



[Artigos inéditos]

## **Entre Resistência, Convergência e Engajamento: Direito constitucional comparado e migrações constitucionais**

*Between Resistance, Convergence and Engagement: Comparative Constitutional Law and Constitutional Migrations*

**Matheus Gomes Setti<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: gomes.setti@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7331-4372>.

**Melina Girardi Fachin<sup>2</sup>**

<sup>2</sup> Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: melinafachin@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6250-1295>.

Artigo recebido em 25/11/2021 e aceito em 06/10/2022.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.



## Resumo

O tema das transferências, transplantes ou migrações constitucionais vem, com a abertura dos constitucionalismos ao âmbito internacional, sendo objeto de grandes discussões. Neste contexto, a reflexão sobre algumas ideias formuladas por alguns autores anglófonos pode ser relevante para o desenvolvimento da discussão no Brasil, sobretudo o conceito de migração, que permite a identificação de maiores nuances do que a noção de transferências ou transplantes. O trabalho busca apresentar um panorama do debate acerca da comparação constitucional, com enfoque nos autores anglófonos e no conceito de migração de ideias constitucionais. Para tanto, utiliza-se do método de revisão bibliográfica, a partir, notadamente, dos estudos de Ran Hirschl, Mark Tushnet, Vicki Jackson e Kim Scheppele. Espera-se que a reflexão possa servir de base para o desenvolvimento da temática no Brasil, um campo ainda em construção de fundamentação mais sólida.

**Palavras-chave:** Direito constitucional comparado; Direito comparado; Migrações constitucionais.

## Abstract

The subject of constitutional transfers, transplants or migrations has been, moreover with the opening of constitutional law to international debates, a topic of increasing debate. In this context, specifically, some ideas formulated by English-speaking authors may be relevant for the discussion in Brazil, notably the concept of constitutional migration, which allows for a more nuanced comprehension than the notion of transfers or transplants. This paper seeks to present an overview of the present comparative constitutional debate in English, with focus on the concept of the migration of constitutional ideas. For this purpose, it will adopt the method of bibliographical analysis, focusing on the main English-speaking authors of the field, such as Ran Hirschl, Mark Tushnet, Vicki Jackson and Kim Scheppele. In conclusion, the ideas seek to serve as a gateway for the further development of the subject in Brazil, a field still under construction.

**Keywords:** Comparative constitutional law; Comparative law; Constitutional migrations.



## 1. Introdução

O estudo do direito constitucional comparado pode ser ampliado em virtude da globalização do conhecimento e do avanço das tecnologias de comunicação, os quais facilitaram a troca de experiências e a difusão de pesquisas jurídicas e decisões judiciais das mais diversas origens. Por outro lado, a massificação das informações disponíveis online e a inexistência de filtros quanto à sua confiabilidade apresentam dificuldades para a realização de análises mais rigorosas.

A comparação entre institutos constitucionais pode proporcionar uma série de benefícios à compreensão do direito interno. Entre outras possibilidades, ela permite analisar diferentes formas de lidar com questões similares, delimitar melhor conceitos compartilhados – ou entender melhor os nacionais, a partir do contraste – e promover a integração internacional e o cumprimento de tratados. Além disso, pode fornecer às Cortes parâmetros – positivos ou negativos – de eventuais soluções relativas à implementação de direitos humanos e fundamentais.

Esse último aspecto é ponto de forte controvérsia, em especial nos Estados Unidos. Todavia, é comum afirmar-se que a influência entre tribunais de diferentes países já é inevitável em face da globalização e das atuais tecnologias. O Supremo Tribunal Federal não é exceção: não é incomum encontrar referências a julgados e ideias estrangeiras em suas decisões.

Apesar disso, são poucos os trabalhos referentes ao assunto produzidos pela doutrina brasileira – cujo ordenamento também raramente figura nas análises alhures. Essa carência, de um lado, impede que se colham os benefícios acima citados. De outro, possibilita que os juízes nacionais utilizem tais ideias sem o necessário escrutínio da comunidade jurídica com relação à forma como isso é feito e suas possíveis consequências.

Noutro ponto, quando um ordenamento nacional adota um conceito constitucional formulado no estrangeiro, tanto por meio de algum dos Poderes, como pela doutrina, diz-se que houve a migração, transferência ou empréstimo desta ideia. Entender como esse fenômeno ocorre e quais as suas implicações é também de suma importância para compreender o próprio ordenamento pátrio. Além disso, muitos conceitos ora incorporados nesses diálogos têm origem internacional.



Exemplificativamente, cita-se a reserva do possível, o estado de coisas inconstitucional, a colaboração premiada, entre outros.

O presente trabalho tem por finalidade contribuir com o avanço dos estudos brasileiros acerca do direito constitucional comparado, com enfoque nos diálogos transconstitucionais. Isso se fará por meio da exposição dos debates no contexto anglófono, sobretudo com relação ao conceito de migrações constitucionais, que permite a identificação de maiores nuances do que as ideias de transplantes ou transferências.

O avanço nesse campo faz-se relevante pois viabiliza uma melhor compreensão quanto aos conceitos já incorporados na ordem jurídica nacional, em virtude de inexoráveis influências transconstitucionais. Para tal objetivo, serão estudados os trabalhos de alguns dos principais autores do tópico em língua inglesa, sem pretensão exauriente, abordando-se as suas propostas, metodologias, controvérsias, entendimentos e inquietações.

Com isso, espera-se fornecer um panorama para que o tema possa adquirir maior relevância e fundamentos entre o público brasileiro.

## 2. Direito Constitucional Comparado

Apesar de ter se fortalecido particularmente nas últimas décadas, o Direito Constitucional Comparado, no início do século XX, havia sido relegado a um pequeno e obscuro adendo nos cursos de Direito Constitucional.<sup>1</sup> Isso foi resultado de uma virada positivista, exegeta, que se deu principalmente com a consolidação dos sistemas jurídicos nacionais, os quais se tornaram autorreferentes.<sup>2</sup>

Mark Tushnet argumenta que o interesse na área surgiu em três ondas. A primeira delas, que foi a grande impulsora do renascimento do tópico no século passado, foi o fim da II Guerra Mundial. A segunda, a descolonização na África e Ásia. A terceira, a redemocratização da América Latina. A fase atual é herdeira desse último processo.<sup>3</sup> A

---

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

<sup>2</sup> *Op cit.* p. 4.

