

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO E PROCESSO DE REFORMA DO ESTADO

José AFONSO DA SILVA

SUMARIO: I. *Introdução* II. *Direito constitucional comparado* III. *Processos de reforma do Estado*. IV. *Conclusões*.

I. INTRODUÇÃO

O tema envolve duas questões não necessariamente interdependentes, ainda que os estudos de direito constitucional comparado possam ser úteis para a reforma do Estado, já que uma de suas funções fundamentais consiste em oferecer conclusões que concorram para o aprimoramento das instituições estatais particulares.

II. DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

1. *Comparação jurídica*

Comparar significa confrontar, aproximar coisas a fim de individualizá-las e, individualizando-as, distingui-las; e, distinguindo-as, agrupá-las e classificá-las,¹ ou, na forma substantiva de Constantinesco, a comparação é uma operação do espírito pela qual são reunidos num confronto metódico os objetos a serem comparados, a fim de precisar suas relações de semelhança e divergência.²

1 Cf. Tripicciono, Alberto, *La comparazione giuridica*, Padova, CEDAM, 1961, p. 64.

2 Cf. Léotin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, Paris, LGDJ, 1974, vol. II, p. 22. Tem ele, porém, um definição mais analíticas, nos termos seguintes: “Selon moi, la méthode comparative consiste dans l’ensemble des démarches et des procédés,

À comparação jurídica se dá o nome de direito comparado que, a par de uma teoria geral dos sistemas jurídicos, se especifica, mais concretamente, na comparação de ramos do direito. E é assim que surge o *direito constitucional comparado*. Teríamos melhor compreensão do direito constitucional comparado se apresentássemos antes a teoria geral da comparação jurídica. As limitadas dimensões desta exposição, contudo, não me permite fazê-lo. Procurarei, não obstante, transpor essa teoria geral para o direito constitucional, na tentativa de construir uma específica teoria geral do direito constitucional comparado, fundindo, neste estudo, as lições dos comparatistas gerais³ e dos comparatistas constitucionais.⁴

2. Natureza do direito constitucional comparado

Há uma larga controvérsia sobre *natureza* da comparação jurídica, que u ma *teoria do direito constitucional comparado* deve enfrentar de início. É questão geral que repercute nele repercute nos mesmos termos, por isso, vou tratar do tem como se fosse peculiar a este. O debate visa

s' enchaînant selon une suite rationnelle, destinés à amener l' esprit juridique à constater et à saisir, par un processus ordonné, méthodique et progressif, de confrontation et de comparaison, les ressemblances, les différences et leurs causes, c'est-à-dire finalement à dégager les rapports existants entre les structures et les fonctions des termes à comparer appartenant à des ordres juridiques différents" (p. 24).

3 Tais como: Alberto Tripiccione (*La comparazione giurídica, cit.*, nota 1), H. A. Schwartz-Liebermann von Wallendorf (*Droit comparé, théorie générale et principe*, Paris, LGDJ, 1978), H. C. Gutteridge (*Le droit comparé, introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, LGDJ, 1953), Léontin-Jean Constantinesco (*Traité de droit comparé*, dois tomos, Paris, LGDJ, 1972), Angel Marc (*Utilità e metodi del diritto comparato, elementi d'introduzione generale allos studio comparato dei diritti*, Napoli, Jovene Editore, 1974) e René Rodière (*Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979).

4 Tais como: Giuseppe de Vergottini (*Diritto costituzionale comparato*, 5a. ed., Padova, CEDAM, 1999), Jean Blondel (*Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, Madrid, Revista de Occidente, 1972), Jorge Miranda (*Notas para uma introdução ao direito constitucional comparado*, Lisboa, 1970), Luis Sánchez Agesta (*Curso de derecho constitucional comparado*, 5a.ed., Madrid, 1974), Manuel García Pelayo (*Derecho constitucional comparado*, 4a. ed., Madrid, Revista de Occidente, s.d.), Paulo Biscaretti di Ruffia (*Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1970). Também Lucifredi, Pier Giorgio, *Appunti di diritto costituzionale comparato*, Milán, Giuffrè, 3 vols., 1972, 1973 e 1974, mas, na verdade, o aspecto comparativo é quase nada; são três volume, cada qual trata de um sistema: francês o 1o., norte-americano o 2o. e britânico o 3o.

responder se o direito constitucional comparado é uma *disciplina científica autônoma* ou se é apenas um *método*. Há quem afirme que esta controvérsia não tem senão interesse acadêmico, e é estéril, porque sua solução, qualquer que seja, não traz nenhuma consequência prática e porque os termos *método* e *ciência* seriam passíveis de serem empregados um pelo outro; afirmativa inexacta, desde que se pode definir com precisão esses termos. Para outros a comparação jurídica é um simples método: o *método comparativo*; assim, a comparação jurídico-constitucional representa uma técnica especial de estudo dos diversos ordenamentos constitucionais, mas não é uma ciência porque não preenche nenhuma das condições que a ciência deve preencher; desse modo a expressão direito constitucional comparado seria infeliz porque dá a impressão de designar um corpo de normas jurídicas, como se fosse um ramo da ciência jurídica, pois se por direito entendemos um corpo de normas é evidente que não existe tal coisa no direito comparado, de sorte que a expressão não designa senão um método de estudo, e não um ramo especial do direito.

A propósito, De Vergottini observa que o direito constitucional comparado não é direito positivo, mas concerne ao confronto entre ordenamentos positivos diversos e é, pois, centrado sobre operações lógicas de análise e de síntese, e, assim, quando o método comparativo vem a interessar a precisos campos de pesquisa e responde a específicas finalidades e, pois, responde a regras que são próprias somente dele e não de outras disciplinas científicas, bem se pode concluir que se trata de uma ciência autônoma.⁵ Biscaretti de Ruffia, também, concebe o direito constitucional comparado como *ciência jurídica*, falando em *ciência do direito constitucional comparado* e como tal tem o seu método, que é o *método jurídico*.⁶ É exatamente neste ponto que a questão pega, pois o método jurídico é um método do direito comparado, mas dos ramos da ciência jurídico-normativo, a que ele não integra.

Tem repercussão no direito constitucional comparado algumas posições comparatistas que concebem a comparação jurídica como uma disciplina autônoma, mas com diferentes enfoques. Para uns, a comparação é parte de uma ciência geral comparativa, ao lado da lingüística comparada, das religiões comparadas, da política comparada etcétera. Para ou-

5 Cf. *Diritto costituzionale comparato*, pp. 8 e 9; cf. também Constantinesco, *op. cit.*, nota 4, vol. I, p. 198.

6 *Introduzione al diritto costituzionale comparato, cit.*, nota 5, pp. 3, e 13.

tros, essa disciplina autônoma faz parte da ciência jurídica. Ainda aqui os autores divergem, porque, para uns, essa disciplina da ciência jurídica tem apenas um objeto: descobrir as leis naturais da vida jurídica dos povos, a evolução das sociedades humanas e do direito, ou a formação de um direito comum da humanidade civilizada, conforme a definição de Levy Ullmann, segundo a qual o direito comparado é o ramo especial da ciência jurídica que tem por objeto a aproximação sistemática das instituições dos países civilizados. Para outros, ela tem vários objetos e domínios de aplicação, ao mesmo tempo. Wigmore lhe reconhece três objetos e domínios: o primeiro domínio, a *nomoscopia*, tem por objeto descrever os diversos direitos; o segundo, a *nomotécnica*, tem por objeto analisar as diversas instituições jurídicas e destacar suas qualidades e méritos; e o terceiro, a *nomogenética*, tem por objeto analisar a evolução das diversas instituições e normas jurídicas em suas relações de causalidade e de cronologia.⁷

