella propõem a adoção da teoria dos formantes de Rodolfo Sacco. Segundo essa formulação, o direito é composto por inúmeros objetos que determinam o seu conteúdo, significado e aplicação prática – como a lei, jurisprudência e doutrina, mas também os costumes, a cultura, as ideologias<sup>86</sup>.

Essa concepção visa a um escape da noção monolítica de direito, segundo a qual a lei, a jurisprudência e a doutrina refletem uma única norma. No âmbito interno, isso pode até ser visto assim, descartando-se as interpretações equivocadas. Para o comparatista, não, pois não domina a cultura estrangeira o suficiente para fazer esse descarte. Assim, esse estudioso deve considerar os formantes ativos ou dinâmicos, que geram uma norma autoritativa – no caso ocidental atual, as leis – e outros formantes explícitos ou não (criptotipos), que envolvem, entre muitos outros, doutrina, jurisprudência, cultura e política<sup>87</sup>.

Nesse contexto, o direito constitucional comparado é peculiar, uma vez que as constituições não são simples leis formuladas com base em noções de eficiência e eficácia, mas formas pelas quais se decide acerca dos aspectos mais fundamentais de uma sociedade. Elas são o meio pela qual, em larga medida, os povos expressam suas identidades. São normas que disciplinam o fato político. Por isso, deve-se ter especial atenção quanto ao “direito vivente”, e não apenas ao “direito vigente”<sup>88</sup>.

Dessa forma, os formantes interagem simultânea e reciprocamente entre si, em um modelo de circulação, no qual o direito escrito costuma influenciar os demais, mas também ser por eles influenciado. Nessa relação, pode haver uma dissociação entre formantes, ou seja, a interação da lei escrita não converge com os demais, o que resulta na sua não aplicação – ou aplicação em sentido contrário ao que se esperaria em uma primeira análise<sup>89</sup>. Para o direito constitucional comparado, essa dissociação tem importância especial, tendo em vista que os

---

<sup>85</sup> JACKSON, Vicki. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 70-72.

<sup>86</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 18-19.

<sup>87</sup> Op cit. p. 18-21.

<sup>88</sup> Op cit. p. 21-22.

<sup>89</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 22.

processos políticos frequentemente fazem com que as normas escritas na constituição tenham aplicação diversa ou deixem de ser aplicadas<sup>90</sup>.

Tensionando a complexidade do tecido sociocultural no qual os direitos estão envolvidos, Pierre Legrand afirma ser impossível, em definitivo, entender a legislação estrangeira. Conforme o autor, seguindo o pensamento desconstrutivista de Derrida, todas as locuções estão cheias de “fantasmas” e subtextos somente acessíveis aos membros da sua cultura de origem. Logo, um brasileiro, por mais que conheça bem o contexto francês, jamais interpretará um dispositivo da *Constitution Française* como um nacional. Sempre – e invariavelmente – o fará como brasileiro<sup>91</sup>.

De modo menos definitivo, Pegoraro e Rinella apontam que a maior dificuldade para o comparatista é penetrar na mentalidade dos sujeitos que utilizam o direito a ser comparado, na medida em que é construída e permeada por aspectos culturais, ideológicos, históricos e até filosóficos da sociedade na qual vige<sup>92</sup>. Retomando o conceito dos formantes, a mentalidade nacional é composta por diversos “criptotipos”: formantes essenciais para a compreensão e construção das normas jurídicas, mas não enunciados em qualquer instância. Esses aspectos costumam ter relevância enorme, já que são tidos como óbvios, pressupostos pela cultura local, dispensando enunciação. De modo geral, é mais fácil que o jurista local se desvincilhe das normas escritas do que desse “direito mudo”<sup>93</sup>.

Mais próximo de Legrand, Frankenberg entende que a teoria dos formantes não dá conta da verdadeira complexidade do fenômeno jurídico. Segundo o autor, a doutrina de Sacco postula que as normas são construídas a partir de fatos objetivos. Os formantes são como tijolos que formam o direito. Porém, essa visão desconsidera que os fatos jurídicos são normativos desde o início. Ou seja, cada aspecto que compõe a norma jurídica não existe de forma objetiva como um objeto físico, mas é construído por um processo cultural complexo. Dessa maneira, os comparatistas devem compreender que não são simples caçadores de fatos, mas intérpretes de fenômenos e artefatos culturais<sup>94</sup>.

Dando ainda um passo adiante, Legrand e Glanert sustentam que o próprio idioma representa uma barreira intransponível. Assim como as normas carregam os traços e fantasmas de Derrida de modo inexpugnável e inacessível de forma objetiva pelo intérprete estrangeiro, o

---

<sup>90</sup> Op cit. p. 23.

<sup>91</sup> LEGRAND, 2018, passim.

<sup>92</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 16.

<sup>93</sup> Op cit. p. 23. Para uma compreensão mais aprofundada, na origem, cf. GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi giuridici comparati*. Ed. 4. Turim: Utet giuridica, 2018.

<sup>94</sup> FRANKENBERG, 2018, p. 73-74.

idioma jamais será compreendido por esse estudioso da mesma forma como os falantes nativos o entendem<sup>95</sup>.

Nessa concepção, Legrand defende que a tradução necessariamente carrega juízos normativos do tradutor – o qual carrega seus próprios fantasmas e mentalidades para o texto, criando um “segundo original”. De acordo com o autor, isso simplesmente não pode ser evitado nem contornado. Pode-se tentar chegar o mais perto possível do significado original, mas o *outro* sempre manterá sua subjetividade inacessível e intangível – o que não impede o seu estudo a partir dessa visão empática<sup>96</sup>.

Para Sacco, realmente há muitas palavras que não comportam tradução, então o importante é definir se outras sim. O fato é que a própria linguagem não pode ser interpretada de maneira unívoca, e toda expressão linguística é imbuída de polissemia, mesmo entre os falantes de um mesmo idioma. A tradução de conceitos jurídicos, nesse passo, é trabalho para juristas, na medida em que signos relacionados em termos linguísticos nem sempre correspondem quanto à norma jurídica à qual se referem em seus ordenamentos. Ainda, algumas palavras carregam aspectos ideológicos e valorativos – como *savings* e *capitalisation* para descrever poupanças em inglês e francês, uma positiva e outra negativa<sup>97</sup>.

Por conseguinte, a tradução impõe uma análise do próprio direito por trás da linguagem utilizada para descrevê-lo. Traçando um paralelo com as ciências biológicas, é como se os juristas nacionais estudassem o fenótipo de seus ordenamentos – a forma pela qual eles se expressam na prática. Enquanto isso, os comparatistas devem estudar o genótipo – os fatores subjacentes que produzem os efeitos externos a partir de processos de significação e atuação<sup>98</sup>.

Leal e Jordão sustentam que o problema das traduções não se confunde com a vagueza da linguagem utilizada no direito em geral. Trata-se, aqui, da possibilidade de transpor os signos de um ordenamento ao outro, sem que deixem de se referir às mesmas ideias. Nesse processo, podem ocorrer quatro principais problemas. A tradução pode ser simplesmente errada; a escolha pela tradução literal pode ser a opção inadequada em vista do significado dos institutos em suas origens; ainda que a tradução literal seja correta, pode não representar integralmente o mesmo conteúdo expresso no idioma de origem; e pode não haver uma palavra adequada para tradução no idioma receptor, o que obriga o tradutor a usar o termo original, criar um neologismo ou

---

<sup>95</sup> GLANERT, Simone. LEGRAND, Pierre. *Foreign Law in Translation: if truth be told... Law and Language – Current Legal Issues*, V. 15, Oxford: Oxford University Press, 2013. Passim.

<sup>96</sup> LEGRAND, Pierre. *Mind the gap! Translation of Foreign Law Is Not What You Think*. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 3, Curitiba, p. 601-654, 2021. Passim.

<sup>97</sup> SACCO, 1991-A, p. 12-13.

<sup>98</sup> Op cit, p. 17-18.

utilizar uma palavra imprecisa, precavendo o leitor sobre isso. Em seu artigo, os autores dão diversos exemplos dos efeitos práticos desses problemas e como eles podem afetar a compreensão das teorias e institutos estrangeiros<sup>99</sup>.

Nesse contexto, a tradução possui carga altamente interpretativa. Traduzir é interpretar, reformular o conteúdo e o significado de um texto, buscando manter o seu sentido original. Tendo isso em vista, é importante formular métodos para que essa interpretação ocorra com alguma confiabilidade, embora exista sempre uma carga subjetiva<sup>100</sup>. A maior dificuldade não está nas questões linguísticas em si, mas na compreensão do significado da palavra em seu ordenamento de origem. Ou seja, o maior requisito para alcançar traduções mais adequadas – ou apenas menos inadequadas – é conhecer o direito estrangeiro, e não necessariamente conhecer a linguística. Para os autores, então, a abordagem funcionalista, que será abordada no próximo tópico, é a que melhor permite essa transposição, uma vez que possibilita encarar os institutos pela função que cumprem e pela maneira como surtem efeitos nos seus contextos, em vez de pela literalidade de seus nomes<sup>101</sup>.

Como, então, navegar essas águas vastas e profundas? Como o comparatista pode conduzir pesquisas relevantes em meio à tamanha complexidade? Os autores propõem diferentes respostas. Passemos a elas.

#### **2.4. O método entre pretensão de cientificidade e culturalismo: abordagens práticas e (quase) filosóficas**

Hirschl parte da definição de King, Keohane e Verba de que as ciências devem buscar fazer inferências de causa e efeito que possam ser aplicadas para além dos casos concretos observados<sup>102</sup>. Dessa maneira, defende que o comparatista deve definir as variáveis relevantes e, em vista delas, promover análises nas quais possa observar e demonstrar as relações que permitam fazer tais inferências causais, *explicar* efetivamente os fenômenos – como já vem sendo feito pelas ciências sociais<sup>103</sup>.

Para tanto, o pesquisador deve formular “hipóteses testáveis, modelos ou argumentos relativos a possíveis relações causais entre variáveis bem definidas” e “confirmar ou descartar essas hipóteses, modelos ou argumentos por meio de uma forma pertinente de pesquisa, coleção

---

<sup>99</sup> LEAL, Fernando; JORDÃO, Eduardo. Quando a Tradução Também Importa: Problemas Linguísticos de Direito Comparado. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 8, n. 29, Porto Alegre, out-dez/2014, p. 86-104.

<sup>100</sup> Op cit, p. 100-101.

<sup>101</sup> Op cit, p. 101-102.

<sup>102</sup> HIRSCHL, 2006, p. 46.

<sup>103</sup> Op cit. p. 46-47.

e análise de dados”, para por fim gerar “conclusões que são provavelmente verdadeiras, baseadas majoritariamente em inferências indutivas”. É por não se ater a esses critérios que os pesquisadores na área não vêm conseguindo fazer avanços relevantes no conhecimento<sup>104</sup>.

Com Hirschl, Meyer enfatiza que as ciências sociais vêm fazendo grandes progressos na construção efetiva de conhecimento, justamente por utilizar essa metodologia mais rigorosa. O direito, porém, costuma se prender nos métodos clássicos, dogmáticos, e por essa razão vem tendo dificuldade em construir teorias sólidas<sup>105</sup>. Para essa finalidade, Hirschl propõe cinco modalidades de análises sistemáticas de casos, nas quais se podem confrontar as variáveis escolhidas de forma adequada e construtiva: casos mais parecidos, mais diferentes, casos prototípicos, casos mais difíceis e casos mais favoráveis<sup>106</sup>.

No modelo de casos mais parecidos, o pesquisador deve buscar casos semelhantes com relação a todas as variáveis não centrais para o estudo, a fim de isolar aquelas a serem analisadas, que diferem em cada caso. Assim, como todo o resto é mantido constante, pode-se observar o poder explicativo que cada variável possui para o resultado<sup>107</sup>. Para os casos mais diferentes, tem-se o procedimento inverso. Buscam-se situações diferentes com relação a todos os aspectos não centrais ao estudo, mas com as variáveis em foco constantes<sup>108</sup>.

A análise de um caso prototípico procura aquele com o maior número de características iguais à maioria dos outros, cuja compreensão pode ser estendida aos demais sem grandes distorções. Assim, esse caso específico será estudado com grande profundidade, e as conclusões a seu respeito serão aplicáveis para os demais que se encaixem em suas características. Por exemplo, tomar a Inglaterra como protótipo de *common law* ou a França, de *civil law*<sup>109</sup>.

Por fim, no modelo de caso mais difícil, o propósito é levar a teoria *ad absurdum*, para verificar se ela se prova correta mesmo no caso em que é mais provável que não seja. Isto é, demonstrar que as variáveis se relacionam igualmente mesmo nas hipóteses em que isso parece menos provável. Caso isso se comprove, a hipótese será muito fortalecida. Como oposto, pode-se submeter a hipótese a um caso mais favorável – situação em que, caso a relação não esteja presente, a teoria se enfraquece muito<sup>110</sup>.

---

<sup>104</sup> Op cit. p. 47. Traduções livres.

<sup>105</sup> MEYER, 2019, p. 7.

<sup>106</sup> HIRSCHL, 2006 p. 47.

<sup>107</sup> Op cit. p. 48.

<sup>108</sup> HIRSCHL, 2006, p. 50-51.

<sup>109</sup> Op cit. p. 54.

<sup>110</sup> Op cit. p. 56.

Essas ferramentas, possivelmente, respondem à demanda de Vergottini, que igualmente sustenta a necessidade de se encontrarem formas de analisar variáveis relevantes de maneira a conseguir chegar a conclusões elucidativas acerca das relações entre as normas, de seus efeitos e suas classificações<sup>111</sup>.

Indo adiante, Tushnet elenca diferentes sistemas de pensamento metodológico, dentro de cujos paradigmas a pesquisa pode ser realizada. Segundo ele, esses sistemas são o universalismo normativo, o funcionalismo e o contextualismo, que pode “evoluir” para expressivismo<sup>112</sup>.

Segundo o autor, os universalistas normativos costumam ser influenciados pela teoria política e normalmente vêm do direito internacional. Entendem que todo constitucionalismo possui certas características universais. Assim, analisar a forma como diversas constituições concretizam certos institutos e resolvem certos problemas ajuda a melhorar e compreender melhor o doméstico<sup>113</sup>.

A título de exemplo, um trabalho com viés universalista poderia conceber que todos os países democráticos garantem, em diferentes medidas, a liberdade de expressão. A partir disso, poderia analisar quais são os instrumentos que inserem esse direito em cada ordenamento jurídico, bem como quais as normas que permitem sua limitação, como isso é feito, quais são os casos relevantes, entre outros<sup>114</sup>.

De acordo com Prigol e Melek, os universalistas buscam enriquecer a compreensão sobre os institutos, expondo as diversas concepções formuladas por eles nas diferentes ordens jurídicas que os contêm. Entretanto, isso impõe um olhar excessivamente positivista, limitado às leis, doutrina e jurisprudência. Essa análise deveria ser apenas o início de uma pesquisa comparada, a qual deve ir adiante, para compreender como as normas são efetivamente aplicadas, por que elas foram criadas e estão ali e qual é a sua relação com a sociedade em que vigem. A análise “purista” pressupõe que o pesquisador faça escolhas quanto ao que será abordado e o que será deixado de lado, o que impossibilita a objetividade e permeia o trabalho das concepções contextuais do intérprete<sup>115</sup>.

Por sua vez, funcionalistas acreditam que todas as nações têm que lidar com os mesmos problemas essenciais, e comparam a solução adotada por cada ordenamento para verificar quais

---

<sup>111</sup> VERGOTTINI, 2014, p. 94-95.

<sup>112</sup> TUSHNET, Mark. Some reflections on method in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). The migration of constitutional ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 67-83. Passim.

<sup>113</sup> Op cit, p. 68-69.

<sup>114</sup> Op cit, p. 69. O autor dá exemplo similar.

<sup>115</sup> PRIGOL; MELEK, 2022, p. 268.

são as melhores e quais as piores. A partir disso, buscam descobrir as melhores práticas e os *standards* constitucionais<sup>116</sup>. Esse é o modelo apoiado, por exemplo, por Vergottini, de acordo com quem as classificações podem levar a equívocos quanto à materialidade de cada instituto, na medida em que normas classificadas da mesma forma podem se prestar a objetivos diversos, bem como o oposto pode ser verdade. Dessa maneira, é necessário dar atenção à função cumprida pelo instituto no âmbito local, para determinar o seu significado, ou seja, posicioná-lo corretamente sob o *tertium comparationis* correspondente<sup>117</sup>.

Um estudo funcionalista se daria de forma um pouco diferente de um universalista. Por exemplo, caso desejasse analisar normas com a função de aprimorar o processo legislativo, poderia questionar se a implementação de um sistema bicameral conduz à adoção de leis de maior qualidade e incentiva a participação popular ou, ao contrário, se torna o procedimento muito moroso e dificulta o acompanhamento pelo povo<sup>118</sup>.

O funcionalismo sofre crítica similares às contra o universalismo, acrescidas de que os mesmos institutos podem ter efeitos muito diversos quando inseridos em diferentes ordenamentos jurídicos, o que inviabiliza a generalização de soluções para problemas de um sistema para outro. Dessa forma, a análise funcionalista será sempre obrigada a escolher quais variáveis considerará para chegar às suas conclusões, mas não há maneira correta e objetiva de se escolher quais delas excluir da análise, quais terão pouca relevância para o resultado final. Logo, mesmo que seja possível aprender algo de análises pontuais, estas não poderão ser generalizadas para o contexto geral<sup>119</sup>.

Em resposta às principais críticas, Robl Filho e Correia defendem que o funcionalismo pode sim ser utilizado como um método adequado para a comparação constitucional, como vem sendo feito majoritariamente no direito privado. Contudo, é possível adicionar complexidade a ele. Até o momento, os funcionalistas pressupõem que todos os institutos atuam de modo funcional, isto é, que os institutos cumprem suas funções como deveriam. É preciso ir além dessa visão simplista e implementar as observações de Robert Merton, para quem os atores podem funcionar de modo funcional, disfuncional ou não funcional<sup>120</sup>.

De acordo com Merton, as instituições podem ter funções manifestas ou latentes, ou ainda ser disfuncionais. Manifestas são as funções pretendidas e esperadas, que são normalmente atribuídas ao instituto. Latentes são as inesperadas e não intencionais, mas que

---

<sup>116</sup> Op cit. p. 72-73.

<sup>117</sup> VERGOTTINI, 2014, p. 89-91.

<sup>118</sup> Exemplo *similar* é dado em TUSHNET, 2006, p. 73.

<sup>119</sup> PRIGOL; MELEK, 2022, p. 270.

<sup>120</sup> ROBL FILHO; CORREIA, 2022, p. 101.

ainda assim têm efeitos positivos na sociedade. Por vezes, é difícil reconhecer que a causa desses efeitos é a instituição, justamente por não se esperar que ela tenha essas consequências. Por sua vez, disfuncionais são os entes que causam efeitos inesperados e negativos, contrários às próprias intenções e desagregador em um campo a princípio não relacionado com a sua criação<sup>121</sup>.

Considerando esses incrementos para o desenvolvimento do modelo de pesquisa, o funcionalismo permite obter um esclarecimento valioso a respeito de que uma instituição específica é uma solução dada a um problema por uma determinada ordem jurídica, entre várias outras possibilidades, e inserida dentro de um contexto e um complexo social interdependente<sup>122</sup>.

Para Frankenberg, o funcionalismo é um dos grandes problemas do direito constitucional comparado, que mais contribui com a ótica unitária e homogeneizante. Em sua visão, o funcionalista sempre inicia sua análise a partir de um “problema” e uma “solução” já desde o início colocados em termos do direito constitucional ocidental<sup>123</sup>. Para isso, deve partir de uma presunção de semelhança segundo a qual todos os países têm problemas similares, a serem solucionados de formas relativamente parecidas – sempre predefinidas a partir das próprias questões políticas e constitucionais típicas do constitucionalismo liberal<sup>124</sup>.

Frankenberg afirma que funcionalistas buscam uma agenda de igualdade, talvez por medo da diferença, e veem a globalização de forma superficial, desconsiderando as suas complexidades. Assim, podem determinar em quais aspectos *todas* as constituições devem ser iguais, e em quais podem divergir de forma legítima, em vista do cumprimento adequado ou não de suas supostas funções<sup>125</sup>.

Tushnet, então, concede que tanto o universalismo normativo, como o funcionalismo pecam por serem excessivamente abstratos e não darem a devida consideração ao contexto real no qual as normas são inseridas. Para lidar com esse problema, surge o contextualismo, o qual busca dar ênfase ao fato de que as constituições estão profundamente inseridas dentro de contextos culturais, históricos, políticos e sociais, dos quais não se pode descurar, sob pena de chegar a conclusões essencialmente equivocadas acerca das normas observadas<sup>126</sup>.

---

<sup>121</sup> Cf. MERTON, Robert K. *Social Theory and Social Structure*. Ed. 3. Nova Iorque: The Free Press, 1968, p. 104-109.

<sup>122</sup> ROBL FILHO; CORREIA, 2022, p. 102.

<sup>123</sup> FRANKENBERG, 2018, p. 70-71.

<sup>124</sup> Op cit.

<sup>125</sup> Op cit, p. 72.

<sup>126</sup> TUSHNET, 2006, p. 75-76.

Como exemplo *pertinente* de análise contextualista, é possível citar nosso trabalho a respeito da reserva do possível no Brasil e na Alemanha. O conceito “nasceu” neste último país e “migrou” para cá. Na ocasião, analisamos o contexto jurídico de ambos os ordenamentos para sublinhar, principalmente, as diferenças entre o instituto em cada um. Buscou-se descobrir as divergências por baixo da aparência de igualdade, as quais são frutos das peculiaridades contextuais, sociais e jurídicas de cada local em que a ideia principal é implementada<sup>127</sup>.

Dando um passo além dessa visão, o autor expõe ainda um aprofundamento do contextualismo, que chama de expressivismo. Para os expressivistas, as constituições são a maneira pela qual os povos se expressam, expõem sua identidade própria e irreplicável<sup>128</sup>. De acordo com Sabrina Ragone, a identidade constitucional, como proposto pela Corte Constitucional Italiana, pode representar um “contralimite” à atuação internacional ou supranacional, dentro do qual a ordem deixa de ser maleável às influências externas. Apesar de todo o discurso unificador das últimas décadas, os anos recentes têm visto um fortalecimento dessas identidades, inclusive pela atuação de diversos tribunais supremos<sup>129</sup>.

Antes de prosseguir, é importante fazer a ressalva de que o presente trabalho não busca construir uma teoria acerca das identidades e da maneira de formação das normas constitucionais. Não estamos assumindo nenhuma posição nesse sentido, tampouco nos filiando a alguma vertente de filosofia constitucional. Nosso objeto são os diálogos e migrações, e compreendê-los perpassa por analisar as concepções acerca desses temas, sem que exista qualquer pretensão de nos posicionar, aprofundar ou construir uma teoria nova acerca disso.

Sendo assim, para compreender as constituições estrangeiras nesse sentido, Frankenberg explica que o comparatista, em primeiro lugar, deve reconhecer que somente pode acessar o *outro* a partir de sua própria ordem epistemológica. Dessa forma, toda diferença é situada em relação a um ordenamento específico, ou seja, o *estranhamento* se forma no movimento entre o pesquisador e o objeto de estudo. A estranheza não é uma característica inerente dele, mas surge tão somente quando observada pelo estrangeiro, a partir de sua própria ótica. Não ter isso

---

<sup>127</sup> SETTI, Matheus Gomes. Migração de ideias constitucionais: a reserva do possível entre a Alemanha e o Brasil. Monografia em Direito, 73 fls. Universidade Federal do Paraná. 2021. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/72443/MATHEUS-GOMES-SETTI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

<sup>128</sup> TUSHNET, 2006, p. 79.

<sup>129</sup> RAGONE, Sabrina. Constitutional identities and traditions: a conundrum for comparative lawyers. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 11-36, jul./set. 2022, p. 15-18.

em mente pode levar o comparatista a alienar a posição do outro, considerando-o inferior ou assimétrico em relação a si<sup>130</sup>.

Nesse contexto, o autor sugere que a comparação se dê por meio de uma “narrativa em camadas”. Em primeiro lugar, é necessário levar as constituições a sério como textos, no sentido de que expressam algo sobre o seu autor – os conflitos políticos, as ansiedades, as aspirações, a história. Em segundo, esses textos não devem ser vistos como estáticos, mas como planos construtivos, que incorporam visões de mundo, desejos de organização social, projetos de poder, entre outros. Em terceiro, as constituições não devem ser interpretadas como documentos unitários, mas como resultados de processos complexos de transferências e bricolagem – que serão melhor abordadas a seguir. Toda essa interpretação nunca estará acabada, será sempre passível de melhoramento e de maior diálogo, reformulação<sup>131</sup>.

Assim, citando o antropólogo Clifford Geertz, Frankenberg defende que as constituições não devem ser lidas apenas como “a forma como as coisas são”, mas como imaginações da realidade, além de formas de expressão de atitudes práticas para resolução de conflitos e controvérsias. Os comparatistas devem atuar entre linguagens de decisão e imaginação. Devem sempre levar em conta que as constituições refletem uma realidade subjacente de conflitos, anseios, culturas e mentalidades. Isso leva à extinção da divisão de “law in the books” e “law in action”. Existe apenas a lei, que não se abstrai do substrato sociocultural<sup>132</sup>.

Tushnet entende que o desafio posto pelos contextualistas e expressivistas é sério e impõe maior cautela dos comparatistas quando de sua análise. Contudo, afirma que as diferenças entre cada ordenamento jurídico podem não ser tão profundas como defendido por eles, sobretudo tendo em vista que, na prática, os intercâmbios e migrações constitucionais não são incomuns<sup>133</sup>.

Nesse ponto, vale lembrar a afirmação de Agesta de que, quanto mais se volta aos modelos teóricos e aos tipos abstratos, mais se afasta da realidade histórica e se sacrificam as individualidades. Por outro lado, quanto mais se volta às circunstâncias e possibilidades históricas, mais se aproxima disso. A par dessa tensão, a construção do conhecimento científico se beneficia de ambas essas modalidades de pesquisa. Ambas as análises são importantes e têm o seu lugar. Em complemento, Ragone sustenta que as identidades constitucionais são construídas a nível nacional, todavia podem se sobrepor em países das mesmas regiões ou que

---

<sup>130</sup> FRANKENBERG, 2018, p. 77.

<sup>131</sup> Op cit. p. 90.

<sup>132</sup> FRANKENBERG, 2018, p. 90-91.

<sup>133</sup> TUSHNET, 2006, p. 83.

compartilhem de valores subjacentes semelhantes, de modo que não precisam necessariamente ser exclusivas<sup>134</sup>.

Dessa forma, retomando o propósito classificatório e sistematizador compartilhado por todos os autores latinos ora estudados, Pegoraro e Rinella destacam que classificações simplistas são ruins pois descuram das complexidades e especificidades de cada direito, de modo que levam a compreensões superficiais e errôneas. Porém, o foco excessivo nas diferenças impede qualquer classificação, o que obsta a racionalização do conhecimento e impede o avanço dos estudos comparados<sup>135</sup>.

A análise adequada, portanto, deve buscar uma classificação em forma de arco-íris, ou seja, incorporar várias possibilidades – mas não muitas – e reconhecer que existem diversas áreas de transição, na qual não se poderá definir exatamente um modelo. Deve-se reconhecer e manter em mente as complexidades e os riscos de reducionismo e eurocentrismo, sem permitir que isso obste a produtividade do trabalho comparativo<sup>136</sup>.

## **2.5. Cruzando a ponte entre as duas escolas comparatistas**

Ao longo deste capítulo, pudemos observar que a escola latina de Direito Constitucional Comparado e a vinculada à International Society of Public Law parecem compartilhar visões parecidas sobre a maioria dos pontos centrais da matéria. Em especial, ambas consideram necessário dar a devida atenção às complexidades socioculturais, para além dos simples enunciados normativos. Além disso, ambas veem a necessidade de um aprimoramento metodológico para a consolidação do tema.

Quanto à história do direito constitucional comparado, as duas escolas entendem que se consolidou na modernidade e adquiriu relevância crescente a partir de meados do século XX, com a criação da ONU, a ascensão e queda da União Soviética, a descolonização dos países africanos e a redemocratização latino-americana. Ambas sustentam que o estudo vem sendo impulsionado pela atuação das organizações internacionais, pela importância crescente dos tratados e convenções de direitos humanos, pelos problemas transnacionais, que exigem soluções conjuntas, e pela globalização, fortalecida pela ampliação dos meios de comunicação.

Para os latinos, contudo, um processo de particular importância é a superação do positivismo e a abertura dos estudos jurídicos para fenômenos externos ao direito. Essa

---

<sup>134</sup> RAGONE, 2022, p. 31.

<sup>135</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 45

<sup>136</sup> Op cit.

transição não é tão comentada pelos anglófonos, tendo em vista que a escola positivista não teve influência tão marcada no âmbito da *common law*.

Com relação ao objeto da comparação constitucional, os estudiosos latinos – talvez por influência do próprio positivismo – têm uma fixação maior em definir especificamente o objeto de análise e estabelecer um conceito que o diferencie de campos de pesquisa similares, como o direito estrangeiro. Assim, além dessa diferenciação, busca-se estremar micro de macrocomparação, por exemplo. Nesse contexto, um dos grandes debates entre os latinos é estabelecer se o direito constitucional comparado é ciência ou método – todos os autores aqui estudados entendem que é ciência.

Seguindo a mesma linha, os pesquisadores latinos tendem a estabelecer finalidades mais classificadoras e sistematizadoras que os anglófonos. De fato, aqueles, quase em unanimidade, defendem que o objetivo da matéria comparada é especificamente esse: classificar os direitos de acordo com suas características, semelhanças e diferenças, e sistematizá-los de maneira lógica para chegar a conclusões não observáveis a partir da análise individualizada.

Enquanto isso, os estudiosos da ICON.S se inclinam a uma visão menos cientificista e admitem possibilidades mais amplas de estudo comparado, inclusive aqueles que buscam mais compreender o *ethos* constitucional de certo povo – como a narrativa em camadas, o expressivismo –, sem necessariamente sistematizar ou classificar nada. Uma exceção notável e influentíssima é Ran Hirschl, cuja visão científica poderia ser elencada como uma solução aos problemas de pesquisa postos pelos latinos. Realmente, a proposta de Hirschl pode ser o fio condutor de uma pesquisa efetivamente científica da matéria, como desejado pelos brasileiros e italianos.

Nesse sentido, ambas as escolas apontam para a carência de uma metodologia adequada por parte dos pesquisadores e dos aplicadores práticos da comparação. Todos sustentam ser necessário formular parâmetros metodológicos que permitam uma construção de conhecimento mais sólida. Para tanto, ambas as vertentes apontam para os riscos do anglo-eurocentrismo, bem como para a importância de se levar em conta os aspectos contextuais em que a norma se insere, estudando-a no mínimo em conjunto com a doutrina e a jurisprudência local. Os anglófonos, porém, chegam mais longe nesse debate, a partir das contribuições de Pierre Legrand e Simone Glanert, os quais colocam em xeque a própria possibilidade de compreender verdadeiramente o *outro*.

Dessa forma, as respostas dadas a esse problema metodológico variam amplamente: Hirschl, Tushnet e Jackson, em conjunto com os latinos, posicionam-se pela adoção de métodos

mais científicos, aprofundando-se no propósito sistematizador com matizes funcionalistas, ainda que sem descuidar das complexidades socioculturais. Frankenberg, Legrand e Glanert, de seu lado, contestam essa possibilidade, destacando a incomensurabilidade do fenômeno cultural e a incapacidade do pesquisador de compreender o *outro* em toda a sua complexidade. Assim, buscam a superação da metodologia, sua transposição, para a adoção de uma forma de trabalho comparado mais sensível e maleável a esse cenário.

O presente capítulo se concentrou nos debates relativos aos objetos, finalidades e métodos da comparação constitucional. O próximo tratará das migrações de ideias constitucionais e, em seguida, do transconstitucionalismo e dos diálogos intercortes. Ao longo do trabalho, buscaremos prosseguir o caminho ao longo dessa ponte, continuando trazendo as visões das diferentes escolas de pensamento sobre o tema, bem como apontando seus focos de convergência de divergência.

Isso posto, como pano de fundo dos capítulos que se seguirão, tem-se que, ao se cruzar a ponte entre a escola latina de direito constitucional comparado e aquela vinculada ao ICON.S, anglófona, percebem-se pontos de contato importantes, mas igualmente pontos de divergência. Provavelmente, os latinos podem se aproveitar dos debates culturalistas mais aprofundados produzidos em inglês. Enquanto isso, os anglófonos, do maior rigor metodológico desenvolvido pelos autores latino-americanos e europeus continentais.

Continuemos, pois, caminhando sobre a ponte erma, na esperança de torná-la populada. Assim, abordados aspectos metodológicos e a grande questão quanto à pretensão de cientificidade em contraposição ao culturalismo, podemos entender melhor um fenômeno central para o direito constitucional comparado: as migrações constitucionais. Vamos a ele.

### **3. Migrações constitucionais**

Este capítulo trata do conceito da migração de ideias constitucionais. Inicialmente, faremos uma exposição dos principais aspectos conceituais. Em seguida, apresentaremos os dois debates mais relevantes quanto ao tema: o que versa sobre a sua possibilidade e o que contesta sua adequação às instituições democráticas. Superados esses dois argumentos, trataremos sobre o processo por meio do qual uma norma migra de um ordenamento jurídico a outro. Por último, analisaremos a possibilidade de mau uso desse fenômeno, especificamente sob o viés do constitucionalismo abusivo.

### 3.1. Influências transnacionais e migrações constitucionais

A comparação constitucional pode ser praticada tanto pelos acadêmicos, como pelos tribunais e legisladores, os quais utilizam ideias jurídicas estrangeiras de diversas formas<sup>137</sup>. Essa utilização de conceitos jurídicos estrangeiros por juristas nacionais, com a sua eventual incorporação ao sistema interno, é o que se pode chamar, entre várias outras possibilidades, de migrações, transferências, empréstimos, transplantes ou recepções constitucionais<sup>138</sup>.

Kim Scheppele argumenta que o termo mais comum – empréstimos constitucionais – derivado do conceito de transplantes, aplicado mais ao direito privado, não é adequado para descrever o fenômeno. Um empréstimo pressupõe a concordância do dono, e o item emprestado deve ser posteriormente devolvido. Quando se trata do “empréstimo” de conceitos jurídicos, não é isso que ocorre. Os objetos são adaptados e reinventados, passam a compor a ordem jurídica que os recebe. A autora, então, propõe a expressão migração de ideias constitucionais, que descreve melhor o processo<sup>139</sup>.

Virgílio Afonso da Silva concorda que migração é a melhor forma de chamar o fenômeno. Chamá-lo de empréstimos ou transplantes não absorve toda a sua complexidade. A noção de migração abarca não só normas e enunciados normativos concretos. A ideia migrante pode ser um conceito, uma teoria, um método interpretativo ou até princípios constitucionais. Ao sair de seu local de origem e se incorporar à nova ordem, o instituto não é apenas deslocado, mas passa por um processo complexo e conflituoso de adequação ao destino<sup>140</sup>.

Essa adaptação do conceito migrante ao sistema que o recebe é amplamente reconhecida. José Afonso da Silva afirma que, ao ser inserida em um ordenamento jurídico diverso, o conceito interage necessariamente com a “base material” de cada povo, que engloba o direito local, mas também a cultura, a ideologia, as mentalidades. Logo, “normas recepcionadas de Constituições estrangeiras inserem-se em contexto normativo diverso, e, assim, adquirem nova significação, que não coincide com o sentido que têm no ordenamento de origem”<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> HIRSCHL, Ran, 2014. p. 20.