<sup>3</sup> TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 1.



esses fenômenos, Rosenberg e Sajó acrescentam a queda do muro de Berlim e o fim da União Soviética na Europa.<sup>4</sup>

Também essencial para a ênfase recebida pelos estudos comparados nos últimos anos foi a ampliação do Direito Internacional Público e a maior importância dada aos tratados e convenções – em especial aqueles que envolvem direitos humanos, os quais passaram a figurar no cerne da ordem jurídica internacional.<sup>5</sup> A definição desses direitos, contudo, não surgiu do nada, mas de previsões constitucionais já preexistentes em alguns países, sedimentando uma paisagem constitucional aberta, porosa e multinivelada.<sup>6</sup>

Nesse cenário, como sustenta Christopher McCrudden, a implementação de tais disposições passou a ser realizada pelos poderes judiciários nacionais, o que lançou os juízes na linha de frente da sua concretização, dando centralidade à figura do *judicial review*.<sup>7</sup> Ainda, pelo seu aspecto muitas vezes contramajoritário ou contrário aos interesses das classes políticas, as cortes com frequência procuram se afastar de tais influências e recorrem a fontes internacionais, por meio de estudos e casos julgados no estrangeiro.<sup>8</sup>

No Brasil, a matéria também já vem sendo debatida. Dentre os estudos sobre o tema, pode-se citar, em especial, o de Dutra e Vieira<sup>9</sup>, os quais abordaram pela primeira vez as teorias de Vicki Jackson; Meyer<sup>10</sup>, que traçou um panorama dos principais aspectos teóricos e das controvérsias da matéria; e Medeiros<sup>11</sup>, o qual fez uma análise similar, mas afastando-se dos autores norte-americanos, normalmente dominantes. Em caráter bastante abrangente, têm-se as obras de Ivo Dantas<sup>12</sup> e de José Afonso da Silva<sup>13</sup>, os quais abordam o tema a partir principalmente dos autores italianos, franceses e espanhóis. Com relação ao tema dos diálogos constitucionais, é de suma relevância a obra de

---

<sup>4</sup> SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 2.

<sup>5</sup> TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 4.

<sup>6</sup> JACKSON, Vicki. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*. *Federal Law Review*, Camberra, v. 35(2), 2007. p. 2.

<sup>7</sup> MCCRUDDEN, Christopher. *Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*. *Oxford Journal Of Legal Studies*, v. 20, n. 4, Oxford University Press, 2013. p. 500.

<sup>8</sup> *Op cit.* p. 502.

<sup>9</sup> DUTRA, Deo Campos; VIEIRA, José Ribas. *Direito Constitucional Comparado Entre Renascimento e Consolidação*. Sequência, n. 76, Florianópolis, 2017. pp. 69-94.

<sup>10</sup> MEYER, Emílio Peluso Neder. *Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil*. *Revista de Investigações Constitucionais*, n. 2., v. 6., Curitiba. 2019.

<sup>11</sup> MEDEIROS, Orione Dantas de. *Direito Constitucional Comparado: breve aspectos epistemológicos*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 188, 2010. pp. 313-332.

<sup>12</sup> DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional Comparado*. Ed. 3. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Um Pouco de Direito Constitucional Comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.



Marcelo Neves<sup>14</sup>, assim como a de Dutra<sup>15</sup>, que trabalham o assunto sem dar enfoque especial à noção específica de migração.

De acordo com Vicki Jackson, A globalização do conhecimento e o fácil acesso a conteúdo jurídico de outros países também tornam cada vez mais difícil para cortes se isolarem de influências externas. Assim, é cada vez mais comum que haja referências a decisões e conceitos estrangeiros nos tribunais nacionais.<sup>16</sup> Essa concepção é de fato confirmada pelos estudos empíricos, como os de David Law<sup>17</sup> e os reunidos na obra coordenada por Marie Claire Ponthoreau e Tania Groppi.<sup>18</sup>

As experiências de outros países também podem ser úteis quando se assemelham à verificada na esfera nacional: ao lidar com direitos humanos e fundamentais, é inevitável esbarrar em inúmeros conflitos entre princípios. O diálogo entre tribunais de diferentes nações, então, possibilita uma maior discussão, o que pode conferir mais legitimidade às decisões, além de demonstrar as possíveis consequências de cada escolha.<sup>19</sup> Esse fenômeno será melhor analisado adiante, quando discutirmos as migrações constitucionais.

Os comparatistas, portanto, podem ter diversos objetivos. O método pode contribuir com a melhor compreensão de sistemas jurídicos estrangeiros ou até mesmo do nacional, pela sua distinção dos demais. Ainda, é muito comum a intenção dos estudiosos de, por meio dele, encontrar *standards* de “melhores práticas” no direito.<sup>20</sup> Este propósito, inclusive, é um dos grandes motores do atual direito internacional público e será melhor analisado adiante.

Naturalmente, os desafios para o cumprimento dessas propostas são muitos. Desde logo, tem-se a evidente barreira linguística. Embora possa parecer um problema

---

<sup>14</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>15</sup> DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018.

<sup>16</sup> JACKSON, Vicki. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*. Federal Law Review, Camberra, v. 35(2), 2007. p. 2.

<sup>17</sup> LAW, David S. Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy. University of Pennsylvania Law Review, v. 164, n. 4, 2015. p. 927-1036.

<sup>18</sup> GROPPi, Tania; PONTTHOREAU, Marie Claire. *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Portland: Hart Publishers, 2013.

<sup>19</sup> *Op cit.* p. 528.

<sup>20</sup> JACKSON, Vicki. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 70.



singelo, ela restringe em larga escala os estudos aos países anglófonos ou que traduzam artigos e decisões judiciais para o inglês.<sup>21</sup>

Ademais, é necessário compreender com alguma profundidade a história e as estruturas jurídicas, políticas, sociais e econômicas do país cujo direito se busca analisar. O estudo que não se atenha a tais aspectos corre grande risco de ser reducionista ou simplesmente errôneo em suas conclusões.<sup>22</sup>

Pierre Legrand afirma, ainda, ser absolutamente impossível entender de verdade a legislação estrangeira, uma vez que está cheia de “fantasmas”, nos termos postos por Derrida, e subtextos somente acessíveis aos membros da sua cultura de origem.<sup>23</sup> De acordo com o professor, um brasileiro, por mais que conheça bem o contexto alemão, jamais interpretará um dispositivo legal germânico como um nacional. Sempre – e invariavelmente – o fará como brasileiro.<sup>24</sup> Essa crítica tem particular relevância para o tópico de migrações constitucionais, de modo que também será melhor analisada em frente.

O estudo constitucional comparativo, embora venha se desenvolvendo rapidamente, ainda apresenta muitas lacunas para o seu amadurecimento.<sup>25</sup> Em especial, carece de um método rigoroso ou ao menos claro para embasar suas pesquisas, sobretudo no Brasil.<sup>26</sup>

A fim de contribuir para a solução desse problema, Ran Hirschl e Vicki Jackson, em ambientes distintos, propuseram premissas metodológicas que podem orientar os estudiosos em seus objetivos – inclusive neste trabalho.

Hirschl afirma que os pesquisadores da área devem deixar de se limitar apenas a descrever os diferentes sistemas jurídicos, visando à formação de um conceito, mas procurar explicá-los, estabelecer relações causais entre as normas, as suas razões de ser e seus efeitos sobre a sociedade. Para tanto, sustenta, os métodos tradicionais do direito

---

<sup>21</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 213.