As controvérsias não param por aqui, porque há um quarta corrente, para a qual direito comparado é, ao mesmo tempo, método e ciência, cada qual com seu objeto. Mas nunca fora feita nítida distinção entre método comparativo e ciência do direito comparado. Diz-se que é agrupando, ordenando e classificando os conhecimentos conseguidos pelo método comparativo num todo coerente, autônomo e tendo um objeto e domínio próprios, que se pode fundar a ciência do direito comparado. Este é, então, uma ciência na medida em que, pelo emprego do método comparativo, torna conhecidas verdadeiras relações das ordens jurídicas e, pela mesma, descobre uma parte de sua verdadeira natureza. Chega-se à seguinte distinção:⁸

- O *método comparativo* realiza a *micro-comparação*, consistente na aproximação comparativa de ordenamentos jurídicos diferentes, por onde se atingem resultados parciais e fragmentários, desordenados; seu objeto é assim obter e acumular observações parciais.
- A *ciência do direito comparado* faz *macro-comparação*, ou seja, confronta e penetra nas ordens jurídicas enquanto entidades globais, e sistemas jurídicos, enquanto unidades tipológicas irreduzíveis, englobando vários ordenamentos jurídicos. Seu objeto de pesquisa são

7 Cf. Tripiccione, Alberto, *op. cit.*, nota 1, pp. 74 e 75.

8 Cf. Constantinesco, *op. cit.*, nota 4, I, pp. 46 e 47 e ainda pp. 209 e ss.

as estruturas fundamentais desses ordenamentos. Consiste em selecionar, ordenar e classificar os resultados parciais obtidos pelo método comparativo, permitindo amearhar conhecimentos novos num domínio inexplorado. Essa é a posição adotada no Brasil por Afonso Arinos, para quem a comparação jurídica consiste em confrontar instituições políticas e jurídicas para, através do cotejo, extrair a evidência de semelhanças ou divergências entre elas, mas isso não será ainda uma conclusão científica, porque esta está na relação que se estabelece em função da comparação e na medida em que o método comparativo permite a formulação de leis ou relações gerais.⁹

3. Metodologia do direito constitucional comparado

A comparação jurídico-constitucional é um processo complexo que envolve múltiplos elementos técnicos e procedimentais. Compreende uma série de passos enquadrados numa ordenação sistemática e racional. Isso quer dizer que o mero confronto de normas e instituições do direito constitucional estrangeiro não caracteriza, só por si, direito constitucional comparado. Significa apenas informação sobre a existência de normas formalmente parecidas. O direito constitucional comparado requer mais do que a evidência de semelhanças. Se não prescinde do exame das normas constitucionais estrangeiras, porque as Constituições estrangeiras constituem sua matéria prima, nele não se esgota, porque vai muito além. Há que se distinguir entre confronto e comparação: confrontar é cotejar e compara é igualar, nivelar. “Ou seja: se para lançar direito constitucional comparado é mister olhar para lá de cada ordenamento, para que as pesquisas tenham êxito não se pode perder o apoio de todo o complexo de normas que o constituem”.¹⁰ Aí se tem a base e os limites da comparação constitucional, cuja metodologia se apoia, como visto, em elementos técnicos e procedimentais, que resumiremos em seguida.

Técnicas do direito constitucional comparado. As técnicas utilizadas na comparação envolvem, em síntese, os seguintes problemas:

⁹ Cf. *Curso d direito constitucional brasileiro*, I, Rio de Janeiro, Forense, 1956, pp. 35 e 36.

¹⁰ Cf. Miranda, Jorge, *Notas para uma introdução ao direito constitucional comparado*, Lisboa, 1970, p. 46.

1) *Numero e escolha dos ordenamentos constitucionais a comparar e, dentro deles, a escolha dos termos a comparar.*¹¹ É a questão de saber o que comparar: os ordenamentos inteiros, instituições, institutos, regimes políticos, sistemas de governo, formas de Estado? E a resposta será: podemos escolher para comparar ordenamentos constitucionais de dois ou mais Estados, fazendo macro-comparação, ou apenas parte dele, fazendo micro-comparação.

Poderemos tomar, por exemplo, o sistema constitucional brasileiro e compará-lo com o sistema norte-americano, verificando as semelhanças e as dissemelhanças entre ambos, ou confrontar vários sistemas ao mesmo tempo, considerados cada um como um todo (*macro-comparação constitucional*). O confronto de ordenamentos constitucionais, globalmente considerados, corre o risco de ser muito genérico,¹² o que, no entanto, a certo nível, pode converter-se no direito constitucional geral, o que é uma das funções mais importantes da comparação constitucional, pois, na medida em que ela elabora relações gerais e estruturas governativas fundamentais semelhantes, está construindo uma teoria geral do direito constitucional, como o fez García-Pelayo em clássica obra de direito constitucional comparado.¹³ É que a macro-comparação constitucional só se realiza com profundidade, em termos tipicamente comparativos, quando tem como objeto a pesquisa das estruturas fundamentais dos ordenamentos constitucionais considerados por via da seleção, ordenação e classificação dos resultados parciais obtidos pela micro-comparação constitucional. Os comparatistas constitucionais operam desse modo, selecionando os ordenamentos constitucionais a serem comparados, agrupando-os em sistemas, destacando no interior deles as instituições e institutos sobre os quais é que recai o processo comparativo.¹⁴

11 Sobre essa temática, cf. Leontin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, tome II - *La methode comparative*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 38 e siguientes e pp. 59 e siguientes, que seguimos de perto.

12 Cf. a propósito, Giuseppe de Vergottini, *op. cit.*, nota 4, p. 39.

13 Cf. Manuel García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1957. A primeira parte da obra tem mesmo o título de “Teoría de la constitución y del derecho constitucional”, enquanto a segunda é de “Derecho constitucional particular”, em que expõe o direito constitucional particular do Reino Unido, Estados Unidos, República Francesa e Confederação Suíça.

14 Cf., por exemplo, Vergottini, Giuseppe de, *Diritto costituzionale comparato*, cit., nota 4; Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, cit., nota 4; Sánchez Agesta, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, cit., nota 4; nessa

A função da *micro-comparação* constitucional consiste em selecionar, dentro dos ordenamentos constitucionais, os *termos a comparar*,¹⁵ ou seja, os elementos ou objetos que se quer comparar: *regras, institutos ou instituições*, ordenando-os e classificando-os. Para tanto, tomaremos apenas determinadas partes das diversas Constituições, para comparação, fazendo comparação apenas de instituições, tal como, por exemplo, comparar as instituições presidencialistas dos Estados latino-americanos, ou poderemos comparar apenas alguns institutos. Por exemplo, a atual Constituição brasileira adotou o instituto das *medidas provisórias, com força de lei*, em caso de relevância e urgência. O estudo comparado vai indicar a fonte do instituto no artigo 77 da Constituição italiana. Até o funcionamento do instituto na Itália foi absorvido pela prática brasileira, como é o caso da reiteração das medidas provisórias não apreciadas. Isso mudou com a Emenda Constitucional n. 32, de 202, e, se ainda não mudou na Itália, tende a mudar por força de decisões da Corte Constitucional Poder-se-ia comparar as normas do direito brasileiro sobre o instituto com as do direito italiano e até ampliar a comparação com outros direitos onde se encontrem normas semelhantes sobre legislação de urgência (decretos-leis etcétera).

Não basta, porém, comparar normas, pois normas de mesmo enunciado pertencentes a ordenamentos constitucionais diferentes, não raro, têm sentido diverso. Normas recepcionadas de Constituições estrangeiras se inserem em contexto normativo diverso, e, assim, adquirem nova significação que não coincide com o sentido que têm no ordenamento de origem. Assim, por exemplo, a Constituição brasileiro vigente foi buscar no artigo 82 da Constituição italiana a cláusula segundo a qual as comissões parlamentares de inquérito “terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. Acontece que, além de não só absorver parte da cláusula italiana (“La Commissione d’inchiesta procede alle indagini e agli esami con gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell’autorità giudiziaria”), mas independentemente disso, a investigação judiciária tinha (já

obra o autor, na primeira parte, faz teoria do direito constitucional comparado; na segunda, combina a comparação sincrônica (método comparativo) com a diacrônica (método histórico), expondo regimes isolados (Grã-Bretanha, Estados Unidos, Portugal e Espanha) e alguns sistemas (monarquias parlamentares da Europa, e presidencialismo e federalismo suíço e ibero-americano); García-Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, cit., nota 4.