<sup>138</sup> Vlad Perju explica com algum detalhe a origem e a importância do que ele chama de “batalha das metáforas” para descrever o fenômeno em PERJU, Vlad. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 1306-1309.

<sup>139</sup> SCHEPPELE, Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. I.CON, v. 1, n. 2, Oxford University Press and New York School of Law, 2003. p. 296.

<sup>140</sup> SILVA, 2010, p. 517-518.

<sup>141</sup> SILVA, 2009, p. 38-39.

Ivo Dantas, que chama o fenômeno de recepções legislativas, reconhece que a norma sofrerá adaptações ao sistema em que for implementada. Porém, parece dar menos importância a essa modificação, destacando que “dentre mil mutações jurídicas destinadas a criar raízes, talvez uma seja original”<sup>142</sup>. Para o autor, essa “circulação de ideias jurídicas” é um fenômeno antigo, que vem ocorrendo desde a antiguidade, mas se intensificou com a dinâmica moderna, a partir dos ciclos constitucionais. Nesse sentido, os ordenamentos jurídicos deixam de ser estáticos com relação uns aos outros e passam a nutrir uma relação dinâmica<sup>143</sup>.

Graziadei afirma que a transferência pode envolver um sistema inteiro ou institutos específicos. Como exemplo de que esse fenômeno vem ocorrendo desde sempre, cita a absorção do direito romano pelas ordens jurídicas europeias, do direito chinês pelos países asiáticos e do direito islâmico pelos árabes. Segundo ele, “ninguém gosta de reinventar a roda”. Os juristas tendem muito mais a buscar institutos já prontos e, em certa medida, testados do que criá-los do nada<sup>144</sup>.

Watson sustenta que os “transplantes” são o principal motor do desenvolvimento dos direitos ao longo da história. Sua teoria será abordada com profundidade adiante. Por ora, adiantemos que, em sua visão, o direito não é particularmente vinculado ao substrato social em que vige. Assim, a comunidade de juristas responsáveis por sua criação, modificação e aplicação pode buscar institutos interessantes em outros países e transplantá-los aos seus ordenamentos sem grandes dificuldades<sup>145</sup>. Além disso, as recepções podem ocorrer por imposição, infiltração, demandas sociais, de modo inconsciente, entre outros<sup>146</sup>.

Teubner, cuja teoria também será melhor analisada adiante, entende que não há propriamente um deslocamento do conteúdo de um sistema para outro. Partindo da teoria sistêmica de Luhmann, argumenta que as influências externas podem representar irritações nos sistemas jurídicos, que são operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos. Esses influxos produzem uma reação autopoietica de geração normativa, reação social e adaptação, até que o sistema retome seu equilíbrio<sup>147</sup>.

Com base na mesma visão sistêmica, Neves afirma que o fechamento normativo não impede que os ordenamentos nutram uma relação de aprendizado recíproco, recebendo os

---

<sup>142</sup> DANTAS, 2006, 224.

<sup>143</sup> Op cit, p. 220-222, 226.

<sup>144</sup> GRAZIADEI, 2012, p. 444-445, 454.

<sup>145</sup> Quanto a esse argumento em específico, cf. WATSON, Alan. From Legal Transplants to Legal Formants. *American Journal of Comparative Law*, v. 43, n. 3, 1995, p. 469-477.

<sup>146</sup> WATSON, 1993, passim.

<sup>147</sup> TEUBNER, Günther. Legal Irritants: Good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences. *The Modern Law Review (MLR 61:1)*, Oxford, 1998, passim.

*inputs* de seus pares e utilizando-os para produzir seus próprios *outputs*, que se voltam à normatividade interna, mas também ao diálogo transconstitucional. Esse diálogo, provido de método, cria pontes de transição entre os sistemas, que permitem a proliferação dessas influências mútuas<sup>148</sup>.

Indo adiante, Vergottini, a partir de Choudhry, explica que a migração envolve maior complexidade que um transplante ou simples recepção: ela denota um fluxo constante e dinâmico de estímulos entre ordenamentos diferentes, que envolvem difusão e conhecimento, mais ou menos aprofundados, das ideias fundantes dos institutos. Não há necessidade de aceitação das soluções estrangeiras, as quais podem ser apenas estímulos para a incorporação da *ideia fundante*. Frequentemente isso se dá a partir de decisões judiciais ou normativas, com base nas quais tem início um processo imitativo e adaptativo<sup>149</sup>.

Nesse passo, as transferências são frequentemente envolvidas em ambiguidades, as quais são causadas pelos modelos teóricos de sua implementação, pelas condições materiais de sua aplicação e pelos motivos para a sua promoção. Em geral, cada ator envolvido no processo tem suas próprias motivações e meios diferentes de agir. Logo, um transplante não quer dizer que as mesmas forças sociais interagiram de modo similar em duas ordens diversas. O substrato político e socioeconômico pode ser completamente distinto entre o local onde a norma foi concebida e o seu destino, e os motivos para a transferência podem ser totalmente estranhos às razões para a criação<sup>150</sup>. Por exemplo, um país pode criar normas protetivas do meio ambiente pois há uma parcela da população com força suficiente e preocupada com o tema. Outro pode inserir essas normas em seu ordenamento, por uma iniciativa burocrática, para obter mais recursos de instituições financeiras internacionais, sem que exista verdadeira preocupação – ou interesse – em colocar as medidas em prática.

Seguindo essa lógica, as migrações não simbolizam necessariamente uma convergência ou harmonização entre os ordenamentos jurídicos, pelo menos não a um nível aprofundado. Para além das transferências promovidas por imposição ou por razões meramente retóricas, muitas ocorrem sem que os aplicadores da sociedade receptora compreendam o instituto recebido com adequação. A ideia é que aprendam a utilizá-lo e passem a compreendê-lo com o tempo, mas isso nem sempre ocorre – ou ocorre com distorções que desvirtuam por completo a ideia original<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> NEVES, 2009, p. 125-126.

<sup>149</sup> VERGOTTINI, 2014, p. 7-8.

<sup>150</sup> GRAZIADEI, 2012, p. 455.

<sup>151</sup> SACCO, 1991-A, p. 2-4.

Assim, o instituto novo coexiste com diversas continuidades que impedem ou modificam seu modo de aplicação. A mentalidade dos aplicadores continua a mesma, precedentes anteriores continuam vigentes, outras normas continuam existindo e surtindo efeitos sobre o âmbito no qual o novo instituto incidirá. Com a transferência, essas normas “velhas” podem ser ressignificadas, mas é também possível que a nova regra sirva como simples máscara para a continuidade das relações antigas<sup>152</sup>.

Com isso em vista, é importante definir exatamente o que está sendo alterado com a transferência do instituto estrangeiro. Há uma verdadeira mudança quanto à norma operativa, que surta seus efeitos sobre as relações concretas? Há alteração em outros aspectos mais profundos do ordenamento jurídico receptor, que possa se irradiar para outros campos do direito? Essas questões devem guiar a apreciação das migrações constitucionais<sup>153</sup>.

De seu lado, Choudhry destaca que a migração não se limita a empréstimos, isto é, à efetiva implementação interna de uma ideia estrangeira. É também possível o seu uso dialógico, para analisar os aspectos nos quais as normas e interpretações de outros países convergem e divergem das internas em suas premissas, fundamentos e aplicações. A partir disso, compreender melhor os motivos dos próprios entendimentos e, assim, obter um parâmetro para questionar se as soluções atualmente adotadas são adequadas. Questionar por que diferem ou convergem com a outra<sup>154</sup>.

Retomando a noção de constituições modelo, Christopher McCrudden sustenta que a visão da constituição como agente de transformação, em oposição a de conservação, e a adoção do paradigma interpretativo pós-positivista fomentam o intercâmbio de ideias<sup>155</sup>. Hirschl aponta que isso ocorre sobretudo para sinalizar o compromisso interno com a adoção de determinados parâmetros democráticos tidos como *standards* internacionais de boas práticas<sup>156</sup>.

Para Scheppele, é mais proveitoso pensar em influências transconstitucionais, e não apenas em empréstimos, que poderiam facilmente redundar apenas em imitações. Essas influências incluem fenômenos muito mais complexos e multifacetados. Além das transferências em si, considera as colagens, reinvenções por bricolagem, má-compreensões,

---

<sup>152</sup> GRAZIADEI, 2012, p. 461-462.

<sup>153</sup> Op cit, p. 462-463.

<sup>154</sup> CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). The migration of constitutional ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 22-23.

<sup>155</sup> MCCRUDDEN, Christopher. *Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*. Oxford Journal Of Legal Studies, v. 20, n. 4, Oxford University Press, 2013. Pp 524-525.

<sup>156</sup> HIRSCHL, 2014, p. 54-55.

más traduções e interferências promovidas pelos atores sociais locais. Ainda, considera as ideias excluídas propositalmente, rejeitadas, às quais a ordem expressa sua aversão<sup>157</sup>.

A relação, então, pode se dar de forma afiliativa – uma busca por adotar institutos bem-vistos, dotados de prestígio e autoridade e com bons resultados em seu local originário. Porém, pode igualmente ocorrer de modo aversivo – a refutação aberta e por vezes expressa de ideias mal vistas, divergentes daquilo a que a sociedade aspira, com maus resultados em sua origem. Essa faceta aversiva do constitucionalismo pode ser tão importante quanto a afiliativa, até porque é comum que a sociedade tenha mais clareza quanto ao que busca evitar do que o que pretende construir<sup>158</sup>.

Nesse passo, Peter da Silva afirma que a visão mais simplificada de recepções legislativas, transplantes e empréstimos constitucionais deve passar a ser compreendida como um diálogo mais amplo ao nível transconstitucional. Esse engajamento dialógico deve se dar tendo por base os direitos humanos e fundamentais – por isso é transjusfundamental. Por seu intermédio, os ordenamentos podem compreender melhor a si mesmos e alcançar um autodesenvolvimento com maior qualidade. Ele possibilita “uma releitura dos autofundamentos constitucionais da própria ordem que se toma como ponto de partida”<sup>159</sup>.

Como consequência, o direito estrangeiro passa a ser objeto de um olhar mais sofisticado. Ele deixa de ser apenas uma fonte construtiva, para que institutos e conceitos de sua autoria sejam adotados ou repudiados pelos demais ordenamentos. Sua função se torna reflexiva, fornecendo elementos para que os juristas de alhures possam encarar os problemas de seus próprios sistemas e direcionar seus sistemas às suas potencialidades<sup>160</sup>.

Isso posto, Vergottini, em uma veia mais conservadora, defende que, apesar do tratamento sugestivo do tema e de sua intensificação recente, essa difusão sempre existiu, a partir dos ordenamentos modelos – os quais fundaram os ciclos constitucionais abordados anteriormente. Essas constituições ou soluções “exemplares” são vistas pela comunidade externa como dignas de serem imitadas. A imitação, contudo, nunca se dá de maneira fiel, pois o instituto é sempre adaptado pela ordem imitante<sup>161</sup>.

Por sua vez, Agesta afirma que alguns institutos são incorporados por diversos ordenamentos pois derivam de ideias universais, que subjazem a todas as instituições políticas da humanidade, por terem um caráter vinculado à própria natureza humana. Além disso, as

---

<sup>157</sup> SCHEPPELE, 2006, p. 297-298.

<sup>158</sup> Op cit, p. 299-302.

<sup>159</sup> SILVA, 2014, p. 51.

<sup>160</sup> MEYER, 2019, p. 4-5.

<sup>161</sup> Op cit, p. 8-9.

transferências em si podem ocorrer por dois outros motivos. Em primeiro lugar, pode resultar da imitação de um instituto que funcionou bem e adquiriu boa fama no ordenamento de origem. Em segundo, pode ser resultado da expansão de uma ideologia e dos conceitos jurídicos vinculados a ela, entre sociedades que compartilham do mesmo “clima espiritual”<sup>162</sup>.

Assim, a difusão de ideias constitucionais corre parelha à expansão das ideologias subjacentes a elas, o que pode ser espontâneo ou forçado. Isso posto, é também certo que a norma se adaptará à sociedade receptora: “enquanto a difusão ideológica e o *mimetismo* técnico operam como elementos unificadores, as raízes históricas e o substrato social de cada povo são os elementos individualizadores, que singularizam cada ordem política”<sup>163</sup>.

Em linha semelhante quanto às “constituições tipos”, Graziadei pontua que o prestígio é a principal causa dos transplantes: a vontade de ter o que o outro tem, de se aproximar das experiências tidas como positivas. O prestígio pode levar à exportação dos modelos jurídicos sem nenhuma violência, ainda que por vezes o sistema receptor utilize as ideias de modo radicalmente diverso daquele pretendido pelos seus criadores, os quais poderiam ficar surpresos, indignados e decepcionados<sup>164</sup>. A performance econômica associada a certos institutos também pode ser um fator importante, tanto pela difusão de modelos por órgãos internacionais, como o Banco Mundial e o FMI, quanto pela noção de que algumas normas específicas são importantes para o sucesso econômico<sup>165</sup>. Apesar disso, não existem demonstrações de correlação entre institutos jurídicos específicos e essa performance<sup>166</sup>.

Ainda quanto ao prestígio como motor para as migrações, Sacco destaca que este pode fazer com que normas se transfiram entre sistemas mesmo quando os contextos culturais, econômicos ou políticos sejam muito diferentes. Isso dito, a outra principal causa dessas adaptações é a imposição por sociedades que buscam expandir seus modelos sociais e jurídicos<sup>167</sup>. Nesse ponto, Pegoraro e Rinella alertam que, com frequência, é difícil distinguir quanto de uma transferência se dá em virtude do prestígio e quanto se deve a imposição, seja política, cultural ou econômica<sup>168</sup>.

Quanto a isso, Meyer sustenta que a adoção de empréstimos sem tomar em consideração os aspectos políticos e socioeconômicos no entorno do plano normativa leva a equívocos e a

---

<sup>162</sup> AGESTA, 1980, p. 25-26.

<sup>163</sup> Op cit, p. 26.

<sup>164</sup> GRAZIADEI, 2012, p. 457-458.

<sup>165</sup> Op cit, p. 459-460.

<sup>166</sup> Além de GRAZIADEI, 2012, p. 460, cf. STIGLITZ, Joseph. Globalização: como dar certo. São Paulo: Cia da Letras, 2007.

<sup>167</sup> SACCO, 1991-B, p. 399.

<sup>168</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 51.

soluções forçadas. Para a realidade brasileira, existe o agravante do etnocentrismo e da imposição de soluções jurídicas do norte global aos problemas locais, mesmo quando não se adequam à nossa realidade. O autor demonstra, empiricamente, como alguns julgados do Supremo Tribunal Federal têm aplicado conceitos europeus e americanos de modo arbitrário e sem rigor metodológico, o que tem levado a soluções equivocadas e a distorções, principalmente no campo dos direitos fundamentais<sup>169</sup>.

Nesse passo, Peter da Silva defende que as migrações e os diálogos transconstitucionais em geral devem ter como principais vetores os direitos jusfundamentais, mesmo que não estejam previstos em constituições ou que não decorram de uma fonte normativa formal. Todas as influências transnacionais devem ser analisadas e promovidas sob essa ótica, tendo por objetivo sempre maximizar a eficácia desses direitos<sup>170</sup>. Logo, qualquer transferência que afete negativamente um direito fundamental ou humano pode ser classificada como ilegítima, e a legitimidade depende de sua capacidade de contribuir com a concretização jusfundamental.

Portanto, as migrações devem ser analisadas tomando em consideração a diversidade das realidades socioculturais de cada país, que levam uma norma igualmente enunciada a ter possíveis aplicações muito diferentes. Essa adaptação não é um problema, desde que o resultado final seja no sentido de maximizar os direitos fundamentais daquela população em específico, tendo em vista a sua perspectiva do que compõe esses direitos. Na esteira do que propõe Roland Robertson, citado por Meyer, é preciso abordar a questão pela ótica da “glocalização”: uma relação de tensão produtiva entre o global e o local, em que ambos se alimentem de modo circular, sem que se desconsiderem as peculiaridades de cada participante do diálogo<sup>171</sup>.

Fixadas essas premissas quanto ao significado e as principais controvérsias quanto às migrações, existe um debate em que se discute a própria possibilidade de que um “transplante” jurídico possa ocorrer, instaurado principalmente entre Alan Watson e Pierre Legrand. Compreendê-lo é essencial, na medida em que perpassa por entender mais a fundo o significado de nosso objeto de estudo.

### **3.2. Desenvolvimento da teoria – transplantes, formantes e o debate culturalista**

Nesta seção, analisaremos o debate quanto à possibilidade de uma migração de ideias constitucionais. Para tanto, iniciaremos expondo as teorias dos transplantes jurídicos de Alan Watson e dos formantes jurídicos de Rodolfo Sacco. Em seguida, passaremos às críticas tecidas

---

<sup>169</sup> MEYER, 2019, p. 7-9.

<sup>170</sup> SILVA, 2014, p. 40-41, 79.

<sup>171</sup> MEYER, 2019, p. 9.

por Pierre Legrand. Na última parte, buscaremos sistematizar as principais respostas dadas à controvérsia, buscando atingir a síntese da questão.

### 3.2.1. *Os transplantes e os formantes jurídicos*

Como sintetizado por John W. Cairns, Watson entende os transplantes legais como a transposição de normas jurídicas de uma sociedade para outra, que representa, historicamente, o principal motor do desenvolvimento do direito. Esse movimento somente pode ocorrer dessa maneira dinâmica porque tais conceitos não têm uma conexão especial com o contexto político e sociocultural no qual foram criados e podem se movimentar livremente entre os ordenamentos sem perder sua essência<sup>172</sup>. Em verdade, Cairns explica que a teoria não defende a existência do transplante da norma em si, com suas complexidades contextuais, mas da ideia central, cujos detalhes e forma de aplicação prática naturalmente são adaptados conforme o ordenamento recebedor<sup>173</sup>.

Para Watson, o papel do direito comparado é estudar as relações entre os sistemas jurídicos, em uma perspectiva de como se desenvolveram em conjunto ao longo de suas histórias. Se não houver uma relação histórica entre a formação de cada instituto, não há sentido em comparar, e toda equivalência será arbitrária. Assim, esse vínculo que leva aos transplantes pode surgir por fatores históricos e culturais – culturas tão próximas que levam à adoção de institutos similares. Alguns autores afirmam que normas iguais costumam ser adotadas pelos sistemas que estão passando pela mesma fase evolutiva, como se todos passassem pelos mesmos estágios de desenvolvimento, mas essa possibilidade é afastada pelo próprio Watson<sup>174</sup>.

O autor usa o termo transplantes legais, o que por si só é muito indicativo de seu entendimento sobre como o fenômeno funciona. Transplante, como o órgão retirado de um corpo e inserido em outro, ou como a planta retirada de um jardim e *transplantada* para outro. As sociedades não costumam inventar normas jurídicas novas, não tendem a buscar “reinventar a roda”. Os institutos jurídicos, em sua grande maioria, são inventados por algumas fontes específicas e, a partir daí, adotados pelos outros grupos, que reconhecem a sua utilidade e adequação<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the history of legal transplants. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013. *Passim*.

<sup>173</sup> *Op cit*, p. 646-647.

<sup>174</sup> WATSON, Alan. *Legal Transplants: an approach to comparative law*. Ed. 2. The University of Georgia Press: Athens, 1993.

<sup>175</sup> WATSON, 1993, p. 100.

Isso pode acontecer sem grandes problemas, pois o direito não é particularmente dependente da sociedade em que está inserido. Para Watson, as leis especificamente vigentes não têm particular importância para a população em geral. Importa haver normas regulamentando as condutas, mas o conteúdo dessas normas não é tão relevante. Logo, os transplantes podem ser promovidos, entre outros, pelo grupo dos aplicadores e estudiosos do direito, sem que haja conflito com o contexto sociocultural da sociedade receptora. Os transplantes são socialmente fáceis<sup>176</sup>.

Esse afastamento entre a lei e a sociedade em que ela vige decorre principalmente do fato de que as normas devem ser inseridas no sistema por meio das escolhas dos legisladores. Ou seja, devem agradar as classes governantes e estar de acordo com a sua mentalidade jurídica. Diferentemente da economia, não existe uma “mão invisível” que leva à adaptação automática do direito aos anseios e às ações da população em geral sobre o qual ele se aplica<sup>177</sup>.

As transferências não precisam englobar o instituto em toda a sua complexidade. Por vezes, basta a utilização da sua ideia fundante para que os receptores possam desenvolvê-lo em sua própria realidade. Como alternativa, as autoridades podem utilizar um conceito estrangeiro apenas para justificar uma decisão já tomada em âmbito interno e legitimar a solução já adotada. É comum que a norma nem sequer seja compreendida como um todo ou seja interpretada de forma errônea. A importância do transplante depende mais da percepção que a sociedade receptora tem do instituto do que de seu verdadeiro conteúdo no ordenamento de origem<sup>178</sup>.

O que leva à escolha das normas a serem transplantadas? Segundo Watson, os dois principais fatores são autoridade e acessibilidade. Não existe uma busca consciente pelos institutos de maior qualidade normativa ou que mais se assemelhem cultural e contextualmente à sociedade receptora. Serão usados como fonte aqueles ordenamentos que tenham desenvolvido autoridade, como mencionado anteriormente, aqueles que tenham o prestígio das elites locais e da comunidade global. Ainda, o conteúdo dessas normas deve ser acessível, ou seja, em um idioma que possa ser compreendido pelos legisladores locais e presente em bases que possam ser consultadas com facilidade por eles<sup>179</sup>.

Dessa forma, quanto mais um sistema é utilizado como fonte para transplantes, mais habitual se torna consultá-lo para formular novas transferências. A referência passa a ser uma moda entre os juristas, e há uma tendência a adotar novas soluções ou institutos dessa mesma

---

<sup>176</sup> Op cit, p. 95-96.

<sup>177</sup> Op cit, p. 108.

<sup>178</sup> Op cit, p. 18-19 e p. 99.

<sup>179</sup> WATSON, 1993, p. 89-93 e p. 112-113.

fonte, ainda que não sejam necessariamente de qualidade superior ou que não tenham grande correlação com a realidade local<sup>180</sup>. Por isso, o transplante não deve ser julgado pela aceitação ou rejeição de normas específicas, mas pelo impacto geral causado por um sistema sobre o outro. Quando um ordenamento se torna referência, suas disposições podem ser determinantes para o desenvolvimento do receptor, mesmo quando suas soluções forem rejeitadas. O sistema passa a delimitar os debates e as possibilidades, bem como a maneira pela qual os resultados serão alcançados<sup>181</sup>.

Tudo isso não impede que o instituto transplantado passe por adaptações e mutações quando inserido na nova ordem. Aliás, o momento da transferência é o ideal para que a norma seja mais bem compreendida e aprimorada, o que permite até mesmo que sua “nova versão” passe a ser também fonte para novos transplantes por outros ordenamentos<sup>182</sup>. Mesmo quando a norma não é modificada em seu conteúdo, a sua aplicação pode ser diferente no novo *habitat*, pela interferência de fatores internos. Ainda, não é incomum que o instituto não seja propriamente compreendido pelos agentes da sociedade receptora e, ainda assim, seja aceito e aplicado de uma nova maneira<sup>183</sup>.

O ponto chave da teoria de Watson é que o direito local não deriva da cultura e dos anseios da sociedade como um todo. Para ele – cujo estudo sempre teve por objeto o direito *privado* – quem determina o seu conteúdo é a comunidade de seus aplicadores e estudiosos. Esta pode operar em diálogo com outras comunidades de outros países, debruçar-se sobre o estudo de outros ordenamentos e promover alterações com base nisso na legislação interna, sem que isso provoque mudanças ou reações significativas por parte do restante da sociedade<sup>184</sup>.

Adiante, Watson parece ter aceitado uma teoria que veio em complemento e desenvolvimento da sua ideia de transplantes<sup>185</sup>. Rodolfo Sacco pode explicar como as regras transplantadas sofrem alterações e adaptações na sociedade receptora, como interage com seus fatores internos e com a mentalidade de seus aplicadores locais. É a teoria dos formantes jurídicos.

Para Sacco, a norma jurídica não está contida nos códigos, leis e constituições. Ela é construída a partir da interação de diversos formantes, a qual pode se dar de maneiras variadas

---

<sup>180</sup> Op cit, p. 112-113.

<sup>181</sup> Op cit, p. 110-111.

<sup>182</sup> Op cit, p. 97-99.

<sup>183</sup> Op cit, p. 116.

<sup>184</sup> É também a conclusão em CAIRNS, 2013, p. 676.

<sup>185</sup> WATSON, Alan. From Legal Transplants to Legal Formants. American Journal of Comparative Law, v. 43, n. 3, 1995, p. 469-477.

e imprevisíveis. O enunciado normativo interage com as interpretações que lhe são conferidas pelas cortes, pelos doutrinadores e pela população, com os precedentes, as normas estrangeiras e até mesmo com a mentalidade e os aspectos culturais subjacentes dos diferentes grupos que compõem a sociedade. Cada um desses fatores é um formante jurídico. Não se deve, então, falar que existe *a* norma jurídica, mas várias normas que, interagindo entre si, alcançam possíveis aplicações e compreensões variadas no âmbito do direito *vivente*<sup>186</sup>.

Para compreender as normas de outros sistemas, nem sempre podemos confiar no que os juristas locais dizem, uma vez que as normas declaradas por vezes não condizem com aquelas efetivamente aplicadas no plano operacional. Isto é, existe uma diferença entre as *definições abstratas* e as *normas operacionais*, as quais decorrem da interação entre os formantes. Esta pode se dar de maneira harmônica ou dissociativa – os formantes podem se contradizer<sup>187</sup>. Nesse contexto, as interpretações e conclusões dadas pelos juristas, pelas cortes e pelo legislador passam a constituir novos formantes, e não têm caráter final. Além disso, existem formantes sem característica estritamente legal, como ideologias, filosofias e conceitos culturais – cuja importância pode ser até maior do que os “oficiais”<sup>188</sup>.

Em diferentes sistemas, em diferentes momentos, determinados formantes podem ter mais ou menos preponderância sobre os demais. Nos países de *civil law*, o enunciado normativo tem certa preponderância. Nos de *common law*, o precedente é superior. Essa é uma relação mais óbvia, mas há complexidades maiores, como países em que certos padrões éticos são mais importantes, certas ideologias prevalecem ou outros aspectos filosóficos e sociais influem em diversos graus na aplicação final da norma jurídica. Essas relações não são estáticas, podendo variar ao longo do tempo. Para juristas estrangeiros, é particularmente difícil lidar com formantes que não existem ou não são relevantes em sua própria ordem<sup>189</sup>.

De acordo com Sacco, alguns dos formantes mais importantes não são enunciados nem explicitados em lugar algum, mas decorrem das práticas e da *mentalidade* da sociedade em que vige a norma. São os criptotipos, normas implícitas e seguidas de modo até mesmo inconsciente pela comunidade. Como os seus próprios aplicadores não costumam a reconhecê-los e frequentemente têm dificuldade para explicá-los, são um fator de imensa complexidade para compreender os direitos estrangeiros. Em geral, desvencilhar-se dos criptotipos é muito mais difícil do que deixar de seguir normas explícitas, pois significa alterar a própria mentalidade do

---

<sup>186</sup> 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. 1-34.

<sup>187</sup> Op cit, p. 30-31.

<sup>188</sup> Op cit, p. 31-32.

<sup>189</sup> Op cit, p. 32-33.

jurista. Por outro lado, apenas um olhar de fora pode identificá-los, ao buscar entender como a norma operativa se desassocia das definições abstratas<sup>190</sup>.

A experiência brasileira recente traz um exemplo professoral sobre a teoria. Conforme o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A despeito dessa definição abstrata, a norma operativa variou entre completos opostos em um curto espaço de tempo. É ou não possível impor a pena antes do trânsito em julgado? As interações entre os diversos formantes – precedentes, ideologias políticas, realidades econômicas e socioculturais –, frequentemente contraditórios entre si, levou a diferentes respostas, que não decorrem diretamente das normas enunciadas do direito brasileiro.

Seguindo uma linha comparável a essa teoria, Friedrich Müller, com sua metódica constitucional, postula que o enunciado normativo contém, de certo modo, balizas e limitações para as possibilidades legítimas de concretização da norma em si. Não contém, entretanto, a normatividade, a qual decorre da interação entre os diversos agentes e usuários do direito, com todos os materiais já produzidos, as interpretações e fundamentações e a própria aplicabilidade da disposição no plano fático. O significado e o conteúdo da norma são construídos e reconstruídos ao longo desse processo, por vezes de modo dissociativo, e não podem ser descobertos pela simples leitura da previsão legal<sup>191</sup>.

Nesse sentido, ao lado do enunciado normativo, que fixa o “programa” a ser seguido pela norma jurídica, existe o âmbito normativo, que são as realidades fáticas com relação às quais o programa busca incidir. A norma, então, é construída somente em vista dos casos concretos sobre os quais atua, pela aplicação e interpretação dos diversos agentes, cada um cumprindo suas funções específicas. “Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela”<sup>192</sup>.

Desse modo, não se deve falar em interpretação ou explicação da norma, mas sim em sua construção pela estruturação metódica, que abarca elementos diretamente referidos à norma e outros sem referências direta. Entre os primeiros, deve-se considerar as interpretações gramatical, sistemática, histórica, genética e teleológica, os princípios de interpretação constitucional e os elementos materiais do âmbito da norma. Entre os segundos, tem-se os elementos dogmáticos, das teorias jurídicas, das técnicas de soluções adotadas pelos juristas e

---

<sup>190</sup> SACCO, Rodolfo. Legal Formants: dynamic approach to comparative law (Installment II of II). *The American Journal of Comparative Law*. v. 39, n. 2, Oxford, 1991, p. 384-385.

<sup>191</sup> MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40-41.

<sup>192</sup> MÜLLER, 2005, p. 50.

usuários e da política constitucional e do direito como um todo. Em caso de conflito, os primeiros devem prevalecer e, entre eles, deve ter primazia a construção de acordo com os aspectos gramaticais e sistemáticos da norma, que delimitam suas possíveis formatações<sup>193</sup>.

Também de modo semelhante, Häberle destaca que as normas constitucionais, em específico, não são compostas somente pelo seu enunciado e pelas interpretações oficiais dos juristas e órgãos jurisdicionais. Elas devem ser constantemente construídas e reconstruídas por todos os órgãos estatais, todas as potências, todos os cidadãos e todos os grupos, não devendo se limitar à noção fechada de que a interpretação se dá pelos agentes jurídicos. Quem vive as normas as interpreta. Os cidadãos e órgãos que utilizam as normas constitucionais em suas atividades dão significado a elas, são forças produtivas de interpretação que fornecem, no mínimo, uma “pré-interpretação”, cuja última palavra poderá vir a ser dada pelo Judiciário<sup>194</sup>.

Logo, cada decisão da Suprema Corte tem como construtores de seus significados e da interpretação normativa resultante, pelos menos, o voto vencedor, o voto vencido, todos os que se manifestaram no processo, inclusive terceiros, e a opinião pública, com as mídias e as manifestações populares, bem como a doutrina jurídica. Essa interpretação não é harmônica nem una. Decorre da interação dialógica e por vezes adversarial de todos esses componentes, em diferentes graus de engajamento<sup>195</sup>.

Nesse contexto, as forças interpretativas se colocam dentro da própria constituição, são elementos que compõem sua publicidade e sua realidade, não fatos brutos em seu escopo. Assim, “o direito constitucional material ‘vivido’ surge de um número enorme de funções ‘corretamente’ exercidas: aquelas desempenhadas pelo legislador, pelo juiz constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, mas também pelo governo e pela oposição”<sup>196</sup>.

Sobre a visão de interculturalidade constitucional de Häberle, Canotilho explica que seu conceito abarca três dimensões: cultura como mediação daquilo que foi em um determinado momento (aspecto tradicional), como desenvolvimento do que foi, com vistas à transformação (dimensão inovadora), e como “superconceito” das diversas manifestações culturais de uma sociedade (dimensão pluralista). Nessas três dimensões, então, a cultura gera o contexto do texto constitucional, formada pelo conjunto de atitudes, ideias, experiências, valores,

---

<sup>193</sup> MÜLLER, 2005, p. 104-106.

<sup>194</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 12-14.

<sup>195</sup> Op cit, p. 20-23.

<sup>196</sup> HÄBERLE, 1997, p. 33 e 52.

expectativas e objetivos dos cidadãos, das organizações e dos grupos sociais<sup>197</sup>. Tudo isso determina o significado do que consta no texto constitucional – e assim se relaciona e, possivelmente, *desenvolve* ao ápice a teoria dos formantes.

De volta a Sacco, os empréstimos podem ser promovidos pelo meio jurídico ou pela sociedade e sofrer oposição de um ou de outro. O mais frequente é que essas alterações provenham do legislador, mas também podem ter como fonte as decisões judiciais, os trabalhos acadêmicos e a ação de entidades supranacionais. Assim como Watson, o autor destaca que é incomum que os juristas locais busquem inventar conceitos novos, e o mais usual é que procurem implementar os institutos já testados por outros ordenamentos<sup>198</sup>.

Além de similaridades culturais, jurídicas e econômicas, as duas principais causas para essas imitações são imposição e prestígio. É normal que países que acreditam em seus sistemas tentem difundir-lo por outras culturas. Porém, as mudanças impostas raramente têm longevidade, e costumam perder eficácia assim que a influência estrangeira perca força. Muito mais comuns são as transferências promovidas em razão do prestígio desfrutado pelo ordenamento estrangeiro ou por um instituto específico<sup>199</sup>.

O direito comparado não tem uma definição clara para esse prestígio – embora seja possível traçar um paralelo com a autoridade mencionada por Watson. Para Sacco, é por essa razão que os empréstimos costumam ser mais unilaterais ou restritos a certos grupos de países. Os direitos americano, alemão ou francês, por exemplo, têm muito prestígio e, por isso, são imitados por diversos outros sistemas. De outro lado, a maioria dos ordenamentos não imitaria institutos do direito venezuelano ou vietnamita, que não detêm a mesma autoridade<sup>200</sup>.

Evidentemente, após a transferência de um ou mais formantes, a norma operativa no país receptor pode ser diversa da vigente na origem. Em primeiro lugar, porque os demais formantes que resultavam na existência da norma anterior continuam presentes e surtindo seus efeitos sobre os novos elementos importados. Em segundo, pois é comum que se importem formantes de ordenamentos diversos a respeito do mesmo instituto – como a definição abstrata de um com a jurisprudência ou o método interpretativo de outro<sup>201</sup>. Por essas adaptações, o

---

<sup>197</sup> CANOTILHO, Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Ed. 2. Coimbra: Almedina, 2012, p. 272-273.

<sup>198</sup> SACCO, 1991-B, p. 395-397.

<sup>199</sup> Op cit, p. 398-399.

<sup>200</sup> SACCO, 1991-B, p. 399.

<sup>201</sup> Op cit, p. 394-396.

conceito pode se inserir profundamente na ordem receptora e até mesmo ter mais longevidade e influência ali do que em seu ordenamento de origem<sup>202</sup>.

