

1. BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO COMPARADO GERAL E AO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

O presente capítulo tem finalidades propedêuticas, posto ter por objetivo introduzir o leitor no campo do conhecimento abordado, delimitando-o, esclarecendo algumas confusões e equívocos comuns, e delineando tão bem quanto possível o objeto do Direito Comparado em geral e do Direito Constitucional Comparado em particular.

Não pretende ser exaustivo, consistindo antes em uma introdução sumária a questões epistemológicas, teóricas e metodológicas do Direito Comparado Geral e do Direito Constitucional Comparado, remetendo-se o leitor desejoso de aprofundamentos à bibliografia especializada indicada ao final.[1]

A primeira parte dedicar-se-á ao Direito Comparado Geral ao passo que a segunda terá por objeto o Direito Constitucional Comparado propriamente dito.

1.1. Direito Comparado

Para começar faz-se necessário compreender em que consiste o Direito Comparado, qual seu estatuto epistemológico, seu objeto e seus métodos.

O Direito Comparado, como aqui concebido, é o ramo da Ciência Jurídica que se propõe a compreender o direito a partir da utilização de métodos comparativos (SGARBOSSA; JENSEN: 2008).

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Ou seja, trata-se de um ramo do conhecimento científico que busca, por meio de abordagem comparativa, estabelecer semelhanças e dessemelhanças entre diferentes sistemas jurídicos para, ao final, extrair conclusões, ampliando o conhecimento sobre o fenômeno jurídico.

Tal disciplina científica nasce no século XIX, a despeito de estudos comparativos de textos legais existirem desde a Antiguidade, como destacam muitos autores.

Primeiramente, portanto, convém esclarecer que, a despeito de muitos sustentarem tratar-se o Direito Comparado de simples método, aqui se espousa a visão segundo a qual o Direito Comparado constitui verdadeira Ciência ou, mais apropriadamente, um ramo da Ciência do Direito (DANTAS, 2010).

Existem diversos motivos para tal tomada de posição, que partem desde o fato de não existir um único método comparativo, como se verá melhor adiante, quanto pelo fato de que o Direito Comparado já se constitui em um conjunto de conhecimentos sistematizado, demonstrável e metodologicamente orientado, que evidencia sua autonomia epistemológica em face de outros ramos da Ciência Jurídica.

O Direito Comparado é um ramo do conhecimento que se situa a meio caminho entre a Dogmática Jurídica e a Teoria do Direito. Com efeito, a dogmática jurídica preocupa-se com o conhecimento do direito circunscrito a um sistema jurídico nacional, e, frequentemente, a um ramo deste.

Já a Teoria do Direito visa propiciar uma compreensão que abranja o fenômeno jurídico a partir de seus aspectos mais gerais – os sistemas jurídicos enquanto tais, em oposição a outros sistemas

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

normativos, como os sistemas sociais ou morais – sem descer às minúcias de sistemas jurídicos particulares.

O Direito Comparado insere-se precisamente no âmbito não coberto nem pela Dogmática Jurídica – dirigida especificamente aos sistemas jurídicos positivos nacionais ou parte deles – nem pela Teoria do Direito ou Teoria Geral do Direito – dirigida aos sistemas jurídicos em geral.

O Direito Comparado busca compreender o fenômeno jurídico a partir da análise comparativa de diferentes sistemas não apenas quanto à sua forma e estrutura geral, mas também quanto a seu conteúdo.

No estudo do Direito Comparado, duas abordagens principais são possíveis. A primeira consiste no estudo comparativo de sistemas jurídicos no sentido de famílias ou tradições jurídicas. A segunda, no estudo comparativo de sistemas jurídicos nacionais – dois ou mais.

Os frutos dos estudos de Direito Comparado na primeira seara são amplamente conhecidos. A partir do estudo comparativo de sistemas jurídicos como o Romano-Germânico, o Common Law, a Char'ia e outros, formou-se todo um campo do conhecimento destinado a compreender de forma ampla diferentes sistemas jurídicos.[2]

Estudando sistemas que compartilham origens e características comuns, formaram-se as conhecidas classificações de famílias ou grandes sistemas do direito, como as propostas por René David e outros.

No outro extremo, estudos mais recentes de Direito Comparado tem focado em comparações entre dois ou mais sistemas jurídicos nacionais, notadamente entre ramos ou aspectos particulares desses.

Assim, é possível um estudo de princípios, normas,

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

instituições jurídicas, ramos do direito ou outros elementos pertencentes a dois ou mais sistemas jurídicos nacionais.[3]

Naturalmente existem outras possibilidades. Não seria possível apenas a comparação entre grandes sistemas jurídicos (agrupamentos de sistemas jurídicos nacionais aparentados) ou a comparação entre sistemas jurídicos nacionais.