15 Cf. Léontin-Jean Constatinesco, *op. cit.*, nota 2, II, p. 59.

não tem), no contexto do ordenamento italiano, uma amplitude que não encontra clima no ordenamento jurídico brasileiro. É que, na Itália, na época da promulgação de nossa Constituição, vigorava o juizado de instrução, pelo qual a instrução criminal era de competência de um juiz, que tinha um papel ativo na pesquisa das provas e dispunha de um poderes importantes, num procedimento investigatório secreto, escrito e não contraditório, pois, como é regra no juizado de instrução, o acusado não tinha acesso às peças do inquérito. No sistema brasileiro isso não ocorre, não pode ocorrer, porque existem outras normas constitucionais que o impedem, segundo as quais o processo penal brasileiro se rege pelo *princípio acusatório* e não pelo *inquisitório*, antidemocrático, como era aquele da Itália, o que limita a atividade do juiz e porque as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais incumbem às polícias civis (artigo 144, § 4o.).¹⁶ De passagem, cabe observar que o juízo de instrução foi suprimido na Itália, em 1989, que concentrou os poderes de inquisição e de investigação nas mãos do Ministério Público,¹⁷ o que, no Brasil, por força daquelas normas constitucionais referidas, não tem cabimento.

As fontes influenciadoras do direito constitucional interno ajudarão a compreendê-lo, desde que não se esqueça, na comparação, a diversidade da cultura, da base material de cada povo envolvido na relação comparativa.

2) *Comparabilidade*. Em qualquer caso, seja na micro ou na macro-comparação, a escolha há fundamentar-se em critérios racionais, pois envolve a idéia da *comparabilidade* e depende do fim que o comparatista se propõe e de suas possibilidades pessoais. A *comparabilidade* é um pressuposto básico da comparação jurídico-constitucional, porque, sem ela, esta não tem cabimento.¹⁸ Ela se fundamenta na existência de elementos comuns relativamente às instituições, às funções, aos resultados, pertencentes aos ordenamentos objetos da comparação. Por exemplo, os ordenamentos constitucionais do Brasil e da Bélgica só são comparáveis até certos limites, pois não podemos comparar nem as respectivas formas

16 Cf. Afonso da Silva, José, *Comentário contextual à Constituição*, ao artigo 58, São Paulo, Malheiros, 2004.

17 Cf. Ruymbeke, Renaud van, *Le juge d'instruction*, 3a. ed., Paris, PUF (que sais-je?), 1996, p. 7. Cf. também as disposições do Código de Processo Penal italiano (de 1988), título III, sobre a polícia judiciária, especialmente de sua atualização baixada pelo Decreto-lei, 271, de 28.7.1989, em vigor a partir de 24-10-1989.

18 Cf. Miranda, Jorge, *op. cit.*, nota 4, p. 42.

de governo (República e Monarquia), nem seus sistemas de governo (presidencialismo e parlamentarismo), nem a forma de Estado (federal e unitário). Além dessas limitações, é ainda necessário que os elementos comuns, a identidade ou equivalência se verifiquem no plano jurídico. “A regra metodológica importante nessa matéria, observa Constantinesco, é a de que o paralelismo não existe nem pode existir quando se manifeste unicamente no plano lingüístico”, a saber: “não se deve jamais partir de uma identidade ou equivalência existente no plano lingüístico para concluir por uma identidade ou equivalência no plano jurídico”, pois, com efeito, numerosas diferenças de natureza técnica, estrutural, conceptual ou de efeito jurídico e até semântica, intervêm para separar entre si as funções equivalentes.¹⁹ E isso se dá mesmo quando existe identidade de língua nos ordenamentos a compara, como o português de Portugal e do Brasil. Basta lembrar o sentido diverso de uma palavra nos dois ordenamentos: “estadual”, no Brasil, se refere aos Estados-membros da Federação; em Portugal, ao Estado como entidade do direito internacional, caso em que o Brasil emprega o adjetivo “estatal”. Daí outro importante pressuposto do direito constitucional comparado, qual seja o da *necessidade da localização*, ou seja, a “necessidade de raciocinar dentro dos quadros conceituais e técnicos do direito constitucional donde se isolam os institutos objecto da comparação, e necessidade de contemplar as condições de aplicação das normas no ambiente e no estágio social em causa”.²⁰

3) *Modo de conhecimento do objeto a comparar*. Sustenta-se que a comparação jurídica exige conhecimento direto do direito estrangeiro: suas normas, sua jurisprudência, seu funcionamento na prática. Diz-se, então, que “aqueles que fazem direito comparado sem conhecimento das línguas estrangeiras e sem conhecimento do direito estrangeiro, portanto sem estudo pessoal dos ordenamentos constitucionais em comparação, utilizando unicamente as monografias comparatistas que outros elaboraram em sua própria língua, improvisam sobre um material que ignora”;²¹ é um julgamento radical que reduz a capacidade de comparação a dois ou três ordenamentos constitucionais, salvo se expressarem na mesma língua, como seria a comparação de sistemas de governo na América es-

19 Cf. *op. cit.*, p. 69.

20 Cf. Jorge Miranda, *op. cit.*, nota 4, p. 42.

21 Cf. Constantinesco, *op. cit.*, nota 2, p. 21.

panhola. A exigência radical exigiria que o comparatista constitucional fosse, não só um constitucionalista, mas também um exímio lingüista. Não se pode negar, em todo caso, que o conhecimento aprofundado da língua e da cultura estrangeiras constitui um pressuposto subjetivo de transcendental importância para um bom trabalho de comparação constitucional, mas igualmente não se pode excluir meios auxiliares indiretos, incluindo interpostas pessoas, equipes de pesquisa, ou traduções autorizadas, que suprem deficiências lingüísticas, quando se quer fazer comparação constitucional de povos de língua menos difundida.

4) *Definição dos contextos dos ordenamentos constitucionais a comparar.*

Não se faz excessivo lembrar, com Jorge Miranda, que nenhuma fracção de qualquer sistema jurídico vive por si, de sorte que pensar tão-somente nas normas que lhe correspondem, sem ao mesmo tempo pensar nas que com ela constituem um todo orgânico, é decompor a realidade, seccioná-la mas ou menos arbitrariamente”, vale dizer que “o método comparativo postula uma percepção sistemática do preceito ou do instituto sobre o qual recai o confronto.²²

Há que se buscar, no contexto, os elementos que completem e esclareçam o sentido de cada norma e instituto.²³ Destaque-se a importância do contexto na compreensão das normas constitucionais. Daí poder alar-se em *hermenêutica contextual* que se refere à exploração da influência do contexto sobre o sentido da Constituição e, reciprocamente, desta sobre o contexto em que ela se situa. É por aí que se descobre que duas passagens semelhantes, dentro da mesma Constituição, podem ter sentidos diversos, consoante o lugar que ocupam relativamente ao texto como um todo. Aqui se tem que o contexto intrínseco (ou contexto interno) é que indica ao intérprete o sentido de uma norma inserida numa estrutura normativa específica dentro da totalidade normativa da Constituição. Mas não basta o contexto interno ou intrínseco para o desvendamento do sentido das normas constitucionais, porque a hermenêutica do sentido também busca definir o objeto da interpretação (a Constituição, aqui) no mundo, assim como a tensão do mundo sobre ele. Aqui a interpretação envolve a busca de um fator *externo*, que se acha no contexto extratexto, para designar o

22 Cf. *op. cit.*, nota 4, p. 46.

23 *Idem.*

sentido da Constituição e de suas normas. Só na presença deste fator é que os textos constitucionais se tornam significativos. Isso sugere que o sentido tem sempre a ver com o contexto, aliás como observa Palmer.²⁴ Quer dizer, a obra do comparatista só terá êxito, se ele levar em conta os diversos contextos em que se situam os ordenamentos em comparação, senão os resultados poderão ser falseados ou deturpados.²⁵

Fases do procedimento metodológico. Vamos fazer esta exposição das fases do procedimento metodológico, destacando apenas o que é essencial e, desta vez, numa adaptação, ao direito constitucional, da teoria desenvolvida por Constantinesco para a comparação em geral.²⁶ O método do direito constitucional comparado, como de qualquer outro ramo do direito comparado, “consiste em conduzir um estudo comparativo por três fases sucessivas”, que a doutrina chama de regras dos três “C”, que são: *conhecer*, *compreender* e *comparar*. As três fases devem desenvolver-se na ordem indicada, porque são solidárias e complementares, cada uma delas constitui a preparação necessária e etapa preliminar da fase seguinte. Assim, o conhecimento das partículas jurídicas elementares que formam o termo a comparar não é senão a preparação obrigatória pela qual o comparatista consegue, na fase posterior, a compreensão dos termos a comparar no quadro de seus ordenamentos constitucionais, e essa compreensão, por seu lado, é a condição indispensável à comparação propriamente dita. Em outras palavras, deve-se conhecer para compreender e deve-se compreender para poder comparar.