A teoria dos formantes de Sacco pode ser utilizada como um importante complemento e desenvolvimento da teoria dos transplantes de Watson. Ela permite compreender melhor o processo por meio do qual um instituto é “transplantado”, quais fatores influenciam na sua inserção na ordem receptora e o que é necessário para entender essa interação. Como se verá, Watson foi amplamente criticado por desconsiderar o aspecto cultural do direito. No entanto, a leitura dessas duas formulações em conjunto – como aceito por ele próprio – permite a inclusão de maior complexidade na ideia de transplantes. Estes podem abarcar somente um enunciado normativo, por exemplo, o que não significa a transferência da norma jurídica como um todo, mas apenas de um formante, que interagirá com os demais e resultará em outra norma – ainda que um mesmo elemento tenha sido retirado de uma ordem e “transplantado” para outra.

Tendo isso em vista, podemos abordar os debates suscitados por essas teorias – principalmente pela obra de Watson –, bem como as possíveis soluções à controvérsia.

### *3.2.2. De transplantes a migrações – o debate culturalista e suas respostas*

Desde o início, a teoria de Watson foi fortemente criticada por estudiosos que consideravam a cultura local essencial para a própria significação do conceito jurídico básico. O primeiro grande crítico foi Otto Kahn Freund, segundo o qual nenhuma lei pode ser compreendida sem levar em consideração o contexto cultural e social no qual ela foi criada. Assim, qualquer pretensão de retirar esse pano de fundo teria um caráter abusivo contra a norma e a sociedade à qual ela pertence<sup>203</sup>.

Em vista da crítica de Kahn-Freund, Watson respondeu que sua teoria não narrava nenhum abuso, uma vez que o objeto dos transplantes não eram as normas “vivas” dos direitos estrangeiros, com toda sua complexidade e traços contextuais e culturais, mas apenas a ideia fundante. Essa ideia, para Watson, poderia ser transferida independentemente do contexto em que surgiu, ainda que recebendo diversas adaptações ou mesmo sendo mal compreendida no país de destino<sup>204</sup>.

Ainda nos anos 80, Watson publicou um novo livro, “*Society and Legal Change*”, em que reiterava sua ideia de que o direito não é particularmente ligado à realidade social na qual tem vigência. Em seguida, foi alvo de severas críticas por parte dos acadêmicos da escola dos

---

<sup>202</sup> Op cit, p. 400.

<sup>203</sup> CAIRNS, 2013, p. 646.

<sup>204</sup> Op cit, p. 646-647.

*critical legal studies*, os quais afirmavam que sua teoria era conservadora, uma vez que negava o caráter dialético da história e as influências socioeconômicas sobre o direito<sup>205</sup>.

A despeito da oposição, Cairns destaca que ao longo dos anos 80, o conceito de transplante jurídico passou a fazer parte da consciência coletiva de grande parte da comunidade dos comparatistas. Concordando ou discordando, a ideia passou a ser frequentemente citada como natural e basilar aos estudos comparados, como uma possibilidade evidente, por vezes, sem nem mesmo citar Watson diretamente. O trabalho tornou-se um clássico, fundamental para a área e continuou – como continua –, pautando diversos debates até hoje<sup>206</sup>.

O desafio mais profundo, contudo, foi posto em 1997 por Pierre Legrand<sup>207</sup>. Para ele – seguindo a mesma lógica abordada anteriormente acerca das traduções e da impossibilidade de plena compreensão e tradução – a transferência é absolutamente impossível, já que toda norma jurídica resulta do enunciado normativo em conjunto com a interpretação conferida pela comunidade, a qual é profundamente incrustada dos fantasmas e traços à Derrida, mencionados acima. Logo, por mais que o texto legal em si seja replicado em um outro ordenamento, será obrigatoriamente interpretado de maneira muito diversa e perderá seu significado original<sup>208</sup>.

Segundo Legrand, o conceito de transplantes deriva da concepção simplista de que o direito é composto somente das regras postas, e que estas são proposições vazias, desvinculadas de seu entorno. No entanto, qualquer regra só se concretiza quando recebe um significado. Este, por sua vez, depende em larga escala da interpretação do texto pelos seus usuários: “o significado da regra é, portanto, uma função dos pressupostos epistemológicos do intérprete que estão, eles próprios, histórico e culturalmente condicionados”<sup>209</sup>.

Essa interpretação não é realizada pelo leitor isolado, mas de modo intersubjetivo, por meio de uma rede formada pela subjetividade dos diversos intérpretes, inseridos em seu contexto sociocultural de valores, práticas e precompreensões que moldam a própria identidade do povo a quem a regra pertence. Sendo assim, a regra só pode ser compreendida em conjunto com o todo do qual ela faz parte, pois seu significado é inteiramente vinculado ao seu contexto<sup>210</sup>.

---

<sup>205</sup> Op cit, p. 654-656.

<sup>206</sup> Op cit, p. 667-668.

<sup>207</sup> Op cit, p. 680.

<sup>208</sup> LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014.

<sup>209</sup> LEGRAND, 2014, p. 15-18.

<sup>210</sup> Op cit, p. 20-21.

Fora desse substrato, a norma perde seu sentido, passa a ser um simples amontoado vazio de palavras sem significado – deixa de existir em sua forma verdadeira. O instituto “transplantado” é, na realidade, uma regra completamente diferente, nova e endógena à sociedade que o interpretará e implementará. Afinal, nada da intersubjetividade sociocultural local que compunha a regra original suporta deslocamento<sup>211</sup>.

Legrand não nega a possibilidade de repetir o *enunciado normativo*. Porém, sustenta que o *texto*, ainda que se repita de um ordenamento para o outro, receberá uma significação diferente se lido por sujeitos de culturas diferentes, o que altera a própria identidade e o conteúdo da norma “transplantada”. Por conseguinte, a suposta transferência resulta em uma norma inteiramente diversa daquela existente no ordenamento de origem. O conceito não se transplanta, tampouco se move. Cria-se um instituto novo, a partir das concepções locais<sup>212</sup>.

Para o autor, a noção proposta por Watson é “insidiosa”, pois leva a ignorar as explicações ideológicas pelas quais as coisas funcionam de uma determinada maneira com relação à norma jurídica. É errado apresentar o direito como uma estrutura monolítica dentro da sociedade e rejeitar o fato de que ele deriva da interpretação e aplicação por sujeitos culturalmente situados em comunidades interpretativas condicionadas em termos históricos, ideológicos e epistemológicos<sup>213</sup>.

Legrand sustenta que a comparação não deve ser unificadora, mas multiplicadora: organizar a diversidade dos discursos culturais e das diferentes perspectivas sobre os direitos, valorizando a pluralidade. Desse modo, o conceito de transplantes jurídicos é político. Defende a posição de que o direito pode ser reduzido ao seu aspecto técnico e aplicado mediante uma formulação lógico-racional apriorística, sem que influências sociais, econômicas e culturais influenciem significativamente seu conteúdo. Logo, é uma teoria conservadora<sup>214</sup>.

A maioria dos autores latinos ora estudados parece estar relativamente filiada a Watson, ao menos no tocante à possibilidade de a ideia central de certos institutos se movimentar entre vários ordenamentos jurídicos. Quanto a Legrand, a única autora, entre latinos e anglófonos aqui estudados, que aparentemente compartilha de sua visão é Simone Glanert.

Realmente, Cairns destaca um ponto já ressaltado por Watson nos anos 80, quando do rebate às primeiras críticas: a despeito de toda complexidade culturalista, o fato é que as transferências vêm ocorrendo desde sempre, ainda que com as devidas adaptações nos

---

<sup>211</sup> Op cit, p. 23-24.

<sup>212</sup> Op cit.

<sup>213</sup> Op cit, p. 28.

<sup>214</sup> Op cit, p. 32-34.

ordenamentos recebedores<sup>215</sup>. Esse mesmo ponto é defendido por Sajó e Rosenberg<sup>216</sup> e por Choudhry, para quem, tendo isso em vista, é mais produtivo compreender como as movimentações ocorrem do que negar a sua possibilidade<sup>217</sup>.

Por sua vez, Graziadei argumenta que a crítica quanto ao conservadorismo de Watson pode ser facilmente invertida: a concepção de Legrand sobre linguagem e interpretações localizadas parte do pressuposto de que pode haver comunicações “ideais”, com absoluta compreensão, quando se utilizando do mesmo idioma, o que não é verdade. Ao contrário, a polissemia é uma realidade interna a todas as comunicações, e nossa vivência é “um monumento ao desentendimento”. Ou seja, não existe um “elo romântico” entre o direito e a linguagem em específico, pelo menos não um que crie uma separação rígida entre os ordenamentos de diferentes países<sup>218</sup>.

Sacco também afirma que as palavras não têm um significado absoluto e permanente. Cada falante do idioma, sempre que utiliza uma expressão, confere-lhe um significado único e irrepetível, o qual pode ser compreendido pelos demais até certo ponto – isso tudo dentro de uma mesma cultura, em um mesmo país. Por essa razão, não existe uma forma única de entender os enunciados normativos dentro de um ordenamento jurídico, mas diversas possibilidades, que podem ser tão diferentes interna quanto externamente<sup>219</sup>.

De igual modo, sustentar que o direito é inseparável da cultura e, por isso, não aceita transplantes é desconsiderar que a própria cultura é resultado de um processo composto das mais diversas influências, bricolagens e circularidades. Assim como o direito não é um bloco monolítico inserido no âmbito sociocultural, a cultura não é um elemento uno e homogêneo dentro de cada sociedade. As influências culturais transitam entre os diferentes grupos que compõem as populações de cada país, inclusive a nível transnacional<sup>220</sup>.

Portanto, é errado dizer que as normas não possuem algum significado próprio, que pode ser transferido a outras culturas. Isso só seria verdade se as culturas fossem tão diferentes, que não houvesse pontes de contato entre elas. Não se nega que, como resultado de interpretação, todas as normas podem ter variações de sentido, mas existe um conteúdo básico que pode ser transmitido de um sistema para outros, até porque as próprias culturas interagem entre si, trocam

---

<sup>215</sup> CAIRNS, 2013, p. 681.

<sup>216</sup> SAJÓ; ROSENBERG, 2012, p. 12.

<sup>217</sup> CHOUDHRY, 2006, p. 19-20.

<sup>218</sup> GRAZIADEI, 2012, p. 468-469.

<sup>219</sup> SACCO, 1991, p. 12.

<sup>220</sup> GRAZIADEI, 2012, p. 468-496.

experiências, conceitos e visões, em um processo que costuma a ser enriquecedor, e não paralisante<sup>221</sup>.

Por evidente, as transferências não produzem normas idênticas entre o ordenamento de origem e o receptor, e essas adaptações são justamente o que propicia um caráter inovador e produtivo para elas. Afinal, toda inovação requer aprendizado, e este pode ser obtido tendo em vista um modelo, sempre mediante criatividade e interpretação. Estas não ocorrem no vácuo, mas dentro de um contexto sociocultural que lhes dá os matizes locais e ocasiona novas soluções com base nas ideias recebidas. Nessa perspectiva, não há sentido buscar imitações perfeitas, pois elas de fato não existem, e não é isso que se ambiciona com os transplantes. Isso demonstra que os países receptores se engajam de forma criativa com as influências externas, não se sujeitam passivamente a elas<sup>222</sup>.

Retomando a teoria da metódica estruturante de Müller, pode-se dizer que o aspecto literal do programa normativo é sujeito a ser transferido e reproduzido em ordenamentos jurídicos diferentes – com a ressalva da distorção da tradução. Todavia, tanto a forma de compreensão das palavras transpostas, quanto o âmbito de aplicação material serão diversos. De fato, o enunciado normativo é um signo cuja significação ocorre a partir de diversas pré-compreensões dos leitores. A norma, por sua vez, não decorre unicamente desse elemento, mas é construída com base neles e na sua interação com todos os aspectos materiais de seu âmbito de aplicação, como exposto no tópico anterior<sup>223</sup>.

Günther Teubner critica ambos os autores e propõe um modelo diferente. Quanto a Legrand, afirma que sua análise não consegue escapar de uma concepção totalizante da sociedade, a qual sustenta que a lei é resultado de uma cultura *una*, tomada como um todo. Seu discurso ignora a complexidade da pós-modernidade, bem como as clivagens econômicas, sociais e culturais existentes dentro dos próprios países, como se cada nação representasse um único corpo cultural, refletido em seu direito. Ainda, sob um ponto de vista prático, Legrand não teria conseguido fazer mais do que “esforços modestos” para implementar sua teoria acerca da profunda ligação do direito com a cultura, por meio de um trabalho de análise minucioso que demonstrasse esses vínculos<sup>224</sup>.

Quanto ao modelo proposto por Watson, Teubner defende que as leis não podem ser compreendidas como independentes de seu contexto cultural, por mais que as influências

---

<sup>221</sup> Op cit, p. 470.

<sup>222</sup> Op cit, p. 469.

<sup>223</sup> MÜLLER, 2005, *passim*.

<sup>224</sup> TEUBNER, 1998, p. 12.

transnacionais sejam um fato. É preciso ter essa ligação em mente e se atentar ao que ocorre com as normas quando são desligadas de seu sistema originário. Com relação ao motivo dos transplantes, o principal não é a relutância dos juristas de criar institutos e o anseio de seguir precedentes já estabelecidos. As transferências são resultado de pressões externas, em resposta às quais o ordenamento interno recorre a institutos estrangeiros. Como terceira crítica, argumenta que a teoria dos transplantes é excessivamente fixada na visão estéril de que o direito só se desenvolve por meio desses intercâmbios entre as elites jurídicas. Estes existem e são motores importantes, mas igualmente existem diversas mudanças e inovações ocasionadas por movimentos políticos, pressões sociais e outros fatores culturais<sup>225</sup>.

Tanto Watson quanto Legrand se fixaram demais no debate entre autonomia do direito *versus* dependência cultural, enquanto a resposta é algo entre os dois. Teubner, então, propõe o conceito dos irritantes legais, com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Sua formulação parte de quatro premissas.

Primeiro, a vinculação entre o direito e seu substrato social é seletiva, e não absoluta: alguns institutos são intimamente conectados; outros, relativamente autônomos. Segundo, essa conexão já não ocorre com a totalidade da sociedade, mas como grupos específicos. Terceiro, enquanto antes a lei era concebida por meio de sua identidade com a sociedade, agora é vista mais a partir de suas divergências. Quarto, as inovações não ocorrem em um trajeto harmônico e linear, mas por meio de uma relação conflituosa entre duas ou mais possíveis trajetórias evolutivas<sup>226</sup>.

A lei não se desenvolve em uma trajetória única. Ela é resultado da interação coevolutiva de dois fatores principais, que se unem em um “acordo vinculante”, o direito e o discurso social subjacente. A lei só passa a surtir efeitos quando se acopla a esse discurso, com influências circulares, e não pode existir propriamente sem ele. As influências externas, então, não são recebidas como um transplante, mas como uma “irritação” nesse sistema: o impulso da modificação legal, se reconhecido, causará uma perturbação no discurso social, que lhe conferirá uma interpretação e valoração própria, a partir de seus códigos e valores, que resultarão em uma nova irritação ao sistema legal, criando um ciclo coevolucionário circular, até que o conteúdo seja estabilizado. Ao final, ou o acordo vinculante é destruído, ou a nova lei passa a vigor com suas novas características<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> TEUBNER, 1998, p. 16.

<sup>226</sup> Op cit, p. 18.

<sup>227</sup> Op cit, p. 28.

A transferência, então, não se dá pelo deslocamento de um elemento entre os diferentes sistemas. Ocorre, sim, por meio de uma pressão provocada por um sistema sobre outro, a qual gera uma reação autopoietica interna de absorção dessa “irritação legal”. Tal visão se coaduna com a teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves, que parte igualmente da teoria dos sistemas. Para ele, os subsistemas jurídicos funcionam pela mesma lógica binária lícito-ilícito. Assim, o fechamento normativo não impede uma abertura cognitiva, em virtude da qual as ordens jurídicas podem se desenvolver em relações de aprendizado recíproco, que ocorre a partir da necessidade de resolução de casos-problema similares<sup>228</sup>.

Cada ordem pode absorver influências das demais, aprender com suas disposições e experiências, submetendo esses *inputs* às suas próprias estruturas normativas e interpretativas, bem como com os demais subsistemas que compõem a realidade local – um “processo interno de validação”. O resultado, *output*, é essa influência externa com seus novos contornos, já como parte do subsistema jurídico local<sup>229</sup>.

Nesse ponto, Peter não concorda com a busca de uma solução para concorrências entre as ordens jurídicas, pois a racionalidade aberta pluralística não comporta uma sistematização ou hierarquização dos sistemas. As ordens entrelaçadas realizam uma reconstrução permanente de suas identidades, em contato com as demais. Não se pode aceitar a visão de que são simples *inputs* e *outputs*, uma vez que o fenômeno é muito mais complexo. Não há uma solução final aos problemas, nem um *standard* de otimização, pois não existe um centro decisório. O processo de transferências e interferências mútuas é contínuo e multiangular, não sendo possível nem desejável sistematizá-lo em excesso<sup>230</sup>.

Antes de prosseguir no caminho à possível resposta quanto à controvérsia iniciada entre Watson e Legrand, devemos retomar o segundo conceito abordado no início deste capítulo, até porque sua discussão é fundamental para compreender o fenômeno das influências transnacionais. De volta, pois, ao conceito dos formantes jurídicos, Vlad Perju destaca que é essencial analisar além do enunciado normativo e de seu significado teórico, para verificar como o instituto é efetivamente aplicado na prática – ou até se na realidade não tem aplicação pelas cortes<sup>231</sup>. Essa observação segue a linha de Dantas e José Afonso da Silva de que o estudo comparado deve necessariamente envolver a lei, a jurisprudência e a doutrina.

---

<sup>228</sup> NEVES, 2009, p. 126-127, 171.

<sup>229</sup> Op cit.

<sup>230</sup> PETER, 2014, p. 44-47, 52.

<sup>231</sup> PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1314.

Como se poderia prever, essa teoria também não está isenta de críticas. Günther Frankenberg afirma que a teoria dos formantes enxerga o direito como uma construção a partir de fatos puros, como se os aspectos que compõem a realidade social fossem blocos de concreto neutros e objetivos em uma construção. Todavia, esses fatos não apenas existem, eles são construídos pela comunidade, de maneira normativa. Isto é, exprimem desde o início certos valores, vontades e visões de mundo existentes nesse substrato cultural. Em contrário, os comparatistas devem compreender que não são simples caçadores de fatos, mas intérpretes de fenômenos e artefatos culturais. Devem estar abertos a mudar suas perguntas iniciais a partir de constatações relativas a isso<sup>232</sup>.

Indo adiante na busca pela síntese da discussão, a virtual unanimidade dos autores sustenta que é necessário dar a devida atenção às diferenças socioculturais, cuja importância é evidentemente central. Nesse ponto, José Afonso da Silva alerta quanto à necessidade de evitar a recepção de institutos desconexos da realidade nacional, que não se adaptem bem à ordem interna, sob pena de que a constituição se permeie de normas sem aplicabilidade ou significado práticos, virando mera “folha de papel”<sup>233</sup>.

De forma semelhante, Pegoraro e Rinella, partindo novamente da teoria dos formantes, ressaltam que esses elementos viajam entre ordenamentos em velocidades diferentes. “A economia é rápida, o direito é lento, a cultura é lentíssima”<sup>234</sup>. Por conseguinte, é necessário tomar especial cuidado para que o direito não busque seguir a velocidade da economia ou se movimente sozinho e destrua a cultura. Nesses casos, o sucesso da recepção será muito pouco provável<sup>235</sup>.

Por sua vez, Graziadei alerta que quem busca qualificar os transplantes pela maneira como se encaixam no sistema local desconsidera que o direito não é um corpo singular e coerente, mas uma colagem de diversos artefatos jurídicos, e não existe sempre uma ligação direta entre o contexto local e o direito vigente. O direito comparado, então, deve buscar interpretar os direitos locais sob essa ótica, considerando os diversos aspectos que o compõem, nem sempre unívocos e unitários, inclusive as suas interações com outras ordens, suas contradições e suas colagens<sup>236</sup>.

Nesse contexto, a ideia de que o transplante deve se encaixar na ordem recipiente, enfatizando a “coerência”, também desconsidera o intenso papel dos atores sociais que os

---

<sup>232</sup> FRANKENBERG, 2018, p. 73-74.

<sup>233</sup> SILVA, 2009, p. 49-50.

<sup>234</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 64.

<sup>235</sup> Op cit.

<sup>236</sup> GRAZIADEI, 2012, p. 472.

promovem. Governos, ONGs, empresas, juízes e acadêmicos podem fazê-lo e obter sucesso, mesmo que a norma não seja coerente com alguns aspectos do direito local, desde que sejam feitas as adaptações necessárias. Além das diferenças culturais propriamente ditas, é necessário levar em consideração os *indivíduos* que interagem entre si e promovem as transferências, pois estes são os principais definidores da forma como o instituto se deslocará de um ordenamento ao outro<sup>237</sup>.

Segundo Christine Peter, a ideia de transplantes foi concebida para o direito privado e não se adaptou bem ao público. Nessa área, três desafios fazem com que seja necessária uma visão mais complexa das interferências transnacionais: a natureza mais principiológica das normas de direito público, os efeitos irradiantes das normas de direito constitucional – que exigem uma visão interdisciplinar – e os maiores limites para internalizar normas externas nessa sede.

Pegoraro e Rinella destacam que o direito constitucional possui diversas peculiaridades que tornam ainda mais importante uma visão crítica quanto às supostas transferências de institutos entre ordenamentos. Como visto, os formantes podem interagir de forma circular, harmônica, ou dissociativa, quando o resultado contraria algumas das premissas. Na seara constitucional, isso ocorre com muito mais frequência do que no direito privado<sup>238</sup>.

Em primeiro lugar, pois são normas que disciplinam o fato político e por meio das quais o povo expressa sua identidade, o que as abre para muito mais controvérsias e conflitos. Em segundo, porque há diversas normas constitucionais cujas previsões abstratas não redundam em uma efetiva norma operacional – ou seja, a norma constitucional não tem efeito prático – pelos mais diversos motivos políticos. No Brasil, existe o exemplo do IGF, previsto na Constituição e nunca implementado. Em terceiro lugar, no campo constitucional, há muitos aspectos em que a constituição é silente, nem mesmo as leis tratam do tema, como na eutanásia. Nesses casos, as normas acabam sendo construídas exclusivamente no Judiciário<sup>239</sup>.

Para Choudhry, o debate narrado demonstra que o fenômeno das influências jurídicas transnacionais não deve ser chamado de transplante ou empréstimo. Essas expressões simplesmente não abarcam toda a complexidade do processo de adoção de uma norma originada no estrangeiro pela ordem interna. Desse modo, deve-se adotar o termo proposto por

---

<sup>237</sup> GRAZIADEI, 2012, p. 472-473.

<sup>238</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 21-23.

<sup>239</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 21-23.

Scheppele – migração de ideias constitucionais –, o qual serve como melhor metáfora para descrever o processo<sup>240</sup>.

Tendo isso em vista, deve-se dar especial atenção ao processo por meio do qual a norma faz a sua migração do direito estrangeiro para o interno. Quanto a isso, Hirschl destaca que essa “polinização” pode envolver a estrutura constitucional – ou seja, o formato como um todo da ordem jurídico-política –, os métodos interpretativos, como o funcionalismo ou a proporcionalidade, e a própria jurisprudência, isto é, as soluções dadas a casos concretos<sup>241</sup>.

### 3.3. Migrações e os debates sobre democracia e soberania

Estabelecido que o fenômeno pode ser adequadamente chamado de migração de ideias constitucionais e que ele é possível na prática, devemos passar a um segundo nível de debates. Ainda que possamos utilizar conceitos jurídicos estrangeiros para solucionar casos internos, com todas as adaptações e complexidades abordadas, devemos?

Essa discussão existe e é válida nos mais diversos ordenamentos. Porém, o debate travado nos Estados Unidos é emblemático e *didático*, pela grande controvérsia que gerou até mesmo para fora dos círculos jurídicos. Os principais catalisadores do debate foram os *justices* Breyer e Scalia.

Desde 1997, a Suprema Corte Americana vinha sendo palco para alguns debates acerca da possibilidade da utilização de conceitos e precedentes estrangeiros para fundamentar suas decisões. De um lado, Breyer fazia tal recurso com certa frequência, enquanto Scalia mantinha firme sua opinião de que os americanos tinham suas próprias leis, e recorrer a preceitos externos era insidioso de diversas maneiras.

Após alguns contrapontos em votos vencedores e divergências<sup>242</sup>, o debate atingiu seu clímax na discussão travada no julgamento do caso *Roper v. Simmons*, que apreciava a constitucionalidade da imposição de pena de morte a menores de idade. O *justice* Kennedy, seguindo a linha de Breyer, argumentou que nenhum outro país civilizado mantinha essa prática, e que o padrão adotado pelas outras ordens democráticas poderia servir como guia para a realidade americana. Apesar de não serem vinculantes, as práticas estrangeiras propiciavam uma “respeitável e significativa confirmação da conclusão a que eles próprios haviam chegado”. Scalia, por sua vez, rebateu que tal visão apregoava que os Estados Unidos deveriam

---

<sup>240</sup> CHOUDHRY, 2006, p. 19-20.

<sup>241</sup> *Op cit.* 24.

<sup>242</sup> Choudhry menciona *Printz v. United States*; *Foster v. Florida*; *Knight v. Florida*; *Lawrence v. Texas* e *Bowers v. Hardwick* (2006, p. 1-2).

se adequar ao direito do resto do mundo, com o qual não tinha relação, o que não poderia ser aceito.

A controvérsia americana é particularmente intensa em razão de seu característico isolacionismo. Entretanto, outros tribunais constitucionais já fizeram ressalvas quanto à utilização de conceitos estrangeiros ou internacionais em vista do direito interno. No caso *Gürgülü*, a Suprema Corte Alemã decidiu que as decisões e os conceitos formulados pelo Tribunal Europeu não são vinculantes, e as instâncias internas podem deixar de observá-los, desde que superem um ônus mais qualificado de fundamentação<sup>243</sup>.

Uma decisão similar foi proferida pelo Tribunal Constitucional Italiano, que concebeu a existência de “contralimites” do ordenamento interno frente às disposições internacionais e supranacionais. Por essa teoria, algumas previsões e interpretações impostas pelos tratados e pelos órgãos responsáveis por aplicá-los podem ter sua eficácia obstada no contexto interno, quando conflitarem com valores relevantes ou outros aspectos de maior importância para o ordenamento nacional<sup>244</sup>.

O próprio Supremo Tribunal Federal já foi palco de uma discussão quanto a isso, ainda nos anos 60, como exposto por Peter da Silva. No julgamento do MS 8693/DF, o Ministro Victor Nunes Leal fez diversas referências a precedentes da Suprema Corte Americana. Seus colegas à época reagiram mal às invocações, o que ensejou a seguinte observação pelo histórico Juiz:

“Na sessão em que se iniciou o julgamento deste caso, foi ironizada a invocação da experiência legislativa, administrativa e judiciária dos Estados Unidos. A estranheza, entretanto, não procede. Não só essa consulta era aconselhada pela identidade dos regimes políticos, em seus traços essenciais, como também pela circunstância de que os norte-americanos estão praticando o presidencialismo, que inventaram, desde mais de cem anos antes de nós.”<sup>245</sup>

Como se vê, o grau das discussões é diverso nos Estados Unidos e nos demais países. Nas três últimas decisões citadas, as cortes buscam um controle das influências externas, algum tipo de limitação frente ao já estabelecido em sede interna, um reconhecimento de que o direito

---

<sup>243</sup> Como explicado em SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. in BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 520-521.

<sup>244</sup> O conceito é bem abordado em VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il Dialogo tra le Corti*. Bolonha: Il Mulino, 2011, versão Kindle, loc. 1231-1378.

<sup>245</sup> Como citado em SILVA, 2014, p. 138.

nacional não é *vinculado* pelos conceitos formulados a nível transnacional, embora *possa* tomá-los como baliza.

O debate americano, por sua vez, dá alguns passos atrás, para questionar a própria validade de se recorrer a uma fonte estrangeira para solucionar casos internos. Mesmo que essa questão não seja tão viva no Brasil, é importante abordá-la, por ao menos quatro motivos. Em primeiro lugar, as objeções põem em xeque a própria legitimidade das migrações, logo enfrentá-las é essencial para compreender *se, como e quando* as cortes podem ou devem recorrer a fontes transnacionais<sup>246</sup>. Em segundo lugar, como exposto no primeiro capítulo, a doutrina de comparação constitucional anglófona tornou-se dominante a nível mundial nos últimos anos, o que expandiu debates antes relativamente circunscritos à realidade norte-americana. Em terceiro lugar, o cenário político recente vem observando a reemergência de discursos “antiglobalistas”, os quais buscam fomentar o isolacionismo político, cultural e jurídico. Em quarto lugar, como veremos adiante, a Suprema Corte Americana é de longe a principal fonte estrangeira do Supremo Tribunal Federal, o que, por si só, faz com que seja válido entender sua controvérsia relativa ao uso do direito comparado.

De volta, pois, a Breyer e Scalia. Entre as discussões do caso *Roper*, ambos os juízes participaram de uma rara conferência mediada por Norma Dorsen. Nela, Scalia elencou os principais argumentos contra a utilização de fontes estrangeiras, os quais continuam sendo os maiores motes daquele que sustentam a inadequação do seu uso. Para ele, essa prática seria antidemocrática, já que permitiria a vigência sobre o povo americano de normas não chanceladas pelas instituições representativas de suas vontades. Nesse contexto, a corte deveria decidir com base nos padrões éticos e morais da sociedade americana, e não nos de outros povos, que não compartilham necessariamente dessas visões de mundo<sup>247</sup>.

Assim, se os conceitos estrangeiros fossem vinculantes, feririam de morte a ordem democrática e a soberania nacional – pois o maior instrumento contramajoritário da ordem política poderia ser utilizado com base em preceitos não chancelados por suas instituições. Mas e se não fossem vinculantes, apenas argumentativos? Nesse caso, Scalia afirma que as referências seriam meras justificativas para a prática de ativismo judicial e levariam a um incremento inaceitável no subjetivismo das decisões. Afinal, permitiria que os juízes decidissem com base em suas próprias vontades, desde que posteriormente encontrassem algum precedente, de qualquer origem, que estivesse de acordo<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> Cf. CHOUDHRY, 2006, p. 5.

<sup>247</sup> Cf. CHOUDHRY, 2006, p. 7.

<sup>248</sup> Cf. ainda CHOUDHRY, 2006, p. 8-9.

Essa segunda preocupação é mais difundida do que a relativa à legitimidade democrática em si das referências. De fato, esse incremento da discricionariedade do Judiciário pode ser um risco real associado à possibilidade do uso de fontes estrangeiras para fundamentar as decisões. No lugar do universo limitado de precedentes e institutos nacionais, os juízes passam a ter uma miríade de conceitos das mais diversas ordens políticas para fundamentar suas decisões<sup>249</sup>.

Esse fenômeno vem sendo chamado de “*cherry picking*”, pois os juízes podem escolher as fontes que melhor sirvam para fundamentar suas opiniões pessoais, como se estivessem “colhendo cerejas”. Por evidente, é um mau uso do direito comparado pelos julgadores. Os institutos e precedentes estrangeiros são utilizados sem o devido cuidado metodológico e sem atenção ao seu contexto e seu significado original, apenas para embasar uma decisão já alcançada anteriormente a partir de preferências pessoais, ideológicas e políticas<sup>250</sup>.

Meyer, em conjunto com Hübner Mendes, alerta que esse formato costuma a ser quase o padrão das referências a institutos estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal, as quais tendem a ser feitas de modo superficial e visando apenas a justificar decisões por vezes arbitrárias e preestabelecidas. O estrangeirismo gera um falso “enobrecimento” da solução, ao mesmo tempo em que permite a desconsideração do caso concreto e a imposição de uma solução inadequada ao ordenamento nacional<sup>251</sup>.

Especificamente quanto à realidade brasileira, Mello destaca que as citações de institutos estrangeiros são, com muita frequência, mero sinal de “bacharelismo”. Ou seja, são utilizadas como simples adornos nas decisões, sem que se atenha ao seu verdadeiro significado, muito menos que se utilize uma metodologia adequada para que consistam em partes importantes da *ratio decidendi* a ser adotada. As referências a fontes estrangeiras, assim, servem apenas para demonstrar “beletrismo” e criar uma falsa imagem de superioridade intelectual do julgador<sup>252</sup>.

Para Mello, esse problema decorre de uma característica mais impregnada no direito brasileiro, cuja fonte é a nossa colonização portuguesa: o colonialismo eurocêntrico, que permeia o direito nacional<sup>253</sup>. Nesse passo, Meyer afirma que as influências transnacionais no Brasil ainda têm forte caráter imperialista, com uma imposição acrítica de padrões e institutos

---

<sup>249</sup> MEYER, 2019, p. 1; JACKSON, 2010, p. 26.

<sup>250</sup> HIRSCHL, 2014, p. 237.

<sup>251</sup> MEYER, 2019, p. 7-9; MENDES, Conrado Hübner. Debaixo da toga de Fux, bate um coração. Época, 18 jan 2019. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2019/01/19/debaixo-da-toga-de-fux-bate-um-coracao-por-conrado-hubner-mendes/>.

<sup>252</sup> MELLO, 2019, 102-103.

<sup>253</sup> Op cit.

vindos dos constitucionalismos norte-americano e europeu, sem que seja dada a atenção devida às peculiaridades nacionais<sup>254</sup>.

De seu lado, Neves defende que a migração de ideias constitucionais, para ser frutífera, pressupõe a existência de efetivos diálogos transconstitucionais entre as ordens jurídicas – que serão abordados no próximo capítulo. Para o autor, embora muito da comparação feita pelas cortes nacionais até hoje tenha sido revestida de bacharelismo e imperialismo jurídico, essas conversações vêm melhorando sua qualidade, e é possível observar a utilização mais crítica e contextualizada desses institutos<sup>255</sup>.

Com relação ao debate inicial entre Breyer e Scalia, Christine Peter considera que, se o ponto central da discussão era a obrigatoriedade de se considerarem as fontes estrangeiras, está totalmente superada, pois é unânime que isso não é obrigatório. No entanto, se a discussão se volta à *possibilidade* de sua utilização, ainda tem relevância, uma vez que o debate acerca do ativismo judicial está muito vivo entre nós<sup>256</sup>.

Para responder a essa objeção, deve-se considerar que, no atual cenário globalizado, a comparação ganha autonomia e importância por si mesma. Não há necessidade de qualquer julgamento prévio quanto à adequação das ideias utilizadas como pontos dialógicos. O método de alteridade representa, sobretudo, um compromisso com a autocompreensão, com o entendimento dos próprios problemas, da própria identidade e da própria história a partir de um olhar para o outro e os problemas semelhantes enfrentados por ele, dentro de seus contextos. É “um processo que utiliza como instrumento a autoidentificação pela experiência alheia”<sup>257</sup>.

Nesse contexto, perde o sentido a discussão acerca da legitimidade democrática do método comparativo, uma vez que não é a referência a fontes estrangeiras que levará a uma postura mais ou menos discricionária do Judiciário. A opção pelo minimalismo ou ativismo é prévia e não depende dessa utilização. De igual modo, não se sustenta a tese de perda da soberania, “isso porque, no processo de construção dos argumentos constitucionais jusfundamentadores, a questão da soberania independe desse aspecto, pressupondo posição política muito mais complexa e vinculada a pressupostos filosóficos prévios à escolha de tal método”<sup>258</sup>.

Igualmente, Jackson defende que as migrações e o diálogo com outras experiências permitem, principalmente, a melhor compreensão e aplicação do próprio direito. Pode-se

---

<sup>254</sup> MEYER, 2019, p. 7-9.

<sup>255</sup> NEVES, 2009, p. 178-181.

<sup>256</sup> SILVA, 2014, p. 80.