<sup>22</sup> JACKSON, Vicki. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 70-72.

<sup>23</sup> LEGRAND, Pierre. HACHEM, Daniel Wunder (trad.). *Como Ler o Direito Estrangeiro?* São Paulo: Contracorrente, 2018.

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

<sup>25</sup> DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Introduction. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. *Research Handbooks in Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 12.

<sup>26</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 224.



– de análise de casos, de minúcias legislativas – não são suficientes. É necessário adotar metodologias similares às das ciências sociais.<sup>27</sup>

Nesse contexto, Jackson explica que as pesquisas podem ser realizadas por acadêmicos, juízes ou legisladores. Quanto aos primeiros, podem ser classificatórias, normativas, históricas, funcionais ou contextuais.<sup>28</sup>

As classificatórias têm por objetivo estabelecer e analisar “famílias” jurídicas, como *common law* e *civil law*, monistas e dualistas. Outro objetivo pode ser dividir ordenamentos com relação a aspectos de áreas determinadas, como presidencialistas e parlamentaristas, ou aqueles mais receptivos a investimentos estrangeiros e os menos.<sup>29</sup>

Esse modo de pesquisa se relaciona com o histórico, o qual procura identificar o desenvolvimento de determinadas normas ao longo do tempo, traçar sua genética, sua genealogia. Entre outros, abarca o estudo de como um conceito “migrou” de um sistema para outro e como se desenvolveu nos ambientes distintos.<sup>30</sup> Em larga escala, o escopo desta pesquisa será a revisão bibliográfica da literatura anglófona sobre esse tema.

No modo normativo, o que se ambiciona é encontrar e compreender padrões universais do “justo” e do “bom”. Por mais que a sua viabilidade seja questionável, pode-se dizer que é particularmente importante para o direito internacional público.<sup>31</sup>

O mais utilizado, todavia, é o funcional, o qual tenciona verificar como dispositivos constitucionais funcionam em determinadas circunstâncias, como podem cumprir de diversas maneiras – e com taxas diferentes de sucesso – funções semelhantes, e se normas tidas como importantes realmente possuem tal característica em face de sua proposta.<sup>32</sup>

Esse modo pode ser adotado em conjunto com qualquer outro para finalidades distintas. Talvez o mais importante, porém, seja usá-lo junto com o contextual. Este procura analisar como os aspectos históricos e socioculturais influenciam nas normas constitucionais e levá-los em conta na definição e compreensão das funções que elas exercem.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> *Op cit.* pp. 227-230.

<sup>28</sup> JACKSON, Vicki. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 54-55.

<sup>29</sup> *Op cit.* pp. 56-57.

<sup>30</sup> *Op cit.* p. 58.

<sup>31</sup> *Op cit.* p. 60.

<sup>32</sup> *Op cit.* p. 61.

<sup>33</sup> *Op cit.* pp. 66-67.



Hirschl não distingue os modos de comparação desta forma. Diferentemente, divide-os entre aqueles sobre um único país – que se caracterizam como comparativos pois têm como autor algum estrangeiro – e os de autorreflexão ou melhoramento por meio de analogia, distinção ou contraste<sup>34</sup>. Um terceiro modo, que segundo o autor é o mais desejável, é o que analisa a forma como sistemas diversos lidam com problemas similares, para “gerar conceitos e parâmetros analíticos para pensar criticamente sobre normas e práticas constitucionais.”<sup>35</sup> Por fim, o professor cita a busca de inferências causais a partir do teste de teorias em confronto com dados empíricos sobre o funcionamento das normas.<sup>36</sup>

As ferramentas para obtenção desses resultados são várias. Tushnet classifica os métodos comparativos que podem ser utilizados. De um lado, tem-se aqueles chamados de *small-n*, que analisam uma pequena quantidade de casos. Em primeiro lugar, podem ter por objeto os casos mais parecidos ou mais diferentes.<sup>37</sup> Essa divisão pode ajudar a entender quais aspectos são realmente importantes para a obtenção de um determinado resultado: se casos distintos em tudo exceto uma variável possuem a mesma consequência, é provável que aquela seja importante. O mesmo se infere de casos iguais com exceção de uma variável.<sup>38</sup>

Outro método, segundo Tushnet, é a exposição de casos ilustrativos ou edificadores, os quais têm por finalidade desestruturar sentidos de falsa necessidade. Isto é, demonstrar que certos resultados podem ser atingidos por meios diferentes daqueles como essenciais no contexto nacional – e talvez de maneira melhor do que a atualmente adotada.<sup>39</sup>

Hirschl acrescenta ainda o método de casos prototípicos, os quais possuem todas as características emblemáticas de um grupo maior de hipóteses e que permitem traçar inferências sobre elas.<sup>40</sup> Casos mais difíceis, que levam a uma hipótese *ad absurdum* para

---

<sup>34</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 232-235.

<sup>35</sup> *Op cit.* p. 238. A mesma possibilidade é abordada em TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 8.

<sup>36</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 242.

<sup>37</sup> Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 8.

<sup>38</sup> Essa explicação é feita com detalhes em HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. pp. 245-246 e pp. 253-254.

<sup>39</sup> Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 8.

<sup>40</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 256.



verificar se ela ainda assim se mantém – o que serviria de forte embasamento para o seu acerto.<sup>41</sup> Ainda, casos excepcionais, que buscam demonstrar que um determinado resultado não tem como causa as variáveis até então consideradas, mas uma outra, presente nessas situações que em nenhum outro aspecto se assemelham às demais.<sup>42</sup>

Portanto, percebe-se que o direito constitucional comparado vem desenvolvendo com velocidade metodologias mais sólidas e confiáveis, as quais permitem trabalhos com maior complexidade e rigor científico. No Brasil, se a comparação já é por si só escassa, a abordagem vinculada a essas bases é quase inexistente. Discuti-las e considerá-las é, assim, essencial para que o campo ora estudado possa adquirir maior relevância no país, com todos os benefícios que traz aos estudos jurídicos nacionais.

Fixadas todas essas premissas, podemos agora passar a analisar as diferentes maneiras como os ordenamentos e as cortes lidam com as influências do direito estrangeiro. Para tanto, tornaremos à já profundamente difundida teoria de Vicki Jackson.

## 2.1. Resistência, convergência e engajamento

Como visto, no atual contexto de globalização do conhecimento, é cada vez mais difícil que as cortes nacionais se isolem completamente de influências estrangeiras. A internet, os bancos de dados com constituições e decisões judiciais do mundo inteiro traduzidas, e o desenvolvimento do direito internacional público – em especial no que concerne à proteção dos direitos humanos – fazem com que seja difícil não adotar alguma postura com relação à influência internacional.<sup>43</sup>

Nesta seção, analisaremos as possíveis reações das cortes ao influxo transnacional. De acordo com Vicki Jackson, estas podem adotar a forma de resistência, convergência e engajamento.<sup>44</sup>

A resistência pode ser explícita ou se manifestar pelo silêncio ou indiferença às influências transnacionais.<sup>45</sup> Entre suas fontes, cumpre citar uma interpretação originalista, vinculada à ideia de contrato social, ou majoritária da constituição. Sob essa ótica, assumir que decisões, leis e outros institutos jurídicos estrangeiros influenciam no

---

<sup>41</sup> *Op cit.* p. 260.

