

A DOUTRINA DO DIREITO COMPARADO NO BRASIL¹

LA DOCTRINA DEL DERECHO COMPARADO EN BRASIL

THE DOCTRINE OF COMPARATIVE LAW IN BRAZIL

Manuella Hermes²

SUMÁRIO: 1. O direito comparado: das elaborações privatistas à fonte publicista. 1.1. Um percurso. 1.2. O olhar para fora: a necessidade de ir além do direito interno, nacional. 2. A formação do direito comparado no Brasil. 2.1. O início do ensino do direito comparado no Brasil. 2.2. O professor Lucio Pegoraro e a sua contribuição. 3. O formante doutrinário. 3.1. Um legado italiano. 3.2. A função de auxiliar a fundamentação judicial. 4. A doutrina diz sobre o uso do direito comparado na fundamentação judicial. 4.1. Situação atual da doutrina. 4.2. Formação, texto e contexto. Considerações finais.

1 - Este artigo foi originalmente publicado na **Revista General de Derecho Público Comparado**, n. 33, em julho de 2023. Optou-se por manter a formatação das referências conforme escolha da autora.

2 - Procuradora Federal na Advocacia-Geral da União. Ex-Secretária de altos estudos, pesquisas e gestão da informação do Supremo Tribunal Federal. Professora Doutora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa/Universidade de Brasília (Brasília). E-mail: manuella.oliveira@agu.gov.br.



RESUMO: Partindo da premissa da abertura ou internacionalização do direito constitucional, que permite a interação do Brasil com outros ordenamentos ou sistemas, este estudo apresenta a origem do direito comparado no país e o seu tratamento doutrinário, com o foco na sua função consistente de auxiliar a fundamentação judicial, especificamente no Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse âmbito, a contribuição da doutrina do professor Lucio Pegoraro é destacada, sobretudo após a tradução da obra *Sistemas Constitucionais Comparados* (2021) e o seu lançamento no Brasil. Apresentado o estado da arte que tangencia o tema no Brasil, identifica-se uma lacuna no que concerne à realização de pesquisa e produção doutrinária atual, a fim de compreender a natureza e o escopo do argumento comparativo na jurisdição constitucional brasileira. Ao fim, é formulada proposta para aprimorar o manejo do método comparativo na jurisdição constitucional brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comparado. Doutrina. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Metodologia.

ABSTRACT: *Partiendo de la premisa de la apertura o internacionalización del Derecho Constitucional, que permite la interacción de Brasil con otros ordenamientos o sistemas, el estudio presenta el origen del Derecho Comparado en el país y su tratamiento doctrinal, centrándose en su función consistente de ayudar a la fundamentación judicial, específicamente en el Supremo Tribunal Federal (STF). Se destaca la contribución de la doctrina del profesor Lucio Pegoraro, con una perspectiva de mayor alcance después de la traducción de la obra *Sistemas Constitucionales Comparados* y su lanzamiento en Brasil. Al presentar el estado del arte que toca el tema en Brasil, se identifica una brecha con respecto a la realización de la investigación y la producción doctrinal actual, con el fin de comprender la naturaleza y el alcance del argumento comparativo en la jurisdicción constitucional brasileña. Finalmente, se formula una propuesta para mejorar la gestión del método comparativo en la jurisdicción constitucional brasileña.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho Comparado. Doctrina. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Metodología.*

ABSTRACT: *Starting from the premise of the opening or internationalization of Constitutional Law, which allows the interaction of Brazil with other countries or systems, the study presents the origin of Comparative Law in the country and its doctrinal treatment, focusing on its function of assisting the judicial reasoning, specifically in the Federal Supreme Court (STF). The contribution of the doctrine of Professor Lucio Pegoraro is highlighted, with a perspective of greater scope after the translation of the work *Comparative Constitutional Systems in Brazil*. Presented the state of the art that touches the theme in Brazil, the article identifies a gap regarding the research and current doctrinal production, in order to understand the nature and scope of the comparative argument in the Brazilian constitutional jurisdiction. Finally, a proposal is formulated to improve the management of the comparative method in the Brazilian constitutional jurisdiction.*

KEYWORDS: *Comparative law. Doctrine. Brazil. Federal Supreme Court. Methodology.*

1. O DIREITO COMPARADO: DAS ELABORAÇÕES PRIVATISTAS À FONTE PUBLICISTA

1.1. Um percurso

O direito comparado – campo que pretende cotejar em um primeiro momento normas de direito privado elaboradas conforme modelos díspares – tem raízes profundas que remontam à curiosidade de compreender o mundo além das suas fronteiras. No decorrer do seu desenvolvimento, as elaborações foram inicialmente impulsionadas pelo direito privado, permeando também os direitos penal, processual, internacional e constitucional, por exemplo. Sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, a interatividade entre as esferas política, econômica e jurídica proporcionou um aumento da migração de ideias constitucionais³. As novas conformações globais⁴ estimulam as migrações de ideias, os transplantes legais, os empréstimos constitucionais⁵, a polinização constitucional⁶, as circulações, as influências – assim como outros termos que compõem uma verdadeira batalha de metáforas⁷. Por fim, tais mudanças estimulam também a integração entre países, nos planos regional e internacional, com escopo econômico ou de proteção dos direitos humanos, assim como recrudescem o influxo de perspectivas comparadas em domínios jurídicos considerados públicos⁸.

Ao longo da sua evolução, seja como método, seja como ciência, uma de suas funções contemporâneas, o uso do argumento comparativo nas decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional, ocorre, geralmente, quando do julgamento de casos difíceis pelo judiciário. Muitas vezes, casos relacionados a previsões constitucionais específicas⁹, princípios ou valores que tangenciam inúmeros ordenamentos, tais como separação de poderes, democracia, Estado de direito, devido processo legal, igualdade, dignidade humana¹⁰ e direitos fundamentais em ge-

3 - G. de Vergottini. **Oltre il dialogo tra le Corti**: Giudici, diritto straniero, comparazione. Bologna: Il Mulino, 2011.

4 - L. Roberto Barroso. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 130-131.

5 - Acerca dos empréstimos constitucionais e da migração de ideias constitucionais como vias de realização do diálogo constitucional transnacional na América do Sul, no âmbito de uma integração argumentativa, conferir: V. Afonso da Silva. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**. In: A. Von Bogdandy; F. Piovesan; M. Morales Antoniazzi (coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 518-522.

6 - R. Hirschl. En busca de la identidad: el uso voluntario de fuentes extranjeras en contextos constitucionales disímiles. In: R. Albert, C. Bernal. **Cambio constitucional informal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 122.

7 - V. Perju, “Constitutional transplants, borrowing, and migrations”. In: M. Rosenfeld; A. Sajó (coord.) **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1306.

8 - Sobre o ainda prevalente predomínio do direito privado no direito comparado italiano, conferir: E. Grande. **Development of Comparative Law in Italy**. In: M. Reimann; R. Zimmermann. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 92-96.

9 - M. Tushnet. The possibilities of Comparative Constitutional Law. **The Yale Law Journal**, vol. 108, p. 1234, 1999.

10 - Sobre a dignidade humana como um dos maiores exemplos de “consenso ético do mundo ocidental”, com enfoque no direito comparado, no direito internacional e no discurso transnacional, conferir: L. Roberto Barroso, “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional”. In: Bogdandy, Piovesan; Morales Antoniazzi. **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**, *cit.*, 2013, p. 414-426. Já quanto à sua presença na maioria dos textos constitucionais latino-americanos, cf. H. Nogueira Alcalá. **El Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales y su Aplicación en Chile y América Latina**. In: Bogdandy et al. (coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**, *cit.*, 2010, p. 477-484.

ral¹¹, no enfrentamento de problemas jurídicos que interessam ao mundo, que se apresentam em relação a temas como meio ambiente, bioética e imigração, por exemplo¹². Em muitas situações, o julgamento revela o enfrentamento de um “caso difícil”, momento em que o Supremo Tribunal Federal (STF) se debruça sobre uma demanda sem pronta resposta e, por isso, requer uma elaboração argumentativa singular, que proporcione uma fundamentação idônea à resolução eficaz da controvérsia. Daí surge o campo para a utilização do direito comparado, cuja função é auxiliar a fundamentação das decisões no processo de justificação ou *reasoning* judicial, podendo até mesmo assumir a natureza de uma fonte jurídico-normativa¹³.

Esse fenômeno tem se tornado frequente na tomada de decisões em decorrência da incidência da globalização sobre o próprio direito comparado e sobre os Estados¹⁴; da abertura de determinado ordenamento jurídico ou do respectivo tribunal supremo ou constitucional; da penetração do direito internacional¹⁵; do desenvolvimento do direito comparado e do direito constitucional comparado etc. Há, atualmente, uma verdadeira interseção entre o estudo do direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional comparado¹⁶. Nesse âmbito, passa-se a fazer referências a expressões, como: “diálogo entre Cortes”, *intelectual interaction*¹⁷, *cross-fertilization*¹⁸, *transcommunication*¹⁹, transconstitucionalismo²⁰, interconstitucionalidade²¹, “pontos de transição”²², “porosidade ou permeabilidade do direito”²³, “liga de interpretação da Constitui-

11 - Conferir: R. Ginsburg. A decent respect to the opinions of [Human]kind: the value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication”, **FIU Law Review**, Miami, v. 1, n. 1, p. 31, 2006;

C. Donahue, Comparative Law before the Code Napoléon. In: Reimann, Zimmermann (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**, *cit.*, 2006, p. 65;

R. Dixon. Como comparar constitucionalmente. **Latin American Law Review**, n. 3, 2019, p. 6;

T. Violante. A adjudicação constitucional e o direito comparado. In: Manuel Hespánha; T. Pizarro Beleza (org.). **Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo**. Um conjunto de perspectivas. Coimbra: Almedina, 2011, p. 351.