É possível, alternativamente, a comparação de sistemas jurídicos internacionais – a comparação entre dois sistemas regionais de proteção de direitos humanos, por exemplo – ou, ainda, a comparação de sistemas jurídicos parcelares integrantes de um sistema jurídico nacional – a comparação entre o direito de dois ou mais municípios ou, em federações, de dois ou mais Estados federados, por exemplo.

Além disso, os estudos juscomparativos abrangem a macro-comparação, expressão designativa da tentativa de comparar sistemas como um todo, da micro-comparação, expressão designativa do esforço em comparar parcelas de sistemas jurídicos, como normas isoladas ou institutos jurídicos – tal como a propriedade, os contratos, ou os writs constitucionais.

Além disso, é importante ressaltar, sem se deter no assunto, que a concepção atual de Direito Comparado não se resume a legislação comparada. Todo estudo juscomparativo contemporâneo deve recorrer não apenas à legislação, mas igualmente à doutrina e à jurisprudência, para uma adequada compreensão das diferentes ordens jurídicas.

Como ramo da Ciência Jurídica que é, o Direito Comparado tem como principal finalidade a produção de conhecimento. Nada obstante, são muito conhecidas e bastante discutidas suas funções práticas – o

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

denominado Direito Comparado Aplicado.

Entre elas encontram-se questões relativas à política legislativa, aos processos de integração regional, à aplicação extraterritorial de direito estrangeiro, por força das normas de reenvio formal, entre outros.

Há que se observar que, como se pode perceber, o Direito Comparado não se confunde com o Direito Internacional Público ou Privado. Também não se pode confundir Direito Comparado com o direito estrangeiro, pois este último refere-se a qualquer sistema jurídico que não seja o nacional. É normalmente a “matéria prima” dos estudos comparativos, mas não se confunde com o Direito Comparado.

O Direito Comparado tampouco se confunde com a História do Direito, embora mantenha com ela fortes relações e embora a maioria dos estudos – como o presente – recorram, simultaneamente, à comparação e ao método histórico.

Com efeito, aquilo que se realiza no Direito Comparado, normalmente, é a comparação sincrônica, vale dizer, a comparação realizada entre sistemas vigentes simultaneamente, normalmente na atualidade.

A História do Direito, por sua vez, realiza a comparação diacrônica, ou seja, a comparação entre diferentes momentos históricos de um mesmo sistema jurídico.

A despeito de tal separação em termos de objeto e método, deve-se registrar que ambos os campos do saber – Direito Comparado e História do Direito – implicam-se e requerem-se reciprocamente, não sendo possível fazer estudos juscomparativos sem o apoio da História do Direito.

Vistos rapidamente tais aspectos epistemológicos e

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

teóricos do Direito Comparado, convém examinar algumas questões metodológicas.

Toda comparação, juízo lógico que é, reclama pelo menos dois objetos que tenham ao menos um aspecto comum para tornar possível a comparação.

O primeiro elemento de uma comparação jurídica é denominado comparandum, e normalmente consiste no sistema jurídico nacional.

O segundo elemento é comumente denominado comparatum, e corresponde a um ou mais sistemas estrangeiros com relação aos quais o pesquisador irá proceder à comparação.

O comparatum pode ser singular – um único ordenamento jurídico – ou plural – diversos ordenamentos jurídicos.

O aspecto a ser comparado entre ambos os elementos da comparação jurídica é normalmente denominado tertium comparationis ou termo a comparar. Consiste na parcela, fração ou aspecto dos ordenamentos jurídicos em comparação que serão enfocados.

Assim, a título de exemplo, é possível realizar uma pesquisa comparativa cujo comparandum seja o direito brasileiro, cujo comparatum seja o direito francês, o direito inglês e o direito norte-americano e cujo termo a comparar seja o valor do montante da indenização decorrente de responsabilidade civil por dano extracontratual.

Trata-se de uma pesquisa de responsabilidade civil por dano extracontratual (termo a comparar) abrangendo um comparandum singular – o direito brasileiro – e um comparatum múltiplo – os direitos francês, inglês e norte-americano.[4]

A despeito de tal aspecto esquemático e

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

essencialmente lógico da comparação, a literatura dedicada ao tema adverte para o fato de não existir um único método comparativo, mas vários.

É comum a alusão ao método comparativo-descritivo, assim entendida a comparação que se situa no nível dos componentes elementares de um sistema jurídico – as normas. Também é conhecida a alusão a um método dito técnico-comparativo, cujo escopo é um pouco mais amplo, situando-se no nível das instituições jurídicas - como a propriedade, o matrimônio ou o controle de constitucionalidade, por exemplo.