<sup>42</sup> *Op cit.* pp. 262-263.

<sup>43</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 6-8.

<sup>44</sup> *Op cit.* p. 8-9.

<sup>45</sup> *Op cit.* pp. 32-33.



contexto interno viola o caráter democrático do direito, uma vez que eles não passaram pelo crivo das instituições representativas do povo em âmbito nacional.<sup>46</sup>

Há ainda a preocupação de que a discricionariedade jurisdicional seja desproporcionalmente ampliada, já que os juízes podem escolher, entre uma miríade de casos e conceitos de qualquer lugar do mundo, qualquer um que convenha à sua opinião política no momento.<sup>47</sup> Esse fenômeno é o que se convencionou chamar de *cherry-picking* e é uma forma de mau uso do direito comparado por juízes.<sup>48</sup>

De fato, o *cherry-picking* consiste na escolha pelos juízes de casos julgados no estrangeiro que corroborem a sua opinião pessoal e concepção política, sem se aterem a uma metodologia que dê confiabilidade às conclusões alcançadas - como se estivesse “colhendo cerejas”. Os conceitos exteriores são utilizados sem a devida atenção ao seu contexto e até mesmo ao seu significado no país de origem, tão somente para servirem de suposta fundamentação a uma decisão que carece de outra base.<sup>49</sup>

Nesse passo, na linha de Legrand e dos culturalistas, alguns afirmam que as cortes simplesmente não têm conhecimento da realidade de outros países e do que significam os direitos estrangeiros para compreendê-los de forma correta. Assim, o seu uso estaria fadado a incorrer em erros materiais quanto ao significado e a utilidade dos institutos.<sup>50</sup>

Ademais, para muitos estudiosos do hemisfério sul, em especial da América Latina, influências de países europeus ou norte-americanos são encaradas como formas de imperialismo, e por isso rechaçadas.<sup>51</sup>

Talvez a discussão mais emblemática quanto à resistência ao direito estrangeiro seja a travada entre os *justices* Scalia e Breyer, da Suprema Corte estadunidense. Scalia

---

<sup>46</sup> *Op cit.* pp. 20-22.

<sup>47</sup> *Op cit.* p. 26.

<sup>48</sup> MEYER, Emílio Peluso Neder. *Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil*. Revista de Investigações Constitucionais, n. 2., v. 6., Curitiba. 2019. p. 1. É também a principal crítica de Richard Posner em POSNER, Richard. No Thanks, We Already Have Our Own Law. Publicado em 08/2014. Disponível em [https://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature\\_posner\\_julaug04.msp](https://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp)

<sup>49</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 237.

<sup>50</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 24-25.

<sup>51</sup> *Op cit.* p. 27. O assunto também é abordado em BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, 2015. pp. 18-19.



defendeu os diversos pontos citados acima, ao passo em que Breyer teceu considerações favoráveis à convergência ou, ao menos, engajamento.<sup>52</sup>

Nesse contexto, a convergência se relaciona com posicionamentos mais universalistas, que buscam estabelecer parâmetros gerais de direitos a partir de “melhores práticas”. Suas principais fontes são a internalização de tratados internacionais por muitas constituições, a criação de blocos de países – com destaque para a União Europeia – que impõem determinados parâmetros para seus membros, e os incentivos para a implementação de certas práticas jurídicas e sociais pelas organizações internacionais, em especial a ONU<sup>53</sup>.

Michael Kirby, *justice* da Suprema Corte australiana, sustenta que a harmonização entre países democráticos e respeitosos aos direitos humanos deve ser objetivada pelas cortes nacionais. Em primeiro lugar, pois a concordância com outros especialistas, tribunais e organizações internacionais ao redor do mundo pode apontar os melhores caminhos para efetivar direitos humanos e desenvolvimento social. Em adição, a utilização das instituições dessas nações pode impedir que se recaia, internamente, em práticas antidemocráticas e que violem direitos humanos. Em segundo, porque a não conformidade com os padrões internacionais pode gerar atritos com os demais países e impedir que normas deste âmbito sejam utilizadas quando do interesse nacional.<sup>54</sup>

Para que esse processo se torne possível, é necessária a utilização de conceitos como proporcionalidade e a “margem de apreciação”, os quais permitem que as nações adaptem razoavelmente as previsões universais para os seus contextos socioculturais, legais e políticos.<sup>55</sup>

Jackson defende, todavia, que o fenômeno mais importante atualmente é o engajamento. Vale citar a sua explicação:

“Um terceiro leque de posturas é abarcado pelo termo ‘engajamento’. Se a postura de resistência é principalmente preocupada com a particularidade nacional, e a de convergência, com a criação ou aderência a uma ordem transnacional harmônica, essa terceira modalidade se ocupa primeiramente

---

<sup>52</sup> Uma boa explicação do debate é feita em CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a New Metaphor in Constitutional Law*. In: \_\_\_\_\_ . *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. pp. 6-9.

<sup>53</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 40-41.

<sup>54</sup> KIRBY, Michael. *International Law: the impact on national constitutions*. *American University International Law Review*, v. 21, n. 3, Washington D.C., 2006. pp. 356-359.

<sup>55</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 57-61. Uma explicação muito completa do conceito de margem de apreciação pode ser encontrada em LEGG, Andrew. *Different Approaches to Deference in International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.



com o elemento autorreflexivo da adjudicação constitucional. O engajamento se funda no compromisso da deliberação judicial e se abre tanto para a possibilidade de harmonia quanto de dissonância entre as normas nacionais autorreferentes e as transnacionais. O foco aqui é aumentar a capacidade dos juízes para deliberações mais informadas e imparciais quanto ao conteúdo de suas próprias normas; a lei internacional ou estrangeira pode ser considerada, mas como ferramenta reflexiva, e não como uma demanda hierárquica.”<sup>56</sup>

De acordo com a autora, o engajamento pode ainda ser deliberativo ou relacional. Na primeira forma, trata-se de uma utilização opcional de institutos transnacionais como fundamento argumentativo – assim como se poderia citar algum doutrinador nacional –, visando a propiciar um distanciamento crítico ao juiz quanto a questões similares resolvidas em outras nações.<sup>57</sup>

David Law observa que a utilização de conceitos estrangeiros, para além de reforço argumentativo, pode ter caráter diplomático. Isto é, buscar a competição ou cooperação com tribunais estrangeiros quanto a objetivos comuns ou concorrentes em âmbito político, jurídico, econômico, entre outros.<sup>58</sup>

Dá-se, portanto, mais ênfase à importância do engajamento, sobretudo pela crença de compor uma comunidade de nações buscando objetivos e enfrentando problemas similares.<sup>59</sup> Vê-se, então, que a influência dos direitos estrangeiros pode ser recebida de diversas formas no contexto nacional. Ao se buscar a convergência ou o engajamento, é provável que ocorra a migração ou o empréstimo de ideias constitucionais, o qual se dá quando as cortes, legisladores e doutrinadores adotam conceitos formulados no exterior e aplicam-nos na solução de problemas internos.

