



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e**  
**Extensão**

**Paula Guerzoni Piva**

**O MÉTODO COMPARATIVO DE INTERPRETAÇÃO**  
**CONSTITUCIONAL**

**Pós-graduação *lato sensu***

**São Paulo**  
**2014**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e**  
**Extensão**

**Paula Guerzoni Piva**

**O MÉTODO COMPARATIVO DE INTERPRETAÇÃO**  
**CONSTITUCIONAL**

**Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao**  
**Curso de Pós-graduação *lato sensu* da**  
**Coordenadoria Geral de Especialização,**  
**Aperfeiçoamento e Extensão, como exigência**  
**parcial para a obtenção do título de especialista**  
**em Direito Constitucional, sob a orientação do**  
**Professor-Orientador Renato Gugliano Herani.**

**São Paulo**  
**2014**

Piva, Paula Guerzoni

O método comparativo de interpretação constitucional /  
Paula Guerzoni Piva. – 2014.

60 f.

Monografia (Pós-graduação *lato sensu* em Direito  
Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São  
Paulo, Coordenadoria Geral de Especialização,  
Aperfeiçoamento e Extensão, São Paulo, 2014.

Orientação: Prof. Dr. Renato Gugliano Herani.

1. Direito Constitucional. 2. Direito Constitucional  
Comparado. 3. Interpretação Constitucional. I. Título

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e**  
**Extensão**

*Dedico este trabalho aos meus pais, Egle e José, por serem uma fonte de apoio inesgotável e desmedido para mim. A forma como melhor sei expressar o meu amor por vocês é a minha tentativa constante de fazê-los se sentirem orgulhosos da filha que tem.*

*Ao Luciano, por ter me pedido uma carona...*

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e**  
**Extensão**

*Agradeço ao meu orientador, Prof. Renato Gugliano Herani, pelo apoio na elaboração do presente trabalho e, especialmente, pela paciência.*

*Agradeço à minha família (em seu sentido lato), ao meu namorado e aos meus amigos (especialmente as de “agora e sempre”), por serem as minhas “condições de felicidade”:*

*“Mindfulness helps you go home to the present. And every time you go there and recognize a condition of happiness that you have, happiness comes.”*

**Thich Nhat Hanh\***

\*MCKEOWN, Greg. *Essentialism: the disciplined pursuit of less*. New York: Crown Business, 2014, p. 422.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e**  
**Extensão**

*For great cases are called great not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment. These immediate interests exercise a kind of hydraulic pressure which makes what previously was clear seem doubtful, and before which even well settled principles of law will bend.*

**Oliver Wendell Holmes Jr.\***

\*Northern Securities Co. v. United States, 1904, Supreme Court of the United States

## Resumo

A Constituição de um Estado encerra o paradigma legal mais importante de seu povo. Compreendê-la e interpretá-la é tarefa de peso para os juristas que, muitas vezes, têm-se valido do direito comparado. Este trabalho objetiva mostrar o que a doutrina entende por método comparativo de interpretação constitucional e como esse método pode ser utilizado, de acordo com estudiosos do tema. Esclarece que o direito comparado aplicado na interpretação constitucional tem como termos o texto constitucional a ser interpretado e o elemento do direito alienígena a ser comparado. Verifica a relevância que emana da Constituição Federal de 1988 no que diz respeito ao diálogo com o direito comparado e os diversos entendimentos sobre a importância do tema para a doutrina. Elucida a importância do método comparativo para a atividade jurisdicional, bem como faz considerações sobre a legitimidade da comparação e apresenta contra-argumentos. Identifica, ainda, os elementos do direito utilizados como termos de comparação, averiguando como esse método pode ser estruturado, elucidando as diferentes posturas para a sua sistematização e aplicabilidade na interpretação constitucional, e levantando os limites a essa comparação.

**Palavras-chave:** direito comparado; interpretação constitucional; método comparativo; sistematização do método; aplicabilidade; limites.

## Lista de Siglas e Abreviaturas

|          |                                                    |
|----------|----------------------------------------------------|
| ABDConst | Academia Brasileira de Direito Constitucional      |
| ADPF     | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| CF/88    | Constituição Federal de 1988                       |
| CIJ      | Corte Internacional de Justiça                     |
| EUA      | Estados Unidos da América                          |
| ONU      | Organização das Nações Unidas                      |
| PUCP     | <i>Pontificia Universidad Católica del Perú</i>    |
| STF      | Supremo Tribunal Federal                           |
| STJ      | Superior Tribunal de Justiça                       |
| UE       | União Europeia                                     |
| UNAM     | <i>Universidad Nacional Autónoma de México</i>     |

## Sumário

|                                                                                            |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Introdução .....</b>                                                                    | <b>10</b> |
| <b>Capítulo I – Delimitação do tema e conceitos pertinentes.....</b>                       | <b>12</b> |
| 1.1 Delimitação do tema .....                                                              | 12        |
| 1.2 Conceitos pertinentes .....                                                            | 14        |
| <b>Capítulo II – Importância do estudo do método comparativo.....</b>                      | <b>17</b> |
| 2.1 Relevância emanada da CF/88.....                                                       | 18        |
| 2.1.1 Artigo 5º, parágrafo 2º .....                                                        | 19        |
| 2.1.2 Artigo 4º, parágrafo único.....                                                      | 20        |
| 2.1.3 Artigo 193 .....                                                                     | 21        |
| 2.2 Importância do tema para a doutrina.....                                               | 22        |
| 2.2.1 O método e a atividade jurisdicional.....                                            | 25        |
| 2.3 Breves considerações sobre a legitimidade da comparação .....                          | 28        |
| 2.4 Contra-argumentos .....                                                                | 30        |
| <b>Capítulo III – A doutrina e o método em si .....</b>                                    | <b>34</b> |
| 3.1 Os termos da comparação .....                                                          | 34        |
| 3.2 Estruturação do método.....                                                            | 39        |
| 3.2.1 Princípios propostos .....                                                           | 42        |
| 3.2.2 Proposição de classificações .....                                                   | 45        |
| 3.2.2.1 Mark Tushnet.....                                                                  | 46        |
| 3.2.2.2 Sujit Choudhry .....                                                               | 48        |
| 3.2.2.3 Taavi Annus.....                                                                   | 49        |
| 3.3 Limites da comparação .....                                                            | 51        |
| <b>Conclusão .....</b>                                                                     | <b>54</b> |
| <b>Referências .....</b>                                                                   | <b>57</b> |
| <b>Apêndice A – O direito comparado como alternativa para a solução de conflitos .....</b> | <b>60</b> |

## Introdução

*A interdependência das nações e a solidariedade que envolve todo o gênero humano são fatos evidentes no mundo contemporâneo. O mundo tornou-se um só. Não é mais possível isolarmo-nos dos homens que vivem em outros Estados e em outras partes do globo. Suas maneiras de ver e de agir, sua opulência ou miséria condicionam nosso destino. O mundo atual impõe, tanto aos políticos quanto aos economistas e aos juristas, uma nova visão dos problemas que lhes dizem respeito.*

René David<sup>1</sup>

A globalização tem posto em contato, em tempo real, as mais diferentes sociedades, o que possibilita, a um imenso universo de pessoas, conhecer, comparar e julgar os diferentes costumes dos povos e seus respectivos ordenamentos jurídicos. Isto também implica, cada vez mais, oferecer ao operador do direito a possibilidade de comparar os vários modelos constitucionais e encontrar, dentre eles, os termos dos quais pode se valer para a interpretação de seu próprio modelo.

A Constituição ocupa o patamar de maior hierarquia no ordenamento jurídico de um determinado Estado, sendo dela que as demais normas retiram seu fundamento de validade. Mostra-se, pois, oportuna uma consubstanciação teórica sobre o tema escolhido para este estudo.

Isto posto, e já tendo desenvolvido uma outra monografia<sup>2</sup>, aqui anexada como Apêndice A, e que serve de matriz a esta, já que trata da história e da natureza do direito comparado, bem como busca compreendê-lo como alternativa para a solução de conflitos, parte-se agora para o estudo do método comparativo aplicado à interpretação constitucional.

Propõe-se, assim, o primeiro capítulo, a delimitar o tema e apresentar alguns conceitos utilizados no decorrer da exposição. Esclarece que o direito comparado utilizado para a interpretação constitucional apresenta como termos o texto

---

<sup>1</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, prefácio.

<sup>2</sup> PIVA, Paula Guerzoni. *O direito comparado como alternativa para a solução de conflitos*. Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, São Paulo, 2011, 60 p.

constitucional a ser interpretado e o direito alienígena a ser comparado e desambigua e define os conceitos pertinentes a este estudo.

Já no capítulo seguinte, analisa a atual importância do estudo do método comparativo, tanto por meio do disposto na Constituição Federal de 1988 quanto do que é extraído da doutrina. Também tece considerações sobre a legitimidade da comparação bem como traz alguns contra-argumentos encontrados na própria doutrina e na jurisprudência dos Estados Unidos da América (EUA).

Por terceiro, extrai de estudiosos do tema os pontos de maior relevância para a sistematização de método comparativo com o intuito de auxiliar o intérprete da norma constitucional. Identifica, assim, os elementos do direito a serem utilizados como termos de comparação, verifica como o método poderia ser estruturado e observa os limites à comparação apontados pela doutrina.

Ao final, não se pretende, com este trabalho, definir um método de forma exaustiva, mas, sim, tentar extrair da doutrina os elementos que podem fazer parte de uma sistematização desse método.

## Capítulo I – Delimitação do tema e conceitos pertinentes

*A lei pode ter um caráter nacional; o direito jamais se identifica efetivamente com a lei. A ciência do direito tem, pela sua própria natureza de ciência, um caráter transnacional.*

René David<sup>3</sup>

Numa análise econômica é comumente utilizada a condição *ceteris paribus*<sup>4</sup>, a qual reza que, diante da complexidade de um estudo e da quantidade indeterminada de variáveis que possam deturpar a observação do resultado, é preciso isolar as variáveis a serem estudadas a fim de se chegar a uma conclusão. Também no estudo de um determinado tema jurídico é igualmente necessário delimitar o escopo da análise e os conceitos a serem utilizados para que sejam coerentemente observadas suas implicações.

É, em razão disso, que este capítulo tem o objetivo de delimitar o tema do trabalho e apresentar alguns dos conceitos que serão, ao longo dele, repetidamente mencionados.

### 1.1. Delimitação do tema

O presente trabalho se propõe buscar na doutrina o que se entende por método comparativo de interpretação constitucional, extraíndo das observações apresentadas por estudiosos do tema os raciocínios lógicos identificáveis e relevantes, os quais apontam para a sistematização de uma metódica por intermédio da qual o operador do direito pode se utilizar do direito comparado na interpretação do texto constitucional.

Em pesquisa prévia realizada em meio à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), principal instituição doméstica quando se fala em interpretação constitucional – tanto quanto ao longo da elaboração do presente trabalho quanto da

---

<sup>3</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 8.

<sup>4</sup> Expressão do latim traduzida literalmente por "todo o mais é constante" ou "mantidas inalteradas todas as outras coisas".

monografia intitulada “O direito comparado como alternativa para a solução de conflitos” (Apêndice A) –, não foi possível identificar a aplicação de um método específico por parte dos Ministros quando da utilização do direito comparado na interpretação da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Na grande maioria das ocorrências, o direito comparado é empregado de forma complementar e não vinculante, como argumento retórico ou reforço de um raciocínio originalmente de direito interno<sup>5</sup>, sendo ociosa, portanto, a tentativa de se extrair um método lógico de um universo tão aleatório.

Isso posto e, ainda, tendo em vista a quantidade e a qualidade de informações sobre o método comparativo encontradas na doutrina, bem como não perdendo de vista os limites do presente trabalho, é necessário privilegiar a análise dos resultados nela aferidos.

Quanto à jurisprudência de demais Cortes Constitucionais estrangeiras, desnecessário dizer que uma pesquisa aprofundada restaria num infindável número de ocorrências do uso do direito comparado – em face da variedade de sistemas constitucionais existentes e de fontes de pesquisa sobre a matéria –, de forma que se mostra forçoso restringir o âmbito da presente análise à doutrina, pincelando alguns tópicos com precedentes jurisprudenciais de forma exemplificativa.

Outrossim, apesar do recurso ao direito comparado ser frequente em decisões emanadas dos mais diversos tribunais internacionais, sendo uma prática já consolidada e especialmente utilizada na determinação do alcance de princípios gerais de direito e do conteúdo e da extensão de regras internacionais que vinculam diversos ordenamentos jurídicos distintos<sup>6</sup>, tais precedentes não integrarão o presente estudo.

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, cabe a leitura de: CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5es/direitogv12/06.pdf>>. Acesso em: fev. 2014.

<sup>6</sup> Afirma Luiz Magno Pinto Bastos Junior, nessa mesma direção, que “*en las cortes internacionales de solución de conflictos, el recurso a elementos de derecho comparado consiste en una práctica ya consolidada e invocada como uno de los métodos preponderantes para juzgar las cuestiones ante esas cortes. El recurso a esa estrategia es particularmente relevante cuando se pretende definir el contenido y el alcance de los principios generales de derecho y el reconocimiento de reglas comúnmente válidas.*” Completando essa assertiva, o mesmo autor, citando Antônio Augusto Cançado Trindade, disserta sobre o intercâmbio de decisões entre Cortes Regionais de Direitos Humanos, assinalando que “*(...) ha sido frecuente el recurso a decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando esta corte asume la posibilidad de aprendizaje con la experiencia desarrollada por la corte congénere en la protección de derechos que, textualmente, se equiparan en las dos cartas de derechos regionales*”. BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación

Essa exclusão se deve ao fato de que o método comparativo a ser aqui estudado é especificamente o de interpretação constitucional, e não o de interpretação de regras de direito internacional público em casos envolvendo sujeitos de direito internacional perante tribunais também internacionais – tal poderia, aliás, ser o objeto de um estudo distinto.

Assim sendo, o foco deste estudo é o que o autor Gábor Halmai<sup>7</sup> denomina de “uso transnacional do direito estrangeiro”, porém com atenção particular à hermenêutica constitucional, portanto, ao uso de elementos de direito estrangeiro na interpretação de uma Constituição, nos seus diversos graus e formas de aplicação.

É possível, por conseguinte, sintetizar o presente trabalho nas seguintes questões: o que a doutrina entende por método comparativo de interpretação constitucional? Como esse método pode ser aplicado, de acordo com os estudiosos do tema?

Tendo assim delimitado o escopo do tema a ser estudado, faz-se igualmente necessária uma pequena digressão sobre os conceitos utilizados ao longo desta monografia, a fim de desambiguar alguns termos e demarcar outros.

## 1.2 Conceitos pertinentes

A natureza do direito comparado já foi largamente analisada no capítulo II da monografia inclusa no Apêndice A, de forma que dissertar novamente sobre tal assunto seria redundante.

Entretanto, é necessário reportar-se ao levantamento das diversas posturas sobre o tema, e, apenas para elucidar a questão, apontar o posicionamento de Marc Ancel, um dos principais estudiosos do direito comparado, mencionando René David, o qual dispensa apresentações:

---

constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007, p. 255-256.

<sup>7</sup> “Thus the focus is here on foreign law used transnationally. As we will see, cited foreign cases can have different degrees of influence. The less influential is when judges merely mention foreign law, the next step is when they actually ‘follow’ such cases as some form of authority, and also ‘distinguish’ them. With the exception here of some rarely discussed uses of binding international law, the authority of cited foreign law is only persuasive in the process of judicial interpretation.” HALMAI, Gábor. The use of foreign law in constitutional interpretation. In ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1329.

Ora, sustentam os partidários desta nova doutrina, ter-se-ia evitado essas discussões estéreis e esta *logomaquia*, se admitíssemos desde logo que o direito comparado não é nem uma ciência especial, nem mesmo um ramo do Direito (civil, comercial, penal), é constituído por um conjunto de regras positivas metodicamente coordenadas, e não há, neste sentido, uma “província do direito comparado” (o direito comparado não é, por conseguinte, um ramo do direito); de outro lado, o direito comparado – isto é, a pesquisa comparativa – é inseparável de seu objeto, e vimos que as concepções que se apresentaram definem-se em função da finalidade que se lhe atribui (o direito comparado, ajunte-se então, não é portanto uma ciência). O direito comparado, conclui René David, nada mais é do que “o método comparativo aplicado no terreno das ciências jurídicas”. (1980, p. 47)<sup>8</sup>

A classificação de René David mencionada no excerto acima é a que mais se assemelha ao termo utilizado pelos alemães quando se referem ao direito comparado – *Rechtsvergleichung* – cuja tradução literal seria “comparação de direitos”, indicando de forma mais direta a natureza de método do direito comparado, levando à própria conclusão do autor, empregada no presente trabalho, de que o direito comparado é o método comparativo aplicado no plano das ciências jurídicas.

É preciso, entretanto, diferenciar o direito estrangeiro do direito comparado ora conceituado, expressões comumente utilizadas como sinônimos.

Para os fins pretendidos por este estudo, o direito estrangeiro – considerado em seu aspecto mais amplo, não sendo apenas um conjunto de normas provindas de outro ordenamento jurídico, mas, também, a doutrina e a jurisprudência de tal ordenamento – refere-se a um dos termos da comparação. Toda comparação leva em conta dois ou mais termos, que são os objetos a serem comparados. O método comparativo de interpretação constitucional, ou o direito comparado aplicado na interpretação constitucional, tem como termos o texto constitucional a ser interpretado e o direito alienígena a ser comparado.

Por fim, mostra-se relevante, ainda, para uma melhor compreensão do tema, a desambiguação da expressão “sistema jurídico”.

Tal expressão é largamente utilizada nas discussões sobre o método comparativo, tanto no sentido restrito, apontando para um determinado sistema jurídico de um Estado (sistema jurídico francês) ou de uma comunidade integrada de Estados específica (sistema jurídico da União Europeia), quanto num sentido amplo, indicando um sistema que vem sendo empregado ao longo da história por diversos

---

<sup>8</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

Estados (sistema romano-germânico). Para os objetivos pretendidos neste trabalho, será utilizado o termo sistema jurídico no seu sentido restrito anteriormente apontado, empregando o termo “famílias de direito”, cunhado por René David em sua obra “Os grandes sistemas do direito contemporâneo”<sup>9</sup>, para atribuir os devidos significados a cada uma das expressões.

Após a delimitação do tema deste trabalho e dos conceitos pertinentes parte-se, no Capítulo II, para uma análise da atual importância do estudo e do aprofundamento do método comparativo, tanto por meio do disposto na CF/88 quanto do que é extraído da doutrina. Outrossim, são tecidas breves considerações sobre a legitimidade da comparação e trazidos alguns contra-argumentos também encontrados na doutrina, bem como na jurisprudência norte-americana.

---

<sup>9</sup> Na obra mencionada, o autor divide as famílias de direito existentes entre romano-germânica, de direitos socialistas, da *common law*, do direito muçulmano, do direito hindu, dos direitos do extremo oriente e dos direitos da África e de Madagáscar.

## Capítulo II – Importância do estudo do método comparativo

*A possibilidade não é a realidade, mas é, também ela, uma realidade: que o homem possa ou não fazer determinada coisa, isto tem importância na valorização daquilo que realmente se faz. Possibilidade quer dizer 'liberdade'. [...] Mas a existência de condições objetivas – ou possibilidade, ou liberdade – ainda não é suficiente: é necessário conhecê-las e saber utilizá-las. Querer utilizá-las.*

Antonio Gramsci<sup>10</sup>

A despeito de não ser tratado com a constância necessária nas grades curriculares das faculdades brasileiras, é inquestionável a importância que, cada vez mais, o direito comparado adquire diante da atual conjuntura mundial globalizada.

Isso porque, neste contexto, os negócios jurídicos travados transcendem as fronteiras nacionais, o intercâmbio de pessoas e de bens ocorre a todo momento e as relações internacionais – entre Estados – se tornam mais complexas. De outra monta, certos direitos são elevados ao âmbito internacional como direitos transnacionais, por dizerem respeito a toda a humanidade, como é o caso dos direitos humanos e ambientais.

Nesse sentido, as formas de pensar e de agir de cada povo se interinfluenciam, refletindo em seus costumes e, por conseguinte, na interpretação que se faz dos textos constitucionais mundo afora<sup>11</sup>.

Considerando que, atualmente, a grande maioria dos Estados reconhecidos e independentes adota alguma espécie de texto constitucional em seu sistema jurídico<sup>12</sup>,

<sup>10</sup> GRAMSCI, Antonio. *Concepção dialética da história*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978, p. 47.

<sup>11</sup> Nesse sentido, afirma o autor Henk Botha “today, it is increasingly asserted that comparative analysis is indispensable to a proper understanding of one’s own constitutional system”. BOTHA, Henk. Comparative law and constitutional adjudication. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado*: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2005, p. 336.

<sup>12</sup> Assertiva embasada na lista de constituições vigentes (escritas e não escritas) publicada na Wikipedia, e no número de Estados soberanos reconhecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU). Disponível em: [http://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_national\\_constitutions](http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_national_constitutions) e <http://www.un.org/en/>. Acesso em: ago. 2014.

o método comparativo voltado para o campo da interpretação constitucional é alçado a um patamar superior de relevância, tendo em vista a quantidade de sistemas constitucionais espalhados pelo globo e, portanto, a maior probabilidade de ocorrência do uso de elementos de direito estrangeiro na interpretação desses textos.

Dissertando sobre o fenômeno contemporâneo do uso do método comparativo na interpretação constitucional, Luiz Magno Pinto Bastos Junior lista alguns propósitos ou formas de utilização de tal método, observados na tradição constitucional do ocidente:

*Tales préstamos están usualmente asociados a diferentes propósitos: (a) como forma de suplir lagunas en el sistema provenientes del deber de non liquet del Poder Judicial; (b) como forma de sanar obscuridades del texto y subsidiar decisiones en casos nuevos y desafiantes; (c) como forma de legitimar la actuación de instituciones recién creadas u órdenes democráticas (re)instauradas mediante el préstamo de la autoridad provenientes de instituciones y experiencias constitucionales ya consolidadas; (d) como forma de aumentar el grado de legitimidad internacional de actuación de la corte; (e) o, incluso, como mero ornamento constitucional y recurso a argumento por la erudición de los magistrados. (2007, p. 252)<sup>13</sup>*

É fácil constatar, portanto, a importância e a utilidade do estudo do método comparativo, especialmente voltado para a hermenêutica constitucional, diante do atual cenário jurídico internacionalizado e da largamente disseminada adoção de sistemas constitucionais pelo mundo.

Porém, a essa altura, poder-se-ia se perguntar: por que o estudo do método comparativo é relevante, particularmente no Brasil, se não há mandamento expreso de utilização desse método de interpretação na Constituição pátria?

## 2.1 Relevância emanada da CF/88

A despeito de não haver regramento explícito de aplicação do método comparativo na interpretação da atual Carta Magna brasileira, ao contrário do que ocorre, a título de exemplo, na Constituição da África do Sul de 1996 (atualmente

---

<sup>13</sup> BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007.

vigente)<sup>14</sup>, a qual eleva, de forma expressa em seu artigo 39, 1, o direito estrangeiro e o direito internacional à condição de termos comparativos que podem e devem, respectivamente, ser considerados na interpretação da referida Carta de Direitos, o texto da CF/88 está longe de ser ostracista.

Para alguns autores, o texto constitucional brasileiro, na verdade, permite e, em certa medida, incentiva o diálogo com o direito comparado e o intercâmbio de experiências jurídicas, conforme exposto a seguir.

### 2.1.1 Artigo 5º, parágrafo 2º

Dispõe o artigo 5º, parágrafo 2º, da CF/88, que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Pela leitura do artigo acima e pelo seu enquadramento dentro do texto constitucional – localizado no Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, do Título II, “Direitos e Garantias Fundamentais” – é possível perceber o tom de abertura dado pelo constituinte no que se refere ao rol de direitos fundamentais.

Essa “cláusula de abertura” confere legitimidade ao operador do direito para se utilizar de outras fontes – no caso, dos tratados internacionais nos quais o Brasil faz parte e de fontes decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição – na busca pelos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição.

Se tal norma permite que sejam buscados em outras fontes os direitos protegidos pela própria CF/88, a fim de inteirar o rol de direitos fundamentais, é razoável entender que tal permissão abarque e legitime, igualmente, a procura pela extensão e pelo conteúdo dos direitos fundamentais expressos no texto por meio de uma interpretação comparativa que leve em conta tais fontes.

---

<sup>14</sup> “Chapter II, article 39, Interpretation of Bill of Rights, (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.” Texto da Constituição da África do Sul extraído do site oficial do governo sul-africano. Disponível em: <http://www.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>. Acesso em: maio 2014.

O raciocínio aqui perfilhado é o de que se o texto constitucional permite “mais” – o reconhecimento de direitos fundamentais derivados de outras fontes para além do próprio texto – é plausível se conceber que ele permita “menos” – a interpretação dos direitos fundamentais expressos levando-se em consideração direitos decorrentes de outras fontes.

É nessa linha que assevera Luiz Magno, esclarecendo a importância do estudo do método comparativo no atual cenário de interpenetração entre os diversos ordenamentos jurídicos e apontando o artigo 5º, parágrafo 2º, da CF/88, como a fonte de legitimação da abertura ao diálogo constitucional com outras experiências normativas:

Ante este cenário de crescente interpenetração das ordens normativas, o intérprete constitucional vê-se instigado a valer-se de experiências não-nacionais para determinar o sentido e o alcance das normas constitucionais de seu país e, com isso, ampliar o parâmetro de afeição da legitimidade do ordenamento jurídico interno. O recurso a tal instrumento encontra especial fonte de legitimação quando os próprios textos constitucionais preveem cláusulas de abertura (e.g., CRFB, o art. 5º, § 2º) que reforçam o vínculo estrutural entre o texto constitucional e diferentes experiências normativas não-nacionais. (2006, p. 275)<sup>15</sup>

Após a análise da relevância do estudo do método comparativo à luz do disposto no artigo 5º, parágrafo 2º, da CF/88, cabe ainda aclarar a mesma questão sob a ótica de dois outros dispositivos.

### **2.1.2 Artigo 4º, parágrafo único**

A CF/88, em seu artigo 4º, parágrafo único, reforça um objetivo originalmente de política externa brasileira, o da integração com os demais Estados latino-americanos, estendendo-o para outras esferas – econômica, social e cultural – com o fim precípuo de formar uma comunidade internacional na região, *in verbis*:

A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

---

<sup>15</sup> BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Por uma metódica constitucional que se ocupe da utilização de fragmentos do direito comparado pela jurisdição constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (ABDConst), n.10, vol. 2, 2006.

Pois bem. É cediço que, através da compreensão do direito que rege uma determinada sociedade, é possível vislumbrar a forma de pensar de seu povo, sua cultura e costumes, sua história e seus ideais políticos; os próprios textos constitucionais, em sua grande maioria, são impregnados de fatores históricos, culturais e políticos de forma implícita e até mesmo explícita.

Sabe-se, também, que tal compreensão tende a facilitar a construção de relações mais próximas e legítimas entre os povos, uma vez que, a partir dela, podem ser extraídos pontos de convergência e de divergência entre os comportamentos de determinadas sociedades. Essa identificação de semelhanças e disparidades entre os dois termos (o direito interno e o direito estrangeiro) é feita por meio do emprego do método comparativo.

Dessa forma, o assunto deste estudo revela-se importante, inclusive para a consecução de um dos objetivos expostos no texto constitucional pátrio, na medida em que a integração do Brasil com os demais povos latino-americanos nas esferas mencionadas pode ser auxiliada e promovida através do método comparativo.

É nesse caminho que segue a Professora Maria Garcia na apresentação do livro sobre o tema do direito constitucional comparado:

O estudo do Direito Constitucional Comparado atende, ademais, ao ideal firmado na Constituição brasileira, da “integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações” (parágrafo único, art. 4º) – conforme propugna o ensinamento de Franco Montoro. (2007, apresentação)<sup>16</sup>

### 2.1.3 Artigo 193

*Last but not least*, vale a menção de mais um artigo do nosso texto constitucional vigente, o qual versa sobre o alicerce e a finalidade da ordem social brasileira, artigo 193: “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

Mais uma vez, na visão da Professora Maria Garcia, por meio do diálogo com os textos de Constituições alienígenas, é possível aprimorar o ordenamento jurídico

---

<sup>16</sup> GARCIA, Maria; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional Comparado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

doméstico, visando o bem-estar e a justiça sociais, objetivo da ordem social contido no artigo 193 da CF/88:

Assim, podemos recorrer às lições do Constitucionalismo e das Constituições de variados países para a observação, análise, confronto e adaptação de institutos jurídicos, de propostas e medidas que venham servir de inspiração e meio de aperfeiçoamento de nosso ordenamento jurídico, em prol do “bem-estar e justiça sociais” (Constituição, art. 193). (2007, apresentação de autoria da Profa. Maria Garcia)<sup>17</sup>

Assim, o estudo do método comparativo se mostra, ainda, relevante, em face da sua utilidade no aperfeiçoamento do ordenamento jurídico interno, objetivado a consecução dos valores constitucionais da ordem social brasileira delineados no artigo 193, uma vez que o emprego do método comparativo auxilia na observação de um espectro maior de soluções interpretativas para o texto constitucional, para além daquelas já encontradas no direito interno.

## 2.2 Importância do tema para a doutrina

Forçoso se faz revelar a posição dos estudiosos quanto à significância atribuída ao método comparativo para a moderna interpretação constitucional em suas diversas frentes de aplicação.

O constitucionalista alemão, Peter Häberle, talvez tenha sido o primeiro a abordar o método comparativo como um quinto e imprescindível método de interpretação constitucional, particularmente no que se refere aos direitos fundamentais, acrescentando-o ao grupo dos quatro clássicos métodos de interpretação legados por Friedrich Carl von Savigny<sup>18</sup>.

É nessa direção que ensina Häberle:

*Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la comparación de los derechos*

<sup>17</sup> GARCIA, Maria; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional Comparado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

<sup>18</sup> “Conforme assinala Paulo Ferreira da Cunha, ‘sublinhou, já nos fins dos anos 80 do século XX, o constitucionalista alemão Peter Häberle, que o Direito Comparado era o quinto método de interpretação, a acrescentar o que Savigny sintetizou, em 1840, e que continuam como um dos arsenais do passado mais repetidamente utilizados nos nossos dias’.” GARCIA, Maria; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional Comparado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, apresentação.

*fundamentales se convierte en “quinto” e indispensable método de la interpretación.* (2003, p. 162)<sup>19</sup>

Além de incluir o método comparativo no grupo restrito de métodos clássicos de Savigny, o autor alemão ainda defende uma democratização da interpretação constitucional, por meio de sua “teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.

