

# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

---

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade Semestral  
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

---

#### COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)  
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)  
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)  
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)  
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)  
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)  
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)  
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)  
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)  
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)  
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

---

#### DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

---

#### COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota  
Catarina Monteiro Pires  
Rui Tavares Lanceiro  
Francisco Rodrigues Rocha

---

#### SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

---

#### PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

#### EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

ISSN 0870-3116

---

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021



## TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**  
11-17 Editorial

## ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**  
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil  
*Vulnerabilities and Civil Law*
- **Christian Baldus**  
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?  
*Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?*
- **José Tolentino de Mendonça**  
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade  
*On the Use of the Word Vulnerability*

## ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**  
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha  
*The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity*
- **Alfredo Calderale**  
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano  
*Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems*
- **Aquilino Paulo Antunes**  
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos  
*Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives*
- **Cláudio Brandão**  
169-183 O g nesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica  
*Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic*
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**  
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa p s-pand mica  
*Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe*

- 
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**  
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia  
*Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law*
- 
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**  
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros  
*Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states*
- 
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**  
Do envelhecimento à vulnerabilidade  
*From ageing to vulnerability*
- 
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**  
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future  
*Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro*
- 
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**  
Vulnerabilidade e assimetria contratual  
*Vulnerability and contractual asymmetry*
- 
- 341-374 **Isabel Graes**  
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia  
*A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency*
- 
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**  
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui  
*A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje*
- 
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**  
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013  
*On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform*
- 
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**  
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia  
*The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic*
- 
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**  
A vulnerabilidade no Direito Contratual  
*Vulnerability in Contract Law*
- 
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**  
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios  
*Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges*

- 
- Júlio Manuel Vieira Gomes**  
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)  
*The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)*

## TOMO 2

- 
- Mafalda Carmona**  
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco  
*“For our own good” – the tobacco matter*
- 
- Marco Antonio Marques da Silva**  
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro  
*Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law*
- 
- Margarida Paz**  
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo  
*The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations*
- 
- Margarida Seixas**  
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem  
*State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers*
- 
- Maria Clara Sottomayor**  
705-732 Vulnerabilidade e discriminação  
*Vulnerability and discrimination*
- 
- Maria Margarida Silva Pereira**  
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019  
*The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019*
- 
- Míriam Afonso Brigas**  
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões  
*Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections*

- 
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**  
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos  
*On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance*
- 
- Pedro Infante Mota**  
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC  
*From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body*
- 
- Sandra Passinhas**  
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha  
*Consumers' protection in digital markets*
- 
- Sérgio Miguel José Correia**  
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial  
*Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context*
- 
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**  
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas  
*The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies*
- 
- Valentina Vincenza Cuocci**  
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori  
*Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children*

## JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

- 
- Maria Fernanda Palma**  
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico  
*The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good*
- 
- Pedro Caridade de Freitas**  
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021  
*Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021*

- **Rui Guerra da Fonseca**  
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,  
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021  
*Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.*  
*47621/13 and others, 08/04/2021*

## VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **António Pedro Barbas Homem**  
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação  
*Doctoral degrees and research centers*
- **Christian Baldus**  
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da  
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao  
primeiro quartel do IV d.C.”  
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por  
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- **José A. A. Duarte Nogueira**  
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*  
*ao primeiro quartel do IV d. C.* (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas  
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)  
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century  
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in  
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

## LIVROS & ARTIGOS

- **Antonio do Passo Cabral**  
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel  
Teixeira de Sousa
- **Dário Moura Vicente**  
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- **Maria Chiara Locchi**  
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella





# Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

Maria Chiara Locchi\*

**Identificação da Obra:** LUCIO PEGORARO e ANGELO RINELLA. *Sistemas constitucionais comparados* (com a contribuição, para o capítulo IX, de Silvia Bagni, Serena Baldin, Fioravante Rinaldi, Massimo Rinaldi, Giorgia Pavani). 2 volumes. Tradução de Manuellita Hermes, Editora Contracorrente, São Paulo, 2021.

1. Elaborar uma recensão sobre uma obra de carácter manualístico não é uma operação fácil: arrisca-se, com efeito, de oferecer um relato de modo aridamente escolástico do conteúdo de um trabalho cujas finalidades são geralmente descritivas e didáticas. No caso de *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella, todavia, não se corre esse risco, tratando-se de um volume de forte personalidade, da qual emergem com clareza reflexões dos dois autores sobre o direito em geral e sobre o direito público comparado em particular. O livro constitui a adaptação e a tradução para a língua portuguesa do manual, subscrito pelos mesmos autores, *Sistemi costituzionali comparati*, de 2017, uma obra que conquistou imediatamente uma posição de prestígio no âmbito da manualística constitucional-comparativa italiana (e não apenas), graças aos numerosos pontos fortes já apontados por Matteo Nicolini: “rigor metodológico”, “clareza expositiva”, “equilíbrio na distribuição dos temas”, “*dispositio* dos institutos examinados que concede uma singular compactação e solidez na organização geral da obra [...]”, fruto da “sedimentação de estudos e pesquisas” que ambos os autores dedicaram no curso do tempo a cada instituto e ao próprio “estatuto científico e disciplinar do direito constitucional comparado”, bem como à “visão de mundo” que, “individualmente e em diálogo entre eles” gradualmente desenvolveram<sup>1</sup>.