Portanto, a discussão quanto às virtudes e vícios da resistência, convergência e engajamento se relaciona intimamente com as concepções e críticas com relação ao fenômeno dos empréstimos, transplantes, migrações ou transferências de ideias constitucionais. É hora, pois, de abordá-los.

---

<sup>56</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 71. Tradução livre. Choudhry chama essa postura de dialógica e a explica com algum detalhe em CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a New Metaphor in Constitutional Law*. In: \_\_\_\_\_. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. pp. 22-23.

<sup>57</sup> *Op cit.* p. 77.

<sup>58</sup> LAW, David S. Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 4, 2015. p. 943.

<sup>59</sup> *Op cit.* p. 80.



## 2.2. A migração de ideias constitucionais

Para compreender a migração de ideias constitucionais, iniciaremos esta seção explorando suas definições, os motivos elencados pela doutrina para a sua ocorrência e as visões críticas que a ela se voltam. Em seguida, estudaremos o processo por meio do qual ela se concretiza, em suas diversas fases.

### 2.2.1. Definições, razões de ser e críticas

A comparação constitucional é um fenômeno difundido tanto pelos acadêmicos, como pelos tribunais e legisladores, os quais podem se utilizar de ideias internacionais de diversas formas.<sup>60</sup> Esse fato – a utilização de conceitos jurídicos estrangeiros por juristas nacionais – é o que se pode chamar, entre várias outras possibilidades, de migrações ou empréstimos constitucionais.<sup>61</sup>

Como exposto anteriormente, tem-se como especialmente relevante o conceito de migração, em contraste com o de empréstimo, transplante ou transferência. Isso, pois a sua formulação permite visualizar a complexidade e as nuances dos diálogos transconstitucionais.

Nesse passo, de acordo com Kim Scheppele, o termo mais comum – empréstimos constitucionais – derivado do conceito de transplantes, mais voltado ao direito privado, não é adequado para descrever o objeto estudado. Um empréstimo pressupõe a concordância do dono do bem, o qual deve ser posteriormente devolvido, sem alterações. Nas hipóteses em questão, não é isso que ocorre: os conceitos são adaptados e reinventados, passando a compor a ordem jurídica que os recebe. A autora, então, propõe a expressão migração de ideias constitucionais, que melhor descreve o processo.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 20.

<sup>61</sup> Vlad Perju explica com algum detalhe a origem e a importância do que ele chama de "batalha das metáforas" para descrever o fenômeno em PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 1306-1309.

<sup>62</sup> SCHEPPELE, Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. I.CON, v. 1, n. 2, Oxford University Press and New York School of Law, 2003. p. 296.



Interessante para compreensão do fenômeno é a explicação de Günther Teubner, a partir da lógica sistêmica luhmanniana, o qual afirma que não se deveria falar propriamente em um deslocamento das normas de um sistema jurídico para outro. O que pode ocorrer é que os conceitos migrantes – na terminologia ora adotada – representam uma “irritação legal” no conjunto nacional, o que possivelmente leva a uma reação sistêmica autopoiética, a qual resulta na formação de um instituto similar em âmbito interno e as necessárias adaptações do restante do ordenamento à perturbação.<sup>63</sup>

Essa perspectiva de migração, tomando-se em conta também o conceito sistêmico de irritação legal, pode representar um justo meio entre as posições de Alan Watson e Pierre Legrand, que são os autores estudados com as proposições mais fortes – de total possibilidade ou impossibilidade da ocorrência do fenômeno.

De acordo com o primeiro, os “transplantes legais” são a simples transposição de normas jurídicas de uma sociedade para outra e representam, historicamente, o principal motor do desenvolvimento do direito. O fato de eles ocorrerem nesses termos demonstra que tais conceitos não possuem uma conexão especial com o contexto político e sociocultural no qual foram criados e podem, portanto, ser transferidos sem maiores problemas.<sup>64</sup> Legrand, de seu ponto, defende que a transferência é absolutamente impossível. Isso pois uma norma resulta do enunciado normativo em conjunto com a sua interpretação pela comunidade, a qual está profundamente entrelaçada com as concepções histórica e culturalmente contingentes. Assim, ainda que o texto legal em si venha a ser replicado em um contexto diverso, ele será necessariamente interpretado de forma muito diferente, perdendo seu significado original<sup>65</sup>. Ou seja, um mesmo enunciado normativo receberá uma significação diversa se lido por um brasileiro ou um inglês, o que altera o próprio conteúdo da norma “transplantada”.

Entre a maior parte dos autores aqui estudados, contudo, vigora o entendimento de que a posição mais adequada se situa algo entre essas duas. Como sustenta Scheppele, a migração, que não conota uma simples transposição normativa, é

---

<sup>63</sup> TEUBNER, Günther. *Legal Irritants: Good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*. The Modern Law Review (MLR 61:1), Oxford, 1998. p. 12.

<sup>64</sup> Essa visão é exposta em WATSON, Allan. *Legal Transplants: an approach to comparative law*, Ed. 2. Athens (US): University of Georgia Press, 1992.

<sup>65</sup> LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of Legal Transplants*. Journal of European and Comparative Law, MJ 4, 111, Maastricht, 1997. p. 114. Tradução livre.



um processo muito mais complexo e matizado, o qual inclui a polissemia apontada pelo crítico.<sup>66</sup>

Teubner, de forma contundente, além de questionar a viabilidade prática da teoria de Legrand, sustenta que ele deixa de considerar as clivagens e fragmentações culturais dentro das próprias nações, as quais se tornaram particularmente fortes com a globalização e o pós-modernismo.<sup>67</sup> Assim, falar que as leis são indivisíveis de uma sociedade como um todo representa um equívoco, pois, em verdade, elas se relacionam com um determinado setor social e, mesmo aí, podem apresentar diferentes graus de dependência, sendo mais ou menos vinculadas ao contexto cultural.<sup>68</sup>

A distorção do significado inicialmente dado à norma “migrante”, no entanto, não deve ser subestimada. Como demonstram Legrand e Simone Glanert, a própria tradução do conceito do idioma no qual foi concebido para o que o receberá já lhe confere forçosamente semântica diversa.<sup>69</sup> Esse tema ganhou visibilidade entre os comparatistas do direito privado, mas ainda é pouco considerado no âmbito do público.<sup>70</sup>