1) *Conhecer.* Na fase do *conhecer*, deve-se isolar os termos a comparar (instituições, institutos, normas jurídicas, problemas jurídicos) de seu ordenamento constitucional, a fim de examiná-los melhor. Mas a verdadeira existência e o papel do termo a comparar não pode ser compreendido senão no quadro de seu ordenamento constitucional, em liame, portanto, com os elementos determinantes e os fatos jurídicos e meta-jurídicos, que a influenciam direta e indiretamente, ou seja, o contexto. Para chegar-se, pois, à comparação, o comparatista deve começar por descobrir as instituições jurídicas do direito estrangeiro que formam os termos a comparar. Mas, como já vimos, o estudo do direito constitucional estrangeiro não se confunde com a comparação, embora seja um elemento essencial

24 Cf. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição. Introdução* (cit., nota 16), citando Palmer, Richard E., *Hermenêutica*, Lisboa, Edições 70, 1999, p. 34.

25 Assim, Jorge Miranda, *op. cit.*, nota 4, p. 46.

26 Cf. *op. cit.*, nota 2, II, pp. 122 e ss.

do processo comparativo. É importante, pois, ter em mente os respectivos domínios.

No conhecer, procede-se mediante análise, decompondo-se o termo a comparar, isolando-o. Importa atender as seguintes regras metodológicas: *a)* o direito constitucional estrangeiro deve ser examinado de dentro, do interior, em função do seu contexto, ou seja, situado no seu quadro, operando-se com seus conceitos, sua lógica e seu métodos de interpretação; *b)* no estudo de um termo a comparar, pertencente a um ordenamento constitucional estrangeiro, deve-se proceder como o jurista desse ordenamento mesmo, recorrendo-se às mesmas fontes, atribuindo-se-lhes o mesmo valor e interpretando-os da mesma maneira. Desses princípios, provém cinco regras metodológicas: *1)* examinar o termo a comparar tal como ele é; *2)* estudar o termo a comparar nas suas fontes originais e autênticas; *3)* estudar o termo a comparar na complexidade e na totalidade das fontes jurídicas que, na ordem jurídica respectiva, concorrem para formular, precisar, interpretar e aplicar a regra de direito constitucional, mas deve-se buscar a prática real da regra constitucional; *4)* respeitar a hierarquia das fontes jurídicas própria da ordenamento constitucional a comparar ou de que faz parte o elemento a comparar; *5)* empregar o método de interpretação empregado no ordenamento constitucional a comparar.

2) Compreender. O conhecimento do termo a comparar faz-se em vista de sua compreensão. Conhecimento e compreensão não são exatamente a mesma coisa. Compreender é operação mais delicada, que exige a integração de suas relações dentro dela. O comparatista constitucional precisa conhecer os elementos fundamentais da ordenamento constitucional e seus elementos determinantes, mas também certos elementos de natureza meta-jurídica que formam o meio político, econômico e social próximos. Enfim, mais uma vez, a questão do contexto.

É possível conhecer uma instituição jurídica estrangeira nos seus pormenores técnicos, sem, no entanto, apreender exatamente o papel que desempenha na ordem jurídica a que pertence.

A compreensão dos termos a comparar envolve outros elementos, pois o que é importante não são somente os elementos da técnica jurídica, que compõem os elementos a comparar, sua função real na ordem jurídica. Todo estudo comparativo, limitado ao conhecimento do direito positivo, corre o risco de ser inexato ou mesmo falso. Para compreendê-lo, é necessário apreender os elementos determinantes que caracterizam a ordem

jurídica, é preciso descer à realidade, ao meio político, econômico e social, que o informam.

3) *Comparar*. A divisão do processo metodológico em três fases responde à necessidade de análise metódica. Visando conhecer o termo a comparar, o comparatista constitucional percorre o caminho que fazem os juristas nacionais, mas o faz com outros olhos. Seguindo o caminho metodológico do jurista nacional, o comparatista constitucional aborda o termo a comparar com o espírito de seu próprio direito constitucional. Assim, examinando o direito constitucional estrangeiro, não pode deixar de perceber certas semelhanças e diferenças entre os termos a comparar, que registra antes mesmo de começar a comparação.

No comparar, o comparatista procurar determinar e apresentar as relações existentes entre os termos a comparar, segundo os seguintes passos metodológicos: 1) identifica e destaca as relações de semelhança e de discrepância existentes entre os elementos comparados; 2) engloba, na síntese comparativa, as relações que aparecem sobre todos os planos; 3) evita qualquer conclusão, antes de ter examinado toda a realidade jurídica das ordens a que pertencem os termos a comparar.

4. *Conceito de direito constitucional comparado*

O problema do conceito de direito constitucional comparado está ligado à concepção que se tem do direito e à finalidade do direito constitucional. Não é o caso de arrolar aqui diversos conceitos, porque todos têm um núcleo comum: compara é confrontar ordenamento ou normas, institutos ou instituições de um ordenamento constitucionais de mais de um Estado. Por isso, o conceito apresentado por Afonso Arinos é satisfatório: comparar é confrontar instituições políticas e jurídicas para, através do cotejo, extrair a evidência de semelhanças ou divergência entre ela, mas essa evidência, por si só, não é, ainda, uma conclusão científica; a conclusão está na relação que se estabelece em função a comparação; na afirmação de um tipo genérico de órgão ou de função, cuja existência pode ser assegurada pela observação de várias semelhanças nos sistema comparados; acrescenta que, na medida em que o método comparativo permite a formulação de leis ou relações gerais e a verificação de estruturas governativas semelhantes, ele concorre para as conclusões do chama-

do direito constitucional geral e, indubitavelmente, para o aprimoramento do direito constitucional interno, ou particular.²⁷

III. PROCESSOS DE REFORMA DO ESTADO

1. *Premissas*

A primeira questão que se tem que resolver é a de saber o que se entende por *reforma do Estado*. Correntes há que desejam o retorno ao velho modelo liberal, que reduza ao mínimo as funções estatais. É a tese do *Estado minimalista* dos liberais. Outros defendem a estatização mais intensa, alimentados pelo equívoco de que o *estatismo* importe na liberação do homem, quando, não raro, ele é despótico, tecnocrático, burocrático e gerador de uma nova classe dominante.²⁸ Os sociais e socialistas democratas não estão nem por umas nem por outras. Reconhecem a hipertrofia da ação empresarial estatal, tanto pela absorção de empresas privadas falidas quanto pela proliferação de subsidiárias de empresas estatais e pela ação do Estado em campos que não lhe são próprios, mas também reconhecem certo risco de imprecisão, quando se critica indiscriminadamente o setor produtivo do Estado. Justificam sua proposta de redução do setor produtivo estatal, não pela doutrina do *laissez-faire*, mas na visão de que se devem utilizar os recursos públicos em áreas básicas para o desenvolvimento e a segurança do país e para o investimento nos programas sociais. Não se trata, portanto, de opor o interesse privado ao estatal, segundo essa corrente, mas de fazer com que ambos respondam ao interesse públicos com as responsabilidades que lhes são peculiares e em suas órbitas próprias de atuação.²⁹

Como se processa a reforma do Estado? O Estado não é uma ficção é algo bem concreto, mas suas funções se realizam por via de suas instituições políticas, constitucionais, administrativas e financeiras. Quando, pois, se fala em processo de reforma do Estado, quer-se referir à reforma de suas entidades e instituições, o que pode implicar a transformação da sua estrutura ou de seus poderes, seja pela reestruturação política de seu território, seja pela reorganização de suas instituições governamentais, ad-

²⁷ Cf. *op. cit.*, pp. 35 e 36.