Fala-se, ainda, em um método estrutural-comparativo, com enfoque mais amplo, que visa compreender o sistema jurídico de maneira ampla, enfatizando sua estrutura geral (abrangendo grandes divisões, conceitos, a concepção da norma jurídica, entre outros aspectos, como ensina René David).

O método mais recente e que tem sido considerado a “virada copernicana” no campo juscomparativo, no entanto, tem sido o método funcional-comparativo.

Tal método parte de um problema qualquer e investiga, de maneira ampla, que normas ou instituições de diferentes sistemas jurídicos tentam resolvê-lo.

É um método que enfatiza o estudo de casos e a busca da comparação de suas soluções, onde quer que estejam elas – seja na responsabilidade penal, civil, administrativa, política ou outra, por exemplo.

Tem sido considerado um método superior por muitos, na medida em que possibilitaria uma visão mais acurada dos sistemas jurídicos, evitando conclusões equivocadas baseadas em falsas analogias ou incompreensões devidas à assimetria dos diversos sistemas jurídicos.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

É considerado superior, também, por favorecer o estudo de sistemas bastante distintos entre si, o que não significa que tal método também não tenha sido objeto de críticas.

Inúmeros outros aspectos relevantes e importantes fazem parte do universo analítico, teórico e metodológico do Direito Comparado.

A título de exemplo, o problema da circulação de modelos e da recepção de direito é um tema explorado por muitos estudos de Direito Comparado.[5]

Ainda, o problema dos formantes jurídicos e dos “criptotipos”, levantado por Rodolfo Sacco e desenvolvido no âmbito das teorias críticas da Escola de Turim.[6]

Outras questões, mais propriamente metodológicas, como as questões relativas aos limites da traduzibilidade, a técnica da “homologação” e outras relativas a questões linguísticas também poderiam ser objeto de exame.[7]

Para fins do presente estudo, no entanto, as breves premissas analíticas, teóricas e metodológicas ora levantadas são suficientes para avançar, eis que seu objeto não é apenas de Direito Comparado, mas de Direito Constitucional Comparado, especialização daquele.

Diante disso, o tópico sucessivo irá rememorar ao leitor aspectos básicos do Direito Constitucional e introduzi-lo ao Direito Constitucional Comparado, preparando, assim, os tópicos seguintes.

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

1.2. Direito Constitucional Comparado

Após a brevíssima aproximação ao Direito Comparado Geral realizada no tópico anterior, convém ingressar no âmbito do Direito Constitucional Comparado, a partir de um resgate inicial de temas de Direito Constitucional Geral.

Primeiramente devem ser recordados alguns dos sentidos das expressões constituição, Direito Constitucional e constitucionalismo.

Constituição é expressão ambígua, equívoca e plurívoca. Entre os diversos sentidos possíveis, alguns são imprescindíveis para o presente estudo.

Primeiramente, do ponto de vista da Teoria do Direito, a constituição pode ser concebida em sentido material e em sentido formal.

Em sentido material, uma constituição seria uma norma ou conjunto de normas sobre a produção das demais normas de um sistema jurídico (KELSEN, 2003).

Ou seja, do ponto de vista de autores como Kelsen, o conceito de constituição em sentido material corresponderia àquelas normas que estabeleceriam como podem ser criadas outras normas no sistema – quais os órgãos competentes, quais os procedimentos, e assim por diante.[8]

Em sentido formal, por outro lado, constituição seria uma norma ou conjunto de normas dotadas de determinadas características formais essenciais.

Nesse sentido, normas constitucionais seriam aquelas que não reconheceriam quaisquer outras normas de direito positivo a elas superiores, tendo como traços característicos a supremacia (ou suprallegalidade) e a rigidez (ou imodificabilidade

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

relativa) (KELSEN, 2003).

A supremacia significa exatamente que as normas constitucionais ocupariam a posição hierárquica mais elevada na estrutura escalonada do ordenamento jurídico positivo, constituindo a fonte de validade de todas as demais normas jurídicas.

A imodificabilidade relativa, por sua vez, significa que tais normas não poderiam ser alteradas pelo mesmo procedimento legislativo que as demais normas integrantes do ordenamento jurídico, exigindo processo mais difícil ou gravoso (traduzido na exigência de um maior número de turnos, de quóruns qualificados, ou outras exigências formais).

Das duas características formais mencionadas, decorre que quaisquer normas que delas se revistam integram a constituição formal – independentemente da matéria ou conteúdo de que tratem. Decorre, ainda, a invalidade das disposições infraconstitucionais – notadamente legais – que contrariem normas constitucionais.

