

**PARA UM COMPARATIVISMO METODOLOGICAMENTE ADEQUADO:
DO CONCEITO MODERNO DE CONSTITUIÇÃO AO COMPARATIVISMO
METODOLOGICAMENTE FROUXO**

Rafael Ricardo Santos Cardoso¹

RESUMO: No presente artigo, pretendemos introduzir uma análise crítico-reflexiva sobre o modo como tem-se utilizado o direito constitucional comparado no âmbito do debate teórico contemporâneo. Para tanto, reconstruímos o caminho trilhado pelo conceito de Constituição na Modernidade, visando compreender o pressuposto teórico fundamental da expansão global do fenômeno constitucionalista e, conseqüentemente, como este auxiliou na ascensão da abordagem comparativista na contemporaneidade. Por fim, são erguidos alguns questionamentos relacionados ao uso inadequado do Direito Constitucional comparado, além de apontamentos críticos sobre a própria categoria de “constitucionalismo metodologicamente frouxo”, utilizada por Emílio Meyer.

Palavras-chave: Análise crítico-reflexiva; Direito Constitucional comparado; Teoria da Constituição; Comparativismo Metodologicamente Frouxo; Déficit Sociológico.

**TO A METHODOLOGICALLY APPROPRIATE COMPARATIVISM: FROM THE
MODERN CONCEPT OF CONSTITUTION TO METHODOLOGICALLY LOOSE
COMPARATIVISM**

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Técnico em Informática pelo Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais (CEFET-MG). Pesquisador bolsista do projeto "Constituição e Sociedade: Em busca de um aporte teórico adequado". E-mail: rafaelsantoscaldoso2013@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-9489-6243>.

ABSTRACT: In this article, we will introduce a critical-reflexive analysis of the way in which Comparative Constitutional Law has been used within the contemporary theoretical debate. To this end, we reconstruct the path taken by the concept of Constitution in Modernity, coming to understand the fundamental assumption of global expansion of the constitutionalist presents and, consequently, how this helped in the rise of the comparative approach in contemporary times. Finally, some questions are raised related to the inappropriate use of Comparative Constitutional Law in addition to critical notes about the very category of “methodologically loose constitutionalism”, used by Emílio Meyer.

Keywords: Critical-reflective analysis; Comparative Constitutional Law; Theory of the Constitution; Methodologically Loose Comparativism; Sociological Deficit.

INTRODUÇÃO

Intensificado pelo desenvolvimento tecnológico dos anos finais do século XX, contemporaneamente, pôde-se observar um uso crescente da abordagem comparativista no mundo do direito, com esta assumindo posição de destaque no âmbito acadêmico e se tornando um recurso muito utilizado para atender às demandas de tribunais e, até mesmo, de membros de processos constituintes (Meyer, 2016, p. 17). Nesse sentido, cada vez mais autores e autoridades tem recorrido à abordagem comparativista, no anseio de afastar-se de análises demasiadamente “provincianas” de temas que são, predominantemente, relativos ao Direito e à Teoria Constitucional.

No entanto, para além desta expansão instrumental possibilitada pelo desenvolvimento tecnológico, verifica-se a exigência metodológica da constatação de um pressuposto teórico fundamental compartilhado entre as ordens em comparação como condição para que seja justificada a realização de análises comparativas de qualquer instituto jurídico-constitucional, ou seja, tem-se a necessidade, independentemente das idiosincrasias e particularidades de cada ordenamento jurídico, da insofismável existência de objetivos comuns à generalidade dos ordenamentos comparados (Rozeira, 2017, p. 79). Tendo isso em mente, acreditamos que tal generalidade se manifesta através de um núcleo comum a todos os ordenamentos e, para além disso, que se trata de um dos fundamentos responsáveis por possibilitar o desenvolvimento e expansão global do constitucionalismo moderno, ao mesmo tempo em que possibilita sua adequação de acordo com as especificidades de cada contexto social no qual se aplica.

Para que possamos compreender a veracidade dessa afirmação e a natureza desse núcleo comum e fundamental para a renascimento do direito constitucional comparado, faz-se necessário, em um primeiro momento, retornar ao seu momento de gênese, as Revoluções Burguesas do fim do século XVIII, contexto no qual foram institucionalizadas na forma de texto constitucional as expectativas normativas advindas dos processos de aprendizagem social que se desenvolveram no interior dos seus próprios contextos sociais de fundo, precipuamente, na França e nas treze colônias da América do Norte. Além disso, faz-se necessário, em um segundo momento, compreender a relação entre o conceito moderno de Constituição e outra categoria que será posteriormente melhor desenvolvida, a **aprendizagem social**, de modo a explicitar os problemas que podem derivar de um uso metodologicamente inadequado do comparativismo.

Ante o exposto, no presente texto, pretendemos reconstruir o caminho trilhado pelo conceito moderno de Constituição até o atual estágio de desenvolvimento do Direito Constitucional Comparado. Perpassando pelo seu contexto de surgimento, no qual observa-se o desenvolvimento de um núcleo comum capaz de cristalizar processos de aprendizagem social muito próprios de cada contexto e, ao mesmo tempo, fomentar a expansão global do constitucionalismo ao institucionalizar tais processos na forma de sentenças hermeneuticamente insaturáveis, fato que compreendemos como um dos principais fomentadores do ressurgimento da metodologia comparativista na modernidade.

Por fim, considerando o renascimento e constante ascensão do direito constitucional comparado, serão realizados alguns apontamentos críticos sobre a metodologia utilizada para justificar o recurso ao comparativismo. Isso porque, apesar dos ordenamentos em comparação partilharem de um núcleo fundamental comum, seus institutos e normas são frutos de processos de aprendizagem social muito próprios dos seus contextos sociais de origem, demandando uma robusta carga argumentativa e metodologicamente bem estruturada para cumprir com os objetivos de uma abordagem comparativista metodologicamente adequada.

É diante deste cenário que se faz necessário repensar criticamente como tem-se utilizado o recurso ao Direito Constitucional Comparado no debate teórico contemporâneo. Para tanto, esta análise se constitui a partir do diálogo com outras áreas do conhecimento que não tem por principal objeto de estudo o mundo jurídico, tais como a sociologia, a filosofia, a economia, a história e a política. Nesse sentido, como ponto de partida epistêmica e metodologicamente necessário para a análise crítico-reflexiva que se busca promover ao longo deste artigo, é mister

o conceito de “déficit sociológico”, redefinido por David Gomes², que visa explicitar os efeitos decorrentes da abordagem de problemas essencialmente pertencentes ao Direito Constitucional e à Teoria da Constituição com “um excessivo grau de autonomização, desprendidos dos contextos sociais de fundo que constituem sua condição de gênese e perante os quais as formulações teóricas respectivas precisam provar a sua validade” (Gomes, 2020, p. 150).

Quanto à estrutura do texto, em um primeiro momento realiza-se uma breve contextualização acerca do surgimento do conceito moderno de Constituição, explicitando sua expansão global, posteriormente, retomamos o renascimento do Direito Constitucional Comparado, com ênfase na ausência do estabelecimento de balizas metodológicas adequadas, momento no qual se faz fulcral o conceito de “comparativismo metodologicamente frouxo”, delineado por Emílio Meyer. Por fim, são erguidos alguns apontamentos críticos referentes ao recurso ao direito constitucional comparado e ao próprio conceito de comparativismo metodologicamente frouxo, com o objetivo de fornecer maior substrato a este que é um dos mais importantes debates acadêmicos da atualidade.