²⁸ Nesse sentido, já nos pronunciamos antes, cf. nosso *Curso de direito constitucional positivo*, 6a. ed., p. 672.

²⁹ Cf. *Os desafios do Brasil e o PSDB*, p. 50.

ministrativas e financeiras. Vale dizer, a reforma do Estado é um processo que se realiza passo a passo por via de transformações institucionais.

2. *Função da comparação constitucional e a reforma do Estado*

A reforma do Estado é, porém, um processo que encontra fortes resistências em legados históricos de raízes profundas, resistências que, não raro, só se conseguem quebrar por via revolucionária, quando, então, o poder constituinte originário assume sua função primordial de reorganização constitucional do Estado. É nessa oportunidade que os estudos de direito constitucional comparado presta importante serviço ao processo de reforma do Estado pelo confronto das estruturas e do funcionamento das instituições estatais e governamentais de outros sistemas políticos, mormente tendo em vista que ele é inseparável da ciência política.³⁰ Ora, o processo de reforma do Estado é de natureza jurídica, especialmente de natureza constitucional, porque só pode efetivar-se legitimamente por meio de normas jurídicas. Aí é que a comparação constitucional pode prestar relevante contribuição. *Primeiro*, porque ela pode revelar que outros direitos resolvem os mesmos problemas por instituições mais apropriadas ou mais simples, e pode mostrar porque e como certas instituições nacionais são ultrapassadas,³¹ e assim concorre para o aperfeiçoamento constitucional interno. *Segundo*, porque ela serve para melhorar a compreensão do direito nacional, o que facilita a reforma das instituições políticas internas. *Terceiro*, porque a comparação constitucional tem o mérito de fornecer, ao legislador ordinário mas especialmente ao legislador constituinte, os projetos de reformas e os motivos de aceitação ou de descarte de certos modelos, conforme sejam, ou não, harmonizados com o conjunto das instituições.³² *Quarto*, porque a comparação constitucional pode indicar a tendência da evolução de certas instituições políticas.³³

A maior prova de que a comparação constitucional concorre para o processo de reforma do Estado se encontra no *Espírito das leis* de Mon-

30 Cf. Boris Mirkine-Guetzévitch, “Essai syntétique”, *Les constitutions européennes*, Paris, PUF, 1951, p. 3.

31 Cf. Constantinesco, *op. cit.*, nota 2, II, p. 290, texto adaptado.

32 Cf., a propósito, Rodière, René, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979; texto adaptado. Cf. também Gutteridge, H. C., *Le sroit comparé*, Paris, LGDJ, 1953, pp. 58 e ss.

33 Cf. Constantinesco, *op. cit.*, nota 2, II, p. 304.

tesquieu, como a doutrina comparatista tem ressaltado. Precedido de análises históricas, tais como *Considerações sobre a riqueza da Espanha*, *Reflexões sobre a monarquia universal na Europa* e, especialmente, as *Considerações sobre as causas da grandeza dos Romanos e de sua decadência*, o *Espírito das leis*, fundado no método empírico-histórico, foi buscar, no estudo comparado das instituições jurídico-políticas, os fundamentos da reforma do Estado absoluto de seu tempo, causando uma reviravolta copernicana na construção de regimes de governos limitados, especialmente pelo princípio da divisão de poderes, colhido no estudo comparativo do sistema inglês.

3. *Processo constituinte e comparação constitucional*

O momento mais propício à influência do direito constitucional comparado no processo de reforma do Estado é aquele em que se ingressa num processo constituinte ou mesmo de reforma constitucional. A experiência brasileira pode ilustrar essa afirmativa, conforme observações que fiz de outra feita, confrontando o processo de reforma do Estado espanhol, pela Constituição de 1978, assim como a reconstitucionalização do Brasil pela Constituição de 1988.

Na fase ainda *pré-constituinte*, na busca de modelo ou, quando nada, de inspiração para transição da ditadura para a democracia, os políticos brasileiros recorreram ao exemplo da Espanha, que foi capaz de realizar uma transição pacífica de uma longa ditadura para a construção de um Estado social e democrático de direito. Em síntese, o processo constituinte que produziu a Constituição espanhola de 1978, foi trabalhado, elaborado, conduzido, porque aí não houve revolução, mas esgotamento do regime vinculado a uma pessoa (Franco). Sua morte (1975) assinala o início do processo de transição. Carlos Arias, presidente do governo, teve consciência do processo de mudanças, mas foi Adolfo Suárez, presidente do governo desde julho de 1976, quem o conduziu com maestria e coragem. Promove diálogo aberto com dirigentes de partidos e de sindicatos, teoricamente ilegais. Promete acelerar o processo democrático, mediante reformas institucionais que criam condições de liberdade e de credibilidade. Os Pactos de Moncloa foram peças fundamentais para o êxito do trânsito da ditadura para a democracia. Tal é a idéia de transição política, como “período de definição de uma ordem —as regras, normas

e instituições do novo jogo democrático—, lá onde a consolidação tenta recompor tal ordem: reinstrumentar o sistema de articulação entre sociedade civil, sistema político e Estado em torno de novo formato institucional definido e legalmente delimitado”.³⁴

O Brasil também vivia sob uma ditadura militar, que, por sua vez, também se esgotava lentamente. Foi daí que, com vista no processo espanhol, se começou a trabalhar a transição democrática lenta e firme. Para tanto, o senador Petrônio Portela, nomeado ministro da Justiça, assumiu com a pretensão de exercer o papel que desempenhou, na Espanha, Adolfo Suárez. Sua missão consistia em buscar o consenso para a transição democrática, mediante intensa negociação política. Deu passos largos nessa direção, mas sua missão foi truncada por sua morte repentina. Apesar disso, os rumos a seguir estavam traçados. Os instrumentos de liberação começaram a ser produzidos.

As semelhanças e dissemelhanças produziram resultados bastante diverso. A transição brasileira foi também uma *transição negociada*, mas já com uma diferença notável, porque, no caso brasileiro, a negociação foi feita com o sistema de poder, enquanto, no caso espanhol, a negociação foi conduzida pelo próprio sistema de poder. A comparação mostra que o processo político espanhol evoluiu no sentido de uma depuração expressa pela transferência de poder das antigas para as novas elites, no Brasil, observou-se tendência radicalmente inversa, qual seja, a do reforço gradual das velhas lideranças em detrimento das forças de mudança”, de onde a tendência à continuidade das instituições e da classe dirigente no processo político que seguiu à transição incluindo sua profunda influência no seio da Constituinte.³⁵ A transição foi longa e plena de dificuldades. A morte do principal negociador, já eleito presidente da República, Tancredo Neves, acabou por levar ao poder um autêntico representante das elites dirigentes do regime anterior, o que inibiu as forças de mudanças que haviam conduzido à derrocada o regime militar.³⁶ Assim se dá a reversão das expectativas políticas da população. De fato, “até o início do governo Sarney a transição sempre foi acompanhada pela esperança de um regime democrático que aliasse liberdade e repre-

34 Cf. Mezzetti, Luca, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, CEDA, 2003, p. 41, citando definição de Ismael Cresp.

35 Cf. em Aspásia Camargo e Eli Diniz (orgs.), *Continuidade e mudança no Brasil da Nova República*, São Paulo, Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 10.