---

\* Investigadora da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia. A autora agradece, penhorada, a Leonardo Almeida Lage, Doutorando pela Universidade de Perugia, a preciosa ajuda na redação em língua portuguesa.

<sup>1</sup> NICOLINI, Matteo. Recensione a L. Pegoraro e A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*. In: *Annuario di Diritto comparato e Studi legislativi*, 2017, pp. 1061-1073.

*Sistemas constitucionais comparados* representa a última peça, sob o ponto de vista cronológico, de um projeto científico e didático mais amplo, um projeto que se articula no tempo e no espaço demonstrando a amplitude e a solidez dos interesses de pesquisa e da colaboração entre os dois autores<sup>2</sup>. O livro, com efeito, além de constituir a adaptação de um texto concebido e redigido originalmente para o público iberoamericano (hispanófono)<sup>3</sup>, pode ser plenamente apreciado em conexão a uma série de trabalhos anteriores dedicados às diversas partições do direito constitucional comparado e frutos da busca por um ponto de equilíbrio entre as exigências da manualística e a riqueza do aprofundamento científico<sup>4</sup>.

2. *Sistemas constitucionais comparados*, diferentemente de muitos manuais em âmbito constitucional-comparativo, não se concentra exclusivamente (nem prevalentemente) nas experiências constitucionais ocidentais: embora ao direito constitucional de proveniência ocidental seja dedicado amplo espaço, ele não constitui o “modelo” (ou o conjunto de modelos) a partir do qual se avaliam as concepções do direito e da constituição “além de *finisterrae*”.

A característica marcante de *Sistemas constitucionais comparados*, de fato, pode ser reconduzida à “abertura à pluralidade das experiências” jurídicas e constitucionais, uma “escolha de campo”, declarada na introdução (p. 27), que é alimentada por uma atitude relativista baseada no “conhecimento”, no “respeito” e na “compaixão”<sup>5</sup> (no sentido de compreensão profunda à luz da condição humana em comum) em relação às escolhas dos outros, que por sua vez condiciona as opções sistemáticas e a abordagem metodológica dos dois autores.

---

<sup>2</sup> A colaboração intensa e a interlocução profícua entre Lucio Pegoraro e Angelo Rinella remontam já a muito tempo e concretizou-se em diversas obras, tanto de caráter monográfico quanto de caráter manualístico (geral ou setorial), redigidas a quatro mãos e junto a outros colegas e estudiosos, italianos e estrangeiros; os trabalhos dos dois autores são frequentemente pensados desde a concepção, ou sucessivamente traduzidos, para um público não italiano.

<sup>3</sup> Do *Tratado de Derecho constitucional comparado*, publicado pela Astrea em quatro volumes, fazem parte: *La ciencia y el método*, 2016 (de L. Pegoraro), *Sistemas constitucionales*, volumes A e B, 2018 (de L. Pegoraro e A. Rinella), *Constituciones y fuentes del derecho*, 2019 (de L. Pegoraro e A. Rinella) e *Sistemas de justicia constitucional*, 2019 (de L. Pegoraro).

<sup>4</sup> Veja-se, em particular, PEGORARO, Lucio. *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*. Bologna: Bononia University Press, 2014 e os volumes da coleção *Sistemi costituzionali comparati*, publicada pela editora italiana Giappichelli e dirigida pelos dois autores: PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Costituzioni e fonti del diritto*. Torino: Giappichelli, 2018; PEGORARO, Lucio. *Sistemi di giustizia costituzionale comparata*. Torino: Giappichelli, 2019; PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemi costituzionali*. Torino: Giappichelli, 2020 (*editio minor* do manual de 2017).

<sup>5</sup> A referência é a BAGNI, Silvia. All you need (to compare) is love. In: ID. (org.), *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado*. Bologna: Filodiritto, 2016, p. 10 s.