Hirschl defende que é precisamente essa “diferença na similaridade” que faz com que a comparação entre os institutos seja fértil e produtiva. Segundo ele, não há sentido em comparar objetos muito parecidos ou diferentes, sob pena de se ficar preso em conclusões óbvias e desinteressantes. Assim, devem-se buscar conceitos que sejam, ao mesmo tempo, similares em alguns sentidos e diferentes em outros. É essa pluralidade que oferece os meandros entre os quais o trabalho comparativo tende a florescer.<sup>71</sup>

Feitas essas considerações críticas, Hirschl afirma que os principais vetores das migrações, atualmente, são os tribunais, ao se referirem a conceitos estrangeiros para resolverem casos domésticos.<sup>72</sup> Essas referências, por sua vez, podem ser obrigatórias –

<sup>66</sup> CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a New Metaphor in Constitutional Law*. In: \_\_\_\_\_. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. pp. 19-20. Réplicas similares a Legrand podem ser encontradas, por exemplo, em FRANKENBERG, Günter. *Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited*. I.CON, v. 8, n. 3, Oxford University Press, 2010. pp. 567-568. SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 12.

<sup>67</sup> TEUBNER, Günther. *Legal Irritants: Good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*. *The Modern Law Review* (MLR 61:1), Oxford, 1998. pp. 14-15.

<sup>68</sup> *Op cit.* pp. 17-18.

<sup>69</sup> GLANERT, Simone. *LEGRAND, Pierre. Foreign Law in Translation: if truth be told... Law and Language – Current Legal Issues*, V. 15, Oxford: Oxford University Press, 2013.

<sup>70</sup> PERJU, Vlad. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1320.

<sup>71</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

<sup>72</sup> *Op cit.* p. 25.



como os tratados internacionais com *status* supralegal ou constitucional no Brasil –, aconselháveis, como tratados internacionais não internalizados, mas que ainda assim possuem padrões normativos claros, ou voluntárias.

Estas últimas – que representam o engajamento descrito acima – têm uma carga política tão importante quanto a jurídica.<sup>73</sup> Elas podem ter por finalidade servirem de instrumento persuasivo ou interpretativo, de forma de demonstrar a funcionalidade de certo instituto em outros países, de parâmetro comparativo com relação a um tópico em comum ou, ainda, de simples ornamento para a decisão judicial.<sup>74</sup>

McCrudden lista os diversos motivos pelos quais as cortes podem escolher citar julgados e conceitos elaborados por determinados pares estrangeiros. Em primeiro lugar, elas tendem a optar por outras que compartilhem de seu idioma e de sua ideologia. Isto é, tribunais liberais citam outros de mesma tendência. Ainda, instituições mais novas costumam referenciar as mais antigas, como modo de embasar suas decisões em autoridades externas mais “estabelecidas”.<sup>75</sup>

Em terceiro lugar, a opção pode ter por objetivo agradar a “audiência” das decisões judiciais, ou seja, aqueles que os juízes consideram ser o público-alvo direto de suas manifestações.<sup>76</sup> Hirschl explica que a expectativa de que as determinações das cortes sejam efetivamente cumpridas, bem como possíveis reações adversas importantes a ativismos judiciais, costumam afetar a forma como os julgadores embasam suas conclusões. Outro fator importante é a imagem e o legado que eles desejam cultivar da instituição e de si mesmos perante a comunidade epistêmica pertinente, a “rede de juristas”, inclusive a internacional.<sup>77</sup>

Ainda, como mencionado anteriormente, David Law sustenta que a utilização pode ter finalidades diplomáticas. Isso pode se dar tanto por meio de uma pressão

---

<sup>73</sup> *Op cit.* 22.

<sup>74</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 25. Para uma crítica do aspecto “ornamental”, veja-se MEYER, Emílio Peluso Neder. *Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil*. Revista de Investigações Constitucionais, n. 2., v. 6., Curitiba. 2019. p. 8.

<sup>75</sup> MCCRUDDEN, Christopher. *Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*. Oxford Journal Of Legal Studies, v. 20, n. 4, Oxford University Press, 2013. pp. 517-518.

<sup>76</sup> *Op cit.* p. 519

<sup>77</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 42.



governamental para decisões de certo teor, quanto por ambições da própria corte de avançar ou frear determinadas agendas em âmbito internacional.<sup>78</sup>

Além disso, há fatores institucionais que fomentam ou dificultam os diálogos, como a existência de uma cultura de ensino de direito comparado e a disponibilidade de mecanismos para buscas e estudos de ordenamentos estrangeiros, bem como de assessores especializados na área. Como explica Law, os juízes não utilizarão normas de alhures se não tiverem como as conhecer e compreender.<sup>79</sup>

Ademais, a visão da constituição como fonte transformativa, em oposição à conservadora, e a adoção de uma interpretação pós-positivista fomentam o intercâmbio de ideias<sup>80</sup>, sobretudo para sinalizar o compromisso com a adoção de certos parâmetros democráticos tidos como padrões internacionais de boas práticas.<sup>81</sup>

Essa posição é chamada por Kim Scheppelle de constitucionalismo aspiracional. Segundo a autora, ela se volta ao futuro e visa ao alcance de metas para o desenvolvimento sociopolítico nacional. Assim, busca dar um caráter construtivo à ordem constitucional como um todo e demonstrar a intenção dos atores políticos de atingir uma sociedade democrática e respeitosa dos direitos humanos. Para isso, é comum que tanto na criação, como na interpretação da carta, países que expressem valores similares ou que já tenham alcançado os objetivos pretendidos sejam usados como parâmetros e exemplos para o desenvolvimento dos conceitos domésticos.<sup>82</sup>

Em contraposição a isso, Scheppelle sustenta que uma outra forma de influência constitucional transnacional igualmente importante é a aversiva: conformações políticas que os constituintes entendem que devem ser evitadas a qualquer custo. A professora esclarece que as constituições raramente são escritas em momentos de harmonia política. Em geral, resultam de grandes rupturas com a ordem anterior e, por mais que os constituintes frequentemente não tenham uma ideia exata de onde querem chegar,

---

<sup>78</sup> LAW, David S. Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 4, 2015. p. 1003-1006.

<sup>79</sup> *Op cit.* p. 1009-1011.

<sup>80</sup> MCCRUDDEN, Christopher. *Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*. Oxford Journal Of Legal Studies, v. 20, n. 4, Oxford University Press, 2013. Pp 524-525.

<sup>81</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. pp. 54-55.

<sup>82</sup> SCHEPPELE, Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. I.CON, v. 1, n. 2, Oxford University Press and New York School of Law, 2003. p. 299.



sabem com firmeza o que querem evitar. O diploma, portanto, é escrito e interpretado de modo a divergir o máximo possível dessa ideia negativa.<sup>83</sup>

No Brasil, essas duas faces da Constituição são notórias: ao mesmo tempo em que se inspira nos modelos sociais-democráticos europeus, expressa o “ódio e nojo” da ditadura que anteriormente assolava o país, como proclamado por Ulysses Guimarães.