36 *Idem*.

sentações políticas com a promoção acelerada do desenvolvimento econômico e de reformas sociais”.³⁷ O imobilismo conservador do governo Sarney mostrou, desde logo, que, do lado do Executivo, não havia esperanças de mudanças. Os movimentos sociais perceberam que a Assembleia Nacional Constituinte seria o único espaço de implementação de um projeto de mudança.

Diferentemente do que ocorreu na Espanha, onde o Pacto de Moncloa precedeu à Constituinte, no Brasil deslocou-se para o âmbito da Constituinte a responsabilidade de articular um pacto que as lideranças políticas e sociais não tinham sido capazes de operacionalizar.³⁸ O pacto se formou mediante amplas negociações no seio da Constituinte entre forças conservadoras e as forças progressistas da mudança, mas, embora a Constituição de 1988 tenha instituído uma nova idéia de Direito e uma nova concepção de Estado (*O Estado democrático de direito*), ela não concluiu a reforma do Estado, deixando praticamente intocável a estrutura de poder, por onde as forças conservadoras retomam seu domínio por via de mudanças constitucionais neoliberais. Restaram, pois, todos os elementos potenciais de conflito de poderes. A Constituinte recusou a instituição de uma Corte Constitucional que seria, nos moldes europeus, um elemento moderador nos conflitos de poder. O Poder Judiciário, como um todo, praticamente permaneceu intacto. O Supremo Tribunal Federal teve suas atribuições reduzidas à matéria constitucional, considerado guarda da Constituição e competência exclusiva para julgar ações diretas de inconstitucionalidade (artigo 102, I, “a”), sem que isso significou convertê-lo em Corte Constitucional.

4. *Influências normativas*

Consideremos, assim, as influências que as normas de uma Constituição exerce sobre outra, de modo a gerar uma normatividade, não propriamente idêntica, mas com enunciados que denunciam a fonte de onde proveio. Essa aproximação normativa é que possibilita o estudo comparativo de dois ou mais ordenamentos constitucionais. Então, a compara-

³⁷ Cf. Sallum Júnior, Brasília, “Por que não tem dado certo: notas sobre a transição política brasileira”, Sola, Lourdes (org.), *O estado da transição: política econômica da Nova República*, São Paulo, Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 118.

³⁸ *Ibidem*, p. 13.

ção constitucional consiste em confrontar, entre si, normas, institutos, instituições constitucionais de Estados diferentes para evidenciar-lhes as semelhanças ou diferenças. Os Constituintes brasileiros procuraram essa aproximação especialmente com as Constituições espanhola e portuguesa, e nelas se inspiraram na formulação de regras e institutos da Constituição de 1988. Não é o caso de fazer aqui um estudo comparativo dessas constituições, porque aqui não estamos fazendo propriamente comparação constitucional, mas procurando construir alguns elementos de uma possível Teoria do Direito Constitucional Comparado.

Não será, porém, destituído de interesse. Ilustrar esta exposição com um exemplo de comparação constitucional. Para tanto, vamos verificar alguma possível influência da Constituição espanhola sobre a Constituição brasileira de 1988. Já examinamos uma possível influência *pré-constituente* relativamente ao processo de transição entre os dois países. Agora diremos algumas palavras sobre se houve ou não alguma influência normativa.³⁹

Começemos pelas diferenças que demonstram impossibilidades de influência da Constituição espanhola sobre o ordenamento constitucional brasileiro. Posso deixar de lado a *organização dos poderes*, porque, num caso, temos uma Monarquia e parlamentarismo e noutro uma República e presidencialismo. Aqui a comparação jurídico-constitucional se revela impossível, por não haver comparabilidade entre os termos a comparar. Significa isso que sistemas de políticos diametralmente opostos não comportam comparação jurídica entre si, o que significa, por outro lado, que, em tal situação, não pode ocorrer influência de uma ordem constitucional em outra.

Se transitarmos agora para a *organização do Estado*, já vamos encontrar elementos comuns que vale a pena explorar, não tanto para descobrir influência da Constituição espanhola na brasileira, apenas, porém, para um exercício de comparação possível e verificação de pontos convergentes e divergentes.

O Brasil é um *Estado Federal*, a Espanha se conceitua como um *Estado Autônomo*. Não importa aqui saber se o Estado Autônomo é ou não é um Estado unitário. O que é relevante é verificar que as duas for-

39 Aproveitarei aqui, em síntese, parte de um texto sobre o tema que elaborei para integrar um livro, sob coordenação do profesor Francisco Fenández Segado, em homenagem aos vinte e cinco anos da Constituição espanhola.

mas de Estado têm a característica de serem Estados politicamente descentralizados que buscam equilibrar a tensão entre homogeneidade e diversidade, que se apoiam nas autonomias das coletividades regionais.

Veja-se a semelhança no modo como a doutrina se pronuncia em face de ambas as formas de Estado. Textos doutrinários no Brasil dizem que a descentralização político-constitucional, que caracteriza o Estado Federal, tem seu fulcro na autonomia das coletividades-membros, o que dá origem a uma estrutura estatal complexa a um tempo unitário e federativo. É *unitário* enquanto possui um único território e ainda uma só população, formando um único corpo nacional, enquanto regida pela legislação federal; os aspectos *federativos* traduz-se na competência reservada aos Estados-membros, para disporem sobre as matérias que lhes são deixadas pela Constituição e na sua participação na formação da vontade dos órgãos federais.⁴⁰ A doutrina espanhola, por seu lado, declara que “el «Estado autonómico»... cobra su nombre del principio general organizativo de la autonomía en que se asienta”, e “se nos apresenta como um Estado complejo integrado por unidades politicamente descentralizadas, o lo que es igual, dotadas de una verdadera autonomía política, esto es, por las Comunidades Autónomas”.⁴¹

Há, porém, diferenças importantes que afastam uma forma de Estado da outra. Leia-se, por exemplo, o artigo 25 da Constituição federal brasileira: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. Aí está o fundamento da *autonomia de auto-organização* dos Estados-membros da Federação, que é nota essencial ao conceito de Estado federado, que não comporta interferência de órgãos do governo central. Quer dizer, a auto-organização é o primeiro elemento da autonomia estadual e se concretiza na capacidade de dar-se a própria Constituição, o que implica a existência de um Poder capaz de formulá-la, de um Poder especial que, por meio dela, organiza, forma e *constitui* cada Estado federado, e é o *Poder Constituinte* pertinente a cada uma dessas unidades federadas, *Poder Constituinte Decorrente*, porque, decorrendo do originário, não se

40 Cf. Afonso da Silva, José, “Federalismo e autonomias no Estado brasileiro (federalismo nominal e federalismo de regiões)”, tese apresentada ao *I Simposium Internacional de Derecho Constitucional Autonómico*, publicação da Generalitat Valenciana, Espanha, 1988, p. 30, e *Curso de direito constitucional positivo*, 21o. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 100 e 101.

41 Cf. *El sistema constitucional español*, Madrid, Dyakinson, 199e, pp. 867 e 869.

destina a rever sua obra mas a institucionalizar coletividades, como o caráter de Estados-membros, por meio de uma constituição própria,⁴² ainda que sujeita estabelecidos na Constituição federal, que lhes fixa a zona de determinações e o conjunto de limitações à sua capacidade organizatória.⁴³

As Comunidades Autônomas do sistema espanhol carecem dessa autonomia de auto-organização. Basta ler o artigo 147, 1, da Constituição espanhola: “Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico”. A parte por mim posta em itálico mostra que a capacidade auto-organizativa da Comunidade Autônoma praticamente não existe, já que seu Estatuto fica na dependência do reconhecimento de órgãos do Governo central. Isso significa que não existe um poder constituinte que dê estrutura constitucional às Comunidades Autônomas e, em consequência, seus Estatutos não têm natureza de constituição.⁴⁴

Como se nota, aqui como lá, a tensão entre disjunção e integração, homogeneidade e diversidade constituiu a dialética da organização territorial de ambos os Estados. Mas a consideração que aqui fazemos sobre o assunto tem por objetivo mostrar, finalmente, que, nos temas de organização dos poderes horizontal e vertical, não há influência da Constituição espanhola na Constituição brasileira de 1988, porque cada qual de seu lado se organizou a partir de dados históricos. No entanto, no que tange à organização territorial, há elementos de realce que possibilitam estudos comparativos de grande proveito para o constitucionalismo de ambos os países.

