

O DIREITO COMPARADO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA *GLOBAL*

Ricardo Sousa da Cunha
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.16>

1. Introdução

Há tantos anos quantos os que celebra o curso de Direito da Escola de Direito da Universidade do Minho, ensinava-se na Introdução ao Estudo do Direito a lição de Baptista Machado¹ como “a nova disciplina de *Direito Comparado* seria o principal instrumento para a elaboração dessa *teoria geral* [do Direito]” [NR: Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1990, página 359.]. Já não é “nova” a disciplina de Direito Comparado, mas a sua relevância contemporânea é cada vez mais central numa realidade jurídica cada vez mais plural, aberta e integrada.

As diferentes formas do diálogo jurídico acontecem cada vez mais a uma escala global em que se relacionam diferentes sistemas jurídicos, tendencialmente “*self-contained*”, mesmo que apenas no caso de um falhanço subsistemático catastrófico². Em condições mais quotidianas, no entanto, são regularmente identificados problemas comuns entre estes sistemas

¹ Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 359.

² RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Cosmopolita*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 280 e ss.

jurídicos com ambição soberana que implicam também um diálogo jurídico cosmopolita na procura das melhores soluções possíveis. Este último é, aliás, o propósito histórico dos estudos de Direito Comparado³ e ainda atualmente se garante a sua centralidade metodológica a propósito das diferentes modalidades de “*transplantes jurídicos*”⁴.

Os estudos de metodologia jurídica têm revalorizado o papel do Direito Comparado entre o instrumentário metodológico jurídico contemporâneo⁵ construindo a possibilidade de um *argumento jurídico comparado*⁶ para a integração da alteridade *numa* determinada argumentação jurídica, outra vez, com ambição “*self-contained*”. O presente texto pretende, precisamente, explorar as possibilidades metodológicas abertas pela integração dos contributos do Direito Comparado na argumentação jurídica contemporânea, cada vez mais, aberta, plural e global.

A crescente centralidade da integração dos argumentos jurídicos comparados entre os contributos da metodologia jurídica não esquece, no entanto, a importância do rigor da técnica comparatística, ainda, em larga medida, referido ao contributo do *funcionalismo*. As virtudes e limitações do funcionalismo metodológico encontram-se, por esta altura, largamente exploradas, mas são ainda um muito relevante instrumento metodológica na identificação do que existe em comum entre soluções jurídicas muitas vezes muito diferentes como exige um diálogo jurídico global cada vez mais integrado, mas também aberto e, por vezes, mesmo contraditório.

³ PATRÍCIA JERÓNIMO, *Lições de Direito Comparado*, Elsa-UMinho, Braga, 2015, p. 11.

⁴ RICARDO SOUSA DA CUNHA, “O Argumento Jurídico Comparado para o Direito Plural” in RICARDO SOUSA DA CUNHA (Org), *Direito Comparado Plural*, JusGov /UMinho, Braga, 2021, pp. 1 e ss.

⁵ ANTÓNIO CORTÊS, “Para uma Metodologia Jurídica Integral” in *Direito e Justiça – Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, volume especial de 2013, pp. 39 e ss.

⁶ THOMAS COENDET, *Rechtsvergleichende Argumentation*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 29 e ss e THOMAS COENDET, “Legal Reasoning: Arguments from Comparison”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 102, 2016/4, p. 493.

2. Do pluralismo jurídico e do Direito Comparado

A ideia historicamente referida ao *pluralismo jurídico*, na verdade, sempre foi mais regra do que exceção⁷ - mesmo contra os esforços do Estado centralizador que procurou, em especial a partir do século XIX, reduzir toda a normatividade vigente ao Direito Estadual sob a Constituição, num esforço politicamente comprometido com o ideário da Revolução Francesa⁸. O paradigma normativista estadual encontra-se, por isso, atualmente mais ainda desafiado pelas diferentes faces do pluralismo jurídico perante uma realidade socioeconómica crescentemente integrada à escala global e local para a qual emerge uma regulação normativa cada vez mais complexa⁹. A crescente globalização tem colocado qualquer interação humana à escala planetária e, por essa via, tem imposto também a relação, interação e comparação de várias ordens jurídicas. Além destes, outros desafios normativos plurais colocam-se em sociedades onde subsistem estruturas normativas tradicionais, com correspondentes mecanismos de garantia, de raiz tradicional, consuetudinária e ancestral¹⁰. Por isso, os juristas se confrontam com uma realidade jurídica cada vez mais aberta, interativa e integrada, ao nível global e também local (*Glo-cal*), numa tensão permanentemente evidente entre *unidade* e *pluralidade*¹¹.

⁷ A propósito dos estudos de pluralismo jurídico, Brian Z Tamahana refere-se ao pluralismo jurídico desde o período medieval, passando pelo exemplo particular do período colonial, até ao resultado no final do século XX in BRIAN Z TAMANAHA, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, Vol. 30, 2008, pp. 375 e ss., maxime 377 e ss.