É de tal distinção basilar entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais – que remonta, em última análise, à distinção de Sieyès entre poder constituinte e poderes constituídos – que decorre a noção de inconstitucionalidade – examinada adiante – e, conseqüentemente, os institutos contemporâneos de controle de constitucionalidade.

Além dos sentidos de constituição, aqui brevemente explorados, há que se chamar a atenção para o sentido mais comum na teoria constitucional, que poderia ser denominado de noção garantista de constituição.

De um ponto de vista histórico, a expressão constituição começou a ser utilizada há muito para designar o conjunto de princípios constitutivos de uma

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

sociedade politicamente organizada (nesse sentido falava-se, por exemplo, em constituição de Atenas, ou constituição de Esparta, e assim por diante).

Tal uso da expressão constituição perdurou durante muito tempo, utilizando-se frequentemente a expressão “constituição política” para descrever o conjunto de princípios, normas e instituições que regiam um reino, um império, uma república ou, mais recentemente, um Estado.

A constituição política traduzia, portanto, um conjunto de instituições que conferiam as características básicas essenciais sobre a origem, o exercício e a forma de transmissão ou exercício do poder (opondo repúblicas a monarquias, democracia e autocracia, por exemplo), entre outros aspectos.

A partir das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, no entanto, a expressão constituição sofreu uma ressignificação.

Referidas revoluções, como é sabido, puseram fim ao Antigo Regime, acabaram com as sociedades estamentais estratificadas e hierarquizadas e com os privilégios de castas, bem como aos Estados absolutistas.

As monarquias absolutistas, como se sabe, eram caracterizadas pela concentração de todos os poderes e funções políticas em mãos do monarca, que os exercia diretamente ou por órgãos delegados. Sua marca era, sabidamente, a ausência de limites ao poder político, concebendo-se o soberano como livre de amarras ou limites jurídicos – *legibus solutus* – e, conseqüentemente, detentor de poderes de vida e morte sobre o súdito (recorde-se, entre todos, as concepções de Thomas Hobbes no *Leviatã*).

Sob tais sistemas políticos, o poder político era

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

exercido de cima para baixo, sem mecanismos de participação dos súditos – pelo menos dos plebeus – na tomada de decisões. O fundamento de legitimidade do poder era a doutrina da origem divina deste, não radicando no consentimento dos governados.

A lei era concebida como decorrência da vontade do soberano, e era difundida a concepção de que este não podia ser por ela limitado. As sociedades eram divididas em castas fechadas, como a nobreza, o clero e os plebeus, cada um gozando de estatutos jurídicos próprios.

As nobres e clero reservavam-se inúmeros privilégios, ao passo que para os plebeus abundavam as obrigações e os deveres. Não havia igualdade política ou jurídica, abundando as discriminações baseadas em casta, religião ou outros critérios.

Com base em valores como liberdade, igualdade e fraternidade, as revoluções liberais propuseram-se a reformular radicalmente as bases da sociedade.

Bem ou mal, de maneira mais ou menos efetiva em diferentes lugares, de sobressalto em certos países ou mais vagarosamente em outros, foram se estabelecendo limites ao poder do soberano, foram se transformando as relações entre governantes e governados, foram sendo extintas as distinções de casta, foram sendo extintos os órgãos de caráter estamental.

A afirmação da liberdade política e jurídica implicou uma série de restrições ao poder político. Estabeleceram-se constituições que passavam a ser concebidas como normas que limitavam o poder dos monarcas ou dos órgãos que exerciam o poder político (CANOTILHO, 2003).

Uma das principais técnicas utilizadas para tanto era a da separação dos poderes, baseada no pressuposto da

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

tendência ao abuso do poder por quem o exerce. Assim, buscou-se organizar o Estado por meio de constituições que atribuísem diferentes parcelas de poder – ou funções estatais –, como as de legislar, administrar e julgar, a órgãos distintos e independentes entre si (BONAVIDES, 2008).

Além disso, o poder dos monarcas ou governantes, antes limitado apenas pelos privilégios dos nobres e do clero, sob o constitucionalismo medieval que vigorou dos séculos XIII a XVIII (CANOTILHO, 2003) agora passava a ser limitado por direitos conferidos à população de maneira ampla.

Assim, garantias contra a privação arbitrária da vida, da liberdade e dos bens passaram a ser estabelecidas em favor de todos os cidadãos, e não mais em favor apenas de certas castas. Esses institutos originarão posteriormente os denominados direitos, liberdades e garantias fundamentais, igualmente previstos em constituições e cuja função era a de limitar o poder político em face dos cidadãos.