Se, no relativo à organização do poder e da estrutura do Estado, não comparabilidade possível entre ambos ordenamentos constitucional, há possibilidade de encontrar, na Constituição brasileira, momentos nítidos de inspiração, não propriamente de uma transposição normativa pura e simples, mas de adaptações, às vezes, até com maior desenvoltura e melhor formulação. Na elaboração do *preâmbulo* da Constituição Federal de

42 Cf. Gonçalves Ferreira Filho, Manoel, *Direito constitucional comparado: I – o poder constituinte*, pp. 177 e ss.

43 Cf. Afonso da Silva, José, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., nota 40, pp. 592 e ss.

44 Cf. Ferrando Badía, Juan, *El Estado unitario, el federal y el Estado Autonómico*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 258.

1988 com certeza, o constituinte brasileiro se inspirou no artigo 1o. da Constituição espanhola, onde se diz que a Espanha se constitui em um Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político. O *direito do detido à informações* constante do artigo 17, 3, da Constituição espanhola foi acolhido na Constituição Federal em termos mais sintéticos (artigo 5o., LXII e LXIII). Aqui, no entanto, é preciso esclarecer que o mandamento de comunicação imediata é da tradição do direito constitucional brasileiro; há mais coincidência que influência. Artigo 5o.: “LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência da família e de advogado”. Aqui, sim, a inspiração é manifesta. Contudo, é necessário acrescentar que o dispositivo espanhol tem sua fonte no artigo 27, 4, da Constituição portuguesa, que estabelece: “Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos”. Compare-se e veja-se que o texto espanhol, na sua essência, é praticamente a tradução do dispositivo português. Pode-se até admitir que o dispositivo brasileiro tenha se inspirado nos dois textos. O certo é que ele não foi uma criação original, mas uma criação fundada numa fonte externa: espanhola e portuguesa. O *direito à intimidade* foi acolhido pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro no artigo 5o., X, da Constituição vigente, com o seguinte enunciado: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Se compararmos esse dispositivo com o artigo 18, 1, da Constituição espanhola, perceberemos sem esforço a semelhança que autoriza a reconhecer que este constitui fonte daquele, quando diz: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. A norma brasileira foi mais completa porque acrescentou a inviolabilidade também da vida privada e garante a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação do preceito. Mas é nítida a filiação do texto brasileiro ao texto espanhol. O texto português é bastante diferente (artigo 26, 1). No campo da *educação e do ensino*, há coincidências de formulações constitucionais, sem que se possa dizer que tenha havido influência direta da Constituição espanhola na brasileira. Pode ser que alguma inspiração o constituinte tenha buscado naquela. Por exemplo, a Constituição espanhola diz que todos têm o direito à educação e

reconhece a liberdade de ensino, e acrescenta que a educação terá por objeto o pleno desenvolvimento da personalidade humana no respeito aos princípios democrático de convivência e aos direitos e liberdades fundamentais; declara que o ensino básico é obrigatório e gratuito e reconhece a autonomia das universidades, nos termos estabelecidos em lei. A Constituição brasileira vai muito além nos artigos 205 a 214, mas há normas que vêm de constituições anteriores. Mas o *caput* do artigo 205 pode revelar alguma inspiração no texto espanhol, ao estabelecer que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Reconhece também a liberdade de ensinar, mas também a liberdade de aprender, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (artigo 206, II). Igualmente declara, como nas constituições anteriores, que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, mas também garante sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria. Para além da Constituição espanhola, estatui que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, e o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (artigo 208, I, e seus §§ 1o. e 2o.). Na verdade, a gratuidade é um princípio constitucional do ensino público no Brasil (artigo 206, IV). E o artigo 207 declara que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial; dá, como se vê, o conteúdo da autonomia universitária, e a estabelece diretamente, ao contrário da norma espanhola que, sobre não dar o conteúdo, ainda faz a autonomia depender dos termos que a lei estabelecer (artigo 27, 10). No direito constitucional da família, existem coincidências com possível influência da Constituição espanhola na sua formulação, como a proteção integral á família pelo Estado, proteção aos filhos independentemente de sua filiação, o dever dos pais de prestarem assistência aos filhos, como se pode confrontar os textos espanhóis constantes do artigo 39 com os textos brasileiros que figuram nos arts. 226, *caput*, e §3o., 227, § 6o., e 229.

Poder-se-ia concluir dizendo que as influências são aparentemente pequenas da Constituição espanhola de 1978 sobre a Constituição brasileira de 1988. É preciso, contudo, considerar que as influências normativas nem sempre se traduzem numa normatividade semelhante. O certo é que

nunca se manuseou tanto a Constituição espanhola (também a portuguesa) como se fez durante o processo de formação da Constituição Federal de 1988. Por certo que o intenso exame dessas constituições inspiraram proposições dos constituintes sem que, no entanto, se fizesse cópia servil. A Constituição italiana também deixou sua marca, especialmente na adoção das medidas provisórias e nos poderes das comissões parlamentares de inquérito.

A Constituição espanhola e a Constituição portuguesa, como também a italiana e a alemã, serviram de modelo no que tange à distribuição da matéria constitucional, dando primazia aos direitos fundamentais, com que se inicia o texto constitucional, ao contrário do costume brasileiro de começar as constituições pela organização nacional. Essa é uma influência da mais alta importância, porque essa primazia deu destaque aos direitos fundamentais da pessoa humana que passaram a ter consideração popular e a ser objeto de amplas discussões doutrinárias e acadêmicas, quando, no sistema anterior, praticamente só se ensinava a organização do Estado e dos Poderes.

5. *Comparação constitucional e recepção constitucional*

Este é um tema destacado nos estudos de comparação jurídica em geral⁴⁵ e que tem relevante frequência no Direito Constitucional. Entende-se por *recepção* o procedimento pelo qual um ordenamento incorpora no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria assim como foi estabelecida num outro ordenamento⁴⁶. O fenômeno é antigo, assim a recepção do direito romano pela Alemanha e diversos países europeus. A recepção das Ordenações Filipinas pelo Brasil independente, a ponto de elas sobreviverem no Brasil para além de sua vigência no país de origem, Portugal. No direito privado ele ocorre com frequência e amplitude, como foi a recepção do Código Civil francês no Séc. XIX no mundo e sua adoção integral pela Bélgica, Luxemburgo e Holanda; a re-

45 Constantinesco lhe dedicou algumas páginas que servirão de guia ao nosso estudo aqui (cf. *ob. cit.*, nota 2, II, pp. 362 a 370).

46 Cf. Bobbio, Norberto, *Teoria general del diritto*, Torino, J. Giappichelli Editores, 1993, p. 182.

cepção do modelo do Código Civil alemão pelo Código Civil brasileiro de 1916. A adoção do Código Civil suíço pela Turquia.⁴⁷

No direito constitucional há duas formas de *recepção*. Uma significa que leis emanadas sob a velha Constituição continuam válidas sob a nova; é o que se chama *recepção da lei anterior* pela Constituição superveniente. Não é, como se vê, um tema do direito constitucional comparado, mas do direito constitucional interno.

A outra, mais de acordo até com aquela definição de Bobbio e pertinente ao direito comparado, é a recepção de regras ou instituições de um ordenamento constitucional estrangeiro. Nesse caso, podemos adaptar o conceito de Constantinesco, dizendo que, por recepção constitucional, se entende a adoção por um ordenamento constitucional de regras, institutos e instituições de outro ordenamento constitucional. Disso se conclui, como ele o disse, que não há recepção quando instituições similares ou quase idênticas se desenvolveram em diferentes climas constitucionais independentes um do outro.⁴⁸ As observações que fiz sobre a influência da Constituição espanhola no enunciado de algumas normas da Constituição brasileira se revela como forma de recepção.