Ao dissertar sobre a teoria, Häberle refuta a ideia de monopólio do Estado sobre a interpretação constitucional, trazendo uma hermenêutica pluralista, na qual todo aquele que vive a Constituição também a interpreta e se envolve no seu processo de materialização. Ensina o autor:

A análise, até aqui desenvolvida, demonstra que a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo, têm acesso, potencialmente, todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição, tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. Até há pouco tempo, imperava a idéia (sic) de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que não se reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. (1997, p. 23-24)<sup>20</sup>

Com efeito, se levada em conta a teoria de Häberle, o estudo do método comparativo se torna ainda mais relevante, tendo em vista que cada um dos indivíduos que vive e interpreta a Constituição é influenciado direta e indiretamente por normas derivadas de outros ordenamentos.

Isso ocorre na medida em que, na atual conjuntura globalizada, os cidadãos relacionam-se socialmente, travam negócios e convivem até politicamente (casos de dupla cidadania, por ex.), sob a influência constante de ordenamentos jurídicos estrangeiros, por vezes sendo denominados como “cidadãos globais”, expressão

<sup>19</sup> HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Peru: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), 2003.

<sup>20</sup> Id. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

reiteradamente utilizada na doutrina de direito internacional. Surgem, assim, os questionamentos sobre a extensão dos princípios e regras prescritos na sua própria Constituição e interpretação dos mesmos de forma comparada.

Para além desse raciocínio, defende o autor Gábor Halmai que esse intercâmbio do uso de direitos estrangeiros na interpretação constitucional – o qual deve se dar pelo emprego do método comparativo – pode não apenas aprimorar a produção judicial de uma determinada Corte, mas, também, ser ferramenta útil para a construção de um “sistema jurídico global”.

Sob esse prisma, o referido autor expõe a ideia de um constitucionalismo de ordem global, que supere o caráter nacional no sentido de monopólio do Estado sobre a produção da norma constitucional:

*This growing ‘constitutional cross-fertilization’ can prove to be not only a tool for better judicial judgments, but eventually also for the construction of a ‘global legal system’. The globalization of constitutional law means that constitutionalism is no longer the privilege of the nation-state, but it has instead become a worldwide concept and standard. (2012, p. 1328)<sup>21</sup>*

A despeito de ser louvável a pretensão de reavivar ideias de unificação total do direito, superando a barreira da soberania estatal, na linha do que propugnava Immanuel Kant com o conceito de “*cosmopolitan law*”, o estudo do método comparativo, especificamente no terreno do direito constitucional, não desconhece os diversos sistemas nacionais em prol de uma pretensa “Constituição mundial”, mas, sim, tende a flexibilizar a hermenêutica constitucional adequando-a ao contexto internacional hodierno.

As diversas formas de aplicação do método que considera experiências jurídicas estrangeiras na interpretação do texto constitucional é que traduzem a real importância de seu estudo, e não a construção de um direito único – o que aliás, só poderia ser feito com o emprego do método comparativo. Luiz Magno sintetiza tais formas de aplicação em três principais enfoques:

*Ese conjunto de perspectivas asociadas a la idea de transplante o préstamo constitucional (borrowing constitutional), por abarcar una infinidad de situaciones bien dispares, pueden ser sintetizadas, como propone Epstein e Knight (2003, 196-197), en tres grandes enfoques:*

---

<sup>21</sup> HALMAI, Gábor. The use of foreign law in constitutional interpretation. In ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

(a) cuando cualquier ciudadano, a partir de la observación de otras prácticas institucionales, propone reflexiones sobre la necesidad de cambios constitucionales; (b) cuando, durante el proceso constituyente (y procesos de elaboración legislativa), los congresistas se reportan a las experiencias de otros textos constitucionales en el momento de la redacción de sus propias constituciones; (c) cuando los jueces consideran decisiones de otros tribunales extranjeros para resolver disputas instauradas ante su jurisdicción nacional. (2007, p. 255)<sup>22</sup>

Sobre a terceira forma de aplicação do método comparativo mencionada por Luiz Magno, relacionada ao uso de elementos de direitos estrangeiros na interpretação do direito doméstico, necessária à resolução de litígios nacionais – ou seja, o método comparativo aplicado na atividade jurisdicional –, faz-se, a seguir, uma breve exposição do posicionamento de alguns estudiosos.

### 2.2.1 O método e a atividade jurisdicional

Häberle classifica alguns fatores comuns contidos nas Constituições de diversos Estados democráticos como “*elementos constitucionais típicos*”. São eles, nas palavras do autor: os direitos humanos e os direitos fundamentais, o bem comum e os postulados da justiça, onde estaria inserido o devido processo legal, por exemplo (2005, p. 3-21).<sup>23</sup>

Verifica-se que esses elementos comuns às Constituições democráticas, mencionados pelo autor, referem-se a direitos que são tratados de maneiras variadas em cada Constituição, com limites e formas de efetivação diversos.

É nesse ponto que se observa a importância do método comparativo para a atividade jurisdicional: no momento da resolução de um determinado litígio, onde os juízes aplicam uma norma constitucional a um fato, seria possível, por meio da comparação, perquirir o significado e a extensão de uma determinada norma constitucional através da análise de como normas similares foram aplicadas em ordenamentos jurídicos distintos.

<sup>22</sup> BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007.

<sup>23</sup> HÄBERLE, Peter. Derecho constitucional nacional, “uniones de estados” nacionales y el derecho internacional como derecho universal de la humanidad: convergencias y divergencias. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado*: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

Com efeito, o método comparativo demonstra ser instrumento importante para a atribuição de significado e extensão aos textos das Constituições, uma vez que essa é uma atividade realizada por todo e qualquer intérprete de normas constitucionais, conforme assinala, de maneira muito clara, Lucio Pegoraro:

*Sea cual fuere la opinión de cada uno acerca de la naturaleza de los principios (“normas”, como las estiman muchos; o “matrices de normas”, como piensan los que sostienen la impropiedad de las mismas para regular completamente el comportamiento humano) y acerca de la índole normativa o “por principios” de la Constitución, es indudable que, desde la perspectiva de la interpretación y la aplicación, los auténticos modernos “señores del derecho, es decir, los tribunales constitucionales (o las cortes y tribunales supremos, en su caso), usan ya, dondequiera que sea necesario, las estructuras lingüísticas semánticamente indeterminadas de los textos no sólo para atribuirles significados no consolidados por los usos precedentes, sino también para seleccionar los principios prevalentes a la hora de examinar una cuestión; para precisar “valores” no determinados, sacrificando incluso otras interpretaciones a su favor; para construir axiologías de principios; para levantar, en fin edificios jurídicos distantes no sólo de los textos sino también, a menudo, de la misma voluntad de otros sujetos que contextualmente operan en el sistema jurídico de referencia (in primis el legislador y, a veces, el mismo poder de revisión). (2005, p. 74-75)<sup>24</sup>*

Assim, também nas palavras de Marc Ancel (1980, p. 68) “o jogo concorrente de regras e instituições paralelas”, que nada mais seria do que a análise da atividade de Cortes (instituições paralelas) e de regras pertencentes a outros ordenamentos, corrigiria “a rigidez de uma regra aparentemente simples e restrita” do ordenamento doméstico<sup>25</sup>.

Tem-se, ainda, que o estudo do método comparativo é essencial para a atividade jurisdicional, especialmente no que se refere à interpretação de normas constitucionais decorrentes dos chamados “*empréstitos legislativos*”<sup>26</sup> – regras,

<sup>24</sup> PEGORARO, Lucio. Derecho constitucional y método comparativo. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

<sup>25</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

<sup>26</sup> Cabe transcrever as orientações de Lucio Pegoraro quanto à importância dos estudos de direito comparado para a elaboração legislativa, no sentido de amparar o legislador na prevenção de cópias de institutos jurídicos ineficazes ou negativos em relação ao ordenamento jurídico doméstico “*Antes que nada, los resultados de los estudios comparados son, más que útiles, indispensables en el ámbito de la elaboración legislativa. En todos los parlamentos y asambleas, sean monocamerales o bicamerales, así como en los ejecutivos y, a menudo, en los parlamentos y asambleas de los entes territoriales menores existen oficinas especializadas en el estudio de los derechos extranjeros; y raramente, un proyecto de ley se redacta sin que previamente se hayan consultado las experiencias desarrolladas en otros ordenamientos. (...)*

princípios ou institutos jurídicos importados ou com forte influência de modelos constitucionais estrangeiros – e à adequação dos dispositivos constitucionais à sistemática de integração regional e aos tratados internacionais dos quais o Estado em questão seja parte.

Esse raciocínio é abalizado, novamente, por Lucio Pegoraro, que o complementa afirmando sobre a relevância da comparação também para os operadores do direito que atuam sob a égide de textos constitucionais historicamente consolidados, os quais servem reiteradamente de fonte inspiradora para a produção de novos textos estrangeiros, como é o caso das Constituições norte-americana, alemã e canadense que serviram de inspiração na consecução da Constituição sul-africana de 1996<sup>27</sup>.

Nessa linha, afirma esse autor ser igualmente importante para o intérprete de Constituições historicamente consolidadas observar as novas tendências interpretativas advindas da aplicação das Constituições estrangeiras que foram inspiradas no seu texto constitucional doméstico, a fim de melhor compreendê-lo e constantemente renová-lo:

*(...) la circulación, siempre intensa, de los modelos impide estudiar las instituciones propias del derecho constitucional sin tener en cuenta las influencias que provienen del exterior; de la adquisición de visiones comunes en el ámbito legislativo y sobre todo, jurisprudencial; de la siempre mayor homogeneización del tejido normativo, de la eficacia obligatoria de los tratados y convenios internacionales (especialmente en materia de derechos), de los procesos de integración, etcétera. Hasta el operador que debe trabajar en un entorno marcado por una Constitución consolidada desde tiempo atrás, donde las influencias “de fuera” se perciben de manera menos inmediata, no puede ignorar el fenómeno opuesto: dado que ese ordenamiento puede aparecer como modelo idóneo para otros, se producirán al tiempo inevitables feed-back que ayudarán a su propia comprensión como tal ordenamiento. (2005, p. 92-93)<sup>28</sup>*

---

*Se necesitan sólidos conocimientos de derecho comparado para comprender las afinidades y las diferencias; para evitar transposiciones ineficaces o, aún peor, negativas; para comprender si el ‘caldo de cultivo’ del ordenamiento que recibe una normativa extranjera es fecundo o estéril.”* PEGORARO, Lucio. Derecho constitucional y método comparativo. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado*: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, p. 80.

<sup>27</sup> CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv12/06.pdf>>. Acesso em: fev. 2014.

<sup>28</sup> PEGORARO, Lucio. Derecho constitucional y método comparativo. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado*: memoria del Congreso

Outrossim, complementando a relevância do estudo do método comparativo para a atividade jurisdicional, Luiz Magno aduz que o recurso a elementos de direito internacional, em especial às fontes de direito internacional público<sup>29</sup>, na interpretação do texto constitucional operada na resolução de litígios envolvendo obrigações internacionais, seria útil e necessário em razão da vinculação do Estado às mencionadas fontes:

*Son tradicionalmente reconocidas como fuentes del derecho internacional: los principios generales de derecho, los tratados y convenciones internacionales, la costumbre resultante de la práctica general y uniforme de los Estados y las decisiones de las cortes (precedentes). Por lo tanto, en las situaciones en las que los tribunales nacionales se encuentren frente a cuestiones que involucren la aplicación de obligaciones internacionales, el recurso a esos elementos no nacionales se figura no sólo útil (proveer topói interpretativos), sino también necesarios, ante las obligaciones asumidas por el Estado. Se pueden citar, p. ej., las siguientes situaciones: las cuestiones relativas a la inmunidad parlamentaria y a la extensión de su protección; las garantías procesales reconocidas en relación al derecho de protección consular de un extranjero procesado en el país; y, el derecho de asilo y pedidos de extradición. (2007, p. 260)<sup>30</sup>*

### 2.3 Breves considerações sobre a legitimidade da comparação

Uma análise sobre o tema da legitimidade do método comparativo de interpretação constitucional levaria a um aprofundamento a respeito de questões atinentes à teoria geral de estado e ao tema da evolução do constitucionalismo em si, o que, apesar de relevante, extrapolaria os limites deste trabalho.

---

Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

<sup>29</sup> As fontes de direito internacional público as quais o autor se refere são pacificamente consideradas na doutrina como sendo aquelas elencadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), *in verbis*: Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bano*, se as partes com isto concordarem.

<sup>30</sup> BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007.

Entretanto, é preciso delinear, mesmo que de modo conciso, alguns posicionamentos relativos à legitimidade da comparação. Essa questão foi claramente sintetizada nos estudos de Gábor Halmai, o qual será aqui utilizado como suporte.

O referido autor elabora um apanhado da doutrina sobre o assunto, dividindo-o em três correntes distintas: (i) a primeira tendente, de forma plena, ao uso do direito estrangeiro na interpretação das Constituições; (ii) a segunda considera o uso de elementos de direito estrangeiro na interpretação constitucional, porém afasta qualquer presunção de vinculação ou de obrigatoriedade de seu uso; e (iii) a terceira é chamada de “postura de resistência” e refuta qualquer uso da comparação por considerá-la arbitrária.

Dissertando sobre a primeira corrente, o autor pontua que os estudiosos dela defensores pugnam por um processo de convergência transnacional das normas e comenta a posição de um desses doutrinadores no sentido de que o objetivo de qualquer jurisdição constitucional seria o de solucionar conflitos envolvendo normas constitucionais por meio do emprego do princípio da proporcionalidade:

*Those scholars supporting the idea of the use of foreign law legitimate this practice with the sameness of both the problems and solutions of constitutional law for all constitutional democracies. One of the representatives of this position is David Beatty, who claims that the ultimate goal of all constitutional adjudication is to subject constitutional controversies to resolutions according to the dictates of the principle of proportionality, which Beatty describes as the ‘ultimate rule of law’. This test for justification of rights’ limitations articulated by many constitutional systems is a component of ‘generic constitutional law’, which offers a formula for limiting rights. This position tends towards national identification with transnational and international legal norms, towards constitutional universalism. This means that the representatives of this model claim a process of transnational norm convergence. (2012, p. 1330-1331)<sup>31</sup>*

Quanto à segunda corrente, Gábor Halmai explica que ela toma por base as particularidades existentes nos diversos sistemas constitucionais, considerando o direito estrangeiro e o direito internacional, porém desprovidos da força de uma fonte vinculante:

*The second position's starting point is that although the problems of constitutional law are the same for all democratic countries, the solutions to should differ from one constitutional system to another. This position, which is advocated by Mary Ann Glendon, highlights*

---

<sup>31</sup> HALMAI, Gábor. The use of foreign law in constitutional interpretation. In ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

*differences and tries to explain how different one constitutional system is from the other, and why they differ from one another. This is also the idea behind Vicki Jackson's engagement approach, considering foreign or international law without a presumption that it necessarily be followed. In other words, the engagement model does not treat foreign and international law as a binding source. Jackson argues that the appropriate posture for the US Supreme Court to take would be one of engagement. (2012, p. 1331)<sup>32</sup>*

E, por último, a terceira corrente sintetizada pelo autor não é, sem razão, denominada de “postura de resistência”. De acordo com os estudiosos seguidores desse posicionamento, as comparações com direitos estrangeiros aplicadas à interpretação constitucional tenderiam a ser feitas de forma arbitrária e orientadas por ideologias, ou seja, o intérprete comparativista tenderia a escolher um determinado elemento de direito estrangeiro em detrimento de outro impulsionado por seus ideais e opiniões pessoais:

*The followers of the third position claim that neither the constitutional problems nor their solutions are likely to be the same for different constitutional democracies. This is called a resistance posture by Vicki Jackson. This position goes back to Montesquieu's observation that 'the political and civil laws of each nation...should be so appropriate to the people for whom they are made that it is very unlikely that the laws of one nation can suit another.' This other extreme position concludes that comparisons are likely to be arbitrary, and that comparativists' choices are driven mostly by ideology. (2012, p. 1331)<sup>33</sup>*

Esta terceira corrente dá ensejo ao último assunto a ser abordado neste capítulo, o qual se refere justamente aos contra-argumentos de alguns estudiosos do tema sobre a relevância do método comparativo na interpretação constitucional.

## 2.4 Contra-argumentos

Seja pela necessidade de tentar compreender os argumentos daqueles que se posicionam de forma totalmente refratária a qualquer espécie de comparação operada no terreno da interpretação constitucional – o que reduziria a importância do estudo do tema –, ou seja pelo amor ao debate, entende-se valioso pautar algumas observações da doutrina sobre tais posicionamentos.

---

<sup>32</sup> HALMAI, Gábor. The use of foreign law in constitutional interpretation. In ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>33</sup> Ibid.

O primeiro exemplo é extraído da jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana, conhecida por ser palco de intrincadas discussões dicotômicas entre seus membros, e observado pela doutrina nos diálogos entre os Juízes Antonin Scalia e Stephen Breyer sobre o tema do direito constitucional comparado.

Sobre essa clássica discussão, a despeito dos dois mencionados Juízes se posicionarem de maneira antagônica em relação à possibilidade de uso de direitos estrangeiros na interpretação da Constituição dos Estados Unidos, afirma Gábor Halmai existir um ponto de convergência entre os dois lados – ambos consideram que o uso da comparação não é impositivo, o que significa que o direito comparado não poderia ser considerado como precedente vinculante:

*The different normative arguments concerning the relevance of foreign materials in constitutional cases, especially in US Supreme Court practice, can be followed in a conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer. They both agreed that the use of comparative law is not 'authoritative', that is, that it is not binding as a precedent. (2012, p. 1332)<sup>34</sup>*

O autor prossegue demonstrando as divergências identificadas nos posicionamentos dos dois Juízes e explica que, enquanto o Juiz Stephen Breyer demonstra um pensamento pragmático, ressaltando a utilidade da comparação na interpretação constitucional em face da possibilidade de serem encontradas alternativas para solução de problemas nacionais similares aos enfrentados por Cortes estrangeiras, o Juiz Antonin Scalia, por seu turno, expõe uma visão originalista, considerando irrelevante a análise de qualquer direito estrangeiro, à exceção do antigo Direito Inglês, que serviu de pano de fundo para a elaboração da Constituição estadunidense:

*But as Scalia noted such citations are neither legitimate nor useful, while for Justice Breyer, they are useful and legitimate, as long as they are considered for their insight and not regarded as authoritative. Breyer offered a pragmatic rationale, suggesting that foreign courts: 'have problems that often, more and more, are similar to our own...If here I have a human being called a judge in a different country dealing with a similar problem, why don't I read what he says if it's similar enough? Maybe I'll learn something...' For Scalia's originalist view, foreign law 'is irrelevant with one exception: old English law, which served as the backdrop for the framing of the constitutional text.' Scalia also stated that judges using foreign materials cite comparative law selectively, such that 'when it agrees with what the justices would like the case to say, we use the foreign law, and when*

---

<sup>34</sup> HALMAI, Gábor. The use of foreign law in constitutional interpretation. In ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

*it doesn't agree we don't use it.' This means that the citation of comparative case law 'lends itself to manipulation'. For Justice Breyer, one of the justifications for citing the case law of other national courts was to consolidate judicial review in transitional democracies. As Justice Breyer emphasized in the discussion, even where there are no apparent firm convergences, human beings across cultures and national borders confront many of the same problems. (2012, p. 1332)<sup>35</sup>*

O debate também é analisado por Adrienne Stone, a qual afirma ser o mesmo marcado por linguagens destemperadas, especialmente por parte do Juiz Antonin Scalia. Assinala a autora que a posição de Scalia não é apenas refratária ao uso do direito estrangeiro na interpretação constitucional, mas, sim, à utilização de qualquer entendimento doutrinário, por parte dos juízes, que possibilite a imposição de concepções próprias sobre um dispositivo constitucional, ao invés de extrair o seu significado historicamente determinado:

*The debate is marked by rather intemperate judicial language, most especially from Scalia J - consider Scalia J's response to the citation of foreign legal sources in Lawrence v Texas: "this Court...should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans". Or, in response to the majority opinion in Roper v Simmons, Scalia J began by recalling Alexander Hamilton's characterization of the judiciary as a body with "neither FORCE nor WILL but merely judgment" and continued: "What a mockery today's opinion makes of Hamilton's expectation...I do not believe that the meaning of our Eighth Amendment, any more than the meaning of other provisions of our Constitution, should be determined by the subjective views of the five Members of this Court and like-minded foreigners... (...) Scalia J believes that the United States Constitution should be interpreted according to its text, given meaning principally by reference to the public meaning it had at the time of its ratification in the late 18th century. (...) His Honour's objection is not just to the use of foreign law, but to any doctrinal overlay that allows judges to impose their own conception of a constitutional provision, rather than give effect to its historically determined meaning. (2009, p. 48-49)<sup>36</sup>*

Complementando com o posicionamento de outro membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, o da Juíza Sonia Sotomayor, o Senador Ted Cruz comenta que a Juíza entende não haver permissão no direito norte-americano para o uso do direito estrangeiro ou do direito internacional na interpretação da Constituição, apesar de

---

<sup>35</sup> HALMAI, Gábor. The use of foreign law in constitutional interpretation. In ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>36</sup> STONE, Adrienne. Comparativism in constitutional interpretation. *New Zealand Law Review*, n. 45, 2009.

reconhecer a existência de leis nacionais apoiadas em determinadas fontes de direito internacional:

During Justice Sotomayor's Senate Judiciary Committee confirmation hearing, she rightly stated that "American law does not permit the use of foreign law or international law to interpret the Constitution." But she also correctly recognized that some U.S. laws rely upon certain international law sources. For instance, the Alien Tort Statute "allows federal courts to recognize certain causes of action based on sufficiently definite norms of international law." (2014, p. 93)<sup>37</sup>

E, finalmente, cabe a menção dos dizeres de Luiz Magno sobre o assunto, tendo em vista o esclarecimento trazido pelo autor, de que os contra-argumentos à utilização do método comparativo de interpretação constitucional estariam comumente associados a uma ideia de instabilidade causada pela introdução de elementos externos ao ordenamento jurídico nacional:

*El derecho comparado siempre ha estado asociado a la idea de importar mejores alternativas descubiertas por otros sistemas constitucionales (Tushnet, 1999). En ese contexto, al dar énfasis al diálogo transnacional (con pretensión normativa), el recurso al derecho comparado acaba por revestirse de acentuado carácter subversivo (Fletcher, 1998) y desestabilizador (Frankenberg, 1985). Esa "instabilidad" resulta de la introducción en el ordenamiento jurídico nacional de puntos de vista que le son externos. Tales puntos de vista son utilizados como factor de crítica y de valoración de las soluciones nacionales obtenidas en los procesos de ponderación de valores en la jurisdicción constitucional. (LM Pinto Bastos, p. 253)*

---

<sup>37</sup> CRUZ, Ted. Limits on the treaty power. *Harvard Law Review Forum*, vol. 127:93, 2014.

### Capítulo III – A doutrina e o método em si

*Un juriste ne doit pas seulement être le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit des textes de loi; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral, et, parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances.*

Georges Ripert<sup>38</sup>

Conforme já mencionado nos capítulos antecedentes, a aplicação do método comparativo ora estudado tem como fim principal auxiliar o operador do direito na interpretação do texto constitucional. Para tanto, empreende-se a tentativa de extrair da análise de diversos entendedores do tema os pontos de maior relevância para a sistematização de tal método, vez que empregá-lo de maneira aleatória e ametódica não seria de tanta utilidade na elaboração de um raciocínio interpretativo quanto fazê-lo de forma ordenada, sistematizada.

Seguindo esse raciocínio é que o presente capítulo procura organizar os diversos entendimentos exarados pelos doutrinadores na mesma linha em que poderia ser aplicado o método comparativo, qual seja: (i) identificando os elementos do direito a serem utilizados como termos de comparação; (ii) estudando como o método poderia ser estruturado; e (iii) levantando os limites à comparação apontados pela doutrina.

#### 3.1 Os termos da comparação

Os métodos científicos de comparação costumam tomar por base dois ou mais termos a serem comparados a fim de se identificar e de se explicar similitudes e divergências, objetivando a construção do conhecimento sobre um determinado assunto. No que se refere ao tema do presente trabalho, o método comparativo opera de forma similar e com a finalidade de auxiliar o intérprete da norma constitucional, como já dito.

---

<sup>38</sup> In DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. vol. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Com efeito, para que o método seja empregado é necessário determinar-se previamente os termos da comparação, ou seja, definir quais os elementos do direito serão postos em comparação e a quais ordenamentos jurídicos eles pertencem. Deve-se, em suma, responder à pergunta “o que comparar?”.

No que se refere ao método comparativo aplicado no campo específico da interpretação constitucional, é fácil aferir que um dos termos da comparação será o texto constitucional doméstico a ser interpretado; por sua vez, o outro termo, ou os demais termos, serão elementos de direito estrangeiro.

Vale elucidar que a posição do direito estrangeiro, para o método comparativo apresenta-se como um dos termos da comparação e não como o objeto ou a finalidade principal; ou seja, a utilização do método tem o intuito de servir de mecanismo de valia para o processo de interpretação de textos constitucionais, distanciando-se do mero exercício de análise do direito estrangeiro isoladamente ou da simples exposição paralela de dois ou mais institutos ou sistemas de direito distintos.

Além disso, é importante ressaltar que os termos a serem postos em comparação devem guardar um mínimo de similitude necessária para que seja factível a aplicação do método; em outras palavras, deve-se trabalhar com termos comparáveis. Assim, nos dizeres de Lucio Pegoraro “*para que una actividad pueda ser adscrita a la ciencia del derecho comparado, es necesario escoger al menos, dos ‘objetos’ que puedan compararse*” (2005, p. 78)<sup>39</sup>.

Apenas para ilustrar essa escolha de termos comparáveis, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132 que, em apertada síntese, reconheceu a pertinência constitucional da união estável homoafetiva, o atual ex-Ministro, Relator naquela ocasião, Ayres Britto, utilizou-se da Resolução do Parlamento Europeu de 8 de fevereiro de 1994, e da Resolução sobre o Respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia (UE) de 16 de março de 2000, para traçar o raciocínio lógico que o levaria a interpretar a CF/88 de maneira a reconhecer a liberdade e a proteção da união entre pessoas do mesmo sexo<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> PEGORARO, Lucio. Derecho constitucional y método comparativo. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

<sup>40</sup> STF, ADPF n. 132/RJ, Voto do Min. Rel. Ayres Britto, julgada em 4 de maio de 2011, p. 11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: mar. 2014.

Dessa forma, o Ministro Relator utilizou como termos dessa comparação normas provenientes de sistemas jurídicos que guardam um mínimo de similitude necessária para o caso. Isso porque tanto o Parlamento Europeu quanto o Poder Constituinte Originário Brasileiro (produtores das normas postas em comparação) fazem parte de sistemas democráticos (o sistema jurídico da UE e o brasileiro) que congregam diversas religiões, protegendo a liberdade de escolha dessas, porém sem qualquer espécie de vinculação a nenhuma delas.

Difícilmente seria cabível, na hipótese acima, empregar-se o método comparativo definindo como termos de comparação de um lado, o texto constitucional brasileiro, e, de outro, um elemento de direito (uma regra, um princípio, um instituto jurídico) proveniente de um ordenamento da família de direito muçulmano. Tais termos não seriam suficientemente similares para que fosse factível uma comparação, tendo em vista a vinculação íntima da família de direito muçulmano aos dogmas religiosos em oposição à desvinculação da CF/88 de qualquer religião ou crença.

Corroborando esse raciocínio da escolha de termos comparáveis, José Afonso da Silva esclarece, comentando, também, sobre a dificuldade da comparação entre elementos de direito que tenham enquadramentos jurídicos distintos (em diferentes ramos do Direito):

“é intuitivo e de senso comum que só se pode comparar aquilo que é comparável. Isso ocorre não só entre campos de conhecimento diversos, mas até no mesmo campo de conhecimento. Assim, não se pode comparar a Constituição com o Código Civil, nem este com o Código Penal, porque aqui as diferenças vão muito além da mera dessemelhança que a comparação jurídica pode mostrar quando confronta dois objetos com homogeneidade suficiente para revelar comparabilidade. Entre o Código Penal e o Código Civil não há pontos de contato, senão o simples fato de ambos integrarem o ordenamento jurídico. Mesmo dentro de um desses campos a comparação só tem cabimento entre as mesmas instituições.” (2009, p. 21-22)<sup>41</sup>

Outro ponto a ser observado na escolha dos termos da comparação é a questão temporal. Lucio Pegoraro explica que a comparação pode se operar de forma sincrônica, quando são examinados dois termos em um momento determinado (normalmente, contemporâneo à comparação), e diacrônica, quando é examinado o histórico dos termos a serem comparados.

---

<sup>41</sup> DA SILVA, José Afonso. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

Acrescenta ainda o autor que a técnica diacrônica é comumente excluída da comparação, sendo utilizada apenas de forma auxiliar. Isso porque, a despeito do conhecimento da evolução histórica de uma determinada norma, de um instituto ou de um sistema jurídico ser fundamental, o método comparativo não tem como fim traçar um estudo histórico evolutivo, mas, sim, extrair a atual interpretação do texto constitucional a partir da análise comparada de divergências e convergências desse com elementos do direito não nacional.

Com efeito, o estudo histórico se reveste de função auxiliar em relação ao objeto principal da comparação, conforme ensina o referido autor:

*En primer lugar, el derecho comparado no coincide con la historia del derecho; aunque – conviene dejarlo claro cuanto antes – es un hecho que la comparación puede ser tanto sincrónica (cuando se propone comparar dos o más ordenamientos o institutos de una misma época) como diacrónica, cuando la comparación abarca instituciones y ordenamientos que pertenecen a periodos diversos. El estudio histórico es fundamental para el análisis que persigue la comparación; porque sólo cuando la investigación ahonda en la historia es posible extraer las raíces de instituciones y disciplinas, revelar los críotipi, comprender analogías y diferencias. Ahora bien, una cosa es proponerse como finalidad principal el conocimiento de la evolución de un ordenamiento o instituto y otra servirse de aquél para realizar la comparación. En resumen, la historia jurídica posee una función auxiliar – aunque, por supuesto, importantísima – respecto del fin principal de la comparación. (2005, p. 83)<sup>42</sup>*

No mesma direção, afirma outro estudioso assíduo do tema, Giuseppe de Vergottini:

*Entre los métodos a disposición del investigador para conocer las instituciones jurídicas está la comparación. Como se suele explicar, la comparación puede ser espacial (o sincrónica), cuando se examinan los ordenamientos en un momento determinado, normalmente contemporáneo al análisis que se desarrolla, o histórica (diacrónica), cuando se examinan los ordenamientos en su sucesión temporal. Convencionalmente se excluye de los estudios comparados la comparación histórica o se utiliza como un instrumento auxiliar. (2004, p. 50)<sup>43</sup>*

<sup>42</sup> PEGORARO, Lucio. Derecho constitucional y método comparativo. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

<sup>43</sup> DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho Constitucional Comparado*. Serie Doctrina Jurídica, n. 197. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

Tem-se, ainda, como requisito para que se opere o método comparativo, que a escolha dos termos seja feita dentre elementos eminentemente de direito, podendo ser utilizadas regras, princípios, institutos ou sistemas jurídicos e até famílias de direito como termos na comparação, porém excluindo-se as doutrinas e teorias políticas ou filosóficas, as quais não devem ser utilizadas como termos de comparação, podendo apenas auxiliar na compreensão dos fenômenos jurídicos ocorridos nos diversos ordenamentos.