1 SOBRE O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO NA MODERNIDADE

Conforme supracitado, para que se justifique uma abordagem comparativa, faz-se inevitavelmente necessária a existência de um objetivo comum à generalidade dos ordenamentos em comparação. É procurando compreender como foi constituído esse núcleo comum a todas as ordens constitucionais que devemos revisitar o conjunto de processos históricos que culminaram no desenvolvimento do conceito moderno de Constituição.

No entanto, como uma etapa metodologicamente necessária para compreender o que é o conceito de Constituição na Modernidade, é necessário conhecer antes, do que este não se trata, como era pensada a Constituição ao longo do período imediatamente anterior à Modernidade, ou seja, o conceito de Constituição no Medievo³.

² É válido ressaltar que o conceito de “déficit sociológico” não se trata de uma categoria originalmente criada pelo professor David F. L. Gomes, uma vez que o próprio reconhece à Axel Honneth a autoria da expressão. No entanto, realizada esta ressalva, o conceito que aqui se utilizará será o desenvolvido por David, para um maior aprofundamento na discussão ver: Gomes (2022) e Gomes (2024a).

³ Para não incorrer em grave anacronismo histórico ao buscar por um conceito de Constituição moderno em períodos distintos da própria Modernidade, o próprio autor nos convida a realizar algumas ressalvas metodológicas, nesse sentido, ver Fioravanti (2001). No presente artigo, por questões estéticas, não utilizamos de aspas sempre que mencionamos a existência de uma “Constituição” no Medievo, ainda que este seja o modo metodologicamente mais adequado e como esta deve ser lida.

Conforme afirma Maurizio Fioravanti, a própria história constitucional compreende a Idade Média como uma época de “eclipse da Constituição”, um período interpretado como mero contratempo entre a Constituição dos antigos e a Constituição dos modernos, mas que permanecia sem um conceito próprio de lei fundamental bem desenvolvido (Fioravanti, 2001, p. 33). No entanto, para que se possa pensar em uma Constituição medieval, é preciso compreender o contexto no qual se encontra inserida, de inexistência de um governo centralizado e com pretensões universalistas, tal como ocorrera durante o período romano, e de prevalecimento do pluralismo jurídico entre diferentes ordens, tais como a Igreja Católica, os senhores feudais e os estatutos das cidades.

Diante de tamanha fragmentação do poder, observa-se a primeira característica da “Constituição Medieval”, sua **intrínseca limitação dos poderes públicos**, não no sentido moderno de freios ao poder público de interferir na autonomia privada dos indivíduos, mas sim no sentido de que estes possuíam uma limitada capacidade de influenciar na vida cotidiana da população (Fioravanti, 2001, p. 35). Nesse contexto, tendo em vista a baixa força normativa que a Constituição era capaz de exercer sobre o cotidiano medieval, surge sua segunda característica fundamental, uma vez que sua observância não era assegurada por qualquer sanção efetivamente aplicável, mas sim pela crença de que cada um dos sujeitos protagonistas do arranjo político-jurídico de determinada sociedade detinha um lugar e função vinculante a ser exercida naquela ordem e da qual não poderia se abster, visto que suas origens remontavam a tempos imemoriais de tradição. Em outras palavras, a Constituição Medieval poderia ser compreendida como **uma ordem dada**, que deveria ser preservada de todos aqueles que quisessem romper com sua tradição de equilíbrio (Fioravanti, 2001, p. 37).

Dentro dessa perspectiva, que visava manter a estabilidade dos poderes sociais, Tomás de Aquino desenvolve sua metáfora organicista, segundo a qual a sociedade poderia ser compreendida como um grande conjunto de articulações que deveriam se mover em harmonia e coordenadamente. Para tanto, todavia, exige-se um coração, um centro motor capaz orientar todo o organismo, um governante cuja legitimidade se encontra irremediavelmente atrelada a sua capacidade de manter o equilíbrio social entre os elementos monárquico, aristocrático e democrático, combinação que culmina no ressurgimento da antiga concepção de Constituição Mista (Fioravanti, 2001, p. 41-55).

Para além de representar este ponto de equilíbrio social e político entre as forças presentes dentro da estrutura social medieval, a estabilidade da Constituição Mista deriva, sobretudo, do fato de que esta não tem, e tampouco deveria ter, um momento de criação. De

fato, sua origem não remonta a qualquer ato fundador de uma nova ordem política e social e, portanto, não está datada no tempo histórico, mais caberia afirmar que sua formação foi gradual e legitimada pelo próprio transcurso do tempo, de modo que se visava justamente evitar o surgimento de qualquer poder com capacidade para romper a ordem que se havia estabelecido ao longo do tempo em determinada sociedade (Fioravanti, 2001, p. 56).

A representação das forças sociais dessa comunidade política encontraria um *locus* perfeito para desempenhar suas funções de maneira coordenada nas chamadas assembleias e parlamentos, tal como a Assembleia dos Estados Gerais, no contexto francês, ou o *Parliament*, no contexto inglês, nas quais os estamentos sociais encontravam-se representados e cumpriam com seu dever de manter a estabilidade protegendo a ordem estabelecida. No entanto, sob a égide deste dever de proteção da Constituição Mista medieval, autores como Hotman iriam compreender que o próprio Rei também se encontraria inserido nesta ordem e, portanto, possuía uma função a ser exercida, de modo que, caso este viesse a descumpri-la, o “direito de resistência” poderia ser invocado pela própria comunidade política contra o governante que se convertesse em um tirano (Hotman *apud* Fioravanti, 2001, p. 59).

Essa compreensão de que o povo⁴ poderia existir politicamente de maneira autônoma, sem a necessidade de ordenação ou reconhecimento pelo Rei, se consubstancia como uma das maiores rupturas para com a lógica da Constituição Mista, o que pode ser bem explicitado pela contraposição com o que a metáfora organicista prega, seria como a monstruosidade de um corpo sem coração, ou sem cabeça (Fioravanti, 2001, p. 59). Diante dessa nova compreensão da relação entre governantes e governados, o povo somente deveria manter sua fiel obediência ao Rei enquanto este não violasse seu juramento de defender a ordem constituída, manter a paz e respeitar a Constituição (Fioravanti, 2001, p. 61).

Os anos finais das constituições mistas medievais seriam marcados por intrigas entre o Rei e a totalidade da comunidade política, representada pelas assembleias e parlamentos, principalmente pelo fato da Constituição medieval impedir, ao mesmo tempo, a absolutização do poder pelo monarca e a parlamentarização do governo (Fioravanti, 2001, p. 68), o que seria responsável por desatar uma série de conflitos que encontrariam seu ponto de cumeada com o surgimento de um novo conceito de Constituição, o conceito moderno de Constituição.

⁴ O conceito de povo ao qual nos referimos, em contraposição ao sentido moderno que este adquirira, não se trata de um conjunto de particulares considerados individualmente, mas sim ao conjunto destes na totalidade da própria comunidade política (Fioravanti, 2001, p. 60).

Marcelo Cattoni (2023), ao debruçar-se sobre a origem e ressignificação do conceito de Constituição na modernidade, compreende que os processos revolucionários que pautaram os debates europeus naquele período foram de precípua relevância para o desenvolvimento de um conceito moderno de Constituição. Isto porque os questionamentos acerca do fundamento de legitimidade do poder e da autoridade das leis encontraram terreno fértil para se desenvolver nos salões de debate revolucionários, nos quais fervilhavam novas proposições, muito influenciadas pelas teorias iluministas desenvolvidas há pouco mais de meio século, sobre o Estado, o direito e o homem em contraposição aos já decadentes pilares do *Ancien Regime*.