⁸ JOANA AGUIAR E SILVA, *Para uma teoria hermenéutica da justiça – Repercussões Jusliterárias no Eixo problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 304.

⁹ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA ensinava como “*Numa Constituição como a portuguesa, que – nomeadamente pelo reconhecimento da eficácia interna do direito comunitário – incorpora o pluralismo jurídico como um princípio jurídico construtivo fundamental, esta unidade não reduz todas as fontes à Constituição, nem mesmo todo o direito ao direito do Estado*” in ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo – Perplexidades dos nossos dias” em ANTÓNIO CARLOS WOLKMER ET AL., *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 139 a 172.

¹⁰ A propósito de ordenamento jurídico plural comparável, BOAVENTURA SOUSA SANTOS refere-se a este fenómeno de hibridização jurídica no Estado heterogéneo como “*a porosidade das fronteiras de diferentes ordens jurídicas e culturas (...) e a profunda fertilização e contaminação cruzada.*” in BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique”, *Law & Society Review*, Volume 40, número 1 (2006), p. 39 e ss.

¹¹ Sobre a referência do objeto do Direito Comparado à sua “pluralidade” vide DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Almedina, 2014, p. 18.

A crescente integração jurídica à escala global tem apontado características constitucionais ou proto-constitucionais próprias¹², em especial com referência à assinalada verticalização axiológico-normativa em matéria de Direitos Humanos que justifica o “*creeping monism*”¹³ a partir da “afirmação pós-ontológica do Direito Internacional”¹⁴. No entanto, são precisamente as limitações deliberativas deste (emergente) espaço jurídico global têm dificultado a incondicional adesão a este projeto “neo-kantiano” de uma República Universal, cada vez mais, fundamentando diferentes posições soberanistas concorrentes que são, naturalmente, a pior solução para o que é uma *relação* entre diferentes sistemas jurídicos, uma vez que não permite nunca uma solução para uma argumentação perpetuamente circular¹⁵.

Sendo certo que o *pluralismo jurídico* é mais do que apenas o objeto do Direito Comparado, não parece haver necessidade de distinguir o *objeto* do Direito Comparado daquele a que se dedica a *disciplina jurídica* do *pluralismo jurídico*. Apesar de algumas resistências que esta opção possa revelar na defesa da autonomia dogmática do Direito, isolando-o de uma potencial contaminação “culturalista”, não se vislumbram razões para não admitir uma mesma referência ao objeto do estudo, sem prejuízo de se distinguir metodológica e finalisticamente cada uma das propostas epistemológicas dos estudos de *Pluralismo Jurídico* e de *Direito Comparado*. As pistas prosseguidas pelos estudos de *pluralismo jurídico*, como proposta epistemológica, parecem mais preocupadas com a solução de eventuais conflitos normativos *intrassistemáticos* causados pela pluralidade de normas vigentes num mesmo território e para uma mesma população do que, especificamente, com a sua comparação. Tradicionalmente, os estudos de Direito Comparado têm adotado uma perspectiva *intersistemática* sobre o pluralismo jurídico dirigida à comparação das soluções jurídicas em vigor em diferentes territórios e populações.

¹² Materialmente o conceito de *ius cogens* e os sistemas multilaterais e regionais de proteção de direitos humanos lhe garantem e organicamente referida à (quase) universal filiação na ONU. Por vários Autores, *vide* JÜRGEN HABERMAS, *Der Gespaltene Westen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, p. 121.

¹³ MELISSA A. WATERS, “Creeping Monism: The Judicial Trend Toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties”, *Columbia Law Review*, Abril, 2007, pp. 628 e ss.

¹⁴ THOMAS FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, OUP, Oxford, 1998, p. 6.

¹⁵ RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Cosmopolita*, *op. cit.*, pp. 199 e ss.

Desta perspectiva jurídico-comparada, naturalmente, será mais difícil traçar estas *semelhanças* entre sistemas jurídicos com *diferentes* ideias de justiça (adjudicativa no caso dos sistemas judiciais ocidentais, restaurativa da paz social no caso dos sistemas jurídicos consuetudinários, por exemplo), de âmbitos de aplicação (territorial nos sistemas jurídicos ocidentais, pessoal nos sistemas jurídicos islâmico, por exemplo) ou até de coercibilidade externa (sem sanção física no caso do sistema jurídico Hindu). No entanto, na delimitação do objeto sobre o qual podem incidir os estudos de Direito Comparado não se pode limitar os sistemas jurídicos comparáveis aos sistemas jurídicos mais sedimentados segundo um cânone jurídico ocidental. Aliás, os já referidos estudos de *pluralismo jurídico* têm, precisamente, desvalorizado a relevância de uma definição essencialista do seu próprio objeto, em termos que não podem deixar de ser significativos para os estudos de Direito Comparado. BRIAN Z TAMANAHA afastou-se mais recentemente da necessidade metodológica de procura de uma definição de “ordenamento jurídico”, “sistema normativo” ou de “Direito”¹⁶, acompanhando a evolução para uma posição *anti-essencialista* de GRIFFITHS¹⁷ da definição de *pluralismo jurídico* ou *normativo* na esteira de BOAVENTURA SOUSA SANTOS que há algum tempo questionava “*why not?*”¹⁸. Para este efeito, relevante para a delimitação do objeto dos estudos de pluralismo jurídico (que se acompanha para o Direito Comparado) é aquilo que os atores de determinado sistema normativo entenderem como Direito, solução a partir da qual TAMANAHA alicerça os estudos de pluralismo jurídico em “seis sistemas de organização normativa social: sistemas legais oficiais, sistemas normativos costumeiros/culturais; sistemas normativos religiosos/