É nessa linha que disserta Lucio Pegoraro:

*De modo similar, los estudios de las doctrinas políticas se revelan casi siempre útiles y, a menudo, indispensables para una mejor comprensión de los fenómenos jurídicos. (...) Sin embargo, el estudio del pensamiento filosófico y de las doctrinas políticas tampoco agota la investigación comparada, que se desenvuelve firmemente asida al derecho positivo y no se diluye en meta-investigaciones que, a la postre, persiguen la exégesis del pensamiento de otros. (2005, p. 83)<sup>44</sup>*

Aprofundando ainda mais a análise do processo prévio de escolha dos termos da comparação, Luiz Magno, baseando-se na metodologia apresentada pelos autores Ulrich Drobnig e Sjef Van Erp, propõe que três principais objetivos sejam seguidos nessa escolha.

Em primeiro lugar, o comparatista deve identificar a fonte do termo (ou dos termos) que pretende empregar na comparação relativa ao texto constitucional a ser interpretado, podendo tais termos ser derivados de fontes de direito estrangeiro ou de direito internacional, por exemplo.

O próximo objetivo inclui aferir o fundamento de legitimidade da utilização daquele termo: se derivado de fonte de direito internacional, pode ter como fundamento de legitimidade o fato de se tratar de *jus cogens* (norma imperativa de direito internacional), por exemplo, e se proveniente do direito estrangeiro, pode argumentar-se como fundamento de validade a similitude do termo (sendo uma norma, um instituto ou um sistema jurídico) com aquele posto em comparação e pertencente ao ordenamento pátrio.

---

<sup>44</sup> PEGORARO, Lucio. Derecho constitucional y método comparativo. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

E, em terceiro lugar, o comparatista deve identificar qual o grau de vinculação de seu ordenamento jurídico pátrio ao termo escolhido. É nesse caminho se apresenta a síntese de Luiz Magno:

*Esta propuesta de sistematización fue parcialmente inspirada en la metodología definida por Drobniig y Van Erp (1997) y posee los siguientes objetivos: identificar el tipo de fuente que será utilizada; el fundamento de la legitimidad de su utilización; y el grado de vinculación al que está sometido el orden jurídico nacional. (2007, p. 258)<sup>45</sup>*

Por fim, é forçoso mencionar que, na escolha dos termos a serem comparados, deve-se ter em mente o caráter eminentemente nacional de certas normas, o qual define alguns pontos que necessariamente variam de Estado para Estado.

Trata-se, pois, do que Luiz Magno denominou como “normas constitucionais de caráter *prima facie* doméstico”. Exemplos de normas dessa espécie são as que versam sobre a separação dos poderes, sobre a distribuição de competência entre as unidades federativas, ou sobre o processo legislativo.

Por se tratarem de normas definidoras de individualidades da organização e do funcionamento de cada máquina estatal, utilizá-las como termos na aplicação do método comparativo seria um esforço infrutífero, vez que, provavelmente, não haveria grande utilidade prática – nem, talvez, abertura para tanto – em interpretá-las de forma comparada aos elementos derivados de outro ordenamento jurídico que, por sua vez, também trata dos mesmos temas de forma particular, individualizando esse outro Estado.

### 3.2 Estruturação do método

Após a exposição dos posicionamentos doutrinários em relação à identificação dos elementos do direito a serem utilizados como termos de comparação, parte-se para a análise de como a doutrina entende que o método comparativo de interpretação constitucional deve ser estruturado.

---

<sup>45</sup> BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007.

Por primeiro, tem-se válido mencionar as lições do autor Leontin-Jean Constantinesco, escritor de um tratado sobre direito comparado, o qual propõe uma regra de três “C” a ser seguida em qualquer estudo comparativo: conhecer, compreender e comparar.

De acordo com o autor, na primeira etapa, a do conhecer, o comparatista deve especificar os termos a comparar, sendo essas normas ou institutos jurídicos, tentando observar através de quais ferramentas e elementos do direito estrangeiro pode ser possível conhecê-los de maneira mais completa.

Na segunda etapa, a do compreender, o autor infere que ser necessário confrontar termos de direito estrangeiro com outras áreas do conhecimento, contextualizando o meio social, econômico e político, a fim de identificar-se a função de tal instituto ou norma jurídica dentro do ordenamento jurídico em questão.

E, por derradeiro, a terceira etapa, a do próprio comparar, uma vez que, de acordo com o autor, ao conhecer e compreender os termos comparados, são identificadas semelhanças e divergências desses com o texto constitucional doméstico. Assim resume Luiz Magno, citando a regra proposta por Constantinesco:

(...) com a finalidade de identificar o *iter* a ser seguido na definição das etapas que se impõem àqueles que pretendem desenvolver estudos comparativos, a doutrina, partindo dos traços fixados em Constantinesco (1974, t. 2), fixa-se à regra dos três “C” que são: conhecer, compreender e comparar (J. SILVA, 2004; DANTAS, 2002). Tais fases apresentam-se como sendo atividades solidárias e complementares, cada uma delas constituindo a preparação necessária e etapa preliminar à fase seguinte. Nestes termos, o conhecer implica isolar os termos a comparar (instituições, institutos, normas jurídicas, problemas jurídicos) identificando os elementos do direito estrangeiro e os instrumentos através do qual é possível examiná-lo por dentro; o compreender implica confrontar os elementos do direito constitucional estrangeiro com elementos de natureza metajurídica que forma o meio político, econômico e social próximos (elementos contextuais) a fim de que seja identificada a função desempenhada por este instituto jurídico (o elemento a comparar); e, por fim, o comparar resulta da própria natureza do processo investigativo pois o jurista vai conhecer-compreender os ordenamentos estrangeiro com o olhar condicionado pela visão de seu ordenamento constitucional interno, assim, durante o exame do ordenamento estrangeiro não pode deixar de perceber certas semelhanças e diferenças dos termos a comparar. (2006, p. 280-281)<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Por uma metódica constitucional que se ocupe da utilização de fragmentos do direito comparado pela jurisdição constitucional. *Revista da ABDCnst*, n. 10, vol. 2, 2006.

É importante ressaltar o entendimento de Lucio Pegoraro de que o método comparativo não deve ser empregado como simples exposição de duas ou mais normas, institutos ou sistemas jurídicos provenientes de ordenamentos distintos. Nessa linha:

(...) que la finalidad sea la de ofrecer esa comparación; que el método no se reduzca a una mera exposición paralela de dos o más sistemas, o de dos o más institutos pertenecientes a diferentes ordenamientos.” (2005, p. 78)<sup>47</sup>

Deve-se elaborar, com efeito, uma análise crítica comparativa voltada, se possível, para a realidade, ou seja, para a efetivação de um determinado direito constitucionalmente previsto. Do contrário, o método comparativo será empregado apenas na forma de exploração acadêmica, o que não deixa de ser engrandecedor, porém desprovido de utilidade prática no que se refere à efetivação dos ditames constitucionais.

É interessante, inclusive, mencionar a forma de abordagem proposta por Marc Ancel. O autor propõe que, ao empregar o método comparativo, o operador do direito deve enxergar ambos os termos postos em comparação (tanto o de direito doméstico quanto o de direito não nacional) como que pertencentes a sistemas jurídicos que lhe são estranhos.

Daí a origem da expressão “elemento de estraneidade” utilizada por Marc Ancel para se referir ao fato de que a pesquisa a ser conduzida no processo de comparação não deve ser pautada nos conhecimentos prévios de direito interno. Ambos os termos devem ser tratados como estranhos ao comparatista. Esclarece o autor:

O emprego da comparação é, de alguma forma, de dimensão variável. Ora ela será apenas um auxiliar de uma pesquisa de ordem interna ou de uma exposição de caráter puramente geral; ora é um sistema estrangeiro (considerado em si mesmo ou em uma de suas instituições específicas), que será um dos termos da comparação. Em semelhante hipótese, ainda que se deseje vê-lo estudado por um jurista pertencente a esse sistema, ele será necessariamente abordado enquanto um sistema distinto, inicialmente não conhecido ou não assimilado, da mesma forma que o sistema nacional; a pesquisa não será portanto – e nem poderá ser – conduzida como em

---

<sup>47</sup> PEGORARO, Lucio. Derecho constitucional y método comparativo. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

um ramo do direito interno; este elemento de *estraneidade*, para usarmos a expressão dos especialistas em direito internacional, qualifica e transforma radicalmente o processo de comparação. (1980, p. 50)<sup>48</sup>

Ainda para Marc Ancel (1980, p. 55), o método comparativo deve seguir uma análise hierarquicamente ordenada para melhor serem compreendidos seus termos. Com efeito, o comparatista deve levar em conta, primeiramente, o entendimento das normas jurídicas a serem comparadas, as quais só serão inteiramente compreendidas se analisados os institutos jurídicos nas quais se enquadram, e que, por sua vez, apenas serão enxergados de forma clara se considerados os sistemas jurídicos nos quais os institutos, e, portando, também as normas, estão inseridos.<sup>49</sup>

E, por fim, cabe pontuar a postura de Luiz Magno, que, a despeito de não indicar uma sistematização específica para o método, indica a utilização dos termos de direito estrangeiro no método comparativo como “topóis” argumentativos, ou seja, como lugares comuns para se recorrer na argumentação que embasará a interpretação constitucional:

*En este artículo, se buscó reconocer que el recurso a experiencias no nacionales en el proceso de adjudicación constitucional llevado a cabo por las cortes consiste en una estrategia de argumentación legítima y que posibilita un aumento del repertorio normativo puesto su disposición, uniendo al intérprete-constitucional, de una sola vez, de topói argumentativos de carácter tanto “subversivos” (Fletcher, 1998) –a medida que pueden provocar nuevos direccionamientos en los caminos posibles adoptados en el proceso de concretización constitucional– como “valorativos” (Lamego, 1990) –a medida que interiorizan en el sistema constitucional la autocrítica a partir de la confrontación, en actitud dialógica, de experiencias constitucionales concretas de otras realidades socioculturales. (2007, p. 270)<sup>50</sup>*

### 3.2.1 Princípios propostos

Quanto aos princípios a serem seguidos ao se empregar o método comparativo na interpretação constitucional, é de grande valia recorrer à abordagem tripartite proposta por Adrienne Stone, na qual o primeiro grupo de princípios se volta

<sup>48</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007.

para a análise da Constituição doméstica do comparatista; o segundo está direcionado ao ordenamento estrangeiro ou ao direito internacional do qual seriam extraídos os elementos a servirem como o outro termo da comparação; e ao terceiro grupo cabe analisar a pertinência da comparação, tendo em vista as similitudes encontradas entre ambos os ordenamentos (doméstico e estrangeiro).

Sobre o primeiro grupo de princípios, esclarece a autora que essa análise do sistema constitucional doméstico do comparatista deve ser feita de forma que ele possa identificar se o método comparativo é o mais adequado, ou não, à interpretação de determinada norma constitucional. Isso porque, o comparatista pode se deparar com partes do texto constitucional cuja interpretação já foi largamente exercitada ao longo do tempo, estando, portanto, consolidada e, de certa monta, avessa a novas técnicas interpretativas.

Logo, para a autora, o método comparativo é mais recomendado nos casos de conceitos jurídicos modernos – pode-se citar como exemplo as questões que passaram recentemente pelo STF da união homoafetiva e do aborto de fetos anencéfalos – e não nos casos de mandamentos constitucionais muito claros e historicamente consolidados – como o artigo 2º da CF/88 que define a independência dos poderes da União, por exemplo. Assim se posiciona a autora:

*The first set of principles direct a court's attention to its own domestic constitution. A court should satisfy itself that, having regard to the strength of other interpretative resources, the question is an open one on which it is appropriate to seek comparative guidance. Where the text is clear or the historical meaning settled, comparativism may be rightly precluded. It is also relevant to consider whether the question presented arises within a distinctive tradition, thus giving rise to a case for constitutional localism, or whether the case presents a question on which it is reasonable to expect a connection with the constitutional law of another legal system. For instance, the case for localism (and thus resistance to comparativism) might be quite strong in relation to a provision of the Australian Constitution like s 109, which is distinctively Australian and in relation to which there are 100 years or so of case law. The case for comparativism might be stronger with respect to a doctrine like the implied freedom of political communication, which is a modern development and explicitly non-originalist in its origin. (2009, p. 62)<sup>51</sup>*

No que se refere ao segundo grupo de princípios, no qual a atenção do comparatista deve se voltar para a origem do termo a ser comparado com o texto constitucional doméstico, Adrienne Stone sustenta ser necessário estabelecer graus

---

<sup>51</sup> STONE, Adrienne. Comparativism in constitutional interpretation. *New Zealand Law Review*, n. 45, 2009.

distintos entre a comparação operada com um termo de direito estrangeiro e aquela operada com um termo de direito internacional. Aduz, ainda, que devem ser atribuídos diferentes graus de comparação tanto para as diversas fontes de direito estrangeiro, sendo as fontes jurisprudenciais consideradas mais ricas que as legislativas, tendo em vista as razões exaradas nas decisões judiciais, quanto para as várias espécies de fontes de direito internacional. Nesse sentido, elucida:

*A second set of principles direct the court's attention to the foreign jurisdiction with which the comparison is sought and to the nature of the comparative materials. As I have indicated already, current comparative practice is insufficiently attentive to the different forms that the comparative materials take. I have suggested above, for instance, that we should think differently about foreign domestic law as compared with international law. It will probably also be necessary to draw distinctions between the various sources of domestic law. Comparative practices should vary according to whether comparative material is case law or legislation. (In my view, for example, case law is likely to provide a particularly rich source of comparative insight because of the provision of reasons. However, I would not want to exclude entirely references to, say, legislation.) No doubt similar distinctions will need to be drawn with respect to the various kinds of international law. (2009, p. 62)<sup>52</sup>*

Por derradeiro, sobre o terceiro grupo de princípios propostos, no qual o comparatista deve verificar a semelhança entre as fontes dos termos a serem comparados para discernir se é justificável a aplicação do método, Stone propõe que seja empreendida uma análise aprofundada dos ordenamentos jurídicos envolvidos, vez que um primeiro olhar pode transparecer similitudes irreais, as quais devem ser dissecadas para que se possa dizer se a comparação é realmente indicada.

Assim, não basta, para a autora, que os ordenamentos jurídicos envolvidos compartilhem “valores gerais” em comum, pois do contrário a comparação não seria nem mesmo factível, mas, sim, que ambos encarnem valores verdadeiramente comparáveis na prática:

*Finally, there is a question of whether a comparator jurisdiction is relevantly similar to justify the comparison. Constitutional systems that are superficially similar may, on closer inspection, reveal significant differences. For instance, there will be occasions on which, despite apparent similarities, the central values of a foreign legal system, or aspect of foreign law, might make it an inappropriate source for comparison. Thus, a legal system without a commitment to the rule of law might be an inappropriate source of insight for a modern liberal democracy. This point follows fairly directly from the arguments about "localism" that have already been considered. Where a constitution's*

---

<sup>52</sup> STONE, Adrienne. Comparativism in constitutional interpretation. *New Zealand Law Review*, n. 45, 2009.

*values are distinctive, comparativism might be entirely inappropriate. Where, however, its values are shared, comparativism may well be appropriate, but it should at least be restricted to constitutions that might fairly be said to embody comparable values. There is, however, another form of the argument that raises a new point. A legal system that is superficially similar - perhaps sharing a commitment to similar values or even sharing some aspects of its history - might, on a closer look, contain differences in structure or legal context that preclude comparativism, or at least require a critical eye to be cast on comparative material. (2009, p. 62-63)<sup>53</sup>*

### 3.2.2 Proposição de classificações

A diversidade de propostas existentes de classificação do método comparativo de interpretação constitucional apenas corrobora a assertiva de que a sistematização do tema ainda não foi sedimentada na doutrina.

Todavia, apesar de não haver um entendimento pacífico quanto à escolha de uma classificação em específico, forçoso se faz expor as propostas formuladas por três autores citados recorrentemente pelos estudiosos do tema.

São eles: (i) Mark Tushnet, que aborda o método como parâmetro de crítica do ordenamento interno; (ii) Sujit Choudhry, o qual analisa a comparação como uma técnica de oferecimento de razões na elaboração de uma decisão; e (iii) Taavi Annus, que, com um enfoque mais pragmático, entende a comparação como uma estratégia discursiva, distinguindo uma escala gradual de uso do direito estrangeiro na interpretação operada pelas Cortes<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> STONE, Adrienne. Comparativism in constitutional interpretation. *New Zealand Law Review*, n. 45, 2009.

<sup>54</sup> Em detalhes, esclarece Luiz Magno sobre a abordagem dos três autores “Para Tushnet (1999), el recurso por los tribunales a las experiencias extranjeras en el ejercicio de la jurisdicción constitucional está asociado a movimientos de contestación de la autocomprensión nacional sobre el contenido y el alcance de las disposiciones constitucionales. La forma como las cortes se aproximan a los elementos no nacionales representa el aspecto diferenciador de la tipología presentada por el autor. (...) La clasificación de Sujit Choudhry (1999), a su vez, busca resaltar los motivos usados por la corte (explícita o implícitamente) para justificar la conversación establecida con los elementos no nacionales. Para él, la forma cómo la corte entiende que está ella vinculada a la experiencia extranjera condiciona su aproximación al elemento no nacional. (...) A su vez, Taavi Annus (2002) se ocupa de un enfoque más pragmático, que distingue el uso del derecho comparado a partir de una escala gradual que varía de un uso sutil (soft use) a un uso intenso (hard use) del derecho comparado por las cortes.” BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007, p. 265-266.

### 3.2.2.1 Mark Tushnet

Tushnet propõe que a forma com que as Cortes lidam com elementos não-nacionais na interpretação da Constituição, ou seja, a maneira como aplicam o método comparativo, seja classificada em três tipologias distintas, quais sejam: (i) o funcionalismo; (ii) o expressivismo; e (iii) a *bricolage*.

Ao dissertar sobre o funcionalismo, esse autor justifica o uso do método comparativo traçando um paralelo com as instituições políticas internas dos países. Tendo em vista que tais instituições exercem funções bastante similares nos diversos Estados, seria plausível recorrer à identificação de experiências bem sucedidas em países estrangeiros para aplicação em instituições nacionais.

Nesse sentido, para Tushnet, o funcionalista seria a espécie de comparatista que encontra equivalentes funcionais em outros ordenamentos jurídicos que possam solucionar problemas similares encontrados no âmbito doméstico<sup>55</sup>:

*According to functionalism, political institutions perform certain tasks common to all (well-functioning) systems of governance. A functionalist might claim, for example, that such systems must have some institutions to resolve conflicts among their components, or mechanisms for ensuring some stability in a changing extra-political environment. Functionalists naturally think in comparative terms, for only by examining different political systems can they identify the functions common to all and the institutions they think serve those functions. (...) Still, examining a few cases comparing the U.S. with foreign experience may alert us to some theories about which we might want to think, and the comparison may suggest that something that seems initially to be a purely local phenomenon, such as the persistent problem of figuring out what to do about selective subsidies, actually exemplifies some more general trends. (1999, p. 1238-1269)<sup>56</sup>*

Quanto ao expressivismo – a despeito de, num primeiro olhar, assemelhar-se a uma ideia refratária ao uso do método comparativo, posto que parte da premissa de que as Constituições expressam contextos históricos singulares de cada nação – é, em sua essência, uma forma de se utilizar a comparação com o fim de reafirmar os

---

<sup>55</sup> Assim, também, afirma Luiz Magno “*El enfoque funcionalista se ocupa de identificar equivalentes funcionales que confieran luces (soluciones mejores) a los problemas suscitados en el derecho nacional.*” BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007, p. 265.

<sup>56</sup> TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. *The Yale Law Journal*, vol. 108:1225, 1999.

valores constitucionais nacionais, diferenciando-os, por meio da comparação, de valores derivados de ordenamentos não-nacionais.

É nesse sentido que afirma Mark Tushnet “*for the expressivist, constitutions emerge out of each nation's distinctive history and express its distinctive character*”<sup>57</sup>; e Luiz Magno sintetiza, com brilhantismo, o restante do conceito apresentado:

*La aproximación expresivista asume como punto de partida una actitud inicialmente refractaria a la propia posibilidad de comparación, sin embargo, el hecho de volverse a las experiencias extranjeras pretende ser una forma de diferenciarlas de la realidad nacional y, con ello, refinar la autocompresión de los valores subyacentes a su tradición constitucional (ir al encuentro de sí mismo). (2007, p. 265)*<sup>58</sup>

Por último, o autor classifica como *bricolage*<sup>59</sup> o uso do método comparativo na construção das razões de uma decisão a partir de uma gama de argumentos aleatórios utilizados por cortes estrangeiras. Tal prática se justificaria pelo fato de que também na elaboração dos textos constitucionais, os constituintes, de forma natural, fariam uma análise de outras Constituições para encontrar outras soluções passíveis de introdução em seu ordenamento. Assim, os intérpretes da norma constitucional estariam igualmente autorizados a se utilizar dessa técnica, já que todos o fazem mesmo que de modo inconsciente.

Assim, afirma Mark Tushnet que, na medida em que *bricolage* tem esse caráter inconsciente, natural, a prática autorizaria o seu próprio uso<sup>60</sup>. Mais uma vez, resume Luiz Magno:

*Por fin, un enfoque por él denominado bricolage, por medio del cual el intérprete, a partir de una actitud de apertura y predisposición a identificar fuentes normativas que le auxilien en el proceso de toma de decisión, recurre a experiencias extranjeras de manera más o menos aleatoria (1999, p. 1237). En ese último enfoque, el magistrado desarrolla el trabajo de “ofrecer razones” como un bricoleur. Según el autor, el “hecho” del uso de experiencias extranjeras por el magistrado evidencia, al mismo tiempo, que se encuentra en marcha un proceso de cambio en la cultura jurídica*

<sup>57</sup> TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. *The Yale Law Journal*, vol. 108:1225, 1999, p. 1270.

<sup>58</sup> BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007.

<sup>59</sup> Expressão de origem francesa, *bricolage*, que se refere à execução de pequenos trabalhos manuais domésticos de reparação. Também é utilizada para se referir a uma técnica de construção textual, na qual o texto é composto de diferentes partes “coladas”, através de um processo semelhante ao da bricolagem. Disponível em: <http://www.significados.com.br/bricolagem/>. Acesso em: ago. 2014.

<sup>60</sup> TUSHNET, Mark. Op. cit., p. 1238.

*nacional sobre esa temática (Tushnet, 1999, p. 1304) y que él se autorreconoce como revestido de una función activa (participante) en el proceso de construcción judicial. De esa forma, fijar la atención a la experiencia constitucional extranjera se figura como parte de una estrategia de argumentación razonable, de otorgamiento de criterios y de posibilidades que serán puestas a prueba. (2007, p. 265)<sup>61</sup>*

### 3.2.2.2 Sujit Choudhry

O segundo autor, Sujit Choudhry, defende outras três classificações distintas do método comparativo de interpretação constitucional: (i) a universalista; (ii) a dialógica; e (iii) a genealógica.

A primeira, universalista, é fundamentada na suposição de que todas as Cortes Constitucionais se deparam com o trabalho de interpretação e de aplicação dos mesmos princípios, de forma que o método comparativo seria apenas uma ferramenta interpretativa aplicada a princípios integrantes de um mesmo universo (e não de um universo estrangeiro e outro nacional).

É nesse sentido que afirma o autor serem os universalistas aqueles que enxergam a unidade em meio à diversidade, afirmando que as Cortes Constitucionais de seguidoras dessa corrente operariam no sentido de dar significado à liberdades constitucionais que transcenderiam as fronteiras nacionais:

*At the opposite end of the spectrum from particularists stand scholars who posit that constitutional guarantees are cut from a universal cloth, and that all constitutional courts are engaged in the identification, interpretation, and application of the same set of principles. Unlike particularists, who emphasize the differences among legal systems, these scholars see unity in the midst of diversity. This mode of comparative constitutional interpretation is "universalist," because it exhorts courts to pay no heed to national legal particularities when engaging in constitutional interpretation. Courts working in this interpretive mode regard themselves "as giving meaning to liberties that transcend national boundaries." (1999, p. 833)<sup>62</sup>*

Já a espécie de interpretação comparativa dialógica se dá quando as Cortes Constitucionais se utilizam do método comparativo, de forma implícita, identificando divergências entre os textos constitucionais doméstico e estrangeiro, e, a partir dessas

<sup>61</sup> BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007.

<sup>62</sup> CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation. *Indiana Law Journal*, vol. 74, issue 3, article 4, 1999.

dissonâncias, desenvolvem uma autorreflexão interpretativa em relação às particularidades da sua própria Constituição. Essa corrente é, em certa medida, similar ao expressivismo proposto por Mark Tushnet e mencionado no item anterior.

Com efeito, explica Sujit Choudhry que a comparação dialógica se opera justamente pela identificação de diferenças entre as Constituições, sem as quais o intérprete não poderia se dar conta do caráter único do texto constitucional sob análise:

*The heart of dialogical interpretation lies in a recognition of what a claim to constitutional difference actually means. Difference is an inherently relative concept; a constitution is only unique by comparison to other constitutions that share some feature or characteristic which that constitution does not.* (1999, p. 856)<sup>63</sup>

E, finalmente, a terceira classificação proposta pelo autor, a genealógica, justifica a aplicação do método comparativo através da origem histórica das diversas experiências constitucionais, tendo em vista que são diversas as Constituições elaboradas a partir ou com inspiração em outros textos constitucionais.

De acordo com o autor, portanto, diversas seriam as Constituições que estariam naturalmente ligadas por laços genealógicos, o que autorizaria, por si só, a comparação:

*The third mode of comparative constitutional interpretation holds that constitutions are often tied together by complicated relationships of genealogy and history, and that those relationships themselves offer sufficient justification to import and apply entire areas of constitutional doctrine. (...) Constitutions tied together by genealogy are related either like parent and child, or like siblings who have emerged from the same parent legal system.* (1999, p. 838)<sup>64</sup>

### 3.2.2.3 Taavi Annus

Este terceiro autor, por sua vez, perfaz uma classificação mais pragmática, separando o emprego do método comparativo em gêneros distintos pelo grau de utilização da comparação. São eles: (i) o *soft use*; e (ii) o *hard use*, o qual se subdivide em raciocínio comparativo normativo e raciocínio comparativo empírico.

<sup>63</sup> CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation. *Indiana Law Journal*, vol. 74, issue 3, article 4, 1999.

<sup>64</sup> Ibid.

O *soft use* se traduz no emprego mais brando do método comparativo, no qual haveria um diálogo com experiências constitucionais estrangeiras, porém as conclusões extraídas da comparação não teriam a mesma força vinculante que um precedente jurisprudencial nos sistemas de *common law*.

Já o emprego da comparação como *hard use* apresenta um certo grau de vinculação para a Corte, contribuindo intimamente para a atividade decisória, conforme explana Taavi Annus:

*First, a differentiation needs to be made between “soft” and “hard” uses of comparative experience. The former describes the process of discussing foreign statutes, cases, or practices in the decision-making process or in the text of judicial opinions without relying on this experience in reaching the holding. In these instances, foreign experience is mentioned, but it has no precedential value. The “hard” use of comparative experience, however, contributes directly to the holding of the case, and possesses at least some degree of authority for the court. (2004, p. 312)<sup>65</sup>*

Dentro da definição do gênero *hard use*, o autor, mencionando os estudos de Tim Koopmans, comenta haverem duas espécies de comparação, cada uma servindo a propósitos distintos.

A primeira, o raciocínio comparativo normativo, parte do pressuposto de que Cortes Constitucionais estrangeiras lidam com problemas de interpretação similares àqueles enfrentados pela Corte doméstica, de forma que suas experiências interpretativas podem ser utilizadas em comparação para a interpretação de princípios positivados em textos vagos, como o da dignidade da pessoa humana ou o da proibição de penas cruéis ou degradantes.

Já a segunda espécie, o raciocínio comparativo empírico, envolve não apenas a comparação de normas, institutos ou sistemas jurídicos, mas, também, os resultados práticos advindos da aplicação das disposições constitucionais sob comparação. Nesse caso, o comparatista deve levar em conta se o dispositivo constitucional em questão atinge o objetivo que justificou a sua criação.

Essas distinções estão sintetizadas neste excerto:

*The “hard” use of comparative experience serves two purposes. First, one might acquire help in making normative judgments, either when balancing different constitutional values or when interpreting broad*

---

<sup>65</sup> ANNUS, Taavi. Comparative constitutional reasoning: the law and strategy of selecting the right arguments. *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 14: 301, 2004.

*constitutional principles. Second, foreign materials may assist in making empirical observations and predictions about the consequences of a judicial determination. Essentially, comparative materials may be utilized in either normative or empirical judgments.* (2004, p. 312)<sup>66</sup>

### 3.3 Limites da comparação

Após analisar, no presente capítulo, as posições doutrinárias referentes à escolha dos elementos do direito a serem utilizados como termos de comparação e a forma, as classificações e os princípios propostos pelos estudiosos do tema como tentativas de sistematização do método comparativo, cabe, por derradeiro, expor breves ponderações da doutrina quanto aos limites a serem observados na aplicação do método comparativo de interpretação constitucional.

Algo que parece ser óbvio num primeiro olhar, e que, numa análise mais aprofundada, demonstra ser merecedor de atenção especial, é o limite imposto pelo próprio texto constitucional, uma vez que a supremacia da Constituição, tal qual codificada pelo poder constituinte originário, é o elemento basilar de qualquer sistema constitucional.

Essa assertiva pode parecer ir de encontro ao próprio emprego do método comparativo na interpretação do texto constitucional, vez que tal método pressupõe a análise de elementos do direito os quais não são dotados da mesma supremacia da Constituição dentro da jurisdição em que, *in casu*, atua o operador do direito e comparatista.

Entretanto, é necessário não perder de vista que as Constituições não são elaboradas de forma engessada e avessa às mudanças que invariavelmente ocorrem na sociedade ao longo do tempo. Dentro dessa perspectiva, é possível aplicar a comparação para interpretar os dispositivos constitucionais, tendo em vista não só a existência de princípios que necessariamente devem ser utilizados de maneiras diversas em cada caso e em cada época, mas também o caráter dinâmico e de constante evolução e adaptação intrínseco a um texto elaborado por uma determinada sociedade e para essa sociedade, a qual naturalmente se transforma com o passar do tempo.

---

<sup>66</sup> ANNUS, Taavi. Comparative constitutional reasoning: the law and strategy of selecting the right arguments. *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 14: 301, 2004.