<sup>257</sup> SILVA, 2014, p. 82.

<sup>258</sup> Op cit.

comparar as soluções adotadas internamente com as dadas por outras ordens a problemas semelhantes. Ainda, é possível obter “insights normativos” por meio da comparação dos institutos nacionais com os estrangeiros, seja uma lei, um consenso internacional, um precedente singularmente sábio ou até um exemplo negativo forte. As fontes transnacionais não criam direito interno nem condicionam as decisões. São interlocutoras para o teste dos entendimentos acerca do próprio ordenamento, a partir de seu espelhamento com outros<sup>259</sup>.

Para Virgílio Afonso da Silva, a adoção do conceito de migração de ideias constitucionais liberta os juristas do debate dicotômico entre vinculação e não vinculação. As migrações permitem uma abertura dialógica para o intercâmbio livre e mútuo de conceitos, teorias e experiências, sem hierarquia ou obrigatoriedade. Essas trocas ocorrem no nível da argumentação – a qual se desenvolve internamente em vista dos direitos próprios – e podem ou não levar a uma integração entre os ordenamentos envolvidos<sup>260</sup>.

Em contraposição à crítica quanto ao aumento da discricionariedade, Jackson argumenta que o conhecimento comparado pode aumentar a capacidade dos juízes de analisar as questões internas de modo imparcial. Isso se dá pela possibilidade de testar seus argumentos e entendimentos frente aos de atores afastados do contexto sociopolítico que levou a controvérsia até a corte superior no país de origem<sup>261</sup>. Zagrebelsky, por sua vez, defende que a referência a uma principiologia convergente a nível transnacional de um constitucionalismo cosmopolita serve para restringir a subjetividade dos juízes, em razão de deverem observar tais postulados – ou esclarecer os motivos pelos quais se desviam<sup>262</sup>.

Além disso, McCrudden expõe que os juízes estão expostos, de um jeito ou de outro, a influxos transnacionais – desde o âmbito cultural até o jurídico propriamente dito. Logo, não citar expressamente as influências estrangeiras utilizadas pode evitar reações adversas, mas prejudica a sindicabilidade das decisões. Assim, tais fatores devem ser citados e justificados, o que possibilita um debate aberto sobre a sua adequação e evita a distorção<sup>263</sup>.

Nessa visão, tem-se que os benefícios de considerar as fontes transnacionais em um modelo de “engajamento deliberativo” são funcionais, expressivos e éticos. Funcionais na medida em que incrementam a capacidade de compreensão e utilização do próprio ordenamento pátrio pelos juízes. Expressivos ao passo em que permitem às cortes verificar se os seus sistemas

---

<sup>259</sup> JACKSON, 2007, p. 7. A mesma visão é exposta em CHOUDHRY, 2006, p. 22-24.

<sup>260</sup> SILVA, 2010, p. 519-520.

<sup>261</sup> JACKSON, 2007, p. 7.

<sup>262</sup> ZAGREBELSKY. El Juez Constitucional Nel Siglo XXI. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. N. 10. Jul-Dez/2008, p. 265.

<sup>263</sup> MCCRUDDEN, 2013, p. 515.

constitucionais expressam valores que são ou não compartilhados com outros. Éticos pois permitem que os julgadores exerçam seus ofícios com mais imparcialidade<sup>264</sup>.

Neves defende que esse engajamento permite a superação de “paralisações narcisistas” que acometem os ordenamentos jurídicos que se recusam a olhar para além de si. A possibilidade de observar as soluções dadas por outros sistemas a problemas semelhantes permite que as identidades nacionais sejam rearticuladas e otimizadas. Antes de promover migrações, os agentes devem manter uma postura de contenção, mas de uma contenção aberta a se surpreender com os outros e capaz de admitir um futuro não predeterminado. Assim, é possível à ordem nacional se beneficiar das “descobertas” normativas realizadas pelas demais para fortificar a própria capacidade de oferecer soluções aos problemas semelhantes<sup>265</sup>.

Portanto, é possível afirmar que a sofisticação do conceito de migração de ideias constitucionais permite superar os debates quanto à legitimidade democrática, os riscos à soberania e o incremento ao subjetivismo judicial. Nesse grau de complexidade, pode-se até mesmo questionar se a noção de migrações não pode também ser superada, adotando-se apenas o conceito dos diálogos transconstitucionais – ou transjusfundamentais. A noção de diálogos elimina os eventuais resquícios de hierarquização que pode haver entre os ordenamentos “de origem” e os receptores, assim como deixa mais clara a relação de cooperação mútua e circular entre os diferentes membros das redes constitucionais.

Essa superação do próprio conceito de migrações pela noção de diálogos é relevante sobretudo quando se tomam os países menos centrais ao constitucionalismo liberal clássico: ela põe em evidência o fato de que os influxos não se dão – e não devem se dar – de forma unilateral, com conceitos “migrando” apenas do centro para as periferias, ainda que estas os conformem às suas realidades. Os diálogos denotam mais do que uma simples adaptação das normas transferidas. Representam influências mútuas e circulares, em um processo multiangular, não hierarquizado, horizontal e complexo. Permitem que o constitucionalismo receba influências de todos os membros da rede dialógica, sem que existam protagonistas e coadjuvantes. Essa conformação será melhor abordada no próximo capítulo, inclusive no tocante às teorias que aventam particularidades do contexto latino-americano.

Isso posto, superados os debates expostos acima, o foco das atenções deve passar muito mais às formas pelas quais podemos compreender, controlar e implementar essas influências de

---

<sup>264</sup> JACKSON, 2007, p. 7-8.

<sup>265</sup> NEVES, 2010, p. 274-275.

modo transparente e democrático. Um primeiro passo nessa direção envolve entender como funciona o processo de migração.

### 3.4. Anatomia de uma migração

Para compreender o processo migratório, é útil a classificação de Frankenberg, cunhada de “teoria da IKEA” pelo autor. Com certa ironia, ele descreve um “mercado de ideias constitucionais padronizadas”, no qual os juristas podem escolher as que melhor supram suas necessidades. A transferência, então, dá-se em quatro fases, as quais têm como base a descrição da disseminação de ideias e fenômenos culturais desenvolvido por Edward Said<sup>266</sup>.

Primeiro, tem-se uma determinada ideia em seu suposto ordenamento originário. Por exemplo, o princípio da proporcionalidade no direito alemão. Nesse momento, ela está plenamente inserida em seu contexto local, com todas as complexidades do tecido político e sociocultural em que surgiu. Apesar de a ideia ter sido criada aqui, é importante evitar uma visão originalista, que venere a ancestralidade normativa acima das possíveis transformações pelas quais o conceito pode passar<sup>267</sup>.

Em seguida, a ideia deve ser objetificada, como um conceito intercambiável, ser descolada de seu contexto sociocultural e abstratizada com relação ao seu significado e função ideal. É um processo de reificação, formalização e idealização. Aqui, o móvel da IKEA é preparado para poder ser vendido nos diversos países em que a loja existe<sup>268</sup>. Pode-se dizer que essa fase equivale à formação do *tertium comparationis* exposto por Vergottini, Pegoraro e Rinella.

*Reificação* é o processo pelo qual uma norma “viva”, debatida e contestada, é despida de seu contexto político e sociocultural, transformada em uma “commodity”, que poderá ser transferida para outros países<sup>269</sup>. Por meio da *formalização*, a norma é reduzida ao simples texto, enunciados proposicionais sem os debates interpretativos e as convenções epistêmicas que lhe conferem significado e condicionam a sua aplicação. Quanto às instituições, são reduzidas às previsões constitucionais escritas que fixam, a um nível apenas proposicional, sua organização e funções<sup>270</sup>.

---

<sup>266</sup> FRANKENBERG, 2018, p. 115. Também descrito em FRANKENBERG, Günter. *Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited*. I.CON, v. 8, n. 3, Oxford University Press, 2010. p. 565. IKEA é uma grande loja de móveis sueca presente em vários países, onde vende produtos essencialmente iguais ou similares.

<sup>267</sup> FRANKENBERG, 2018, p. 116-117.

<sup>268</sup> *Op cit.* p. 116-117.

<sup>269</sup> *Op cit.* p. 118

<sup>270</sup> *Op cit.* p. 119.

Por sua vez, o processo de idealização transforma a aparência da “informação constitucional”: as normas são tomadas por seu significado aparente e tidas como representando o que elas efetivamente *deveriam* significar. Da mesma forma, instituições são apresentadas como funcionando da forma como *deveriam* funcionar. Esse processo distancia o conceito idealizado de sua existência real, transformando-o em ideologia, na exata medida em que camufla os seus aspectos ideológicos como puramente normativos<sup>271</sup>.

Fazendo um paralelo com a teoria dos formantes – o que provavelmente não seria bem recebido pelo próprio Frankenberg – é possível sustentar que, nesse momento, o formante estritamente jurídico, da previsão legal genérica ou da teoria totalmente abstrata, é desacoplado dos outros formantes que compõem a norma vivente, inclusive os criptotipos. Aqui, abstrai-se apenas a disposição genérica da efetiva norma operativa.

Adiante, a ideia já abstrata deve ser incorporada à consciência internacional coletiva acerca de conceitos constitucionais dignos de nota. Nessa fase, os institutos muito ligados às suas circunstâncias contextuais nacionais, que não puderam ser descontextualizados de maneira eficaz, costumam ser descartados. O móvel já pronto vai à central de distribuição da IKEA, de onde será enviado para as lojas<sup>272</sup>.

Nesse ponto, esse conceito “comoditizado” passa a compor um reservatório ou “supermercado” global de ideias, normas e instituições constitucionais. Assim, “itens constitucionais padronizados são registrados, armazenados, expostos e disponibilizados para compra aos produtores constitucionais de todo o mundo”<sup>273</sup>. No entanto, embora os itens tenham uma aparência inofensiva, não são inocentes; carregam entulhos coloniais, projetos políticos, intenções hegemônicas, estruturas etnocêntricas, tragédias e esperanças humanas e expectativas sociais. Tudo isso, porém, escondido por trás da “objetificação”, da norma originária nesse objeto intercambiável e transferível<sup>274</sup>.

A partir daí, é possível sustentar que a norma se tornou um modelo, passou a compor ao menos uma parte dos “tipos constitucionais”, os quais servem de fonte para as migrações na visão de Dantas, Vergottini, José Afonso da Silva e outros autores latinos citados. No entanto, esse supermercado de ideias não fornece as informações contextuais para guiar a aplicação do instituto ou situar os debates a seu respeito em seu novo ambiente. Não é impossível que os novos usuários busquem tais informações no país de origem, mas isso não costuma ser

---

<sup>271</sup> Op cit, p. 119.

<sup>272</sup> Op cit, p. 119.

<sup>273</sup> Op cit, p. 123.

<sup>274</sup> Op cit.

realizado, tanto pelas limitações políticas, quanto pela falta de interesse comparativo e criatividade institucional<sup>275</sup>.

Como abordado acima, tanto Watson, como Graziadei sustentam que a transferência não deve envolver mesmo o conceito como um todo, acompanhado de seus aspectos culturais e contextuais. Ela abarca muito mais a ideia fundante, a forma mais básica do instituto, que permite o seu desenvolvimento local pelos próprios intérpretes da nova ordem jurídica à qual ele é transferido<sup>276</sup>. O alerta de Frankenberg é no sentido de que essa abstração de uma ideia fundante esconde as controvérsias e os aspectos ideológicos das normas, bem como os defeitos de sua aplicação nas realidades concretas dos países.

Finalmente, a ideia chega ao seu local de destino, depois de que ainda deverá passar pelo processo complexo de inserção e readaptação. Nessa fase, o instituto será modificado, reinterpretado, desconstruído e complementado, até que se adeque à ordem que o recebeu ou seja por ela repellido<sup>277</sup>. Seguindo a linha de José Afonso da Silva, o conceito se adaptará à base material da sociedade em que é inserido. Pela teoria dos formantes adotada por Sacco, Pegoraro e Rinella, passará a ser um dos blocos a compor a norma jurídica final, cujo resultado dependerá da interação com os demais, inclusive os “criptotipos”.

Nesse último ponto – e complementando a noção de interação entre formantes – Perju alerta que as relações que o instituto migrante formará com as normas jurídicas e o contexto sociocultural que encontrará em seu destino nem sempre são previsíveis. Podem surgir efeitos adversos não antecipados pelos promotores da recepção<sup>278</sup>. Como os aplicadores do novo instituto não têm conhecimento de seu formato original de aplicação, nem da maneira como vem sendo utilizado e surtindo efeitos em seu ordenamento de origem, devem determiná-lo por si mesmos. No máximo, podem utilizar os guias e recomendações relativamente genéricos do constitucionalismo global<sup>279</sup>.

De fato, Frankenberg ressalta que essa é a fase mais complicada de todo o processo. Em primeiro lugar, pois a ordem nacional pode gerar uma “reação autoimune” e rejeitar de pronto o novo conceito. Nesse caso, todos os esforços realizados para a sua incorporação serão perdidos. Isso ocorre em três situações: quando o conceito abstrato simplesmente não faz

---

<sup>275</sup> Op cit, p. 126.

<sup>276</sup> WATSON, 1993, p. 18; GRAZIADEI, 2012, p. 455.

<sup>277</sup> FRANKENBERG, 2010, p. 575.

<sup>278</sup> PERJU, 2012, p. 1313.

<sup>279</sup> FRANKENBERG, 2018, p. 128.

sentido na ordem de destino, quando o se depara com grande oposição política interna e quando não é bem compreendido pelas instituições locais e não funciona nem perto de como deveria<sup>280</sup>.

Em segundo lugar, de qualquer forma, é possível que a norma não se adapte bem ao contexto social e ao ordenamento nacional como um todo. Falta algo que permita com que ela funcione adequadamente. Sua interação com as forças políticas e as práticas culturais locais produz algum problema, o qual ainda pode ser solucionado. Passa a ser necessário, então, um novo processo complexo e demorado de modificação, até que se encaixe no direito interno. Ainda, podem surgir lacunas antes inexistentes que, se não forem resolvidas por complementos produzidos no âmbito nacional, obrigam o país a retornar à loja da IKEA e adquirir ainda mais novos itens<sup>281</sup>.

De fato, transferências são moldadas tanto pela ignorância, quanto pela *expertise* daqueles confiados com a sua execução. Estes devem operar sem muito conhecimento do plano daqueles que criaram o conceito, tampouco de como ele se desenvolveu e vem se desenvolvendo em sua origem. Nesse contexto, costuma a surgir uma relação semiótica entre o país de origem e o de destino, a qual é normalmente mantida às sombras, mas se torna um fator importante para adaptar o instituto recebido – e possivelmente aqueles que se relacionam com ele<sup>282</sup>.

Scheppele sustenta que todo esse processo representa a essência das relações interconstitucionais. As migrações não são equivalentes à cópia de ideias produzidas no estrangeiro, e sim à assimilação de influências vindas dali, tanto positivas como negativas. A eventual incorporação, portanto, dependerá sempre de adaptações, reinvenções e adaptações por bricolagem, bem como traduções e compreensões mais ou menos equivocadas e todo tipo de perturbação do conceito original. Isso não é necessariamente um problema. Em verdade, representa a especial riqueza do novo ambiente constitucional mundial<sup>283</sup>.

De forma semelhante, Graziadei defende que a transferência não deve necessariamente ser coerente com o sistema receptor. Quem prega essa necessidade de encaixe perfeito desconsidera que elas são muitas vezes resultado da ação de atores sociais, em suas pautas políticas e interações com outros grupos. A sua atuação, então, promove a incorporação de conceitos por vezes até conflitantes com parte da lógica do ordenamento interno, o que não quer dizer que não sejam instrumentos importantes para mudanças e desenvolvimentos sociais<sup>284</sup>.

---

<sup>280</sup> Op cit, p. 129.

<sup>281</sup> Op cit, p. 130.

<sup>282</sup> Op cit, p. 130-132.

<sup>283</sup> SCHEPPELE, 2003, p. 297.

<sup>284</sup> GRAZIADEI, 2012, p. 470-473.

Há um lado negativo disso tudo: nos fundos do supermercado global de ideias constitucionais, discretamente expostas sob baixa luz, encontramos os institutos anticonstitucionais, normas autoritárias, combinações nefastas e todas as caixas de ferramentas caras à tirania<sup>285</sup>.

### 3.5. Migrações inconstitucionais e abusivas

O constitucionalismo abusivo não é objeto do presente trabalho, de modo que não cabe analisarmos a fundo seu significado, suas causas, efeitos e toda a enorme complexidade de circunda o tema. As migrações de ideias constitucionais, porém, vêm sendo instrumentos para a implementação de projetos abusivos, o que justifica uma breve explicação a seu respeito, para que nos voltemos melhor sobre as migrações em si posteriormente.

De acordo com Landau, constitucionalismo abusivo é “o uso de mecanismos de emenda constitucional para tornar um estado significativamente menos democrático do que era anteriormente”<sup>286</sup>. As aparências institucionais e o seu aspecto formal são mantidos, enquanto a democracia é atacada em sua substância.

Em um primeiro momento, o termo só era empregado para descrever aqueles regimes em que o abuso se dava de modo generalizado, “democraturas” – quase-ditaduras disfarçadas de democracias. Nos últimos tempos, seu uso vem sendo expandido para abarcar também abusos mais episódicos, que prejudicam a democracia local, sem que representem uma agressão significativa às suas bases<sup>287</sup>.

O constitucionalismo abusivo causa preocupação especialmente pois utiliza os próprios conceitos e institutos do constitucionalismo liberal para implementar seus projetos autoritários. Estes são tão comuns quanto no passado, mas agora vêm se disfarçando com os trajes de democracia, instrumentos eminentemente democráticos que, na prática, causam efeitos reversos<sup>288</sup>.

Isso fica claro pelo problema de o constitucionalismo abusivo ser mais comum nos continentes em que existem os maiores controles supranacionais para garantir o respeito à

---

<sup>285</sup> FRANKENBERG, 2018, p. 125.

<sup>286</sup> LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. University of California, Davis, Law Review, Davis, v. 47, apr. 2013., p. 195.

<sup>287</sup> BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton. Constitucionalismo Abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. Direitos Fundamentais de Justiça, Belo Horizonte, v. 12, n. 39, jul/dez. 2018, p. 86.

<sup>288</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind, Abusive Constitutional Borrowing, Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 176.

democracia, Europa e América Latina. Os perfis autoritários se adaptam ao entorno liberal-democrático para implementar seus projetos sem alarmar a comunidade externa<sup>289</sup>.

Esses planos esbarram com frequência no controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário e até mesmo pelo Legislativo. É necessário, então, que o processo ocorra gradualmente, às escondidas, por meio de medidas justificáveis, que não sejam isoladamente inconstitucionais<sup>290</sup>.

O ponto central para compreender a diferença entre isso e a tirania flagrante é que esses usurpadores prezam pela manutenção de uma aparência de legitimidade institucional. Sempre que criticados, podem responder que seguiram todos os processos institucionais e democráticos, bem como os parâmetros internacionais. Assim, os ataques são pouco perceptíveis para a população, as instituições de controle e a comunidade internacional. Ainda que se adquira consciência quanto aos riscos, a imposição de sanções é obstada pela inexistência de violações abertas e inquestionáveis<sup>291</sup>.

Para esses governos, então, é importante manter a legitimidade e evitar sanções perante a comunidade internacional, por mais que seus discursos costumem ser isolacionistas. Para isso, os governantes prestam-se à trabalhosa função de dissimular as medidas autoritárias por trás de conceitos jurídicos aceitos pela comunidade e sem violações evidentes aos princípios do direito internacional<sup>292</sup>.

Dessa forma, utilizam distorções conceituais e subterfúgios pelos quais a retórica liberal-democrática é voltada contra as próprias instituições democráticas, em favor do projeto iliberal<sup>293</sup>. O problema surge na interação entre as normas. Democráticas isoladamente, são “costuradas” para terem efeitos autoritários em conjunto, criando um verdadeiro “*frankenstate*”<sup>294</sup>.

Assim, migrações constitucionais abusivas são “o uso de conceitos, *designs* e princípios retirados de aspectos centrais do constitucionalismo liberal, mas que são intencionalmente transformados em ataques contra o núcleo mínimo da democracia eletiva”<sup>295</sup>. Essa estratégia dificulta que a erosão democrática seja percebida pelos observadores internos e externos. Ainda

---

<sup>289</sup> Op cit, p. 181.

<sup>290</sup> TUSHNET, Mark. Varieties of Populism. German Law Journal, Frankfurt am Main, v. 20, n. 3, 2019, p. 386.

<sup>291</sup> Op cit.

<sup>292</sup> HIRSCHL, Ran. Abusive Constitutional Borrowing, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law, v. 7, 2021, p. 7.

<sup>293</sup> GINSBURG, T., Review of Dixon and Landau, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law, v. 7, 2021, p. 2.

<sup>294</sup> SCHEPPELE, K., The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists do Not Work, Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions, v. 4, 2013, p. 560.

<sup>295</sup> LANDAU; DIXON, 2021, p. 36.

que o caráter erosivo seja perceptível, as violações são perpetradas com os mesmos institutos jurídicos existentes em seus próprios ordenamentos jurídicos, o que dificulta qualquer denúncia ou sanção – afinal esses grupos costumam a *incentivar* a adoção dessas normas. Além disso, uma denúncia abriria espaço para que as práticas antidemocráticas dos próprios constitucionalistas fossem objeto de escrutínio disseminado<sup>296</sup>.

É assim que as migrações constitucionais podem ser utilizadas de modo nocivo. Os governos autoritários adotam as fórmulas do constitucionalismo liberal clássico. No entanto, desvinculam a sua forma da substância, para que passem a ter resultados opostos ao que a teoria constitucional prevê<sup>297</sup>. Ao implementá-los de forma isolada ou em interação com outras normas internas, os antidemocratas conseguem, intencionalmente, gerar uma distorção nos efeitos da norma que leve à consolidação de práticas autoritárias. Embora efeitos negativos resultantes da inevitável distorção do conceito migrante sejam sempre possíveis, o procedimento em questão se dá intencionalmente, qual um vírus de laboratório<sup>298</sup>.

O abuso pode ser perpetrado de diferentes formas. O modelo mais simples é o empréstimo superficial: o instituto é formalmente incluído na ordem jurídica, sem a intenção de que produza efeitos reais na sociedade. Cria-se um constitucionalismo de fachada, sem efeitos práticos – por exemplo, uma ampla carta de direitos fundamentais sem nenhuma ação para implementá-los<sup>299</sup>. Não se deve confundi-lo com o constitucionalismo programático ou aspiracional, abordado por Scheppele<sup>300</sup>. Para o governante autoritário, os conceitos migrantes não têm eficácia de uma promessa ou aspiração, mas servem como uma fachada para esconder os atos antidemocráticos.

Outra forma é o empréstimo seletivo, por meio do qual o instituto é importado sem os mecanismos que lhe servem de controle, freios e contrapesos. A norma é inserida no ordenamento interno sem o restante do que compõe o seu “pacote normativo”, retirando-se estrategicamente os controles para sua aplicação antidemocrática – como mecanismos de proteção à honra de funcionários públicos sem medidas de *accountability* e liberdade de expressão. É também possível adotar diversos conceitos de países distintos que juntos têm efeitos problemáticos, criando uma “recombinação seletiva”<sup>301</sup>.

---

<sup>296</sup> Op cit, p. 17–19.

<sup>297</sup> Op cit, p. 19.

<sup>298</sup> TUSHNET, 2019, p. 386; SCHEPPELE, Kim. Autocratic Legalism. The University of Chicago Law Review, Chicago, v. 85 n. 2, 2018, p. 565.

<sup>299</sup> LANDAU; DIXON, 2021, p. 45–47.

<sup>300</sup> SCHEPPELE, 2003, *passim*.

<sup>301</sup> LANDAU; DIXON, 2021, p. 49.

Como vimos no início deste capítulo, toda migração constitucional envolve alguma seleção, e é inevitável que sofra adaptações quando inserida no ordenamento receptor. Aqui, no entanto, o problema do *cherry-picking* é levado ao extremo: o instituto é selecionado e isolado cuidadosamente para servir aos propósitos antidemocráticos do governo. Nesse contexto se dão os empréstimos acontextuais, em que as normas, em contato com as circunstâncias sociopolíticas do país destinatário, surtem efeitos antidemocráticos. No modelo seletivo e acontextual, o que determina o abuso não é a distorção ou adaptação do instituto – que é inevitável – mas o grau em que ele ocorre e os efeitos específicos daí advindos<sup>302</sup>. Ainda, há o empréstimo anti-teleológico, no qual uma norma com a finalidade de ampliar a democracia em seu país de origem é adotada com o objetivo oposto pelo governo autoritário<sup>303</sup>.

Exemplo do abuso acontextual é a adoção de cláusulas de barreira para distribuição de recursos financeiros e tempo de propaganda para partidos políticos em sistemas com alta concentração partidária, o que bloqueia grupos não majoritários de participar do jogo político. Exemplo do empréstimo anti-teleológico é a criação de um lugar específico destinado a abrigar as manifestações populares, mas em local distante e sem infraestrutura<sup>304</sup>.

Como se vê, o caráter abusivo do empréstimo só pode ser mensurado em uma perspectiva realista e global. É necessário verificar, na prática, como os institutos importados se comportam e quais os efeitos que produzem, tanto em suas origens como na interação com a realidade local. Isso, em conjunto com o comportamento dos governantes, costuma a permitir que se distingam migrações fracassadas das abusivas<sup>305</sup>.

As próprias cortes constitucionais podem servir de veículo para as migrações abusivas, desde que já tenham sido capturadas ou cooptadas pelo governo. Sua atuação pode ser no sentido de cancelar os atos abusivos do Executivo ou atacar ativamente as instituições democráticas restantes – controle de constitucionalidade abusivo fraco e forte, respectivamente<sup>306</sup>.

Nesses casos, o tribunal se remete a fontes estrangeiras em suas decisões das mesmas formas descritas acima – superficial, seletivo, acontextual ou anti-teleológico – para intencionalmente erodir as instituições democráticas. Trata-se, mais uma vez, de *cherry-picking*

---

<sup>302</sup> Op cit, p. 43–44.

<sup>303</sup> Op cit, p. 51–53.

<sup>304</sup> Cf. LANDAU; DIXON, 2021, p. 51-53.

<sup>305</sup> GINSBURG, 2021, p. 3.

<sup>306</sup> LANDAU; DIXON, 2021, p. 82.

levado ao extremo. Com envolvimento do Judiciário, o autoritarismo se torna ainda mais difícil de identificar, pois sua atividade confere um forte verniz de legitimidade às políticas<sup>307</sup>.

Tushnet, em comentário crítico à obra de Dixon e Landau, afirma que a má-fé no sentido da consolidação autoritária deve ser buscada com cuidado e não pode ser presumida. É necessário analisar o contexto geral, o plano de governo, o comportamento do governante e as medidas propostas a fim de verificar se são legítimas ou abusivas<sup>308</sup>.

Para ele, é essencial distinguir entre líderes declaradamente autoritários, que se manifestam pela necessidade de impor suas visões sobre os outros Poderes, como Rodrigo Duterte no Equador, daqueles que propõem uma “agenda ambiciosa de reforma”, como Franklin Roosevelt<sup>309</sup>. Nesses casos, deve-se considerar que a sua implementação é demorada, pode ultrapassar a duração do mandato, e a demora pode prejudicar o projeto no longo prazo. Em vista disso, é possível que o líder pode tentar acelerar o processo legislativo e de emenda constitucional de boa-fé<sup>310</sup>. Ainda, o Judiciário pode se firmar nas práticas vigentes – que podem ser negativas – e impor barreiras aos projetos. Nessa situação, é possível que o mandatário procure diminuir a ingerência das cortes também de boa-fé<sup>311</sup>.

Para Tushnet, a definição acerca da abusividade ou regularidade das importações acaba dependendo da opinião que se tem quanto à adequação da “agenda ambiciosa de reforma”. Isso porque é praticamente impossível prever como elas se desenvolverão no longo prazo, e as questões acerca da transparência, responsabilidade e democracia são flexíveis em diversos aspectos<sup>312</sup>. Não é possível definir quais empréstimos são abusivos sem uma forte carga ideológica de quem realiza essa análise. A diferenciação entre a busca arrojada por objetivos legítimos ou um ataque à democracia depende, em suma, da visão política com relação aos objetivos e aos meios adotados<sup>313</sup>.

Portanto, a distinção entre o legítimo e o abusivo é inescapavelmente uma faceta de imperialismo conceitual, uma vez que decorra da visão de que mudanças sociopolíticas devem ocorrer de modo incremental e dialogado, considerando as contribuições das diversas partes envolvidas, e não de um movimento enérgico e rápido<sup>314</sup>.

---

<sup>307</sup> Op cit, p. 82–84.

<sup>308</sup> TUSHNET, Mark. Review of Dixon and Landau’s, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, v. 7, 2021, p. 25–26.

<sup>309</sup> Op cit, p. 28.

<sup>310</sup> Op cit.

<sup>311</sup> TUSHNET, 2021, p. 28–29.

<sup>312</sup> Op cit, p. 31–32.

<sup>313</sup> Op cit, p. 42–43.

<sup>314</sup> Op cit, p. 47.

Dixon e Landau respondem que, apesar de existirem casos fronteiriços que requerem maior cautela, uma boa parte das medidas abusivas pode ser claramente reconhecida como tal. Um dos indicadores é a coerência do discurso antes e depois da implementação das mudanças<sup>315</sup>. Se os líderes abandonam suas promessas logo após obterem mais poder institucional, é provável que não tenham objetivos legítimos. Por exemplo, o presidente Eduardo Correa, também do Equador, implementou uma cartilha ampla de direitos relativos ao meio-ambiente, mas nunca havia sido um defensor dessa causa antes da campanha, tampouco agiu para dar efetividade às suas disposições após assumir o cargo<sup>316</sup>.

Outro indicativo são irregularidades nos procedimentos para emenda da constituição e para alterações legislativas. Se o Executivo desconsidera as regras que disciplinam a maneira como a sociedade deve discutir e decidir os assuntos de seu interesse, é também provável que tenham ciência da irregularidade de suas intenções. Como exemplo, os autores citam a assembleia constituinte da Venezuela de 2017, em que ocorreram diversas fraudes e distorções dos regulamentos para garantir as reformas abusivas propostas pelo governo<sup>317</sup>.

O principal, todavia, é analisar os efeitos práticos dos “pacotes normativos” implementados. Se, em seu conjunto, levam a efeitos práticos lesivos à democracia, não se pode sustentar que foram realizados de boa-fé<sup>318</sup>. Existem parâmetros que permitem definir objetivamente um núcleo mínimo para que um regime seja considerado democrático. Essa medida pode ser fornecida pelo próprio direito constitucional comparado, do qual se pode retirar uma “ancoragem democrática transnacional”, da qual se possam extrair formatos mínimos e aceitáveis de funcionamento das instituições constitucionais<sup>319</sup>.

Por fim, Dixon e Landau apontam que a concretização dessas “agendas ambiciosas de reforma” não pode ser vista como justificativa para violar o núcleo mínimo dos regimes democráticos, pois é sempre falso que o sacrifício desses princípios possa levar a um benefício de longo prazo para a população. Qualquer medida que afronte esses valores fundamentais, portanto, deve ser vista como abusiva<sup>320</sup>.

As migrações constitucionais abusivas estão entre os principais instrumentos para esse tipo de projeto autoritário. Com elas, os governos tirânicos mascaram seus abusos e desarmam a comunidade interna e internacional. É necessário entender o que são esses empréstimos e

---

<sup>315</sup> LANDAU; DIXON, 2021, p. 64-65.

<sup>316</sup> Op cit, p. 65.

<sup>317</sup> Op cit, p. 61-62.

<sup>318</sup> LANDAU; DIXON, 2021, p. 66.

<sup>319</sup> Op cit, p. 67.

<sup>320</sup> Op cit, p. 73.

como eles ocorrem, para conceber formas de coibi-los. Esse não é o objetivo do presente trabalho. No entanto, é responsabilidade daqueles que tratam do tema das migrações abordar o assunto, para que fiquemos atentos e prontos a contribuir na defesa da ordem democrática.

Praticamente todas as problemáticas tratadas neste item e nos anteriores são endereçadas pela teoria dos diálogos intercortes. Por meio deles, as influências transnacionais – positivas ou negativas – são processadas de modo crítico e dialógico, com todo o ônus argumentativo inerente às decisões de tribunais superiores. Como veremos, os diálogos aumentam ainda mais esse ônus, o que leva a um maior controle sobre abusos e subjetivismos. Passemos a eles.

#### **4. Diálogos intercortes**

Neste capítulo, abordaremos os diálogos intercortes, cuja expressão no Supremo Tribunal Federal compõe o cerne da pesquisa empírica a ser realizada adiante. Iniciaremos tratando do conceito dos diálogos, relacionando-os com as migrações vistas no capítulo anterior. Em seguida, exporemos os conceitos de resistência, convergência e engajamento de Vicki Jackson. Após, trataremos dos modelos de cooperação entre os ordenamentos jurídicos de diferentes países e naturezas. Por fim, apresentaremos algumas teorias do constitucionalismo latino-americano, com destaque para o “*Ius Commune Constitutionale*”.

##### **4.1. Conceituando os diálogos intercortes**

Os diálogos intercortes e migrações de ideias constitucionais denotam um fluxo constante e dinâmico de estímulos entre ordenamentos diferentes, que envolvem difusão e conhecimento, mais ou menos aprofundados, e das suas ideias fundantes, sem necessidade de aceitação das soluções estrangeiras<sup>321</sup>.

O presente trabalho busca dar continuidade a uma análise empírica iniciada por Peter da Silva. Vale, pois, citar diretamente seu conceito de diálogos:

Os diálogos judiciais transnacionais, termo escolhido como o mais adequado para fins do presente estudo, compõem-se de interações horizontais entre os juízes das mais altas cortes nacionais. Tais interações podem ocorrer de diversas formas, presenciais ou eletrônicas, síncronas ou assíncronas, e caracterizam-se pela disposição e abertura das instituições e dos magistrados das cortes supremas e constitucionais a fazer intercâmbio, com seus pares de outros países, acerca de regras, metodologias e produções acadêmicas do campo do direito constitucional, mais especialmente a teoria, prática e dogmática dos direitos fundamentais.<sup>322</sup>

Ainda, de acordo com Vergottini:

Sempre que se fala em diálogo, refere-se aos encontros mais ou menos sistemáticos que ocorrem entre juízes representantes de diferentes cortes. Estas são iniciativas que

---

<sup>321</sup> VERGOTTINI, 2014-a, p. 8.

<sup>322</sup> SILVA, 2014, p. 115.

existem há algum tempo e que servem para debater temas de interesse comum, desde o tipo de competências atribuídas aos diferentes juízes até a análise de orientações jurisprudenciais relativas a várias áreas de atuação. As iniciativas em questão têm valor informativo e de conhecimento e certamente parecem úteis para reforçar vínculos que facilitam a formação de um espaço cultural homogêneo. Obviamente, isso não significa que, a partir desse nível de relacionamento, deva-se passar à utilização recíproca concreta de precedentes jurisprudenciais. Portanto, o diálogo entre cortes pode assumir uma amplitude mais sutil do que o (suposto) diálogo entre as jurisprudências das cortes.<sup>323</sup>

Esses diálogos, então, vêm levando a uma progressiva aproximação entre as ordens jurídicas diversas. Em certos casos, envolvem a criação de ordenamentos supraestatais, como na Europa. Esse é um dos principais fenômenos por trás da aproximação entre os sistemas de *common* e *civil law*, mas também entre ordens ideológicas diversas. É particularmente forte no âmbito dos direitos fundamentais, sobretudo pela atuação dos sistemas internacionais de direitos humanos, pelas sentenças de suas cortes, que produzem uma indiscutível tendência de homogeneização entre as ordens. Esta pode se dar de maneiras diversas, tanto pela harmonização de sistemas que continuam essencialmente diversos, quanto pela efetiva hibridização de ordens<sup>324</sup>. Nesse contexto, os sistemas se tornam abertos, com diálogos entre as cortes nacionais e internacionais, em um processo de fertilização cruzada, no qual as partes não atuam mais como meros receptores, mas produzem um diálogo ativo entre si<sup>325</sup>.