¹⁶ “Law is a ‘folk concept’, that is, law is what people within social groups have come to see and label as ‘law’. It could not be formulated in terms of a single scientific category because over time and in different places people have seen law in different terms. State law is currently the paradigm example of law, but at various times and places, including today, people have considered as law: international law; customary law; versions of religious law; the *lex mercatoria*; the *ius commune*; natural law and more. (...) These various manifestations of law do not all share the same basic characteristics — beyond the claim to represent legitimate normative authority — which means they cannot be reduced to a single set of elements for social scientific purposes.” in BRIAN Z TAMANAHA, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, Vol 30, 2008, p. 396.

¹⁷ BRIAN Z TAMANAHA, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *op. cit.*, p. 396.

¹⁸ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense: Law, Science, and Politics in Paradigmatic Transition*, Nova Iorque: Routledge, 1995, p. 115.

culturais; sistemas normativos económicos/capitalistas; sistemas normativos funcionais e sistemas normativos comunitários/culturais”¹⁹.

3. A relação (argumentativa) com a alteridade

A construção do plural do Direito contemporâneo parte da ideia de *diferença* que, desde a identificação na Modernidade da soberania com sistemas jurídicos, se encontra como o fundamento “ontológico” do Direito Internacional, do Direito Constitucional e também do Direito Comparado²⁰. CARL SCHMITT construiu a identidade politicamente significativa na relação com a *diferença* que converte a relação com o “Outro” no fundamento de qualquer relação política – é a sua “*categoria política específica*”, segundo o poema de DAÜBLER “*Der Fein dist unsre eigne Frage als gestalt*”²¹. Qualquer comunidade política organizada sob condições moldada por uma identidade comum privilegia a homogeneidade deliberativa em detrimento da relação com a *diferença* e não tem razões para se preocupar com a inclusão dos seus membros. As relações com os *outros* foram, durante muito tempo, uma questão de relações interestaduais, sem prejuízo para as “*lutas de reconhecimento*” (*Kampf um Anerkennung*)²² de integração das minorias nos processos deliberativos das contemporâneas comunidades plurais e abertas, mas ainda, em larga medida, na disponibilidade da regra da maioria. É um novo processo de “representação” comunitária que distingue a *singularidade da diferença* na identidade coletiva e que recusa a ignorância da *diferença* evitando que esta se converta em “invisibilidade social”²³.

¹⁹ BRIAN Z TAMANAHA, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *op. cit.*, p. 396.

²⁰ A expensas da ética da “responsabilidade” na relação com o outro de que falava LÉVINAS refere SÉBASTIAN JODOIN, “International Law and Alterity: The State and the Other”, LJLL, 21 (2008), pp. 1 a 28. A partir do mesmo diagnóstico traçado, as propostas de projectos “*counter-violence*”, alicerçados na abertura do Direito Internacional a outros sujeitos ou intervenientes, no quadro da escola do “pluralismo jurídico”, não parece ser (ou poder ser), como pretende o Autor, feita a expensas da centralidade do papel estadual no Direito Internacional, em especial, a propósito do direito de “intervenção humanitária”.

²¹ Numa crítica radical da democracia representativa liberal, CARL SCHMITT, 1921, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, trad., 1985, p. 4.

²² AXEL HONNETH, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994.

²³ RALPH ELLISON, *The Invisible Man*, 1952 (tradução Portuguesa Homem Invisível, Lisboa: 2006, 1ª Ed., Casa das Letras), JOSÉ LUIS ALMEIDA GONÇALVES, *Cadernos de Pedagogia Social n.º 1*, “Invisibilidade e Reconhecimento:

A partir desta construção da relação entre ordens normativas equivalentes, NOBLES disputa com TAMANAHA as virtudes da teoria dos sistemas como método do pluralismo jurídico. O potencial da teoria dos sistemas para orientar a navegação neste cosmos normativo crescentemente complexo²⁴ tem sido explorado com referência ao trabalho de GÜNTHER TEUBNER²⁵ na reinterpretação da seminal referência de NIKLAS LUHMAN. Nesta perspectiva, o *pluralismo jurídico* constata-se, pois, nas diferentes relações de “interdiscursividade externa que ameaçam precisamente o fundamento da *abertura cognitiva/clausura normativa*. É assim que o direito reflexivo garante a coexistência de diferentes subsistemas (normativos) sem deixar de os orientar procedimentalmente. Trata-se, pois, de intervir no “meta-nível da regulação de processos quanto à repartição e redefinição dos direitos de controlo e das competências de decisão”, revelando a racionalidade interna do direito reflexivo”, que opera a tradução na relação inter-discursiva entre subsistemas sociais. (revela como “*regular indirecta e abstratamente*” a auto-regulação dos subsistemas sociais por “*normas de organização, de processo e de competências*”, evidência de uma “*inscrição normativa reflexiva*”)²⁶.