É nesse sentido que ensina Lucio Pegoraro sobre a possibilidade de se harmonizar o respeito aos limites impostos pelo texto constitucional e o dinamismo e a evolução necessários à sua interpretação:

*La consideración de las costumbres, las convenciones y las prácticas – esencial en el derecho constitucional – no puede asumir la función subversiva de deslegitimar las palabras de la ley fundamental en los sistemas con Constitución escrita y rígida, hasta el punto de que atente contra una conquista básica del constitucionalismo contemporáneo: la de la supremacía de la ley superior como tal codificada y dotada de rigidez. (...) la tarea del constitucionalista debe ser la de comparar el derecho constitucional codificado con el que efectivamente se aplica, denunciando las desviaciones, en caso de darse; pero sin perder de vista la supremacía de la Constitución, aun cuando se la considere como un algo dinámico y en evolución como consecuencia de los cambios registrados en los usos lingüísticos. (2005, p. 73-74)<sup>67</sup>*

Interessante notar que, a despeito de ressaltar a importância do texto como limite de aplicação do método comparativo, o mesmo autor não nega a possibilidade de a comparação fazer parte da construção da *ratio decidendi*, mesmo que em raríssimas situações, o que reforça o argumento de que seria possível empregar o método sem ultrapassar os limites do texto, já que a comparação pode ser parte das razões de uma decisão, mesmo que em situações extraordinárias.

De qualquer maneira, ressalta o autor ser predominante o recurso ao direito comparado apenas como argumento de autoridade, servindo para reforçar o raciocínio decisório já delineado:

*Las referencias al derecho comparado (o extranjero) en la motivación de las sentencias asumen significados más precisos; éstas no conllevan nunca (o casi nunca) el constituir la ratio decidendi; sirven, sin embargo, como argumentum quoad auctoritatem para demostrar la rectitud de una elección o al contrario, su impracticabilidad. Allí donde la decisión esté caracterizada por un alto grado de discrecionalidad – como por ejemplo con frecuencia sucede en sede de juicio de racionalidad o de balancing test – las remisiones a una experiencia extranjera sirven a reforzar las argumentaciones ancladas en el derecho positivo del ordenamiento en cuestión. Como si el juez dijese: “¿Veis? también en ese país sucede así, y como las situaciones son similares, también para el nuestro decidiremos de modo análogo”. (lucio pegoraro, p. 97)*

---

<sup>67</sup> PEGORARO, Lucio. Derecho constitucional y método comparativo. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

Por fim, no caso da comparação entre dispositivos constitucionais domésticos e tratados e convenções internacionais dos quais o Estado em questão faça parte, deve-se empregar o método comparativo com o intuito de vincular corretamente todos os ordenamentos afetados pela norma internacional posta em comparação, dando significado ao disposto na Constituição doméstica a partir de uma interpretação que considere o sentido e o alcance da norma internacional.

Tal limite da comparação se mostra relevante especialmente no que se refere a tratados aplicados a uma diversidade de Estados, com o fim de regular as suas relações no âmbito de uma comunidade – como as normas do Mercosul ou da UE, respeitados os diferentes graus de integração – e, até mesmo, nos casos de sistemas regionais de direitos humanos, como o do sistema interamericano.

Isso porque tais normas devem ser internalizadas pelos diversos Estados signatários do tratado nos mesmos moldes, ou seja, com interpretações as mais semelhantes possíveis, para que possam dar efetividade aos fins idealizados pelo tratado.

Logo, o método comparativo deve ser empregado de forma a entrelaçar corretamente – no sentido de dar efetividade ao tratado – os diversos ordenamentos jurídicos afetados pela norma internacional posta em comparação.

É nesse sentido, portanto, que aduz Lucio Pegoraro, encerrando as ponderações a esse respeito:

*En este sentido, procede resaltar que la labor de los comparatistas se revela también muy valiosa por ciertas disposiciones contenidas en tratados y convenciones internacionales: muchos de los cuales tienen como único objeto la armonización de disciplinas y en los que, en todo caso, siempre se pretende vincular el mayor número posible de ordenamientos e reglas comunes. A su vez, los actos de derecho internacional y en Europa, los de los órganos de la Unión Europea, que se dictan con el ánimo de contribuir a crear un tejido común de principios y de reglas, influyen sobre otra función accesorio del derecho comparado: la de ayudar a la interpretación de esos actos mediante la adición de nuevos significados; pero no sólo de los internacionales o comunitarios, sino también de los propios de cada ordenamiento; que deben ser interpretados según su conexión con las disposiciones del sistema jurídico de referencia y de acuerdo con el significado que les deba atribuir en cada caso, para vincular correctamente todos los ordenamientos afectados. (2005, p. 82)<sup>68</sup>*

---

<sup>68</sup> PEGORARO, Lucio. Derecho constitucional y método comparativo. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

## Conclusão

---

O presente trabalho monográfico visou demonstrar, em primeiro lugar, a relevância do estudo do método comparativo, especialmente diante do contexto mundial atual, no qual há um estreitamento das relações interestatais, tornando-as mais complexas e um intercâmbio constante (devido, principalmente, aos avanços dos meios de comunicação) de pessoas e bens e em que os negócios jurídicos travados transcendem as fronteiras nacionais.

Diante dessa conjuntura, as formas de pensar e de agir de cada povo se interinfluenciam, refletindo em seus costumes e, por conseguinte, na interpretação que se faz dos textos constitucionais. E tendo em conta a quantidade elevada de Estados que adota alguma forma de sistema constitucional no mundo, o aprofundamento do método comparativo se mostra ainda mais premente para promover o intercâmbio de experiências constitucionais de forma sistemática.

A despeito de não haver dispositivo expresso de aplicação desse método na interpretação constitucional da atual Carta Magna brasileira, é possível identificar-se cláusulas de abertura ao diálogo com elementos de direito estrangeiro com o fim, em especial, de inteirar o rol de direitos fundamentais. Tais cláusulas se referem, como estudado neste trabalho, ao artigo 5º, parágrafo 2º, ao artigo 4º, parágrafo único e ao artigo 193, todos da CF/88.

A significância do método comparativo para a moderna interpretação constitucional também encontra respaldo na doutrina, mormente nos ensinamentos de Peter Häberle, autor que alçou o método a um patamar superior de influência, ao apontá-lo como o quinto método de interpretação constitucional a completar os quatro métodos clássicos ensinados por Savigny. Além disso, com a sua teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, Häberle retira o monopólio do Estado sobre a interpretação do texto constitucional, democratizando essa atividade, de modo que

todo aquele que vive a Constituição pode interpretá-la, e, portanto, empregar o método comparativo.

Assim, observou-se que o método comparativo passa a ter três principais enfoques de aplicação, podendo ser utilizado tanto pela sociedade na interpretação constitucional, quanto pelo poder constituinte derivado na atividade legiferante de reforma da Constituição, quanto, ainda, pelas Cortes, na interpretação constitucional operada na solução de conflitos.

Quanto ao uso de elementos do direito estrangeiro na interpretação constitucional operada pelos togados, verificou-se que a comparação pode ser de grande valia para auxiliar na busca pela extensão e significado de princípios vagos, especialmente daqueles relacionados a questões de direitos humanos e ambiental, em razão de encontrarem previsões nas mais diversas Constituições – o que aumenta a disponibilidade de material útil à interpretação doméstica – e de serem considerados direitos transnacionais, na medida em que dizem respeito a toda humanidade, fazendo-se forçosa sua aplicação da forma mais plena e eficaz quanto possível.

Nesse sentido, o método comparativo passa a ter papel de suma importância na constante evolução e adaptação do texto constitucional por meio da aplicação de novas tendências interpretativas pela atividade jurisdicional.

Na tentativa de se extrair da doutrina uma sistematização do método, observou-se que, na escolha dos termos, para que seja factível a aplicabilidade da comparação, deve-se levar em conta: (i) um grau mínimo de similaridade entre os textos constitucional doméstico e o de direito estrangeiro postos em comparação; (ii) a contemporaneidade da comparação, de forma que um estudo diacrônico (histórico) pode ser apenas utilizado de forma auxiliar; e (iii) a exclusão de termos comparativos de caráter *prima facie* doméstico.

Verificou-se, ainda, que na estruturação do método, ambos os termos devem ser tratados como elementos estranhos ao comparatista (tanto o nacional quanto o estrangeiro), evitando-se a simples exposição paralela de dois termos, de forma que a comparação se traduza numa análise crítica voltada, se possível, para a efetivação de um direito constitucionalmente protegido.

A análise doutrinária aqui desenvolvida foi também corroborada por princípios e classificações dos mais conceituados estudiosos do direito. Verificou-se, também, que há limites a serem observados para a aplicação do método, dependendo das

normas a serem postas em comparação. Constatou-se, todavia, não haver na doutrina pesquisada uma sistematização pacífica do método comparativo aplicado na interpretação constitucional.

Há autores que não indicam uma sistematização do método, colocando a alternativa de dele se utilizar como “topói” argumentativo, ou seja, como um lugar comum a se recorrer na argumentação da interpretação constitucional.

Entretanto, para que se possa utilizar elementos de direito estrangeiro na interpretação do texto constitucional, é prudente que seja aplicado um método definido, a fim de possibilitar o controle racional das decisões judiciais e, ainda, de imbuir o emprego do método de validade jurídica.

É nesse sentido que, aprofundando-se o estudo do método comparativo, pode-se evitar o emprego de diferentes metodologias, ou seja, o uso de critérios aleatórios para a escolha dos termos a serem comparados. Sem a aplicação de um método definido, corre-se o risco de que a abertura ao diálogo com experiências estrangeiras se traduza na pulverização de uma insegurança jurídica, especialmente em razão da atual tendência de jurisprudencialização do direito.

Cabe, por fim, ao comparatista, sempre ter em mente que as particularidades de cada sociedade, refletidas em seu texto constitucional, moldado por uma forma de governo, pela sua história e condições locais, podem ser harmonizadas com o fato de que essa Constituição específica integra uma comunidade internacional que partilha de uma gama de valores comuns.

## Referências

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

ANNUS, Taavi. Comparative constitutional reasoning: the law and strategy of selecting the right arguments. *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 14: 301, 2004.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Por uma metódica constitucional que se ocupe da utilização de fragmentos do direito comparado pela jurisdição constitucional. *Revista da ABDCConst*, n. 10, vol. 2, 2006.

\_\_\_\_\_. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007.

BIBLIOTECA DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://biblio.pucsp.br/>. Acesso em: jan./set. 2014.

BIBLIOTECA DA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/cons.htm>. Acesso em: jan./set. 2014.

BIBLIOTECA DA UNIVERSIDADE DE LEIDEN (Holanda). Disponível em: <http://www.library.leiden.edu/>. Acesso em: jan./set. 2014.

BIBLIOTECA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/17968>. Acesso em: jan./set. 2014.

BIBLIOTECA VIRTUAL EBSCO. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/>. Acesso em: jan./set. 2014.

BOTHA, Henk. Comparative law and constitutional adjudication. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv12/06.pdf>. Acesso em: fev. 2014.

CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation. *Indiana Law Journal*, vol. 74, issue 3, article 4, 1999.

CROOTOF, Rebecca. Constitutional convergence and customary international law. *Harvard International Law Journal Online*, vol. 54, mai. 2013.

CRUZ, Ted. Limits on the treaty power. *Harvard Law Review Forum*, vol. 127:93, 2014.

DA SILVA, José Afonso. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado*: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho Constitucional Comparado*. Serie Doctrina Jurídica, n. 197. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

IN DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. vol. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Maria; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional Comparado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

GOOGLE BOOKS. Disponível em: <http://books.google.com/>. Acesso em: jan./set. 2014.

GOVERNO SUL-AFRICANO (site oficial). Disponível em: <http://www.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>. Acesso em: maio 2014.

GRAMSCI, Antonio. *Concepção dialética da história*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

GROPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire (Ed.). *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

HÄBERLE, Peter. Derecho constitucional nacional, “uniones de estados” nacionales y el derecho internacional como derecho universal de la humanidad: convergencias y divergencias. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado*: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

\_\_\_\_\_. *El Estado Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Peru: Fondo Editorial de la PUCP, 2003.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HALMAI, Gábor. The use of foreign law in constitutional interpretation. In ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MCKEOWN, Greg. *Essentialism: the disciplined pursuit of less*. New York: Crown Business, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (site oficial). Disponível em <http://www.un.org/en/>. Acesso em: ago. 2014.

PEGORARO, Lucio. Derecho constitucional y método comparativo. In DE LA GARZA, José María Serna (Coord.). *Metodología del derecho comparado: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Serie Doctrina Jurídica, n. 272, 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

PORTAL DA LEGISLAÇÃO – Governo Federal Brasileiro (site oficial). Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: jan./set. 2014.

ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (site oficial). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: jan./set. 2014.

STONE, Adrienne. Comparativism in constitutional interpretation. *New Zealand Law Review*, n. 45, 2009.

TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. *The Yale Law Journal*, vol. 108:1225, 1999.

## **Apêndice A**

---

Este Apêndice apresenta somente a parte textual da monografia elaborada pela autora como trabalho de conclusão do curso de graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**Paula Guerzoni Piva**

**O DIREITO COMPARADO COMO ALTERNATIVA PARA A  
SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

**Trabalho de Monografia Jurídica  
apresentado ao Curso de Graduação como  
parte dos requisitos para a obtenção do  
título de bacharel em Direito, na área de  
Direito Comparado, sob a orientação do  
Professor-Orientador Cláudio Finkelstein.**

**São Paulo – SP  
Agosto de 2011**

## Resumo

O presente trabalho tem por objetivo explorar a história e a natureza do direito comparado, bem como compreendê-lo como alternativa para a solução de conflitos. Aponta que essa possibilidade se viabiliza principalmente diante daqueles casos que carregam semelhança com normas ou entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais integrantes de um determinado direito estrangeiro, o qual regula e interpreta a situação litigiosa de forma mais completa e dinâmica, levando a melhores soluções do que as possibilitadas pelo direito nacional.

Mostra, ainda, que, face à conjuntura mundial contemporânea não há como um Estado se isolar completamente. Esclarece que o constante intercâmbio de bens e de pessoas e as complexas relações negociais ultrapassam a esfera do nacional, o que torna imperativo o uso de métodos comparativos para o aperfeiçoamento do direito pátrio, tanto na sua aplicação como na criação de novas normas.

Com a apresentação de exemplos contidos na jurisprudência brasileira e na estrangeira, considera que a aplicação do direito comparado na solução de conflitos é cada vez mais frequente, postura essa tida por muitos estudiosos da matéria como útil e necessária.

## Sumário

|                                                                                                                |               |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| <b>Introdução .....</b>                                                                                        | <b>04</b>     |
| <br><b>Capítulo 1 – Origens do direito comparado .....</b>                                                     | <br><b>06</b> |
| 1.1 Século XIX – origem do direito comparado? .....                                                            | 06            |
| 1.1.1 Primeiro Período – de 1800 a 1850.....                                                                   | 07            |
| 1.1.2 Segundo Período – de 1850 a 1900.....                                                                    | 08            |
| 1.1.3 Terceiro Período – de 1900 a 1950.....                                                                   | 11            |
| 1.2 A linhagem ancestral do direito comparado .....                                                            | 15            |
| <br><b>Capítulo 2 – Direito comparado: ciência ou método? .....</b>                                            | <br><b>17</b> |
| 2.1 Direito comparado como método .....                                                                        | 18            |
| 2.2 Direito comparado como ciência.....                                                                        | 20            |
| 2.3 Outras correntes .....                                                                                     | 21            |
| 2.4 Considerações.....                                                                                         | 24            |
| <br><b>Capítulo 3 – Direito comparado: imperativo para a solução de conflitos no mundo contemporâneo .....</b> | <br><b>26</b> |
| 3.1 O contexto mundial e o direito comparado.....                                                              | 26            |
| 3.2 Vantagens do uso do direito comparado na moderna conjuntura mundial .....                                  | 28            |
| 3.3 O uso do direito comparado e a não violação da soberania do Estado .....                                   | 30            |
| 3.4 Ponderações.....                                                                                           | 37            |
| <br><b>Capítulo 4 – A aplicação do direito comparado na jurisprudência pátria e na estrangeira .....</b>       | <br><b>40</b> |
| 4.1 O uso do direito comparado na jurisprudência pátria .....                                                  | 40            |
| 4.1.1 No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça .....                                      | 40            |
| 4.1.2 No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo .....                                                      | 43            |
| 4.1.3 No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.....                                               | 48            |
| 4.2 O uso do direito comparado na jurisprudência estrangeira .....                                             | 50            |
| <br><b>Considerações Finais.....</b>                                                                           | <br><b>53</b> |
| <b>Referências .....</b>                                                                                       | <b>56</b>     |

## Introdução

*We look neither to this corner nor to that, but measure the boundaries of our nation by the sun.*  
Sêneca<sup>69</sup>

O direito comparado tem sido fonte de intrincadas discussões entre doutrinadores de todas as partes do mundo desde o século XIX, época em que, paradoxalmente, a ciência jurídica passou por uma “onda de codificações”.

Foi no intuito de criar códigos originais a cada nação que os legisladores e especialistas no assunto despertaram para a possibilidade de observar outros ordenamentos jurídicos e encontrar opções que pudessem se adaptar e viger em seus próprios países.

Desde então, estudos têm sido feitos no sentido de determinar as verdadeiras raízes do direito comparado, sua natureza jurídica, suas possibilidades e o imperativo de seu uso, sua violação ou não à soberania de cada Estado.

Mesmo deixando de ser tratado com a constância necessária nas grades curriculares das faculdades brasileiras, o direito comparado adquire cada vez mais importância diante da atual conjuntura mundial globalizada. Neste contexto, os negócios jurídicos travados transcendem as fronteiras nacionais, o intercâmbio de pessoas e bens ocorre com mais frequência a cada dia, as relações internacionais se tornam mais complexas.

De outra monta, certos direitos são colocados na esfera internacional como direitos transnacionais, por dizerem respeito a toda a humanidade, como é o caso dos direitos humanos e dos direitos ambientais.

Assim, a necessidade de conhecer outros ordenamentos, para melhor se aplicar o direito interno e para se garantir o emprego e a internalização daqueles direitos que ultrapassam as fronteiras estatais, torna patente a relevância do estudo, da compreensão e da aplicabilidade do método comparativo.

---

<sup>69</sup> Lucius Annaeus Seneca, filósofo, nasceu no ano 4 a.C. em Córdoba e morreu no ano 65 d.C. em Roma. In PERJU, Vlad. *Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government*. Boston College Law School Faculty Papers, 2010, paper 308. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/lfp/308>>. Acesso em 21 mai. 2011.

É nesse sentido que no presente trabalho se propõe, por primeiro, perquirir as raízes históricas do direito comparado, reportando-se a estudiosos de diferentes pontos de vista, para se delinear uma melhor compreensão de suas origens.

Após o clareamento desse tópico, busca-se conhecer sua natureza jurídica e, para tanto, são abordadas opiniões que divergem entre considerar o direito comparado como método ou como ciência. Versa-se também a respeito de outras correntes, fechando-se essa matéria com algumas considerações.

A seguir, o foco se volta para o cenário mundial de hoje, com o envolvimento globalizado das pessoas, dos negócios e dos locais mais díspares, numa proximidade que torna imperativa a comparação dos direitos. Nesse panorama, procura-se mostrar ser necessária e viável a utilização prática do direito comparado, em especial na solução de conflitos, sendo estes puramente domésticos ou carregando elementos internacionais. A preocupação com a não violação da soberania do Estado também se soma ao conteúdo dessa parte substancial do trabalho.

Por fim, e em consonância com os limites desta monografia, são verificados alguns casos em que o direito comparado se aplica na solução de litígios, tanto no âmbito da jurisprudência brasileira quanto no da estrangeira.

## Capítulo 1 – Origens do direito comparado

---

### 1.1 Século XIX – origem do direito comparado?

O século XIX é considerado como o marco do surgimento do direito comparado, seja este visto como método ou como ramo da ciência jurídica, pois é somente a partir de determinadas mudanças na concepção do Direito que se faz possível sua manifestação.

Leontin-Jean Constantinesco, em sua obra intitulada *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado* (1998, p. 92), explica mais detalhadamente as mudanças ocorridas no século XIX que propiciaram esse nascimento:

O Direito natural não é mais considerado um modelo que inspira as reformas e o progresso do Direito positivo; o Direito romano torna-se uma fonte ao lado de outras, a ciência jurídica é cada vez mais atraída pela realidade concreta. Toma-se consciência da “relatividade” do Direito, à qual tinham contribuído as codificações, a escola histórica e a elaboração, em toda Europa, dos ordenamentos vistos como conjuntos coerentes e autônomos de regras jurídicas. Nasce a idéia pela qual os ordenamentos possuem um caráter autônomo ou demonstram diferenças apesar das semelhanças. Com a relatividade do Direito, com o caráter específico dos ordenamentos e com a consciência das diferenças se realiza a mudança espiritual que permite o nascimento do direito comparado. Ele, porém, se apresenta mais como a consequência de uma ruptura do que como o resultado de uma evolução. De certa forma, ele representa uma síntese, já que absorve de cada corrente os elementos a ele favoráveis.<sup>70</sup>

O penalista alemão Hand-Heinrich Jescheck assinala que “o direito comparado, no sentido de um método geral, sistemático e decisivo em razão do emprego de meios técnicos valiosos, começou a se mover somente no século XIX” (In KHALED JR., 2010)<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>71</sup> KHALED JR., Salah H. Trajetória histórica e questões metodológicas de direito comparado. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul, nº 74, 1º mar. 2010. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7267](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7267)>. Acesso em: 22 mai. 2011.

Mais uma vez Constantinesco (1998, p. 93), ao apontar o século XIX como a época de origem do direito comparado, afirma que:

sobre isso quase todos os autores concordam, apesar de crerem que o nascimento do direito comparado seja devido a diferentes causas e a diversas orientações espirituais. Assim, os seus exórdios são ligados à escola histórica (MESSINEO, L'indagine, 33), a uma nova corrente filosófica (SARFATTI, Introduzione, 19), aos progressos da unificação e da codificação (SAUSER-HALL, La Fonction, 34s.; HUG, The History, 1052), às teorias evolucionistas (POLLOCK, Le Droit Comparé, 258; GUTTERIDGE, Droit Comparé, 35), à reação contra a escola histórica ou aos progressos da anatomia e da linguística comparada (GUTTERIDGE, o.l.u.c)<sup>72</sup>.

Esse mesmo autor divide a trajetória evolutiva do direito comparado em três períodos distintos: o primeiro, que se estende de 1800 a 1850; o segundo, de 1850 a 1900; e o terceiro, que vai de 1900 a 1950, divisão esta aqui adotada e complementada com a apreciação de outros autores.

### 1.1.1 Primeiro período – de 1800 a 1850

Este período compreende a corrente de juristas do sul da Alemanha, da Escola de Heidelberg, dentre eles Zachariae, Gans, Mittermaier e Thibaut, os quais, sob a influência de Kant, Hegel e Feuerbach, descobrem a relevância dos ordenamentos estrangeiros, não só como fonte de conhecimento, mas também como meio de aprimoramento do direito nacional.

Além da iniciativa dos juristas alemães, este primeiro período também inclui algumas ações identificadas em outros países: a fundação da *Revue étrangère de législation*, por Foelix, na França; a tentativa de criação de um movimento para a codificação internacional do direito comercial, por intermédio da publicação de um estudo de direito comercial comparado, por Leone Levi, na Grã-Bretanha; e a corrente favorável ao conhecimento dos direitos estrangeiros, formada pelos criadores do periódico *The American Jurist and Law Magazine*<sup>73</sup>.

Haroldo Teixeira Valladão caracteriza esse início como “a fase preparatória indispensável da pesquisa, do conhecimento, da reunião de materiais, onde o

<sup>72</sup> CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>73</sup> Importa citar essa corrente, pois ela indica uma centelha de abertura e mudança no direito norte-americano da época, como também ensina Constantinesco: “no período de formação, o direito americano é caracterizado pela sua hostilidade em relação a tudo o que seja inglês.” *Ibidem*, p. 129.

comparatista procura ter experiência doutras leis; é o desfile das leis estrangeiras” (1961, p. 139 e 140)<sup>74</sup>.

### 1.1.2 Segundo período – de 1850 a 1900

Apesar de não haver, até então, conceitos fechados quanto à natureza do método ou da ciência do direito comparado e de constantemente o seu estudo ser confundido com o de direitos estrangeiros, o segundo período é caracterizado por tentativas de diversos autores de consolidá-lo como disciplina autônoma. Dentre esses autores, destaca-se, no Brasil, Clóvis Beviláqua, professor de Legislação Comparada no Recife e autor do Código Civil de 1916, que identifica, em obra publicada em 1893 – Lições de Legislação Comparada sobre o direito privado –, os principais objetivos, formas e elementos do método comparativo.

O segundo período é também marcado pelo surgimento de diversas sociedades de legislação comparada por toda a Europa, cujo objetivo principal ainda era somente a difusão de conhecimento sobre os direitos estrangeiros, por meio da publicação de periódicos e da tradução da legislação de outros países para garantir o acesso a tais informações. A título de citação, é o que ocorre, por exemplo, na França, em 1869, quando se cria a *Société de Législation Comparée* (Sociedade de Legislação Comparada); na Alemanha, com a fundação da *Gesellschaft für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft* (Sociedade para a Ciência Comparativa Jurídica e Estatal), em 1893; e na Grã-Bretanha, ao se constituir a *Society of Comparative Legislation* (Sociedade de Legislação Comparada), em 1895<sup>75</sup>.

Após mencionar em seu livro a criação das sociedades e periódicos da época, Valladão conceitua essa fase como “período intermédio, de elaboração dos materiais coligidos, em que o jurista compara as leis, anotando suas semelhanças, diferenças e relações: já é o desfile organizado das leis nacionais e estrangeiras” (1961, p.142)<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> VALLADÃO, Haroldo Teixeira. Direito internacional privado, direito uniforme e direito comparado. Separata da revista *Ciências Jurídicas*, ano 1, nº 1, Instituto Clóvis Beviláqua. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará, 1961.

<sup>75</sup> Surge, ainda, na Espanha, em 1884, a *Revista de derecho internacional, legislación y jurisprudencia comparadas* e na Itália a *Rivista di diritto internazionale e di legislazione comparata*. Esse rol de periódicos e sociedades é, seguramente, apenas representativo para a época. CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*: introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>76</sup> VALLADÃO, Haroldo Teixeira. Direito internacional privado, direito uniforme e direito comparado. Separata da revista *Ciências Jurídicas*, ano 1, nº 1, Instituto Clóvis Beviláqua. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará, 1961.

Dentre essas sociedades de legislação comparada, René David realça a criação da *Société de Législation Comparée* (já citada), que não só contribuiu com a difusão de informações sobre direitos estrangeiros, mas também com o aperfeiçoamento da legislação francesa:

a preocupação daqueles que criaram na França, em 1869, a Sociedade de Legislação Comparada, que englobava as universidades que criaram cadeiras de legislação comparada, foi estudar os novos códigos que vinham sendo publicados nos diversos países, com vista a verificar as variantes que comportavam em relação aos códigos franceses e sugerir ao legislador, em tais circunstâncias, certos retoques nestes últimos. (2002, p.7)<sup>77</sup>

Contudo, talvez o aspecto mais importante a ser enfatizado no segundo período, e que está dentro da classificação de Constantinesco, tenha sido o início da utilização do método comparativo para a criação dos códigos nacionais. Ou seja, na mesma época em que o positivismo imperava, inspirado pela criação do *Code Napoléon*<sup>78</sup>, na França, traduzido pela busca de cada Estado pela codificação e unificação de suas leis esparsas e entendimentos divergentes dentro do próprio território, nascia, também, o interesse dos legisladores da época pelo direito vigente em outras jurisdições.

Embora parecendo ilógico, porém verdadeiro, observa-se que, na própria busca por uma codificação interna, por leis adequadas a cada Estado, os legisladores de diversos países tenham se utilizado do método comparativo para encontrar normas e institutos de direitos estrangeiros que pudessem se adaptar à cultura de seus povos e vigorar em suas próprias jurisdições. Dessa forma, na tentativa de criar um direito nacional único e original, nada mais fizeram do que internalizar fragmentos de direitos estrangeiros.

De forma clara e objetiva, David assim resume a importância desse período para o direito comparado:

o desenvolvimento do direito comparado foi uma reação contra a nacionalização do direito que se produziu no século XIX. Por outro lado, tornou-se necessário e urgente devido à expansão sem precedentes que, na nossa época, tomaram as relações da vida internacional. (2002, p. 3)<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>78</sup> O Código Civil Francês (*Code Napoléon*) influenciou inúmeros outros sistemas legais. Entrou em vigor em 1804 e foi outorgado por Napoleão I.

<sup>79</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

É nessa linha que, na Alemanha, o método comparativo se fez útil na elaboração do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil Alemão<sup>80</sup>, tanto na sua vertente interna, do direito comum e dos diversos direitos locais, quanto na sua vertente de comparação externa com outros direitos europeus. Na Suíça, o método comparativo também é utilizado na consolidação de um Código Civil único, através da análise do direito costumeiro, do direito de Zurique e dos direitos de cada um dos Cantões, alguns destes diretamente influenciados pelos direitos francês e austríaco<sup>81</sup>.

Constantinesco se vale da expressão “onda das codificações” ao se referir à realidade histórica que teria despertado um maior interesse pelos direitos estrangeiros e, de forma mais tênue, pela comparação. Todavia, o autor não se utiliza da mesma justificativa acima empregada por René David, de que o desenvolvimento do direito comparado seria uma reação à nacionalização.

Para Constantinesco, a conquista da independência política de diversas nações da América Latina e da Europa Central e Oriental – com a consequente necessidade de consolidação de uma autonomia jurídica –, bem como o imperativo de modernização dos países que, apesar de já possuírem autonomia, encontravam-se isolados nos tempos modernos, como era o caso da Turquia e do Japão, levaram tais nações a uma solução simplista: a introdução de códigos prestigiados como o *Code Napoléon* e a utilização de institutos de direitos estrangeiros na elaboração de seus próprios códigos<sup>82</sup>.

É de se ressaltar a singular experiência para o direito comparado verificada nesta fase na Romênia, com a introdução do *Code Napoléon*:

[...], a maior obra de influência ocidental do direito romeno é representada pelo Código Civil de 1864, cópia muito fiel do Código Napoleão. Por meio deste último, produz-se uma recepção geral do direito francês. Quando os práticos e os exegetas romenos interpretam o novo Código, sem alguma ligação com a jurisprudência e a doutrina do antigo direito romeno, eles são obrigados a se voltar às fontes complementares da ciência jurídica francesa. A formação científica dos antigos estudantes romenos nas universidades francesas, que se tornaram então magistrados ou advogados, permite facilmente o recurso à doutrina e jurisprudência francesas e isso determina uma espécie de recepção geral. A introdução dos Códigos e das leis ocidentais provoca uma dupla consequência; de uma parte, desperta o interesse para o conhecimento dos direitos estrangeiros; de outra, estabelece uma ligação direta entre a ciência jurídica

---

<sup>80</sup> Ao dissertar sobre a elaboração do BGB, Constantinesco menciona o autor alemão Dölle: “os trabalhos preparatórios deixam entrever como no exame de quase todos os institutos do Código Civil foram feitas considerações de direito comparado.” CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 154.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 154 e 156.