Desde as formas de Estado (Cap. II, Seção II), a respeito das quais se esclarece imediatamente o caráter irremediavelmente “situado” da própria noção de Estado (lembrando que “El ser humano ha vivido la mayor parte de *su historia sin el Estado*. Por lo menos el 99, 5 por ciento de la misma”<sup>6</sup>), rejeita-se a perspectiva dicotômica que leva a identificar a classe dos Estados liberais democráticos, centrada na divisão dos poderes e no reconhecimento dos direitos de primeira geração, e uma segunda classe, de caráter residual, que acabaria abrangendo todas aquelas experiências que não podem ser subsumidas à primeira. A preferência pela adoção de critérios de classificação articulados – capazes de restituir a complexidade das “relações entre as autoridades estatais dotadas de poder de império [...] e a comunidade de cidadãos, a sociedade civil, nas suas diversas articulações”, bem como das “finalidades que o ordenamento estatal pretende perseguir” (p. 87) – conduz a um modelo que valoriza a originalidade das soluções verificáveis “além do Ocidente” após o transplante da forma do Estado-nação<sup>7</sup>.

O esforço de restituição da “variação” e da “diversidade”<sup>8</sup> às experiências jurídicas e constitucionais em escala global, como se dizia, transparece nos diversos capítulos da manual: por exemplo, analisando argumentos e instrumentos das “doutrinas constitucionais sem constitucionalismo” (Cap. III, Seção II); identificando as fontes do direito por meio dos critérios prevalentes de produção das normas jurídicas, sugestivamente contidas em “comandos” que condensam o sentido último de “matrizes” das quais o direito se origina (Cap. V, Seção II)<sup>9</sup>; valorizando a tensão entre “universalismo” e “localismo” no reconhecimento dos direitos e das liberdades

---

<sup>6</sup> A citação é de MARQUARDT, Bernd. *Historia mundial del Estado: Sociedades preestatales y reinos dinásticos*. v. 1, Bogotá: Temis & Universidad Nacional de Colombia, 2012, p. 19.

<sup>7</sup> Além das formas de Estado “advindas da revolução burguesa (e derivadas do constitucionalismo)” (p. 100), são identificadas, por exemplo, as autocracias nacionalistas e socialistas árabes, a “nova” forma de Estado chinesa “socialista-liberal”, a forma de Estado teocrática e as teocracias constitucionais, o *Caring State* (sobre o qual se veja BAGNI, Silvia. *Dal Welfare State al Caring State?*, In: ID. (org.). *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir*. Bologna: Filodiritto, 2013, p. 19 s.)

<sup>8</sup> V. SACCO, Rodolfo. *Antropologia giuridica*. Bologna: Mulino, 2007, p. 43-45: “[...] la variazione produce la diversità. Al di sopra del motore che muta il reale, nessuna forza, nessuna volontà superiore ha predisposto una corsia unica che il fenomeno in movimento dovrà percorrere. La variazione si inoltra in direzioni molteplici e largamente imprevedibili. Questa possibilità di seguire più di un sentiero è la chiave della ricchezza e della qualità del mondo reale. Noi dovremmo sentire l’ambizione di conoscere ciò che è reale non solo redigendo l’inventario dell’esistente, ma definendo in più che cosa avrebbe potuto esistere, cosa potrebbe esistere e cosa potrebbe venire in essere”.

<sup>9</sup> Considere-se, por exemplo, o direito consuetudinário e tradicional (“Faça como sempre fizeram os pais”), o direito convencional (“Comporte-se de acordo com os pactos”), o direito divino (“Obedeça a Deus”), o direito produzido pela política (“Respeite a vontade do chefe político”).

(Cap. VI, Seção I, item 8); superando a oposição asfixiante entre Estado federal e regional e explorando a riqueza do “léxico da descentralização política e administrativa” (Cap. VII); rejeitando, em tema de formas de governo, o tendencial desinteresse da doutrina constitucional-comparativa diante de experiências não reconduzíveis à classe das democracias liberais e dedicando uma atenção incomum à variedade das “formas de governo nos ordenamentos sem separação dos poderes” (Cap. VIII, item 3); enfrentando a pluralidade de soluções por meio das quais “se faz justiça” nas tradições jurídicas não ocidentais (Cap. IX, Seção V, dedicada ao Poder Judiciário).

3. O reconhecimento e a valorização da pluralidade de experiências e de perspectivas é constatável também sob o ponto de vista metodológico, em relação a pelo menos três aspetos definidores.

Um primeiro aspeto diz respeito ao “método comparativo” como objeto de estudo e de análise crítica (Cap. I): ao método é dedicado um espaço seguramente maior em comparação à maior parte dos manuais de direito constitucional comparado, também à luz da exigência de argumentar e de dar corpo à “escolha de campo” a que se fez referência. Explicita-se, pois, que “é necessário um esforço a mais para os comparatistas/constitucionalistas ocidentais e liberal-democratas: aceitar e aprender conceitos que são alheios à sua cultura, como ‘*amae*’ (harmonia) no direito japonês; ‘*hexie*’ (de novo, harmonia) no direito chinês; ‘*dharmā*’ (aproximadamente: dever) no direito hindu; *ubuntu* ou ‘*fanahy maha-olona*’ (princípio de existência) no direito africano; ‘*sumak kawsay*’ (“*buen vivir*”) no idioma quíchua; etc., que não só condicionam pré-juridicamente, mas estruturam o modo de compreender aquilo que entre nós é denominado de ‘direito’. Isso, porém, sem renunciar ao método jurídico como concebido na nossa cultura jurídica, sob pena de se aprofundar em ciências consideradas autônomas e distintas, como a sociologia ou a antropologia” (p. 2).