O contexto no qual surge o conceito moderno de Constituição é, portanto, do “esfacelamento de uma construção conceitual milenar que até então conformava, sem maiores problemas, as bases do domínio político ocidental” (Cattoni de Oliveira, 2023, p. 156). Um momento de inflexão entre um corpo social que ansiava pela organização e limitação do poder absoluto dos reis ao mesmo tempo que reivindicava, para si, o reconhecimento de direitos naturais ao homem e ao cidadão, e um *corpus* normativo antigo e incapaz de corresponder a todas as expectativas normativas que suas próprias sociedades demandavam.

Nesse sentido, a demanda pela institucionalização do binômio igualdade-liberdade enquanto qualidades construídas intersubjetivamente, derivadas de um processo de histórico e dialético de reconhecimento da anterioridade da comunidade política que poderia, agora, sobrepor-se ao Rei tirano, pode ser reconectada à sua base material. Tratando-se, também da expressão jurídica de um sistema de produção⁵ que depende de sujeitos aptos a trocar, de tal modo que esses próprios indivíduos igualmente livres para trocar também não existiram, desde sempre, como indivíduos, mas, na verdade, emergem no curso da história (Gomes, 2018, p. 129):

Se, portanto, a forma econômica, a troca, põe a igualdade dos sujeitos em todos os sentidos, o conteúdo, a matéria, tanto individual como objetiva, que impele à troca, põe a *liberdade*. Igualdade e liberdade, por conseguinte, não apenas são respeitadas na troca baseada em valores de troca, mas a troca de valores de troca é a base produtiva, real, de toda *igualdade* e *liberdade*. Como ideias puras, são simples expressões idealizadas dessa base; quando desenvolvidas em relações jurídicas, políticas e sociais, são apenas essa base em uma outra potência (Marx *apud* Gomes, 2018, p. 129, grifos no original).

Diante desse mesmo contexto, nota-se, portanto, que a ruptura com as bases de legitimação do poder predominantes ao longo do medievo, como a tradição, os costumes e a

⁵ Para um maior aprofundamento sobre a relação entre constitucionalismo e capitalismo ver: Gomes (2018).

manutenção de uma ordem dada, fez com que estas não permanecessem suficientes para continuar legitimando o exercício do poder na modernidade, o que ensejaria o desenvolvimento de diversas teorias da soberania, a exemplo de Jean Bodin com “Seis Livros da República” (1576), Thomas Hobbes com “Leviatã” (1651) e Jean-Jacques Rousseau com “Do Contrato Social” (1762).

Consubstancia-se, então, a primeira grande tensão deste conceito moderno de Constituição, o surgimento de um novo corpo normativo responsável, sobretudo, por institucionalizar um espaço de limitação e organização dos novos alicerces de poder político, garantir os direitos fundamentais e as condições necessárias para assegurar o pleno desenvolvimento das autonomias pública e privada e, ao mesmo tempo, compatibilizá-los com um poder que seria símbolo da soberania sem ser ilimitado e indivisível por natureza (Fioravanti, 2001, p. 86).

Esse embate entre soberania e garantias fundamentais daria origem a uma extensa discussão no contexto inglês, com destaque para autores como John Locke e Bolingbroke, sobre a supremacia do parlamento ou do executivo⁶. Por sua vez, no contexto francês, observa-se que a nascente ideia da soberania da vontade geral desenvolvida por Rousseau começava a difundir-se, explorando em sua máxima potência a dimensão eminentemente política das demandas por igualdade e autonomia, vistas, até então, como o prelúdio de uma ruptura da ordem institucional e da dissolução da própria Constituição (Fioravanti, 2001, p. 102-103).

A oposição entre essas duas tradições, a constitucionalista e a soberania, é o pano de fundo sob o qual transcorrem as grandes Revoluções Burguesas do fim do século XVIII, um momento histórico e extraordinário para o constitucionalismo por representar a primeira vez que tradições tão opostas se relacionaram sob a égide do poder constituinte (Fioravanti, 2001, p. 104). Desse modo, observa-se que a vontade soberana tendia a se relacionar com a própria Constituição, estabelecendo-a e garantindo aquilo que era o maior objetivo da tradição constitucionalista, sua estabilidade. Em um primeiro momento, no contexto norte-americano, foi possível observar tal manifestação com surgimento dos Estados confederados recém-independentes, que posteriormente conformariam os Estados Unidos da América, ao qual se seguiu o contexto francês, em que este novo arranjo normativo encontraria terreno fértil para se desenvolver.

⁶ Para mais detalhes acerca do debate sobre a soberania no contexto inglês ver: Fioravanti (2001).

Ante todo o exposto, agora podemos extrair as principais distinções entre o conceito moderno de Constituição e a Constituição mista medieval. O primeiro deles se trata da alteração da própria maneira de se compreender o fundamento temporal de legitimidade do poder e do direito no medievo e na modernidade, pois este não mais se encontra na manutenção de uma ordem já estabelecida, derivada de uma pluralidade de acordos e pactos e cujo referencial temporal de legitimidade remonta a tempos imemoriais de tradição. Pelo contrário, vê-se que, na modernidade, o direito deixa de ser compreendido enquanto coisa devida – cujo referencial temporal de legitimidade está voltado ao passado – para assumir uma nova feição enquanto dever-ser e devir - cujo referencial temporal de legitimidade está voltado ao futuro (Cattoni de Oliveira, 2023, p. 186).

Dito de outro modo, pode-se inferir que, ao longo do medievo, o fundamento de legitimidade do poder e do direito se remete a dar a cada um o que lhe é devido de acordo com sua posição estamental na sociedade, reiterando uma série de compromissos firmados em meio a uma pluralidade de acordos e pactos cujo referencial legitimidade remonta a tempos imemoriais de tradição, ou seja, “o que se deve é o que sempre se deveu” (Cattoni de Oliveira, 2023, p. 186). Nesse sentido, consubstancia-se no interior da pré-modernidade uma concepção cíclica da própria história, na qual o futuro se encontra, inevitavelmente, fadado a ser uma repetição do passado.

Por sua vez, o estabelecimento de uma nova concepção de temporalidade que não mais se encontra condenada a repetir ciclicamente os eventos passados, mas sim que pode alterar-se e tomar novos rumos, é exatamente a abertura necessária para que a afirmação rousseniana de que a vontade geral não se pode prender por vontades futuras fosse considerada verdadeira (Rousseau *apud* Gomes, 2018, p. 134), pois se esta é dotada de soberania não poderia, por definição, estar submetida a uma decisão que ela mesma, no passado, estabeleceu.

Além dessa alteração na própria concepção de temporalidade, evidencia-se, como fruto dos processos revolucionários, que este novo conceito de Constituição é datado e assinado no tempo histórico por um ente soberano no exercício de um poder constituinte originário, e que, devido aos processos internos de desenvolvimento do próprio constitucionalismo, se encaminha, tendencialmente, a ser o todo social, a nação ou o povo (Gomes, 2018, p. 136).