<sup>82</sup> CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 184 e 185.

romena e aquelas ocidentais. Disso deriva, de modo natural, a atividade comparatista na Romênia. (CONSTANTINESCO, 1998, p. 191)<sup>83</sup>

Similar utilização de códigos de outros países ocorreu, com menor grau de fidelidade que na Romênia, nos Códigos de Cuba (1889), de Honduras (1906), do Panamá (1916) e de Porto Rico (1937), que seguiram o Código Civil espanhol. Fenômeno semelhante também se deu nos Códigos da Bolívia (1830) e da República Dominicana (1884), os quais se ampararam no modelo francês, bem como no Código da Venezuela, que sofreu influência dos códigos civis francês e italiano. O mesmo aconteceu nas nações que tinham necessidade de se modernizar, a exemplo da Turquia, que introduziu cópias de diversos códigos franceses e do Código Civil suíço, e do Japão, onde, em 1897, foram elaborados diversos códigos com base no direito alemão<sup>84</sup>.

Experiência um pouco diversa ocorreu no Chile, na Argentina e no Brasil. Os três países, ao invés de simplesmente adotarem códigos inteiros de um determinado direito estrangeiro, preferiram criar uma personalidade jurídica autônoma, através da elaboração de códigos originais, mas que, utilizando-se da atividade comparativa, aproveitaram determinados institutos de direito estrangeiro que já funcionavam bem em outros países.

Assim, o Código Civil chileno (1857) é inspirado no direito romano, no espanhol, na doutrina civilista francesa – especialmente no que tange ao direito das obrigações –, e no Código austríaco. O mesmo ocorreu na formulação do Código Civil argentino (1871), fruto da atividade comparativa entre o direito espanhol, o Código Civil chileno, o Código Civil e a doutrina franceses e o projeto do Código Civil brasileiro, de Teixeira de Freitas. Da mesma forma, no Brasil, o Código Civil de 1916 é resultado de diversas fontes de inspiração de direito civil estrangeiro, tais como o direito romano, o português, o alemão, o francês, o italiano, o espanhol e o argentino<sup>85</sup>.

### 1.1.3 Terceiro período – de 1900 a 1950

Com a entrada em vigor do BGB na Alemanha, os juristas locais começam a se desinteressar pelo estudo dos direitos estrangeiros – reação comumente observada logo após a positivação de um código nacional –, passando o palco dos estudos do

---

<sup>83</sup> Ibidem, p. 191.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 198-203.

<sup>85</sup> CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*: introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 195-198.

direito comparado a ser a França. Surgem inúmeros cursos dessa matéria nas universidades francesas, de forma que o direito comparado passa a ser visto, também, como instrumento de educação jurídica.

Sobre a relevância desses cursos para o estudo do tema em questão, Constantinesco menciona a postura crítica de Édouard Lambert, relator-geral no Congresso Internacional de Direito Comparado de Paris, realizado em 1900.

A comparação não é um fim em si mesma, mas é um instrumento acessório para o aprofundamento do direito francês, sendo este o principal objeto dos cursos, e não o direito comparado. Lambert evidencia a escassa importância, o caráter não-científico desse ensino e a mediocridade dos resultados conseguidos. Ele propõe uma reforma que atribua ao direito comparado a mesma importância do estudo do direito civil nacional. (1998, p. 201)<sup>86</sup>

Na linha da evolução do direito comparado relatada por Constantinesco, inicia-se o terceiro período com esse Congresso<sup>87</sup>, que trouxe a importância das discussões sobre a matéria para a pauta internacional. Em razão de tal encontro e da criação de outros organismos de direito internacional próprios de direito comparado, Valladão considera esta fase como sendo a de “plena internacionalização do direito comparado” (1961, p.143)<sup>88</sup>.

É no Congresso Internacional de Direito Comparado de Paris que Raymond Saleilles<sup>89</sup> propõe um verdadeiro aprofundamento do tema, evidenciando “a necessidade de individualizar o objeto, as condições e os métodos do direito comparado, partindo da observação de que ‘sobre todos estes pontos nada ou quase nada foi feito’” (1998, p. 208)<sup>90</sup>.

Saleilles defende o direito comparado como instrumento de política jurisprudencial, dando um grande passo para o desenvolvimento do conceito dessa matéria como método. O autor entende que, para a renovação do direito nacional, o método comparativo deve ser utilizado para suprir as lacunas existentes entre a rigidez

---

<sup>86</sup> Ibidem.

<sup>87</sup> O Brasil participou do Congresso Internacional de Direito Comparado de Paris na presença do magistrado Ataulpho Napoléon de Paiva, eleito vice-presidente do Congresso, e que foi, posteriormente, em 1934, nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ataulpho publicou, em 1900, uma obra sobre a participação do Brasil nesse encontro intitulada *O Brasil no Congresso Internacional de Direito Comparado de Paris*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=212>>. Acesso em 23 mai. 2011.

<sup>88</sup> VALLADÃO, Haroldo. Direito internacional privado, direito uniforme e direito comparado. Separata da *Revista Ciências Jurídicas*, ano 1, n. 1 do Instituto Clóvis Beviláqua. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará, 1961.

<sup>89</sup> Raymond Saleilles (1855-1912) foi professor da Faculdade de Direito de Paris, onde ensinava direito penal, direito civil e direito comparado.

<sup>90</sup> CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*: introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

dos antigos códigos e a nova realidade social, que se altera constantemente. Dessa forma, Saleilles aponta a principal função do direito comparado como sendo a de orientar a evolução do direito nacional.

O referido Congresso serviu como ponto de partida para a elaboração de diversas obras sobre o tema, das quais se destaca a de Lambert, intitulada *La Fonction Du Droit Civil Comparé*<sup>91</sup>, de 1903.

Paralelamente, na Itália, os autores que seguiam a Escola histórico-filosófica de direito<sup>92</sup> passam a elaborar o conceito de direito comparado como ciência autônoma, a qual se ocupa do estudo das diversas correntes históricas do direito. Um dos representantes dessa escola é Giorgio Del Vecchio que “concebe o direito comparado como uma história universal do direito, procurando, através das diversas manifestações da fenomenologia jurídica, a realização da exigência final da razão” (1998, p. 220 e 221)<sup>93</sup>.

Ainda no mesmo período, na Alemanha, Ritter von Liszt, também seguindo a corrente histórico-filosófica, impulsiona a idéia de uma ciência do direito comparado voltada diretamente para a história do direito, defendendo que o *richtiges Recht* (direito justo) só poderia ser alcançado através do método comparativo.

A justa solução pode ser encontrada somente na concepção universal da história do direito desenvolvida justamente com a ajuda da comparação. Somente pelo método comparativo chega-se à elaboração das fases de evolução que se repetem de forma típica e, especialmente, a modelos jurídicos. O conhecimento destes tipos de evolução permite apreciar, no seu justo valor, as fases de desenvolvimento alcançadas pelo progresso jurídico nacional e chegar, assim, ao conhecimento do que será, portanto, do que deve ser. Para fazer uma escolha entre um ou outro instituto, como solução justa, não se pode interrogar a filosofia do direito. A resposta pode vir somente da história universal do direito e da comparação. (In CONSTANTINESCO, 1998, p. 228)<sup>94</sup>

Foi, contudo, a partir de 1940, que surgiram dois autores cujas obras representam a maior contribuição para a matéria, em termos de síntese do conteúdo dos estudos de direito comparado e de aprofundamento do tema. São eles Harold Cooke Gutteridge, que publicou na Inglaterra a obra *Comparative law: an introduction*

<sup>91</sup> LAMBERT, Édouard. *La fonction du droit civil comparé*. Paris: Giard, 1903.

<sup>92</sup> “Eis por que a Escola Histórica se coloca contra os postulados da Escola Clássica do Direito. Natural do século XVIII, pois, enquanto esta considera que o parâmetro da justeza só pode ser a racionalidade das normas jurídicas, para a Escola de Savigny esse critério deve ser buscado na história das instituições, a qual varia de povo para povo, e por isso mesmo não pode ser a mesma para todos os países, no que Savigny se choca com o pensamento iluminista, que é cosmopolita e universalista.” DE CICCIO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209.

<sup>93</sup> CONSTANTINESCO, op. cit.

<sup>94</sup> CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

to the comparative method of legal study & research<sup>95</sup>, e René David, que dedicou a sua obra – Os grandes sistemas do direito contemporâneo – ao estudo comparatista da evolução histórica do Direito, através da reunião dos mais diversos direitos estrangeiros na classificação que ele denominou como “famílias de direito”<sup>96</sup>.

É importante ressaltar a criação de dois organismos internacionais durante o terceiro e último período: o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit)<sup>97</sup>, cujo objetivo principal é a criação de instrumentos, princípios e normas de harmonização e unificação do direito internacional privado, visando a criação de um direito uniforme nesta seara; e a Fundação da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* – Unesco)<sup>98</sup>, a qual preconiza, no artigo 3º de seu Ato Constitutivo, “o conhecimento e a compreensão mútua das nações pelo desenvolvimento, em escala universal, do estudo dos direitos estrangeiros e pela utilização do método comparativo” (2002, p. 9)<sup>99</sup>.

Cabe lembrar que, na ocorrência das duas Grandes Guerras Mundiais – de 1914 a 1918 e de 1939 a 1945 – durante este terceiro período, a violação dos direitos civis e a brutal inobservância dos direitos humanos, que costumam acontecer durante

---

<sup>95</sup> GUTTERIDGE, Harold Cooke. *Comparative law: an introduction to the comparative method of legal study & research*. 2ª ed. Cambridge: University Press, 1949

<sup>96</sup> Das famílias de direito, a família romano-germânica, a família dos direitos socialistas e a *common law* são as três grandes vertentes. Além delas, David menciona, ainda, famílias menores como a do direito muçulmano, do direito da Índia, dos direitos do Extremo Oriente (Japão e China) e dos direitos da África e de Madagascar.

<sup>97</sup> “O Unidroit é uma organização intergovernamental independente, com sede em Roma, cujo objetivo consiste em estudar os meios de harmonizar e de coordenar o direito privado entre os Estados e de preparar gradualmente a adoção por estes de uma legislação de direito privado uniforme. O instituto foi criado em 1926 como órgão auxiliar da Sociedade das Nações, tendo sido objeto de reformulação em 1940, após dissolução desta organização, com base num acordo multilateral – o Estatuto orgânico do Unidroit. O Instituto tem, entre os seus membros, Estados que pertencem aos cinco continentes e que representam diversos sistemas jurídicos, econômicos e políticos.” INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO INTERNACIONAL (Unidroit). Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em:

<<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit/copy%20of%20unidroit.html>>.

Acesso em 24 mai. 2011.

<sup>98</sup> “Unesco works to create the conditions for dialogue among civilizations, cultures and peoples, based upon respect for commonly shared values. It is through this dialogue that the world can achieve global visions of sustainable development encompassing observance of human rights, mutual respect and the alleviation of poverty, all of which are at the heart of Unesco's mission and activities.” A Unesco trabalha para criar condições para o diálogo entre civilizações, culturas e povos, baseada no respeito pelos valores comuns a estes. É através deste diálogo que o mundo pode alcançar visões globais de desenvolvimento sustentável, com a observância dos direitos humanos, do respeito mútuo e da redução da pobreza, os quais estão no cerne das missões e atividades da Unesco (tradução nossa). Outras informações no site da UNITED NATIONS EDUCACIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION- Unesco. Disponível em: <[www.unesco.org](http://www.unesco.org)>. Acesso em: 20 mai. 2011.

<sup>99</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

os conflitos bélicos, paralisaram o andamento dos estudos nos mais diversos ramos do direito e potencializaram o desinteresse pelos direitos alienígenas. Restou, portanto, nesses tempos de guerra, sem progressos significativos, o estudo do direito comparado.

## 1.2 A linhagem ancestral do direito comparado

*Malgré tout les opinions*, e mesmo constatando neste trabalho que a grande incidência do estudo dessa matéria ocorre somente a partir do século XIX, considera-se, com o respaldo de estudiosos consultados<sup>100</sup>, que a origem do direito comparado remonta à própria origem do direito em si, tendo o primeiro se desenvolvido paralelamente ao segundo.

É nesse sentido que ensina David quando afirma que “a comparação dos direitos, considerados na sua diversidade geográfica, é tão antiga como a própria ciência do Direito”, baseando sua afirmação nesta retrospectiva histórica.

O estudo de 153 constituições que regeram cidades gregas ou bárbaras serviu de base ao Tratado que Aristóteles escreveu sobre a Política. Sólon, diz-se, procedeu do mesmo modo para estabelecer as leis de Atenas, e os decênvios, segundo a lenda, só conceberam a lei das XII Tábuas depois de uma pesquisa por eles levada a cabo nas cidades da Grande Grécia. Na Idade Média, comparou-se direito romano e direito canônico, e o mesmo aconteceu na Inglaterra onde se discutiu, no século XVI, sobre os méritos comparados do direito canônico e da *common law*. (2002, p. 1)<sup>101</sup>

Outro autor, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, também contrário à assertiva de que o surgimento do direito comparado teria ocorrido apenas no século XIX, complementa a retrospectiva histórica utilizada por David; e detalha a utilização do método comparativo na Roma e na Grécia antigas, passando pelo período medieval, até chegar às obras de Montesquieu, considerado por muitos estudiosos como o “pai do direito comparado”.

Afirma-se que Platão estudara diferentes modelos normativos quando da composição de alguns de seus *Diálogos*, a exemplo de *As Leis* e *A República*. Os textos platônicos sugerem que o filósofo ateniense conhecia o direito espartano [...] Aristóteles concebeu sua *Constituição* supostamente com base no estudo que fizera das constituições que as cidades helênicas haviam até então produzido. A obra jurídica e política de Aristóteles é exemplo de uso de direito comparado [...] Os romanos teriam estudado o direito grego ao conceberem a legislação das XII tábuas. Embora dotados de sentido pragmático, em oposição à percepção mais metafísica da

<sup>100</sup> São eles: René David, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Flávia Moreira Guimarães Pessoa e Ana Lúcia de Aguiar.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

jurisprudência helênica, os romanos se apoderaram de soluções gregas, que teriam influenciado a composição do texto das XII tábuas. Dizia-nos velho ditado que *Graecia capta ferum victorem cepit*, isto é, que a *Grécia conquistada conquistou o selvagem vencedor*. A parêmia identificava também a influência que o direito helênico exercera sobre a concepção jurídica romana. Ao que consta, por volta do ano de 452 a.C., os romanos Postúmio, Mânlio e Sulpício teriam estado em Atenas de modo a conhecerem o direito grego. A lei das XII tábuas resultara da expedição, que, percebida com os olhos de hoje, sugere-nos operação pragmática de direito comparado [...] A universidade medieval foi local de estudo constante de legislação comparada, a partir de tradição romanística que persistia como indicativa de direito culto e elegante. *Curricula* e métodos de estudo em Bolonha aproximavam o pensamento escolástico à tradição do direito romano (cf. BERMAN, 1983, p. 120). Intuitivamente desenvolviam-se métodos e modelos de comparação, embora ainda não se identificasse disciplina ou campo de investigação específico do que hoje se compreende como direito comparado [...] Hugo Grotius e Samuel Puffendorf desenvolveram estudos comparatistas nos séculos XVI e XVII, respectivamente. Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, avança na disciplina, e é por muitos tido como o *pai do direito comparado* (cf. DAVID, 1986, p. 3). Nas *Lettres Persanes (Cartas Persas)* Montesquieu imagina troca epistolar entre um viajante persa na França e seu correspondente que ficara na Pérsia. As informações do viajante sugerem comparações entre política, justiça e equidade, entre lugares tão diferentes e distantes a exemplo da Turquia, da Pérsia, da Holanda, da Itália, da Inglaterra e da França (cf. MONTESQUIEU, 1964, p. 38) [...] No *L'Espirit des Loix* (O Espírito das Leis), Montesquieu dedica o livro décimo terceiro para comparar modelos tributários. O referido excerto denomina-se *Das relações que a arrecadação dos tributos e a grandeza das rendas públicas têm com a liberdade*. Montesquieu compara modelos de tributação para questionar imposições fiscais e exercício de liberdades.”(2008)<sup>102</sup>

Assim, conclui-se ser tarefa improvável o estudo das origens do direito comparado sem se observar as do próprio direito, tendo em conta que os primeiros legisladores de que se tem notícia utilizaram-se da comparação para elaborar as leis, para reunir institutos e normas de direitos estrangeiros que se acomodassem às culturas de seus povos e que aprimorassem o ordenamento jurídico já existente.

---

<sup>102</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Notas introdutórias ao direito comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1649, 6 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10824>>. Acesso em 21 mai. 2011.

## Capítulo 2 – Direito comparado: método ou ciência?

---

Após apresentada a evolução dos estudos de direito comparado ao longo de períodos históricos, faz-se necessária uma breve dissertação sobre a natureza desse tema, assunto que tem sido objeto de vastas discussões entre os especialistas da matéria desde as origens do direito comparado.

Seria o direito comparado uma ciência ou um método? Haveria, ainda, outras classificações para o tema?

A discussão é organizada em três correntes distintas, na opinião de Constantinesco, o qual, apesar de sintetizar o assunto de forma clara e objetiva, esclarece também que, mesmo os estudiosos adeptos à classificação do direito comparado como ciência, acabam frequentemente por considerá-lo como método e vice-versa.

A primeira corrente afirma que esta disputa tem somente um interesse acadêmico, por isso não merece ser prolongada. [...] O que se propõe é uma solução cômoda que induz à resignação. [...] A segunda orientação aborda o problema e se pronuncia decididamente a favor do primeiro termo do dilema: o direito comparado é somente um método. [...] Por fim, a terceira tese se pronuncia pelo segundo termo do dilema: o direito comparado é somente ou “também” uma ciência autônoma. [...] Exposta desse modo, a posição dos comparatistas sobre esse dilema parece clara. Na realidade, é mais complexa: frequentemente, estudiosos pertencentes à segunda ou à terceira corrente seguem também a primeira; outros, que afirmam o direito comparado um método, admitem que constitua “também” ou “algumas vezes” uma disciplina autônoma, ou que é mais ciência do que método, ou vice-versa. (1998, p. 280)<sup>103</sup>

Dessa forma, a própria contraposição de opiniões dos estudiosos torna-se um dilema, tendo em vista que as diversas tendências se misturam, dando margem até mesmo à vertente daqueles que julgam a discussão desmerecedora de aprofundamento, por considerá-la de mero interesse acadêmico, solução esta tida como “cômoda”, no dizer de Constantinesco.

Uma outra classificação dos entendimentos sobre a natureza do direito comparado é apresentada por Pablo Jiménez Serrano, em obra de sua autoria

---

<sup>103</sup> CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: Introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

intitulada Como utilizar o direito comparado para a elaboração de tese científica (2006, p. 6), na qual são relacionadas quatro correntes distintas:

Com o objetivo de abordar a natureza do direito comparado, a seguir, desenvolvemos a nossa exposição considerando básicas as seguintes premissas: 1ª) direito comparado como ciência; 2ª) direito comparado como um ramo de Direito; 3ª) direito comparado como disciplina jurídica; 4ª) direito comparado como método de pesquisa jurídica.<sup>104</sup>

Apesar da divergência entre os autores sobre o agrupamento das posições relacionadas ao tema, observa-se que a corrente adepta do direito comparado como ciência bem como a que o afirma como método (o método comparativo) são as tendências mais difundidas e apoiadas pelos estudiosos. Assim, as opiniões sobre o assunto serão apresentadas em conformidade com essa divisão mais propagada, sem, contudo, se deixar de mencionar outras correntes identificadas.

## 2.1 Direito comparado como método

Desde os autores clássicos até os atuais, a corrente que parece dominar é a de que o direito comparado seria um método, o “método comparativo”, também chamado de “método jurídico de comparação de direitos”<sup>105</sup>.

Essa classificação se daria tanto pelo fato de que o direito comparado nada mais seria do que um método de comparação entre direitos, com os mais diversos intuitos – como o de unificação ou aperfeiçoamento de institutos jurídicos, bem como com o de melhor compreensão dos ordenamentos jurídicos e judiciais estrangeiros – quanto pelo fato de que os argumentos apresentados até hoje na defesa de que seria uma ciência parecem insatisfatórios. É nesse sentido que afirma Serrano:

O direito comparado, mais que um ramo, é método jurídico de comparação que se aplica às matérias que pertencem a um outro ramo do direito, ou melhor, um modo científico de unificação (coordenação) e aperfeiçoamento dos institutos jurídicos vigentes. Adotando essa teoria, é que diversos autores não consideram que o direito comparado seja um ramo de direito independente. [...] O direito comparado nada mais é do que o método comparativo aplicado no terreno das ciências jurídicas. (2006, p. 17 e 20)<sup>106</sup>

<sup>104</sup> SERRANO, Pablo Jiménez. Como utilizar o direito comparado para a elaboração de tese científica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>105</sup> De Edouard Lambert a Gutteridge, de Kaden a David, aqueles que mais contribuíram para fazer progredir o direito comparado concordam cada vez mais em afirmar que este é somente um método especial: o método comparativo. CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 286

<sup>106</sup> SERRANO, op. cit.

Outro fator que reforça o argumento da impossibilidade de se considerar o direito comparado como uma ciência autônoma é o de que ele não tem as mesmas características de outras disciplinas jurídicas ou do próprio Direito como ciência em si, formados por conjuntos de normas e princípios. O direito comparado não seria um corpo de regramentos, mas, sim, a técnica utilizada para se comparar tais regramentos, por meio da qual são identificadas semelhanças e diferenças necessárias para uma maior compreensão dos direitos postos em comparação.

Com efeito, o termo empregado pelos alemães para se referir ao direito comparado parece ser o mais acertado, "*Rechtsvergleichung*", cuja tradução literal seria "comparação de direitos", o que indica de forma mais clara a natureza de método do direito comparado. Assim ensina o professor alemão que desenvolveu sua carreira nos Estados Unidos, Rudolf Berthold Schlesinger, citado na obra de Jacob Dolinger:

Outros preferem considerar o direito comparado como um método. Veja-se como Rudolf B. Schlesinger introduz a disciplina: "Diversamente da maioria das disciplinas no currículo das faculdades de Direito, o direito comparado não é um corpo de regras e princípios. Ele é primordialmente um método, uma maneira de olhar para os problemas jurídicos, para as instituições jurídicas. Pelo uso deste método, torna-se possível fazer observações, atingir compreensão mais profunda, o que não é possível para quem se limita a estudar o direito de um país apenas. Nem o método comparativo, nem o discernimento que se alcança por seu intermédio, podem ser considerados como um corpo de regras obrigatórias, i.e., de direito, 'no sentido em que nos referimos ao direito' da responsabilidade civil ou ao direito' sucessório. Portanto, estritamente considerado, a denominação direito comparado' é uma designação incorreta. Seria mais apropriado falar-se em comparação de direitos e de sistemas jurídicos' (o termo 'comparação' tanto pode se referir ao processo ou método de comparar, como ao discernimento que se obtém por este processo). No entanto, por força da tradição o termo direito comparado foi aceito como o título de nossa disciplina." O termo utilizado pelos alemães, acrescenta o professor americano, é mais rigoroso e apropriado: "*Rechtsvergleichung*", comparação de direitos.

107

Dentre os estudiosos que consideram o direito comparado como método, vale ainda a menção da obra *The benefits of Comparative Law: A Continental European Review*, de Kai Schadbach. Levando ao extremo a idéia de que o método comparativo seria uma técnica, Schadbach elaborou a seguinte fórmula, através da qual seria possível ponderar as vantagens intelectuais obtidas por meio do uso do direito comparado:

$$B = K + \sum f_n + U,$$

onde:

B = benefício intelectual do direito comparado;

K = conhecimento;

<sup>107</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito uniforme, direito internacional privado e direito comparado*. Disponível em: <<http://leonildoc.orgfree.com/curso/dolinger3.htm>> Acesso em 21 mai. 2011.

U = entendimento;  
 Ñ fn = variáveis dos fatores; e  
 fn (fatores circunstanciais e individuais) = f1 + f2 +....+ f5. (In DE CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 81)<sup>108</sup>

## 2.2 Direito comparado como ciência

Outros estudiosos do direito comparado procuraram solidificar a sua classificação como ciência autônoma, ou seja, de um complexo de conhecimentos independente e particular.

Caio Mário da Silva Pereira, partidário dessa corrente, definiu o tema de forma sucinta “o direito comparado existe a se. Vive vida própria e não consiste apenas na aplicação de um método. É autônomo. Forma um ramo da ciência jurídica” (In DOLINGER, s.d.).<sup>109</sup>

Não obstante considerar o direito comparado como simples método comparativo (conforme já mencionado no item anterior), Pablo Jiménez Serrano pontua a definição dada ao tema pela Academia Internacional de Direito Comparado de Haia, nos dizeres do autor da tese de doutorado Por uma teoria geral do direito constitucional comparado, Luiz Sales do Nascimento:

nos estatutos da Academia Internacional de Direito Comparado de Haia, em 1924, definiu-se o direito comparado como “o ramo da ciência do direito que tem por objeto a aproximação sistemática das instituições jurídicas de diversos países”. (2010, p. 136)<sup>110</sup>

Assim como a colocação feita por Caio Mário, essa definição também insere o direito comparado na classificação de ciência autônoma. Todavia, ambas deixam de explicitar qual seria o real conjunto de conhecimentos formador da ciência do direito comparado, apontando apenas o seu objeto, o qual soa mais como o propósito final de tal ciência, que seria a aproximação das instituições jurídicas de diversos países.

Deixando ainda de especificar o real objeto da ciência do direito comparado, o Professor da Faculdade Internacional de Direito Comparado de Estrasburgo, Rodolfo Sacco, aponta sua finalidade como sendo a de encontrar um modelo jurídico melhor. Tal opinião se coaduna com a de diversos autores, tendo em vista que a ausência

<sup>108</sup> DE CASTRO JÚNIOR, Oswaldo Agripino. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, UnigranRio, Ibradd, 2002.

<sup>109</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito uniforme, direito internacional privado e direito comparado*. Disponível em <<http://leonildoc.orgfree.com/curso/dolinger3.htm>> Acesso em 21 mai. 2011.

<sup>110</sup> DO NASCIMENTO, Luiz Sales. *Por uma teoria geral do direito constitucional comparado*. Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo: 2010.

desse objetivo maior faria com que tal ciência carecesse de sentido, o que a relegaria a um estudo infundado e sem outra utilidade que não a acadêmica.

A ciência comparatista se identificaria com a pesquisa de um modelo melhor, conduzida mediante a análise do modelo estrangeiro. A especulação sem objetivo a respeito dos modelos jurídicos de diversos ordenamentos seria puro empirismo ou um exercício erudito, mas não ciência. [...] A diferença entre um poliglota e um linguista nos pode ajudar a entender a diferença que há entre um comparatista e um simples conhecedor de diversos sistemas jurídicos. O poliglota conhece muitas línguas, mas não sabe mensurar as diferenças, nem quantificá-las, enquanto o linguista sabe fazer todas essas coisas. Assim, o comparatista possui um conjunto de noções e dados pertencentes a diversos sistemas jurídicos, e sabe ainda colocá-los em confronto, computando suas diferenças e semelhanças. (In GODOY, 2008)<sup>111</sup>

Ao que parece, a assertiva utilizada por Constantinesco de que “a vontade de construir a ciência autônoma dos direitos comparados é clara; as tentativas são múltiplas, os resultados decepcionantes” (1998, p. 321)<sup>112</sup>, apesar de um pouco pessimista, poderia ser a mais realista já apresentada, diante da escassez de argumentos que sustentem a tese.

### 2.3 Outras correntes

Após a menção das duas principais correntes de interpretação da natureza do direito comparado, como ciência ou como método, bem como dos principais autores a elas filiados e os respectivos argumentos que as embasam, faz-se necessária uma breve elucidação quanto aos outros entendimentos relacionados ao tema.

Uma primeira corrente é formada por autores que sustentam a tese de que o direito comparado configuraria um procedimento, processo ou atividade intelectual, cujo objeto seria o direito e o processo em si a comparação. Tal procedimento se constituiria, na essência, em um estudo da confrontação de sistemas jurídicos distintos, o que se assemelha, em certa medida, com a definição do método comparativo defendida por aqueles autores partidários de tal linha de pensamento.

Um dos estudiosos adeptos dessa primeira corrente, apesar de se referir ao direito comparado também como método comparativo ao longo de sua obra, é Marc Ancel, autor de *Utilité et Méthod du Droit Comparé*, assim define o direito comparado:

<sup>111</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Notas introdutórias ao direito comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1649, 6 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10824>>. Acesso em 21 mai. 2011.

<sup>112</sup> CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

um conjunto de procedimentos que orientam a confrontação de sistemas (ordens ou ordenamentos), institutos, normas, regras, teorias e doutrinas jurídicas para, de forma coerente e sistemática, determinar as semelhanças e diferenças existentes entre as legislações nacionais e estrangeiras. (In DO NASCIMENTO, 2010, p. 138)<sup>113</sup>

É seguindo esse mesmo raciocínio que Oswaldo Agripino de Castro Júnior disserta, de forma detalhada, sobre a natureza do direito comparado como atividade intelectual ou estudo particular, acrescentando que o objetivo final do estudo comparativo seria o de aperfeiçoar os direitos sob comparação:

Quando se trata de definir direito comparado, cabe a questão: qual é a natureza jurídica do direito comparado? É um ramo do direito como direito de família ou direito penal ou, mais profundamente, tendo em vista que o direito é algumas vezes definido como um conjunto de regras, há algum conjunto de normas conhecido como direito comparado? A resposta para ambas as perguntas é negativa, pois sendo um objeto de conhecimento acadêmico, ele não tem um núcleo de áreas temáticas e não se trata de um ramo de direito material. Ao contrário, de acordo com Zweigert e Kötz, caracteriza-se como “uma atividade intelectual com o direito como seu objeto e a comparação como seu processo”. Trata-se de estudo da relação entre sistemas judiciais ou entre regras de mais de um sistema no contexto de uma relação histórica, onde se analisa a natureza do direito e o desenvolvimento jurídico, através da sociologia do direito e história do direito, como ferramentas essenciais para atingir o seu objeto, porque a sociologia do direito e o direito comparado estão empenhados em descobrir a extensão com que o direito influencia e determina o comportamento do ser humano, e o papel exercido pelo direito na organização social. [...] Trata-se, portanto, de um estudo particular sistemático de tradições jurídicas e normas jurídicas através de um método comparativo. É essencialmente um método de estudo mais do que um conjunto de regras [...] Inexiste um padrão para o direito comparado, mas deve ser feito um esforço, inclusive para o conhecimento do idioma do país comparado, para descobrir os detalhes de certos aspectos de um ou mais sistemas judiciais e jurídicos e obter proveito de tal conhecimento, feito através de semelhanças e diferenças, que é pré-requisito do método comparativo: beneficiar-se da comparação para aperfeiçoar o que está sendo comparado. [...] O direito comparado, ao contrário da maioria dos temas estudados por advogados, não é um conjunto de regras e princípios, constitui-se em mais do que um método de análise do direito, é também o processo de estudo das relações dos sistemas judiciais e suas regras, e requer um conhecimento maior do que as regras de outros países. (2002, p. 68 a 69)<sup>114</sup>

A segunda corrente apoia a ideia de que o direito comparado se afiguraria como uma disciplina jurídica, cujo objeto seria a aproximação e a comparação de

<sup>113</sup> DO NASCIMENTO, Luiz Sales. *Por uma teoria geral do direito constitucional comparado*. Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2010.