De acordo com Hirschl, os diálogos intercortes são atualmente os principais vetores das migrações constitucionais. Eles significam a utilização dialógica de decisões estrangeiras pelos tribunais nacionais para resolver casos domésticos<sup>326</sup>. Essas referências não são obrigatórias, tampouco vinculantes. São utilizadas para estabelecer um verdadeiro diálogo construtivo, que leve em consideração perspectivas diversas sobre a solução de problemas similares.

Nesse contexto, Pegoraro e Rinella ilustram que é possível observar o mesmo fenômeno sob diferentes pontos de vista. Pode-se contemplar o mesmo jardim da janela da sala, do sótão, de cima de uma árvore, de um avião e de uma estação espacial. Todas são visões diferentes, todavia igualmente válidas e potencialmente enriquecedoras do entendimento dos objetos apreciados. Os diálogos – e a pressuposta comparação constitucional – dependem da empatia e a tem igualmente como resultado<sup>327</sup>.

Neves sustenta que, por meio dessa alteridade, da consideração a sério dos pontos de vistas dos outros, as ordens nacionais podem reconstruir a sua identidade de maneira frutífera

---

<sup>323</sup> VERGOTTINI, 2014-b, versão kindle, loc. 2131.

<sup>324</sup> VERGOTTINI, 2014-a, p. 9-10.

<sup>325</sup> Op cit, p. 14.

<sup>326</sup> HIRSCHL, 2014, p. 25.

<sup>327</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, prefácio.

e enriquecedora, em um processo entrelaçado de cooperação mútua, “porque todo observador tem um limite de visão no ‘ponto cego’, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação”<sup>328</sup>.

Peter da Silva destaca que, no contexto constitucional contemporâneo, as cortes farão cada vez mais escolhas interpretativas, as quais merecerão a devida justificação para que sejam reconhecidas como legítimas. O processo dialógico, assim, contribui para essa justificação, com a aceitação ou rejeição dialógica das decisões que se constituíram pela construção cooperativa. Logo, a comparação jusfundamental se torna elemento estrutural intrínseco legitimador da atuação das cortes de onde são provenientes. Ou seja, “as cortes estarão sempre se justificando diante dos precedentes estrangeiros”, o que aumenta a carga argumentativa<sup>329</sup>.

Nesse contexto, a comparação ganha autonomia e importância por si mesma, sem haver qualquer julgamento quanto à adequação das ideias utilizadas como pontos dialógicos, nem com a qualificação dos sujeitos envolvidos. O método de alteridade representa um compromisso com a autocompreensão, com o entendimento dos próprios problemas, da própria identidade e da própria história a partir de um olhar para o outro e os problemas semelhantes enfrentados por ele, dentro de seus contextos. É “um processo que utiliza como instrumento a autoidentificação pela experiência alheia”<sup>330</sup>.

Quanto a isso, Bogdandy conclui que “podemos ilustrar esse ponto modificando levemente uma imagem descrita por Isaac Newton: para alcançar um novo conhecimento em um processo de pesquisa comum não é necessário um ponto de vista mais elevado, um ponto de vista diferente basta”<sup>331</sup>.

Seguindo essa linha, tais diálogos têm uma carga política tão importante quanto a jurídica<sup>332</sup>. Podem servir de instrumento persuasivo ou interpretativo, demonstrar a funcionalidade de certo instituto em outros países, de parâmetro comparativo com relação a um tópico em comum ou, ainda, de simples ornamento para a decisão judicial<sup>333</sup>. Assim, pode ter finalidades diplomáticas, correspondendo ou resistindo a pressões dos demais poderes em nível de políticas públicas ou modelo de estado. Ainda, podem representar ambições da própria corte de avançar ou frear determinadas agendas em âmbito internacional<sup>334</sup>.

---

<sup>328</sup> NEVES, 2009, p. 278-279.

<sup>329</sup> SILVA, 2014, p. 81.

<sup>330</sup> Op cit, p. 82.

<sup>331</sup> BOGDANDY, 2015, p. 19.

<sup>332</sup> HIRSCHL, 2014, p. 22.

<sup>333</sup> Op cit, p. 25.

<sup>334</sup> LAW. David S. Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 4, 2015. p. 1003-1006.

De acordo com McCrudden, há diferentes motivos pelos quais as cortes podem escolher citar julgados e conceitos elaborados por seus pares estrangeiros. Em primeiro lugar, elas tendem a optar por outras que compartilhem de seu idioma e de sua ideologia. Isto é, tribunais liberais citam outros de mesma tendência<sup>335</sup>. Em igual sentido, Vergottini sustenta que os juízes tendem a citar apenas as cortes de países que adotam os mesmos modelos constitucionais e que confirmam suas posições ideológicas<sup>336</sup>. Dessa forma, Agesta afirma que a difusão de ideias constitucionais se dá sobretudo entre os ordenamentos que compartilhem do mesmo “clima espiritual” e, assim, ocorre em conjunto com a expansão das ideologias sobre as quais se apoiam<sup>337</sup>.

Em segundo lugar, instituições mais novas costumam referenciar as mais antigas, como modo de embasar suas decisões em autoridades externas mais “estabelecidas”<sup>338</sup>. Tal ponto deve ser visto com cuidado, já que os diálogos – em uma perspectiva transformadora, não têm por finalidade difundir soluções prontas “do centro à periferia”. O intercâmbio de ideias deve ser amplo, livre e efetivo, deve reconhecer a complexidade e a pluralidade, e não as ignorar ou reduzir<sup>339</sup>.

Dessa forma, ele serve para dar voz à periferia global, pois, tomado corretamente, permite que a solução melhor fundamentada prevaleça, enquanto as demais sejam dialogicamente superadas. Quando se ignora essa complexidade do outro, utiliza-se um falso diálogo para justificar práticas não dialógicas<sup>340</sup>.

Nesse sentido, Neves afirma que os diálogos se tornam necessários na medida em que os problemas enfrentados por cada ordem constitucional adquirem caráter global e complexo, demonstram-se de modo semelhante nos diferentes locais ou até têm efeitos externos ao seu ordenamento doméstico. Assim, passam a requerer soluções concertadas e interrelacionadas, no mesmo passo em que o entrelaçamento transconstitucional pode fornecer estruturas para a compreensão e estruturação dessas ações resolutivas<sup>341</sup>.

Em terceiro lugar, a opção pode visar a agradar a “audiência” das decisões judiciais, ou seja, aqueles que os juízes consideram ser o público-alvo direto de suas manifestações<sup>342</sup>. Hirschl explica que a expectativa de que as determinações das cortes sejam efetivamente

---

<sup>335</sup> MCCRUDDEN, 2013, p. 517

<sup>336</sup> VERGOTTINI, 2014, p. 14.

<sup>337</sup> AGESTA, 1980, p. 25-26.

<sup>338</sup> MCCRUDDEN, 2013, p. 518.

<sup>339</sup> FACHIN; CAMBI; PORTO, 2022, p. 214-216.

<sup>340</sup> Op cit, p. 216.

<sup>341</sup> NEVES, 2009, p. 117-122.

<sup>342</sup> MCCRUDDEN, 2013, p. 519.

cumpridas, bem como possíveis reações adversas importantes a ativismos judiciais, costumam afetar a forma como os julgadores embasam suas conclusões. Outro fator importante é a imagem e o legado que eles desejam cultivar da instituição e de si mesmos perante a comunidade epistêmica pertinente, a “rede de juristas”, inclusive a internacional<sup>343</sup>.

Além disso, os diálogos são possibilitados por fatores institucionais, como a existência e o ensino de uma cultura comparativa, assim como a disponibilidade de plataformas para o estudo dos direitos estrangeiros e das decisões proferidas pelas suas cortes. Até mesmo a presença de assessores especializados ou com experiência em direito comparado nos gabinetes ocasiona diferentes comportamentos com relação ao tema. Como explica Law, os juízes dificilmente serão capazes de promover algum diálogo intercortes se não tiverem como conhecer e compreender os precedentes de seus pares<sup>344</sup>.

Ademais, esse intercâmbio é favorecido pela visão da constituição como fonte transformativa, em oposição à conservadora. Dessa maneira, como será abordado adiante, o constitucionalismo transformador – que busca proporcionar grandes mudanças na sociedade com relação ao respeito aos direitos humanos – pressupõe esse pluralismo dialógico<sup>345</sup>. A adoção de uma lógica pós-positivista de interpretação fomenta o intercâmbio de ideias<sup>346</sup>, ao passo em que a própria metodologia do estudo, da compreensão e da aplicação do direito se desenvolvem para abarcar a maior complexidade das relações jurídicas e sociais contemporâneas<sup>347</sup>.

Em uma perspectiva eminentemente prática, Peter da Silva ressalta que os diálogos necessitam de uma abertura operacional das cortes. Isto é, a tradução das decisões, a criação de um portal virtual facilmente acessível aos seus pares estrangeiros, a institucionalização do processo de seleção e disponibilização das informações sobre decisões de cortes estrangeiras e a formação de consciência institucional sobre essa missão de abertura entre os próprios juízes e servidores<sup>348</sup>.

Assim, o diálogo pode ser utilizado para sinalizar ou efetivar o compromisso com a adoção de certos parâmetros democráticos tidos como standards internacionais de boas práticas<sup>349</sup>. De acordo com Kim Scheppele, isso representa o constitucionalismo aspiracional,

---

<sup>343</sup> HIRSCHL, 2014, p. 42.

<sup>344</sup> *Op cit.* p. 1009-1011.

<sup>345</sup> Cf. MELLO, 2019, *passim*.

<sup>346</sup> MCCRUDDEN, 2013, p. 524-525.

<sup>347</sup> MIRANDA, 1987, p. 208.

<sup>348</sup> SILVA, 2014, p. 122-123, 128.

<sup>349</sup> HIRSCHL, 2014, p. 54-55.

o qual se volta ao futuro e visa ao alcance de metas para o desenvolvimento sociopolítico nacional<sup>350</sup> – de modo semelhante ao constitucionalismo transformador mencionado.

Por conseguinte, esse olhar busca dar um caráter construtivo à ordem constitucional como um todo e demonstrar a intenção dos atores políticos de atingir uma sociedade democrática e respeitosa dos direitos humanos. Para isso, é comum que tanto na criação, como na interpretação da carta, países que expressem valores similares ou que já tenham alcançado os objetivos pretendidos sejam usados como parâmetros e exemplos para o desenvolvimento dos conceitos domésticos<sup>351</sup>.

Nesse sentido, Vergottini afirma que os maiores vetores dos diálogos intercortes e das migrações constitucionais são as “constituições tipos”, isto é, que desempenharam bem suas funções e possibilitaram a emergência de uma ordem jurídica e social considerada desejável por um grande número de outros países, tornando-se um modelo a ser “copiado” pelos demais<sup>352</sup>.

Por outro lado, como já exposto, o diálogo não impõe convergência, e as soluções estrangeiras não são de forma alguma vinculantes. Portanto, a influência pode até mesmo se dar em sentido inverso. Quanto a isso, Scheppele explica que outra forma relevante de diálogo é o aversivo, por meio do qual se constata soluções e conformações políticas que os julgadores entendem indesejáveis e pretendem evitar. Dessa forma, a constituição é interpretada de modo a divergir o máximo possível dessa ideia negativa<sup>353</sup>.

Nesse passo, há uma percepção por parte de alguns autores de que essas influências em busca de “melhores práticas” simbolizam uma nova forma de imperialismo por parte do norte global. Segundo Meyer, as cortes vêm focando suas atenções somente nas jurisdições anglo-europeias, e não se voltam a ordenamentos com muito mais características em comum com a ordem nacional. Para ele, esse “diálogo” representa a fase mais recente do imperialismo, em que as categorias constitucionais hegemônicas se impõem por meio da exportação de institutos permeados ideologicamente como os únicos representativos do verdadeiro constitucionalismo<sup>354</sup>.

Isso é refletido na baixíssima quantidade de referências a casos julgados por cortes do sul global, inclusive entre elas próprias. Como aponta Hirschl, os casos citados costumam ser originários de alguns poucos “*usual suspects*”, quase sempre do oeste europeu e da América do

---

<sup>350</sup> SCHEPPELE, 2003, p. 299.

<sup>351</sup> Op cit, p. 299.

<sup>352</sup> VERGOTTINI, 2014, p. 100.

<sup>353</sup> Op cit. p. 300-302.

<sup>354</sup> MEYER, 2019, p. 2-3.

Norte. De fato, como se verá adiante, essa prática parece ser confirmada no Brasil por análises empíricas dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, e representa um obstáculo à consolidação de um constitucionalismo transformador, que potencialize ao máximo a proteção dos direitos humanos<sup>355</sup>.

O diálogo no sentido apresentado é uma das possibilidades de reação interna aos influxos jurídicos transnacionais. Para compreender adequadamente o cenário global, contudo, é necessário debater também as outras formas pelas quais as cortes podem reagir às influências externas. Para isso, passamos a expor a teoria de Vicki Jackson acerca da resistência, convergência e engajamento – tendo em vista que apenas este último é o que se adequa ao cenário de rede acima exposto.

#### **4.2. Resistência, convergência e engajamento**

De acordo com Vicki Jackson, os agentes internos, ao se depararem com os inevitáveis influxos transnacionais, podem reagir com resistência, convergência ou engajamento<sup>356</sup>.

A resistência pode ser explícita ou se manifestar pelo silêncio ou indiferença às influências externas<sup>357</sup>. Entre quem defende essa postura estão aqueles com uma visão originalista ou majoritária acerca da interpretação constitucional. Nessa ótica, assumir que conceitos jurídicos estrangeiros interfiram no âmbito interno – sem que tenham passado pela aprovação das instituições representativas do povo nacional – representa uma grave violação ao caráter democrático do direito<sup>358</sup>.

Em sentido semelhante, defende-se que a ampliação das possíveis fontes de fundamentação para as decisões ocasiona uma ampliação desproporcional da discricionariedade jurisdicional. Afinal, torna-se possível que os juízes partam de uma infinidade de soluções diferentes e escolham aquela que melhor se adequa às suas preferências pessoais ou políticas, ainda que em oposição ao direito interno<sup>359</sup>. Esse fenômeno é o que se convencionou chamar de *cherry-picking* e é uma forma de mau uso do direito comparado por juízes<sup>360</sup>.

Essa utilização problemática de precedentes estrangeiros consiste na escolha pelos juízes daqueles que corroborem a sua opinião pessoal e ideologia, como se estivessem colhendo cerejas. Os conceitos exteriores são utilizados sem a devida atenção ao seu contexto e até

---

<sup>355</sup> HIRSCHL, 2014, p. 23.

<sup>356</sup> JACKSON, 2010, p. 8-9.

<sup>357</sup> Op cit. p. 32-33.

<sup>358</sup> Op cit., p. 20-22.

<sup>359</sup> Op cit., p. 26.

<sup>360</sup> MEYER, 2019, p. 1.

mesmo ao seu significado no país de origem, tão somente para servirem de suposta fundamentação a uma decisão que carece de outra base<sup>361</sup>.

Quanto a isso, Legrand, principal representante da escola comparada culturalista/expressivista, sustenta que os intérpretes internos simplesmente não conseguem compreender adequadamente o significado das normas jurídicas estrangeiras, na medida em que não têm conhecimento da realidade sociocultural em que elas estão inseridas e não podem jamais adentrar na mentalidade dos nacionais de outro ordenamento. Por esse motivo, o “diálogo” deixará sempre um certo vácuo de entendimento, um descompasso insuperável – que pode ou não ser um problema, a depender de como o seu uso acontece<sup>362</sup>.

Por sua vez, a convergência costuma a se identificar com autores de viés universalista, cujo objetivo é estabelecer parâmetros gerais de direitos a partir de “melhores práticas” aplicáveis a todos os demais. Esses estudiosos partem principalmente dos tratados internacionais, dos blocos de integração regionais e das diretrizes das organizações internacionais<sup>363</sup>.

Nesse contexto, de acordo com Michael Kirby, as cortes nacionais devem ter por objetivo estabelecer relações de convergência e harmonização com os demais países democráticos e respeitosos dos direitos humanos. Com efeito, essa cooperação mútua unidirecional possibilita a efetiva adoção das melhores práticas para a defesa de direitos, além de propiciar um standard protetivo contra retrocessos e ataques nesse tocante<sup>364</sup>.

Em que pese essa visão, Vergottini bem ressalta que falar em universalização do direito é um tanto otimista – se é que essa homogeneização é de fato desejável – uma vez que as disposições de direitos humanos, na grande maioria dos países, estão muito distantes da realidade vivenciada pelos cidadãos<sup>365</sup>.

Embora essas duas posturas sejam bastante difundidas, a mais relevante é a do engajamento. Segundo Neves, essa é a maneira pela qual o diálogo consegue entrelaçar produtivamente os ordenamentos jurídicos e criar uma forma de dois lados, que permite o desenvolvimento mútuo dos envolvidos<sup>366</sup>.

---

<sup>361</sup> HIRSCHL, 2014, p. 237.

<sup>362</sup> JACKSON, 2010, p. 24-25.

<sup>363</sup> Op cit., p. 40-41.

<sup>364</sup> KIRBY, Michael. *International Law: the impact on national constitutions*. American University International Law Review, v. 21, n. 3, Washington D.C., 2006, p. 356-359.

<sup>365</sup> VERGOTTINI, 2014, p. 39-40.

<sup>366</sup> NEVES, 2009, p. 258-259.

Nesse modelo, o diálogo tem por finalidade principal possibilitar a autorreflexão e o autodesenvolvimento dos ordenamentos internos, em um processo também de cooperação mútua, mas com respeito às particularidades nacionais. Assim, as influências e precedentes estrangeiros devem ser considerados e levados a sério, sem necessidade de que sejam seguidos pelos agentes internos. Dessa forma, a experiência transnacional serve como guia e fundamento para a tomada de decisões domésticas mais informadas e com maior imparcialidade<sup>367</sup>.

Jackson aponta que o engajamento pode ainda ser deliberativo ou relacional. Na primeira forma, os conceitos estrangeiros são utilizados como instrumento argumentativo, para corroborar a decisão em determinado sentido a partir das experiências diversas com problemas similares<sup>368</sup>. No modo relacional, a consideração desses precedentes é obrigatória, mas não necessariamente a sua adoção. O engajamento se dá pela inserção em uma comunidade jurídica em busca da resolução de desafios comuns e compartilhados – como o sistema latino-americano<sup>369</sup>.

De seu lado, Vergottini expõe que os juízes interpretam e aplicam somente o seu próprio direito. Para isso, as fontes estrangeiras podem ser utilizadas como matéria fática, assim como dados históricos ou opiniões doutrinárias, para formar a cognição, nunca para motivar o dispositivo. Ou seja, o juiz não aplica o direito estrangeiro, apenas o utiliza como argumento fático para compreender melhor e aplicar o direito nacional<sup>370</sup>.

Desse modo, o raciocínio comparativo é usado como argumento de autoridade, demonstrando que a interpretação de um dispositivo interno proposta é a mesma adotada alhures. Esse intercâmbio vem sendo visto como desejável nos países pluralistas e democráticos, embora seja em regra discricionário dos juízes<sup>371</sup>. Apesar disso, deve-se ter cuidado para que o julgamento não se embase em ordenamentos que não compartilhem dos mesmos princípios fundantes do nacional, a não ser em caráter aversivo<sup>372</sup>.

Nesse contexto, Choudhry destaca que o estabelecimento do diálogo também pode ter por finalidade expressar a filiação a determinada ideologia ou forma de estado – como a democracia e o estado de direito –, bem como o compromisso com a consecução de certos objetivos – como a proteção e concretização dos direitos humanos<sup>373</sup>.

---

<sup>367</sup> JACKSON, 2010, p. 71.

<sup>368</sup> *Op cit.* p. 77.

<sup>369</sup> *Op cit.* p. 80.

<sup>370</sup> VERGOTTINI, 2014, p. 43-45.

<sup>371</sup> *Op cit.*, p. 48-49.

<sup>372</sup> *Op cit.*

<sup>373</sup> CHOUDHRY, 2006, p. 22-23.

No que toca aos direitos humanos, esse relacionamento dialógico deve se dar a partir do princípio *pro persona*, colocando em seu centro o ser humano localizado e contextualizado – em oposição a um sujeito abstrato universal. Logo, o diálogo nem sempre representa deferência ou convergência, mas guarda diversas tensões e relações conflituosas, as quais produzem resultados a partir de uma catarse que fomenta o pluralismo e a expansão dos direitos humanos<sup>374</sup>.

De acordo com Peter da Silva, o engajamento abarca o conceito de migração de ideias constitucionais e pode ser útil sobretudo quando houver múltiplas escolhas interpretativas, quando for necessário considerar o melhor caminho funcional do sistema e quando se buscar compreender a dimensão suprapositiva dos direitos fundamentais. Se há mais de uma interpretação plausível, a comparação é uma ótima forma de obter material empírico das diretrizes adotadas por outros países. Não se busca fundamentação no direito estrangeiro, utilizam-se fontes transnacionais como referências informativas para a resolução de problemas postos no contexto interno<sup>375</sup>.

As fontes internacionais servem para definir o conteúdo de normas gerais e abstratas, como são a maioria das previsões acerca dos direitos fundamentais e humanos. Assim, a ideia das migrações e a utilização da comparação torna as decisões judiciais mais transparentes e mais democráticas, uma vez que permite uma maior justificação, amplia o rol de compromissos éticos a serem assumidos e deixa mais claros os argumentos utilizados e a linha de raciocínio adotada<sup>376</sup>.

Em adição a esses três modelos, Mello sustenta que existe uma postura ambivalente, representada por cortes que adotam posturas oscilantes com relação à comparação constitucional – como o Supremo Tribunal Federal –, “que oscila entre ignorar a prática estrangeira em algumas situações; utilizar decisões estrangeiras com um bom nível de engajamento argumentativo em outros casos; e, por fim, invocar decisões estrangeiras de forma superficial e sem grande aprofundamento em outros tantos”<sup>377</sup>.

Por conseguinte, vê-se que os diálogos podem ocorrer de diversas formas e por diversos motivos. Fixados esses pontos e partindo da perspectiva do engajamento, podemos passar à abordagem das teorias que explicam esse novo modelo de interação entre os ordenamentos jurídicos nacionais, sobretudo em seus níveis constitucionais.

---

<sup>374</sup> FACHIN; CAMBI; PORTO, 2022, p. 231.

<sup>375</sup> SILVA, 2014, p. 100-101.

<sup>376</sup> Op cit, p. 102.

<sup>377</sup> MELLO, 2020, p. 100.

### 4.3. Modelos de interações constitucionais transnacionais

O atual avanço da globalização impede que se continuem utilizando as fórmulas antigas de soberania e democracia. É necessário pensar em novos modelos, que sirvam para compreender adequadamente as novas e inevitáveis relações que vêm se formando entre os ordenamentos jurídicos de países diferentes<sup>378</sup>.

De fato, a expansão dos meios de comunicação, a integração econômica e cultural, o surgimento de diversos problemas comuns a nível regional e global, com a correlata expansão do direito internacional público, vêm fazendo com que os direitos se relacionem entre ordens diversas, a partir de interações que não existiam sob a concepção positivista<sup>379</sup>.

Por conseguinte, esse atual estágio da globalização faz com que boa parte dos problemas atinja proporção global, o que torna impossível atuar isoladamente dentro da “nação soberana”. Em igual medida, a expansão da proteção e dos sistemas protetivos de direitos humanos a nível internacional faz com que os países devam conjugar esforços para efetivá-los, com base na solidariedade. Os direitos humanos, então, geram obrigações *erga omnes* de cooperação para o desenvolvimento global<sup>380</sup>.

Nesse novo cenário, emerge um novo espaço e direito público, os quais demandam o diálogo entre as diferentes ordens constitucionais para a ampliação e a expansão da dignidade humana e dos direitos humanos. Essa relação é tensa e produtiva, a partir de uma lógica plural, complexa, impura e miscigenada. Trata-se do direito constitucional multinível, o qual engloba as constituições nacionais, as convenções e tratados de direitos humanos e os órgãos internacionais responsáveis pela sua aplicação e interpretação<sup>381</sup>.

Para Mello, a melhor maneira de identificar esse novo contexto é como constitucionalismo em rede. Nesse cenário, as cortes responsáveis pela aplicação do direito constitucional não interagem apenas entre si, mas também com todos os demais atores relevantes no plano interno e externo, como a imprensa, os demais poderes, a sociedade civil, as organizações internacionais, as ONGs, entre outros<sup>382</sup>.

Em matéria de direitos humanos e fundamentais, essas relações devem ser guiadas pelo princípio *pro persona*, de modo a conferir a maior proteção possível a esses direitos, dentro do

---

<sup>378</sup> SLAUGHTER, Anne Marie. Global government networks, global information agencies, and disaggregated democracy. *Michigan Journal of International Law*, v. 24, n. 4, 2003, p. 1042-1043

<sup>379</sup> VERGOTTINI, 2014, p. 337-342.

<sup>380</sup> FACHIN, Melina Girardi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. *Constituição e Direitos Humanos*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 197-200.

<sup>381</sup> FACHIN; CAMBI; PORTO, 2022, p. 212.

<sup>382</sup> MELLO, 2019, p. 260.

contexto de cada ordenamento jurídico. Dessa forma, as redes não guardam nenhuma relação de hierarquia. Ao contrário, permitem uma interação horizontal entre todos os participantes, direcionada à melhor concretização dos direitos envolvidos<sup>383</sup>.

Para Slaughter, as redes regulatórias podem surgir de três formas diferentes. Podem ser resultado da interação dos reguladores nacionais dentro de uma organização internacional; podem derivar de um tratado internacional que enseja a cooperação ou podem surgir espontaneamente, sem uma estrutura formal, a partir da necessidade de trabalho conjunto para a resolução de problemas comuns<sup>384</sup>. Essas últimas são as que melhor representam as redes constitucionais e que atualmente possuem maior relevância.

Marcelo Neves, que se refere ao fenômeno como transconstitucionalismo, sustenta que as relações nesse nível se formam a partir de prestações recíprocas de *input* e *output*, interpenetrações e interferências mútuas. Os ordenamentos, relativamente independentes, formam relações de aprendizado recíproco, sem hierarquização. Assim, a lógica transconstitucional é avessa tanto ao nacionalismo, como ao internacionalismo, na medida em que apregoa possibilidades reflexivas mais abrangentes e não predeterminadas<sup>385</sup>.

Peter da Silva dá um passo além e propõe a existência de relações transjusfundamentais. Trata-se de uma visão ainda mais complexa do transconstitucionalismo, pautada principalmente nos direitos fundamentais e humanos e que não se restringe às fontes constitucionais em si. Pela lógica transjusfundamental, o diálogo deve ocorrer entre todos os atores no plano dos direitos jusfundamentais, mesmo aqueles não oficiais, sempre com o propósito de incrementar a eficácia e a proteção desses direitos<sup>386</sup>.

Dessa forma, a transjusfundamentalidade é fenômeno tridimensional. No plano da teoria jurídica, parte de um estado contemporâneo vinculado de todas as formas pelos direitos fundamentais. No plano metodológico, apresenta-se como alteridade, a percepção do outro como espelho de si próprio, de modo a fazer face à complexidade dos problemas e necessidades contemporâneas. No plano descritivo dos fenômenos culturais, apresenta-se como uma fórmula ou prática decisória comprometida com a comparação jurídica<sup>387</sup>.

Seguindo essa linha, Virgílio Afonso da Silva sustenta que o paradigma dialógico atual deve buscar a superação dos debates relativos à hierarquia dos tratados internacionais e à vinculação aos precedentes das cortes regionais. É necessário partir dos conceitos de migrações

---

<sup>383</sup> Op cit.

<sup>384</sup> SLAUGHTER, 2003, p. 8-9.

<sup>385</sup> NEVES, 2009, p. 125-127.

<sup>386</sup> SILVA, 2014, passim.

<sup>387</sup> Op cit, p. 64.

e empréstimos constitucionais – em uma circulação livre de experiências, teorias e ideias – para reconhecer que os diálogos se dão no nível argumentativo, no qual ocorre a integração entre os ordenamentos nacionais e os supranacionais, em todas as direções<sup>388</sup>.

Agesta, já nos anos 80, destacou que o constitucionalismo, em uma perspectiva comparada, deve ter em vista que o desenvolvimento de cada ordem constitucional não se dá de maneira isolada, mas em relações de interferência mútua com as demais, em um modelo dialético de ação e reação. Nesse sentido, a soma dessas experiências – cada uma à sua maneira – contribuiria para a compreensão do processo histórico humano em termos universais.<sup>389</sup>

Nesse passo, Bogdandy afirma que o paradigma atual é de uma estatalidade aberta, em que as ordens nacionais se abriam aos tratados e convenções internacionais, bem como às influências umas das outras. Dessa forma, o que se busca é que haja a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional, incorporando-se esses diálogos à lógica do sistema como um todo, de modo a melhor concretizar e fomentar os direitos humanos interna e externamente<sup>390</sup>.

Partindo de sua teoria da sociedade aberta dos intérpretes, Häberle sustenta que os constitucionalismos contemporâneos devem buscar uma existência cooperativa, que é uma imposição dos próprios direitos fundamentais. Segundo ele – que é a principal referência de Peter da Silva – a concretização desses direitos, considerando os tratados internacionais e a natureza dos desafios, leva à criação de uma “liga de interpretação constitucional”, a partir da qual os diversos ordenamentos contribuem reciprocamente na determinação dos conteúdos e da forma de proteção dos direitos jusfundamentais, por meio de um processo dialógico e não hierárquico<sup>391</sup>.

Esse cenário – que ainda não é realidade, mas deve ser um objetivo dos constitucionalismos – deriva do entrelaçamento entre os direitos constitucionais e o direito internacional, assim como das ordens nacionais e supranacionais. Nesse contexto, a sociedade aberta dos intérpretes só é realmente aberta quando reconhece o *outro*. Os direitos fundamentais

---

<sup>388</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. in BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 519-520.

<sup>389</sup> AGESTA, Luís Sanchez. Derecho constitucional comparado. Ed. 7. Madrid: Universidad de Madrid, 1980, 85-86.

<sup>390</sup> BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, 2015. p. 38-39.

<sup>391</sup> HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4-12, 55.

tornam necessária essa visão comparativa, obrigam ao diálogo com os outros, pela sua própria natureza principiológica e conflituosa, com pretensão universal e contornos idiossincráticos<sup>392</sup>.

Canotilho, partindo da teoria häberliana de constituição como construção cultural, sustenta que a realidade contemporânea assiste à criação de redes interconstitucionais, no âmbito das quais as constituições interagem entre si e com organismos supranacionais. As constituições, assim, “descem do castelo para a rede”. Deixam de ser somente o ápice normativo interno, para passarem a ser um elemento de autodescrição nacional no espaço internacional – ao mesmo tempo em que mantêm seus status interno da norma superior<sup>393</sup>.

Nesse contexto, a concepção cultural da constituição – de que esta é resultado da interação das diversas manifestações culturais nas três dimensões abordadas no capítulo 3 – abre a hermenêutica constitucional aos valores relativos aos direitos fundamentais e à dignidade humana. Isso gera uma relação de intersemioticidade, em que cada constituição se torna elemento parcial na construção de uma interpretação e prática dentro de um espaço comunitário, que descubra e elabore identidades “pluralisticamente inclusivas”. A interconstitucionalidade, unida à interculturalidade, abre espaço a um pluralismo aberto e racionalmente crítico, com superação das dogmáticas e valorização dos princípios e direitos<sup>394</sup>.

Zagrebelsky adota uma visão um pouco mais totalizante e afirma que a interação entre as ordens constitucionais deve buscar a enunciação, proteção e desenvolvimento de princípios e direitos comuns, os quais são independentes do direito legislado. Este direito formal, ao seu ver, pode entrar em tensão com o direito material. Para os ordenamentos que preveem o respeito aos direitos jusfundamentais, então, a abertura pluralística não propicia uma atuação contrária ao sistema jurídico interno. Potencializa o caráter principiológico e material das constituições e reconhece que a lei é uma parte, mas não todo o direito. Para concretizar e conceituar esses princípios, cuja legitimidade depende de tal conceituação, o trânsito de ideias e influências é natural<sup>395</sup>.

Indo adiante, Mello defende que o constitucionalismo em rede pode desempenhar seis funções: a função informacional, a dialógica, a de definição de standards, a motivacional, a de monitoramento e a de cooperação recíproca<sup>396</sup>.

---

<sup>392</sup> Op cit, p. 11-12, 19.

<sup>393</sup> CANOTILHO, 2012, p. 268-269.

<sup>394</sup> Op cit, p. 277-279.

<sup>395</sup> ZAGREBELSKY, 2008, p. 252 e 261.

<sup>396</sup> MELLO, 2019, p. 260.

Na função informacional, permite que as cortes verifiquem como os demais países têm lidado com problemas semelhantes, o que possibilita uma tomada de decisão mais informada<sup>397</sup>. Esse conhecimento pode gerar redes de informação com eficácia regulatória por si só, na proporção em que se constroem parâmetros com base na síntese das soluções individuais<sup>398</sup>.

Na função dialógica, produz engajamento intercortes – cujo significado específico será abordado à frente. É levar as opiniões dos outros membros da rede a sério e dar-lhes peso argumentativo. Isso permite conciliar a dimensão universal com a particular dos direitos humanos, inserindo os aspectos contextuais da realidade de cada país no raciocínio jurídico<sup>399</sup>.

A função de estabelecimento de standards se dá em conjunto com a motivacional. Isso porque, após a construção de padrões mínimos ou de melhores práticas com relação à garantia e tutela de certos direitos, surge uma motivação relevante a todos os membros da rede de observar tal consenso. Caso contrário, a ordem refratária será vista como atrasada, menos protetiva, e sofrerá prejuízos reputacionais. Pela mesma lógica, há um controle de retrocessos, impedindo-se que novas políticas diminuam a proteção para aquém dos standards<sup>400</sup>.

A partir disso, dão-se as funções de monitoramento e cooperação recíproca, na medida em que os diversos atores observam as ações uns dos outros. De um lado, isso permite que desvios sejam denunciados e rechaçados pelos demais. De outro, possibilita novas visões sobre as políticas adotadas, de pontos de vista diversos, o que com frequência leva ao encontro de “pontos cegos”, não percebidos pelos agentes internos, mas visíveis àqueles externos<sup>401</sup>.

Em adição, Pegoraro e Rinella ressaltam que a comparação de experiências constitucionais terá sempre uma função subversiva, uma vez que destrói o mito da unidade jurídica e demonstra que há várias formas diferentes de se estruturar as políticas e de agir sobre determinados problemas<sup>402</sup>. Como visto no segundo capítulo, Fletcher sustenta o mesmo ponto: o olhar ao outro permite desvendar os próprios fatores de inércia e conservadorismo infundado, demonstrar que existem formas diferentes de agir e lidar com os problemas e abrir as perspectivas para o fato que a forma como o direito vem sendo aplicado não é a única possibilidade existente<sup>403</sup>.