Diante desse contexto, destaca-se, também, que a Constituição moderna desempenha uma importante função no pleno desenvolvimento da vivência prática e complementar das autonomias pública e privada já em curso dentro do contexto social de fundo dessas sociedades. O que é feito, precipuamente, por meio da garantia de direitos fundamentais que reconhecem

tanto a capacidade desses indivíduos de tomar livremente suas próprias decisões e organizarem suas vidas autonomamente, quanto, na condição de cidadãos, a possibilidade de participarem dos processos de tomada de decisão coletiva. Além de, mediante a organização, distribuição e limitação do poder, evitar o abuso de poder perpetrado pelas autoridades contra a própria autonomia de seus cidadãos. Em suma, nos cabe afirmar que a Constituição moderna protege as autonomias pública e privada através da garantia de direitos fundamentais e organização dos poderes do Estado (Gomes, 2018, p. 136).

No entanto, diante de tamanha alteração na própria compreensão da temporalidade, cabe questionar como a resignificação do conceito de Constituição na modernidade passaria a articular suas relações entre a memória de um momento constituinte passado e um projeto aberto ao futuro (Cattoni de Oliveira, 2023, p. 187).

A questão sobre o deslocamento do referencial temporal do poder e do direito é um dos principais pontos discutidos por Jürgen Habermas, segundo o qual a busca por um momento constituinte datado no tempo histórico se trata, na verdade, de uma exigência para compreender a abertura ao futuro das constituições democráticas, de modo que estas possam ser interpretadas como catalizadores de processos de aprendizagem social de longo prazo, sujeitos a tropeços, mas sempre capazes de se autocorrigir (Cattoni de Oliveira, 2023, p. 189). No entanto, sobre o risco da própria dissolução do projeto constituinte por essa abertura ao futuro, David Gomes disserta:

Essa abertura temporal ao futuro, na medida em que exige que se assuma a possibilidade de transformações no estado de coisas presente, tem como seu outro lado o risco de que essas transformações sejam de tal monta que destruam completamente esse estado de coisas. No limite, isso poderia acarretar um perecimento das condições de vivência prática complementar das autonomias pública e privada – que, em certo sentido, traduzem e resumem o que seria tal estado de coisas presente. Para que esse risco seja afastado, para que o conteúdo constitucional, ao qual cabe tanto assegurar essas condições de vivência prática das autonomias pública e privada quanto manter a Constituição aberta ao futuro, não seja arrasado pelas possibilidades trazidas por esse futuro em aberto – para que, portanto, não haja insegurança quanto à continuidade relativamente intocada daquela vivência prática – a Constituição tem de estar situada ela mesma em um patamar que lhe garanta algum grau de intangibilidade, o que requer a possibilidade de classificar qualquer tentativa de afetação de seu conteúdo como inválida, a possibilidade de acusar de inconstitucionalidade os atos que incorrerem nessa tentativa de afetação – atos cuja adjetivação determinante não é a de atos imorais ou atos injustos, mas a de atos inconstitucionais (Gomes, 2018, p. 136-137).

Nesse sentido, a pretensão de intangibilidade exigida pela Constituição moderna desdobra-se em diversos aspectos. O primeiro deles se trata da própria supremacia da

Constituição, seu caráter de supralegalidade, ou seja, sua conversão em parâmetro de aferição de validade, segundo o qual a Constituição se encontra em uma posição hierarquicamente superior às demais leis ordinárias que, para serem válidas, devem estar de acordo com o seu conteúdo. Além disso, ao mesmo tempo que a Constituição Moderna se coloca como o fundamento de validade das normas jurídicas, ela retira essa prerrogativa de outras ordens de conduta humana, tais como a moral e a religião, de modo que a Constituição se encontra imune de outras normatizações não jurídicas que lhe poderiam ser contrárias. O que se observa, simultaneamente às demais considerações supracitadas, é que a intangibilidade da Constituição moderna assegura a autonomia do próprio direito moderno como um todo, diferenciando-o das demais esferas normativas e servindo-o como ponto de fechamento hermenêutico (Gomes, 2018, p. 137-138).

Diante desse contexto surge, então, o questionamento, por que se fez necessário, justamente no alvorecer da modernidade, positivar uma Constituição quando todos os elementos que esta assegurava já estavam presentes no interior do contexto social de fundo do qual esta havia emergido?

Conforme anteriormente citado, a necessidade da Constituição moderna como Constituição escrita deriva, irremediavelmente, dos processos de ruptura essencialmente modernos dos laços que integravam os indivíduos às suas totalidades sociais, ou seja, do esfacelamento dessa própria construção conceitual milenar de Constituição que até então vigorava. Nesse sentido, tem-se como principais consequências desses processos a perda da força da tradição, do compartilhamento imediato e do aprendizado dentro de uma comunidade de pertencimento (Gomes, 2018, p. 138).

A textualidade da Constituição moderna surge, portanto, da necessidade de transcrever para uma linguagem formal pretensões generalizáveis capazes de transcender os contextos comunitários específicos, assim como a necessidade de transmissão das normas para as gerações vindouras e evitar que essa própria abertura ao futuro se volte contra os objetivos dessa Constituição. Desse modo, a positivação serve de complementação tanto ao seu fundamento temporal de legitimidade situado em sua abertura ao futuro, quanto ao seu caráter de supralegalidade, auxiliando em sua função de diferenciação do direito das demais esferas normativas (Gomes, 2018, p. 139).

Observa-se que o conceito moderno de Constituição surge como fruto de uma série de processos tipicamente modernos de aprendizagem que lhe reconheceram como a categoria ideal para a realização da mediação que fomenta a integração da sociedade e se vê capaz de catalisar

processos de aprendizagem social advindos de fora de sua própria estrutura, ao mesmo tempo que enseja o desenvolvimento de novos processos de aprendizagem em uma relação dialética e acumulativa, que encontrou seu ponto de cumeada no alvorecer da Modernidade.

Ante todo o exposto, podemos, agora, delinear o conceito moderno de Constituição:

uma Constituição moderna é um documento *tendencialmente* escrito; datado e assinado por um ente soberano no exercício de um poder constituinte originário; dotado do caráter de suprallegalidade; que estabelece um rol de direitos fundamentais e a organização da separação dos poderes estatais; e cujo referencial temporal de legitimidade reside em sua abertura ao futuro; com essa sua estrutura, esse conceito assegura a vivência prática e complementar das autonomias privada e pública, bem como garante a diferenciação do direito, em princípio segmentado territorialmente, perante outras esferas normativas, institucionalizando com isso, em seu mais elevado grau, tanto as *condições de reprodução da economia de troca capitalista* quanto as *condições de uma aprendizagem social que encontra seu lugar no interior de práticas comunicativas contrafaticamente livres de coerção* (Gomes, 2018, p. 144, grifos no original).

2 O RENASCIMENTO DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

No tópico anterior, reconstruímos o caminho trilhado pelo conceito moderno de Constituição, diferenciando-o da Constituição mista medieval e explicitando os diversos conceitos que lhe compõem e foram essenciais para que este seja formulado sistematicamente da maneira como observamos anteriormente.

Neste tópico, passaremos a uma análise sobre a expansão global desta nova concepção de Constituição e, conseqüentemente, do próprio constitucionalismo moderno, visando compreender qual seria o núcleo fundamental comum à generalidade dos ordenamentos da tradição ocidental moderna de constitucionalismo, responsável por possibilitar a realização de estudos comparativos, ao mesmo tempo que viabiliza a produção de normas e institutos influenciados por processos de aprendizagem social muito próprios de seus contextos sociais de gênese.