<sup>114</sup> DE CASTRO JÚNIOR, Oswaldo Agripino. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, UnigranRio, Ibradd, 2002.

diversos sistemas de direito, funcionando como disciplina auxiliar ao “mundo jurídico”<sup>115</sup>.

Em consonância com essa corrente, assim instrui Carlos Ferreira de Almeida: “[...] o direito comparado (ou estudo comparativo de direitos) é a disciplina jurídica que tem por objecto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas” (In BARBOSA, 2005, p. 2).<sup>116</sup>

Também considerando o direito comparado como disciplina, Jacob Dolinger, por meio de menção a três autores, acrescenta o caráter reformativo de sua função, ou seja, o intuito de aperfeiçoar os direitos postos em comparação, assim como se posicionam diversos outros estudiosos aludidos no presente trabalho:

Sinteticamente, e como o definiram Arminjon, Nolde e Wolff, o direito comparado aproxima e compara as regras e as instituições de diversos sistemas jurídicos vigentes no mundo, constituindo uma disciplina auxiliar, essencialmente com uma utilidade dupla: uma explicativa e educativa, a outra reformativa.<sup>117</sup>

Um terceiro entendimento traz uma visão histórica do direito comparado, ao tecer um liame de causalidade entre as diferenças e semelhanças que são encontradas na comparação de sistemas jurídicos com as próprias origens históricas de tais sistemas, bem como com sua evolução e adesão, ao longo do tempo, de elementos de outros sistemas<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> “Para nós, o direito comparado é, ao mesmo tempo, uma disciplina autônoma e para-jurídica, de apoio ao estudo de outros ramos do Direito, e um modo de abordar as análises jurídicas. Não o consideramos como mera aplicação do método comparativo ao Direito, como muitos o fizeram e ainda o fazem, em polêmica não resolvida mas desvestida de interesse, em vista de feitura, em escala cada vez maior, de pesquisas juscomparativas.” TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O ensino do direito comparado no Brasil contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica, v. 9, n. 29, p 69-86, jul/dez. 2006. Disponível em:

<[www.iidc.com.br/artigos/Lyra\\_n29.pdf](http://www.iidc.com.br/artigos/Lyra_n29.pdf)> Acesso em 21 mai. 2011.

<sup>116</sup> BARBOSA, Salomão Almeida. As relações internacionais na Constituição da Argentina. *Revista Jurídica*. vol. 7, n. 74, ago.-set., Brasília: 2005.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)> Acesso em 21 mai. 2011.

<sup>117</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito uniforme, direito internacional privado e direito comparado*. Disponível em <<http://leonildoc.orgfree.com/curso/dolinger3.htm>> Acesso em 21 mai. 2011.

<sup>118</sup> O Professor Rodolfo Sacco aponta a divisão entre “famílias de direito”, assim como a já mencionada divisão feita por René David, que também se baseia na evolução histórica dos sistemas jurídicos como facilitadora da exposição de dados necessária para a comparação: “Efetivamente, por razões práticas, as famílias foram construídas de modo a dar maior evidência aos sistemas com que o estudioso terá maiores contatos. Desta maneira, contrapõem-se os sistemas romanísticos, os de *Common Law*, os do leste europeu (ex-socialistas), os latino-americanos, os instaurados em países islâmicos. Depois são reduzidos a uma única família os sistemas da Ásia central e oriental, e numa outra família os sistemas das sociedades tradicionais (isto é, elaborados quando estas sociedades não conheciam a escrita). Esta situação pode ser aceita como expediente prático, que agiliza a exposição de dados.” In GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Notas introdutórias ao direito comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1649, 6 jan. 2008. Disponível em:

Com efeito, para se determinar a possibilidade de adaptação ou modificação de um sistema jurídico ou de outro através da comparação, seria necessário observar o desenvolvimento de tais sistemas, como ensina Clóvis Beviláqua:

A comparação do direito e das instituições dos diversos povos pode ser feita simplesmente, na atualidade ou em qualquer momento histórico, pelo confronto das legislações então vigentes e das manifestações vitais que elas envolvem, ou poderá ir mais longe buscar, na origem e desenvolvimento dos diversos ramos do direito, a causa das semelhanças e das diferenças, para determinar a possibilidade das adaptações ou modificações ou para indicar a ação dos fatores e a combinação dos elementos de origem nacional ou estrangeira. (In DA SILVA, 2009, p. 20)<sup>119</sup>

Vale, finalmente, a menção de uma quarta corrente difundida entre os estudiosos do assunto, que subdivide o direito comparado em macro e microcomparação, e aponta que a macrocomparação se fixaria em sistemas amplos de direito de diferentes ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, na comparação entre o nosso Código Penal e o Código Penal italiano; já a microcomparação se reportaria a institutos específicos de direito utilizados em mais de um país, como seria o caso do *sursis*, suspensão condicional da pena utilizada no direito penal belga e no brasileiro. Sobre essa subdivisão, leciona Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2008):

A macrocomparação em princípio seria atividade científica mais ambiciosa, um pouco carente de corte específico que a limitasse de forma mais direta. Seria o caso, por exemplo, da comparação do sistema constitucional tributário brasileiro com o modelo constitucional tributário norte-americano. O estudioso constata, em nosso modelo, proliferação analítica de regras e percebe, no sistema norte-americano, laconismo conceitual, modelo sintético, que outorga ao legislador infra-constitucional espaço muito amplo de atuação, potencializado por atividade normativa dos agentes do executivo que seria impensável no modelo brasileiro. A microcomparação remete-nos a discussões que se desenvolvem em meios normativos que se comunicam com facilidade. É o caso de um estudo de fato gerador no modelo uruguaio ou no modelo italiano, quando a percepção ganha foros de muita proximidade.<sup>120</sup>

## 2.4 Considerações

Conquanto sejam numerosas as opiniões e correntes elaboradas por diversos doutrinadores do tema, a questão da definição da natureza jurídica do direito comparado continua em aberto, dando margem a vastas argumentações nos fóruns de

---

<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10824>>. Acesso em 21 mai. 2011.

<sup>119</sup> DA SILVA, José Afonso. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>120</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Notas introdutórias ao direito comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1649, 06/01/2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10824>>. Acesso em 21 mai. 2011.

discussão sobre o tema. Conforme afirmação encontrada na obra de Serrano, ainda não há resposta para as perguntas formuladas no início deste capítulo:

O problema da construção teórica e metodológica do comparativismo jurídico continua sendo um desafio para os pesquisadores e historiadores do direito. Sabe-se que, depois de tantas décadas de esforços, de formulação e reformulação teórica desta importante parte do direito, ainda não se adotou, de maneira uniforme, uma definição científica acabada sobre o direito comparado. (2006, p. 5)<sup>121</sup>

Todavia, apesar de não haver uma definição pacífica sobre sua natureza, a idéia de que o objetivo principal do direito comparado seria o aprimoramento dos direitos postos em comparação, ou seja, a busca por um modelo melhor, bem como a refuta do conceito meramente acadêmico e sem qualquer fulcro prático do tema parecem ser partilhadas pela grande maioria dos doutrinadores.

Dessa forma, para que o direito comparado seja utilizado na resolução de problemas de ordem prática, como na resolução de conflitos (âmbito jurisdicional) ou na elaboração de novas leis (âmbito legislativo) e na interpretação das já existentes, não se faz necessário enquadrá-lo neste ou naquele conceito. Ciência ou método, o objetivo do direito comparado possibilitará, em última instância, o aprimoramento do direito em si, e é isso que verdadeiramente importa para a prática jurídica.

Nesse sentido, Gustavo Vitorino Cardoso apresenta a seguinte definição:

Entendida como verdadeira ciência ou ainda apenas como um método (CANOTILHO, 2003), o direito comparado passou a se identificar com a pesquisa de um modelo melhor, conduzida mediante a análise temporal e materialmente recortada do modelo estrangeiro, as suas semelhanças e dessemelhanças (DANTAS, 1997) e, assim, avessa à mera especulação pendente de objetivo acerca dos padrões jurídicos de diversos ordenamentos, o que constituiria puro empirismo ou um exercício erudito (SACCO, 2001). Enfim, a comparação voltou-se para problemas práticos. (2010, p. 471)<sup>122</sup>

Ao término deste capítulo, vale pontuar que, apesar de todas as divergências apresentadas quanto à classificação do direito comparado, parece pacífico o entendimento entre seus estudiosos de que o direito estrangeiro, quando utilizado no método ou na ciência comparativa como objeto para a comparação com o direito doméstico ou com outros direitos estrangeiros, seria considerado no seu aspecto mais amplo, ou seja, não apenas como o conjunto de normas jurídicas de um ordenamento específico, mas, sim, abarcando também a doutrina e a jurisprudência de tal ordenamento.

<sup>121</sup> SERRANO, Pablo Jiménez. Como utilizar o direito comparado para a elaboração de tese científica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>122</sup> CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2010. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5es/direitogv12/06.pdf>> Acesso em 22 mai. 2011.

## Capítulo 3 – Direito comparado: imperativo para a solução de conflitos no mundo contemporâneo

---

### 3.1 O contexto mundial e o direito comparado

Conforme mencionado no Capítulo I, item 1.2, quanto da linhagem ancestral do direito comparado, se na Grécia e Roma antigas já era possível e necessária a utilização do método comparativo, na atualidade, o binômio possibilidade-necessidade se revela fortemente acentuado.

Tal proposição se justifica porque, se por um lado cresceram as possibilidades de se conhecer e estudar o regramento jurídico de outros países, através da facilidade trazida pelo acesso aos meios de comunicação, por outro, a necessidade de se inteirar de culturas e direitos de diferentes nações também aumentou e de forma irreversível, frente à impossibilidade de um Estado manter-se isolado por completo em um mundo globalizado.

O intercâmbio internacional de pessoas e bens, assim como os negócios jurídicos firmados envolvendo mais de uma jurisdição, fizeram com que o conhecimento dos direitos estrangeiros e a utilização do método comparativo se tornassem cada vez mais indispensáveis para a resolução de conflitos originados da nova realidade.

É nessa linha de pensamento que leciona Ana Lúcia de Lyra Tavares, ressaltando o papel da disciplina na atual conjuntura:

Em um mundo no qual os intercâmbios de todas as ordens e em todos os níveis ressaltam o papel do direito como elemento de resolução de conflitos e de aproximação dos povos, dentro do objetivo maior de fazer reinar a justiça e a paz, o ensino do direito comparado é um instrumento indispensável para tal meta. (2009, p. 78)<sup>123</sup>

A necessidade de se ter em conta os direitos estrangeiros, acentuada especialmente pelo aumento em complexidade e quantidade das relações internacionais, trouxe um duplo aspecto para a aplicação do direito comparado.

---

<sup>123</sup> TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O ensino do direito comparado no Brasil contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica, v.9, n.29, p 69 a 86 - jul/dez. 2006. Disponível em: <[www.iidc.com.br/artigos/Lyra\\_n29.pdf](http://www.iidc.com.br/artigos/Lyra_n29.pdf)> Acesso em 21 mai. 2011.

O primeiro deles diz respeito ao fato de que o uso do método comparativo se mostrou essencial ao aperfeiçoamento e ao melhor entendimento do ordenamento interno, sendo útil na sua reforma, ou seja, na atividade legislativa. Neste novo contexto global, os direitos humanos e os ambientais extrapolaram a esfera do Estado, por tratarem de questões concernentes a toda a humanidade. Tornaram-se, assim, direitos transnacionais<sup>124</sup>.

Dessa forma, tanto na criação de novas leis quanto na interpretação das já existentes, é imprescindível a observação dos sistemas utilizados por outros Estados bem como das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e ambientais, para que estes sejam garantidos no ordenamento interno. Sob esse prisma, assim se posicionam José Carlos de Magalhães e Regina Ribeiro do Valle:

Os direitos humanos, da mesma forma, adquirem feição de direitos globais, que extrapolam os limites nacionais e o interesse público se desloca para a sociedade em contraposição à coisa pública, patrimônio do Estado. A humanidade tornou-se a destinatária de proteção jurídica na esfera internacional, independentemente dos vínculos que parcelas que a compõem possam ter com um território ou nação. E o indivíduo passa a ser sujeito de direitos e deveres na ordem internacional, não mais exclusivamente na ordem nacional, como ficou claro com a constituição do Tribunal Penal Internacional. (In LEMES, CARMONA e MARTINS, 2007, p. 257)<sup>125</sup>

O outro aspecto se refere ao crescimento do número de relações negociais envolvendo pessoas (jurídicas e físicas) e bens de diversas nações, ou seja, abarcando uma diversidade de culturas e de ordenamentos jurídicos, acarretou também o aumento dos conflitos transnacionais, extrapolando os limites territoriais dos Estados<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Em sua obra *Transnational Law*, Philip Caryl Jessup se utiliza, pela primeira vez, da expressão “direito transnacional” para “incluir todas as leis (ou normas) que regulam ações ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Ambos, o direito internacional público e o direito internacional privado, estão incluídos (compreendidos), como estão outras normas (ou regras), que não se enquadram totalmente (inteiramente) nessas categorias clássicas.” In MATHIAS DE SOUZA, Fernando Carlos. O Mercosul e o direito de integração. *Correio Brasiliense*, Suplemento de Direito & Justiça. Distrito Federal, 26 mar. 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/publicacoes/10anosmercosul/merco-dir-integracao>> Acesso em 12 ago. 2011.

<sup>125</sup> DE MAGALHÃES, José Carlos; DO VALLE, Regina Ribeiro. Mundialização do direito. In LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coordenadores). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>126</sup> Sobre o assunto, explica David que “a movimentação das pessoas, das mercadorias, dos capitais tende, cada vez mais, a ignorar as fronteiras dos Estados.” DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, prefácio.

Com efeito, o direito comparado ganhou um viés prático, voltado também para a solução de litígios decorrentes dessas novas relações, como bem instrui Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2008):

O direito comparado promove inicialmente objetivos práticos que atendem a aspectos profissionais da atividade negocial. O conhecimento de outros direitos pode calibrar opções de negócios, investimentos e interesses laborais. A multiplicação das relações internacionais em âmbito comercial, como reflexo da globalização, dá ao direito comparado nova feição. A inserção das empresas em novos mercados ou centros de produção exige que o empresário conheça os modelos normativos com os quais terá que se relacionar. Estudo prévio de ordenamentos jurídicos locais tem importância superlativa, que ultrapassa ao próprio conhecimento da língua e de rudimentos das culturas locais. [...] À margem dos direitos locais surgem também práticas comerciais e empresariais legitimadas por direito negocial que transcende aos direitos estatais. Revive-se uma *lex mercatoria*, exemplo de direito transnacional das transações econômicas, como sintoma do sucesso de ordem jurídica global que se desenvolve independentemente dos ordenamentos normativos estatais. (cf. TEUBNER, 2003, p. 3)<sup>127</sup>

### 3.2 Vantagens do uso do direito comparado na moderna conjuntura mundial

Forçoso se faz revelar a opinião dos estudiosos sobre as vantagens trazidas pelo direito comparado no mundo hodierno, em especial na reforma e no aprimoramento do sistema jurídico interno (elaboração e interpretação de leis) e na solução de conflitos.

Parece pacífico à maioria dos doutrinadores que o método comparativo é ferramenta de grande valia para o aperfeiçoamento do ordenamento interno, tendo em vista que a observação de regras derivadas de direitos estrangeiros auxilia na procura de melhores alternativas para a regulamentação de problemas das instituições domésticas. Da mesma forma, o método comparativo pode amparar juízes na resolução de litígios, ao exemplificar como atuaram seus pares de outras jurisdições na solução de conflitos similares<sup>128</sup>.

É nessa direção que ensina José Afonso da Silva:

Aí é que a comparação constitucional pode prestar relevante contribuição. Primeiro, porque ela pode revelar que outros direitos resolvem os mesmos problemas por instituições mais apropriadas ou mais simples, e pode mostrar por quê e como certas instituições nacionais são ultrapassadas – e, assim, concorre para o

<sup>127</sup> In GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Notas introdutórias ao direito comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1649, 6 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10824>>. Acesso em 21 mai. 2011.

<sup>128</sup> “Outras funções existem para o direito comparado, como auxiliar nas decisões jurídicas na medida em que os juízes se utilizam da comparação de decisões jurisprudenciais, estudos doutrinários e costumes que possam auxiliar no pronunciamento da sentença.” DE AGUIAR, Ana Lúcia. *História dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 37.

aperfeiçoamento constitucional interno. Segundo, porque ela serve para melhorar a compreensão do direito nacional, o que facilita a reforma das instituições políticas internas. Terceiro, porque a comparação constitucional tem o mérito de fornecer ao legislador ordinário, mais especialmente ao legislador constituinte, os projetos de reformas e os motivos de aceitação ou de descarte de certos modelos, conforme sejam, ou não, harmonizados com o conjunto das instituições. Quarto, porque a comparação constitucional pode indicar a tendência da evolução de certas instituições políticas. (2009, p. 46 e 47)<sup>129</sup>

Também no mesmo sentido, explica Godoy que o direito comparado presta auxílio a todos os profissionais do direito, tanto no âmbito legislativo quanto no judiciário:

A disciplina desempenha papel cultural de grande valia. O estudo dos direitos estrangeiros aventa leitura do mundo, de costumes, de práticas. É fonte inegável de enriquecimento cultural. O exame de sistemas normativos de outros povos oxigena a musculatura intelectual, tempera a curiosidade, aguça a inteligência, eleva o espírito. O direito comparado permite que se perceba com mais qualidade o direito interno. [...] Problemas e soluções de outros direitos esclarecem as complicações do direito doméstico. É guia seguro para o legislador, para o julgador, para todos que vivem a aplicação da lei. (2008)<sup>130</sup>

Acrescenta ainda David que, para além dos âmbitos já citados, a comparação é ferramenta facilitadora no terreno das relações internacionais:

O direito comparado tem uma função de primeiro plano a desempenhar na ciência do direito. Tendo, com efeito, em primeiro lugar, esclarecer os juristas sobre a função e a significação do direito, utilizando, para este fim, a experiência de todas as nações. Visa, por outro lado, num plano mais prático, facilitar a organização da sociedade internacional, fazendo ver as possibilidades de acordo e sugerindo fórmulas para a regulamentação das relações internacionais. Permite, em terceiro lugar, aos juristas de diversas nações, no que respeita aos direitos internos, considerar o seu aperfeiçoamento, libertando-os da rotina. [...] As vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional. (2002, p. 4 e 18)<sup>131</sup>

Complementando o raciocínio de David, John Henry Merryman afirma que o desconhecimento total do direito estrangeiro seria uma das razões da existência de

<sup>129</sup> DA SILVA, José Afonso. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>130</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Notas introdutórias ao direito comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1649, 06/01/2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10824>>. Acesso em 21 mai. 2011.

<sup>131</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

conflitos entre povos. Assim, o direito comparado teria um papel de extrema relevância no âmbito da cooperação global e auxiliaria nas relações de comércio internacional.

Uma das razões de dissensão entre as nações e os povos é a ignorância recíproca; os comparativistas têm sustentado de há muito que sua disciplina conduz à diluição do paroquialismo e dos estreitos nacionalismos, e assim, a mais compreensão e cooperação internacionais. Esta visão, que em parte é responsável pelo grande desenvolvimento do ensino do direito comparado nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial, é obviamente válida; sua validade é demonstrada pelo trabalho dos comparativistas que têm levado à harmonização de certas áreas do direito relativas ao comércio internacional<sup>132</sup>.

Tem-se, ainda, que a comparação é útil tanto para a uniformização de legislações conflitantes em direito internacional privado, a partir da identificação daquilo que é comum ao direito internacional privado dos ordenamentos comparados, quanto para a harmonização de legislações na solução de conflitos, como esclarece Dolinger:

Em outras palavras, a verificação se há uniformidade ou conflito entre regras de dois sistemas cabe ao direito comparado, e, uma vez constatado um conflito, a uniformização das legislações conflitantes ou a harmonização que indica qual dentre os sistemas deva ser aplicado, são soluções que dependem da orientação do direito comparado. E, finalmente, os conflitos que ocorrem entre dois sistemas de direito internacional privado igualmente requerem a colaboração do direito comparado, para eventual uniformização das regras do D.I.P. [...] O jusinternacionalista privado terá necessariamente que ser um comparativista.<sup>133</sup>

### 3.3 O uso do direito comparado e a não violação da soberania do Estado

A soberania da nação brasileira é um dos fundamentos do estado democrático de direito previstos no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>134</sup>.

Em síntese, para que a lei estrangeira possa ser utilizada na resolução de litígios domésticos, sem que haja violação ao princípio da soberania – sendo a legislação nacional tida como a legítima forma de exercício do poder soberano do Estado – seria necessário que o conflito *sub judice* apresentasse algumas das causas de aplicação de lei estrangeira previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito

<sup>132</sup> In DOLINGER, Jacob. *Direito uniforme, direito internacional privado e direito comparado*. Disponível em <<http://leonildoc.orgfree.com/curso/dolinger3.htm>> Acesso em 21 mai. 2011.

<sup>133</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito uniforme, direito internacional privado e direito comparado*. Disponível em <<http://leonildoc.orgfree.com/curso/dolinger3.htm>> Acesso em 21 mai. 2011.

<sup>134</sup> “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
I - a soberania;[...]”.

Brasileiro (LINDB)<sup>135</sup>, como as obrigações constituídas fora do território nacional, os bens situados no exterior e as pessoas domiciliadas em outros países<sup>136</sup>.

É seguindo esse raciocínio que alguns autores apresentam críticas ao uso do direito comparado por entenderem, em uma análise, diga-se superficial, que a utilização do método comparativo seria o mesmo que o uso arbitrário do direito estrangeiro. Algumas dessas críticas são levantadas por Marc Ancel e assim expostas nas palavras de Khaled Jr. (2010).

De acordo com o autor [Marc Ancel], são basicamente três as principais críticas levantadas contra toda a pesquisa jurídica comparativa: a) o direito nacional já é, por si só, suficientemente complexo, ainda mais em tempos de inflação legislativa; b) a pretensa ciência comparativa comporta a ilusão de querer conhecer e assimilar o direito estrangeiro. Importações apressadas e graves erros fazem do direito comparado uma fonte de grande confusão; e c) o direito de um país faz parte de seu patrimônio nacional, é fruto da tradição da sociedade onde se aplica. Em vez de aproximá-lo dos outros sistemas, deve ser defendido de toda alteração vinda do estrangeiro<sup>137</sup>.

Entretanto, frente ao contexto mundial contemporâneo, não é mais possível que os Estados e os operadores do direito se furtem ao conhecimento dos direitos estrangeiros, por intermédio do método comparativo, bem como ignorem as suas vantagens, contrapondo-as à mera proclamação de um nacionalismo extremado.

Nesse sentido, o próprio Marc Ancel rebate em sua obra as críticas supramencionadas:

Ancel considera que a última oposição é na realidade a principal. O jurista sempre é mais ou menos xenófobo em direito: sua ordem jurídica lhe parece necessária e se lhe afigura justificada pela sua própria existência. Para Ancel, é contra tal posição que se deve reagir. A ciência pura não conhece fronteiras, nem línguas, nem políticas. Por que a ciência jurídica deveria se aprisionar nos limites de um só Estado? Sixto Sanchez Lorenzo afirma que embora o conceito de globalização não seja dos seus preferidos, suas consequências são evidentes. Portanto, como é possível sustentar o isolamento da ciência jurídica com base no nacionalismo e no positivismo (idéia de direito como direito nacional, por excelência) diante desse contexto de complexidade? (In KHALED JR., 2010)<sup>138</sup>

<sup>135</sup> Antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

<sup>136</sup> O assunto comportaria um aprofundamento maior, como, por exemplo, sobre entendimentos atuais quanto à escolha de lei estrangeira em contratos internacionais, ou ainda sobre a previsão legal de aplicação de lei estrangeira nos procedimentos arbitrais, trazida pela Lei de Arbitragem. Contudo, uma análise mais detalhada nessa direção desviaria o foco do tema central e estenderia o presente trabalho para além de sua preestabelecida finitude.

<sup>137</sup> KHALED JR, Salah H. *Trajetória histórica e questões metodológicas de direito comparado. Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul, n. 74, 1º mar. 2010. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7267](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7267)>. Acesso em 22 mai. 2011.

<sup>138</sup> JÚNIOR, Salah H. KHALED. *Trajetória histórica e questões metodológicas de direito comparado. Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul, n. 74, 1º mar. 2010. Disponível em:

A própria criação da norma jurídica, que é considerada pelos críticos do direito comparado como o mais legítimo exercício do poder soberano estatal, já não é mais prerrogativa especial do Estado.

No âmbito das relações privadas de ordem internacional, faz-se cada vez mais premente a unificação de normas comerciais e elabora-se uma nova *lex mercatoria*<sup>139</sup>; de outra monta, a garantia dos direitos humanos e a proteção do meio ambiente são agora preocupações internacionais, que transcendem os limites da idéia de soberania.

Sobre a “mundialização do direito”, com a relativização do “monopólio do Estado” na criação das normas e a necessidade de uma certa “uniformização” das regras na seara dos negócios internacionais, para o que é essencial o uso do método comparativo, se debruçam José Carlos de Magalhães e Regina Ribeiro do Valle:

Disso tudo resulta, com efeito, a mundialização do direito, a refletir, de um lado, o pluralismo na produção das normas, que deixou de ser monopólio do Estado, passando a contar com outros autores ativos que atuam em níveis diferentes, às vezes em paralelo; de outro, a necessidade de uniformização de procedimentos como condição para facilitar e até mesmo viabilizar as comunicações e negócios transnacionais. (2007, p. 258)<sup>140</sup>

Assim, também nas palavras de René David, para que os Estados coexistam no modelo de relações internacionais atual, imprescindível é o conhecimento dos direitos estrangeiros, o que é feito por intermédio do método comparativo:

Independentemente de qualquer preocupação acadêmica, as necessidades práticas exigem o conhecimento dos direitos estrangeiros. [...] As relações internacionais ganharam, em todos os

---

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7267](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7267)>. Acesso em 22 mai. 2011.

<sup>139</sup> Maristela Basso define “A nova *lex mercatoria* sugere uma ordem normativa de regulação dos problemas dos comerciantes internacionais (numa perspectiva atual das empresas), contando com normas substantivas e também mecanismos de adjudicação de litígios que se desenvolvem paralelamente àqueles consolidados pelos órgãos judiciários estatais. Na importante lição da doutrina, a nova *lex mercatoria* manifesta-se por um conjunto de fontes específicas, como os usos e práticas do comércio internacional, contratos-tipo, regulamentos autônomos de associações de comerciantes e de câmaras de comércio, decisões em arbitragens comerciais internacionais e outros expedientes técnico-normativos capazes de disciplinar as relações jurídicas identificadas na empresarialidade internacional. Resumidamente, esse direito especial dos comerciantes internacionais (*New Law Merchant*) se funda em dois pilares: um *substrato material* assentado pelos usos e costumes, contratos-tipo, cláusulas gerais de contratação internacional, e um substrato contencioso, que se caracteriza por mecanismos ou instâncias de solução e autointegração de litígios transnacionais e de sanção, que vinculam as partes envolvidas.” BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 90-91.

<sup>140</sup> DE MAGALHÃES, José Carlos; DO VALLE, Regina Ribeiro. Mundialização do direito. In LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coordenadores). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

domínios, uma importância que aumenta a cada ano. A edificação de uma ordem jurídica que convenha a estas relações é uma tarefa que não pode ser realizada se as autoridades nacionais, com a falsa idéia de sua onipotência, ignoram o direito estrangeiro. A simples preocupação com a coexistência e, mais ainda, o estabelecimento da indispensável cooperação internacional, exigem que nos voltemos para os direitos estrangeiros. (2002)<sup>141</sup>

Todavia, a idéia de utilização do direito comparado tanto na resolução de conflitos, por meio da aplicação de soluções encontradas em outros ordenamentos para o mesmo assunto, quanto no auxílio à unificação de determinadas normas com o intuito de facilitar as relações transnacionais, não pretende reavivar ideais de unificação total do direito, ignorando totalmente as atuais fronteiras estatais, como imaginado por Immanuel Kant<sup>142</sup> e seus seguidores.

Esta aparente relação entre a idéia de construção de um ordenamento universal e a essência do direito comparado já foi objeto de discussão entre os especialistas do assunto, conforme atesta Constantinesco:

A estreita relação entre o direito comparado e uma concepção do Direito mais ampla, também universal, explica porque alguns autores quiseram fazer dele um instrumento para elaborar um direito mundial, ou deste último o objeto da ciência dos direitos comparados. (1998, p. 317)<sup>143</sup>

No entanto, o que o direito comparado pretende não é ignorar os diversos direitos nacionais em prol de uma pretensa “lei mundial”, mas, sim, flexibilizar os atuais institutos no sentido de adequá-los ao contexto internacional<sup>144</sup>. O aprimoramento dos

<sup>141</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>142</sup> Kant conceived of a confederation of independent republics as a “negative substitute” for the impossibility of a *civitas gentium* (an international state). “If all is not to be lost,” Kant wrote, this world confederation would create the conditions for the cosmopolitan right of the universal community. “Kant concebeu uma confederação de repúblicas independentes como um ‘sucedâneo negativo’ para a impossibilidade de uma *civitas gentium* (um estado internacional). ‘Nem tudo está perdido’, escreveu Kant, esta confederação mundial criaria as condições para um direito cosmopolita de uma comunidade universal” (tradução nossa). In PERJU, Vlad. *Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government*. Boston College Law School Faculty Papers: 2010, paper 308, p. 3 e 4. Disponível em:

<<http://lawdigitalcommons.bc.edu/lfp/308>>. Acesso em 21 mai. 2011.