Desta perspectiva, qualquer afirmação de um determinado sistema sobre o “outro” faz-se a partir de uma perspectiva interna “irritada”, pelo que um sistema normativo apenas se pode pronunciar acerca da validade “para si” das preposições normativas de outro sistema. Decisivo é, pois, nesta construção

a construção da literacia moral em Pedagogia Social”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007.

²⁴ RICHARD NOBLES E DAVID SCHIFF, “Using Systems Theory to Study Legal Pluralism: What Could Be Gained?”, *Law & Society Review*, Vol. 46, No. 2 (junho 2012), pp. 265 a 296.

²⁵ GÜNTHER TEUBNER e ANDREAS FISCHER-LESCANO, “Regime-Collision: The vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, Summer 2004, pp. 999 e ss, GÜNTHER TEUBNER, “Two faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, (1992) 13 *Cardozo Law Review*, página 1443 e seguintes e GÜNTHER TEUBNER, “Reflexives Recht”, *ARSP*, 1982, pp. 13 e ss, *máxime* p. 28, que AROSO LINHARES numa formulação pedagogicamente muito feliz revela como “*regular indirecta e abstratamente*” a auto-regulação dos subsistemas sociais por “*normas de organização, de processo e de competências*”, evidência de uma “*inscrição normativa reflexiva*” in AROSO LINHARES, *O sistema jurídico como um «fim em si mesmo»*, Sumários policopiados, página19, disponíveis in <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3466>.

²⁶ Da perspectiva do funcionamento sistemático de sistemas jurídicos plurais, não se admite que qualquer um dos sistemas normativos alicerçado em fundamentos de validade próprios se pronuncie acerca da validade do outro GÜNTHER TEUBNER “*Alter pars audiatur: Law in the Collision of Discourses*” in R. RAWLINGS (Org.), *Law, Society and Economy* (OUP, 1997) pp. 149 e ss. O princípio aqui formulado é da “dupla contingência”, de TEUBNER, na relação entre “*ego*” e “*alter*” – *Ego* ignora a reação de *Alter* a uma determinada ação, pelo que ambos se confrontam com várias alternativas de atuação (*dupla contingência*) e a variedade de alternativas de atuação (*contingência*) é perspectivada por cada um dos subsistemas como *liberdade*, mesmo que na perspectiva do observador/recetor exterior se transforme em fonte de potencial conflito. NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1984, p. 152.

revelar como não se pode deixar de partir do *princípio da equivalência*²⁷, formulado para a relação plural entre ordenamentos jurídicos²⁸, originalmente extraído das relações entre o Direito da União Europeia, o Direito dos Estados-membros e o Direito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, também para o objeto plural dos estudos de Pluralismo Jurídico como do Direito Comparado.

A partir da ideia de “*dupla contingência*”, a perspectiva *relacional* entre sistemas normativos coloca a argumentação jurídica cada vez mais integrada à escala global (*Glo-cal*) como um exercício de relação com a *diferença* em condições de *equivalência*. O conflito, aqui reciprocamente perspectivado no Direito Plural, nacional, local e supra-nacional, coloca-se entre o *princípio da constitucionalidade* e o *princípio do pluralismo jurídico* que é sempre encarado de forma diferente em diferentes ordenamentos jurídicos comparados. A solução deste conflito tem muito a beber da abertura jurídica cosmopolita que se sente na relação plural entre sistemas normativos na crescente integração normativa global, evidenciada, por exemplo, na Constituição da República Portuguesa de 1976 pela abertura ao Direito Internacional (artigo 7º e artigo 9º), ao Direito da União Europeia (artigo 7º e artigo 8º) mas também ao Direito costumeiro local.

A crescente centralidade da relação argumentativa com a *alteridade* encontrou-se, também, na “*viragem para a interpretação*” (“*turn to interpretation*”)²⁹ que animou a descoberta do “*fundamento ontológico-existencial da linguagem*”³⁰, durante grande parte do século XX, a partir da revalorização da linguagem como fundamento e limite de toda a ação humana. A possibilidade da própria comunicação é, assim, colocada numa relação com a alteridade, construída argumentativamente, alicerçada sempre numa relação com a *diferença*. O resultado é sumariado numa dicotomia

²⁷ Mesmo numa perspectiva normativista esta é a posição de DAVID DUARTE, *A norma de Legalidade procedimental administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 62 e ss. Interessante é desta perspectiva a distinção entre enunciado normativo e norma, aqui se referindo à formulação oral (não sujeita a forma jurídica) do costume *in Ibidem*, pp. 64 e ss.