12 - De Vergottini. **Oltre il dialogo tra le Corti**: Giudici, diritto straniero, comparazione, *cit.*

13 - S. Vogenauer. Sources of Law and Legal Method in Comparative Law. In: Reimann; Zimmermann (org.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**, *cit.*, 2019, p. 883-886.

14 - H. Muir Watt. Globalization and Comparative Law. In: Reimann; Zimmermann (org.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**, *cit.*, 2019, p. 599-601, 606;

G. Franco Ferrari, A. Gambaro. Le Corti nazionali ed il diritto comparato. Una premessa. In: Ferrari; Gambaro. *cit.*, 2006, p. XI-XII.

Sobre a *mundialização* do direito, que envolve uma bricolagem normativa a partir do labor da magistratura, a exercer um papel de interligação, conferir: J. Allard; A. Garapon. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito, Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 113.

15 - P. Härbele. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 47-58.

16 - M. Tushnet. Comparative Constitutional Law. In: Reimann; Zimmermann. **The Oxford Handbook of Comparative Law**, *cit.*, 2019, p. 1200.

17 - B. Markesinis; J. Fedtke. The Judge as comparatist. **Tulane Law Review**, New Orleans, v. 80, 2005-2006, p. 17.

18 - J. Bell. The relevance of foreign examples to legal development. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 21, p. 450, 2011; A.M. Slaughter. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 29, 1994, p. 117-119.

19 - Slaughter. **A typology of transjudicial communication**, *cit.*, p. 101.

20 - Neves. **Transconstitucionalismo**. *cit.*, 2009, p. 51.

21 - J. J. Gomes Canotilho. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008, p. 266-268.

22 - Neves, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 51.

23 - M. Delmas-Marty. **Le pluralism ordonné**. Paris: Éditions du Seuil, 2006, p. 39.

ção”²⁴, “quinto método de interpretação da Constituição”²⁵, “integração jurídica discursiva”²⁶ etc.

Não é incomum, no Brasil, haver referências ao direito estrangeiro na doutrina jurídica. Menções ao direito comparado em livros, monografias, artigos e manuais, inclusive de direito constitucional, nos quais geralmente se reserva um tópico para explicar o que é o direito comparado, são também usuais²⁷. No entanto, o que se observa, muitas vezes, dada a ainda incipiente evolução desse ramo jurídico no país, é a existência de uma mera notícia relativa à previsão do instituto normativo, de natureza material ou até mesmo processual, no direito estrangeiro.

Contudo, deve-se salientar que noticiar o tratamento normativo, ou seja, como determinado ordenamento estrangeiro prevê algo que também é internamente albergado pelo ordenamento brasileiro, não é suficiente para caracterizar o direito comparado. Não basta uma mera justaposição ou um catálogo de legislações para delinear uma real comparação²⁸. Em verdade, o olhar para fora deve ser mais amplo, baseado em critérios e métodos.

1.2. O olhar para fora: necessidade de ir além do direito interno, nacional

O estudo do próprio ordenamento pode ser aprimorado por meio do conhecimento de outras referências, saindo-se, portanto, das fronteiras acadêmico-culturais que condicionaram o aprendizado e a compreensão do contexto jurídico no qual se está inserido. A obtenção de diferenciados elementos, modelos e classificações eficazes permite a evolução ou a releitura das matérias, objetos de disciplina pelo direito interno, levando-se à mutação e à inovação fundamentais ao seu crescimento.

Entretanto, constata-se, nessa tentativa de romper as fronteiras nacionais, a referência ao direito estrangeiro com escopo puramente histórico-evolutivo ou de mera notícia, como já mencionado. Não se trata, pois, de comparação como ciência jurídica. Nesse sentido, concordamos com Basil Markesinis, quando defende que a abordagem histórica pode caminhar de mãos dadas com o direito comparado²⁹, e nos alinhamos também ao ensinamento do ora festejado professor Lucio Pegoraro. Para ele, estudar o direito constitucional, o administrativo ou o penal a partir de uma perspectiva mais ampla que a nacional, dedicando-se ao direito estrangeiro em relação a esses ramos, revela uma primeira acepção do direito comparado; imprópria, todavia.

Segundo o seu pensamento, é certo que o conhecimento da regra jurídica estrangeira é um pressuposto da comparação³⁰. No entanto, a isso não se limita. Deve-se, ainda, realizar um es-

24 - P. Häberle. **El Estado Constitucional**. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003, p. 55.

25 - Op. cit., p. 162-165.

26 - Conferir: Silva, José Afonso da. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**, *cit.*, p. 515-530.

27 - Ao reconhecer ter incidido nessa imprecisão terminológica nos seus livros sobre recurso extraordinário e sobre ação popular, José Afonso da Silva prossegue, aduzindo que: “Nesses casos, essas referências ao Direito estrangeiro têm valor puramente informativo e nem sempre correto, porque não se tem certeza de que os dispositivos indicados do Direito estrangeiro estão ainda em vigor. [...] Não é direito comparado, pelo menos no que tange à Constituição essa pretendida correspondência de artigos é bastante discutível”. Cf. Silva, J. Afonso da. **Um pouco de Direito Constitucional Comparado**, São Paulo: Malheiros, 2009.

28 - Cf. Pereira, Mario da Silva. Direito Comparado e o seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 7, 1955, p. 43.

29 - B. Markesinis. **Foreign Law & Comparative Methodology: a Subject and a Thesis**. Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 26.

30 - Lucio Pegoraro esclarece que o conhecimento do direito estrangeiro seria o meio em relação ao fim, consistente na comparação. Trata-se de uma condição lógica. Cf. L. Pegoraro; A. Rinella. A. **Sistemi costituzionali comparati**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 10.

tudo efetivo, sob método(s) próprio(s), com finalidade específica e juízo crítico, extraindo-se proveito do cotejo efetivado³¹. Nessa linha, a segunda e correta acepção seria, em verdade, a que entende *comparar* como a experiência de analisar o objeto específico, o *comparandum*, confrontando-o com todas as premissas, consequências, implicações, problemas e escolhas valorativas aplicáveis³².

A literatura³³ indica exemplos de bases remotas acerca do uso da comparação, como Licurgo (Esparta) e Sólon (Atenas), que viajaram pelo mundo então conhecido para analisar as instituições; Platão, que teria utilizado a comparação na elaboração de *As Leis*³⁴; Aristóteles e sua equipe, que, na obra *A Política*³⁵, realizaram uma classificação com base no estudo comparado de 158 Constituições de cidades gregas ou bárbaras; a redação das Leis das XII Tábuas³⁶; a construção de origem romana consubstanciada no *ius gentium* (concepção que será apreciada no último tópico deste artigo)³⁷; o trabalho dos glosadores ao encontrar diferenças e tentar harmonizar os textos; e, no século XVIII, o estudo de Montesquieu, no seu *Do Espírito das Leis*³⁸.

Patrick Glenn ressalta que o direito comparado teve um papel fundamental na construção dos ordenamentos nacionais ao longo do século XVI, tanto de Estados, com o marco tradicional de *civil law*, quanto de *common law*, tendência que teria sido encerrada com a consolidação das noções de codificação e de *stare decisis*³⁹. A retomada da importância do direito comparado teria

31 - Pereira. **Direito Comparado e o seu estudo**, *cit.*, 195, pp. 43-44.

32 - Pegoraro; Rinella. **Sistemi costituzionali comparati**, *cit.*, 2017, p. 3.

33 - Cf. C. Bevilacqua. O desenvolvimento do estudo da legislação comparada. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 11, n. 1, 1903 pp. 216-219;

Donahue, *cit.*, 2019, p. 4-19;

M. Ancel. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 19-20;

Fauvarque-Cosson, **Development of Comparative Law in France**, *cit.*, 2019, p. 32-35.

34 - Platão. **As Leis**: incluindo Epinomis, v.1. São Paulo: Edipro, 2010.

35 - Aristóteles. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

36 - A. Watson. **Legal Transplants**: an approach to comparative law. Athens and London: University of Georgia Press, 1993, p. 25.

37 - Sobre o *ius gentium*, assim manifestou-se Édouard Lambert na sua palestra no Congrès International de Droit Comparé, realizada em Paris em 1900: “L’histoire du droit comparé, considérée comme instrument de dégagement d’un fond juridique commun à un certain nombre de législations ou de systèmes de droit, s’étend, au contraire, sur un long cours de siècles. Sans remonter au précédent discuté de la loi des douze tables ou à d’autres exemples que relatent les traditions de l’antiquité, on trouvera déjà l’image – grossière encore – de notre droit commun législatif dans ce jus gentium romain dont vous ont entretenu dans leurs rapports sir Frédéric Pollock et M. Kozalevsky” (Cf. E. Lambert, “Histoire du droit comparé”. In: Congrès International de Droit Comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents. Tome premier, Paris Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, p. 53). Sobre o tema, conferir também: H. Patrick Glenn. **Legal traditions of the World**: sustainable diversity in law, 2. ed., Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 157-159.

38 - Montesquieu. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003. No que concerne à menção a Montesquieu como o primeiro comparatista, critica e elucida Marc Ancel: “[...] se se pode considerar Montesquieu como o iniciador da sociologia, da ciência política ou da política legislativa, bem como, juntamente e anterior a Beccaria, da política criminal, é preciso reconhecer que ele não possui nem o método histórico, nem o método comparativo que lhe permitiriam um estudo crítico das fontes e um exame sistemático do desenvolvimento das instituições. [...] A época das luzes é, portanto, em sua essência, estranha ao verdadeiro comparativismo jurídico”. Cf. Ancel. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos, *cit.*, 1980, p. 20-21.