A “função subversiva”<sup>10</sup> atribuída ao direito comparado, por esse caminho, refilete-se na “natureza ‘transfronteiriça’, também além do direito ocidental”, da comparação (p. 24)<sup>11</sup> e implica a adoção de uma abordagem cultural, contextual e realista, que

---

<sup>10</sup> MUIR-WATT, Horatia, La fonction subversive du droit comparé. In: *Revue internationale de droit comparé*, n. 3, 2000, p. 503 s.

<sup>11</sup> Sobre esse aspecto, veja-se também TONIATTI, Roberto, Per una concezione aperta, plurale ed eterodossa del metodo comparato nel diritto costituzionale. In: *DPCE online*, v. 42, n. 1, 2020, p. 836: “In questa fase, la sovversione dovrebbe produrre l’uscita dal preteso universalismo delle categorie pubblicistiche che dissimulano in realtà la loro origine euro-atlantica, la comprensione

certamente não pode se limitar à análise do direito positivo (o “*deep level comparative law*” de Mark Van Hoecke<sup>12</sup>). O relativismo que dá substância a essas escolhas de método, se, por um lado, não é em conflito com a opção axiológica em favor da necessária tutela da dignidade da pessoa e dos direitos humanos, por outro também não reduz o rigor científico dos instrumentos metodológicos utilizados, de modo a evitar o risco de uma comparação que cumpra uma “função extrinsecamente ética” (em um espírito da “exportação de valores, como superestruturas culturais para impor novas ordens globais insensíveis a cada história, a cada cultura, a cada sociedade, a cada civilização”) em vez de “um papel científico, ético intrinsecamente”<sup>13</sup>.

Um segundo aspeto é relativo à configuração metodológica do próprio manual, que privilegia o recurso a classificações dúcteis, construídas com base em uma pluralidade de elementos pertinentes, e a avaliação do pertencimento de cada uma das experiências constitucionais às diversas classes nos termos de uma “prevalência”<sup>14</sup>, como se pode verificar em tema de formas de Estado (Cap. II, Seção II, item 1), fontes do direito (Cap. V, Seção II, item 1), direitos e liberdades (Cap. VI, Seção I, item 1.2), organização territorial (Cap. VII, item 11), formas de governo (Cap. VIII, item 14), controle de constitucionalidade (Cap. X, item 14). O confronto

---

oltre che la conoscenza della pluralità dei contesti culturali pre-giuridici che, al di là dei testi, condizionano le costituzioni extra-europee, la considerazione della moltitudine di visioni del mondo delle popolazioni indigene nelle quali già l’enucleazione di un diritto ctonio dal patrimonio valoriale olistico e spirituale rappresenta probabilmente un’operazione artificiale. D’altronde, la comprensione delle dinamiche del pluralismo giuridico in senso forte e in senso debole costituisce un passaggio obbligato per ogni analisi seria del fenomeno giuridico e costituzionale nel mondo anche al fine di una valutazione del monismo giuridico (e delle sue eccezioni) della tradizione giuridico-costituzionale euro-atlantica”.

<sup>12</sup> VAN HOECKE, Mark. *Deep Level Comparative Law*, EUI Working Paper LAW No. 2002/13, Badia Fiesolana, San Domenico, p. 27, para o qual “[...] comparative law research may only be carried out meaningfully if it also includes the deeper level of underlying theories and conceptions. These theories and conceptions have the advantage of not being as such determined by positive law, although the legal system in which the lawyer works will influence the way in which they will be worked out in legal doctrine. This makes this level the most appropriate basis for comparing legal systems, without being biased by one’s own legal structures, rules, concepts and language”.

<sup>13</sup> PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo, *Sistemi costituzionali*, op. cit., pp. 9-10.

<sup>14</sup> A alternativa entre categorias “*monotetiche*” (fundadas sobre uma lógica binária e ligadas às classificações “intensionais”, ou seja, baseadas na ideia segundo a qual diversos objetos podem ser incluídos em uma mesma classe apenas se compartilham de igual modo certo número de características) e “*politetiche*” (que agrupam objetos com o maior número de elementos em comum, mas acerca das quais nenhuma característica é suficiente ou essencial para fins da inclusão de um objeto na classe) é analisada por BALDIN, Serena, *Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*. In: *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 10, 2011, p. 8 s.



com a multiplicidade das noções e das formas do “direito” nas diversas épocas e latitudes implica, ademais, a adoção de uma abordagem interdisciplinar e o diálogo com as outras ciências sociais (considere-se, por exemplo, o exame exaustivo sobre o papel dos partidos políticos como instrumentos de “organização do povo”, no qual a análise constitucional-comparativa interage necessariamente com a ciência política).