A recepção pode ser *global*, *parcial* ou *eclética*. A primeira é difícil de ocorrer em direito constitucional, que significaria um Estado adotar a Constituição de outro; no Brasil, no entanto, houve um momento em que isso ocorreu pela adoção da *Constituição espanhola de Cadiz*, 1812, por decreto de D. João VI, em 12.4.1821, ato que foi revogado vinte e quatro horas depois, mas, por isso, essa Constituição é arrolada entre os documentos constitucionais brasileiros.⁴⁹ O fenômeno se repetiria mais vezes no constitucionalismo brasileiro não assim em termo globais, mas em termos *parciais* ou *ecléticos*. A *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24.2.1891*, foi o resultado da recepção de normas, institutos e instituições dos Estados Unidos, especialmente, mas também da Argentina e da Suíça, o que caracteriza *recepção eclética*.⁵⁰ Ela pro-

47 Cf. notícias em Constantinesco, *op. cit.*, nota 2, p. 363.

48 Cf. *op. cit.*, II, p. 363, referência ao direito comparado em geral, adaptada para o direito constitucional comparado.

49 Cf. Paulo Bonavide e Roberto Amara, *Texto político da história do Brasil*, 3a. ed., Brasília, Senado Federal, 2002, vol. VIII, pp. 29 e ss.

50 *Recepção eclética* se caracteriza pelo fato de o Estado receptor tomar diversas partes da mesma instituição jurídica ou do mesmo Código (Constituição) de diversos Estados e ordenamentos jurídicos (Constantinesco, *op. cit.*, nota 2, II, p. 364).

veio de projeto elaborado por Ruy Barbosa que tomou como modelo, basicamente, a Constituição norte-americana, cujos princípios fundamentais foram adotados: presidencialismo, federalismo, ainda que este encontre bases históricas e sociológicas na evolução brasileira. O título da ordem econômica e social da *Constituição de 1934* foi recepcionado da Constituição alemã de Weimer, além do fato de ter também recepcionado instituições corporativas do ordenamento fascista italiano, então em vigor, ao dispor que a Câmara dos Deputados se compunha de representantes do povo eleitos por sufrágio universal e direto e *representantes eleitos por sufrágio indireto das associações profissionais* da agricultura e pecuária, da indústria, do comércio e transportes, das profissões liberais e funcionários públicos. A Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, foi chamada pejorativamente de “Polaca”, por seu autoritarismo recepcionado da Constituição polonesa de 23.4.1935, que elevava o Presidente da República à condição de autoridade estatal suprema e única que coordenava a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirigia a política interna e externa, promovia ou orientava a política legislativa de interesse nacional e superintendia a administração do país (artigo 2o. da Constituição polonesa e 73 da Constituição de 1937).⁵¹

A recepção parcial, ou seja, a recepção pontual de um instituto ou de uma regra, como a recepção da regras da Constituição italiana de que as Comissões Parlamentares de Inquérito “terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias”, como mostramos supra, requer análise comparativa mais aprofundada, que não se limite apenas ao aspecto jurídico, mais também ao contexto de ambos os ordenamentos constitucionais, a fim de evitar transpor-se para o direito nacional institutos que não se afinem com o seu contexto, e assim ou terá um interpretação falseada ou não terá aplicação adequada. Nesse tema, vale a penas recorrer mais uma vez à lição de Constatinesco, segundo a qual a “comparação deve constatar em que medida a norma jurídica que se quer introduzir se adapta à ordem jurídica autóctone, quais são as modificações que eventualmente são necessárias e qual é o fim que a regra introduzida deve atingir na ordem jurídica autóctone. Só uma análise semelhante pode assegurar a integração conveniente da regra estrangeira no direito interno”.⁵²

51 Cf. Walter Costa Porto, *A Constituição de 1937*, Brasília, Senado Federal/CEE-MCT/ESAF-MF, 1999, pp. 24-26.

52 Cf. *op. cit.*, nota 2, II, p. 368.

A recepção ampla, seja a global seja a eclética, nem sempre se baseia numa análise comparativa, mas não raro num ideal constitucional. Se, no entanto, o ordenamento constitucional nem sempre é o reflexo da realidade, porque é também expressão de aspirações e ideais sociais,⁵³ não é menos certo que a recepção, desvinculada da realidade do ordenamento receptor, gera formas jurídicas idealistas sem eficácia social. Assim foi a Constituição de 1891, por isso seus fundamentos não se assentaram nas virtudes comuns, ordinárias e cotidianas do povo, daí o seu *idealismo* distanciado da psicologia, da cultura, das qualidades e defeitos do povo brasileiro.⁵⁴ Por essa razão, ela não teve aplicação prática, dando azo à expansão das oligarquias que encontraram, na descentralização federalista e no presidencialismo personalista, as bases de sua dominação, de tal sorte que a constituição que efetivamente vigorava no país era mesmo aquela de que falava Lassalle: *os fatores reais do poder*, ou seja, “essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*”,⁵⁵ que, no Brasil, sob a Constituição de 1891, se assentava na base coronelística de sua organização social, apesar do seu belo arcabouço formal, que, assim, não passava mesmo de uma folha de papel, ainda segundo a formulação de Lassalle.

IV. CONCLUSÕES

A exposição que acabamos de fazer possibilita as seguintes conclusões:

- O direito constitucional comparado é, sobretudo, um método de estudos jurídicos de vários ordenamentos constitucionais estrangeiros em confronto metódico. Não é uma ciência jurídica em sentido técnico, porque não é um ramo da ciência jurídica, como o direito constitucional, o direito administrativo etcétera.
- O direito constitucional comparado não é, pois, parte do direito positivo, pois não elabora regras de conduta humana, e, se há alguma

53 Cf. *ibidem*, p. 366.

54 Cf. Vianna, Oliveira, *Problemas de política objetiva*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Record, 1974, p. 35. Ele denunciou esse idealismo num livro exatamento intitulado *O idealismo da Constituição*, 1a. ed., 1920; 2a., 1927, e 3a., 1939.

55 Cf. Lassalle, Ferdinand, *Que é uma Constituição?*, Porto Alegre, Editorial Villa Martha.

regra, ela tem apenas a natureza de modo de conduzir-se no método comparativo.

- A comparação constitucional, como qualquer comparação jurídica, é difícil, porque, além de exigir um conhecimento aprofundado do direito constitucional estrangeiro a comparar, há que conhecer com igual profundidade o país visado, e, para tanto, não basta conhecer bem a língua em que está vazado o ordenamento constitucional estrangeiro, é necessário conhecer a cultura, a estrutura social, as crenças, a vida econômica e política etcétera. E uma pessoa não tem muita possibilidade de conhecer com profundidade mais de um ou dois países estrangeiros.
- A comparação constitucional, como a comparação jurídica em geral, como, para esta, bem disse Constantinesco, é uma operação do espírito pela qual são reunidos num confronto metódico os objetos a serem comparados, a fim de precisar suas relações de semelhança e divergência.
- A principal função do direito constitucional comparado consiste na busca de critérios de aperfeiçoamento das instituições governamentais e constitucionais interna e na elaboração de leis e relações gerais para a construção do direito constitucional geral.
- É nesse ponto que a comparação constitucional pode prestar relevantes serviços ao processo de reforma do Estado pelo confronto das estruturas e do funcionamento das instituições estatais e governamentais de outros sistemas políticos, mormente tendo em vista que ele é inseparável da ciência política, revelando que outros direitos resolveram os mesmos problemas por instituições mais apropriadas ou mais simples, e pode mostrar porque e como certas instituições nacionais são ultrapassadas,⁵⁶ e assim concorre para o aperfeiçoamento constitucional interno, desde que não se perca de vista que a recepção de normas, instituto e instituições do direito constitucional estrangeiro pelo direito constitucional interno há de fazer-se à sua integração e harmonização com a realidade do país receptor.

56 Cf. Constantinesco, *op. cit.*, nota 2, II, p. 290, texto adaptado.