Em defesa de conceder toda a glória a Montesquieu como precursor do comparatismo moderno, conferir: Pereira. **Direito Comparado e o seu estudo**, *cit.*, 1955, p. 36. Na mesma linha, conferir: L. J. Constantinesco. **Tratado de Direito Comparado: introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 79-84.

39 - H. Patrick Glenn. “Comparative Legal Reasoning and the Courts”. In: M. Andenas; D. Fairgrieve (Org.). **Courts and Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 569.

ocorrido no século XIX, seja como suporte para fontes normativas estatais – com função auxiliar –, seja com a tarefa taxonômica ou categorizadora das normas, ou, por fim, como apoio à elaboração legislativa, mas sem figurar como fonte direta do direito⁴⁰.

Quanto à distinção entre direito público comparado e direito privado comparado, a sua sistematização como uma ciência jurídica foi feita prevalentemente no século XX, sobretudo a partir do *Congrès International de Droit Comparé* ocorrido em Paris. O evento foi organizado e realizado pela Sociedade de Legislação Comparada, em Paris, entre os dias 31 de julho e 4 de agosto de 1900, por ocasião da Exposição Universal que inaugurou o então novo século e a *Belle Époque* do direito comparado⁴¹. O debate travado no Congresso Internacional de Direito Comparado representou o primeiro momento de reflexão sobre o estatuto epistemológico da comparação jurídica, com a afirmação da sua autonomia e dimensão prática.

O direito comparado, em que pese ter surgido com grande predomínio de interesse em estudos relativos à área do direito privado⁴², ganhou destaque também na seara do direito público, mormente em se tratando de direito constitucional e de direito internacional. Distinguem-se, então, o direito privado comparado e o direito público comparado⁴³. À época, houve uma profusão de pesquisas e publicações relativas aos dois ramos da comparação, originárias especialmente do funcionamento da *Société de législation comparée*, fundada em Paris em 1869⁴⁴.

A discussão sobre qual seria a sua natureza também provocou debates: método ou ciência? Alinho-me ao entendimento de que o direito comparado pode ser, a um só tempo, método, quando se presta a ajudar outros ramos a alcançar seus próprios objetivos, e ciência autônoma, na medida em que visa à obtenção de novos conhecimentos, a partir de métodos jurídicos específicos⁴⁵. A par das discussões jurídicas pertencentes à teoria do direito ou à filosofia sobre a natureza ontológica do direito e a comprovação de uma ciência jurídica em si, mantereí o foco no objeto do presente estudo, que é o direito comparado.

Não se pode negar a existência de comparações efetuadas aleatoriamente ao longo do tempo, de forma consciente ou não, em busca de conhecimento jurídico. Tais iniciativas foram forjadas em direção à organização e à estruturação da matéria comparatista de forma apartada de outros ramos do direito, ou seja, especializada. Nessa linha, o uso da comparação avançou paulatinamente desde o empirismo à sistematização e à cientificidade.

40 - H. Patrick Glenn. *Comparative Legal Reasoning*, *cit.*, p. 569-570.

41 - B. Fauvarque-Cosson, Development of Comparative Law in France. In: Reimann; Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, *cit.*, 2019, p. 35-36.

42 - A favor da superação da divisão, que considera obsoleta, conferir: Grande. *Development of Comparative Law in Italy*, *cit.*, p. 95-96.

43 - A favor da superação da divisão, que considera obsoleta, conferir: Grande. *Development of Comparative Law in Italy*, *cit.*, p. 95-96.

44 - Sobre o desenvolvimento do direito privado comparado, especificamente no tocante ao direito civil comparado, conferir: Lambert. *Histoire du droit comparé*, *cit.*, p. 7-15.

45 - Nesse sentido, cf. Pegoraro; Rinella. *Sistemi costituzionali comparati*, *cit.*, p. 9.

2. A FORMAÇÃO DO DIREITO COMPARADO NO BRASIL

2.1. O início do ensino do direito comparado no Brasil

O ensino jurídico no Brasil, de base romanista, geralmente forma estudantes com esteio na utilização da doutrina, do texto normativo e, posteriormente, da consulta jurisprudencial. Com essa base, tem-se a noção do direito vigente no ordenamento interno, sem, muitas vezes, a compreensão da origem real dos institutos e da eventual existência de transposições, recepções, transplantes, importações, migrações ou empréstimos de outro país, ordenamento ou sistema jurídico⁴⁶.

Tal formação satisfaz os requisitos curriculares, sem dúvidas, mas não leva a um apuramento das competências de modo completo, idôneo, que enseje a compreensão holística do fenômeno jurídico. Impende conhecer a realidade do direito além da nacional para ampliar o entendimento da própria conjuntura jurídica e, conseqüentemente, vislumbrar semelhanças e disparidades, compreender institutos, efetuar sistematizações e configurar modelos. Essa postura propicia uma visão plural e capaz de relativizar perspectivas e discussões teóricas outrora consolidadas, por vezes, dirimindo-se dúvidas e pacificando-se controvérsias científicas e fáticas.

Com efeito, a dedicação ao exame do direito interno inegavelmente permite delinear uma especialidade, mas, por outro lado, impede, algumas vezes, que sejam vislumbradas as limitações averiguadas na aplicação do direito, assim como pode impedir a identificação e a superação de dogmas oriundos de uma formação voltada para a manutenção da harmonia, da unidade e da coerência interna. Tem-se, aqui, a chamada função subversiva do direito comparado. Isso porque a comparação jurídica deve ser voltada contra os estereótipos e o etnocentrismo. Daí deflui a necessidade de olhar para além dos horizontes nacionais e da dogmática, assim como constatar a rigidez da estrutura piramidal e vertical fortemente estabelecida e entronizada na percepção jurídica⁴⁷.

O direito comparado, no Brasil⁴⁸, também foi desenvolvido originariamente por meio dos estudos de legislações. Há registro, em 1892, na Faculdade de Direito do Recife, da cadeira de legislação comparada, ministrada por Clóvis Beviláqua. De sua autoria são os textos iniciais sobre

46 - Pierre Legrand nega a viabilidade de serem realizados transplantes, uma vez que a diversidade de contexto condiciona a necessária diferenciação das normas. Cf. P. Legrand. *The Impossibility of Legal Transplants*, **Maastricht Journal of European & Comparative Law**, vol. 4, 1997, p. 111-124. Conferir ainda: A. Watson. **Legal Transplants: an approach to comparative law**. Athens and London: University of Georgia Press, 1993, p. 19-30;

S. Choudhry. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: S. Choudhry (org.). **The Migration of Constitutional Ideas**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 1-35;

M. Graziadei. Comparative Law, Transplants, and Receptions. In: Reimann; Zimmermann. **The Oxford Handbook of Comparative Law**, *cit.*, p. 442-473;

Silva. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**, *cit.*, p. 518-522;

Perju. **Constitutional transplants, borrowing, and migrations**, *cit.*, 2012, p. 1304-1327.

47 - H. Muir Watt. La fonction subversive du droit comparé. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 52, n. 3, p. 506, 2000.

48 - Para uma reflexão atual sobre a produção acadêmica acerca do direito constitucional comparado no Brasil, conferir: Meyer, E. Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 2, 2019, pp. 483-484.

o tema em solo brasileiro, como os artigos intitulados “Breves noções de legislação comparada sobre o divórcio”⁴⁹ e “O desenvolvimento do estudo da legislação comparada”⁵⁰, bem como o livro *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*⁵¹.

A regulamentação da formação jurídica no país aconteceu, vale registrar, via Decreto n.º 7.247, de 19 de abril de 1879,⁵² que reformou o ensino superior e previu, no § 5º do art.23, que “O estudo do direito constitucional, criminal, civil, commercial e administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação patria com a dos povos cultos” (Brasil, 1879). Mais tarde, já durante a República, o Decreto n.º 1.232-h, de 2 de janeiro de 1891⁵³ Aprovou o regulamento das instituições de ensino jurídico e estabeleceu como matéria obrigatória o ensino das “Noções de legislação comparada sobre o direito privado”, fixada, porém, no âmbito do curso das ciências sociais, ministrada nas Faculdades de Direito ao lado dos cursos de ciências jurídicas e de notariado. Finalmente, a Lei n.º 314, de 30 de outubro de 1895, reorganizou o ensino das Faculdades de Direito, unificou os cursos e determinou o ensino da cadeira obrigatória de legislação comparada sobre o direito privado⁵⁴.

A partir dos antecedentes mencionados, o desenvolvimento moderno do direito comparado como ciência, posterior à sua compreensão em termos de legislação comparada, começa ainda no século XX – notadamente a partir do impulso de Raymond Saleilles e Édouard Lambert⁵⁵ no Congresso Internacional de Direito Comparado. No Brasil, o campo se desenvolveu de modo próprio, com derivações distintas ao redor da federação até os dias atuais.

2.2. O professor Lucio Pegoraro e sua contribuição

Há um número extraordinário da *Revista General de Derecho Público Comparado* em homenagem ao professor Lucio Pegoraro, catedrático de direito público comparado do departamento de Ciências Políticas e Sociais da Universidade de Bolonha. A sua contribuição à doutrina do direito comparado envolve várias publicações na Itália, na Europa e na América Latina, tendo em vista as suas reflexões sobre metodologia, justiça constitucional, fontes do direito, tutela dos direitos fundamentais, descentralização, circulação e recepção de modelos.