Um terceiro aspeto qualificador da configuração metodológica do manual, perceptível na própria escolha terminológica de “sistemas constitucionais”, é a convicção de que não se podem estudar os ordenamentos constitucionais sem levar em consideração a influência da cultura jurídica subjacente<sup>15</sup>, sobretudo em contextos caracterizados por um papel relevante da tradição, da cultura e da religião em relação à política e ao direito. Produzem-se, assim, alguns pontos de contato entre o conceito de “família jurídica” e aquele de “forma de Estado”, especialmente nas pesquisas microcomparativas e quando se deva “considerar a propensão a receber as categorias liberal-democráticas por parte de ordenamentos cuja ideologia ou cultura lhes são estranhas” (p. 82)<sup>16</sup>. A abordagem sistemática e integrada que leva a aprofundar os fenômenos de circulação e de eventual dissociação entre formantes – em particular, entre o formante normativo (constitucional) e o jurídico-cultural que constitui o substrato daquele – é evidentemente instrumental à valorização das convergências entre direito privado comparado e direito constitucional comparado, de modo a avançar na edificação daquele “direito comparado geral” cuja identidade disciplinar e metodológica distingue definitivamente os comparatistas (publicistas e privatistas) dos juristas “domésticos”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Sobre o conceito de “cultura jurídica”, não isento de armadilhas, veja-se COTTERELL, Roger. Comparative Law and Legal Culture. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 728, que salienta a necessidade, para o jurista comparatista, de superar o estreitamento de uma concepção juspositivista do direito e de não deixar apenas aos sociólogos e antropólogos o estudo do nexo entre sociedade, cultura e direito. Sobre a orientação do *law in context*, veja-se TWINING, William. *Law in Context: Enlarging a Discipline*. Oxford: Clarendon, 1997.

<sup>16</sup> Para um estudo das experiências constitucionais extraocidentais que considera a influência decisiva das estruturas sociais e das culturas jurídicas pré-coloniais, veja-se, por exemplo, AMIRANTE, Domenico. *Lo Stato multicultural. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*. Bologna: Bononia University Press, 2014 e NICOLINI, Matteo. *L'altra Law of the Land. La famiglia giuridica “mista” dell’Africa australe*. Bologna: Bononia University Press, 2016.

<sup>17</sup> Sobre o tradicional “parasitismo metodológico”, por parte dos constitucional-comparatistas, em relação aos colegas privatistas, veja-se a contribuição de Lucio Pegoraro ao número temático do Anuário dedicado ao tema “*Diritto comparato e sistemologia: le nuove sfide?*”, PEGORARO, Lucio. *Le categorie civilistiche e il parasitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto*

4. Como já se buscou ressaltar, o manual *Sistemas constitucionais comparados* orienta-se segundo uma concepção articulada e ao mesmo tempo clara do papel do direito (constitucional) comparado como instrumento de análise no campo da pesquisa jurídica.

A respeito dessa concepção, pretende-se aqui evidenciar alguns aspetos.

O primeiro é relativo à já mencionada polissemia das noções fundamentais de que trata a doutrina constitucional-comparativa – a partir do conceito de “direito”, passando por aquelas de “democracia”, “constituição”, “direitos”, “descentralização territorial”, “justiça”, “representação”, etc. Essa complexidade de formas e significados leva o comparatista, e o próprio comparatista publicista, a considerar relevantes os fenômenos jurídicos também “além do Estado”, na tentativa de decodificar a variação das estruturas, das funções, dos discursos, que o “direito” assume não apenas no espaço, mas também ao longo do tempo.

Faz-se, então, necessário aprofundar o conhecimento daquelas experiências jurídicas nas quais a produção do direito – assim como a organização do espaço público – não são, em princípio, ligadas ao Estado, ainda que depois os desenvolvimentos históricos tenham levado ao encontro e à interação entre essas teorizações e estruturas institucionais “autóctones” e a ideia e as instituições do “Estado-nação” de matriz ocidental, com resultados originais ainda hoje marcados por uma elevada fluidez<sup>18</sup>. O manual de Lucio Pegoraro e de Angelo Rinella, como se viu, tem a ambição de fornecer algumas chaves de leitura dessa complexa interação, não se limitando ao estudo das experiências constitucionais não ocidentais sob a perspectiva estreita da “dimensão estatal”, como ao contrário acontece com outros manuais que, de maneira louvável, alargam a visão para além do Ocidente.