Este movimento de limitação do poder político, surgido a partir dos séculos XVII-XVIII passou a ser conhecido como constitucionalismo moderno.[9]

Consistia em um amplo movimento social, político, jurídico, cultural, que defendia a proteção da liberdade e da segurança individuais e, para tanto, a limitação do poder do Estado por meio da adoção de constituições baseadas em direitos e garantias fundamentais, separação dos poderes, federalismo e outras técnicas (CANOTILHO, 2003).

Tal movimento associou dali por diante a noção de constituição com a ideia de limitação jurídica do poder e, conseqüentemente, à noção de Estado de Direito e rule of law.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Assim surgiu o mencionado conceito garantista de constituição, segundo o qual esta é concebida como um conjunto de normas cuja finalidade principal é a proteção do indivíduo em face do poder político (BONAVIDES, 2008).

Tal noção encontra-se diretamente vinculada à noção de Estado de Direito e de governo de leis e não de homens, associada, portanto, à ideia de Estado liberal ou constitucional, oposto do Estado absolutista.

Assim a constituição, em um sentido garantista, consistiria em um conjunto de normas e instituições limitadoras do poder político (em princípio) e protetivas da liberdade e segurança do indivíduo, especialmente (mas não somente) de sua vida, liberdade e bens.

Revisadas algumas das principais acepções de constituição, resta examinar brevemente dois possíveis significados para a expressão Direito Constitucional.

Há que se distinguir, ainda, Direito Constitucional em sentido objetivo e Direito Constitucional como ramo da ciência jurídica. Em sentido objetivo, considera-se Direito Constitucional o conjunto de normas que cria e organiza determinado Estado e seu ordenamento jurídico, comumente limitando o poder político por determinadas técnicas, como a separação de poderes e o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais.

Tais normas comumente são consideradas superiores a todas as demais do ordenamento jurídico e são dotadas de maior rigidez, demandando procedimentos especiais e mais difíceis de alteração, como já mencionado. Além disso, contam com mecanismos especiais de proteção (controle de constitucionalidade).

Em tal acepção o Direito Constitucional

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

corresponde ao direito constitucional positivo de determinado Estado específico (direito constitucional brasileiro, argentino ou alemão, por exemplo, entre outros).

Além desse sentido, resta evidente que Direito Constitucional significa, também, o ramo da Ciência Jurídica que se dedica ao estudo das normas constitucionais positivas (ou seja, do Direito Constitucional em sentido objetivo), normalmente abordando um ordenamento jurídico constitucional positivo específico (distinguindo-se, assim, do Direito Constitucional Geral ou Teoria Constitucional).

Ou seja, o objeto do Direito Constitucional enquanto ramo da Ciência Jurídica é o direito constitucional positivo, ou Direito Constitucional objetivo – embora isso abranja, necessariamente, uma Teoria da Constituição.[10]

Diante disso e do que se afirmou sobre o Direito Comparado no tópico anterior, deve ficar claro ao leitor que a expressão Direito Constitucional Comparado refere-se a um ramo da Ciência do Direito.

Trata-se do ramo da Ciência Jurídica que se dedica ao estudo do Direito Constitucional objetivo de dois ou mais sistemas jurídicos nacionais, por meio de abordagem comparativa.

Assim como afirmado acerca do Direito Comparado em geral, o Direito Constitucional Comparado situa-se a meio caminho da dogmática constitucional – doutrina sobre um sistema constitucional específico – e da Teoria da Constituição – teorizações sobre o Direito Constitucional em geral, sem ater-se a sistemas constitucionais positivos específicos.

Consiste em um conjunto de estudos metodologicamente orientados e em um conjunto de

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

conhecimentos sistematizados sobre dois ou mais sistemas constitucionais, a partir de uma perspectiva comparativa e com auxílio de outros métodos, como o histórico.

É, desse modo, ramo da Ciência Jurídica e, mais especificamente, ramo do Direito Comparado. Não é, por outro lado, ramo do direito positivo, posto tratar-se de atividade e de conhecimento científico, não se traduzindo em um conjunto de normas estabelecidas por um órgão político com objetivo de regular o comportamento de quem quer que seja.[11]

Este é, portanto, o conceito e o estatuto epistemológico do Direito Constitucional Comparado. Quanto aos aspectos metodológicos, o que foi dito para o Direito Comparado em geral aplica-se àquele, de maneira geral.

Examinados estes tópicos introdutórios, torna-se possível adentrar os tópicos essenciais do Direito Constitucional comparado, o que se fará a partir do capítulo sucessivo.