---

<sup>397</sup> Op cit.

<sup>398</sup> SLAUGHTER, 2003, p. 24.

<sup>399</sup> MELLO, 2019, p. 261.

<sup>400</sup> Op cit.

<sup>401</sup> Op cit, p. 262.

<sup>402</sup> PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angela; HERMES, Manuella (trad.). *Sistemas Constitucionais Comparados*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 24.

<sup>403</sup> FLETCHER, p. 1998, passim.

A comparação constitucional, então, tem potencial transformador, e é um instrumento importante para o constitucionalismo que busque promover mudanças relevantes na sociedade. A ideia de constitucionalismo transformador, em especial, vem sendo desenvolvida pelos estudiosos da América Latina. Esse conceito, porém, pode ser aplicado ou ao menos servir de inspiração para todos os constitucionalismos transjursfundamentais, razão pela qual é importante abordá-lo.

#### **4.4. A teoria do constitucionalismo latino-americano**

A teoria do constitucionalismo latino-americano – em particular, a de seu *Ius Commune Constitutionale* – é uma abordagem transformadora, cujo centro são a Convenção Americana de Direitos Humanos e as garantias constitucionais internas, além da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos tribunais nacionais. Seu objetivo é fortalecer e promover o avanço dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito, assim como fomentar a criação de uma nova cultura jurídica latino-americana aberta e com standards claros de um constitucionalismo comum<sup>404</sup>.

Trata-se de uma visão transformadora, pois parte da premissa de que as injustiças extremas e sistemáticas perpetuadas na região são inaceitáveis, e o direito pode ter papel relevante para remediá-las – inclusive a partir da academia. Dessa forma, a abordagem não tem por finalidade ser apenas uma teoria abstrata, mas um projeto, pautado na experiência concreta, o qual busca fomentar o inter-relacionamento entre os diferentes ordenamentos internos e o sistema regional, para reforçar seu caráter transformador<sup>405</sup>.

O conceito surge como resposta aos problemas compartilhados pelos países da região, os quais são em regra assolados, entre muitos outros, por desigualdade extrema, violência, autoritarismo e instituições fracas. Os teóricos dessa linha argumentam que deve haver um diálogo constante entre os ordenamentos jurídicos internos entre si e o sistema regional de proteção de direitos humanos, de modo a permitir uma solução dialógica e plural, construtiva, para esses problemas compartilhados, tomando-se em conta a complexidade de cada parte. Assim, cria-se uma rede de constitucionalismo, que contribui para a proteção e o fortalecimento dos regimes democráticos<sup>406</sup>.

Em obra coescrita pelos maiores teóricos do tema até hoje, Bogdandy, Piovesan, Antoniazzi, Mac Gregor e Soley explicam que o ICCAL possui três funções principais. Em

---

<sup>404</sup> BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Revistas direitos fundamentais e democracia*, v. 24, n. 3, 2019, p. 16

<sup>405</sup> BOGDANDY, 2015, p. 49.

<sup>406</sup> FACHIN; CAMBI; PORTO, 2022, p. 225-228

primeiro lugar, a analítica ou ontológica: ele descreve um novo fenômeno jurídico, o qual se compõe da conjunção da CADH e das demais normas interamericanas com as previsões conformes e as cláusulas de abertura aos tratados de direitos humanos das constituições nacionais. Tudo isso é unido pelo impulso comum do constitucionalismo transformador<sup>407</sup>.

Em segundo lugar, a função normativa, a qual significa que o conceito tem um objetivo específico de apoiar o impulso do constitucionalismo transformador na América-Latina, nos termos postos pelas constituições nacionais pós regimes autoritários do século XX. A sua intenção é concretizar as promessas conquistadas nessas cartas, a partir de uma ação conjunta e do apoio mútuo entre os países<sup>408</sup>.

Em terceiro lugar, a função de abordagem acadêmica, caracterizada pela combinação interdisciplinar da doutrina jurídica nacional e internacional, de uma mentalidade comparativa e uma orientação metodológica voltada a princípios, sobretudo a tríade de direitos humanos, democracia e estado de direito, que são os seus focos e principais instrumentos<sup>409</sup>.

Nesse passo, para os cientistas, criar a teoria do ICCAL é intencional e tem consequências. Parte de um projeto, uma crença e responsabilidade por parte da academia de fornecer conceitos e uma estrutura conceitual sobre a qual os direitos latino-americanos possam se desenvolver na direção dos direitos humanos, democracia e *rule of law*<sup>410</sup>. Não é uma observação estática da realidade, mas uma interpretação com traços deontológicos da possível dinâmica regional.

Indo adiante, viu-se anteriormente que os diálogos intercortes no geral derivam em parte do fato de que diversos problemas vêm tomando caráter global e exigindo soluções pelos diversos ordenamentos jurídicos. A nível regional, há uma identidade ainda maior dos desafios a serem enfrentados pelas ordens internas, o que sobressalta a fertilidade do diálogo entre os diversos membros da rede constitucional.

Nesse contexto, os países da região em geral compartilham do passado colonial e da superação relativamente recente de regimes autoritários e ditatoriais. Esses aspectos, em parte, são responsáveis pela existência de diversos problemas comuns: a concentração de riquezas e

---

<sup>407</sup> BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC GREGOR, Eduardo Ferrer; SOLEY, Ximena. *Ius constitutionale commune en américa latina: a regional approach to transformative constitutionalism*. MPIL Research Paper Series, n. 21, 2016, p. 2.

<sup>408</sup> Op cit.

<sup>409</sup> Op cit.

<sup>410</sup> Op cit, p. 3.

desigualdade extrema, a exclusão e violência sistemáticas, o autoritarismo e populismo e o hiperpresidencialismo<sup>411</sup>.

A fim de superar isso tudo, as constituições promulgadas no último quarto do século XX estabeleceram objetivos amplos e ambiciosos para a concretização de direitos. Porém, isso vem esbarrando no problema das instituições fracas: os estados são incapazes de propiciar aplicação prática aos preceitos constitucionais. Assim, há uma grande discrepância entre o que está previsto nas constituições e o que existe na prática, e a instauração de institucionalidade é praticamente um prerequisite para a efetivação das promessas<sup>412</sup>.

Em larga medida, isso é causado pelas estruturas autoritárias hiperpresidencialistas que permanecem compondo o tecido constitucional da maioria das cartas da região. Em razão disso, apesar da previsão ampla de direitos e progressos sociais, o autoritarismo bloqueia essas mudanças de modo significativo na realidade. Uma parte da constituição resiste à outra<sup>413</sup>. De acordo com Benvindo, Acunha e Arafa, esse é exatamente o problema no Brasil: a Constituição atual e a própria ordem democrática convivem com “fantasmas” do período autoritário, os quais seguem vivos e presentes na política, no discurso e no ordenamento jurídico nacional<sup>414</sup>.

Dessa maneira, como destaca Silva, essas realidades comuns e a necessidade de superar esses problemas de modo conjunto permitem a construção de uma integração discursiva a partir do diálogo entre os ordenamentos internos e regionais, em sentido horizontal e vertical, ainda que não exista a integração normativa institucional como na União Europeia<sup>415</sup>. Nesse contexto, Benvindo, Acunha e Arafa destacam que outros países latino-americanos vêm tendo muito mais sucesso em expurgar os resquícios autoritários de seus ordenamentos, o que permite que o Brasil use suas experiências comparativamente<sup>416</sup>.

Diante desses problemas e da discrepância entre os textos constitucionais e a realidade, os estudiosos não reagem com resignação ou cinismo, tampouco com teorizações utópicas e fantasiosas, mas “aceitam o desafio” de contribuir para a construção de estruturas que permitam solucionar gradualmente a situação<sup>417</sup>. Dessa forma, busca-se dar um caráter transformador ao constitucionalismo latino-americano, o qual emerge do debate global e regional acerca da

---

<sup>411</sup> FACHIN; CAMBI; PORTO, 2022, p. 225-228.

<sup>412</sup> BOGDANDY, 2015, p. 33-34.

<sup>413</sup> MELLO, 2019, p. 253-254.

<sup>414</sup> ACUNHA, Fernando José Gonçalves; ‘ARAFA, Mohamed A.; BENVINDO, Juliano Zaiden. The Brazilian Constitution of 1988 and its ancient ghosts: comparison, history and the ever-present need to fight authoritarianism. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, 2018, p. 17-41.

<sup>415</sup> SILVA, 2010, p. 517-518.

<sup>416</sup> ACUNHA; ‘ARAFA; BENVINDO, 2018, p. 32.

<sup>417</sup> BOGDANDY, 2015, p. 28.

necessidade de o direito público poder ser utilizado como um instrumento para o superar o autoritarismo e a exclusão, bem como para fortalecer as instituições públicas e os direitos humanos como um todo<sup>418</sup>.

Nesse sentido, o princípio da igualdade adquire significado muito mais profundo que a sua dimensão simplesmente formal, para constituir um mandado de efetivação prática pelas instituições públicas de condições equivalentes aos cidadãos. Com isso em vista, os teóricos rejeitam os grandes projetos de Estado, com soluções rápidas e revolucionárias. Em seu lugar, acreditam em uma mudança lenta e gradual, “concentram-se no árduo processo necessário para uma jurisprudência transformadora”<sup>419</sup>.

Segundo Gargarella, o constitucionalismo regional deve superar a noção de divisão rígida de poderes e de freios e contrapesos para adotar uma democracia deliberativa, no sentido habermasiano. Nesses moldes, a legitimidade das decisões não depende da autoridade que as alcança, mas da participação dos interessados no processo dialógico de deliberação. Todos os possivelmente afetados devem poder participar dos diálogos, e estes devem estar abertos às contribuições dos *outros*, inclusive das experiências de países vizinhos, do direito constitucional comparado<sup>420</sup>.

Em torno dos anos 90, a América Latina adotou um tipo novo de constitucionalismo, o neoconstitucionalismo, o qual surgiu com base nas constituições europeias pós 2ª Guerra, sobretudo a Constituição italiana de 1947, a alemã de 1949, a espanhola de 1978 e a portuguesa de 1976. Essas cartas serviram como forte inspiração, mas não foram incorporadas mecanicamente, senão com adaptações importantes para a realidade regional, com a finalidade de solucionar os problemas mencionados acima<sup>421</sup>.

Nesse passo, embora haja várias diferenças entre cada constituição, elas possuem alguns aspectos chave em comum: a normatização de temas como o próprio significado da carta constitucional, seus princípios e a separação de poderes, com enfoque no novo papel dado às cortes. Ainda, carregam a ideia de que devem regulamentar todo o ordenamento jurídico, com eficácia irradiante, em especial a partir dos direitos fundamentais, inclusive sociais. Assim, posicionam-se como muito mais que a mera normatização jurídica do fato político,

---

<sup>418</sup> BOGDANDY; PIOVESAN; MAC GREGOR; ANTONIAZZI; SOLEY, p. 6.

<sup>419</sup> BOGDANDY, 2015, p. 30-31.

<sup>420</sup> GARGARELLA. Roberto. El nuevo constitucionalismo dialogico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Revista Argentina de Teoria Jurídica, v. 14, n. 2, Buenos Aires, dez-2013, p. 5.

<sup>421</sup> Op cit, p. 16.

estabelecendo um novo paradigma para a interpretação e aplicação de todo o direito a partir de uma lógica de progressividade dos direitos humanos<sup>422</sup>.

Portanto, Mello esclarece que “o constitucionalismo transformador é um projeto que tem por objetivo o cumprimento das promessas centrais das constituições, especialmente em relação à garantia de direitos humanos, à implementação da democracia e do estado de direito”. Tal projeto é transformador pois essas promessas vêm sendo amplamente descumpridas na prática regional. O ICCAL, por conseguinte, é uma visão latino-americana do constitucionalismo transformador, a qual busca dar força normativa às previsões constitucionais da região<sup>423</sup>.

Isso posto, o constitucionalismo transformador latino-americano se apoia sobre três características chave: a supraestatalidade, o pluralismo dialógico e a atuação judicial. A primeira dessas características faz com que o ICCAL se componha das diversas normas internacionais – notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador –, das cláusulas de direitos fundamentais e de abertura de cada constituição nacional e da jurisprudência da CIDH e dos tribunais internos, assim como dos atos da Comissão Interamericana<sup>424</sup>.

Nesse sentido, o sistema regional serve como elo de diálogo entre as perspectivas quase utópicas e generalistas do sistema universal e as realidades locais. Na construção dessa identidade, devem ser absorvidos aspectos das diversas constituições regionais, a fim de promover uma interconstitucionalidade que fomente o diálogo entre os próprios países membros<sup>425</sup>.

Dessa forma, a atuação do direito internacional e das cortes internacionais possibilita uma potencialização dos direitos fundamentais previstos pelas próprias constituições nacionais. Por meio desses elos dialógicos, busca-se uma constitucionalização do direito internacional e uma internacionalização do direito constitucional, de modo a fortalecer e consolidar as promessas feitas por cada um, a fim de promover os direitos humanos no geral<sup>426</sup>.

As cláusulas de abertura são responsáveis por possibilitar que as convenções e tratados de direitos humanos e as decisões da CIDH e da Comissão sejam recepcionadas e incorporadas ao direito interno. Podem receber status supralegal, constitucional ou supraconstitucional.

---

<sup>422</sup> Op cit, p. 16-17.

<sup>423</sup> MELLO, 2019, p. 254-255.

<sup>424</sup> Op cit, p. 256.

<sup>425</sup> PIOVESAN; BORGES, 2019, p. 9.

<sup>426</sup> BOGDANDY, 2015, p. 38.

Atualmente, nenhum país da região lhes confere status meramente legal<sup>427</sup>. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo caráter supralegal, dando eficácia constitucional apenas aos tratados aprovados conforme o rito do artigo 5º, §3º, da Constituição. Isso faz com que as duas convenções mencionadas sejam postas abaixo da carta nacional. Tal visão é contrária à maioria da doutrina de direitos humanos e há uma tendência de superação pela corte suprema, para reconhecer o status constitucional a todos os tratados que versem sobre esse tema<sup>428</sup>.

Por sua vez, o pluralismo dialógico postula o dever de as cortes conversarem entre si e considerarem a opinião umas das outras quando da tomada de decisão. Em sentido vertical, os tribunais nacionais devem considerar a opinião da CIDH quando da aplicação da convenção e das normas abarcadas por ela. Esta, de seu lado, também deve considerar os posicionamentos das cortes nacionais quando da formulação de suas sentenças, sob pena de que elas percam legitimidade<sup>429</sup>.

Em sentido horizontal, as cortes nacionais estão resolvendo problemas similares, a partir da mesma CADH e da mesma posição em relação à CIDH. Assim, o diálogo pode ser fértil, além de proporcionar um standard mínimo no tocante a esses aspectos, contornar problemas como a falta de acesso à justiça, desigualdade e exclusão, bem como controlar o exercício interno de poder, retrocessos e paixões autoritárias<sup>430</sup>.

Nessa perspectiva, Piovesan e Borges destacam que o controle de convencionalidade pode ser visto como o fio condutor desse diálogo, uma vez que a Corte Interamericana é a intérprete máxima das disposições da CADH, o que impõe que os tribunais nacionais, ao aplicarem a convenção, tomem em consideração o seu entendimento. Por essa razão, ainda que se possa não praticar o diálogo horizontal, o vertical será inevitável para uma ordem jurídica que componha o sistema regional<sup>431</sup>.

Para Virgílio Afonso da Silva, quanto mais os tribunais constitucionais locais compartilharem dos mesmos parâmetros e critérios interpretativos, maior será a integração jurídica entre os países. Dessa maneira, a aproximação do discurso jurídico entre as cortes pode, por si só, promover uma maior integração regional e o cumprimento de seus objetivos, ainda

---

<sup>427</sup> MELLO, 2019, p. 257.

<sup>428</sup> A título de exemplo muito relevante, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5543. Relator: Ministro Edson Fachin, publicada no DJE em 26/08/2020.

<sup>429</sup> MELLO, 2019, p. 257.

<sup>430</sup> Op cit, p. 257-258.

<sup>431</sup> PIOVESAN; BORGES, 2019, p. 13-15.

que não haja normas escritas que os imponham, com a migração das ideias constitucionais relevantes<sup>432</sup>.

Neves, de seu lado, esclarece que o modelo transconstitucional não se satisfaz com a simples referência superficial aos entendimentos de outras cortes. O verdadeiro diálogo se estabelecerá quando esses pronunciamentos externos ou internacionais servirem como efetivo elemento construtivo para o raciocínio decisório (*ratio decidendi*) do tribunal nacional. Logo, o engajamento dialógico implica uma releitura dos próprios fundamentos constitucionais da corte local, abrindo-os à argumentação e ao escrutínio transnacional<sup>433</sup>.

Chega-se assim à característica da atuação judicial. Segundo Mello, no contexto do constitucionalismo transformador, o Judiciário, em conjunto com a cidadania, recebe o papel principal de estabelecer e aplicar os standards mínimos de direitos humanos a nível interno. Para tanto, a CIDH, ao decidir, surte efeitos para as partes (*res judicata*), mas também fixa um parâmetro interpretativo para a CADH (*res interpretata*) a ser aplicado pelas cortes nacionais, podendo ser excepcionado apenas mediante forte ônus argumentativo<sup>434</sup>.

Gargarella afirma que essa atuação jurisdicional dialógica entre as cortes supremas e superiores é uma característica marcante da região para a implementação dos direitos humanos e fundamentais. Dessa forma, as cortes nacionais têm deixado de lado a antiga postura de autorrestrição e deferência ao Legislativo, para pautar elas próprias as discussões mais sensíveis a respeito dessa espécie de direito. Os tribunais, assim, vêm se comprometendo com a defesa ativa dos direitos jusfundamentais, ao mesmo tempo em que adotam soluções dialógicas a nível transnacional e interno, com audiências públicas, por exemplo – o que, para o autor, faz com que seja legítima essa expansão de sua atuação<sup>435</sup>.

De acordo com Bogdandy, o Judiciário passou de fato a ter uma tarefa mais ampla, e o que antes seria visto como ativismo atualmente é encarado como o mandato próprio do poder em um estado democrático. Porém, a maioria das cortes latino-americanas ainda têm receio de enfrentar o Executivo. Dessa forma, os reformadores não podem se fiar na ação judicial, pois ela pode ser desconstituída pelos demais poderes no curso do jogo político<sup>436</sup>.

Fachin, Cambi e Porto, de seu lado, defendem que o enfoque no Judiciário não é um bom caminho, uma vez que tende a diminuir a importância dada à cidadania. Nesse passo, as cortes costumam a representar majoritariamente as elites, e a sua interferência pode por vezes

---

<sup>432</sup> SILVA, 2010, p. 522.

<sup>433</sup> NEVES, 2009, p. 167-168.

<sup>434</sup> MELLO, 2019, p. 258.

<sup>435</sup> GARGARELLA, 2013, p. 2-3.

<sup>436</sup> BOGDANDY, 2015, p. 35-36.

interromper um debate político mais profícuo em meio à própria sociedade civil. Sabe-se que existem meios para tentar incluir a cidadania nas decisões, no entanto estes raramente levam a uma efetiva integração das diferentes perspectivas, sobretudo as dos grupos marginalizados<sup>437</sup>.

De modo semelhante, Gargarella alerta que o Judiciário não pode ser visto como uma arena adequada de diálogos. Em primeiro lugar, pois sua estrutura “dialógica” é desequilibrada, na medida em que, a despeito das manifestações sociais, a decisão final é praticamente discricionária, como a de um “chefe de família”. Em segundo, as mudanças de opinião podem demorar excessivamente, pelos processos morosos. Em terceiro, nem todos conseguem ter o mesmo acesso às cortes, então elas tendem a favorecer aqueles com mais recursos. Em quarto, porque as decisões das cortes superiores tendem a influenciar a opinião pública mais pela dificuldade de alterá-las do que por uma autoridade moral superior<sup>438</sup>.

A partir dessas características, vê-se que os diálogos intercortes têm potencial para ser um importante mecanismo de resiliência e transformação no seio dos direitos humanos, em especial se tomados em uma perspectiva integrada com os sistemas regionais de sua proteção. Em vista da atual complexidade global dos problemas enfrentados pelas sociedades, a atuação isolada das ordens jurídicas não consegue dar uma resposta satisfatória para a sua solução. O transconstitucionalismo tem capacidade de obter mais sucesso, na medida em que possibilita o entrelaçamento das diferentes perspectivas sobre os mesmos problemas, levando à formação de uma racionalidade transversal, que admite e engloba uma complexidade muito maior, mais adequada à realidade global atual<sup>439</sup>.

Nesse passo, de um lado, a definição de standards e o engajamento dialógico entre os membros da rede cria um incentivo reputacional relevante para que os seus componentes deem máxima efetividade aos direitos e busquem adotar sempre as melhores práticas do grupo para a sua implementação. Ainda, a possibilidade de cooperação recíproca facilita essa concretização, bem como traz à luz pontos cegos, não vistos pelos sujeitos internos<sup>440</sup>.

De outro lado, a existência desses parâmetros, amplamente conhecidos e debatidos dentro da rede, em conjunto com o monitoramento mútuo e recíproco entre os participantes, estabelece um forte desincentivo aos retrocessos, tanto pelo prejuízo reputacional que eles causariam, como pelas efetivas intervenções e sanções que a ordem violadora poderia sofrer. Além disso, é um elemento de resiliência: “cada corte, cada decisão, cada ordenamento constitui

---

<sup>437</sup> FACHIN; CAMBI; PORTO, 2022, p. 230-233.

<sup>438</sup> GARGARELLA, 2013, p. 22-23.

<sup>439</sup> NEVES, 2009, p. 130-132.

<sup>440</sup> MELLO, 2019, p. 261.

um elemento integrante da rede; a fragilidade transitória de um de tais elementos é contida, estabilizada e compensada pelos demais”<sup>441</sup>.

De acordo com Piovesan e Borges, no âmbito do constitucionalismo transformador do ICCAL, surge o *corpus iuris* latino-americano, o qual representa esses standards mínimos e melhores práticas de proteção e avanço nos direitos humanos. Ele é resultado da interação entre as constituições e as convenções ao longo da história regional e representa o elemento comum ao bloco de constitucionalidade de todos os países da região. Dessa forma, seu descumprimento enseja um novo tipo de controle, o de *fundamentalidade*, o qual busca garantir a observância dos padrões mínimos de proteção dos direitos humanos, com base no conteúdo desse *corpus iuris* latino-americano<sup>442</sup>.

Para os autores que o defendem, o ICCAL é um projeto. Uma formulação doutrinária que propulsiona a sua própria concretização na prática constitucional latino-americana. Sua visão é a do estabelecimento de uma rede, na qual os países da região e o sistema interamericano possam se engajar dialogicamente no tocante às práticas positivas, os standards mínimos e a defesa dos direitos humanos pelos membros. Esse engajamento possibilita uma cultura forte, progressista e resiliente de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, Pegoraro e Rinella arrematam que “no que concerne à cultura jurídica, assim como a luz de uma supernova permanece visível à distância por milhões de anos, as reconstruções jurídicas da doutrina e os modelos por ela criados continuam a produzir efeitos (e a serem evocados) nos formantes dinâmicos (e às vezes também no mesmo formante)”<sup>443</sup>. A par dos desafios para a criação de uma cultura jurídica latino-americana dialógica e voltada aos direitos humanos, tem-se a percepção de que o Brasil ainda não pode ser visto como tendo um constitucionalismo efetivamente transformador, tampouco como sendo parte ativa da rede constitucional.

Segundo Mello, o país está a meio caminho do constitucionalismo transformador: embora sua constituição tenha trazido importantes mudanças para a sociedade e proporcionado grandes avanços em sede de direitos humanos, a ordem jurídica ainda não incorporou as características da supraestatalidade e do pluralismo dialógico<sup>444</sup>. Dessa forma, apesar dos diversos avanços, praticamente não há diálogo com o sistema interamericano. As decisões da

---

<sup>441</sup> Op cit, p. 261-262.

<sup>442</sup> PIOVESAN; BORGES, 2019, p. 17-19.

<sup>443</sup> PEGORARO; RINELLA, 2021, p. 65.

<sup>444</sup> MELLO, 2019, p. 263.

CIDH raramente são consideradas ou até mesmo citadas, nem mesmo são cumpridas, ainda quando o país é parte no julgamento<sup>445</sup>.

Conforme Virgílio Afonso da Silva, a integração regional entre as cortes latino-americanas ainda é uma realidade distante, uma vez que elas não dialogam entre si, não há migrações entre a maioria dos ordenamentos locais, e mesmo a Corte Interamericana dificilmente consegue provocar uma efetiva mudança na mentalidade dos tribunais de cada país<sup>446</sup>.

Para ele, isso se deve a que, no Brasil, desconhecemos a América Latina em todos os aspectos, não apenas jurídicos. Não lemos notícias sobre ela e não nos interessamos em sua cultura. Não estudamos autores latinos nos cursos de direito, tampouco discutimos a fundo integração americana. Há poucos estudos a nível de doutrina e pesquisa sobre o sistema interamericano. Há uma separação rígida entre direito constitucional interno e direito internacional público, e os tribunais costumam se ocupar apenas das obras de visão doméstica. Além disso, não se utilizam decisões e conceitos nem das cortes americanas nem da Corte Interamericana<sup>447</sup>.

Apesar disso, os sistemas são permeáveis às influências anglo-europeias. Seus autores são frequentemente citados, assim como os precedentes de seus tribunais – inclusive os da Corte *Europeia* de Direitos Humanos. Dessa forma, realmente o que existe não é um fechamento cognitivo do sistema brasileiro ao diálogo com ordenamentos externos, mas um descompasso cultural, o qual deve ser superado para a concretização do projeto do ICCAL<sup>448</sup>.

Segundo Ana Paula de Barcellos, não é possível afirmar que o Brasil compõe o cenário do constitucionalismo latino-americano. De início, pois as cortes não têm uma postura dialógica, mas estadocêntrica e monista. Ainda, mesmo sob um ponto de vista histórico e cultural, temos diversos aspectos que nos diferenciam dos demais países de região, inclusive no tocante à colonização<sup>449</sup>. Assim, a não participação do Brasil nessa suposta rede pode ser atestada pelo grau de normatividade dos tratados internacionais, pela nossa relação com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela inexistência do reconhecimento de um pluralismo dialógico na ordem jurídica interna.

---

<sup>445</sup> Op cit, p. 274.

<sup>446</sup> SILVA, 2010, p. 523.

<sup>447</sup> Op cit, p. 524-528.

<sup>448</sup> Op cit, p. 528.

<sup>449</sup> BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, Brasília, 2019, 171.

Quanto à normatividade dos tratados, tem-se que todos os instrumentos são submetidos à internalização. Os tratados em geral têm status meramente legal e devem ser internalizados por decreto. Os únicos a terem status constitucional são os de direitos humanos, e somente quando aprovados pelo rito de emenda constitucional. Do contrário, têm status apenas supralegal. Ou seja, os tratados são submetidos a um processo equivalente ao das leis e emendas, e só têm vigência quando passam a integrar a pirâmide normativa brasileira. Ainda, os órgãos jurisdicionais têm forte resistência em aplicar o direito internacional, sobretudo quando apresenta alguma contradição com as normas internas<sup>450</sup>.

Ademais, a relação das cortes superiores nacionais com a Corte Interamericana é de ignorância mútua: nem o Supremo Tribunal Federal se refere às decisões regionais, nem a Corte Regional dialoga com as nacionais. Para Barcellos, um exemplo claro disso se deu no âmbito do julgamento da ADPF 153, acerca da Lei da Anistia, em que ambos os tribunais analisaram o mesmo tema, no mesmo momento, sem fazer qualquer menção um ao outro<sup>451</sup>.

Ainda, o direito nacional, ao menos por enquanto, não reconhece qualquer tipo de pluralismo na ordem jurídica. As cortes superiores pátrias adotam uma postura monista e estadocêntrica do direito, sem dar qualquer normatividade, por exemplo, às supostas ordens jurídicas indígenas. Dessa forma, não é possível sustentar que a ordem brasileira está inserida na cultura do “novo constitucionalismo latino-americano”, na medida em que não compartilha nem mesmo de suas premissas teóricas<sup>452</sup>.

Diante dessas observações, não parece ser possível sustentar que o ICCAL, no Brasil, ao menos por enquanto, seja mais do que um projeto ambicioso, o qual ainda necessita de muito esforço teórico para penetrar na realidade do ordenamento jurídico nacional. Todavia, sua capacidade para promover a transformação e a resiliência em sede de direitos humanos é convincente, ao menos em teoria, o que torna desejável a maior difusão do conceito.

Como veremos, as análises empíricas feitas até hoje confirmam tal cenário. Tendo isso em mente, passemos ao cerne do presente trabalho. Apresentaremos as pesquisas empíricas tidas como base para o seu desenvolvimento, sobretudo a de Christine Peter da Silva e, em seguida, os resultados obtidos com nossa análise das decisões do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>450</sup> Op cit, p. 172-174.

<sup>451</sup> BARCELLOS, 2019, p. 174.

<sup>452</sup> Op cit, p. 175-177.

## 5. Os precedentes estrangeiros na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Neste capítulo, apresentaremos os resultados de nossa pesquisa empírica acerca da utilização de precedentes estrangeiros nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, faremos uma revisão de outras pesquisas empíricas que analisaram o mesmo objeto ou similares. Adiante, explicaremos a metodologia adotada para a nossa análise, com algumas observações importantes. Em seguida, relataremos os resultados obtidos e, por fim, teceremos algumas considerações críticas a seu respeito.

### 5.1. Pesquisas empíricas anteriores

Christine Peter da Silva analisou todos os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal entre 1961 e 2012, guiando-se pela indexação no site institucional da própria Corte acerca de quais delas continham referências a precedentes estrangeiros. Assim, alcançou um universo de 178 decisões.

Na década de 60, quatro decisões fizeram referências. Na de 70, nenhuma. Nos anos oitenta, uma – já vinte anos depois da última feita em 1964. Na década de 90, foram nove referências. A partir daí, o fenômeno começou a aumentar: entre 2000 e 2005, foram 25 decisões. Entre 2006 e 2009, outras 9. Os últimos anos foram de um crescimento vertiginoso, com 94 citações entre 2010 e 2012<sup>453</sup>. Logo, 90% das decisões foram proferidas no século XXI e mais de 50% entre 2010 e 2012<sup>454</sup>

Os ministros mais ativos foram Celso de Mello (58 decisões), Gilmar Mendes (47) e Rosa Weber (39), seguidos por Joaquim Barbosa (13), Dias Toffoli (9) e Sepúlveda Pertence (8)<sup>455</sup>.

Quanto à natureza da ação, mais de 40% foram Habeas Corpus (72 casos), 15% eram Ações Diretas de Inconstitucionalidade (29), outros 15% eram Recursos Extraordinários (27) e pouco mais de 7% eram Mandados de Segurança (13 casos)<sup>456</sup>.

Foram citadas 14 cortes não nacionais, entre estrangeiras e internacionais. Em primeiro lugar, tem-se a Suprema Corte Americana, seguida da Corte Constitucional Alemã, da Câmara dos Lordes do Reino Unido e do Tribunal Constitucional da Espanha<sup>457</sup>.

No que toca aos precedentes citados, os mais frequentes foram o caso James Somerset da *King's Bench* e o caso Buschel da *Court of Common Pleas*, ambos provenientes da Inglaterra,

---

<sup>453</sup> SILVA, 2014, p. 137-185.

<sup>454</sup> Op cit, p. 136.

<sup>455</sup> Op cit.

<sup>456</sup> Op cit.

<sup>457</sup> SILVA, 2014, p. 136.

mencionados em 30 processos cada. Em seguida, tem-se três precedentes da Suprema Corte Americana: *McCulloch v. Maryland* (20 decisões), *Panhandle Oil Co. v. Mississippi* (12 decisões) e *Marbury v. Madison* (10 decisões)<sup>458</sup>.

Dos casos, 68% (121) tratavam de questões atinentes a direitos fundamentais, enquanto os 32% restantes (57) se relacionavam com alguma questão institucional, como processo constitucional, direito tributário e divisões de competência<sup>459</sup>.

Ainda, apenas 14 mencionaram os precedentes estrangeiros em suas ementas, e somente em 5 deles houve uma efetiva discussão a seu respeito de forma mais ampla, com a participação de boa parte dos ministros que compunham o quórum<sup>460</sup>.

Bruno Neves e Lorena Londe, em conjunto com Peter da Silva, avançaram nessa mesma pesquisa aos anos de 2013 e 2014. Nesse período, encontraram 78 decisões, com as cortes mais citadas sendo a Suprema Corte Americana, a *Court of Common Pleas*, a Corte Constitucional Alemã, a Corte Europeia de Direitos Humanos, e as Cortes Constitucionais Portuguesa e Espanhola<sup>461</sup>.

O maior número de referências foi feito pela ministra Rosa Weber (28), seguida de Celso de Mello (18), Gilmar Mendes (16) e Luiz Fux (9). Após, Ricardo Lewandowski (6) e Ayres Britto (4). 34 referências se deram em Habeas Corpus, 12 em Recursos Extraordinários, 5 em Ações de Diretas de Inconstitucionalidade e 4 em Agravos em Recurso Extraordinários<sup>462</sup>.

O precedente mais citado no período foi o Acórdão de 26.04.1989, processo 10/89, BMJ 386, p. 422, do Superior Tribunal de Justiça português (21), seguido pelo caso *James Somerset da King's Bench* (19) e o caso *Buschel da Court of Common Pleas* (19). Em quarto lugar, *McCulloch v. Maryland*, da Suprema Corte norte-americana (7). Depois, o Acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional Português (5), o BVerfGE 70, 288-293 da Corte Constitucional alemã (4) e *Pannhandle Oil Co. v. Mississippi* (4)<sup>463</sup>.

Das 78 decisões analisadas, 57 tratavam de direitos fundamentais e as 21 restantes se relacionavam com alguma questão institucional, como processo constitucional, direito tributário e divisões de competência<sup>464</sup>.

---

<sup>458</sup> Op cit, p. 137.

<sup>459</sup> Op cit, p. 137.

<sup>460</sup> Op cit, p. 137.

<sup>461</sup> NEVES, Bruno; LONDE, Lorena; SILVA, Christine Peter da. *Decisões Transjusfundamentais do Supremo Tribunal Federal: 2013 e 2014*. Londres: Novas Edições Acadêmicas, 2018, p. 45-46.

<sup>462</sup> Op cit, p. 45-46.

<sup>463</sup> NEVES; LONDE; SILVA, 2018, p. 45-46.

<sup>464</sup> Op cit, p. 47.

Tendo isso em vista, podemos sistematizar os resultados obtidos da análise de todas as 256 referências constantes nas decisões entre 1961 e 2014, tomando como base também as informações constantes na página de estatísticas do Supremo Tribunal Federal<sup>465</sup>:

Percentual de acórdãos com referências			
Período	Número de referências	Número de decisões	%
2000-2005	25	68096	0,037%
2006-2009	9	70032	0,013%
2010-2012	94	36528	0,257%
2013	53	14103	0,376%
2014	25	17074	0,146%

Ministros com mais citações		
Ministros	Referências	%
Celso de Mello	76	30%
Rosa Weber	67	26%
Gilmar Mendes	63	25%
Joaquim Barbosa	13	5%
Luiz Fux	9	4%
Dias Toffoli	9	4%

Precedentes mais citados			
Precedentes mais citados	Corte	Citações	%
Caso Somerset	King's Bench	49	19%
Caso Buschel	Court of Common Pleas	49	19%
McCulloch v. Maryland	Suprema Corte Americana	27	11%
Acórdão de 26.04.1989	STJ Português	21	8%
Pannhandle Oil co. v. Mississippi	Suprema Corte Americana	16	6%
Marbury v. Madison	Suprema Corte Americana	10	4%

Tabelas 1, 2 e 3: Percentual de acórdãos com referências, precedentes mais citados e ministros com mais citações entre 1961 e 2014.