---

comparato. In: *Annuario di Diritto comparato e Studi legislativi*, 2013, p. 305 s. A “aproximação cultural” diferente do comparatista (publicista) em relação ao constitucionalista è explicado no manual nestes termos (p. 15): “o constitucionalista e, em geral, o juspublicista ‘doméstico’ movem-se em um quadro dado, que é interpretado com operações conceituais exclusivamente internas (em suma, o seu trabalho é *top-down*, não diversamente daquele desenvolvido por juízes e advogados), ao contrário do comparatista, que, partindo de uma análise empírica, constrói categorias conceituais que lhe permitem classificar e identificar analogias e diferenças (o seu trabalho é, então, *bottom-up*), às quais são subsumidos, se oportuno, os casos concretos”.

<sup>18</sup> Considere-se, com referência à área árabe-islâmica, a distinção fundamental entre “direito islâmico” e “direito dos países islâmicos”, que o juscomparatista deve saber dominar reconstruindo a complexa dialética entre *šarī‘a* e *qānūn* e compreendendo as dinâmicas multiformes que dirigem o papel da *šarī‘a* como “preceito metaconstitucional” em muitos ordenamentos constitucionais dos países islâmicos contemporâneos. Sobre esses aspetos, v. OLIVIERO, Maurizio. Il ruolo della comparazione giuridica negli studi sul diritto islamico e sul diritto dei Paesi islamici. In: *Diritto pubblico comparato ed europeo*, número especial, 2019, p. 515 s.

O papel da comparação no estudo do fenômeno jurídico “além do Estado”, de resto, diz respeito ao próprio direito ocidental, no que tange às pressões centrífugas e aos movimentos telúricos que, a essa altura, há muito tempo erodem a dimensão constitucional do Estado-nação, incidindo sobre a soberania estatal tanto “do alto” (com a internacionalização do direito constitucional, a constitucionalização da União Europeia e do direito internacional, as consequências do direito transnacional e global a nível constitucional) quanto “de baixo” (com a emergência de um tecido normativo complexo, estratificado, híbrido, composto de normas jurídicas de várias proveniências e práticas sociais)<sup>19</sup>. É evidente que, nesse cenário, o jurista é convidado a rearticular as categorias com as quais compreender e operar na realidade jurídica, em busca de “uma moldura analítica para o direito nessa inédita passagem transnacional de novos atores, normas e processos” e em vista de “uma melhor compreensão empírica que remete a uma dimensão do direito que liga estritamente o velho e o novo, o nacional, o transnacional e o global”<sup>20</sup>.

O segundo aspecto refere-se à relevância, no âmbito dos estudos comparativos, do nexos religião/direito como elemento crucial de compreensão da formação e do desenvolvimento dos diversos sistemas jurídicos e constitucionais. O manual que se comenta dedica uma incomum atenção a esse nexos, em perspectiva sistémica e no âmbito do mais amplo discurso sobre a influência do “formante”<sup>21</sup> cultural sobre os “formantes” dinâmicos, contribuindo para colmatar um vazio deixado pelos comparatistas no que tange às classificações tanto das famílias jurídicas quanto das formas de Estado. Se, com relação àquelas, as propostas classificatórias mais antigas “concentravam-se em grande parte sobre o contraste entre a ‘família’ anglo-americana dos sistemas de *common law* e a ‘família’ dos sistemas de *civil law* da Europa continental, e aparentemente se supunha que as crenças religiosas incorporadas em ambos os tipos de sistemas jurídicos fossem fundamentalmente as mesmas, vale dizer, aquelas cristãs”<sup>22</sup>, em tema de formas de Estado, observou-se

---

<sup>19</sup> ZUMBANSEN, Peer. Carving out Typologies and Accounting for Difference across Systems: Towards a Methodology of Transnational Constitutionalism. In ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés (orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 96.

<sup>20</sup> ZUMBANSEN, Peer. Lochner sradicato: le inquietudini del diritto nel contesto globale. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*, n. 3, 2016, p. 326.

<sup>21</sup> Termo com o qual Rodolfo Sacco define os elementos constitutivos do direito, que pode ser traduzido, literalmente, como “formador”.