²⁸ Este princípio da equivalência tem sido central, por exemplo, na relação do contemporâneo pluralismo jurídico entre ordenamento jurídico da UE, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos seus Estados-membros conforme se pode ver, entre tanta outra bibliografia, em RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita...*, *op. cit.*, pp. 261 e ss.

²⁹ DAVID KENNEDY, “The Turn to Interpretation”, 58 *South California Law Review*, 1 (1985).

³⁰ MARTIN HEIDEGGER, *Sein und Zeit* (trad. *Being and Time*, Blackwell Publishing, Oxford, 1978), §34, pp. 203 e ss.

virtuosamente enunciada por DÉRRIDA a partir da distinção, na língua francesa, *différence/différance*, pela qual o próprio texto se revela sempre um presente/ausente, no qual não se encontram o seu referente, destinatário e autor³¹.

Este passo, pelo qual se impôs sempre uma mediação linguística da realização do Direito, coloca problemas novos à hermenêutica tradicional³², e à hermenêutica jurídica, uma vez que “*compreender é sempre também aplicar*”³³ – de onde se imprime sempre uma dimensão criativa distintiva que a consagra problematicamente na relação com a hermenêutica geral. A reflexão metodológica jurídica afastou-se, assim, da problemática da definição dos fundamentos éticos da definição e validação do Direito, para os problemas da técnica aplicativa do Direito, que reafirma o espaço da discricionariedade aplicativa (em especial, judiciária³⁴) na decisão no caso concreto.

4. A reconstrução argumentativa do Direito Comparado

Os estudos de Direito Comparado procuraram também responder a estes desafios, em especial, a partir do contributo de PIERRE LEGRANDE

³¹ JACQUES DERRIDA, “Différance”, *Margins of Philosophy*, (tradução Alan Bass), Chicago, University of Chicago Press, 1982, pp. 3-27.

³² No quadro da Metodologia Jurídica, ganha uma dimensão existencial a que JOSÉ LAMEGO se refere como a “viragem ontológica da hermenêutica” JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma recepção*. Lisboa, Fragmentos, 1990, p. 84 e nota 226a.

³³ EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione...*, *op. cit.*, página 380 *apud* JOANA AGUIAR E SILVA, *Para uma teoria hermenêutica da justiça...*, *op. cit.*, página 304, segundo a qual a crítica assim formulada à “hermenêutica ontológica é a da potencial equivalência de todas as interpretações e da real dificuldade em encontrar critérios para aferir da respectiva validade e legitimidade. Ainda assim, não se recusa qualquer possibilidade de qualquer limite a um subjectivismo radical e incontrolável. Que GADAMER devolve na censura de uma irreprimível fidelidade a interpretação psicológica fundada por SCHLEIERMACHER. (...)”.

³⁴ O problema da interpretação jurídica, integrada nas preocupações da Metodologia Jurídica, coloca-o CASTANHEIRA NEVES na “irredutível indeterminação e insuficiência de quaisquer critérios positivos invocáveis”. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 214. O que é um problema especificamente jurídico, na realização do Direito, mais do que hermenêutico-linguístico. A interpretação jurídica revela-se na específica regulação de um caso concreto, pelo qual se consome a questão da hermenêutica jurídica na mais ampla definição de uma metodologia jurídica orientada à boa decisão de um caso concreto. A hermenêutica jurídica não se dirige à pura intelecção do texto da norma, mas antes à sua aplicação ao caso concreto, da qual, aliás, não se distingue. Será este o sentido do judicialismo de CASTANHEIRA NEVES, que assim recusa a autonomia da questão da interpretação jurídica “como acto metódico autónomo para uma interpretação como momento da realização do direito” revelado no “sentido prático-normativo e problemático-concreto da interpretação jurídica”. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, *op. cit.*, p. 106.

que avisou para a natureza constitutiva da *diferença* a partir do cristalino exemplo de uma “noite de estreia” que apenas o é porque há uma segunda noite de espetáculo, que assim é decisiva na definição do conceito de “noite de estreia”³⁵. A *diferença* é constitutiva da identidade e, nessa medida, é também o elemento constitutivo dos estudos jurídicos e jurídico-comparatísticos. A partir da evidência de pluralidade e diferença, LEGRANDE procura reconstruir o direito comparado num exercício hermenêutico (*démarche herméneutique*)³⁶. Neste exercício, cabe ao comparatista procurar a *similitude* e *diferença* (*the same and the different*) sempre com referência ao contexto cultural³⁷ cultivado pelo *culturalismo* e mediado linguisticamente pela comunicação e seus limites usando a técnica da *desconstrução*. São as:

“exigências hermenêuticas de um pensamento não totalizante, um pensamento que aceita o outro como interlocutor, que encontra no vocativo o seu análogo gramatical mais próximo, o que permite que o outro (e o outro-de-direito) signifique segundo ele e à sua própria obviedade, que aceita que o outro não é apenas uma modalidade do eu, que é, em última instância e com empatia, para o outro, quer ser lido como um anúncio e um somatório, como uma demanda e uma reclamação e, de qualquer forma, como o princípio de uma comparação em que o comparatista está preparado para se auto-distanciar de suas próprias suposições e orientações (que, então, não participam mais da verdade), está interessado em uma

³⁵ PIERRE LEGRANDE, “The same and the different” in PIERRE LEGRAND, RODERICK MUNDAY (Ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 254.