Ainda, 178 (70%) tratavam de direitos fundamentais, enquanto 78 (30%), de matérias institucionais. Não temos os números específicos de total de referências a cada corte, nem do grau de profundidade em que cada referência foi realizada. Porém, não há dúvidas de que os tribunais mais citados são a Suprema Corte Americana, a Câmara dos Lordes do Reino Unido, as Cortes Constitucionais alemã, espanhola e portuguesa e, possivelmente, a Corte Europeia de Direitos Humanos. Nestes dois trabalhos, não há relato de praticamente nenhuma referência a tribunais latino-americanos e à própria Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Da análise dos dados, constata-se a seguinte situação: entre 1961 e 2014, o Supremo Tribunal Federal fez referência a precedentes estrangeiros em menos de uma a cada mil decisões. Destas, mais de 80% foram promovidas apenas pelos três ministros mais propensos a isso. Ainda, mais de metade das citações teve por objeto os mesmos três precedentes dos Estados Unidos e Inglaterra – os dois ingleses julgados no século XVIII e o estadunidense no início do século XIX.

Em pesquisa similar, Mello analisou as decisões que considerou mais importantes do STF entre 2013 e 2018 e constatou que, entre os poucos julgados que mencionam precedentes estrangeiros ou internacionais, cerca de 80% o fazem como mera referência, sem qualquer

<sup>465</sup> Os dados estão disponíveis a partir do ano 2000:  
[https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte\\_aberta/corte\\_aberta.html](https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html).

elucidação do seu conteúdo. Outros 15% mencionam de forma brevíssima o objeto do julgamento, sem relacioná-lo com o caso concreto a ser decidido, e apenas 5% adentram verdadeiramente em um engajamento dialógico<sup>466</sup>. Além disso, as três cortes mais citadas são a americana (131 vezes), a alemã (55) e a *européia* de direitos humanos (52). A CIDH aparece em quarto (49). Quanto aos outros tribunais latino-americanos, o *único* citado é o colombiano (17), em sexta posição<sup>467</sup>.

Em uma análise promovida pelo Conselho Nacional de Justiça e coordenada por Daniel Wunder Hachem em 2023, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal utiliza a CADH em meros 1,89% de suas decisões. Nesse minúsculo universo, em menos da metade houve qualquer referência à jurisprudência da CIDH (47,36%), em pouco mais de um terço houve controle de convencionalidade da norma nacional (cerca de 37%) e somente em pouco mais de um décimo (13,97%) a norma convencional foi utilizada como fundamento único para a decisão<sup>468</sup>.

A conclusão é inescapável: pelo menos até 2014, o Supremo Tribunal Federal dialogou pouquíssimo com outras cortes. Quando citou precedentes estrangeiros, sua enorme maioria foi proveniente de tribunais norte-americanos ou europeus, com praticamente nenhuma referência a cortes de países menos desenvolvidos economicamente. Ainda, as citações são geralmente rasas, sem um verdadeiro diálogo.

Como a situação se desenvolveu nos últimos dez anos? É que verificaremos a partir de agora.

## 5.2. Metodologia e parâmetros de análise

Para a presente pesquisa, utilizamos o mesmo filtro adotado por Peter da Silva. Ou seja, a indexação fornecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal dos julgados que contêm referências a precedentes estrangeiros. Aplicamos esse parâmetro sobre todas as 137.704 decisões colegiadas proferidas entre o início de 2015 e o início de outubro de 2023, o que resultou em 522 acórdãos.

Destes, excluímos 27, por motivos diversos. Em primeiro lugar, foram excluídos os julgados que somente citavam ou se referiam a outra decisão que havia citado precedente

---

<sup>466</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 17, n. 1, 2020. p. 109.

<sup>467</sup> Op cit, p. 108.

<sup>468</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2023.

estrangeiro, sem citá-lo por si próprio<sup>469</sup>. Em segundo, alguns acórdãos proferidos em processos de extradição que se referiam apenas às decisões estrangeiras que ensejavam a medida, sem utilizá-las na fundamentação em si<sup>470</sup>. Em terceiro, acórdãos que citavam apenas opiniões consultivas ou decisões de órgãos internacionais sem caráter jurisdicional, como os comitês de direitos humanos<sup>471</sup><sup>472</sup>. Ainda, casos em que não havia nenhuma referência, tratando-se possivelmente de lapso na indexação<sup>473</sup>.

Além disso, 20 foram julgados em conjunto, resultando em uma única decisão, que foi assim considerada<sup>474</sup>. Por fim, já em 2023, dois processos criminais geraram 23 recebimentos de denúncia estritamente idênticos, posto que referentes a réus diversos. Pela identidade de seu conteúdo, foram considerados como um único julgamento em cada ação, a fim de evitar distorções indevidas nos dados<sup>475</sup>.

Dessa forma, considerando as exclusões e as decisões múltiplas tomadas como únicas, temos um universo final de 460 acórdãos a efetivamente comporem os dados analisados. Nestes, buscou-se referências diretas a decisões de cortes estrangeiras, as quais mencionassem um julgado específico de modo expreso. A busca considerou todo o conteúdo dos acórdãos, inclusive os debates e votos vencidos.

Assim, chegamos a 946 “instâncias de diálogos”. A referência a vários julgados de uma mesma corte pelo mesmo ministro foi considerada uma única instância. Por exemplo, se um ministro citou 3 precedentes da Suprema Corte Americana, consideramos uma única instância de diálogo, mas se citou 1 da Americana, 1 da Alemã e 1 da Colombiana, temos 3 instâncias. Ainda, a referência de cada ministro foi considerada uma instância independente, mesmo que vários tenham citado o mesmo julgado em seus votos.

Cada referência foi categorizada com relação aos seguintes parâmetros: 1) processo, 2) ano, 3) classe, 4) tipo de controle, 5) órgão julgador, 6) relator, 7) autor, 8) corte citada, 9) precedente citado, 10) tema, 11) subtema, 12) metodologia, 13) finalidade, 14) profundidade, 15) local, 16) divergência, 17) voto vencedor ou vencido, 18) decisão padronizada ou única.

---

<sup>469</sup> ARE 891647 AgRg ED, RE 651703 ED-terceiros, MS 36112 AgR, HC 174400 AgR, RE 1447045 AgR, RHC 154515, RHC 138670, RHC 161728, Ext 1425 ED, Ext 1424 ED.

<sup>470</sup> Ext 1378, Ext 1358, Ext 1362, Ext 1391, Ext 1574, Ext 1612, Ext 1630.

<sup>471</sup> ADI 5617, ADI 3478, ADI 6515, ADI 6513, ADI 6512, ADI 5591, ADI 3294, ADI 6514.

<sup>472</sup> Tal medida se justifica, pois o tema do presente trabalho são os diálogos intercortes, e não as interferências mútuas com os sistemas internacionais como um todo.

<sup>473</sup> ADI 6343, MC-Ref, ADI 6907.

<sup>474</sup> ADI 5.423, ADI 5.491, ADI 5.577, ADI 5.487 e ADI 5.488; RE 837833 e RE 661256; AC 4297 e Rcl 25537; Ext 1424 e Ext 1425; RE 1224374, ADI 4017 e ADI 4103; ADI 3.406, ADI 3.470, ADI 3.356, ADI 3.357, ADI 3.937 e ADPF 109.

<sup>475</sup> Inq 4921 RD 152, RD 52, RD 352, RD 578, RD 829, RD 968, RD 1040, RD 1077; Inq 4922: RD 2, RD 50, RD 53, RD 51, RD 58, RD 3, RD 151, RD 153, RD 163, RD 204, RD 205, RD 213, RD 228, RD 230, RD 233

O campo “tema” foi dividido em três: direitos, que abarcam todas as discussões sobre direitos fundamentais; institucional, que engloba as controvérsias sobre aspectos relativos ao Poder e à Administração públicos; criminal, que compreende as decisões acerca de questões do processo penal, cumprimento de pena, entre outros. Essa segregação do criminal se justifica em vista do enorme número de habeas corpus e recursos extraordinários que versam sobre temas dessa seara. Os subtemas especificam o assunto discutido. Por exemplo, um acórdão com o tema “direitos” pode ter o subtema “gênero”, significando que discute direitos fundamentais relacionados a questões de gênero.

As metodologias foram classificadas de acordo com as concepções de Tania Groppi e Marie-Claire Ponthereau, em obra coletiva sobre análises empíricas como a presente<sup>476</sup>. Nessa visão, as referências podem se dar como guia – um exemplo positivo ou negativo a ser observado –, no modelo “aqui como lá”, para demonstrar que a solução sendo adotada pelo tribunal nacional equivale às decisões de outras ordens democráticas, ou “a contrário”, em que se busca diferenciar a experiência nacional de uma estrangeira, a fim de adotar conclusão oposta. Logo, nesse campo, as referências foram classificadas como “guia”, “aqui como lá” ou “a contrário”. Ainda seguindo a linha de Groppi e Ponthereau, o campo finalidade distingue as referências que têm por objetivo interpretar, corroborar ou contrariar o estado corrente da norma jurídica nacional.

No que toca à profundidade, adotamos a gradação proposta por Mello em sua análise. As referências são classificadas entre 1 e 4, considerando a maneira como “dialogam” com a decisão estrangeira. No nível 1, há somente breve menção ao julgado, sem adentrar em suas particularidades ou relacioná-lo especificamente com o caso concreto. No nível 2, tem-se uma explicação dos fundamentos e fatos relevantes da decisão citada, sem esclarecer como se relaciona com o caso concreto. Aqui, Mello também inclui as referências que fazem relação da decisão com o caso decidido, sem esclarecer os seus fundamentos ou fatos relevantes. No nível 3, a citação une esses dois passos, ou seja, relaciona com o caso concreto e esclarece os fundamentos e fatos relevantes da fonte estrangeira. No nível 4, além de tudo isso, faz uma análise do contexto jurídico, social, econômico ou cultural em que a decisão estrangeira se deu<sup>477</sup>.

Como últimos esclarecimentos preliminares, a classificação quanto ao local se refere ao posicionamento da referência entre “voto principal” – o voto do relator ou o voto divergente

---

<sup>476</sup> GROPPI, TANIA; PONTHEREAU, Marie-Claire. *The Use of Foreign Precedents by Supreme Court Judges*. Portland: Hart Publisher, 2013.

<sup>477</sup> MELLO, 2020, p. 106-107.

que liderou a opinião contrária –, “voto opinião”, aderindo à opinião do relator ou da divergência, ou “debates” – os debates orais em plenário, transcritos e incluídos no acórdão. Por fim, o campo decisão padronizada ou única identifica os julgados baseados em “modelos” que, como se sabe, são prática corrente no Judiciário nacional. Isso é relevante, pois diversas referências fazem parte desses modelos padronizados, repetidos sem que haja necessariamente uma análise aprofundada do caso concreto – sobretudo no que toca às referências a cortes estrangeiras.

Passemos, pois, aos resultados obtidos com nossa pesquisa.

### **5.3. Resultados**

Entre as 137.704 decisões colegiadas proferidas entre 2015 e 2023, 493 fazem referência a precedentes estrangeiros – considerando os julgamentos conjuntos e os replicados, os quais compõem também o número absoluto. Isso representa 0,3% dos julgamentos. Ou seja, a cada 1000 decisões, o Supremo Tribunal Federal fez esse tipo de citação em 3.

Considerando as repetições, como exposto acima, temos 460 acórdãos, com 946 instâncias de diálogo. Nesta seção, buscaremos analisá-las sobretudo com relação à sua evolução no tempo, às cortes e precedentes citados, aos seus autores, seus temas e sua profundidade. Os demais aspectos analisados servirão de complementos a esses fatores, tidos como principais.

O Supremo Tribunal Federal não tem o hábito de citar precedentes estrangeiros em seus julgados, e não existe uma tendência de mudança nesse cenário, ao menos não uma que seja observável no período estudado. A comparação do número total de decisões colegiadas com aquelas que contêm referências demonstra que o baixíssimo percentual destas segundas com relação ao total é persistente, e aumentos pontuais são seguidos de retornos à média, sem representar uma tendência permanente.

Decisões no tempo			
Ano	Decisões	Com referência	%
2015	17716	27	0,152%
2016	14532	37	0,255%
2017	12894	31	0,240%
2018	14529	49	0,337%
2019	17735	44	0,248%
2020	18213	132	0,725%
2021	15416	52	0,337%
2022	12966	64	0,494%
2023	13703	34	0,248%
<b>Totais</b>	<b>137704</b>	<b>470</b>	<b>0,34%</b>

Tabela 4: referências no tempo

Se considerarmos os dados obtidos no presente estudo em conjunto com os expostos acima, provenientes das pesquisas de Peter da Silva, Neves e Londe, pode-se observar uma possível tendência ao crescimento no percentual de referências. No entanto, ainda é difícil afirmar que exista um movimento estatisticamente significativo nesse sentido. Em todo o período, considerando os intervalos de 2000-2005, 2006-2009 e 2010-2012 como unos, o percentual médio de referências é de 0,28%, com uma mediana de 0,25%. Caso os períodos mencionados fossem postos ano a ano, esses valores seriam substancialmente menores.

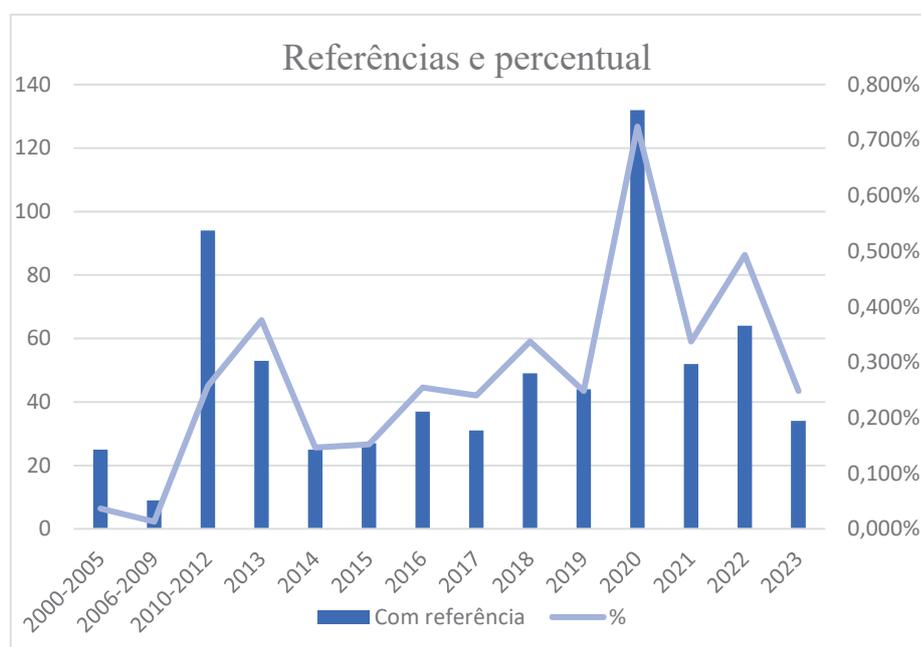


Gráfico 1: referências e percentual

Poderia parecer inescapável a conclusão de que, em termos absolutos, a corte não faz referências a julgados estrangeiros. Entretanto, esse dado desconsidera a amplitude de competências do tribunal, que engloba diversas questões não propriamente constitucionais. Por

exemplo, das 137.704 decisões consideradas, 63.831 são Agravos em Recursos Extraordinários. Não seria de se esperar que houvesse “diálogo intercortes” nesse tipo de ação relativamente simplório, que tem por objeto o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade dos recursos extraordinários. Ainda, 21.277 são habeas corpus, os quais também raramente incorporam análises mais complexas – embora por vezes o façam.

Para entender a posição do STF como corte *constitucional*, vale analisarmos o cenário no que toca especificamente às ações que tenham por objeto controle de constitucionalidade propriamente dito. Assim, temos que, no período estudado, o tribunal proferiu 3.456 decisões colegiadas em sede de controle concentrado – ADI, ADC, ADPF e ADO. Destas, 221 contêm referências a julgados estrangeiros, um percentual de 6,5%, 30 vezes maior do que o obtido a partir das decisões em geral.

Referências controle concentrado			
Ano	Total	Referências	%
2015	130	9	7%
2016	120	20	17%
2017	98	12	12%
2018	305	21	7%
2019	429	12	3%
2020	741	54	7%
2021	562	31	6%
2022	594	36	6%
2023	477	27	6%
<b>Totais</b>	<b>3456</b>	<b>222</b>	<b>8%</b>

Tabela 5: referências em controle concentrado

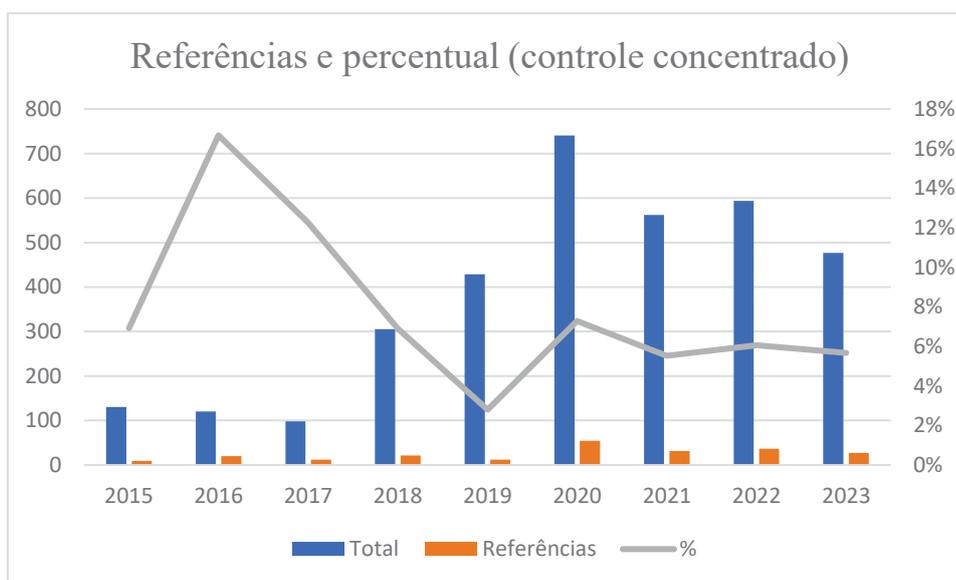


Gráfico 2: referências e percentual em controle concentrado

Sem dúvidas, os cenários são muito diversos. Inclusive, o maior número de citações no ano de 2020 pode ser parcialmente explicado pelo maior número de acórdãos proferidos em sede de controle concentrado em geral. Todavia, curiosamente, a tendência, no período estudado, foi de diminuição no número de referências, e não aumento.

Peter da Silva conclui que há uma evidente tendência de aumento no número das referências nos últimos anos de sua pesquisa. No período estudado, porém, isso parece não se confirmar, pelo menos em termos absolutos. O que se pode sustentar é que houve uma estabilização da proporção de referências – a qual é de fato muito superior à existente nas décadas anteriores a 2010. Por outro lado, Mello também encontrou uma tendência de aumento no número absoluto de citações, considerando seu universo de casos considerados mais relevantes<sup>478</sup>. Isso pode apontar que, embora a corte não faça um maior número de referências em geral, esse engajamento vem tendo maior ocorrência nos casos mais importantes, com maior repercussão e que lidem com questões mais intrincadas.

Com relação aos autores das citações, temos que os principais são os ministros Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes e Edson Fachin, os quais são responsáveis por 56% de todas as instâncias de diálogo no período estudado.

<b>Ministros</b>		
<b>Autor</b>	<b>Referências</b>	<b>%</b>
Gilmar Mendes	228	24%
Alexandre de Moraes	193	20%
Edson Fachin	112	12%
Luiz Fux	93	10%
Celso de Mello	82	9%
Rosa Weber	76	8%
Luís Roberto Barroso	59	6%
<b>Soma</b>	<b>843</b>	<b>89%</b>

Tabela 6: referências por autor

Se considerarmos os períodos anteriores, temos que os ministros com o maior número de referências na história do Supremo Tribunal Federal são Gilmar Mendes (291), Alexandre de Moraes (193), Celso de Mello (158), Rosa Weber (143) e Edson Fachin (112).

80% das referências se deram em votos vencedores (752), 66% em votos do relator ou acompanhando seu posicionamento (628). 72% utilizaram o precedente estrangeiro como guia (677) e 69% tiveram por finalidade interpretar o direito nacional, não o corroborar ou contrariar (651).

<sup>478</sup> MELLO, 2020, p. 106.

As cortes mais citadas são a Suprema Corte Americana, a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional Alemão, os quais representam quase 70% de todas as referências. Em seguida, tem-se a Corte Interamericana de Direito Humanos, a Corte Constitucional Espanhola e a Suprema Corte Colombiana.

<b>Cortes citadas</b>		
<b>Corte</b>	<b>Citações</b>	<b>%</b>
Suprema Corte Americana	361	38%
CEDH	126	13%
Suprema Corte Alemã	119	13%
CIDH	97	10%
Suprema Corte Espanhola	53	6%
Suprema Corte Colombiana	40	4%
<b>Soma</b>	<b>796</b>	<b>84%</b>

Tabela 7: referências por corte

Os resultados confirmam os achados de Mello, que encontrou as exatas mesmas cortes, com a única diferença de que, em sua pesquisa, havia um pequeno número maior de citações do tribunal alemão com relação à CEDH<sup>479</sup>. Pode-se, pois, defender que essas 6 cortes são as maiores referências do STF, tanto nos casos mais importantes, como em geral. Com relação à pesquisa de Peter da Silva, há uma notável diminuição das citações aos tribunais ingleses e à corte portuguesa – beirando o desaparecimento. De outra ponta, um claro aumento, ainda que marginal, na relevância proporcional da CIDH e de ao menos um tribunal latino-americano, o colombiano.

Entre os outros países latino-americanos, há mais 5 referências a julgados da Suprema Corte Argentina, totalizando 45 referências, pouco menos de 5% do total. Se considerarmos estas juntamente com as menções à CIDH, temos 15% do todo. Nenhum outro tribunal latino-americano foi citado.

Quanto a outros ordenamentos fora do eixo América do Norte e Europa, há referências à Suprema Corte Sul-Africana (11), Indiana (4), Israelense (1), Japonesa (1), Polonesa (1) e à Corte Distrital de Seoul, na Coreia do Sul (1), totalizando 2% do total. Assim, de todas as citações de cortes estrangeiras, somente 17% provêm de tribunais localizados fora da Europa ou da América do Norte.

Mais de metade das referências à Suprema Corte Alemã vieram do Ministro Gilmar Mendes (71), autor também de quase metade das menções à Corte Colombiana (18). Mais de um terço daquelas à CIDH, do Ministro Edson Fachin (33).

<sup>479</sup> MELLO, 2020, p. 108.

Essas mesmas cortes mantiveram suas posições de mais citadas entre todos os temas, com duas alterações: a Corte Constitucional Alemã é mais citada para as temáticas institucionais do que a CEDH. Para temas criminais, a CIDH é mais citada do que ambas, ficando atrás somente da Suprema Corte Americana. Assim, temos 509 referências relativas a direitos, 266 a temas institucionais e 170 a questões criminais.

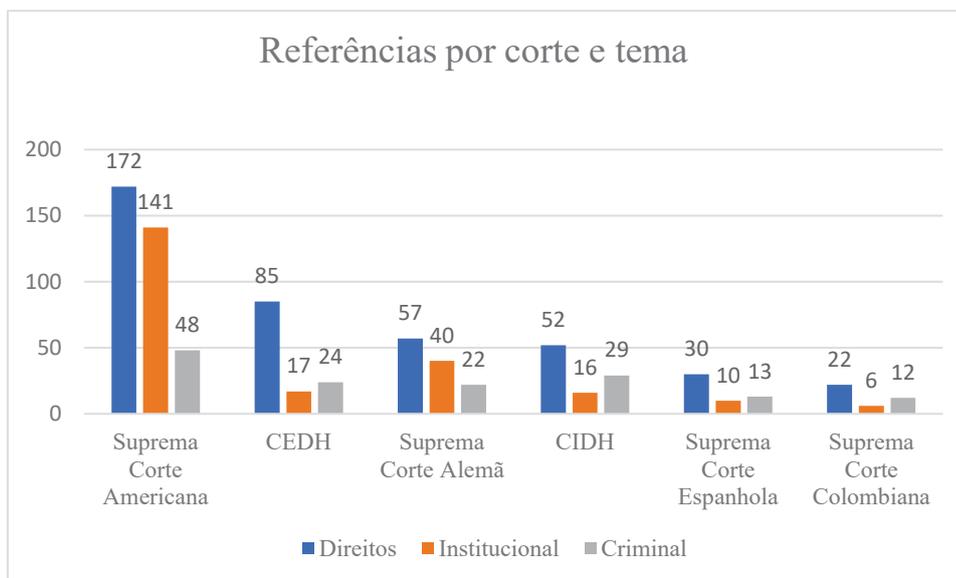


Gráfico 3: referências por corte e tema

Especificamente com relação aos subtemas de direitos fundamentais, o mais explorado é a liberdade de expressão, com 109 referências, seguido de liberdade religiosa (48), sistema prisional (34 – naquilo que se relaciona com direitos fundamentais, e não questões penais em si), saúde (33), gênero e meio ambiente (ambos com 26).

Subtema - direitos		
Subtema	Número	%
Liberdade de expressão	109	21%
Liberdade religiosa	48	9%
Sistema prisional	34	7%
Saúde	33	6%
Gênero	26	5%
Meio ambiente	26	5%
Direitos políticos	23	5%
Trabalhista	19	4%
Educação	18	4%
Liberdade sexual	16	3%
<b>Soma</b>	<b>352</b>	<b>69%</b>

Tabela 8: referências por subtema em direitos

Os subtemas institucionais mais frequentes são os relativos a poderes – que englobam competências e limites a seu exercício – (74), direito administrativo (54), questões tributárias e financeiras (49) e regulação (20).

Todos os quatro precedentes mais citados provêm da Suprema Corte Americana: *McCulloch v. Maryland* (34), *Marbury v. Madison* (29), *New York Times v. Sullivan* (21) e *Myers v. United States* (19). Dos dez com o maior número de referências, sete têm essa mesma origem, um é da CIDH, um da CEDH e um da Suprema Corte Espanhola. Em comparação com os resultados de Peter da Silva, chama atenção, novamente, o virtual desaparecimento dos precedentes ingleses e do português, os quais eram os mais comuns no período de sua análise. Os dados não permitem identificar a causa desse deslocamento, mas demonstram uma mudança com relação a quais cortes o STF toma como guias em sua atividade – e, por consequência, quais direitos estrangeiros mais influenciam a jurisprudência nacional.

Precedentes mais citados		
Precedente	Corte	Referências
<i>McCulloch v. Maryland</i>	Suprema Corte Americana	34
<i>Marbury v. Madison</i>	Suprema Corte Americana	29
<i>New York Times v. Sullivan</i>	Suprema Corte Americana	21
<i>Myers v. United States</i>	Suprema Corte Americana	19
<i>Ricardo Canese v. Paraguai</i>	CIDH	17
<i>Brown v. Board of Education</i>	Suprema Corte Americana	17
<i>Abrahams v. United States</i>	Suprema Corte Americana	17
<i>Lingens v. Austria</i>	CEDH	16
<i>United States v. Rosika Schwimmer</i>	Suprema Corte Americana	15
Sentencia 47/02	Suprema Corte Espanhola	13

Tabela 9: referências por precedente

Indo adiante, embora os números absolutos contem uma história, uma análise mais cuidadosa demonstra que ao menos dois dos cinco precedentes mais citados não compõem realmente o repertório do tribunal como um todo. *Marbury v. Madison* teve 29 referências, mas 24 provêm de um mesmo modelo de voto do Ministro Alexandre de Moraes, em um trecho repetido da mesma maneira em todas essas ocasiões:

[...] assim como ocorre há mais de 210 anos em relação à Corte Suprema Americana e há mais de 120 anos em relação às competências originárias do Supremo Tribunal Federal, são taxativamente previstas pelo texto constitucional, pois as competências originárias dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário exigem previsão expressa e taxativa, conforme princípio tradicional nascido com o próprio constitucionalismo norte-americano em 1787 e reconhecido no célebre caso *Marbury v. Madison* (1 Cranch 1–7 - 1803) e entre nós, desde o início da República (*RTJ* 43/129, 44/563, 50/72). Esse foi o princípio adotado pelo Congresso Nacional ao editar a EC 45/04 [...]

Myers v. United States é um exemplo ainda mais extremo: todas as 19 referências foram proferidas em trechos padronizados de votos do Ministro Alexandre de Moraes. Não houve nenhuma outra menção ao julgado:

O STF já consagrou, em nosso ordenamento jurídico, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* –, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Myers v. Estados Unidos – US 272 – 52, 118), consagrando-se, por exemplo, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal.

Ou seja, esses precedentes não são uma fonte importante de *diálogo* para o Supremo Tribunal Federal. Não existe nenhum engajamento com eles. O que há, simplesmente, é a literal repetição de um argumento pré-moldado que o incorpora, sem uma análise crítica ou relação com o caso específico. Circunstâncias semelhantes ocorrem quanto a *United States v. Rosika Schimmer* (11 das 15 referências em um modelo do Ministro Celso de Mello) e a Sentença 47/02 (12 das 13 em dois modelos do Ministro Alexandre de Moraes).

De fato, a análise do grau de profundidade das referências aponta à inexistência de um diálogo efetivo entre o Supremo Tribunal Federal e as cortes citadas. Mais de 70% das citações se deram em nível 1 (668) e apenas 13% em nível 3 ou 4 (127):

Profundidade		
Grau	Número	%
1	668	71%
2	150	16%
3	77	8%
4	50	5%

Tabela 10: referências por grau de profundidade

Em sua análise, Mello encontrou proporções que apontavam para ainda menos profundidade. Como exposto acima, 80% das referências encontradas por ela se deram em nível 1, 15% em nível 2 ou 3 e apenas 5% em nível 4. Em nossos resultados, vemos que o percentual em nível 4 se manteve, mas houve um aumento significativo das referências em nível 2 ou 3, as quais representam 24% de nossos números. É possível que algumas menções classificadas como nível 1 por Mello tenham sido elencadas em níveis acima por nós, mas, se não for esse o caso, pode haver uma tendência ao aprofundamento das citações. Isso dito, ampliando esses dados ao longo dos anos abarcados pelo estudo, vê-se que tal tendência de modificação não parece existir:

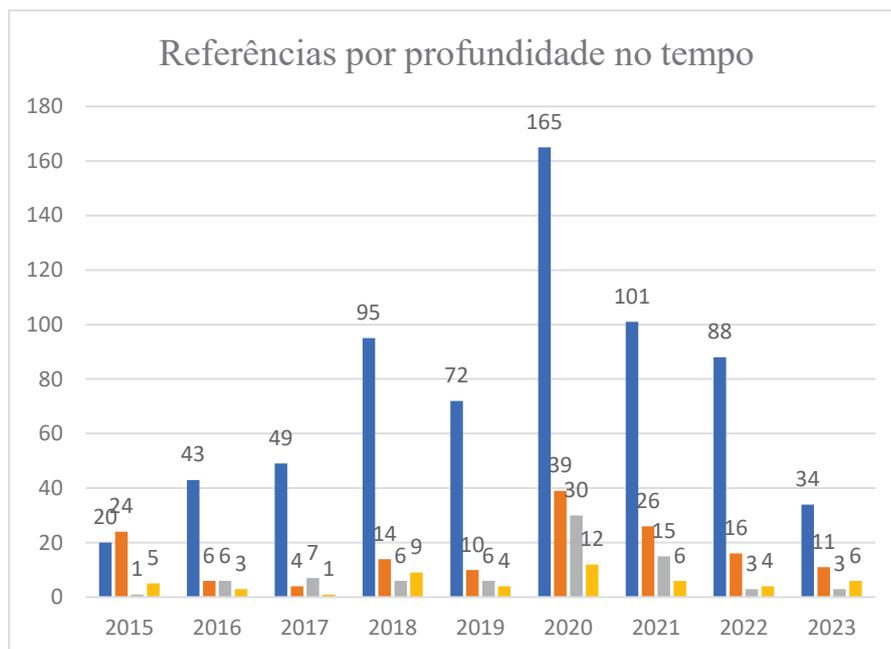


Gráfico 4: referências por profundidade no tempo

O grau de profundidade médio para as 946 instâncias de diálogo é 1,52, com mediana de 1. Analisando os ministros individualmente – e desconsiderando aqueles com número de referências insuficiente para uma constatação estatisticamente relevante – temos que aqueles com as maiores médias de profundidade são Gilmar Mendes e Rosa Weber (ambos com 1,9), Luís Roberto Barroso (1,6), Luiz Fux (1,5) e Edson Fachin (1,4). Os Ministros Celso de Mello e Alexandre de Moraes, embora estejam entre aqueles com o maior número de citações, são também os com a menor média de profundidade (1,1 e 1,04, respectivamente). Isto é, praticamente nunca fizeram uma referência em grau maior que 1.

Média de profundidade por Ministro		
Autor	Referências	Profundidade média
Nunes Marques	18	2,7
Dias Toffoli	23	2,5
Gilmar Mendes	228	1,9
Rosa Weber	76	1,9
André Mendonça	7	1,8
Carmen Lúcia	21	1,7
Luís Roberto Barroso	59	1,6
Luiz Fux	93	1,5
Ricardo Lewandovski	19	1,5
Edson Fachin	112	1,4
Marco Aurélio	12	1,3
Celso de Mello	82	1,1
Alexandre de Moraes	193	1,04

Tabela 11: média de profundidade por Ministro

A corte cujas citações se deram com maior profundidade foi a Suprema Corte Alemã (1,8) – quiçá em virtude de grande parte das referências a ela terem sido promovidas pelo Ministro Gilmar Mendes. Em seguida, tem-se a CEDH (1,6), a Suprema Corte Americana (1,5), a Colombiana (1,4), a CIDH (1,3) e a Espanhola (1,2). Pode-se perceber que os números são bastante similares, apesar de existir uma diferença mínima. Na prática, todos os tribunais são citados com pouca profundidade.

Média de profundidade por corte		
Corte	Citações	Profundidade média
Suprema Corte Alemã	119	1,8
CEDH	126	1,6
Suprema Corte Americana	361	1,5
Suprema Corte Colombiana	40	1,4
CIDH	97	1,3
Suprema Corte Espanhola	53	1,2

Tabela 12: média de profundidade por Corte

Os temas relativos a direitos ensejaram citações ligeiramente mais profundas, com uma média de 1,65, enquanto os institucionais obtiveram uma média de 1,53. As matérias criminais tiveram a menor média, de 1,12.

#### 5.4. Análise

Sob quais lentes devemos analisar os resultados relatados? Nos capítulos anteriores, expomos que as influências mútuas entre ordenamentos diversos foram inicialmente propostas como transplantes e recepções legais. No âmbito do direito público, esses conceitos foram posteriormente superados pela noção de migrações e transferências, que abarcam melhor a complexidade dessa “fertilização cruzada”. Ao final, podemos sustentar que mesmo essas concepções podem ser desenvolvidas e compreendidas como diálogos transconstitucionais – que se expressam, entre outros, com os diálogos intercortes. Não defendemos necessariamente uma superação da ideia de migrações, mas um passo adiante, uma evolução conceitual para compreender melhor o fenômeno.