Para tanto, faz-se necessária a categoria de aprendizagem social, desenvolvida por Jürgen Habermas e reinterpretada por David Gomes na acepção aqui utilizada, para a interpretação dessa relação entre constitucionalismo e sociedade⁷. Antes, contudo, é válido ressaltar a importância de uma categoria anterior, a aprendizagem prática, uma vez que esta se

⁷ Para um aprofundamento teórico sobre os fundamentos do conceito de aprendizagem e operacionalização do modelo A-C-A, ver Gomes (2024b).

trata de uma aprendizagem que é incorporada através de comportamentos e atitudes tornados habituais e, portanto, é facilmente perceptível (Gomes, 2024b, p. 103).

Nessa mesma medida, cientes de que a aprendizagem prática se refere aos processos que transcorrem em um mundo irremediavelmente constituído sobre relações intersubjetivas, um mundo social por definição, é ela que corresponde ao processo aqui denominado de aprendizagem social (Gomes, 2024b, p. 103).

O direito, por sua vez, insere-se neste debate como o âmbito adequado para cristalizar, na linguagem das normas jurídicas, processos de aprendizagem social que são essencialmente desenvolvidos e estão inexoravelmente situados no interior de contextos de gênese determinados. Afetando tanto a relação dos indivíduos consigo mesmos, na formação da sua própria personalidade, quanto a relação da humanidade com o ambiente natural do qual ela é apenas um mero fragmento destacado (Gomes, 2024b, p. 106).

Nesse sentido, tem-se que:

a aquisição da autonomia relativa do direito na modernidade deveu-se precipuamente ao desenvolvimento, interno a si, de uma diferenciação entre suas normas, ganhando centralidade a existência de uma Constituição dotada do atributo da suprallegalidade. Logo, *é em torno da Constituição*, mais do que em qualquer outro lugar, *que podemos enxergar com mais nitidez processos de aprendizagem social jurídico-política* (Gomes, 2024b, p. 106, grifos nossos).

Uma vez reconhecida a Constituição como o espaço, por excelência, de institucionalização dos processos de aprendizagem social vivenciados por determinada coletividade, faz-se necessário compreender o modo como esses processos de aprendizagem são efetivamente institucionalizados e cristalizados no interior de seu corpo normativo.

Para tanto, utiliza-se do modelo teórico desenvolvido por David Gomes para explicar a operacionalização destes processos, o modelo aprendizagem-catálise-aprendizagem (A-C-A). Sua primeira etapa transcorre no interior da própria sociedade estudada, antes mesmo que uma determinada Constituição seja elaborada e promulgada (Gomes, 2024b, p. 108). Nesse contexto, o acúmulo de processos de aprendizagem vivenciados historicamente no interior dessas sociedades nos períodos que antecederam e conduziram até o ato fundante de uma nova ordem constitucional, é rememorado por este, que cristaliza no interior do novo *corpus iuris* tais expectativas normativas.

Como exemplos do próprio modo de funcionamento deste modelo, podemos recorrer a dois casos muito distintos, mas que explicitam de maneira igualmente clara a função de

institucionalização das expectativas normativas. São eles: o projeto constituinte de 1988 e as Constituições francesas do século XIX.

Em primeiro lugar, analisando a própria experiência constitucional brasileira de 1988, analisa-se que, ao longo de toda a nossa história institucional, padrões normativos vigentes sempre provocaram sofrimento sobre grupos e indivíduos estigmatizados, algo somente agravado com a instauração da ditadura militar em 1964 que, ao mesmo tempo, exponenciou também o surgimento de movimentos sociais propulsores de novos processos de aprendizagem (Gomes, 2024b, p. 108). Uma vez organizados em suas pautas, esses mesmos grupos participaram ativamente do processo de elaboração da nova Constituição, possibilitando que “inovações sociais impulsionadas por minorias marginais” viessem a ser “socialmente generalizadas no plano institucional” (Habermas *apud* Gomes, 2024b, p. 108). Inovações estas que podem ser facilmente encontradas em diversos artigos daquele corpo normativo, com destaque para o artigo 5º e seu rol de direitos fundamentais, no qual pode-se observar mais facilmente resquícios desses processos de aprendizagem social.

o teor e até mesmo o estilo dos direitos fundamentais expressam enfaticamente a manifestação de vontade e declaração política de cidadãos que reagem a experiências concretas de repressão e violação da dignidade humana. Na maior parte dos artigos de direitos fundamentais ressoa o eco de uma injustiça sofrida, a qual passa a ser negada, por assim dizer, palavra por palavra (Habermas *apud* Gomes, 2024b, p. 109).

Nesse mesmo diapasão, as Constituições francesas do século de XIX se provam frutos dos processos de aprendizagem social acumulados desde os mais tenros momentos da história institucional francesa, mas que foram excepcionalmente incentivados pelos momentos de abuso de poder e ausência de garantias vivenciados sob o governo das monarquias absolutistas da pré-modernidade. Contexto no qual percebe-se a organização social em grupos como os Jacobinos e os Girondinos, capazes de representar as demandas da sociedade no plano institucional, em um processo de acúmulo de aprendizagens que encontrou seu ponto de cumeada no alvorecer da Modernidade, desatado com os movimentos revolucionários de fins do século XVIII e cristalizando os ideais revolucionários ao longo das diversas Constituições francesas desenvolvidas nos anos posteriores à Revolução.

Tendo isso em mente, passamos à segunda etapa do modelo A-C-A, momento no qual ressalta-se o potencial da Constituição enquanto mecanismo catalizador de novos processos de aprendizagem social. Dito de outro modo, nota-se que a Constituição exerce, pela sua própria

construção comunicativa enquanto forma de linguagem, uma função amplificadora, algo que é reafirmado pela sua estrutura, que fixa normas gerais e abstratas, inexoravelmente expandindo o seu plexo de sentidos e elevando exponencialmente as hipóteses de novos desdobramentos interpretativos. Assim, pode-se constatar que o contexto de gênese de um determinado processo de aprendizagem social não se transforma, necessariamente, em um fator impeditivo a sua generalização e aplicação em outros contextos de validade (Gomes, 2024b, p. 15). É válido ressaltar, contudo, que a Constituição, autonomamente considerada, não é capaz de gerar novos processos de aprendizagem, não havendo o que garanta o surgimento de novas aprendizagens ou a sua linearidade progressiva, lhe cabe somente a mera função de acelerar processos de aprendizagem já em curso no interior do seu próprio tecido social, algo que Menelick de Carvalho Netto reconhece como a capacidade das Constituições democráticas de “produzir escândalo” (Carvalho Netto, 2021, p. 129-131).

Nesse sentido, grupos e movimentos sociais, organizados com um objetivo em comum, podem participar do processo de construção de uma determinada Constituição⁸, trazendo para o seu âmbito geral processos de aprendizagem que já vinham sendo vivenciados em seus contextos de gênese locais, permitindo com que suas inovações sociais viessem a ser generalizadas no plano institucional (Habermas *apud* Gomes, 2024b, p. 14).

Por fim, a terceira etapa do modelo A-C-A se localiza no plano da aprendizagem possível, ou seja, o potencial da Constituição de influenciar o surgimento de novos processos de aprendizagem social. De fato, não podemos nos render à tentadora narrativa ingênua de crer que esses processos irão consolidar-se rapidamente, muito pelo contrário, tem-se a plena ciência de que os processos de aprendizagem social são movimentos lentos e extremamente improváveis de consubstanciar-se no curto prazo (Gomes, 2024b, p. 110).