³⁶ PIERRE LEGRAND, “Comparer” in *Revue internationale de droit compare*, Vol. 48 N°2, abril-junho, 1996, pp. 279 a 318, maxime 292. Para mais desenvolvimentos *vide* PIERRE LEGRAND, *Le Droit Comparé*, 5.ª edition, PUF, Paris, 2015.

³⁷ Numa abordagem em três etapas, o comparatista seria obrigado a considerar as consequências de um instituto jurídico retirado do seu *contexto* para, num segundo momento, analisar criticamente sua estrutura (especialmente as distinções público / privado) e aprofundar os processos de tomada de decisões legais, considerando não apenas a dicotomia direitos e deveres, mas considerando as opções políticas do sujeito comparado, para, finalmente, reintroduzir o contexto sociocultural que foi perdido ao “legalizar” um problema. Para evitar o viés do funcionalismo, FRANKENBERG propõe que os comparatistas entendam seus estudos como “*experiência (s) de aprendizagem*” que exigem “*uma maior sensibilidade ao relacionamento entre o eu e o outro*” e “*tolerância à ambiguidade*”. Há, no entanto, um risco da sobrevalorização do contexto referido por LEGRANDE, e que é apontado à *Critical Legal Studies* que, a partir de FRANKENBERG, usou esta reconstrução do Direito (e do Direito Comparado) alicerçado na alteridade para, a partir das limitações do funcionalismo metodológico quanto à necessidade, funcionalidade e universalidade da lei, alavancar o seu projeto político de crítica ao Direito. GUNTER FRANKENBERG, “Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, *Harvard International Law Journal*, 26:2 (1985), pp. 411 a 456.

variedade de respostas à ‘realidade’ e deseja entender o significado único dessas respostas para determinadas comunidades, de modo que sua compreensão do mundo seja mais forte e que ele viva com mais conhecimento”³⁸.

O que, com LEGRANDE, se impõe nesta reconstrução metodológica do Direito Comparado é o reconhecimento do potencial de distorção da relação com a alteridade constitutiva da análise das próprias regras de comparação, uma vez que na “*escolha dos materiais pelo re-apresentador é um ato de poder, mesmo que apenas porque esses materiais sempre substituam outros materiais que são omitidos como parte da re-apresentação*”³⁹. É, por isso, decisivo o ato de seleção que move o comparatista do “*do modo descritivo para o modo prescritivo*”⁴⁰.

É este o ponto de partida para a reconstrução metodológica do Direito Comparado no quadro das ciências jurídicas. A consideração do papel do *outro* na construção identitária foi referida por LEGRANDE ao trabalho da desconstrução de DÉRRIDA e é o mesmo que permite superar qualquer limite diferenciador (*differentiated - differentiating*)⁴¹ na argumentação jurídica, neste caso entre o direito interno e o direito comparado. O Direito Comparado é assim construído como uma “categoria do direito nacional”, segundo THOMAS COENDET⁴². Se a argumentação é movimento - de uma premissa a uma conclusão - a *instrução* de qualquer argumento jurídico faz-se com informação jurídica comparada ainda, segundo a estrutura argumentativa de TOULMIN⁴³, de forma que garante a superação positivista entre facto e Direito. No entanto, decisiva é agora aqui a construção da “transsubjectividade” de WOHLRAPP pela qual o “*direito comparado enriquece o ponto de vista do direito nacional (...) e permite construir novas teorias téticas ou criticar pontos de vista epistémicos ou téticos do direito nacional*”⁴⁴.

³⁸ PIERRE LEGRANDE, “The same and the different”..., *op. cit.*, p. 250.

³⁹ *Idem*, “The same and the different”..., *op. cit.*, p. 254.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ THOMAS COENDET, *Rechtsvergleichende Argumentation*, *op. cit.*, pp. 29 e seguintes.

⁴² THOMAS COENDET, “Legal Reasoning: Arguments from Comparison”, *op. cit.*, p. 493.

⁴³ *Idem*, p. 484.

⁴⁴ *Idem*, pp. 494 e ss.

A transsubjectividade, segundo COENDET, não defende uma perspectiva estrangeira, mas a “*transformação do ponto de vista nacional numa perspectiva nacional, através do argumento comparado*”⁴⁵. Este é o momento definidor do exercício comparado, segundo COENDET, quando o argumento de direito comparado é internalizado de forma definidora, que o afasta inclusivamente de recepções comparada ou dos *legal transplants* marcando o passo de *linking* para o de *comparing*⁴⁶.