<sup>22</sup> BERMAN, Harold B. Comparative Law and Religion. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 739-751, que observa como aqueles autores que quiseram valorizar as famílias jurídicas

recentemente, não sem lamento, que “não se encontra quase nunca quem dê uma relevância autônoma à dicotomia laico-confessional, quase como um nicho de pertinência exclusiva do direito eclesiástico”<sup>23</sup>. Embora há muito tempo tenha emergido uma sensibilidade renovada a respeito do nexos religião/direito, especialmente sob a ótica dos estudos de *law and society*<sup>24</sup>, são ainda largamente inexploradas as múltiplas linhas de pesquisa que esse nexos é capaz de iniciar, seja em perspectiva intra-sistêmica (isto é, interessando-se nas dinâmicas de interação entre normas religiosas e normas jurídicas estatais no interior de um dado ordenamento), seja em uma ótica inter-sistêmica (por exemplo, fazendo emergir as diferentes soluções elaboradas acerca do impacto efetivo<sup>25</sup> da religião nos diversos sistemas constitucionais). A contribuição do direito (constitucional) comparado aos estudos de *law and religion*, além disso, exigiria reflexões mais profundas sobre as peculiaridades os pontos de convergência disciplinares e metodológicos em relação ao direito comparado das religiões<sup>26</sup>.

O terceiro e último aspecto é ligado ao papel do direito comparado como instrumento de compreensão e de gestão das exigências de acomodação das diferenças culturais e religiosas nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais de imigração. Diante de tantos desafios impostos pela mobilidade transnacional e pela “super-diversidade”<sup>27</sup> das nossas sociedades globalizadas, de fato, a “política, à pressa, frequentemente resolve o conflito construindo muros e fechando os portos [...]”,

---

não ocidentais frequentemente sublinharam, ao contrário, o nexos entre religião (e “cultura”, mais em geral) e sistema jurídico, frequentemente, contudo, com uma abordagem simplificadora e orientalista: a ideia dominante, em outras palavras, é que a religião e a cultura produzam um impacto decisivo nos sistemas jurídicos não ocidentais, enquanto na tradição jurídica ocidental tendencialmente se desconhece a influência da religião na construção das categorias jurídicas.

<sup>23</sup> DI GIOVINE, Alfonso. Stato liberale, Stato democratico e principio di laicità. In: *Diritto pubblico comparato ed europeo*, numero speciale, 2019, p. 218.

<sup>24</sup> Veja-se, recentemente, SIEMS, Mathias. *Comparative law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 153 ss.

<sup>25</sup> A referência à efetividade deve ser compreendida no sentido da rejeição a uma abordagem formalista da análise jurídica, isto que, que se concentre exclusivamente, ou, de qualquer modo, de maneira privilegiada, sobre o dado jurídico-positivo (considere-se a adoção, em muitas ex-colônias, de códigos inspirados nos modelos seculares das pátrias-mãe europeias), sem considerar adequadamente a incidência *de facto*, também na ausência de um reconhecimento formal por parte do direito estatal, das fontes jurídicas de matriz religiosa e tradicional.

<sup>26</sup> Sobre esses aspectos, veja-se o interessante debate realizado por GRAZIADEI, Michele; RICCA, Mario; FERRARI, Silvio. Dove va il diritto comparato delle religioni? Spunti di riflessione e discussione. In *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, volume especial, dezembro de 2017.

<sup>27</sup> VERTOVEC, Steven. Super-diversity and its implications. In: *Ethnic and Racial Studies*, v. 30, n. 6, 2007, p. 1024-1054.

enquanto a “ciência jurídica, de sua parte, frequentemente se isola, propondo a única receita que parece capaz de articular: o respeito à dignidade e aos direitos humanos”<sup>28</sup>, fórmulas inconclusivas e incapazes de enfrentar impulsos paternalistas e intenções imperialistas. Na medida em que a diversa identidade cultural e religiosa pode se apresentar também como pertencimento a um sistema jurídico autônomo (a referência privilegiada, ainda que não exclusiva, é à “produção normativa” do Islã europeu<sup>29</sup>), os ordenamentos jurídicos e constitucionais ocidentais deparam-se com a necessidade de lidar com um pluralismo jurídico de caráter “múltiplo”: com efeito, não só se determina uma situação de coexistência “de fato” entre o direito oficial do Estado e as normas jurídicas, de matriz cultural ou religiosa, observadas por uma parte da população, como também os dois sistemas (estatal e cultural-religioso) apresentam-se como intrinsecamente complexos na medida em que interessados por fenômenos de interação recíproca e hibridização. Essas dinâmicas de interação entre os múltiplos grupos sociais, culturais e religiosos no interior dos sistemas constitucionais ocidentais é capaz de “regenerar” o potencial do direito comparado, chamado a desenvolver uma função fundamental de mediação dos conflitos culturais e jurídicos conexos à mobilidade transnacional, de modo a iluminar “the Other at Home”<sup>30</sup>. O volume de Pegoraro e Rinella aceita esse “desafio da complexidade” do objeto e das funções do direito comparado, mesmo tendo em conta a exigência de simplificação dos conteúdos por motivos didáticos. Em relação ao desafio de predispor um manual que seja um sólido e, ao mesmo tempo, eficaz instrumento de estudo à luz desses objetivos ambiciosos e das limitações objetivas ligadas, por exemplo, à duração semestral (frequentemente, na realidade, trimestral) de grande parte das disciplinas universitárias, *Sistemas constitucionais comparados* rejeita, entretanto, a opção pela “parcialidade” que, ao contrário, mesmo legitimamente, orientou a elaboração de outros manuais em âmbito constitucional-comparativo<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> PEGORARO, Lucio. Il diritto pubblico comparato in cerca di una identità. In: *DPCE-online*, n. 1, 2020, p. 815. Disponível em: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/924/897>.