Lucio Pegoraro explica o percurso histórico do desenvolvimento do debate doutrinário sobre o direito comparado ao longo dos anos, em países como França, Alemanha e Inglaterra, e

49 - C. Bevilacqua. Breves noções de legislação comparada sobre o divórcio. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 2, n. 1, 1892, p. 43-51.

50 - Bevilacqua. *O desenvolvimento do estudo da legislação comparada*, *cit.*, p. 217-227.

51 - Bevilacqua, *Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*. Bahia, Magalhães, 1897.

52 - Brasil. **Decreto n. 7.247**, de 19 de abril de 1879. Reforma o ensino primario e secundario no municipio da Côrte e o superior em todo o Imperio.

53 - Brasil. **Decreto n. 1.232-h**, de 2 de janeiro de 1891, Approva o regulamento das Instituições de Ensino Juridico, dependentes do Ministerio da Instrução Publica.

54 - Brasil. **Lei n. 314**, de 30 de outubro de 1895. **Reorganisa o ensino das Faculdades de Direito**.

55 - Édouard Lambert, por sua vez, após exposição oral no aludido Congresso Internacional, enfrentou questionamentos a respeito da natureza científica do direito comparado. Em resposta, ele explicou que se limitava a distinguir o direito comparado, ciência da evolução das instituições, e o direito comparado legislativo, elemento do direito positivo. Conferir: Lambert, E. *Histoire du droit comparé*, *cit.*, p. 61.

expõe a existência de três posições. A primeira, que assinala um interesse meramente acadêmico para a comparação jurídica; a segunda, que afirma ser o direito comparado um simples método; e a terceira, que abrange quem o considera também uma ciência autônoma do direito, mas inclui tanto autores para quem a comparação jurídica seria um método capaz de se tornar ciência quanto outros para os quais o direito comparado poderia assumir os caracteres seja de método, quando se trate de se efetuar uma microcomparação, seja de ciência, ao se realizar uma macrocomparação⁵⁶.

Noutro giro, quanto à origem do controle de constitucionalidade no Brasil, Lucio Pegoraro e Justin Frosini destacam que a Constituição de 1824, sob a influência do modelo francês de Benjamin Constant, previu um controle político. Posteriormente, a Constituição de 1891 revelou a adesão à descentralização presente no modelo estadunidense. Explicam os autores que, assim como no México, o controle de constitucionalidade brasileiro se iniciou de modo descentralizado e, depois, foi integrado por mecanismos centralizadores, tornando-o, por consequência, híbrido ou misto⁵⁷.

As suas ideias atravessam o Atlântico e chegam ao Brasil não apenas por meio dos livros e artigos nos idiomas originais ou traduzidos, mas também por meio dos diversos estudantes brasileiros que têm a oportunidade de frequentar seus cursos e palestras fora do Brasil e retornam permeados e, muitas vezes, intrigados com a grande revolução cognitiva interna provocada pelo primeiro contato com as lições de Pegoraro. Assim, seu pensamento passa a ser disseminado, respeitado e seguido no Brasil, com a formação de novos discípulos que se somam ao grupo italiano, formado por nomes como Silvia Bagni, Giorgia Pavani, Sabrina Ragone e Matteo Nicolini.

Nesse sentido, merece destaque a obra intitulada *Sistemas Constitucionais Comparados*⁵⁸ (2021), por mim traduzida, lançada em 2021 no Brasil pela Editora Contracorrente, que proporcionou a sua publicação no país, em parceria com as Editoras Astrea e Giappichelli. O lançamento foi realizado virtualmente no dia 07 de julho de 2021⁵⁹, com a participação dos professores brasileiros Eneida Desiree Salgado, Georges Abboud e Luiz Guilherme Arcaro Conci.

Reuben Brower, ao escrever a introdução do livro *On translation*, publicado em 1959, afirma que, para o estudante de literatura comparada “a tradução funciona como um tubo de ensaio para a análise de uma influência em ação”⁶⁰. É uma oportunidade excelente para perceber como um autor se insere em outro ambiente jurídico e como o público doméstico recebe a doutrina. Afinal, estamos falando de um formante, na linguagem de Rodolfo Sacco, de um formante doutrinário, da doutrina italiana sobre o mundo – sobre sistemas constitucionais comparados – que adentra o Brasil e passa a impactar a formação jurídica nacional.

56 - Pegoraro; Rinella. **Sistemi costituzionali comparati**, *cit.*, p. 4-9.

57 - J. Frosini; L. Pegoraro. Constitutional Courts in Latin America: a testing ground for new parameters of classification?”, **Journal of Comparative Law**, New Jersey, v. 3, n. 2, p. 45, 2008.

58 - L. Pegoraro; A. Rinella. **Sistemas Constitucionais Comparados**. Tradução: Manuellita Hermes. Cidade Autónoma de Buenos Aires: Astrea; Torino: G. Giappichelli; São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

59 - Conferir: Editora Contracorrente. Lançamento do livro *Sistemas Constitucionais Comparados*. YouTube. 07 de jul. de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aNKB1d9csAg>. Acesso em: 20 de jun. de 2023.

60 - R. Kearney. Introduction: Ricoeur’s Philosophy of translation. In: P. Ricoeur. **On Translation**. London: Routledge, 2006, p. VII-XX.

Essa obra passou a ter uma influência jurídica direta no Brasil⁶¹, pois a indireta já existia, fomentada por estudiosos e estudiosas que, como eu, já a conheciam, seja na sua versão original em italiano, seja na versão traduzida para o castelhano. Além disso, a tradução é fundamental para quem estuda o direito comparado. Como bem explicam os autores, quem compara precisa se confrontar com a linguística, já que o objeto de pesquisa são os códigos legais diferentes daqueles usados corriqueiramente. Desse modo, é necessário se apoderar desses instrumentos para que se possa manejá-los em sua estrutura profunda⁶².

Com certeza, o texto traduzido já se presta a várias leituras. Será objeto de novas interpretações, a partir da sua roupagem em português. Interagirá com diferentes subjetividades, com distintas expectativas, com sentidos acumulados por outros saberes e passará, então, a formar, reformar, guiar, desvendar, explicar, inspirar, ensinar, em suma, a efetivar novas possibilidades de entendimentos e conhecimento ao público jurídico brasileiro, em especial a todos e todas que se dedicam ao direito público comparado.

Junto aos autores, realizamos a entrega aos leitores do meu país, com votos de que a obra contribua para o nosso enriquecimento jurídico e perpetue o legado do pensamento de Pegoraro no Brasil.

3. O FORMANTE DOCTRINÁRIO

3.1. Um legado italiano

A quem é comparatista não se recomenda se ater apenas à norma posta. Impende, para aferir as convergências e divergências, examinar, muitas vezes, aspectos históricos, sociais, culturais, linguísticos, filosóficos e antropológicos que fazem parte da atmosfera que origina ou permeia determinado ordenamento ou instituto jurídico. Destarte, analisa-se o *diritto vivente*⁶³.

Ao se empreender uma comparação jurídica, cabe o exame dos formantes – inicialmente denominados componentes, por Rodolfo Sacco, em 1964, e posteriormente renomeado de formantes, a partir de 1979⁶⁴. Trata-se de uma das mais valiosas contribuições da doutrina italiana para o direito comparado⁶⁵. Os formantes correspondem às variadas influências, jurídicas ou não, que coexistem e conformam-se tanto entre si quanto no delineamento de um sistema ou de um ordenamento⁶⁶.

61 - Nesse sentido, conferir a resenha: G. Morbach. A comparação como perspectiva de pluralismo e compreensão: uma resenha de *Sistemas Constitucionais Comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.13, n. 2, maio-agosto 2021, p. 262-266.

62 - Cf. em geral: W.V.O. Quine. **Word and object**. Cambridge: Mit Press, 1960; Chomsky, N. **New horizons in the study of language and mind**. 4ª ed., Cambridge: Cambridge U.P, 2002.

63 - Cf. A. Pizzorusso. **Corso di Diritto Comparato**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, p. 13.

64 - R. Sacco ; P. Rossi. **Introduzione al Diritto Comparato**. Milanofiori: Wolters Kluwer, 2015, p. 57

65 - Grande, *cit.*, p. 93-94.

66 - Nesse sentido: *“I sistemi giuridici moderni constano di un grande numero di formanti. In ognuno di esse si distinguono più formanti legali – uno a livello costituzionale, altri a livello di norma ordinaria, legale, regolamentare, ecc. –, alcuni formanti giudiziari, alcuni formanti dottorali. Alcuni formanti possono apparire non necessari alla funzione del diritto – dichiarazioni di scienza, proclamazioni relative agli scopi della legge, ossia, agli effetti sperati dal legislatore, definizioni politologiche, ecc”*. Cf. A. Gambaro, R. Sacco. **Sistemi Giuridici Comparati**. Milano: Utet Giuridica, 2014, p. 4.

Incumbe à comparatista, por conseguinte, debruçar-se sobre os formantes a fim de enveredar na complexidade dinâmica. Reconhecendo-se a existência de suas variadas espécies, podem ser mencionados, a título de exemplo, os formantes legal ou legislativo, doutrinário e jurisprudencial⁶⁷. Nessa linha, subdividindo-se em categorias os principais formantes dos ordenamentos contemporâneos, quais sejam, legal, jurisprudencial e doutrinário, os dois primeiros seriam ativos ou dinâmicos, na medida em que, respeitadas as variações existentes entre cada sistema jurídico, são idôneos a produzir direito cogente, ao passo que o último, relativo à doutrina, seria passivo⁶⁸.