O exercício comparado é, assim, um exercício pragmático alicerçado na ambição de correta interpretação do argumento jurídico estrangeiro comparado mesmo que consciente dos próprios limites internos da argumentação integrado no que o Autor mais amplamente constrói como uma “*paragramatologia jurídica*”⁴⁷. Este é um exercício especialmente dirigido à argumentação jurídica levada a cabo pelos juízes, no pleno uso dos poderes hermenêuticos, mas que COENDET refere a diversos participantes no diálogo judicial, juízes, partes, peritos externos e mesmo *fora* internacionais, e que é cada vez mais imposta também aos poderes separados na Constituição pela doutrina e pela própria jurisprudência.

Esta *intencionalidade especificamente jurídica* dos estudos de Direito Comparado é a marca da reconstrução argumentativa do Direito Comparado a partir da mediação linguística da construção identitária alicerçada na alteridade. Se o funcionalismo tinha a sua especial intencionalidade no “*social engineering*”, importado para os estudos de Direito Comparado, a crescente relevância da integração normativa global no quadro da reconstrução argumentativa do Direito revela o papel comprometido dos argumentos de Direito Comparado internalizados, como apontou COENDET, numa das *dimensões relacionais plurais contemporâneas que impõem os estudos de Direito Comparado*.

A específica intencionalidade jurídica dos estudos comparatísticos constrói-se a partir dos tópicos revelados para a participação no processo argumentativo de realização do Direito a partir da comparação de ordens jurídicas que se revela o *Direito Comparado como uma disciplina*. Retirando a específica intencionalidade jurídica, estar-se-ia perante a Comparação de Direitos, mais

⁴⁵ *Idem*, p. 496.

⁴⁶ *Idem*, p. 505.

⁴⁷ THOMAS COENDET, *Rechtsvergleichende Argumentation*, Mohr Siebeck, Tubingen, 2012, pp. 128 a 132.

apta a integrar as preocupações das ciências sociais, como a Sociologia. As exigências do *rigor argumentativo do Direito Comparado* não são diferentes daquelas impostas à demais argumentação jurídica, constituindo-se, assim, como a sua marca jurídica distintiva dos demais estudos comparativos.

5. A comparação no *Argumento Jurídico Comparado*

O desenvolvimento de informação jurídico-comparada relevante para “alimentar” a formulação de qualquer argumento jurídico faz-se sempre num *delicado equilíbrio* entre a específica *técnica* do Direito Comparado e a finalidade jurídica dos estudos de Direito Comparado na metódica jurídico-argumentativa. Neste exercício são diversas as propostas metodológicas apresentadas, que MARK VAN HOECK refere aos objetivos formulados por qualquer estudo comparatístico de entre a “caixa de ferramentas” (“*toolbox*”) dos comparatistas⁴⁸.

Sem prejuízo para as possibilidades metodológicas abertas, na construção de um específico método comparatístico, o *funcionalismo* afirmou-se decisivamente. ZWEIGERT e KÖTZ postularam o monopólio metodológico do *funcionalismo* para o Direito Comparado⁴⁹, num contexto social, jurídico e científico muito particular para responder aos desafios do seu tempo, em especial, no contexto cientificista da época que empregava este método em diferentes ramos do saber. O método funcionalista parte da ideia da *função* desempenhada por diferentes soluções jurídicas (comparáveis) em cada sistema jurídico (comparável) para solução de problemas sociais comuns. Esta ideia encontra-se alicerçada no pressuposto do funcionalismo sociológico de que os problemas são universais e as soluções (neste caso jurídicas) são contingentes, variáveis, mas comparáveis. Não são as normas, leis ou institutos jurídicos

⁴⁸ MARK VAN HOECKE, “Methodology of comparative legal research”, *Law and Method*, 2015, pp. 1 a 35. Segundo este Autor, o método funcionalista é ainda o método dominante do Direito Comparado, fundando a sua reclamação por autonomia dogmática, através da análise de um problema social real e a solução em diferentes jurisdições - os mesmos problemas podem ter soluções semelhantes em lugares e tempos diferentes; o método analítico analisa conceitos e regras legais (por exemplo, propriedade) para identificar traços comuns ou variáveis; o método estrutural concentra-se na estrutura da lei ou dos elementos reconstruídos por meio de uma abordagem analítica; o método histórico quase sempre será uma parte necessária dos métodos usados para entender a solução legal e suas origens; o método direito-no-contexto concentra-se no contexto social atual da lei (cultura, economia, psicologia, religião).

⁴⁹ ZWEIGERT AND KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, OUP, Oxford, 1998, p. 33.

que são comparáveis, uma vez que pelo seu desenvolvimento com o decurso do tempo estas podem ter evoluído em sentidos que são verdadeiramente incomparáveis. Esta solução metodológica permite, desta forma, ultrapassar as limitações da comparação de normas, leis ou institutos jurídicos (que podem ser interessantes de uma outra perspetiva mais parcial no estudo de uma solução em particular) para comparar *soluções jurídicas* para problemas sociais no seu conjunto, o que naturalmente obriga a ponderar vários elementos nessa comparação que não apenas a norma, lei ou instituto jurídico.