Como destacamos anteriormente, a noção de diálogos elimina quaisquer resquícios hierárquicos que poderiam existir entre os ordenamentos “criadores” das ideias originárias e os “receptores”. Assim, deixa mais clara a relação de cooperação mútua e circular entre os diferentes membros das redes constitucionais. Esclarece que os conceitos jurídicos não são criados do nada pelos membros de um ordenamento específico e, a partir daí, adotados e apenas “adequados” aos outros. Um imigrante, por muito que se modifique e adapte ao novo local,

jamais deixará de ser um imigrante. A noção de diálogos permite compreender que as ideias se formam, de modo originário, nas pontes de contato, no engajamento entre os influxos dos diversos membros das redes transconstitucionais. Não são elementos de alguns países sendo transferidos aos demais, mas resultados desse processo dialógico tenso, produtivo e circular – de modo horizontal.

Assim, o que se deve buscar nos dados empíricos não é se o STF tem promovido migrações, adotado e adaptado ideias formuladas alhures. Nossa análise deve focar em constatar se o tribunal vem abrindo portas e criando pontes para o recebimento dos influxos transnacionais, se vem se dispondo a considerar experiências diversas e incluir o *outro* em seus discursos.

A pesquisa empírica demonstra que o Supremo Tribunal Federal ainda está longe de ser uma corte *engajada* no diálogo multinível. Não é possível afirmar que o tribunal tem por hábito fazer referências a seus pares estrangeiros, nem mesmo aos tribunais internacionais de direitos humanos. Essa realidade é um pouco diversa quando se tomam apenas os julgados em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em que as citações são mais comuns. Poderíamos defender que este último dado é o que verdadeiramente importa, na medida em que é ele que representa a postura do tribunal como corte constitucional.

Peter da Silva identificou um forte crescimento na quantidade de interação desde o início dos anos 2000 e, principalmente, a partir de 2010. De fato, o cenário mudou de uma virtual inexistência de citações de precedentes estrangeiros para algumas instâncias pontuais de contato. No entanto, com relação às decisões em geral, não parece ser possível sustentar que esse aumento vem se incrementando, ao menos não de uma forma estatisticamente clara. Por outro lado, pode-se argumentar que as referências são mais frequentes e vêm se tornando mais comuns nos julgamentos de ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade e naqueles de maior relevância – ainda que a tendência de crescimento não seja clara.

Todas as pesquisas empíricas anteriores constataram que a maior parte das referências tem por origem os países da Europa e os Estados Unidos, sem que haja quase nenhuma interação com os outros tribunais latino-americanos e até mesmo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Quanto a esta, pode-se sustentar que passou a ser uma das maiores fontes de comparação no período estudado, ao menos proporcionalmente. Apesar disso, a Corte Europeia continua sendo mais citada. No que toca aos tribunais nacionais, podemos afirmar que surgiu uma ponte de comunicação com a Suprema Corte Colombiana, que se tornou uma das principais fontes, mas a ignorância mútua completa persiste quanto a todas as outras jurisdições.

Esses dados permitem concluir que o *Ius Commune Constitutionale* latino-americano ainda é uma realidade distante no que toca ao diálogo do Supremo Tribunal Federal com outras cortes da região. Ao mesmo tempo, é inegável que a primeira abertura foi criada, ao passo em que não existia até pouco tempo atrás. Nas pesquisas de Peter da Silva, praticamente não havia referências a CIDH e a qualquer outro tribunal da região. Agora essa realidade mudou, por mais que ainda de modo bastante sutil. Não se espera nem se defende que o STF concentre seus diálogos na região, como já exposto acima. Entretanto, é certo que o direito brasileiro poderia se beneficiar de um engajamento maior com as experiências de países que vêm enfrentando desafios e vivenciando contextos e conflitos similares na atualidade, em vez de referenciar quase exclusivamente julgados “vetustos” de ordenamentos com circunstâncias bastante diferentes.

Os quatro precedentes mais citados vêm da Suprema Corte Americana. Dois deles são do século XIX, um dos anos 20 e outro dos anos 60. É claro que tais decisões históricas podem ter grande importância e ser importantes fontes de diálogo para o tribunal nacional. Todavia, é difícil sustentar que representam um efetivo engajamento com a jurisprudência estadunidense – a qual não se manteve inerte nos últimos 60 anos. Realmente, tais referências parecem representar, muito mais, a tendência bacharelesca e beletrista de citar julgados vetustos de juízes como Oliver Wendell Holmes e John Marshall, e não um esforço em dialogar com outros ordenamentos jurídicos.

Essa tendência fica ainda mais clara quando constatamos que uma boa parte das referências se dá em trechos “modelos” dos votos, isto é, partes das fundamentações repetidas *ipsis literis* em diversos votos dos mesmos ministros. Sem vinculação específica com o caso concreto. Esse fenômeno não compôs as pesquisas empíricas anteriores, entretanto é parte importante do funcionamento do Judiciário brasileiro, o que demanda estudos mais detidos.

A profundidade das referências parece ter se mantido igualmente baixa, com a grande maioria fazendo apenas breve menção ao julgado estrangeiro, sem explicar seus fundamentos ou relacioná-lo especificamente com o caso concreto, muito menos esclarecendo o contexto no qual a decisão foi proferida. Embora exista certa variação entre os ministros, nenhum deles possui uma média de profundidade maior que 2 – entre os com um número de referências estatisticamente relevante –, número que representa uma referência com alguma explicação mais clara quanto ao conteúdo do precedente.

Isso posto, Mello encontrou 80% das citações em grau 1, enquanto a presente pesquisa nos forneceu o percentual de 71%, o que pode indicar uma tendência ao aprofundamento das

instâncias de diálogo – por mais que isso não possa ser propriamente afirmado como conclusão. Ainda, os Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber obtiveram uma média de profundidade de 1,9, ou seja, no geral, ao menos esclareceram o conteúdo jurídico ou fático das referências que fizeram, o que pode significar uma maior disposição a diálogos verdadeiros por parte da corte.

Iniciamos essa pesquisa da constatação de que, até 2014, o Supremo Tribunal Federal dialogou pouco com outros tribunais, adotou um viés fortemente anglo-eurocêntrico ou fez referências com baixíssima profundidade. Os resultados da nossa pesquisa empírica demonstram que pouca coisa mudou – mas há sinais de transformações.

Com efeito, em termos de diálogos com outros tribunais em sua jurisprudência, a corte não faz parte de uma rede transconstitucional ou transjusfundamental mundial, muito menos latino-americana. Apesar disso, se antes não havia qualquer diálogo com os tribunais regionais, hoje já existe uma abertura relevante com ao menos um, a Suprema Corte Colombiana. De igual modo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem adquirindo protagonismo como interlocutora. Ainda, parece ser possível afirmar que existe ao menos uma estabilização de um número proporcionalmente maior de referências desde 2010 até aqui.

Embora as referências a precedentes estrangeiros não sejam comuns e exista uma preponderância muito forte dos poucos *usual suspects*, como mencionado nos capítulos anteriores, constatamos o início de uma abertura a realidades mais diversas, com um número considerável de citações, por exemplo, à Suprema Corte Sul-Africana e acenos, ainda que individuais, a tribunais como o indiano, israelense, coreano, entre outros. Além disso, as cortes regionais de direitos humanos claramente adquiriram maior relevância, o que aponta para mais conscientização do tribunal a esse respeito.

Ademais, os dados analisados aqui, relativos a citações de *precedentes* estrangeiros em específico, não permitem traçar conclusões amplas quanto ao engajamento do Supremo Tribunal Federal com outros ordenamentos jurídicos em geral. Isso porque essa confrontação pode se dar por outras fontes, como referência a leis e, principalmente, doutrinas, as quais são provavelmente muito mais citadas do que precedentes, em vista de nossa herança romanista. Logo, é plenamente possível que a corte tenha uma abertura maior do que a indicada pelos resultados analisados aqui, apesar de não podermos fazer qualquer constatação nesse sentido.

Em momento algum buscamos fazer um juízo de valor acerca dos dados analisados. Os diálogos intercortes são desejáveis? Tendo em vista todas as teorias expostas nos capítulos anteriores, parece ser possível defender que sim. O objetivo da pesquisa, então, era verificar qual a postura do Supremo Tribunal Federal com relação a esse engajamento, a fim de que

podéssemos conceber formas e modelos para aprimorar a jurisdição nacional nesse aspecto – tendo em vista que sua implementação aparenta ser desejável. Nesse passo, apesar de termos constatado diversos déficits em termos de diálogos com outros tribunais, não há necessidade de encerrarmos em tom pessimista.

Como vimos, as referências a precedentes estrangeiros nos julgados do STF são fenômenos recentes, que passaram a ter alguma relevância numérica limitada somente a partir de 2010. As próprias teorias promovendo a sua realização são relativamente novas, e a sua abordagem mais ampla pela doutrina nacional teve início há pouco tempo. Ou seja, até há pouco, não tínhamos nem mesmo a concepção de que as cortes deveriam dialogar entre si e se engajar produtivamente com as jurisprudências umas das outras. Não seria de se esperar que, nesse tempo, o Supremo Tribunal Federal tivesse se reinventado e passado a estabelecer amplos e profundos diálogos – afinal, é uma instituição mais que centenária, e uma mudança significativa depende de uma transição que pode se alongar.

Isso posto, nos últimos anos, o tribunal tem feito referência a entendimentos de outras cortes – muito pouco nos casos em geral, mas de modo mais marcado naqueles de maior relevância. Ainda, tem iniciado um processo lento de abertura a uma gama maior de experiências: por mais que a grande maioria das citações provenha das fontes clássicas dos Estados Unidos e Europa, já se vislumbram conversas com ordenamentos diversos, como o colombiano, o sul-africano e o indiano, bem como com o sistema interamericano de direitos humanos. Essas referências ainda são majoritariamente rasas, com traços de bacharelismo e beletrismo, mas há indícios de que possa existir uma gradual qualificação, com o surgimento de instâncias mais profundas de diálogos.

O STF é uma corte fechada, mas vem abrindo frestas. Seriam os primeiros passos na direção do ambiente cooperativo de diálogo transconstitucional? O futuro dirá.

## **6. Conclusões**

Ao longo deste trabalho, fizemos uma introdução ao tema do direito constitucional comparado, das migrações de ideias constitucionais e dos diálogos intercortes, sempre buscando posicionar cada um dos temas dentro do contexto brasileiro, da nossa realidade, nossos problemas e objetivos. Tudo isso convergiu para nosso estudo empírico sobre a forma como o Supremo Tribunal Federal vem utilizando precedentes estrangeiros em suas decisões. A partir de tudo o que foi estudado, podemos alcançar as seguintes conclusões.

No âmbito dos estudos em direito constitucional comparado conhecidos no Brasil, existem duas escolas distintas, as quais se comunicam muito pouco ou quase nada: os latinos,

que vêm escrevendo sobre o tema já desde os anos 70, e os autores anglófonos vinculados à ICON.S, a quem se credita um “renascimento” da matéria. Entre os primeiros, temos pesquisadores como José Afonso da Silva, Ivo Dantas, Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro, Angelo Rinella e Jorge Miranda. Entre os segundos, Mark Tushnet, Vicki Jackson, Kim Scheppelle, Ran Hirschl e Günther Frankenberg. Apesar de versarem sobre os mesmos temas, essas escolas se mantêm alheias uma à outra, com pouquíssima interação. Desde o princípio, nosso trabalho procurou “cruzar essa ponte” e aproximar ambas as culturas.

É consenso que o direito constitucional comparado está mais em voga do que nunca, embora já exista mais ou menos da forma como conhecemos pelo menos desde o início do século XX. Esse crescimento do interesse na matéria pode ser atribuído à transnacionalização dos desafios, o que impõe a adoção de soluções conjuntas, e à crescente necessidade de proteção e fomento dos direitos humanos e fundamentais. Em um mundo cada vez mais globalizado, esses objetivos somente podem ser cumpridos com a cooperação ou ao menos a compreensão entre os ordenamentos jurídicos.

Os autores têm visões diversas quanto aos objetos de comparação. Entende-se que deve buscar sistematizar os diversos ordenamentos jurídicos naquilo que têm de semelhante e diferente, que deve procurar variáveis relevantes a fim de traçar relações de causalidade, compreender os institutos aparentemente semelhantes naquilo que possuem de diferente, traçar as relações circulares de coevolução entre institutos derivados de uma mesma ideia inicial ou simplesmente desenvolver conceitos capazes de fomentar a proteção dos direitos jusfundamentais. A finalidade da comparação é, sobretudo, contribuir com a autocompreensão dos membros de cada ordenamento, a partir do conhecimento de experiências diversas e daquilo que o diferencia dos demais. Desse modo, ao mesmo tempo, fornece elementos para o aprimoramento das próprias ordens jurídicas.

Como alcançar esses objetivos? Há certo consenso de que o campo não vem sendo capaz de desenvolver uma metodologia adequada para a construção de efetivo conhecimento. Nesse passo, alguns clamam pela necessidade de adoção de maior rigor científico para sistematizações mais adequadas, para a formulação de relações causais demonstráveis. Outros, pela incomensurabilidade cultural e linguística e pela necessidade de reconhecer que não é possível compreender os direitos estrangeiros como os próprios membros dos ordenamentos estudados. Existe um embate entre a pretensão de cientificidade dos estudos comparados e as visões culturalistas. Assim, as metodologias se dividem entre aquelas pautadas no universalismo normativo, no funcionalismo, no contextualismo e no expressivismo. As duas primeiras

entendem que os direitos podem ser reconduzidos a fatores comuns, ao menos no que toca às funções que as normas cumprem, aos problemas que buscam resolver, os quais seriam relativamente compartilhados. As duas últimas enfatizam as especificidades culturais de cada ordenamento jurídico, os quais seriam inextricavelmente ligados aos seus contextos socioculturais, de forma totalmente única.

As duas escolas de comparação constitucional estudadas – os latinos e os anglófonos vinculados ao ICON.S – parecem compartilhar visões parecidas sobre a maioria dos principais aspectos da temática. Ambas consideram necessário dar a devida atenção às complexidades socioculturais, para além dos simples enunciados normativos, e ambas veem a necessidade de um aprimoramento metodológico para a consolidação do campo. Entretanto, os anglófonos dão maior ênfase ao primeiro ponto, enquanto os latinos, ao segundo. Nesse contexto, estes podem se beneficiar da visão mais culturalmente consciente daqueles, ao passo em que aqueles podem aproveitar os desenvolvimentos metodológicos e concepções mais científicas destes.

Indo adiante, as relações de influência e interferência mútuas entre os ordenamentos jurídicos, com a adoção por uns de conceitos formulados por outros, podem ser chamadas de migrações de ideais constitucionais. Essa nomenclatura supera outras como transplantes e empréstimos, que não dão conta da complexidade do fenômeno. Quando um instituto “migra” entre países, passa pelas mais diversas adaptações para que se adeque à realidade particular da ordem jurídica receptora. Nela, o conceito migrante interage com a base sociocultural e econômica e com os vários fatores que levam à formação da norma em si – considerada como mais do que o simples enunciado normativo. Essas influências podem se dar com o deslocamento dos próprios conceitos, mas também de métodos, princípios, ou inspirações – positivas e negativas – daquilo que os membros receptores almejam conquistar ou evitar. Em grande parte das ocasiões, as transferências ocorrem em virtude do prestígio detido pelo ordenamento de origem, o que frequentemente leva à importação de institutos impróprios para a realidade local, mesmo com todas as adaptações. Atualmente, muito dessa influência não se dá pela absorção dos institutos estrangeiros, e sim pelo seu uso reflexivo, ou seja, para contribuir na autocompreensão e autoleitura dos ordenamentos jurídicos, tendo um ponto de vista crítico a partir dos conceitos formulados em um ambiente externo.

Entre os contemporâneos, a noção de que os conceitos jurídicos se movimentam entre ordenamentos foi formulada inicialmente por Alan Watson, como transplantes legais. Para ele, as normas não são muito vinculadas à sociedade em que vigem, podendo se movimentar entre diversas, desde que haja vontade dos grupos vinculados à produção jurídica, que se comunicam

internacionalmente. Um importante desenvolvimento e complemento dessa teoria foi posto por Rodolfo Sacco, de acordo com quem as normas são construídas a partir de diversos formantes jurídicos, como o enunciado normativo, a jurisprudência, os costumes, as ideologias, entre outros. Alguns componentes das normas escapam à consciência dos próprios usuários, são pressupostos, fazem parte da sua mentalidade básica. Trata-se dos criptotipos. Essas ideias podem ser ainda mais aperfeiçoadas pela concepção da metódica estruturante de Friedrich Müller e pela noção de sociedade aberta dos intérpretes e construção cultural da norma de Peter Häberle. O “transplante”, então, pode abarcar somente um formante, o qual passará a interagir com todos os outros já existentes na sociedade, criando uma norma.

Para além da constatação de que os conceitos migrantes passam por alterações relevantes quando do ingresso em seu novo *habitat*, uma corrente de estudiosos capitaneada por Pierre Legrand defende que os transplantes legais simplesmente não são possíveis, na medida em que as normas jurídicas não são separáveis da sociedade que as interpreta e aplica. Quando de uma suposta transferência, teríamos na realidade uma norma inteiramente nova, criada pela sociedade “receptora”. Em resposta a essa crítica, tem-se o fato de que, na prática, as transferências ocorrem, ainda que não necessariamente no modelo de transplantes. Embora seja certo que os conceitos transferidos se adaptem à realidade receptora e se tornem diversos de seu formato original, é igualmente certo que algum conteúdo pode se movimentar entre os ordenamentos jurídicos. Dessa maneira, Legrand demonstra que o termo transplante é inadequado, devendo ser substituído por migração ou transferência, contudo não refuta a existência do fenômeno das influências transconstitucionais.

Superado o desafio quanto à possibilidade das migrações, torna-se necessário enfrentar o debate relativo à sua adequação. Nesse ponto, é didática a discussão entre os *justices* Breyer e Scalia, da Suprema Corte Americana – embora o embate seja vivo em diversos ordenamentos. Para aqueles contrários à utilização de fontes estrangeiras, essa prática é antidemocrática, na medida em que insere no sistema normas não aprovadas pelas instituições representativas do povo e, ainda, promove o ativismo judicial, uma vez que possibilita a fundamentação das decisões em uma miríade de fontes externas. Ambas as objeções podem ser superadas pela constatação de que o modelo de migrações – e sobretudo o de diálogos – parte muito mais da possibilidade de autorreflexão e autocompreensão com a perspectiva do conhecimento do *outro* e do estudo de suas experiências. Não se trata de adotar acriticamente soluções estrangeiras, mas de utilizar outras realidades dialogicamente, para compreender melhor e de forma mais crítica o próprio cenário interno, a partir do próprio direito.

Nesse cenário de maior complexidade, pode-se até mesmo questionar se a noção de migrações não pode também ser superada, adotando-se apenas o conceito dos diálogos transconstitucionais – ou transjusfundamentais. A noção de diálogos elimina os eventuais resquícios de hierarquização que pode haver entre os ordenamentos “de origem” e os receptores, assim como deixa mais clara a relação de cooperação mútua e circular entre os diferentes membros das redes constitucionais. Essa superação do próprio conceito de migrações pela noção de diálogos é relevante sobretudo quando se tomam os países menos centrais ao constitucionalismo liberal clássico: ela põe em evidência o fato de que os influxos não se dão – e não devem se dar – de forma unilateral, com conceitos “migrando” apenas do centro para as periferias, ainda que estas os conformem às suas realidades. Os diálogos denotam mais do que uma simples adaptação das normas transferidas. Representam influências mútuas e circulares, em um processo multiangular, não hierarquizado, horizontal e complexo. Permitem que o constitucionalismo receba influências de todos os membros da rede dialógica, sem que existam protagonistas e coadjuvantes.

A interação entre os ordenamentos jurídicos diversos pode ter características de resistência, quando não há abertura, convergência, quando se busca uma harmonização unidirecional, ou engajamento, quando se tem um relacionamento dialógico, produtivo, tenso e argumentativo entre as ideias diversas. As migrações se dão em um processo mais amplo de diálogos transnacionais intercortes, faceta do engajamento entre ordens jurídicas, por meio do qual os tribunais superiores de diferentes países se abrem às experiências, teorias e metodologias uns dos outros. Isso ocorre sobretudo em vista da existência de problemas e objetivos compartilhados, da necessidade de proteção e fomento dos direitos humanos e fundamentais, cuja concretização impõe a ação coordenada, e dos influxos mais gerais da globalização. Esses diálogos devem ocorrer de modo horizontal, permitindo uma melhor autocompreensão por parte dos membros da rede que se forma. As experiências alheias devem servir como fonte de engajamento dialógico, a permitir uma confrontação mais embasada e crítica com os próprios conflitos internos. Essa perspectiva impõe um ônus argumentativo maior às cortes, as quais passam a dever justificar suas decisões também em vista das opiniões da comunidade transnacional, além de permitir que soluções periféricas ganhem maior visibilidade e aplicabilidade pela superação argumentativa de alternativas mais centrais.

Nesse cenário, o inter-relacionamento dialógico das cortes forma uma rede de constitucionalismo, também chamado de constitucionalismo multinível, interconstitucionalismo ou transconstitucionalismo. Passa a haver relações de aprendizado

recíproco, sem hierarquização, entre as cortes nacionais e internacionais, com um entrelaçamento das ordens constitucionais de cada uma, sempre de modo argumentativo, reflexivo e crítico. No contexto transconstitucional, os ordenamentos estão abertos às influências e experiências externas, assim como recebem abertura para suas realidades. Não há imposição nem homogeneização, e sim *inputs* e *outputs*, em que os influxos transnacionais são recebidos, apreciados criticamente e respondidos a partir dos preceitos do ordenamento jurídico individual – cuja resposta passa também a fazer parte desses influxos. As constituições nacionais deixam de ser somente o ápice normativo interno e passam a ser um elemento de autodescrição nacional no espaço internacional – ao mesmo tempo em que mantêm seus *status* interno da norma superior.

Dando um passo além, fala-se do surgimento de um contexto de transjusfundamentalidade, em que o transconstitucionalismo passa a operar com o objetivo específico de fomentar e concretizar os direitos humanos e fundamentais, tendo-os sempre como norte. Para além das fontes puramente constitucionais, volta-se a todas aquelas que sejam capazes de contribuir com esse objetivo, ainda que extraoficiais ou extraestatais. Os direitos fundamentais, pela sua pretensão universal, em contraposição à sua lógica indeterminada, conflituosa, plural e idiossincrática, impõem que sua concretização ocorra em um plano cooperativo e dialogado. O transconstitucionalismo, nessa vertente, fornece a estrutura por meio da qual os países contribuem para interpretar e avançar esses direitos e a dignidade humana como um todo, articulando a relação tensa entre as realidades e contextos locais e as pretensões transnacionais de humanidade.

Em vista da realidade particular da América Latina, surge a teoria do constitucionalismo latino-americano – em particular, a de seu *Ius Commune Constitutionale* –, que é uma abordagem transformadora, cujo centro são a Convenção Americana de Direitos Humanos e as garantias constitucionais internas, além da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos tribunais nacionais. Seu objetivo é fortalecer e promover o avanço dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito, assim como fomentar a criação de uma nova cultura jurídica latino-americana aberta e com standards claros de um constitucionalismo comum. A formulação parte da concepção de que a região promove um constitucionalismo transformador, que visa a superar a desigualdade, as violações aos direitos humanos e os graves problemas institucionais muito presentes em todos os países latino-americanos. Nesse contexto, o sistema regional de proteção dos direitos humanos serve como elo integrador dos países entre si, com suas peculiaridades locais, e com o sistema universal, com seus objetivos mais utópicos.

Tem-se, assim, um enfoque na atuação dos Poderes Judiciários, vistos como responsáveis por dar concretude à rede constitucional pelos diálogos intercortes. Todavia, existe uma forte percepção de que o Brasil não está bem inserido nesse contexto regional, nem em termos históricos, nem jurídicos ou culturais. As cortes nacionais não dialogam com seus pares da região e não adotam outras premissas do suposto constitucionalismo latino-americano. Essa constatação é corroborada pelos estudos empíricos feitos até hoje do Supremo Tribunal Federal.

Quanto aos resultados da nossa pesquisa empírica, constatamos que a corte vem fazendo mais referências a precedentes estrangeiros desde os anos 2000, com um claro e relevante aumento com relação às décadas anteriores. Todavia, esse número ainda é proporcionalmente muito baixo e compõe uma parte ínfima do total dos julgamentos. Ainda, não parece ser possível identificar uma tendência significativa de continuação desse incremento no período estudado. Entre 2015 e 2023, a proporção de decisões contendo instâncias de diálogo se manteve relativamente similar, com crescimentos sendo seguidos de retornos à média. Isso dito, a proporção de referências é muito maior se considerarmos apenas a competência de controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, se analisarmos o STF como corte constitucional propriamente dita.

Os ministros com mais instâncias de diálogo, no período estudado, são Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello. As cortes mais citadas são a Suprema Corte Americana, a Corte Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal Constitucional Alemão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Suprema Corte Espanhola e a Suprema Corte Colombiana. A grande maioria das referências se concentra entre os três primeiros. Ademais, o único outro tribunal latino-americano citado é o argentino – em pouquíssimas ocasiões. Apesar disso, há menções pontuais às cortes sul-africana, polonesa, israelense e coreana, entre outras. Embora a maioria das referências tenha como fonte os *usual suspects*, pode-se constatar o surgimento de instâncias de diálogo com uma diversidade maior de países e, em especial, aberturas relevantes à CIDH e à Suprema Corte Colombiana. Isso pode apontar a uma possível tendência de diversificação do repertório do tribunal, por mais que ainda em fases iniciais.

Entre os 10 precedentes mais citados, 7 são da Suprema Corte Americana. Os 3 mais citados são *McCulloch v. Maryland*, *Marbury v. Madison* e *New York Times v. Sullivan*. Os 3 não provenientes dos Estados Unidos são *Ricardo Canese v. Paraguai*, da CIDH, *Lingens v. Áustria*, da CEDH, e a *Sentencia 47/02*, da Suprema Corte Espanhola. Porém, alguns julgados são citados, em sua maioria, apenas em votos “modelos”, isto é, trechos pré-moldados e

repetidos pelos ministros em diversos votos, cujo conteúdo nessa parte permanece idêntico. Dos 10 precedente mais citados, 5 aparecem majoritariamente nesses trechos “modelos”, o que põe em xeque seu *status* como importantes para o ingresso do Supremo Tribunal Federal em um cenário de diálogo intercortes.

Com relação à existência de uma disposição a esse tipo de engajamento, os dados encontrados demonstram que as referências costumam se dar de modo bastante raso, sem que haja uma explicação sobre o conteúdo dos julgados, tampouco sobre a forma pela qual eles se relacionam de fato com o caso concreto a ser decidido, muito menos uma exposição sobre o contexto em que a decisão estrangeira foi proferida. Na média, as decisões fazem apenas uma breve menção ao julgado, sem aprofundar em quaisquer de seus detalhes. Isso, aliado à repetição acrítica de fontes estrangeiras em trechos “modelos”, enseja uma preocupação com que se esteja somente perpetuando a cultura bacharelesca de referências a cortes estrangeiras como mero beletismo, sem que haja intenção do estabelecimento de uma relação transconstitucional. Em contraposição a isso, já temos alguns ministros com níveis médios de aprofundamento maiores, os quais têm por hábito uma análise mais detida dos precedentes. Ademais, nota-se uma aparente tendência de aumento no grau de profundidade das citações, o que indica um uso mais cuidadoso e dialógico da jurisprudência transnacional.

A globalização, os avanços dos direitos fundamentais e humanos e os desafios contemporâneos demandam a atuação conjunta dos ordenamentos jurídicos, para desenvolverem a si próprios e colaborarem com o aprimoramento comunitário. A abertura a perspectivas diversas, a alteridade e a inclusão do *outro* em nosso discurso jurídico são imperativos de nosso tempo. O transconstitucionalismo – e quiçá a transjusfundamentalidade – é o formato do cenário constitucional do século XXI. O Supremo Tribunal Federal ainda não é um membro ativo dessa rede, ao menos no que toca ao diálogo intercortes, mas vem dando passos iniciais e resolutos nesse sentido.

## **7. Referências bibliográficas**

ACUNHA, Fernando José Gonçalves; ‘ARAFA, Mohamed A.; BENVINDO, Juliano Zaiden. The Brazilian Constitution of 1988 and its ancient ghosts: comparison, history and the ever-present need to fight authoritarianism. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, 2018, p. 17-41.

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

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. *Direitos Fundamentais de Justiça*, Belo Horizonte, v. 12, n. 39, p. 79–97, jul/dez. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, Brasília, 2019, p. 171-184.

BENVINDO, Juliano Zaiden et al. O estudo do Direito Constitucional Comparado no Brasil: mapeamento das iniciativas e perspectivas de desenvolvimento da área. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 11, n. 1, 2024, p. 1-36.

BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC GREGOR, Eduardo Ferrer; SOLEY, Ximena. Ius constitutionale commune en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, 2016.

BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015. p. 13-66.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. *Revistas direitos fundamentais e democracia*, v. 24, n. 3, 2019, p. 5-26.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). *Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5543. Relator: Ministro Edson Fachin, publicada no DJE em 26/08/2020.

CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the history of legal transplants. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013.

CANOTILHO, Gomes. “Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Ed. 2. Coimbra: Almedina, 2012.

CARDUCCI, Michele. A realidade dos países BRICS e o papel do Direito Constitucional Comparado. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 205-217, out./dez., 2012.

CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a New Metaphor in Constitutional Law*. In: \_\_\_\_\_. The Migration of Constitutional Ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Pp. 1-36.

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

FACHIN, Melina Girardi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. *Constituição e Direitos Humanos*. São Paulo: Almedina, 2022.

FLETCHER, George. Comparative Law as a Subversive Discipline. *The American Journal of Comparative Law*, v. 46, n. 4, 1998, p. 683-700.

FRANKENBERG, Günter. *Comparative constitutional studies: between magic and deceit*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2018.

FRANKENBERG, Günter. *Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited*. *I.CON*, v. 8, n. 3, Oxford University Press, 2010.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialogico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoria Jurídica*, v. 14, n. 2, Buenos Aires, dez-2013.

GINSBURG, Tom. Review of Dixon and Landau. *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, Kamloops, v. 7, n. 1, p. 1-5, 2021.

GLANERT, Simone. LEGRAND, Pierre. *Foreign Law in Translation: if truth be told... Law and Language – Current Legal Issues*, V. 15, Oxford: Oxford University Press, 2013.

GLANERT, Simone. Method? In: MONATERI, Pier Giuseppe (ed.). *Methods of Comparative Law*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2012. p. 61-81.

GRAZIADEI, Michelle. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMAN, Reinhardt. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, p. 444-476.

GROPPI, TANIA; PONTHEREAU, Marie-Claire. *The Use of Foreign Precedents by Supreme Court Judges*. Portland: Hart Publisher, 2013.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HIRSCHL, Ran. Abusive Constitutional Borrowing. *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, Kamloops, v. 7, n. 1, p. 23–48, 2021.

HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

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. 39-66.

HIRSCHL, Ran; SACHAR, Ayelet. Competing Orders? The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 85, n. 2, p. 425-455, 2018.

JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

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

KIRBY, Michael. *International Law: the impact on national constitutions*. *American University International Law Review*, v. 21, n. 3, Washington D.C., 2006.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *University of California, Davis, Law Review*, Davis, v. 47, p. 191–259, apr. 2013.

LANDAU, David; DIXON, Rosalind. A response to commentators. *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, Kamloops, v. 7, n. 1, p. 49–80, 2021.

LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Constitutional Borrowing*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

LAW, David S. Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 4, 2015.

LEAL, Fernando; JORDÃO, Eduardo. Quando a Tradução Também Importa: Problemas Linguísticos de Direito Comparado. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 8, n. 29, Porto Alegre, out-dez/2014, p. 86-104.

LEGRAND, Pierre. Mind the gap! Translation of Foreign Law Is Not What You Think. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 3, Curitiba, p. 601-654, 2021.

LEGRAND, Pierre. HACHEM, Daniel Wunder (trad.). *Como Ler o Direito Estrangeiro?* São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of Legal Transplants*. *Journal of European and Comparative Law*, MJ 4, 111, Maastricht, 1997. pp. 111-124.

MAIA, Eduardo Gomes Ribeiro; JACINTHO, Jussara Maria Moreno. A Pesquisa e o Direito 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. 54-70.

MCCRUIDEN, Christopher. Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, Oxford University Press, 2013, p. 500-535.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília*, v. 9, n. 2, 2019. p. 253-285.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, 2020. p. 93-124.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 6, n. 2, Curitiba. 2019.

MIRANDA, Jorge. Sobre direito constitucional comparado. *Direito e Justiça*, n. 2, v. especial, Lisboa, 1987, p. 201-222.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo; HERMES, Manuellita (trad.). *Sistemas Constitucionais Comparados*. Curitiba: Contracorrente, 2021.

PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

POMERANTSEV, Peter. *This is Not Propaganda*. Londres: Faber, 2019.

PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. *German Law Journal*, Frankfurt am Main, v. 20, n. 2, p. 245–262, 2019.

PRIGOL, Natália Munhoz Machado; MELEK, Marcelo Ivan. O Direito Constitucional 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. 259-278.

RAGONE, Sabrina. Constitutional identities and traditions: a conundrum for comparative lawyers. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 11-36, jul./set. 2022.

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. 81-104.

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. 1-34.

SACCO, Rodolfo. Legal Formants: dynamic approach to comparative law (Installment II of II). *The American Journal of Comparative Law*. v. 39, n. 2, Oxford, 1991, p. 343-401.

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

- SCHEPPELE, Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. I.CON, v. 1, n. 2, Oxford University Press and New York School of Law, 2003.
- SCHEPPELE, Kim. The opportunism of populists and the defense of Constitutional Liberalism. *German Law Journal*, Frankfurt am Main, v. 20, n. 1, p. 314–331, 2019.
- SCHEPPELE, Kim. The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists do Not Work. *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, Nova Jersey, v. 27, n. 4, p. 559–562, out. 2013.
- SCHEPPELE, Kim. Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 85 n. 2, p. 545–583, 2018.
- SCHNEIDERMAN, David. A new global constitutional order? In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. *Research Handbooks in Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade*. Curitiba: Editora CRV, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Um Pouco de Direito Constitucional Comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. in BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530.
- SLAUGHTER, Anne Marie. Global government networks, global information agencies, and disaggregated democracy. *Michigan Journal of International Law*, v. 24, n. 4, 2003, 1041-1075.
- TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.
- TUSHNET, Mark. Some reflections on method in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 67-83.

TUSHNET, Mark. Review of Dixon and Landau's. *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, Kamloops, v. 7, n. 1, 2021.

TUSHNET, Mark. Varieties of Populism. *German Law Journal*, Frankfurt am Main, v. 20, n. 3, p. 382–389, 2019.

WATSON, Alan. *Legal Transplants: an approach to comparative law*. Ed. 2. The University of Georgia Press: Athens, 1993.

WATSON, Alan. From Legal Transplants to Legal Formants. *American Journal of Comparative Law*, v. 43, n. 3, 1995, p. 469-477.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale comparato*. Ed. 9. Pádova: Cedam, 2014.

VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il Dialogo tra le Corti*. Bolonha: Il Mulino, 2011, versão Kindle.

ZAGREBELSKY. El Juez Constitucional Nel Siglo XXI. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N. 10. Jul-Dez/2008, p. 249-268.