No entanto, assim como Marcelo Cattoni compreende que “as constituições democráticas, podem ser interpretadas como um processo político e social de aprendizagem de longo prazo, no curso do tempo histórico, sujeito a tropeços, mas capaz de corrigir a si mesmo” (Cattoni de Oliveira, 2023, p. 189). Devemos considerar que:

Em casos favoráveis, esta dinâmica pode pôr em marcha processos cumulativos de aprendizagem e consolidar reformas. Nesses casos, uma

⁸ O conceito de Constituição aqui considerado se refere, essencialmente, à organização e limitação do poder e à garantia de direitos, condições necessárias para um constitucionalismo que preze pela manutenção de seu próprio potencial emancipatório. De modo que restam desconsideradas desta análise constituições “semânticas” (Loewenstein, 1979, p. 219), as quais dificilmente representarão qualquer processo de aprendizagem social pois visam, essencialmente, a mera legitimação jurídica de uma ordem imposta pelos detentores fáticos do poder.

democracia arraigada na sociedade civil dota-se, na esfera pública política, de uma caixa de ressonância para o protesto polifônico dos discriminados, dos desfavorecidos, dos desprezados. Este processo contra o sofrimento produzido pela desigualdade social e a discriminação pode tornar-se o agulhão que impele a autocorreções que alargam um pouco mais o teor universalista do princípio da igualdade (Habermas *apud* Gomes, 2024b, p. 110).

Nesse sentido, pode-se afirmar que:

as expectativas normativas consubstanciadas no constitucionalismo moderno e nas Constituições modernas são de tal ordem que, uma vez postas sob a forma de normas constitucionais, abrem um horizonte hermenêutico insaturável. Sua interpretação – levada a cabo, antes de tudo, na vida prática e nos conflitos que a conformam, ainda que às vezes com o auxílio nada descartável de especialistas acadêmicos – *pode* transcender qualquer tentativa de um engessamento prévio e, com isso, *pode* chocar-se com qualquer previsão constitucional mais concreta (Gomes, 2024b, p. 116, grifos no original).

Diante do exposto, para que possamos compreender o renascimento do direito constitucional comparado na Modernidade, é necessário que se ressalte a preponderância de uma categoria fundamental, tanto para a realização de análises comparativas quanto para a especificação de novos processos de aprendizagem social, a partir da ressignificação e construção intersubjetiva de novos sentidos e significados para as disposições gerais e abstratas da Constituição. Esta categoria se trata justamente da insaturabilidade hermenêutica de conceitos fundamentais ao constitucionalismo moderno e às constituições modernas, sintetizados sob o binômio igualdade-liberdade (Gomes, 2024b, p. 115).

Pode-se identificar, por um lado, que o fato destes conceitos possibilitarem a realização de sucessivas e inesgotáveis interpretações e reinterpretações que compõem o núcleo daquilo que Rozeira concebe como o pressuposto fundamental para a realização de análises comparativas: a existência de objetivos comuns à generalidade dos ordenamentos comparados (Rozeira, 2017, p. 79). Isso porque, conforme visto anteriormente, uma das características fundamentais do constitucionalismo moderno se trata da garantia de direitos e a limitação dos poderes estatais – derivadas dos processos de aprendizagem social vivenciados no interior de seus contextos sociais de gênese. Observa-se, nesse sentido, que a consequência necessária da forma como essa garantia é institucionalizada, enquanto norma constitucional geral e abstrata, é a sua abertura a um novo plexo de sentidos que será determinado interpretativamente por meio de novas práticas intersubjetivas, adquirindo seu status de insaturabilidade hermenêutica.

Tendo isso em mente, por outro lado, desvela-se um novo potencial emancipatório igualmente inesgotável, característica derivada da institucionalização como norma

constitucional de um núcleo comum à generalidade das constituições promulgadas sob a égide do constitucionalismo moderno e sintetizado na díade igualdade-liberdade. A partir do qual também se torna possível a especificação e densificação desses conceitos gerais e abstratos para adequarem-se às vicissitudes próprias dos contextos de validade específicos sobre os quais incidem⁹.

Nesse viés, percebe-se que podemos religar o renascimento do Direito Constitucional Comparado na Modernidade ao seu pressuposto teórico fundamental, a necessidade de um objetivo comum à generalidade dos ordenamentos comparados, neste caso, a garantia de direitos e limitação do poder, uma vez que essa própria insaturabilidade hermenêutica de conceitos sintetizados no par igualdade-liberdade se prova como uma das principais manifestações da institucionalização das expectativas normativas de uma determinada sociedade no conceito moderno de Constituição.

De fato, pode-se observar a manifestação concreta da insaturabilidade hermenêutica do par igualdade-liberdade no constitucionalismo moderno sob a forma dos “incendiários princípios franceses” que transpassaram uma série de movimentos políticos pós-revolucionários como o Vintismo Português e a Independência brasileira (Gomes, 2019, p. 118), de tal modo que o próprio fato de se tratarem de conceitos de sentido inesgotável os transformaram em um dos principais propulsores da expansão global do constitucionalismo moderno, ao mesmo tempo em que indicavam a existência de um objetivo comum à generalidade dos ordenamentos em comparação, o pressuposto metodológico fundamental para o desenvolvimento de análises comparativas.

Retomemos o exemplo da própria experiência constitucional brasileira e as Constituições francesas do século XIX. Observa-se, já na gênese do constitucionalismo moderno, a cristalização dos conceitos de liberdade e igualdade em seu interior, derivados de processos de aprendizagem social muito próprios da sociedade francesa desde seus mais tenros momentos, mas que, uma vez institucionalizados sob um corpo normativo constitucional, alcançaram o status de insaturabilidade hermenêutica e fomentaram, por um lado, processos de densificação das aprendizagens sociais já em desenvolvimento no interior de seu próprio contexto social de fundo, de modo que se desenvolvessem interpretações essencialmente

⁹ De fato, a especificação desses conceitos no interior de cada contexto social sofre influências e se desenvolve diretamente de acordo com os processos de aprendizagem social que marcam essas próprias sociedades. Vejamos a diferença entre a liberdade de expressão no contexto estadunidense e no contexto brasileiro, por exemplo, ou ainda com a necessidade de promover intervenções materiais para o pleno exercício do direito à igualdade, o que se desdobra no maior ou menor reconhecimento de direitos sociais de acordo com cada contexto.

próprias dos próprios princípios de liberdade e igualdade. Assim como, por terem sido reconhecidos como conceitos de sentido inesgotável, disseminaram-se para além do seu próprio âmbito nacional, sendo reconhecidos também em outros contextos sociais que ansiavam pela cristalização do par igualdade-liberdade cuja vivência prática já poderia ser observada em seu interior, o que fornece uma explicação para a expansão global do fenômeno constitucionalista.

Por sua vez, sob a perspectiva da experiência constitucional no contexto brasileiro, constata-se que, no interior de seu próprio contexto social de gênese, já se observava a vivência prática dos conceitos de igualdade e liberdade antes mesmo do surgimento do constitucionalismo moderno. Contudo, inegavelmente influenciado por este e pressionado pelos processos aprendizagem social vivenciados em seu interior, promoveu-se a institucionalização e cristalização do par igualdade-liberdade no corpo normativo constitucional, elevando-os ao status de hermeneuticamente insaturáveis com vistas a assegurar a garantia de direitos e limitação do poder, objetivo comum à generalidade das constituições formuladas no bojo do constitucionalismo moderno e, portanto, justificando a promoção de análise comparativas, bem como permitiu sua especificação de acordo com os processos de aprendizagem social próprios do contexto brasileiro.