<sup>143</sup> CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>144</sup> Nesse sentido, ensina Oswaldo Agripino de Castro Júnior: [...].O seu objetivo não é uniformizar a individualidade de um sistema e sim aperfeiçoar a análise para evitar a imitação cega ou preconceito, uma vez que no caso de recepção, a imitação deve ser uma recriação, tendo em vista que o direito comparado é para enriquecer os sistemas judiciais e jurídicos e não empobrecê-los.”DE CASTRO JÚNIOR, Oswaldo Agripino. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento*: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, UnigranRio, Ibradd, 2002, p. 68. O mesmo é afirmado por Cardoso: “Por fim, é importante registrar que o método comparativo, proposto como caminho metodológico adequado para a concretização das Constituições neste século recém-iniciado, não implica em desconsideração das peculiaridades nacionais, em prol de uma ordem universal, mas exige a busca constante,

diversos direitos por meio da comparação seria primordial, e não a construção de um direito único, o que, aliás, só poderia ser feito através do método comparativo<sup>145</sup>. É nesse diapasão que ensina René David:

Não se trata, ao realizar a unificação internacional do direito, de substituir aos diferentes direitos nacionais, um direito supranacional uniforme decretado por um legislador mundial; sem chegar a isso, pode-se, por métodos variados, com grande flexibilidade, realizar certos progressos no sentido de aperfeiçoar, gradualmente, o regime das relações internacionais de direito. Uma certa unificação internacional de direito é exigida no mundo de hoje e será ainda mais necessária no mundo de amanhã. A obra de síntese ou de harmonização que ela implica não pode ser bem realizada sem o auxílio do direito comparado. (2002, p. 12)<sup>146</sup>

Trata-se, portanto, da utilização do direito comparado como método para encontrar soluções melhores para determinados conflitos, tanto naqueles puramente domésticos quanto, mormente, nos que possuem “elementos de estraneidade”<sup>147</sup>.

Tal prática se explica porque outros ordenamentos podem trazer soluções mais adequadas, em suas leis, doutrina ou jurisprudência, do que as previstas no direito interno, o que, em última análise, vem a enriquecer o direito pátrio. Nesse sentido, leciona Cardoso (2010, p. 471)<sup>148</sup>:

É importante destacar que o recurso a elementos exógenos já existia, por exemplo, nas colônias. A novidade é que atualmente não mais se verifica a recepção, e sim o diálogo enriquecedor do próprio direito interno, em que se percebe que os juízes citam outros sistemas não só para preencher as lacunas ou para tratar de algo novo tal como era feito no período colonial, mas para “*find out how other judges*

---

de maneira aberta e sensível, do particular e do individual em contraponto com o paradigma do ‘outro’.” CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2010, p. 485. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv12/06.pdf>> Acesso em 22 mai. 2011.

<sup>145</sup> Também nessa direção afirma Cardoso: “O direito comparado aparece, assim, com mais importância do que a construção de um sistema jurídico geral de conceitos jurídicos o qual busque fornecer valor cuja essencialidade seja intangível, mormente quando se verifica que somente através da comparação e da análise histórica dos diversos valores constitucionais é que se alcança uma consciência da essencialidade. Com efeito, cotejar as experiências jurídicas no espaço é também uma maneira de pensar sobre o direito que se caracteriza por se manter aberto às alternativas, que não considera a ciência jurídica como um conjunto compacto de questões a propósito da vontade do legislador de um único país.” Ibidem, p. 483.

<sup>146</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>147</sup> Conceito utilizado na obra – Curso de direito internacional privado – da estudiosa especialista em direito internacional, Maristela Basso, para definir características de um determinado contrato ou litígio que reflitam a sua internacionalidade. BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>148</sup> CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2010. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv12/06.pdf>> Acesso em 22 mai. 2011.

*have responded when faced with a comparable issue”* <sup>149</sup>.  
(SLAUGHTER, 2003, p. 197)

Não somente se utilizar dos direitos estrangeiros para encontrar melhores soluções para um mesmo conflito, mas também de outros direitos para dar novas interpretações às leis internas, mais adaptadas ao momento histórico atual ou ao caso específico sob análise, são formas de uso da comparação na resolução de conflitos que dinamizam o ordenamento pátrio. É essa linha de raciocínio que instrui Peter Häberle, ao colocar o método comparativo como quinto<sup>150</sup> e indispensável método de comparação constitucional dos direitos fundamentais:

*Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la comparación de los derechos fundamentales se convierte en “quinto” e indispensable método de la interpretación.* (In CARDOSO, 2010, p. 484)<sup>151</sup>

Essa interpretação dos textos de lei através da observação dos direitos estrangeiros, por meio do método comparativo, já vem sendo feita na jurisprudência estrangeira, conforme menciona Cardoso (2010, p. 479)<sup>152</sup>, mais especificamente a respeito da comparação constitucional:

De fato, independente do sistema invocado, compete ao Judiciário a função de intérprete supremo da Constituição (MAXIMILIANO, 2003, p. 255). A leitura atenta da jurisprudência estrangeira confirma que os juízes nacionais têm, de fato, deixado de afivelar as máscaras de meros aplicadores da lei para se tornarem guias da dinamização da Constituição, dado que eles conservam na atualidade a última palavra em matéria de interpretação (COELHO, 1998, p. 188).

Além da possibilidade de utilizar o método comparativo na solução de conflitos, também é possível, por seu intermédio, perceber semelhanças e diferenças entre legislações internas de nações integrantes de blocos econômicos, o que é indispensável para uma determinada unificação normativa que só se concretiza por

<sup>149</sup> Descobrir como outros juízes reagiram quando confrontados com um problema semelhante (tradução nossa).

<sup>150</sup> “Em 1988, em um congresso em Madrid, HÄBERLE propôs o reconhecimento do método comparativo como quinto elemento de interpretação das normas jurídicas, acrescentando-o aos já clássicos métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático propostos por SAVIGNY, a partir dos conceitos herdados dos grandes juristas romanos.” SILVA, Christine Oliveira Peter da. Como se lê a Constituição: abordagem metodológica da interpretação constitucional. *Direito Público*, nº 6, out-nov-dez/2004, Estudos, Conferências e Notas. Disponível em: < <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/470/441>> Acesso em 10 jun. 2011.

<sup>151</sup> CARDOSO, op.cit.

<sup>152</sup> CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2010. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv12/06.pdf>> Acesso em 22 mai. 2011.

meio da identificação daqueles preceitos essenciais e comuns aos países que os integram.

Nessa direção, afirma Oswaldo Agripino de Castro Júnior:

A justificativa do uso do direito comparado decorre de que ele é uma ferramenta útil à reforma de legislação e do sistema judicial, bem como de processos de integração, tais como Mercosul, uma vez que somente a análise de uma variedade de culturas e sistemas judiciais e jurídicos demonstra o que é fundamental e conceitualmente necessário para um sistema, ou o que é acidental, mais do que necessário; o que é permanente, mais do que modificável nas normas jurídicas e instituições judiciais; e o que caracteriza as crenças e valores que fundamentam. (2002, p. 67)<sup>153</sup>

Tal prática já é aplicada reiteradamente no processo de integração de outro bloco econômico, a União Européia, mormente no curso de procedimentos judiciais relativos a direitos humanos, como menciona Djalil I. Kiekbaev:

*[...] in the course of judicial proceedings the European Court of Human Rights and courts of member states of the European Union now more and more often resort to the comparative practice of analysing the judicial decisions and national legislation of member states. It thus confirms an evolutionary role of practical application of comparative law in the process of European integration. (2003)<sup>154</sup>*

É importante ainda ressaltar a posição de Vlad Perju de que o uso do direito estrangeiro na interpretação constitucional, por meio da comparação, é indispensável para responder às reivindicações dos cidadãos integrantes de uma nação democrática e regida pelo sistema constitucional, que foram – por qualquer razão e em qualquer medida – suprimidos em relação aos direitos previstos no texto constitucional pátrio, uma vez que seria responsabilidade do próprio Estado a garantia desses direitos postulados.

Com efeito, por meio desse raciocínio, a aplicação do direito estrangeiro nessas hipóteses não afrontaria o ordenamento interno:

Openness to the experiences in self-government of other political communities, for instance in the use of foreign law in constitutional interpretation, is part of the strategy for self-correction. [...] I argue that the authority of foreign law in constitutional interpretation is grounded in the liberal constitutionalist commitment to freedom and equality. [...] As a heuristic device, the use of foreign law becomes a mechanism

<sup>153</sup> DE CASTRO JÚNIOR, Oswaldo Agripino. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, UnigranRio, Ibradd, 2002.

<sup>154</sup> [...] no curso de processos judiciais, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os tribunais dos Estados membros da União Européia, cada vez mais recorrem à prática da comparação, analisando as decisões judiciais e a legislação nacional dos Estados membros. Assim, confirma-se um papel evolutivo na aplicação prática do direito comparado no processo europeu de integração (tradução nossa). KIEKBAEV, Djalil I. *Comparative Law: method, science or educational discipline?*. *E.J.C.L.*, vol. 7.3., set. 2003. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/73/art73-2.html>>. Acesso em 21 mai. 2011.

for accessing dimensions of constitutional meaning that are central to claims brought by free and equal citizens, but which for whatever reasons the evolution of the constitutional system has concealed. Recovering that concealed normative dimension is an indispensable element in how institutions meet their duty of responsiveness. The filter of the domestic legal system is thus never abandoned. The entire constitutional mechanism, and the relevance of foreign law as a mechanism for the correction of distortion effects, remains centered on the duty of domestic institutions to respond to the claims of their free and equal citizens. (PERJU, 2010, p. 8, 9, 35 e 36)<sup>155</sup>

Por fim, ao afirmar que o direito comparado é indispensável à garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, Cardoso justifica tal postulação esclarecendo que, para salvaguardá-los, é necessária a observação de outros ordenamentos, de forma a uniformizar a proteção de tais direitos, os quais se firmam na ordem transnacional:

Importante também é a consideração da tendência de que nesse tipo de Estado constitucional certos valores, particularmente no campo dos direitos humanos, têm se afirmado em nível transnacional, quando não global. Nesse sentido, a comparação operada pela jurisdição constitucional contribui muito para o fenômeno da extensão e da uniformização da garantia dos direitos fundamentais [...]. (2010, p. 487)<sup>156</sup>

### 3.4 Ponderações

É importante ressaltar que, não obstante as diversas vantagens advindas do emprego do método comparativo, uma “visão romântica” do uso do direito comparado como solução para todo e qualquer conflito não seria adequada. Isto porque, para que se possa proceder à comparação de direitos, assim como para qualquer outro tipo de

<sup>155</sup> A abertura para as experiências de autogoverno de outras comunidades políticas, por exemplo, através do uso do direito estrangeiro na interpretação constitucional, é parte da estratégia de autocorreção. [...] Aduzo que a autoridade da lei estrangeira na interpretação constitucional é fundamentada no compromisso liberal-constitucionalista com a liberdade e a igualdade. [...] Como um dispositivo heurístico, o uso do direito estrangeiro torna-se um mecanismo de acesso a dimensões de significado do texto constitucional, que são essenciais aos pedidos apresentados por cidadãos livres e iguais, mas que, por qualquer motivo, a evolução do sistema constitucional suprimiu. Recuperar essa dimensão normativa suprimida é elemento indispensável ao cumprimento do dever de responsabilidade das instituições. O filtro do sistema jurídico interno, portanto, jamais é abandonado. Todo o mecanismo constitucional e a relevância do direito estrangeiro como mecanismo de correção dos efeitos de distorção permanecem centrados no dever das instituições nacionais de responder às reivindicações de seus cidadãos livres e iguais (tradução nossa). PERJU, Vlad. *Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government*. Boston College Law School Faculty Papers, 2010, paper 308. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/lfp/308>> Acesso em 21 mai. 2011.

<sup>156</sup> CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2010. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5es/direitogv12/06.pdf>> Acesso em 22 mai. 2011.

comparação, é preciso levar em conta o que se está comparando, ou seja, o objeto da análise.

Dessa forma, não haveria sentido prático e não traria resultado algum a utilização do direito comparado para o encontro de soluções novas em um litígio doméstico, por exemplo, cuja discussão se fundasse inteiramente em questões de direito civil, caso se fizesse a comparação com o direito penal de qualquer outro país.

Comparar instituições de direito cujo enquadramento jurídico fosse diferente em cada uma das jurisdições postas em comparação seria, igualmente, impraticável, uma vez que estando os mandamentos jurídicos inseridos em ramos diversos do direito, suas formas de aplicação e interpretação estariam também condicionadas a esse enquadramento.

Da mesma forma, dificilmente o método comparativo poderia ser utilizado sobre objetos tão díspares quanto o direito de família brasileiro, previsto no Código Civil de 2002, e o proveniente de países muçulmanos, tendo em vista que o segundo prescreve regras de comportamento ritual e religioso, integrantes da própria cultura e religião muçulmanas, ao passo que o primeiro é desvinculado de qualquer religião ou crença<sup>157</sup>.

Assim, para que o uso do direito comparado na solução de conflitos traga resultados na prática jurídica, é necessário que os direitos, institutos ou normas postos em comparação tragam um mínimo essencial de similitude<sup>158</sup>.

Após a análise das origens históricas do direito comparado, de sua natureza jurídica e da inferência sobre a importância e a possibilidade de seu emprego na resolução de conflitos e também para outros fins na conjuntura mundial contemporânea, é feita, no Capítulo 4, uma explanação de casos concretos do uso do método comparativo na jurisprudência pátria e na estrangeira.

A pesquisa na jurisprudência pátria fica restrita ao Supremo Tribunal Federal (STF), ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e aos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo (TJSP) e do Rio Grande do Sul (TJRS), uma vez que os resultados nela

---

<sup>157</sup> Mais informações a respeito do direito muçulmano podem ser encontradas em DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 515 a 544.

<sup>158</sup> Corroborando essa assertiva, José Afonso da Silva esclarece que “é intuitivo e de senso comum que só se pode comparar aquilo que é comparável. Isso ocorre não só entre campos de conhecimento diversos, mas até no mesmo campo de conhecimento. Assim, não se pode comparar a Constituição com o Código Civil, nem este com o Código Penal, porque aqui as diferenças vão muito além da mera dessemelhança que a comparação jurídica pode mostrar quando confronta dois objetos com homogeneidade suficiente para revelar comparabilidade. Entre o Código Penal e o Código Civil não há pontos de contato, senão o simples fato de ambos integrarem o ordenamento jurídico. Mesmo dentro de um desses campos a comparação só tem cabimento entre as mesmas instituições.” DA SILVA, José Afonso. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 21-22.

obtidos satisfazem o objetivo desta perquirição. Já os exemplos mencionados de jurisprudência estrangeira foram obtidos nas obras estudadas para a elaboração do presente trabalho.

Um infindável número de ocorrências certamente seria encontrado, caso se fizesse um esquadrinhamento de fôlego em acervos jurídicos nacionais e internacionais. Mas tal esforço demandaria tempo indeterminado e certamente seu resultado extrapolaria em muito os limites do presente trabalho, tendo em vista a variedade de direitos estrangeiros e de fontes de pesquisa sobre a matéria.

## Capítulo 4 – A aplicação do direito comparado na jurisprudência pátria e na estrangeira

---

### 4.1 O uso do Direito Comparado na jurisprudência pátria

É possível constatar, por meio do exame da jurisprudência dos Tribunais de segunda instância, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que, mesmo não havendo qualquer previsão de lei ou de regimento interno quanto ao uso do direito comparado na elaboração de decisões, os Tribunais pátrios já vêm recorrendo, com frequência, às soluções encontradas em direitos estrangeiros, aplicando o método comparativo na preparação de suas decisões.

#### 4.1.1 No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça

Os juízes brasileiros têm se utilizado do direito estrangeiro, por intermédio do método comparativo, como argumento para sustentar a fundamentação de suas decisões e não apenas como menção exemplificativa do que ocorre em outros sistemas jurídicos. Citando ministros do STF que fazem uso constante do direito comparado, assim ensina Gustavo Vitorino Cardoso:

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite afiançar que o direito comparado é manejado pelos ministros, volvendo-se como instrumento enriquecedor das decisões, embora ele não seja decisivo na formação da jurisprudência, e, assim como se dá nos Estados ditos “constitucionais” da atualidade, à exceção da África do Sul, como visto acima, não existe qualquer regramento, seja legal ou regimental, para o exercício da comparação pela Corte, fato que não tem impedido a consciente articulação da realidade dos casos com os direitos estrangeiros. Tanto a doutrina como a jurisprudência de outros países são constantemente invocadas nos votos proferidos pelos ministros da Corte Suprema brasileira, principalmente os votos exarados pelos ministros Gilmar Ferreira Mendes, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Eros Grau, que o fazem como forma de qualificação do debate e de aprofundamento das análises e argumentações desenvolvidas nos julgamentos, elidindo que o uso da comparação seja considerado mera citação decorativa. O resultado pode ser observado em decisões interessantemente fundamentadas e ricas culturalmente, alcançando, por conseguinte, a própria melhora da jurisprudência interna. (2010, p. 475 e 476)<sup>159</sup>

---

<sup>159</sup> CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2010. Disponível em:

O mesmo autor menciona, ainda, dois julgados do STF<sup>160</sup> que geraram extensas discussões no mundo jurídico, por terem trazido à baila questões demandantes de profunda interpretação constitucional, nos quais os Ministros relatores recorreram ao direito comparado para embasar seus votos.

Recentemente, por ocasião da discussão do exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos civis, o argumento comparado ajudou a garantir a evolução do tema na jurisprudência do Tribunal, tanto que o ministro e relator para o caso, Gilmar Ferreira Mendes, fez constar da ementa do acórdão que: “[n]a experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).” [...] Outro caso de grande importância para o constitucionalismo brasileiro e no qual a comparação de direitos ganhou relevância foi o que discutiu a condenação do escritor e sócio de editora por delito de discriminação (**sic**) contra os judeus por ter publicado, distribuído e vendido ao público obras antissemitas, delito ao qual foi atribuída a imprescritibilidade prevista no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal. (2010, p. 476 e 477)<sup>161</sup>

Num outro acórdão de recurso especial interposto perante o STJ, a Ministra Relatora Nancy Andrighi recorreu ao direito comparado para se utilizar da teoria da perda da chance – originária do direito francês *perte d'une chance* e usada em outros países como na Itália e nos Estados Unidos – com o intuito de dissertar sobre a responsabilidade do advogado decorrente da condução negligente da causa.

Terceira Turma. RESPONSABILIDADE. ADVOGADO. TEORIA. PERDA. CHANCE. A recorrente afirma que o advogado foi negligente na condução de sua causa, vindo ela a perder seu imóvel, por não defender adequadamente seu direito de retenção por benfeitorias e também ter deixado transcorrer *in albis* o prazo para a interposição de recurso de apelação. Para a Min. Relatora, não há omissão ou contradição no acórdão impugnado. O Tribunal *a quo* pronunciou-se de maneira a discutir todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites que lhe são impostos por lei, alcançando solução que foi tida como mais justa e apropriada para a hipótese. A questão insere-se no contexto da responsabilidade profissional do advogado. O vínculo entre advogado e cliente tem nítida natureza contratual. Em razão do vínculo obrigacional, a responsabilidade do advogado é contratual. Todavia sua obrigação não é de resultado, mas de meio. O advogado obriga-se a conduzir a causa com toda diligência, não se lhe impondo o dever de entregar um resultado certo. Ainda que o advogado atue diligentemente, o sucesso no processo judicial depende de outros fatores não sujeitos a seu controle. Daí a

---

<<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv12/06.pdf>>. Acesso em 22 mai. 2011.

<sup>160</sup> O primeiro caso citado, relativo à greve por parte dos servidores públicos, é o Mandado de Injunção nº 708/DF, julgado em 25/10/2007. Já o segundo caso, referente às obras antissemitas, é o *Habeas Corpus* nº 82424/RS, julgado em 17/09/2003.

<sup>161</sup> CARDOSO, op. cit.

dificuldade de estabelecer, para a hipótese, um nexo causal entre a negligência e o dano. Para a solução do impasse, a jurisprudência, sobretudo do direito comparado, e a doutrina passaram a cogitar da teoria da perda da chance. Essa teoria procura dar vazão ao intrincado problema das probabilidades com as quais se depara no dia-a-dia, trazendo para o campo do ilícito aquelas condutas que minam, de forma dolosa ou culposa, as chances, sérias e reais, de sucesso às quais a vítima fazia jus. Há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. A adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o “improvável” do “quase certo”, a “probabilidade de perda” da “chance do lucro”, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas. Assim, o Tribunal de origem concluiu pela ausência de culpa do advogado e, nesse ponto, não há como extrair daí a responsabilidade nos termos tradicionais e, tampouco, nos termos da teoria da perda da chance. Anotou-se que, em determinados casos, a perda da chance, além de determinar o dano material, poderá ser considerada um agregador do dano moral, o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral. Diante do exposto, a Turma não conheceu do recurso.<sup>162</sup>

Já o à época Ministro Adhemar Maciel, em acórdão de *habeas corpus* de sua relatoria, invocou a jurisprudência americana para reforçar a inviolabilidade parlamentar dos vereadores prevista na Constituição Federal, num caso de apologia de crime feita por vereador do Município de Nova Hamburgo na tribuna da Câmara Municipal.

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO. VEREADOR. IMUNIDADE. INTELIGENCIA DO INCISO VIII DO ART. 29 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVOCAÇÃO DE DIREITO COMPARADO. RECURSO ORDINARIO CONHECIDO E PROVIDO. I – O paciente, que é vereador, utilizou-se da tribuna da Câmara Municipal para fazer apologia de extermínio de meninos de rua. Foi, em decorrência, denunciado como incurso no art. 287 do CP. Ajuizou *habeas corpus*, invocando sua inviolabilidade parlamentar (CF, art. 29, VIII). O *writ* foi denegado. II – Não resta dúvida de que o paciente pregou uma sandice, própria de mente vazia. Mas, mesmo assim, não se pode falar tenha ele cometido o crime. A Constituição Federal de 88, afastando-se do federalismo clássico, alçou o Município à condição de ente federado (art. 1º, caput). Coerente com a nova filosofia política, que encontra raízes históricas na aurora de nosso Estado, deu imunidade ao vereador no art. 29, inciso VIII: “Inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município”. Desse modo, ainda que o parlamentar (*latu sensu*) se utilize mal da grandeza e finalidade da instituição a que devia servir, a Constituição, no interesse maior, o protege com a imunidade. A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso “United States v. Brewster [408 U.S. 501, 507 (1972)]”, enfatizou: “A imunidade da cláusula relativa ao discurso e ao debate não se acha escrita na Constituição simplesmente em benefício pessoal ou privado dos

<sup>162</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial* nº 1.079.185-MG, STJ, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008. Informativo nº 0376. Período de 10 a 14 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em 1º mai 2011.

membros do Congresso, mas para proteger a integridade do processo legislativo, garantindo a independência individual dos legisladores". III – Recurso ordinário conhecido e provido.<sup>163</sup>

#### 4.1.2 No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Interessante para o presente trabalho se faz o acórdão de relatoria do Desembargador Vito Guglielmi, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Na ausência de previsão legal, precedente jurisprudencial ou doutrinário sobre os contratos de seguro denominados pela doutrina americana de *D&O insurance* (Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anônima), como o firmado entre as partes no caso em tela, recorreu ao direito comparado: assim, referiu-se à doutrina e à jurisprudência estadunidenses em seu voto, poder-se-ia dizer, como fontes de direito para a resolução do litígio em comento.

Dessa forma, o Desembargador Relator, diante da presença de vasta doutrina de direito estrangeiro sobre o contrato de seguro celebrado entre as partes e da novidade de sua utilização no direito pátrio, elaborou toda a fundamentação de seu voto com base em teorias como a do *duty of care and loyalty* (dever de cuidado e lealdade), provenientes da doutrina norte-americana, como mostram a ementa e os trechos do referido acórdão.

ILEGITIMIDADE ATIVA. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIAIS ('D&O INSURANCE'). PESSOA JURÍDICA LEGITIMADA A PARTIR DE ENDOSSO DA APÓLICE DE SEGURO. ADMISSIBILIDADE PESSOA FÍSICA, POR OUTRO LADO, QUE ERA ADMINISTRADORA DA SOCIEDADE SEGURADA. LEGITIMIDADE ADVINDA DA PRÓPRIA NATUREZA DO SEGURO. PRELIMINAR AFASTADA.

PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIAIS ('D&O INSURANCE'). AUTORES QUE CUIDARAM DE AJUIZAR AÇÃO CAUTELAR INTERRUPTIVA DE PROTESTO. REINICIO DA CONTAGEM DO PRAZO DE MORA, ADEMAIS, DECORRENTE DE EXIGÊNCIAS DA PRÓPRIA SEGURADORA. TERMO INICIAL TOMADO A PARTIR DA EFETIVA NEGATIVA DE PAGAMENTO. PRELIMINAR AFASTADA.

SEGURO. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIAIS ('D&O INSURANCE'). PROCESSOS ADMINISTRATIVOS QUE DÃO CONTA DA INFRAÇÃO, PELO ADMINISTRADOR, AOS DEVERES DE CUIDADO E LEALDADE ('DUTIES OF CARE AND LOYALTY'). APURAÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS FRAUDULENTOS ANTERIOR À CONTRATAÇÃO E QUE NÃO FORAM INFORMADOS À SEGURADORA ('KNOWN ACTIONS'). EXCLUDENTES ABSOLUTOS DE

<sup>163</sup> *Habeas Corpus* nº 3.891-8, STJ, 6ª Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel, julgado em 15/12/1994.

RESPONSABILIDADE. PRECEDENTES DOUTRINÁRIOS ESTRANGEIROS. RECURSO IMPROVIDO. SEGURO. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIAIS ('D&O INSURANCE'). PRETENDIDO ADIANTAMENTO DOS CUSTOS PARA A DEFESA JUDICIAL DO ADMINISTRADOR. INADMISSIBILIDADE. NEGATIVA DA SEGURADORA BASEADA NAS EXCLUDENTES DE 'KNOWN ACTIONS' E 'DELIBERATE ACTS'. ADMISSIBILIDADE. ATOS DELIBERADAMENTE FRAUDULENTOS PRATICADOS E APURADOS ANTERIORMENTE À CONTRATAÇÃO DO SEGURO. RECONHECIMENTO JUDICIAL COMPROMISSO DE REEMBOLSO, ADEMAIS, QUE NÃO ESTÁ PREVISTO EM CONTRATO E NÃO PODE SER ADMITIDO. RECURSO IMPROVIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DETERMINADA COM BASE NO VALOR DA CAUSA. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO ESPECÍFICA PELAS PARTES INTERESSADAS. RECURSO IMPROVIDO. VOTO VENCIDO. Como já o disseram as partes, o contrato em questão não tem ainda uma utilização mais frequente na praxe comercial das sociedades. Parece que essa cultura alienígena só agora começa a tomar corpo na prática dos administradores nacionais. [...] Bem já o disseram as partes, igualmente, que não se vê precedentes jurisprudenciais sobre o tema no direito pátrio. Por sinal, se nem as partes cuidaram de referi-los (e a instrumentos vários de pesquisa e disponibilidade temporal e humana certamente têm elas!), dificilmente este Relator, ainda que muito pesquisasse, logrou encontrá-lo. Mas não é só de precedentes jurisprudenciais que carece o tema. É que não se logrou encontrar na doutrina brasileira, ao menos publicada, qualquer obra sobre o tema. Parece mesmo se tratar de assunto verdadeiramente inédito. Outra alternativa não restou a este Relator, em face da especialidade da matéria, do que valer-se de doutrina estrangeira. [...] Com essas observações, e ausente regulamentação específica na legislação pátria, devem servir de subsídio ao julgamento as condições em que negociado o contrato e o seu contraste com a conjuntura empresarial das companhias envolvidas.<sup>164</sup>

Ainda em outro julgado do TJSP, o Desembargador Relator Ariovaldo Santini Teodoro fez uso do direito civil francês e do italiano para dar uma nova interpretação, mais condizente ao caso sob análise, a um dos requisitos da ação pauliana, que seria a anterioridade do crédito impugnado. Aplicou o direito comparado para reverter a decisão de primeira instância e declarar a ineficácia do negócio jurídico, em razão do reconhecimento da fraude.

Ação pauliana ou revocatória. Fraude contra credores. Constituição de sociedades empresárias pelos devedores avalistas mediante transferência da totalidade ou quase totalidade dos bens de seus patrimônios. Diminuição maliciosa do patrimônio. Irrelevância de o instrumento de confissão de dívida ser posterior à transferência dos bens. Caracterização de fraude preordenada para prejudicar futuros credores. Anterioridade do crédito relativizada em face da intenção preordenada de fraudar. *Eventus damni* caracterizado. Prejuízo patente na prática do ato guerreado. Direito comparado aplicado à

<sup>164</sup> Apelação Cível nº 543.194.4/9-00, TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Vito Guglielmi, julgado em 11/12/2008.

espécie. Violação aos princípios informadores do código civil e à boa-fé objetiva. *Consilium fraudis* caracterizado. Alienação de todos os bens para sociedades empresárias constituídas pelos próprios devedores. Constantes alterações societárias e transferência de quotas para *off-shores*. Conluio fraudatório presumível. Fraude caracterizada. Ineficácia do negócio jurídico. Inversão da sucumbência. Procedência da ação. Recurso provido.

Agravo retido. Provas. Ausência de violação aos arts. 396 e 397 do CPC. Respeito ao contraditório e ampla defesa. Precedentes do C. STJ. Recurso desprovido.[...] Neste passo, são valiosas as lições do direito comparado. Ripert, no direito francês, trazido a lume pelo mestre Cahali, assim assevera "No direito francês, refere-se Ripert que, a partir de 1852, a Corte de Cassação tem decidido de maneira constante que os credores posteriores ao ato fraudulento podem por exceção impugnar esse ato se houve da parte do devedor *prévision frauduleuse*, e se o ato foi praticado para ludibriar os terceiros que viriam a contratar com ele ulteriormente" (CAHALI, op cit, pág 124) "E no direito italiano, o novo Código Civil tornou explícita a possibilidade, enquadrando em seu art. 2.901, entre os requisitos para a revocatória, que o devedor tivesse conhecimento do prejuízo que o ato ocasionava no direito do credor, ou, tratando-se de ato anterior ao nascimento do crédito, o ato fosse dolosamente predestinado a prejudicar satisfação daqueles direitos" (CAHALI, op cit, pág 124).<sup>165</sup>

Da mesma forma, em sede de embargos de declaração, o Desembargador Relator Maurício Simões de Almeida Botelho Silva, também do TJSP, valeu-se do direito comparado ao mencionar a decisão emanada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, para interpretar e harmonizar dispositivos constitucionais relacionados aos direitos à intimidade e à liberdade de expressão, conforme demonstram a ementa e trechos do acórdão referidos abaixo.

EMENTA - Embargos de Declaração – Omissão quanto ao teor do Acórdão - Ação de Indenização - Agravo Retido - contradita de testemunha - interesse pessoal no desfecho da demanda não demonstrado - precedentes - rejeição - Danos Morais - Matéria Jornalística - Alegados danos morais experimentados pelo Apelante, Juiz Federal de Segunda Instância, o qual teria sido vítima de campanha que reputa difamatória em decorrência de fatos envolvendo irregularidades alegadamente praticadas no exercício do cargo - matéria de evidente interesse jornalístico - Apelada que refere apenas fatos relacionados com a atuação funcional do Apelante – mero exercício de atividade jornalística, garantida pela Constituição Federal - precedentes - Apelante que se coloca como figura pública, em relação à qual os direitos à intimidade são minorados em nome de preceitos constitucionalmente relevantes de transparência e probidade administrativa - manifestações do Direito Comparado a dar amparo à postura da Apelada – Evidente interesse da sociedade em tomar ciência dos atos de seus agentes e figuras socialmente importantes - Agravo Retido e Recurso de Apelação conhecidos e improvidos. [...] Frise-se oportunamente que a reduzida privacidade das figuras públicas e a consequente exposição que devem tolerar já foi salientada até mesmo pela Suprema Corte dos Estados Unidos, a qual, julgando o momentoso caso HUSTLER MAGAZINE Vs.