O formante legislativo abrange não apenas a lei ou o ato normativo em si, mas também a autoridade criadora, como o Poder Legislativo ou o Executivo do qual emane, por exemplo, uma medida provisória. O mesmo pode ser dito do jurisprudencial: abarca não somente a decisão, mas também o órgão decisório, como, no Brasil, o STF. Quanto à doutrina, é inegável que além de uma publicação com enunciados teóricos e princípios, é igualmente relevante o pronunciamento ou a opinião fundamentada elaborada, por exemplo, em sede de uma entrevista televisiva, ainda que manifestada oralmente.

A variabilidade da valoração de um formante depende de cada ordenamento e sistema jurídico, inclusive em função do tempo. A dinâmica de força é, por isso, mutável. No Brasil, por exemplo, assiste-se a uma certa diminuição da reverência à doutrina nacional⁶⁹ e ao aumento da autoridade jurisprudencial (não só da constitucional, como vem ocorrendo em outros países⁷⁰). Não raramente, a autoridade jurisprudencial se refere a entendimentos de intelectuais estrangeiros e a decisões de outros Estados, inclusive, como forma de fortalecer a fundamentação, valendo-se também da *authority*⁷¹.

Por derradeiro, vale mencionar a possibilidade de existirem formantes que não são verbalizados; são, em realidade, ocultos, implícitos e estão presentes na prática e na cultura jurídicas até mesmo de forma inconsciente. Conforme ensina Rodolfo Sacco, seriam os denominados *criptotipos* – *crittotipi*, os quais correspondem a atuações reiteradas, exercidas de modo automático e tradicional, sem que haja uma verbalização ou formalização da necessidade de sua observância⁷².

3.2. A função de auxiliar a fundamentação judicial

Quanto às funções auxiliares ou práticas da comparação jurídica, o professor Lucio Pegoraro, sem pretensão de exaurir as possibilidades, propõe as seguintes: entender a si mesmo

67 - Michele Carducci refere-se ao que denomina os três “formantes” mundanos de origem jurídica, que seriam a *legis-latio*, a *iuris-dictio* e a *interpretatio*. E segue afirmando que “[...] o constitucionalismo marca o percurso histórico do Ocidente na direção da progressiva unificação destas ideias do direito compreendido como ‘re-legitimação’ terrena dos ‘formantes’”. Cf.: M. Carducci. Política, democracia, decisionismo: justiça constitucional e constitucionalismo. Consensus ou Petitem?. In: Romboli, Roberto; Labanca, Marcelo Corrêa de Araújo (org.). **Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 202.

68 - Pegoraro; Rinella. **Sistemi costituzionali comparati**, *cit.*, 2017, p. 12.

69 - Segundo Michele Carducci: “O ‘formante’ doutrinário torna-se ‘cada vez mais passivo’: deve legitimar, mas não pode ‘alterar’, por isso deve ‘se dar’ um método”. Cf.: Carducci, M. Política, democracia, decisionismo: justiça constitucional e constitucionalismo. Consensus ou Petitem?”, *cit.*, 2015, p. 205.

70 - L. Pegoraro. L’argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. In: Ferrari, Giuseppe Franco; Gambaro, Antonio (org.). **Corti nazionali e comparazione giuridica**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 496.

71 - G. F. Ferrari, A. Gambaro. Le Corti nazionali ed il diritto comparato: una premessa. In: Ferrari, Giuseppe Franco; Gambaro, Antonio (org.). **Corti nazionali e comparazione giuridica**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. IXI.

72 - R. Sacco; P. Rossi. **Introduzione al Diritto Comparato**, *cit.*, p. 119-121.

através do outro – o estudo do próprio direito, ou seja, do direito nacional; assistir ao legislador; construir direitos comuns – unificação e harmonização do direito; e oferecer base à fundamentação judicial⁷³.

Quanto à última, ao comparar dois emblemáticos sistemas, Pegoraro assevera que as Cortes de *common law* usam o direito estrangeiro mais do que as de *civil law*. De pronto, porém, excepciona os tribunais de *civil law* da América Latina, onde há numerosas citações⁷⁴. Com efeito, as Américas têm formas próprias de construção da relação com o direito estrangeiro, especialmente em virtude das influências deixadas por processos socioeconômicos e culturais decorrentes da colonização, seguidos do grande influxo internacional na formação das elites jurídicas até os tempos atuais.

Dessa forma, enquanto na Europa, de tradição civilista, parece ter havido no passado uma diminuição e quase o desaparecimento do recurso à comparação pelos juízes durante um período, inclusive com experiências que demonstram até mesmo a vedação da utilização⁷⁵, nas Américas a prática seguiu de maneira habitual⁷⁶, seja em razão das atuações isoladas do Poder Judiciário de cada ordenamento nacional, seja em decorrência de construções de processos de integração regionais – econômicos e de proteção dos direitos humanos. Nesse cenário insere-se o Brasil.

No capítulo destinado ao direito comparado na América Latina, do *Oxford Handbook of Comparative Law*, ao examinar a *law in action*, o autor destaca o frequente uso do direito estrangeiro nas Cortes supremas da Argentina e do Brasil⁷⁷. São enfatizados não só os temas objetos de decisão, mas também a formação dos julgadores. Sem desconsiderar a enorme relevância das demais funções do direito comparado, mormente no tocante à sistematização da compreensão de ordenamentos, institutos e instituições, a investigação da sua utilização perante os tribunais – especificamente o Supremo Tribunal Federal brasileiro – almeja, por conseguinte, entender o emprego histórico dessa função auxiliar, tendo como parâmetros os sistemas europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos.

4. A DOCTRINA SOBRE O USO DO DIREITO COMPARADO NA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL

4.1. Situação atual da doutrina

A literatura demonstra a existência de pesquisas já realizadas majoritariamente quanto à comparação jurídica em tribunais nacionais, ordinários, administrativos, supremos ou constitucionais⁷⁸, especificamente no que atine ao uso de precedentes por juízes constitucionais, envolvendo

73 - Pegoraro; Rinella. **Sistemi costituzionali comparati**, *cit.*, p. 33-38.

74 - Pegoraro, *cit.*, 2015. p. 330.

75 - “In some continental jurisdictions, however, such as Prussia, Spain, Switzerland, and Italy, citation of non-state sources of law was even prohibited by formal enactment”. Cf.: H. Patrick Glenn. **Comparative Legal Reasoning**, *cit.*, p. 569.

76 - R. Dixon. **Cómo comparar constitucionalmente**, *cit.*, pp. 2-3.

77 - J. Kleinheisterkamp. Development of Comparative Law in Latin America. In: Reimann, Mathias; Zimmermann, Reinhard (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 286-287.

78 - Para uma publicação que abranja jurisdições do Reino Unido, da Bélgica, da França, da Alemanha, de Portugal, da Índia, da Itália e da “América Latina”, entre outras, conferir: Ferrari, Franco; A. Gambaro. **Le Corti nazionali ed il diritto comparato**. Una premessa, *cit.*

países como Canadá, Espanha, Índia, Irlanda, Israel, Itália, Namíbia, África do Sul, Áustria, Alemanha, Hungria, Japão, México, Romênia, Rússia, Taiwan e Estados Unidos⁷⁹.

Inicialmente marcada pela citação e pelo uso de argumentos provenientes dos Estados Unidos da América (EUA) e de alguns países da América Latina, como a Argentina⁸⁰, a jurisprudência do STF, ao longo do tempo, abriu-se e passou a, paulatinamente, se orientar também pelos precedentes e autores europeus, sem perder o traço marcante de recurso a normas, autores e precedentes estrangeiros⁸¹.

Como já mencionado, assiste-se, no país, a um fenômeno jurídico consistente na crescente valorização da jurisprudência⁸². Essa situação demonstra a inserção, nas decisões, de vários elementos que contribuem para a *ratio decidendi* e influenciam a configuração do ordenamento interno, em penetração jurídica com alta capacidade persuasiva.

Nesse cenário, há a aplicação, pelo Estado, de regras que ele não criou. Internaliza-se uma fonte externa, terceira, de forma consciente ou inconsciente⁸³, que pode ser determinante no formante jurisprudencial. Normas jurídicas ou decisões estrangeiras, mesmo que de uma organização internacional da qual o Estado não seja membro, dão contornos à criatividade jurisprudencial. Cuida-se de perspectiva ainda pouco estudada no Brasil, com grande margem para aprofundamento em pesquisas.

No plano internacional, o artigo de Jan Kleinheisterkamp, publicado no *Oxford Handbook of Comparative Law*, aborda o desenvolvimento do direito comparado na América Latina, no tópico intitulado “*Comparative law in action: the Supreme Courts of Argentina and Brazil*”. O autor indica a existência do uso meramente decorativo ao lado de construções mais complexas e diversificadas, desenvolvidas pelos ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes em relação a diversos países, inclusive quanto à Corte Europeia de Direitos Humanos, doravante Corte EDH⁸⁴.

No que concerne à doutrina produzida por autor nacional, merece destaque a publicação sobre o uso da doutrina pelo STF, na qual André Ramos Tavares e Renato Gugliani Herani, a partir do método aplicado e valendo-se do uso de estatística e da busca por decisões em um período determinado, identificaram as contribuições doutrinárias nacionais e estrangeiras, os tipos de citação, os autores referidos e os membros da Corte que citaram, chegando também a resultados quanto às classes processuais, ao tipo de provimento no qual houve a referência, às obras citadas,

79 - Cf., por exemplo: T. Groppi, Marie-Claire Ponthoreau. **The use of foreign precedents by constitutional judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014;

A. Jakab; A Dyevre; G. Itzcovich. **Comparative Constitutional Reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

80 - C. B. Horbach. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira”. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, 2015, p. 195.