Ademais, para além dos pressupostos teóricos fundamentais à expansão do constitucionalismo, também é importante contextualizar sua dimensão instrumental, vez que o atual processo de ascensão protagonizado pelo Direito Constitucional Comparado se encontra intrinsecamente relacionado ao desenvolvimento tecnológico e, mais contemporaneamente, à intensificação da globalização, do qual resulta um aumento dos processos de integração social em escala global e uma maior utilização do comparativismo como meio de promover análises que não sejam demasiadamente “provincianas”. Servindo como um mecanismo útil para a compreensão da organização de outras ordens jurídicas e fazendo com que até mesmo países estruturalmente acostumados a autorreferenciar-se em termos de constitucionalismo dirigissem parcelas significativas de suas pesquisas ao estudo do direito constitucional comparado, a exemplo do caso estadunidense (Meyer, 2016, p. 16).

A intensificação destes processos de interrelação comunicativa encontra suas raízes principalmente no avanço tecnológico observado a partir de meados dos anos 90 (Hirschl, 2014, p. 1). O que pode ser observado, por exemplo, na superação das dificuldades derivadas da chamada “internet discada” e da ausência de uniformização do acesso a bancos de dados jurisprudenciais que possibilitassem um maior intercâmbio criativo. Intercâmbio este que não se limitaria a pesquisadores com finalidades acadêmicas, mas também seria utilizado como

recurso para resolução de litígios judiciais por tribunais – que, por sinal, muitas vezes utilizam de maneira inadequada tal recurso – e até mesmo por participantes de processos constituintes (Meyer, 2016, p. 17).

Em face disso, evidencia-se que o Direito Comparado assumiu um papel muito maior do que o de mera disciplina voltada, inicialmente, à pesquisa acadêmica, se tornando uma fonte ativa de fundamentações para a tomada de decisões judiciais e formulação de políticas públicas (Meyer, 2016, p. 23). Exemplos da influência comparativa podem ser observadas até mesmo em casos dos EUA, no qual predomina um já mencionado “isolacionismo” quando tratamos de termos constitucionais, como pode ser visto nos casos *Atkins v. Virginia*, *Lawrence v. Texas* e *Roper v. Simmons*, nos quais os juízes da Suprema Corte Anthony Scalia e Stephen Breyer digladiaram-se em um verdadeiro confronto em torno da admissibilidade do uso de fontes estrangeiras para a tomada de decisões judiciais estadunidenses (Meyer, 2016, p. 23-24).

A este movimento de interpenetração entre Direito Constitucional Comparado e tomada de decisões judiciais Emílio Meyer denomina “judicialização comparada”, o qual consiste em:

um uso leve das práticas, exemplificado por referências a experiências internacionais, pelas menções a dados empíricos a respeito da prática de princípios em outras ordens ou menção a contextos estrangeiros para direcionar uma determinada decisão da corte que, contudo, se funda em argumentos domésticos (Meyer, 2016, p. 24).

É importante frisar, no entanto, que este procedimento de “judicialização comparada” comporta, em seu interior, um uso mais arraigado do próprio comparativismo, no qual são importados argumentos vindouros de cortes ou tribunais estrangeiros, principalmente sob o viés de que as discussões acerca da disputa em questão ainda são incipientes no contexto local, de forma que se faz necessário o recurso a tais fontes por serem capazes de fornecer um elemento empírico que justifique o transplante de direito ou instituto estrangeiro (Saunders *apud* Meyer, 2016, p. 24-25).

Nesse sentido, o recurso a fontes de direito estrangeiro a partir do método comparativista por juízes e tribunais tem sido uma das principais questões que suscitaram o debate acerca da metodologia empregada para justificar o recurso ao Direito Constitucional Comparado (Saunders, 2006, p. 65). Diante disso, faz-se necessário questionar qual seria a maneira mais adequada de lidar com institutos que, apesar de partilharem de um mesmo pressuposto fundamental – a supracitada insaturabilidade hermenêutica dos princípios fundamentais ao

constitucionalismo moderno – também são frutos de processos de aprendizagem específicos dos seus contextos sociais de gênese.

Tendo isso em vista, observa-se que qualquer prática de estudo comparado deve, preliminarmente, estabelecer padrões metodologicamente adequados e suficientemente rígidos para que não se desenvolva uma relação de subordinação na qual se reconheça a essas fontes estrangeiras de direito força normativa de precedentes, mas sim um diálogo no qual estas sejam utilizadas de maneira metodologicamente fundamentada como uma fonte consultiva auxiliar para elucidar uma posição que, todavia, já se encontrava em desenvolvimento no interior daquele próprio contexto social (Saunders, 2006, p. 67).

Sendo assim, retomamos o questionamento fundamental deste tópico: o que fundamenta a ascensão do comparativismo na contemporaneidade?

Para responder à tal pergunta devemos compreender que a vivência prática da diade igualdade-liberdade no interior dos contextos sociais de gênese, quando cristalizada no corpo normativo constitucional de determinada coletividade pela demanda de grupos que representam processos de aprendizagem social locais, é generalizada e elevada ao status de expectativas normativas hermeneuticamente insaturáveis e, logo, podem extrapolar seu próprio contexto de surgimento.

Nesse sentido, pode-se observar que a forma concreta que esses conceitos de sentido inesgotável encontraram para se dispersar ao redor do globo foi a de princípios fundamentais do constitucionalismo moderno, de modo que o reconhecimento das expectativas normativas sintetizadas pelo par igualdade-liberdade se tornam uma manifestação necessária da garantia de direitos e limitação do poder, objetivos comuns à generalidade das ordens constitucionais democráticas modernas e condição necessária para que se possam promover diálogos transconstitucionais¹⁰ entre diferentes ordenamentos, consubstanciando, em conjunto com o desenvolvimento tecnológico, alguns dos principais ensejadores do renascimento e ascensão do direito constitucional comparado.

3 APONTAMENTOS CRÍTICOS

¹⁰ Tais diálogos, para Marcelo Neves, são realizados entre diferentes ordens jurídicas através, principalmente, de “pontes de transição” entre seus centros (juízes e tribunais), em relações de observação mútua nas quais se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio sem a necessidade de definição de uma Constituição hercúlea definitiva (Neves, 2008, p. 117).

Uma vez estabelecidos os pressupostos teóricos e as condições materiais que possibilitaram tamanho desenvolvimento das análises comparativas na contemporaneidade, devemos passar, neste momento, à realização uma análise crítico-reflexiva sobre o atual estado da arte do Direito Constitucional Comparado, principalmente tendo em vista sua difusão dentro do atual debate teórico e jurisprudencial entre autores que visam promover leituras que não sejam demasiadamente “provincianas” de problemas essencialmente relativos ao direito Constitucional.

Para tanto, como ponto de partida epistêmica e metodologicamente necessário para tal análise crítico-reflexiva, são fundamentais os conceitos de “déficit sociológico”, redefinido por David Gomes, e de “comparativismo metodologicamente frouxo”, utilizado por Emílio Meyer.