Nesse passo, há uma percepção por parte de alguns autores que essas influências em busca de “melhores práticas” simbolizam uma nova forma de imperialismo por parte do norte global. De acordo com Meyer, essa busca pela obtenção de um padrão civilizatório – sempre equivalente àqueles desenvolvidos pelas antigas potências colonizadoras – representa a terceira forma do direito imperialista, subsequente à colonização em si.<sup>84</sup>

Isso também é refletido na baixíssima quantidade de referências a casos julgados por cortes do sul global, inclusive entre elas próprias. Como aponta Hirschl, os casos citados costumam ser originários de alguns poucos “usual suspects”, quase sempre do oeste europeu e da América do Norte. Assim, a corte israelita, exemplo utilizado pelo autor, cita com frequência a jurisprudência alemã, francesa e americana – países com os quais pouco têm em comum –, mas raramente, para não dizer nunca, refere-se a decisões de cortes como a do Paquistão, da Índia e Malásia, de cujas grandes questões sociais compartilha em larga escala.<sup>85</sup>

Além disso, na mesma esteira da discussão abordada acima entre os *justices* Breyer e Scalia, alguns afirmam que a sua ocorrência pode fomentar o ativismo e arbitrariedade judicial, pelo já citado fenômeno de *cherry-picking*<sup>86</sup>, bem como mitigar a soberania nacional e incutir no ordenamento jurídico, por meios transversos, institutos e conceitos sem a necessária chancela democrática.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> *Op cit.* pp. 300-302.

<sup>84</sup> MEYER, Emílio Peluso Neder. *Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil*. Revista de Investigações Constitucionais, n. 2., v. 6., Curitiba. 2019. p. 3.

<sup>85</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 23.

<sup>86</sup> SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 13. O ponto também é bastante explorado em HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 188.

<sup>87</sup> Essas posições críticas são abordadas, e não encampadas, em CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a New Metaphor in Constitutional Law*. In: \_\_\_\_\_. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. pp. 6-7 e em PERJU, Vlad. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 1322-1323.



Talvez de forma irretocável, Hirschl conclui que a reação a essas críticas não deve ser abandonar o trabalho comparativo, mas sim abordá-lo tendo-as em vista e adotando a metodologia adequada, como explicado acima, para mitigar os efeitos adversos citados.<sup>88</sup>

### 2.2.2. Anatomia do fenômeno

Hirschl destaca que o objeto dessa “polinização” pode ser da estrutura constitucional – ou seja, do formato como um todo da ordem jurídico-política –, de métodos interpretativos, como o originalismo, funcionalismo, proporcionalidade, entre outros, e da própria jurisprudência, isto é, das soluções dadas a casos concretos.<sup>89</sup>

Nesse contexto, Perju aponta para a importância de analisar, para além da literalidade dos conceitos no texto constitucional ou nas decisões judiciais, a forma como eles são – ou deixam de ser – respeitados e implementados na práxis social.<sup>90</sup>

Frankenberg, com alguma ironia, descreve um “mercado de ideias constitucionais padronizadas”, onde os juízes e constituintes poderiam escolher as que melhor supram suas necessidades, em um processo que chama de “teoria da IKEA”.<sup>91</sup>

A compreensão do processo migratório, então, deve se dar a partir do reconhecimento de quatro fases. Primeiro, tem-se uma determinada ideia em seu suposto *locus* de origem. Como exemplo oportuno, citar o conceito de *Vorbehalt des Möglichen* no direito alemão – posteriormente adotado no Brasil como reserva do possível. Mesmo esse ponto inicial, todavia, provavelmente tem raízes mais profundas e não é, efetivamente, a primeira manifestação da ideia no universo jurídico ou social.<sup>92</sup>

Segundo, a ideia deve passar por um processo de reificação, formalização e idealização. Reificação é a sua objetificação, como conceito intercambiável, abstrato. Formalização é o afastamento de seu contexto sociocultural. Idealização é a sua caracterização conceitual como o que, supostamente, deve ser e qual a sua função. É o

---

<sup>88</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 188.

<sup>89</sup> *Op cit.* 24.

<sup>90</sup> PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1314.

<sup>91</sup> FRANKENBERG, Günter. *Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited*. I.CON, v. 8, n. 3, Oxford University Press, 2010. p. 565. IKEA é uma grande loja de móveis sueca presente em vários países, onde vende produtos essencialmente iguais ou similares.

<sup>92</sup> *Op cit.* p. 571.



momento em que o móvel da IKEA é preparado para poder ser vendido nos diversos países em que a loja existe.<sup>93</sup>

Terceiro, a ideia, já de forma abstrata, deve passar a integrar a consciência coletiva internacional relativa a conceitos constitucionais dignos de nota. Nesse momento, institutos muito dependentes das circunstâncias nas quais foram inicialmente adotados, que não puderam ser adequadamente descontextualizados, costumam ser descartados. Aqui o móvel, já pronto, é remetido à central de distribuição da IKEA, de onde será enviado para as lojas.<sup>94</sup>

Finalmente, a ideia chega ao seu local de destino, onde deverá passar por um processo complexo de inserção e readaptação. Nesse momento, o conceito estará sujeito a ser modificado, reinterpretado, desconstruído e complementado, até que se adeque – ou não – à ordem que o recebeu.<sup>95</sup>

O autor ressalta que, em verdade, essa é a fase mais complicada de todo o processo: mesmo se a ordem nacional não gerar uma “reação autoimune” e rejeitar de pronto o novo conceito – tornando inócuos todos os esforços anteriores –, ainda é muito provável que ele se adapte mal ao contexto geral. Nessa hipótese, torna-se necessário um processo complexo e demorado de modificação, com possíveis efeitos políticos adversos, até que o conceito se encaixe internamente. Ademais, a adoção da nova ideia pode gerar lacunas que, se não forem resolvidas por complementos produzidos no âmbito nacional, obrigam o país a retornar à loja da IKEA e adquirir ainda mais novos itens.<sup>96</sup>

Assim, Rosenberg e Sajó sustentam que o conceito, uma vez incorporado à ordem jurídica de seu destino, pode crescer, evoluir ou atrofiar. Segundo os autores, como os sistemas constitucionais possuem uma tendência construtiva e evolutiva, as duas primeiras possibilidades, que são por evidente as mais desejáveis, são também mais prováveis.<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> *Op cit.* p. 571.

<sup>94</sup> *Op cit.* p. 572. A mesma ressalva quanto à inadequação de transplantar conceitos muito ligados a uma identidade constitucional específica é feita em SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 14.

<sup>95</sup> FRANKENBERG, Günter. *Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited*. I.CON, v. 8, n. 3, Oxford University Press, 2010. p. 575.