81 - Ibidem.

82 - Rodolfo Sacco e Piercarlo Rossi atribuem ao uso da comparação a causa da revalorização da jurisprudência nos países de base jurídica romanista, como o Brasil, mormente considerando que as decisões enunciam regras operativas pouco conhecidas. Cf.: R. Sacco ;P. Rossi. **Introduzione al Diritto Comparato**, cit., p. 62.

83 - Op. Cit., p. 74-75.

84 - J. Kleinheisterkamp. **Development of Comparative Law in Latin America**, cit., pp. 286-287.

ao país de origem e à formação⁸⁵. Na mesma obra, dessa vez não mais em coautoria, Tavares analisa os dados para apresentar uma perspectiva sobre a doutrina estudada a partir das decisões do STF e sobre a sua função criativa de normas jurisprudenciais, mediante influências implícita e explícita⁸⁶.

Nesse sentido, é também relevante o artigo de autoria do ministro Gilmar Mendes e de André Rufino do Vale, que versa sobre a influência de Peter Häberle na Corte. No estudo em questão, foi constatada a forte presença do pensamento do doutrinador seja na elaboração legislativa que institucionalizou o *amicus curiae* e as audiências públicas, seja na jurisprudência que utiliza o argumento comparativo. No caso do argumento comparativo, mesmo em ausência de “[...] um regramento legal ou regimental para o exercício dessa atividade do tribunal, fato que não tem representado qualquer obstáculo a uma ordenada utilização de precedentes desenvolvidos em outros países”⁸⁷, em manifestação da aplicação do quinto método da interpretação constitucional, tal como cunhado por Häberle. Os autores concluem que a disseminação do pensamento do jurista alemão ocorre de forma decisiva para formar um direito constitucional comum latino-americano na região.

Já em artigo publicado em 2021, Flávia Piovesan e Nathercia Magnani demonstram resultados parciais da pesquisa em curso sobre o “diálogo travado pelo Supremo Tribunal Federal com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. Nesse ínterim, as autoras identificaram os artigos citados, os anos com dados positivos e os órgãos prolores dos acórdãos publicados (a pesquisa não abrangeu decisões monocráticas). Verificaram que, entre 1992 e 2007, primeiro período investigado, houve uma predominância do manejo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em relação a temas penais, no bojo de *habeas corpus*⁸⁸.

Por sua vez, Paulo Brasil Menezes publicou, em 2020, um livro que trata do espaço jurídico global e elabora uma tipologia de diálogos judiciais com a procedimentalização da forma de internalização das decisões estrangeiras, tendo como base a comparação como um método interpretativo⁸⁹.

Nessa esteira, Luiz Magno Pinto Bastos Junior e Alini Bunn publicaram, em 2017, um estudo sobre os padrões discursivos do STF no uso do argumento comparativo. A partir da análise de decisões deliberadas em um período de dez anos – 1998 a 2008 –, os autores constataam a ausência de diferença nas referências ao direito internacional e ao direito estrangeiro em geral,

85 - Tavares, A. R.; Herani, R. G. Apresentação do método aplicado: as citações doutrinárias em números”. In: Lopes, Cunha L; Pegoraro, T. M. G. da. (Org.). **A contribuição da doutrina na jurisdição constitucional portuguesa e brasileira**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2014, p. 31-66.

86 - Tavares, A. R. A contribuição da doutrina na jurisprudência constitucional brasileira: análise de dados In: Lopes, Cunha L; Pegoraro, T. M. G. da. (Org.). **A contribuição da doutrina na jurisdição constitucional portuguesa e brasileira**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2014, p.67-104.

87 - G. Ferreira Mendes, A. R. do Vale. A influência de Peter Häberle no STF. **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 20 de jun. 2023.

88 - F. Piovesan, N. C. M. Magnani. Diálogos entre o Brasil e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: análise jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal (de 1992 a 2007). **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 26, n. 1, 2021, pp. 1-10,

89 - P. B. Menezes. **Diálogos judiciais entre cortes constitucionais: a proteção dos direitos no constitucionalismo global**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020.

embora haja obrigatoriedade em um caso e adesão meramente voluntária em outro. Além disso, identificam que a postura do STF não configura um *hard use* do direito comparado, mas revela a sua utilização como argumento de apoio. Após identificar Alemanha, Estados Unidos, Portugal, Espanha e Itália como países cujas jurisdições foram mais citadas, em ordem decrescente, os autores apresentam dados que evidenciam a predominância de referências com uso meramente retórico ou de reforço interpretativo. Demonstram, também, que o julgador que mais se valeu dos elementos estrangeiros foi o ministro Gilmar Mendes, seguido do ministro Celso de Mello. Em conclusão, defende que houve um aumento paulatino da importância das fontes estrangeiras e da internacionalização da Corte⁹⁰.

Carlos Bastide Horbach, ao se debruçar sobre a utilização do direito comparado pelo STF, parte de um breve aporte teórico sobre o método comparativo, a fim de subsidiar a avaliação do uso realizado pelos ministros e ministras da Corte. Para tanto, o autor apresenta uma análise de dois acórdãos de julgamentos do STF, que versaram sobre células-tronco embrionárias e sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Conclui, após a constatação da permeabilidade do direito constitucional brasileiro ao direito estrangeiro e da influência de vetores pessoais, objetivos e teóricos, no grau de aceitação da influência externa no ordenamento, que a utilização do direito comparado no contexto analisado ainda é uma técnica afastada dos padrões teóricos e sem conhecimento aprofundado dos ordenamentos citados nas decisões⁹¹.

Em artigo publicado em 2014, Alonso Freire menciona, em termos gerais, o uso de fontes estrangeiras e internacionais pelo STF, considerado pelo autor como excessivo ao ponto de comprometer a clareza das decisões, que restam incompreensíveis inclusive pelos demais tribunais. Nesse sentido, destaca o manejo seletivo de normas e jurisprudências estadunidenses e alemãs, de forma a caracterizar uma seleção não cosmopolita e sem justificativa. O autor segue aduzindo que o uso não justificado ou não bem explicado do direito comparado pelo STF pode restringir a discussão, em ameaça à dimensão social e à democratização do debate na jurisdição constitucional, e inviabilizar o diálogo com a sociedade⁹².

Em obra denominada *Transjusfundamentalidade*⁹³, publicada também em 2014, fruto da sua tese de doutorado defendida na Universidade de Brasília, Christine Peter da Silva parte da ideia de Estado cooperativo cunhada por Peter Häberle e analisa a circulação de teorias e precedentes à luz do conceito de “transjusfundamentalidade”. Tal termo é proposto pela autora como uma ferramenta para aferir os limites e possibilidades de um diálogo transnacional entre Cortes a partir do exame da jurisprudência do STF. Sua pesquisa encontrou 193 (cento e noventa e três) decisões do STF com referências a julgados estrangeiros nos votos. Nesse contexto, identificou-se que os ministros com maior número de citações foram Celso de Mello, Gilmar Mendes e a ministra Rosa Weber.

90 - L. M. P. Bastos Junior; A. Bunn. Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado. **Revista do Direito Público**, v. 12, n. 3, 2017, pp. 85-114.

91 - Horbach, C. B. **O direito comparado no STF**: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira, *cit.*, p. 193-210.

92 - Freire, A. O Supremo Tribunal Federal e a migração de ideias constitucionais: considerações sobre a análise comparativa na interpretação dos direitos fundamentais. In: Freire, A.; Cléve, C. Merlin; **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 110-118.

93 - Silva, C. O. Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais. Curitiba: CRV, 2014.

Na doutrina internacional, os estudos relacionados ao uso do direito estrangeiro e do direito comparado por tribunais são vários – chegando-se até à configuração de um certo fetiche retórico sobre o “diálogo”⁹⁴. No entanto, a literatura demonstra que as pesquisas costumam ser voltadas a um mesmo grupo de países, com a exclusão de ordenamentos⁹⁵ latino-americanos, como o do Brasil, e de países africanos e asiáticos. Malgrado exista um crescente desenvolvimento atual, a análise empírica é tradicionalmente escassa nos trabalhos publicados acerca da realidade brasileira.

4.2. Formação, texto e contexto

Assevera Guastini que a força persuasiva de uma argumentação tem estrita dependência da cultura jurídica em cada local e em face de cada problema posto, notadamente quanto aos “comportamentos difundidos no seio da classe judicial”⁹⁶.

Como sinal da diferença de abordagem nos sistemas de *civil law* e de *common law*, James Boyd White debruça-se sobre a interseção entre direito e arte, precisamente direito e literatura, para traçar paralelos entre poemas e votos proferidos em uma decisão judicial. Para delinear o seu raciocínio, o autor indica que a sua própria experiência de educação jurídica, assim como a literária, foi baseada na atenção dada ao texto, seja ele um poema ou uma decisão. Explica, assim, que nas faculdades de direito, o estudo não era restrito às decisões judiciais, pois abarcava também leis, normas constitucionais e procedimentais, mas, em sua maioria, apenas em razão de terem sido mencionadas em decisões judiciais, diferentemente do que ocorre na experiência continental de *civil law*⁹⁷. O autor ainda aduz que os casos eram estudados como se fossem “plantas ou borboletas”, e apenas posteriormente buscava-se obter a sua classificação no direito⁹⁸.