<sup>29</sup> Sobre a interação entre direito ocidental e normas jurídicas de matriz *sharaitica* observadas pelas comunidades muçulmanas europeias, v. RINELLA, Angelo. La Shari’a in Europa: questioni di diritto comparato. In: *Diritto pubblico comparato ed europeo*, número especial, 2019, p. 633 s.

<sup>30</sup> DEMLEITNER, Nora V. Combating Legal Ethnocentrism: Comparative Law Sets Boundaries. In: *Arizona State Law Journal*, v. 31, 1999, pp. 745 e 748.

<sup>31</sup> A respeito da fundamental questão sobre “o que” um curso de direito constitucional comparado deve ambicionar transmitir aos estudantes universitários de um país ocidental no Século XXI, a posição dos dois autores é clara: o imperativo da “internacionalização” exige dos docentes o esforço de introduzir os estudantes ao conhecimento da pluralidade das culturas jurídicas, não sendo mais suficiente limitar-se ao estudo de poucos modelos constitucionais “líderes” no Ocidente e das diferenças entre *common law* e *civil law*.



As preocupações dos autores, a esse propósito, orientam-se à formação dos futuros operadores do direito em tempos de globalização e de interconexão entre realidades – sociais, culturais, religiosas, jurídicas – também muito distantes entre elas geograficamente: a necessidade de “conhecer o mundo”, no plano das oportunidades profissionais, não tem de ser associada exclusivamente ao desempenho de atividades profissionais hiperespecializadas, talvez no exterior, em países muito longes do próprio; as próprias profissões jurídicas tradicionais, eventualmente exercitadas na cidade em que se nasceu e cresceu, cada vez mais exigem a posse de conhecimentos e competências “novas”, a fim de fornecer uma “boa assistência” a clientes estrangeiros ou não, frequentemente pertencentes a minorias culturais e religiosas e portadores de uma cultura jurídica diferente, interpretando seus “esquemas conceituais [...], seu horizonte de finalidades, as plataformas de sentido enraizadas nos seus hábitos culturais, nas suas “ortopraxias” religiosas”<sup>32</sup>.

Um direito comparado orientado desse modo ao conhecimento e à valorização da complexidade e da pluralidade interna dos sistemas jurídicos não se presta apenas a tornar-se vetor de “convergência” – que equivale mais à “busca de um núcleo intercultural compartilhado”<sup>33</sup> do que à persecução da “uniformidade” –, mas adquire uma imprescindível função crítica diante do próprio direito “doméstico”, assinalando os fetiches dramaticamente vazios de sentido, desvelando sobrevivências e resistências jurídicas de um passado aparentemente desaparecido, levando à emersão possibilidades ainda largamente implícitas.

---

<sup>32</sup> RICCA, Mario. Diritto interculturale e prospettive di sviluppo per le professioni legali. Nuove opportunità per la formazione dei giuristi e la consulenza legale. In: *CALUMET – intercultural law and humanities review*, n. 1, 2015, p. 3.

<sup>33</sup> PEGORARO, Lucio. *Blows Against the Empire*. Contro la iper-Costituzione coloniale dei diritti fondamentali, per la ricerca di un nucleo interculturale condiviso. In: *Annuario di Diritto comparato e Studi legislativi*, 2020, pp. 447-484. Giorgio Resta, retomando uma sugestão de Franco Moretti (MORETTI, Franco. Conjectures on Wolrd Literautre. In: *New Left Review*, n. 1, 2000, p. 54 ss., pp. 66-68), observou como, nas disciplinas comparativas, tendem atualmente a prevalecer o paradigma da “onda” sobre aquele da “árvore”, este último associável ao “comparativismo” do Século XIX impregnado de uma “lógica insular da alteridade”: a onda, em contrapartida, remete a uma “convergência por sobreposição” inspirada a uma “ideia diversa de espacialidade, que não é definida por confins rígidos, mas porosos, e uma ênfase particular sobre todas aquelas formas de hibridização e mistura que derivam – também de maneira antagônica – do contato com o outro” (RESTA, Giorgio. L'albero e l'onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline. In: RESTA, Giorgio; SOMMA, Alessandro; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (org.). *Comparare. Una riflessione tra le discipline*. Milano-Udine: Mimesis, 2020, pp. 18-19).