<sup>165</sup> Apelação Cível nº 460.891.4/5-00, TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Ariovaldo Santini Teodoro, julgado em 05/12/2006.

FALWELL 485 US – 46 decidiu que os chamados "public officials" devem necessariamente estar preparados para tolerar e admitir invasões e agressões de sua vida privada aos quais as pessoas normais não estão sujeitas. Em relação a eles prevalece sempre e sempre a liberdade de informação garantida de forma expressa pela 1ª Emenda à Constituição, que as Cortes devem compulsoriamente reconhecer, prestigiar e abrigar. Ora, se naquele ordenamento normativo se aceita aquela decisão em nome do livre debate ideológico não é menos admissível a conclusão a que se chega neste caso, em nome do direito (ainda uma vez garantido constitucionalmente) da imprensa de exercer livremente sua atividade. E não é só. Aquela decisão refere de forma expressa a necessidade de demonstração de culpa e/ou dolo de parte do meio de comunicação como pressuposto do dever de indenizar. Observe-se o quanto referiu o "Chief Justice" WILLIAM REHNQUIST, Redator da decisão unânime daquela Corte Constitucional, que esta Relatoria se permite traduzir de forma livre e trazer a estes autos como precioso subsídio haurido do Direito Comparado, emanado de uma das mais importantes Cortes de Justiça do mundo civilizado: "No coração da Primeira Emenda está o reconhecimento da fundamental importância do livre fluxo de idéias e opiniões em matérias de interesse e preocupação pública. 'A [485 U.S. 46, 51] liberdade de expressão não é só um aspecto da liberdade individual – e assim um bem em si mesma – mas também é essencial à busca comum pela verdade e pela vitalidade da sociedade como um todo.'" Bose Corp. v. Consumers Union of United States, Inc., 466 U.S. 485, 503 -504 (1984). Temos, portanto, sido particularmente vigilantes ao assegurar que expressões individuais de idéias permaneçam livres de sanções impostas pelos governos. A Primeira Emenda não reconhece uma coisa como uma "falsa" idéia. Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323. 339 (1974). O tipo de robusto debate político encorajado pela Primeira Emenda tende a produzir um tipo de discurso que é crítico daqueles detentores de cargo público ou figuras públicas que são "intimamente envolvidas na solução de importantes questões públicas, ou, dada a sua fama, que moldam eventos em áreas de preocupação da sociedade como um todo" Associated Press v. Walker, decided with Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130. 164 (1967) (Warren, C. J., concordando com essa orientação o JUSTICE FRANKFURTER afirmou sucintamente em Baumgartner v. United States, 322 U.S. 665. 673 -674 (1944), "uma das prerrogativas da cidadania Americana é o direito de criticar homens e fatos públicos" Mas mesmo apesar do fato de inverdades terem pequeno valor em si próprias, elas são "de qualquer forma inevitáveis no debate livre e uma regra que venha a impor estrita responsabilidade em um editor por falsas afirmações factuais teria sem dúvida um efeito paralisador no discurso envolvendo figuras públicas, o qual tem valor constitucional. A liberdade de expressão requer 'espaço para respirar'. Esse espaço é fornecido por uma regra constitucional que permite que figuras públicas processem por danos materiais e morais apenas quando provem tanto que a declaração é falsa como que foi produzida com o necessário grau de culpabilidade." [...] Mesmo em se tratando de decisão proferida em contexto de País regido por sistema de "common law" tem-se como mais que evidente que os critérios de apuração de responsabilidade quanto a dever de indenizar são essencialmente os mesmos.<sup>166</sup>

<sup>166</sup> Embargos de Declaração nº 9127252-57.2005.8.26.0000/50002, TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado B, Relator Designado Desembargador Maurício Simões de Almeida Botelho Silva, julgado em 16/12/2010.

Em acórdão de agravo de instrumento, de relatoria designada do Desembargador Luiz Sabbato, a inversão do ônus da prova antes aplicada em primeira instância e mantida no voto do relator original, foi desconstituída pelo voto divergente do relator designado, com base em exemplos similares de não inversão do ônus da prova em razão da *diabolica probatio* (prova negativa), exemplos esses retirados do direito francês e italiano.

Inversão do ônus da prova — Hipóteses de admissibilidade e de inadmissibilidade — Pressupostos e orientações — Direito comparado - Doutrina e jurisprudência - Análise do caso concreto — Recurso provido. [...] Regida a inversão, consequentemente, pela hipossuficiência técnica, a doutrina estrangeira tributa o ônus da prova a quem melhor condição ostenta de cumpri-lo, assim muitas vezes na eliminação da "diabólica probatio", exemplificativamente quando ao consumidor se imputa o encargo de demonstrar que um produto não é bom, prova negativa à evidência. É na senda desse entendimento que sistemas jurídicos alienígenas vêm empregando a exceção da inversão aqui cogitada, mais claramente com o judicioso escopo de evitar a prova do não, a prova do nada, a prova do inexistente, v.g. a prova de não ter imóvel para quem alega não tê-lo, imputando a quem alega o contrário a obrigação de fazer prova positiva da existência. O ter é provável, podendo ser documentado e até fotografado. Do não ter ainda não se tem notícia de documento, muito menos de fotografia. [...] Na França, a mais alta Corte de Justiça do país presume a culpa dos nosocômios, aos quais, por inversão do ônus da prova quando o tratamento não dá resultado, cumpre demonstrar satisfeitas todas as exigências das regras de segurança hospitalar. "*Cette présomption de faute souffrait la preuve contraire : il appartenait à l'établissement de soins d'établir qu'il avait respecté toutes les règles d'asepsie : utilisation de matériel à usage unique, stérilisation du matériel réemployable (production des bons d'autoclaves par exemple), aseptie du bloc opératoire.... On parlait alors d'un renversement de la charge de la preuve destiné à soulager la victime de la diabólica probatio*" (Cour de Cassation - Civile, 1ère Chambre, 21 Mai 1996, Internet, [http://www.laportedudroit.com/htm/iuriflash/droitmedical/infectnos/infectnosoco\\_privé.htm](http://www.laportedudroit.com/htm/iuriflash/droitmedical/infectnos/infectnosoco_privé.htm)). (Esta presunção de culpa admite prova em contrário: pertence ao estabelecimento de saúde comprovar que respeitou todas as regras de assepsia: utilização de material descartável, esterilização de material reciclável (produção de bons esterilizadores, por exemplo), assepsia do bloco operatório... Fala-se assim da inversão do encargo da prova destinado a desonerar a vítima da diabólica probatio). [...] Os ativistas têm cogitações semelhantes na Itália, quando discutem a quem incumbe o ônus da prova na proteção dos consumidores contra a manipulação genética (<http://www.vepa.eom/attivisti/wwwboard2/messages/1.html>).<sup>167</sup>

<sup>167</sup> Agravo de instrumento nº 0007681-41.2011.8.26.0000, TJSP, 17ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Luiz Sabbato, julgado em 30/03/2011.

#### 4.1.3 No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Em acórdão da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Relator Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana retirou a condenação a título de *punitive damages*<sup>168</sup> – indenização de caráter pedagógico e coercitivo trazida pelo direito norte-americano – por entender, a partir da análise da doutrina e jurisprudência do direito estadunidense, que, *in casu*, tal instituto não seria aplicável.

Assim, na decisão em comento, emprega-se o direito comparado para melhor aplicar um instituto proveniente de direito alienígena, baseando-se na forma como este instituto – *punitive damages* – é aplicado pelo Judiciário nos Estados Unidos:

RESPONSABILIDADE CIVIL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NULIDADE DE SENTENÇA. Sentença que ultrapassou os limites impostos pela parte autora com o manejo de sua petição inicial, infringindo ao que dispõe os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil. Aplicação dos *punitive damages* em desacordo com os preceitos estabelecidos pelo direito comparado. PRESENÇA DE OBJETO ESTRANHO EM PRODUTO OFERTADO PELA RÉ. DANO MORAL. NÃO CABIMENTO. Demanda em que a parte autora pleiteia indenização por danos morais em decorrência da presença de corpo estranho em produto ofertado pela ré. Inexistência dos requisitos elencados para a configuração da responsabilidade civil. Não configuração do dano moral, uma vez que a situação se caracteriza como mero dissabor ou aborrecimento na convivência do dia-a-dia. Proveram a apelação da demandada e desproveram o apelo do demandante. Decisão unânime. [...] alguns critérios são utilizados no Direito Comparado a fim de controlar a incidência dos *punitive damages*, a fim de que não se torne banalizada a aplicação deste instituto. Explica JUDITH MARTINS COSTA e MARIANA SOUZA PARGENDLER acerca dos requisitos elencados: I. O grau de reprovabilidade da conduta do réu (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (*the tortious conduct evinced by indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others*); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ação repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente; II. A disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*; III. A diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes; (USOS E ABUSOS DA FUNÇÃO PUNITIVA. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>). Concluindo, “a doutrina dos *punitive damages* exige, como se viu, outros critérios – bem mais rigorosos –, não podendo ser diferente, sob pena de o instituto ser inútil aos próprios fins que persegue. Mesmo na presença de uma base filosófico-cultural eminentemente utilitarista, a doutrina norte-americana considera imprescindível –

<sup>168</sup> A tradução literal da expressão não evidencia totalmente o seu significado. Alguns autores tendem a traduzi-la como “condenações punitivas”.

para alcançar, efetivamente, um resultado socialmente útil com a punição/prevenção – a comprovação de elementos subjetivos (culpa grave, dolo, malícia, fraude etc.) a marcarem a conduta do ofensor. Do contrário, a aplicação indiscriminada da indenização punitiva, além de tornar-se um jogo de azar, acarretaria os fenômenos indesejáveis de hiper-prevenção e supercompensação, não tendo nenhuma eficácia no plano ético-pedagógico se estendida à responsabilidade objetiva”. Passado o ato introdutório, no que diz respeito a aplicabilidade do instituto alienígena, tenho que sua melhor interpretação não se coaduna ao caso em comento. Conforme exemplos e diretrizes adotadas (Ford Corporetaion v. Grimshaw; Texaco v. Pennzoil) a balizar a sua aplicação, este instituto seria aplicado como forma de penalizar o infrator para que este restituisse a parte lesada em montante pecuniário acima daqueles normalmente arbitrados a título indenizatório, tudo com o intuito de transportar um caráter pedagógico e coercitivo à condenação, a fim de que o fornecedor (aqui em sentido amplo) não mais pratique condutas lesivas aos consumidores. Ou seja, a sua essência está em reprimir a reincidência de condutas lesivas à coletividade, porém “beneficiando” a parte lesada que ingressou em juízo pleiteando a referida indenização.<sup>169</sup>

E, finalmente, em outra decisão emanada pelo TJRS, de relatoria do Desembargador Túlio de Oliveira Martins, o direito comparado foi utilizado para trazer à baila o instituto originário do sistema de *common law* da *implied warranty* (garantia implícita), no intuito de interpretar as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) de uma forma melhor adaptada ao caso em concreto.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. FRANGO ASSADO COM PENAS, DETRITOS E VÍSCERAS EM SEU INTERIOR. ALIMENTO PARCIALMENTE CONSUMIDO PELA FAMÍLIA. FATO DO PRODUTO. DEVER DE QUALIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL IN RE IPSA. Responde objetivamente o fabricante pelos danos morais gerados por acidente de consumo, no caso a comercialização de frango assado com detritos, penas e vísceras em seu interior. O produto que não se apresenta com a qualidade e segurança que dele se podia legitimamente esperar mostra-se defeituoso, nos termos do CDC. O sentimento de insegurança, repugnância e o nojo experimentados pelo autor e sua família foram a gênese do dano moral. Indenização elevada de dez para vinte salários mínimos, face à gravidade do fato. Fabricante denunciado à lide, em demanda de garantia julgada procedente. Princípio doutrinário de Antônio Herman V. Benjamin e Cláudia Lima Marques: “Realmente, a responsabilidade do fornecedor em seus aspectos contratuais e extracontratuais, presentes nas normas do CDC (art. 12 a 27), está objetivada, isto é, concentrada no produto ou no serviço prestado, concentrada na existência de um defeito (falha na segurança) ou na existência de um vício (falha na adequação, na prestabilidade). Observando a evolução do direito comparado, há toda uma evidência de que o legislador brasileiro inspirou-se na idéia de garantia implícita do sistema da *commom law* (*implied warranty*). Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso, e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que deles se espera. Há efetivamente

<sup>169</sup> Apelação Cível nº 70027155902, TJRS, 10ª Câmara Cível, Relator Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgado em 17/12/2009.

um novo dever de qualidade instituído pelo CDC, um novo dever anexo à atividade dos fornecedores. (...)" APELO DO AUTOR PROVIDO EM PARTE. APELOS DA RÉ E DA DENUNCIADA DESPROVIDOS.<sup>170</sup>

Após a exposição analítica de algumas formas que o direito comparado vem sendo aplicado na fundamentação de decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros, procede-se a uma breve exposição de exemplos de uso do método comparativo na jurisprudência estrangeira.

#### 4.2 O uso do direito comparado na jurisprudência estrangeira

Assim como no direito brasileiro, o direito português não dispõe de nenhuma previsão legal favorável ao uso do direito comparado. Não obstante, sabe-se que, nos julgados do Tribunal Constitucional Português (TCP), o direito comparado é comumente aplicado como adendo à fundamentação das decisões e, em algumas delas, é até mesmo utilizado na veia principal da sentença, ou seja, em sua parte conclusiva, como ensina Cardoso:

Desde a sua institucionalização formal, o Tribunal Constitucional Português (TCP) sempre se posicionou numa linha favorável ao uso do argumento comparado, apesar de inexistir no ordenamento jurídico qualquer determinação legal nesse sentido. [...] Se em um primeiro instante a análise jurisprudencial permite aduzir que as citações estrangeiras são empregadas mais como componente acessório do que como exigência de fundamentação das decisões, verifica-se que em algumas decisões o Direito comparado é levado em conta inclusive na parte conclusiva da sentença. Tanto é verdade que, em decisão recente, o dado comparado surgiu como importante para a afirmação de que a norma portuguesa referente ao direito à revisão de sentenças não gozava de "fundamento suficientemente relevante na óptica constitucional para a solução normativa impugnada", obrigando a norma impugnada a ceder diante do resultado da interpretação comparada. (2010, p. 472 e 473)<sup>171</sup>

No mesmo sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos já empregou o direito comparado como ferramenta para a solução de litígios. Mas, essa utilização, em geral, se deu apenas de forma exemplificativa na fundamentação de suas decisões:

É paradigmático a esse respeito o caso "*Printz versus Estados Unidos*", de 1997, no qual se discutiu a constitucionalidade do "*Brady Handgun Violence Prevention Act*", que instituiu um sistema nacional

<sup>170</sup> Apelação Cível nº 70026510750, TJRS, 10ª Câmara Cível, Relator Desembargador Túlio de Oliveira Martins, julgado em 24/09/2009.

<sup>171</sup> CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2010. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5es/direitogv12/06.pdf>> Acesso em 22 mai. 2011.

de controle de armas de fogo. Contraditado a respeito da sua compatibilidade com o federalismo e a vontade dos *founding fathers*, manifestou-se no caso o juiz Stephen Breyer, que também em nome do juiz Stevens suscitou o federalismo suíço e alemão, bem como a própria experiência européia, recordando sempre que ele estava consciente de que o objeto de interpretação era a Constituição norte-americana, mas que a comparação se fazia importante para abrir o leque de possibilidades de soluções a problemas comuns. (2010, p. 473 e 474)<sup>172</sup>

Uma outra decisão americana, mencionada por Vlad Perju, ilustra a forma como os direitos de outras nações são citados na jurisprudência dos Estados Unidos:

*For instance, writing in Lawrence v. Texas about the right of adults to engage in intimate, consensual homosexual conduct, Justice Kennedy found that “(t)he right the petitioners seek in this case has been accepted as an integral part of human freedom in many other countries - Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 576.”* (2010, p.1)<sup>173</sup>

Todavia, cabe ressaltar o entendimento de juízes como Antonin Scalia, da Suprema Corte dos Estados Unidos, que, com sua “*nationalist jurisprudence*” não tem se colocado a favor do uso do direito estrangeiro na interpretação da Constituição norte-americana, sob o argumento de “que a comparação seria importante apenas no momento de redigir a Constituição, jamais na sua interpretação” (CARDOSO, 2010, p. 474).

Por fim, é importante mencionar a experiência da Corte Constitucional Sul-Africana, uma vez que a Constituição da República da África do Sul de 1996 prevê expressamente a utilização do método comparativo na interpretação do texto constitucional como ferramenta para a garantia dos direitos e liberdades fundamentais ali dispostos.

Dessa forma, os juízes do País regularmente recorrem à comparação, em especial com os direitos estrangeiros que serviram de inspiração ao texto constitucional, conforme ensina Cardoso:

Examinando a realidade jurídica do maior país do continente africano, Rinella (2006) mostra que o uso do direito comparado pelos juízes da Corte constitucional possui legitimação expressa em razão do artigo 39, I, da Constituição da República da África do Sul de 1996, o que alça a comparação jurídica à condição de instrumento de interpretação e concretização da carta de direitos e das liberdades fundamentais. Naquele país, os juízes promovem especialmente a

---

<sup>172</sup> Ibidem.

<sup>173</sup> “Por exemplo, no caso Lawrence v. Texas sobre o direito dos adultos de se envolverem em conduta íntima e consensual homossexual, Justice Kennedy colocou que “o direito que os petionários buscam, neste caso, tem sido aceito como parte integrante da liberdade humana em muitos outros países - Lawrence v. Texas, EUA 539 558, 576.” (tradução nossa). PERJU, Vlad. *Cosmopolitanism and constitutional self-government*. Boston College Law School Faculty Papers, 2010, paper 308. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/lsp/308>>. Acesso em 21 mai. 2011.

comparação com os ordenamentos jurídicos que serviram de fonte para os textos constitucionais recentes (a Constituição provisória de 1993–1994 e a atual, acima referida). [...] É ilustrativa a sentença do caso “Zuma versus Estado”, a primeira a tratar da interpretação do texto constitucional provisório e que versou sobre a distribuição do ônus de provar a espontaneidade de uma confissão nos termos da lei processual penal em face da presunção de inocência estatuída pelo regramento constitucional, na qual já se sentiu forte influência do direito canadense tanto no estudo técnico (*two stages*, balanceamento) quanto na metódica da interpretação constitucional. (2010, p. 474 e 475)<sup>174</sup>

Como já dito, e para concluir este capítulo, vale reforçar que uma infinidade de outros casos de apelo ao direito comparado, tanto na jurisprudência pátria quanto na estrangeira, poderiam ser compilados, caso este estudo, em sua extensão, permitisse tal aprofundamento.

---

<sup>174</sup> CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2010. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5es/direitogv12/06.pdf>>. Acesso em 22 mai. 2011.

## Considerações Finais

*Un juriste ne doit pas seulement être le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit des textes de loi; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral, et, parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances.*  
Georges Ripert<sup>175</sup>

Grande parte dos estudos de direito comparado foi realizada somente a partir do século XIX e, por conseguinte, os doutrinadores do tema, em sua maioria, consideram-no como o marco do surgimento do direito comparado. Todavia, constatou-se que o início do uso do direito comparado remonta à Grécia e a Roma antigas, onde a observação de outros direitos, por meio do método comparativo, foi utilizada na elaboração das primeiras leis atenienses e romanas.

Muito se discutiu e ainda se discute sobre a natureza jurídica do direito comparado. Os estudiosos do assunto opinam de forma divergente, dividindo-se em duas correntes principais: a daqueles que consideram o direito comparado como uma ciência autônoma e a dos que o avaliam como um método. Entretanto, tais correntes se confundem, uma vez que nenhum dos dois conceitos é colocado de forma absoluta, de maneira que os defensores da concepção de ciência autônoma por vezes se filiam à corrente metodológica e vice-versa. O desafio de se pacificar um só entendimento quanto à natureza do direito comparado continua e multiplicam-se, cada vez mais, as opiniões entre os autores que tentam superá-lo.

Parece, contudo, que, não importando a classificação acadêmica escolhida para o tema, o direito comparado tem claramente um objetivo prático e de extrema relevância para o mundo em que vivemos hoje e, ainda mais, para aquele no qual viveremos amanhã: o aprimoramento dos diversos direitos existentes.

A atual conjuntura mundial, marcada por um intercâmbio de pessoas e de bens cada dia maior, assim como por atividades negociais que extrapolam os limites dos Estados, não comporta mais a permanência em uma “clausura nacionalista” que ofusca a abertura dos direitos domésticos desde o “advento das codificações”<sup>176</sup>. Os

<sup>175</sup> In DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. vol. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>176</sup> As expressões mencionadas foram inteligentemente colocadas por San Tiago Dantas ao dissertar sobre o tema. In DOLINGER, Jacob. *Direito uniforme, direito internacional privado e direito comparado*. Disponível em: <<http://leonildoc.orgfree.com/curso/dolinger3.htm>>. Acesso em 21 mai. 2011.

operadores do direito não podem ficar adstritos às leis locais, sob pena de instalarem o anacronismo na jurisprudência pátria.

É nesse contexto que se torna imperativo o emprego da comparação para o aperfeiçoamento dos diversos direitos, uma vez que tanto os Estados quanto os aplicadores da norma, seja utilizando ou criando leis, não podem se furtar a verificar o funcionamento dos vários ordenamentos jurídicos, dos quais é possível se extrair múltiplas soluções para os mesmos problemas enfrentados no direito doméstico.

Ressalte-se que a utilização do método comparativo não tem como foco a unificação mundial dos direitos, como foi idealizada por Immanuel Kant. E nem mesmo objetiva a supressão das particularidades dos diversos ordenamentos jurídicos que decorrem, mormente, da multiplicidade de culturas existentes.

O direito comparado não visa ignorar a diversidade de tradições jurídicas que tanto enriquece a humanidade, mas, sim, provocar um intercâmbio e uma abertura maior que só tendem a fazer com que tais culturas evoluam cada vez mais, possibilitando o aperfeiçoamento de soluções para os conflitos.

Assim, o direito comparado mostra-se de grande valia no processo de elaboração das leis, porque dinamiza o ordenamento doméstico por meio das vantagens trazidas pela observação das normas criadas por outros Estados. Da mesma forma, tem sido relevante na resolução de conflitos, ao buscar melhores soluções empregadas por julgadores de outros países, o que é perfeitamente justificável e bem-vindo quando não se dispõe, no direito local, de ferramentas jurídicas apropriadas e suficientes para a mais justa e correta resolução de um litígio.

O método comparativo é também fundamental para uma melhor compreensão entre os Estados no âmbito das relações internacionais, uma vez que se sabe que o desconhecimento e a ignorância quanto às culturas e direitos estrangeiros é uma das causas de geração de conflitos internacionais.

Essencial ainda se faz o emprego do direito comparado para a garantia e a efetividade dos direitos humanos e dos direitos ambientais, tendo em vista que transcendem à esfera dos Estados, porque dizem respeito a toda a humanidade e são, por isso, considerados transnacionais. Sobre esses direitos, o Estado não possui o monopólio de criação da norma e é necessário que o ordenamento interno se adapte à proteção a eles conferida no plano internacional, o que só é possível ser feito com a aplicação do direito comparado.

É também pela importância do uso do direito comparado no mundo contemporâneo, bem como pelas diversas formas de sua aplicabilidade na resolução de conflitos, que a jurisprudência, tanto pátria quanto estrangeira, frequentemente

revela a sua utilização pelos juízes, não somente como ferramenta exemplificativa e de menor importância para as sentenças, mas, e principalmente, como fundamento basilar de suas decisões.

Contudo, para que o emprego do direito comparado na solução de conflitos seja contemplado na prática jurídica, é preciso que os direitos-objeto de comparação tragam um mínimo imprescindível de semelhança.

Toda a aplicação do direito comparado na solução de conflitos tem sido feita sem que haja qualquer artigo de lei ou de regimento interno dos Tribunais determinando o seu emprego, seja como forma de interpretação da lei ou como fonte subsidiária no caso de lacunas da lei<sup>177</sup>.

Face a todas essas incursões no terreno do direito comparado, é de se esperar, para um futuro próximo, uma previsão legal que o eleve ao mesmo patamar de fonte do direito, no qual se encontram a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, previstos no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Afinal, Miguel Reale, já afirmava que “[...] os princípios gerais de direito seriam os do direito comparado.”<sup>178</sup> E muito antes dele, Hugo Grotius afiançava que alguns princípios de direito eram comuns a todos os ordenamentos<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Exceção a esta assertiva se encontra no âmbito do direito do trabalho, uma vez que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT prevê expressamente no seu Art. 8º a aplicação do direito comparado no caso de ausência de disposição legal ou contratual: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

<sup>178</sup> In TAVARES, Ana Lucia de Lyra. Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro. *Prisma Jurídico*, São Paulo, vol. 5, p. 59-77, 2006, p. 60. Disponível em: <[http://interno.uninove.br:82/PDFs/Publicacoes/prisma\\_juridico/pjuridico\\_v5/prismaj\\_v5\\_3b19.pdf](http://interno.uninove.br:82/PDFs/Publicacoes/prisma_juridico/pjuridico_v5/prismaj_v5_3b19.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2011

<sup>179</sup> In CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado: Introdução ao Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

## Referências

---

- BARBOSA, Salomão Almeida. As relações internacionais na Constituição da Argentina. *Revista Jurídica*. vol. 7, n. 74, ago.-set., Brasília: 2005.
- BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio (org.). *Vade Mecum*: especialmente preparado para a OAB e Concursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do direito compiladas por Dr. Nello Morra. São Paulo: Ícone, 1995.
- CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2010. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv12/06.pdf>> Acesso em 22 mai. 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado*: Introdução ao Direito Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DA SILVA, José Afonso. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DE AGUIAR, Ana Lúcia. *História dos sistemas jurídicos contemporâneos*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 37.
- DE CASTRO JÚNIOR, Oswaldo Agripino. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, UnigranRio, Ibradd, 2002.
- DE CICCIO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do Direito*. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE MAGALHÃES, José Carlos; DO VALLE, Regina Ribeiro. Mundialização do direito. In LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coordenadores). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. vol. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOLINGER, Jacob. *Direito uniforme, direito internacional privado e direito comparado*. Disponível em: <<http://leonildoc.orgfree.com/curso/dolinger3.htm>> Acesso em 21 mai. 2011.

DO NASCIMENTO, Luiz Sales. *Por uma teoria geral do direito constitucional comparado*. Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2010.

FORSYTHE, David P. et al. *Comparative juridical review*. Pan American Institute of Comparative Law. Florida: Coral Gables e Rainforth Foundation, vol. 21, 1984.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Notas introdutórias ao direito comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1649, 6 jan. 2008. Disponível em<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10824>>. Acesso em 21 mai. 2011.

GUTTERIDGE, Harold Cooke. *Comparative law: an introduction to the comparative method of legal study & research*. 2ª ed. Cambridge: University Press, 1949

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos*. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO INTERNACIONAL (Unidroit). Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit/copy%20of%20unidroit.html>> Acesso em 24 mai. 2011.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005.

KHALED JR., Salah H. Trajetória histórica e questões metodológicas de direito comparado. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul, nº 74, 1º mar. 2010. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7267](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7267)>. Acesso em 22 mai. 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KIEKBAEV, Djalil I. Comparative Law: method, science or educational discipline?. *E.J.C.L.*, vol. 7.3., set. 2003. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/73/art73-2.html>>. Acesso em 21 mai. 2011.

LAMBERT, Édouard. *La fonction du droit civil comparé*. Paris: Giard, 1903.

MATHIAS DE SOUZA, Fernando Carlos. O Mercosul e o direito de integração. *Correio Brasiliense*, Suplemento de Direito & Justiça. Distrito Federal, 26 mar. 2001.

Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/publicacoes/10anosmercosul/merco-dir-integracao>> Acesso em 12 ago. 2011.

MCCLEAN, David; BEEVERS, Kisch. *The Conflict of Laws*. 7ª ed. London: Thomson Reuters, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *L'Esprit des lois*. France: Larousse, 2001.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 26ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAIVA, Ataulpho Napoles de Paiva. *O Brasil no congresso internacional de direito comparado de Paris*, 1900. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=212>>. Acesso em 23 mai. 2011.

PERJU, Vlad. *Cosmopolitanism and constitutional self-government*. Boston College Law School Faculty Papers, 2010, paper 308. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/lfp/308>>. Acesso em 21 mai. 2011.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Direito estrangeiro e direito comparado: distinções necessárias. *Evocati* revista, 14 abr. 2008. Disponível em: <[http://evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp\\_page=interna&tmp\\_codigo=208&tmp\\_secao=24&tmp\\_topico=direitointernacional](http://evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=208&tmp_secao=24&tmp_topico=direitointernacional)> Acesso em 21 mai. 2011

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em mai/jun 2011.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZEK, José Franciso. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Como utilizar o direito comparado para a elaboração de tese científica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23ª ed. ver. e atualizada. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Como se lê a Constituição: abordagem metodológica da interpretação constitucional. *Direito Público*, nº 6, out-nov-dez/2004, Estudos, Conferências e Notas. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/470/441>> Acesso em 10 jun. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA-STJ. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em mai-jun. 2011.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial* nº 1.079.185-MG, STJ, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrigli, julgado em 11/11/2008. Informativo nº 0376. Período de 10 a 14 de

novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em 1º mai 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: mai/jun/jul. 2011.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro. *Prisma Jurídico*, São Paulo, vol. 5, p. 59-77, 2006. Disponível em: <[http://interno.uninove.br:82/PDFs/Publicacoes/prisma\\_juridico/pjuridico\\_v5/prismaj\\_v5\\_3b19.pdf](http://interno.uninove.br:82/PDFs/Publicacoes/prisma_juridico/pjuridico_v5/prismaj_v5_3b19.pdf)> Acesso em 31 jul. 2011.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O ensino do direito comparado no Brasil contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica, v.9, n.29, p 69 a 86 - jul/dez. 2006. Disponível em: <[www.iidc.com.br/artigos/Lyra\\_n29.pdf](http://www.iidc.com.br/artigos/Lyra_n29.pdf)> Acesso em 21 mai. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO-TJSP. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em mai/jun/jul. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL-TJRS. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em mai/jun/jul. 2011.

UNITED NATIONS EDUCACIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION- Unesco. Disponível em: <[www.unesco.org](http://www.unesco.org)>. Acesso em: 20 mai. 2011.

VALLADÃO, Haroldo Teixeira. Direito internacional privado, direito uniforme e direito comparado. Separata da revista *Ciências Jurídicas*, ano 1, nº 1, do Instituto Clóvis Beviláqua. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará, 1961.