O modelo de aprendizagem – e, por consequência, de aplicação do direito – é diferente em cada sistema, ainda que o Brasil receba e absorva, contemporaneamente, uma grande influência de *common law*, sobretudo estadunidense, que enceta uma nova conformação do uso e do valor dos precedentes, com repercussão inclusive no ensino jurídico, que hoje requer uma abordagem baseada em *case-law*⁹⁹ em algumas universidades¹⁰⁰. Por isso, há de se ter atenção para não se produzir pesquisas inspiradas em estudos valiosos já desenvolvidos por comparatistas que se centram apenas no tema referente ao uso de precedentes estrangeiros ou internacionais, sem a devida ponderação acerca dos textos normativos.

Entra em jogo aqui o denominado fator humano¹⁰¹ – no qual estão inclusos a história pes-

94 - Vergottini, G. de. *Oltre il dialogo tra le Corti: Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit.

95 - Vergottini, G. de. *Oltre il dialogo tra le Corti: Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit.

96 - Guastini, R. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 243.

97 - White, J. B. The judicial opinion and the poem: ways of reading, ways of life, *Michigan Law Review*, v. 82, n. 7, 1984, pp. 1669-1699.

98 - Op. Cit. p. 1671-1672.

99 - Markesinis, B. *Foreign Law & Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*. Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 3-4.

100 - Cf., por exemplo: Fundação Getúlio Vargas, Disciplinas eletivas II, FGV Direito SP, disponível em: <https://direitosp.fgv.br/disciplina/disciplinas-eletivas>. Acesso em: 18 de jun. de 2023;

101 - Markesinis, B.; Fedtke, J. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*. Bologna: il Mulino, 2009, p. 11-12.

soal e acadêmica, a formação educacional¹⁰², o perfil e a mentalidade do julgador – que pode delinear os indícios de sua propensão ou sua abertura ao uso do direito comparado nas decisões, ainda que como componente da demonstração de conhecimento, elegância e erudição dos respectivos votos.

Markesinis e Fedtke, em publicação sobre o tema, ressaltam o histórico educacional baseado tanto na formação acadêmica quanto na decorrente do ambiente profissional. Nessa linha, o domínio de idiomas diversos da língua materna e os períodos de estada no exterior, em intercâmbios ou períodos de pesquisa, influenciam sobremaneira e impactam a percepção do direito para além das fronteiras e, conseqüentemente, a abertura ao direito comparado¹⁰³. Os autores mencionam o então recente contato que tiveram com estudantes e pesquisadores brasileiros e argentinos, que revelou para eles como os intercâmbios acadêmicos com a Alemanha levaram a uma penetração da cultura jurídica germânica em países da América do Sul¹⁰⁴.

Partindo da observação do novo contexto educacional inglês, Markesinis e Fedtke prospectam uma formação mais aberta e permeada por intercâmbios, que tende a desembocar em uma nova geração de juízes mais cientes das possibilidades de soluções de problemas jurídicos com base em uma visão mais ampla¹⁰⁵. Há uma variedade de origens das influências que incidem sobre os ministros. Uma delas é a formação educacional. No Brasil já há esse reflexo, como deflui do histórico acadêmico-profissional de cada membro¹⁰⁶, advindo não só da formação educacional e da experiência profissional anterior à posse no STF, mas também do contato e da troca de experiências entre membros da própria magistratura constitucional, por exemplo, ao se noticiar a resolução de um caso difícil, ou por meio de seminários ou eventos.

Tais iniciativas proporcionam igualmente uma migração de ideias com potencial influenciador de modo indireto nas futuras decisões a serem prolatadas. Pode-se falar em uma verdadeira livre circulação de juízes, que se encontram em eventos, têm a mesma formação, dialogam e trocam experiências, divulgam decisões entre si e institucionalmente por meio de ações próprias dos tribunais aos quais pertencem, dentre outras possibilidades que se apresentem¹⁰⁷. Com foco no aspecto cultural, ainda sob o prisma interseccional com a literatura, James Boyd White assevera que: “*The sort of education of which I speak, in law and in literature, constantly tells us to recognize that we are makers of texts and remakers of culture. This is in fact its major lesson*”¹⁰⁸. Assim, na formulação

102 - Inclusive, a globalização da educação jurídica. Cf. Perju, V. **Constitutional transplants, borrowing, and migrations**, *cit.*, p. 1305.

103 - Marakesinis, B.; Fedtke, J. **Judicial recourse to foreign law: a new source of inspiration?** London: UCL Press, 2006, p. 203-204.

104 - Op. Cit., p. 206. Sobre o uso da jurisprudência alemã pelo ministro Gilmar Mendes, conferir: Kleinheisterkamp, J. **Development of Comparative Law in Latin America**, *cit.*, pp. 286-287.

105 - Markesinis, B.; Fedtke, J. **Judicial recourse to foreign law: a new source of inspiration?**, *cit.*, p. 211.

106 - Vale frisar que também a formação da equipe de assessoria tem potencial impacto nas propostas argumentativas, mas tal análise escapa do propósito da presente pesquisa.

107 - Reconhecendo que o contato entre os juízes remonta ao século XVIII, no tocante ao comércio marítimo, Julie Allard e Antoine Garapom chamam essas atividades de “comércio entre juízes”, que participam ativamente em um contexto de mundialização, que gera intercâmbios e, ao mesmo tempo, uma “dependência recíproca entre os homens”, já que não há, segundo afirma, como um tribunal permanecer indiferente ao seu homólogo. Identificam, nesse comércio, duas dimensões, a funcionalista, referente à necessidade de acompanhar o que ocorre no mundo; e a de extensão da mundialização quanto aos direitos fundamentais, que passaram a permear praticamente todos os ramos do direito. J. Allard, A. Garapom, *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2006, pp. 9-39.

108 - White, J. B. The judicial opinion and the poem: ways of reading, ways of life, **Michigan Law Review**, v. 82, n. 7, 1984, pp. 1669-1699. p. 1676.

do raciocínio argumentativo, o capital cultural tem grande valia, bem como a mentalidade cosmopolita de parte dos membros da Corte, em uma relação entre o texto e o mundo¹⁰⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, ainda necessitamos, no Brasil, do desenvolvimento de novas pesquisas que resultem em doutrina que apresente dados quantitativos e qualitativos referentes à análise do uso do direito comparado na fundamentação judicial, notadamente no STF, com observância da autoridade política de sistemas e ordenamentos citados pela Corte, assim como de sua significância geopolítica, a serem acrescidas à autoridade persuasiva¹¹⁰ no contexto histórico brasileiro. Propugno por uma análise, portanto, de uma autoridade político-persuasiva.

Isso porque, a estrutura argumentativa dos votos e decisões de alguns membros do STF inclui a referência, seja por vinculação, seja por devoção, de modo que se pode até mesmo chegar a um grau de previsibilidade da maneira que as argumentações futuras poderão ser tecidas, não quanto ao conteúdo substancial da resolução da questão a ser enfrentada, mas, certamente, no tocante ao fato de haver ou não algumas referências¹¹¹.

Os comportamentos dos julgadores, como já mencionado, revelam um “criptotipo” a anunciar uma certa vinculação, não dita – decorrente também da história, da formação, da circulação, dos encontros, da academia ou da experiência profissional, enfim, da cultura –, quanto à reverência a um ordenamento específico,

Inegável que as dimensões temporal e histórica devem ser consideradas, a fim de, presente o elemento volitivo, serem compreendidas e repensadas as causas e as consequências dessa dinâmica de comportamento reveladora de um “costume constitucional”¹¹² de uso do argumento comparativo na fundamentação judicial. Trata-se, pois, de um processo construído ao longo do tempo, com duradouro impacto na instituição. Nesse contexto, para além da academia e da doutrina, o papel da magistratura nacional é de suma relevância para o delineamento prático da propugnada interação dialógica que caracterize um agir discursivo integrativo, cooperativo, construtivo e crítico, desde que não somente persuasivo ou retórico.

A real mirada para si e para o seu entorno imediato pode levar o Brasil a ser um ator (ou até mesmo um protagonista) da formação de uma jurisprudência que reflita a cultura jurídica latino-americana, mantendo-se a pluralidade e a diversidade, em vez de permanecer atado à repetição do padrão colonialmente forjado de olhar para a Europa e para os Estados Unidos da América, mediante uma escolha de origem histórico-cultural e influenciada, inclusive, por fatores político-econômicos¹¹³, como evidenciado pela doutrina já produzida.

109 - Op. Cit., p. 1684.

110 - Cf. Glenn, H. Patrick. Persuasive authority. *McGill Law Journal*, v. 32, n. 2, 1987, p. 261-298.

111 - Quanto ao uso preditivo da análise normativa, conferir: Guastini, R. *Das fontes às normas*, *cit.*, p. 243.

112 - Guastini, R. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020. p. 303.

113 - Chang, W-C.; Yeh, J-R. Internationalization of Constitutional Law. In: Rosenfeld, Michael; Sajó, András (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1167.

Nesse sentido, almeja-se uma harmonização, não uma unificação, mediante uma interação discursivo-normativa entre as Cortes constitucionais. Para tanto, proponho, neste escrito, a criação, no próprio STF, de uma Secretaria de Estudos Comparados (SEC). Como o próprio direito comparado ainda é incipiente no país, haveria, quanto a essa ação, uma velocidade inicial mais lenta, característica de um primeiro passo a ser amadurecido e aprimorado ao longo do tempo.

Iniciativas semelhantes já foram efetivadas em poucos países, embora a existência de um departamento incumbido de pesquisas ou estudos, tal como a atual SAE (Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação) brasileira, seja mais comum¹¹⁴. Uma breve pesquisa identificou uma ação passageira na Argentina e outra, duradoura, na Itália. A *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina criou, em 1996, a *Oficina de Derecho Comparado*, coordenada pelo Centro de Informação Judicial¹¹⁵. Um livro foi publicado pela Corte em 2008, intitulado *Investigación de Derecho Comparado*, com artigos cujo enfoque eram os estudos comparados¹¹⁶.