<sup>96</sup> *Op cit.* pp. 575-576. Vlad Perju também comenta o perigo de transplantar conceitos isolados, uma vez que eles normalmente se interrelacionam com aspectos sistemáticos mais amplos. Veja-se PERJU, Vlad. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1313.

<sup>97</sup> SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 15.



Scheppele defende que essa é a própria essência das influências *interconstitucionais*: elas não simbolizam mera cópia de ideias internacionais, mas o recebimento de suas influências – positivas ou negativas –, com as suas adaptações, reinvenções e adaptações por bricolagem, traduções e compreensões mais ou menos equivocadas e todo tipo de perturbação do conceito original.<sup>98</sup>

Conclui-se, então, que analisar conceitos jurídicos de origem estrangeira e adotados no Brasil sem tomar tais processos em conta levará inevitavelmente a erros quanto às suas reais características, particularidades e funções em cada um dos ordenamentos em que foi implementado. Considerar as adaptações pelas quais as ideias devem passar ao migrarem permite que se compreenda a complexidade do fenômeno, tanto para estudar os institutos já recebidos, quanto para discutir acerca da viabilidade, conveniência e modo de aplicação para novas migrações.

## 5. Conclusões

A compreensão do diálogo transconstitucional e das migrações constitucionais, na atualidade, vem adquirindo crescente relevância como objeto de estudo, em especial com a globalização do conhecimento e o desenvolvimento das tecnologias de informação. Entretanto, sua metodologia ainda carece de aprimoramento, sobretudo no Brasil – onde o fenômeno é menos abordado do que na Europa e nos países de língua inglesa.

Isso faz com que seu uso pelas Cortes possa se dar de forma mais discricionária, como um “*cherry-picking*”. Tal fenômeno ocorre quando os julgadores podem escolher, entre uma miríade de decisões de qualquer lugar do mundo, aquela que melhor se adequa à sua opinião em determinado caso, como se estivesse colhendo cerejas. Assim, aumenta-se a possibilidade de julgamentos arbitrários e diminui-se a capacidade dos demais atores nacionais para verificar a procedência jurídica dos argumentos utilizados.

Portanto, compreender as formas como os direitos estrangeiros podem ser adotados como referências no âmbito interno é essencial para garantir que o seu uso – já inevitável em vista da internacionalização do conhecimento – dê-se adequadamente.

---

<sup>98</sup> SCHEPPELE. Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. I.CON, v. 1, n. 2, Oxford University Press and New York School of Law, 2003. p. 297.



Nesse passo, tem-se que a interação com os direitos estrangeiros pode se dar por meio da resistência, convergência ou engajamento. A primeira reação deriva frequentemente de argumentos acerca da carência de legitimação democrática para o uso de conceitos formulados no estrangeiro, sem respaldo das instituições nacionais, como sugerido pelo *justice* Scalia. A segunda resulta da busca por *standards* normativos e pela harmonização da legislação internacional. A terceira, de seu lado, objetiva o estabelecimento de uma relação dialética recíproca com os juristas do resto do mundo, tendo em vista seus debates e conclusões, sem que haja uma predisposição a acatá-las ou rejeitá-las no contexto nacional.

No âmbito das duas últimas, é possível que ocorra a migração de uma ideia constitucional, isto é, a adoção de um conceito formulado no exterior pela ordem jurídica nacional. Quando isso ocorre, o instituto “migrante” deve ser reificado, abstraído, na medida do possível, de seus aspectos vinculados a seu ordenamento de origem. Após a sua migração, invariavelmente sofre todo tipo de transformação para se adaptar ao novo ambiente. Ao final, torna-se algo ligado às suas origens, mas diferente em diversas facetas, assim como uma pessoa que passa a viver em outro país.

O presente trabalho teve por objetivo expor, principalmente, a discussão anglófona acerca do conceito de migrações constitucionais, bem como de sua posição no campo do direito constitucional comparado. Espera-se, desse modo, que possa servir como base para o aprofundamento das pesquisas nesse âmbito pelos estudiosos brasileiros.

### Referências bibliográficas

BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, 2015. pp. 13-66.

CHOUHRY, Sujit. *Migration as a New Metaphor in Constitutional Law*. In: \_\_\_\_\_. The Migration of Constitutional Ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional Comparado*. Ed. 3. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Introduction. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. *Research Handbooks in Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.



DUTRA, Deo Campos; VIEIRA, José Ribas. ***Direito Constitucional Comparado Entre Renascimento e Consolidação***. Sequência, n. 76, Florianópolis, 2017. pp. 69-94.

DUTRA, Deo Campos. **Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado**. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018.

FRANKENBERG, Günter. ***Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited***. I.CON, v. 8, n. 3, Oxford University Press, 2010.

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

GROPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie Claire (coord.). ***The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges***. Portland: Hart Publishers, 2013.

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

JACKSON, Vicki. **Comparative Constitutional Law: Methodologies**. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. ***Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement***. *Federal Law Review*, Camberra, v. 35(2), 2007.

KIRBY, Michael. ***International Law: the impact on national constitutions***. *American University International Law Review*, v. 21, n. 3, Washington D.C., 2006. pp. 327-364.

LAW, David S. **Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy**. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 4, 2015. p. 927-1036.

LEGG, Andrew. ***Different Approaches to Deference in International Human Rights Law***. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LEGRAND, Pierre. HACHEM, Daniel Wunder (trad.). ***Como Ler o Direito Estrangeiro?*** São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEGRAND, Pierre. ***The Impossibility of Legal Transplants***. *Journal of European and Comparative Law*, MJ 4, 111, Maastricht, 1997. pp. 111-124.

MCCRUDDEN, Christopher. ***Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights***. *Oxford Journal Of Legal Studies*, v. 20, n. 4, Oxford University Press, 2013. pp. 500-535.

MEDEIROS, Orione Dantas de. ***Direito Constitucional Comparado: breve aspectos epistemológicos***. *Revista de Informação Legislativa*, n. 188, 2010. pp. 313-332.



MEYER, Emílio Peluso Neder. *Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil*. Revista de Investigações Constitucionais, n. 2., v. 6., Curitiba. 2019.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PERJU, Vlad. **Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations**. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

POSNER, Richard. *No Thanks, We Already Have Our Own Law*. Legal Affairs. Publicado em 08/2014. Disponível em [https://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature\\_posner\\_julaug04.msp/](https://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp/). Acesso em 08/04/2021.

SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

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

SILVA, José Afonso da. *Um Pouco de Direito Constitucional Comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

WATSON, Allan. *Legal Transplants: an approach to comparative law, Ed. 2*. Athens (US): University of Georgia Press, 1992.

### Sobre os autores

#### Matheus Gomes Setti

Mestrando em Direito do Estado e formado pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. Email: [gomes.setti@gmail.com](mailto:gomes.setti@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7331-4372>

#### Melina Girardi Fachin

Professora do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP. Visiting Researcher da Harvard Law School. Email: [melinafachin@gmail.com](mailto:melinafachin@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6250-1295>

**Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.**