Enquanto o primeiro visa explicitar as consequências decorrentes de uma abordagem de problemas essencialmente pertencentes à seara constitucional com “um excessivo grau de autonomização, desprendidos dos contextos sociais de fundo que constituem sua condição de gênese e perante os quais as formulações teóricas respectivas precisam provar a sua validade” (Gomes, 2020, p. 150), o segundo pode ser compreendido como uma observação crítica de algumas das principais limitações metodológicas que ainda assolam o estudo e o recurso ao Direito Constitucional Comparado:

Em termos propriamente metodológicos, o direito Comparado pode apresentar limitações bastante intuitivas, como o acesso, manejo e compreensão de fontes estrangeiras, como também um desafio mais significativo: *como conhecer adequadamente o contexto em que se deu produziu a fonte*. Todos esses obstáculos podem produzir o que é chamado de um “mau uso” do direito comparado por meio do qual juízes e cortes limitam arbitrariamente as jurisdições a que se referem, não justificando o resultado da seleção (Meyer, 2016, p. 26, grifos nossos).

Diante desse contexto de dificuldade na compreensão do contexto social do qual um determinado instituto em comparação emerge – algo, conforme visto anteriormente, essencial para compreender os possíveis efeitos que determinada norma pode produzir, uma vez que se trata, inevitavelmente, de um fruto dos processos de aprendizagem social específicos de determinado contexto, faz-se essencial, principalmente no âmbito de utilização do comparativismo por juízes e tribunais, o estabelecimento de balizas metodológicas adequadas à finalidade pretendida.

Isso decorre dos inúmeros riscos que envolvem o emprego metodologicamente frouxo e equivocado de fontes exógenas de direito dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pois,

apesar de verificarmos a possibilidade destas partilharem de similitudes comuns aos ordenamentos democráticos frutos do constitucionalismo moderno, seus institutos também resultam de processos de aprendizagem que não foram vivenciados no contexto no qual se pretende eventualmente aplicá-las, contexto perante o qual devem comprovar a sua validade. Dessa forma, tal impropriedade metodológica pode tornar propício o surgimento de efeitos indesejados ou até mesmo dificultar a institucionalização de processos de aprendizagem que já vinham se desenvolvendo dentro daquele próprio contexto social.

Por sua vez, cabe-nos refletir também sobre o próprio conceito de “comparativismo metodologicamente frouxo”, a partir do qual se faz possível identificar, ainda hoje, a persistência de análises comparativas metodologicamente inadequadas, seja no âmbito acadêmico seja no jurisprudencial, que se utilizam do Direito Constitucional Comparado de maneira insuficientemente fundamentada. No entanto, é válido ressaltar que ainda não se observa alguma proposta de solução que seja metodologicamente adequada para corrigir tal problema.

De fato, este não se trata de um debate atual, diversos autores¹¹, tanto favoráveis quanto contrários a realização de análises comparativas, já dissertaram efusivamente sobre questões de ordem metodológica relativa aos “transplantes/empréstimos/migração” de fontes jurídicas estrangeiras, apresentando diferentes argumentos para defender suas posições. Todavia, nota-se que mesmo após transcorrido tamanho debate o mesmo problema reaparece de maneira recorrente e permanece sem uma solução adequada, ou seja, ainda hoje permanece em aberto o questionamento acerca de como seria possível desenvolver uma abordagem metodologicamente mais adequada para superar os desafios que se impõem ao uso cada vez maior do Direito Constitucional Comparado na contemporaneidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, buscamos reconstruir o conceito moderno de Constituição e a relação entre Constituição e aprendizagem social com a finalidade de verificar o possível

¹¹ Com destaque, no âmbito acadêmico, para autores como Cheryl Saunders (2006), Mark Tushnet (2009), Sujit Choudhry (2006), Richard Posner (2004), Marcelo Neves (2008), Emílio Meyer (2020), Juliano Zayden Benvindo (2024), dentre diversos outros autores nacionais e internacionais que discorreram sobre a possibilidade de utilizar fontes estrangeiras de direito. Por sua vez, no âmbito judicial, menciona-se novamente o grande debate travado entre os já mencionados juízes Antony Scalia e Stephen Breyer, um marco para compreender a dimensão que o Direito Constitucional Comparado assumiu na contemporaneidade, muito além da disciplina acadêmica originária.

diagnóstico de um pressuposto comum responsável por viabilizar, tanto a realização de análises comparativas entre diferentes ordens constitucionais quanto os processos de especificação e densificação desses próprios conceitos, de acordo com os processos de aprendizagem social próprios da história de cada contexto social no qual subsista uma Constituição democrática moderna.

Nesse sentido, diante da constatação de que a existência de conceitos hermeneuticamente insaturáveis no interior do constitucionalismo moderno pode ser identificada como essa condição bilateralmente fundamental, faz-se possível a realização de críticas que, por um lado, visam explicitar a ausência de sistematicidade metodológica no uso do Direito Comparado e, por outro lado, criticar o próprio conceito de comparativismo metodologicamente frouxo diante da não propositura de soluções adequadas. Com isso, o presente artigo se coloca como uma contribuição crítica para este que é, ainda hoje, um dos mais acalorados debates do constitucionalismo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

- BENVINDO, Juliano Zaiden *et al.* O estudo do direito constitucional comparado no Brasil: mapeamento das iniciativas e perspectivas de desenvolvimento da área. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 11, n. 1, e254, jan./abr. 2024.
- BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Tradução: José Carlos Orsi Morel (v. 1) e José Ignacio Coelho Mendes Neto (v. 2–6). Revisão: José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2011.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **Teoria da Constituição e direito constitucional: escritos selecionados**. v. 2. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2023.
- CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (org.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1–36.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.
- GOMES, David F. L. Sobre o conceito moderno de Constituição: proposta de uma nova abordagem. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, [S. l.], v. 13, n. 1, 2018.

GOMES, David F. L. **A Constituição de 1824 e o problema da modernidade**: o conceito moderno de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GOMES, David F. L. Constitucionalismo e dependência: em direção a uma teoria da Constituição como teoria da sociedade. In: CUNHA, José Ricardo (org.). **Teorias críticas e crítica do direito**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 149–197.

GOMES, David F. L. **Para uma teoria da Constituição como teoria da sociedade**: estudos preparatórios. v. 1. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022.

GOMES, David F. L. **Para uma teoria da Constituição como teoria da sociedade**: estudos preparatórios. v. 2. Belo Horizonte: Conhecimento, 2024a.

GOMES, David F. L. **Aprendizagem–catálise–aprendizagem**: delineamento de um modelo teórico sobre as relações entre Constituição e sociedade. *Direito Público*, [S. l.], v. 21, n. 110, 2024b.

HIRSCHL, Ran. Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law. Oxford: **Oxford University Press**, 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Edição bilíngue. Tradução: Ruy Ribeiro Franca. Belo Horizonte: Tessitura, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

MEYER, Emílio. **Direito constitucional comparado**: perspectivas contemporâneas. 1. ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

POSNER, Richard. No thanks, we already have our own laws. *Legal Affairs*, [S. l.], 2004, p. 40–42.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: **Os Pensadores**. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

ROZEIRA, Gustavo Gramaxo. Direito constitucional comparado: uma abordagem metodológica. *Revista de Direito da ULP*, Porto, v. 1, n. 9, 2017.

SAUNDERS, Cheryl. The use and misuse of comparative constitutional law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 13, n. 1, 2006, p. 37–76.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: que é o Terceiro Estado? Organização de Aurélio Wander Bastos. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: [s.n.], 2001.

PARA UM COMPARATIVISMO METODOLOGICAMENTE ADEQUADO: DO CONCEITO
MODERNO DE CONSTITUIÇÃO AO COMPARATIVISMO METODOLOGICAMENTE FROUXO
Rafael Ricardo Santos Cardoso

TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. **Virginia Journal of International Law**, v. 49, 2009.