A Corte Constitucional italiana conta com o Departamento de Direito Comparado¹¹⁷, composto por jovens advogados oriundos de diversos países, bem como por juízes de outros Estados e estudantes universitários que realizam intercâmbios e períodos de pesquisa na consulta. O departamento é incumbido de preparar, a requerimento dos julgadores, pesquisas comparativas sobre temas a serem discutidos nos julgamentos colegiados, embora não haja menção explícita a tais estudos nas decisões, tampouco a argumentos comparativos alegados pelas partes¹¹⁸. São publicados trabalhos na área internacional no site da Corte, organizados em seis linhas temáticas, a saber: a) fontes de direito; b) organização do Estado; c) princípios e direitos fundamentais; d) processo constitucional; e e) Relações entre o ordenamento interno e ordenamento supranacional. Os trabalhos mais antigos foram publicados em 2007. Já a linha mais ativa é a referente a princípios e direitos fundamentais. As análises comparativas compreendem, majoritariamente, os seguintes países europeus: França, Alemanha, Reino Unido e Espanha¹¹⁹.

114 - Como verificado, por exemplo, na Suprema Corte do Afeganistão, conferir: <https://supremecourt.gov.af/en/general-directorate-scrutiny-and-studies>; na Suprema Corte da Coreia do Sul, cf.: <https://eng.scourt.go.kr/eng/supreme/about/organizational.jsp>; no Tribunal Constitucional da Espanha, cf.: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/organizacion/Paginas/004-Servicio-de-Estudios.aspx>; na Corte Nacional de Justiça do Equador, cf.: <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/component/content/article/92-estructura-organica/101-direccion-tecnica-de-procesamiento-de-jurisprudencia-e-investigaciones-juridicas?Itemid=437>; na Suprema Corte do Japão, cf.: https://www.courts.go.jp/english/institute_01/institute/index.html#Intro; na Suprema Corte da Lituânia, cf.: <https://www.lat.lt/en/general-information/about-the-court/95>; no Tribunal Supremo de Moçambique, cf.: <http://www.ts.gov.mz/index.php/pt/organizacao-do-tribunal-supremo/servico-de-apoio-tecnico-e-administrativo/276-gabinete-de-documentacao-judiciaria>; na Corte Suprema de Justiça do Paraguai, vide <https://www.pj.gov.py/organigrama/>; na Suprema Corte do Paquistão, cf.: <https://www.supremecourt.gov.pk/supreme-court-research-centre-scr/>; na Corte Constitucional da Romênia, cf.: <https://www.ccr.ro/en/organizational-chart/>; e na Corte Constitucional da Ucrânia, cf.: <https://cu.gov.ua/en/publikaciya/secretariat-constitucional-court-ukraine>. Acesso em 18 de jun. de 2023.

115 - Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Acordada N° 17/06**, Expte. 2078/06. Disponível em: <https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=5014>. Acesso em: 22 de jun. de 2023.

116 - Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Investigación de Derecho Comparado**. Buenos Aires, 2008, Año XII. Disponível em: https://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2008_1_2.pdf. Acesso em: 22 de jun. de 2023.

117 - Conferir no link disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionDirittoComparato.do#>. Acesso em: 22 de jun. de 2023.

118 - Sandulli, A. The use of Comparative Law before the Italian Public Law Courts. In: Andenas, Mads; Fairgrieve, Duncan (Org.). **Courts and Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 267.

119 - Sobre o eurocentrismo nos tribunais italianos, como um aspecto positivo em prol da harmonização, conferir: Alpam, G. Foreign Law in International Legal Practice. In: Andenas, Mads; Fairgrieve, Duncan (Org.). **Courts and Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p.115.

Como já asseverado, o STF expressa, no Brasil, o formante jurisprudencial por exceção, assim como as decisões que profere. É cediço que o Tribunal de cúpula do país tem uma quantidade significativa de processos, com um vultoso número de decisões (a título de exemplo, foram 125.942 decisões exaradas em 2021, das quais 19.407 foram colegiadas e 106.534, monocráticas¹²⁰), e que a complexidade das matérias envolvidas em cada caso já exige uma enorme dedicação dos ministros e ministras, bem como de sua equipe de assessoria, em busca da melhor solução jurídica a ser apresentada em cada voto.

Surge, aqui, uma questão que envolve não mais o acesso ao material jurídico sobre o direito estrangeiro em geral, mas sobretudo o tempo para o estudo e a reflexão sobre o tema, a caracterizar um risco ou obstáculo ao uso, como pontuam Markesinis e Fedtke¹²¹. Os mesmos autores mencionam os aparatos humano e bibliográfico que servem de apoio ao Tribunal de Justiça da União Europeia, à Corte EDH e às Supremas Cortes dos EUA, do Canadá e da Alemanha, para chegarem à conclusão que a alegação de falta de tempo não convence. Basil Markesinis, ao aludir a uma reflexão de Fletcher sobre o porquê de advogados e juízes prestarem pouca atenção ao direito estrangeiro, uma vez que eles têm um trabalho a fazer, responde “*How about us showing that our discipline is linked to the job they have to do?*”¹²².

Sem mitigar a importância das iniciativas, propomos a concentração dos estudos comparados em uma secretaria específica, cujas atividades sejam elaboradas à luz da metodologia da comparação jurídica, também a fim de subsidiar julgamentos. A facilitação da pesquisa, pelo menos inicial, pela SEC aqui vislumbrada, inclusive em prol da otimização do tempo, favoreceria o fornecimento do material entre todos os gabinetes da Corte. Estes, de posse das informações, fariam, se desejassem, um uso próprio e específico do método comparado nas decisões e votos para melhor compreensão do problema posto, que pode até mesmo desembocar na prolação de decisão que se valha apenas das fontes nacionais. Isso sem desconsiderarmos, também, a natureza marcadamente política e estratégica das decisões e votos, de acordo com a opção de cada membro do STF¹²³.

Com efeito, a ampliação do horizonte já delineado pela pesquisa realizada pela SEC ficará efetivamente a cargo de cada julgador ou julgadora, uma vez em contato com o material produzido, mormente considerando que não se pode impor uma comparação a todo custo¹²⁴. Incumbiria à secretaria fornecer uma paisagem comparativa sobre o tema objeto de apreciação, porém de forma não engessada, a fim de deixar margem para a observação e o diálogo constante de acordo com o olhar de cada membro da Corte, para que se construa – ou não –, na decisão ou voto, uma composição argumentativa constitucional-internacional equilibrada. Assim, à luz da metodologia

120 - Conferir informação disponível no link: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=1f9aa2cf-d569-4e98-bd2a-a9dac4e79a69&sheet=3490ef1f-f90e-4b51-9b93-b578efd54efd&theme=simplicity&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 22 de jun. de 2023.

121 - Markesinis, B.; Fedtke, J. **Judicial recourse to foreign law: a new source of inspiration?**, *cit.*, p. 143.

122 - Markesinis, B. **Comparative Law in the Courtroom and Classroom: the story of the last thirty-five years**. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 54.

123 - Hirschl, R. The question of case selection in comparative constitutional law. In: Jackson, Vicki C.; Versteeg Mila (Org.). **Comparative Constitutional Law: Constitution-Making, Methodology and Interpretation**. New York: Routledge, 2021, p. 190.

124 - Ponthoreau, M-C. L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique. In: Legrand, Pierre (Org.). **Comparer les droits, résolument**. Paris: Press Universitaires de France, 2009, p. 541.

da comparação, seria possível compreender os fenômenos e/ou institutos que ocorrem além das fronteiras para, então, melhor entender os problemas constitucionais postos no plano nacional.

O aprimoramento da metodologia da comparação jurídica, e não apenas do conhecimento do direito¹²⁵ regional, pode auxiliar a evitar o recurso à bricolagem judicial e acarretar o protagonismo judicial no desenvolvimento do direito comparado, à luz da capacidade criativa e da liberdade de uso de técnicas de decisão e de interpretação no país. Como assevera Marie-Claire Ponthoreau, cabe à jurista aceitar que não pode compreender tudo e, a partir daí, fazer as escolhas justificadas¹²⁶. Além disso, a autora salienta que a comparação, como técnica a ser utilizada na decisão judicial, requer não só um “*savoir-faire*” como também uma formação que consiga aliar teoria e prática da comparação jurídica¹²⁷.

A SEC estaria inserida, em verdade, na institucionalização¹²⁸ de um elemento estrutural que induziria o aprimoramento da abertura do STF ao uso do direito comparado, facilitaria e, sobretudo, burilaria a prática na Corte, uma vez que o maior aprofundamento metodológico deve expor virtudes e fragilidades. O melhor conhecimento das outras experiências e o aprimoramento técnico-comparativo acarretariam a integração do formante doutrinário às análises judiciais na formação de uma jurisprudência nacional com uma identidade própria, inclusive quanto ao uso do argumento comparativo, contribuindo, de modo singular, com a doutrina do direito comparado no Brasil.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

125 - Markesinis, B.; Fedtke, J. **Giudici e diritto straniero**: la pratica del diritto comparato, *cit.*, p. 349.

126 - Ponthoreau, M-C. **L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique**, *cit.*, p. 541.

127 - Op. Ct., p. 558-559.

128 - Como pontua Jeremy Waldron, ao defender que o *ius gentium* tem uma aplicação institucional: “The institutional reality of law might seem more important than its canonical formulation”. Cf. Waldron, J. **Partly Laws Common to All Mankind**: foreign law in American courts. New Haven: Yale University Press, 2012, p. 58.