O método funcionalista aplica ao Direito, pelo Direito Comparado, a ideia de *tertium comparationis* pela qual se constrói um “terceiro comparado” a partir dos dois sujeitos comparados (os *comparanda*). Este terceiro é a *qualidade comum* de dois comparados, que se pode ver ilustrado na figura de estilo da *metáfora* na literatura. Esta criação ideal ultrapassa o objeto da comparação, a norma, lei ou instituto jurídico, que podem, por si só, não ser comparáveis. Segundo o método funcionalista, partindo do *problema*, é possível comparar as diferentes *soluções jurídicas* dadas (os *comparanda*) pela identificação do elemento comum entre ambos (o *tertium comparationis*). O método funcionalista é, ainda hoje, decisivo para uma rigorosa realização de estudos de Direito Comparado pela recusa da mera comparação legislativa ou de soluções estrangeiras próximas.

A reabilitação metodológica do funcionalismo não esquece as suas limitações, especialmente, se considerado isoladamente com o monopólio metodológico sobre o Direito Comparado. Entre os limites do método funcionalista no Direito Comparado, pode começar-se por apontar como o próprio pressuposto deste método é discutível, na ideia de que todos os problemas sociais têm soluções jurídicas comparáveis. Um problema merecedor de solução jurídica para uma comunidade politicamente organizada pode não o ser para outra e a comparação pode nesse caso redundar numa exportação legislativa, como se verá a propósito dos “transplantes” jurídicos, especialmente na ajuda internacional ao desenvolvimento. Além disso, o mesmo problema pode ter soluções diferentes, mais ou menos complexas, que não são. Apesar de estas preocupações poderem ser verdadeiras, não parece que qualquer uma delas seja decisiva para recusar a aplicação do método funcionalista ao Direito Comparado, uma vez que só relevam na sua aplicação em concreto pela adequada delimitação dos *comparanda*,

podendo afetar a relevância de qualquer estudo que não cure previamente de cumprir este requisito de *comparabilidade*.

Entre os limites do método funcionalista, criticam-se, ainda, alguns traços que são fruto do contexto cientificista da época, em especial sobre a opção metodológica sobre o próprio conceito de Direito ainda essencialista que captura a “natureza das coisas”. Critica-se ao funcionalismo, em especial, na versão de ZWEIGERT, a perspetiva do Direito como “engenharia social”⁵⁰ (“*Law is social engineering*”), a partir da qual se impôs uma ambição avaliadora da “melhor lei” (*better law*), numa ambição universalizadora, construída a partir da sobrevalorização nos estudos de Direito Comparado das similitudes entre os *comparanda* - a *praesumptio similitudinis*. Entre as críticas ao método funcionalista no Direito Comparado, RALPH MICHAELS refere-se à impossibilidade de se unificar sob uma só ideia as diferentes modalidades de *funcionalismos* metodológicos⁵¹.

Para os juristas, os estudos de Direito Comparado assim perspetivados seriam insuficientemente normativistas porque demasiado factuais, para sociólogos excessivamente normativistas porque insuficientemente factuais. A proximidade do funcionalismo da metodologia das ciências sociais, em especial da sociologia, que agora perde terreno para economia e análise económica do Direito, também contribui para essas críticas. Os estudos de Direito Comparado feitos a partir desta perspetiva são criticados como *conservadores* ao justificar diferença, ao mesmo tempo que *ativistas* ao exportar soluções - em qualquer dos casos antidemocráticos. Esta crítica, feita a ZWEIGERT, ressurgiu hoje em dia nos estudos do Direito ao desenvolvimento – promovido pelos projetos do Banco Mundial, por exemplo “*Doing Business*”⁵².

Grande parte destas críticas ao uso do método funcionalista no Direito Comprado são críticas ao conceito de Direito pressuposto pelo método funcionalista no Direito Comparado e dificilmente compatibilizado com a viragem linguística da filosofia hermenêutica e a revalorização da

⁵⁰ ZWEIGERT E KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law...*, *op. cit.*, p. 45.

⁵¹ RALF MICHAELS, “The Functional Method of Comparative Law” in MATHIAS REIMANN E REINHARD ZIMMERMANN (Org.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 339 e ss, maxime 343 e ss.

⁵² RALF MICHAELS, “The Functional Method...”, *op. cit.*, p. 351, a propósito do instrumentalismo como método funcionalista do Direito Comparado.

argumentação como método do Direito, metodologicamente cada vez mais decisiva, em especial a partir do final do século XX. Já assim não é partindo do traço constitutivo da *diferença* na identidade, referido por LEGRANDE aos estudos de Direito Comparado, que conduz à proposta de reconstrução do Direito Comparado no quadro da argumentação jurídica, evidência da específica intencionalidade jurídica dos estudos de Direito Comparado, proposta por THOMAS COENDET a partir da desconstrução da divisão positivista que trata qualquer argumento de Direito Comparado como um mero facto e o integra como elemento constitutivo (identificador) da argumentação jurídica.

A querela em torno da autonomia científica dos estudos jurídicos-comparatísticos não é decisiva para a importância crescente dos estudos de Direito Comparado – como ciência ou técnica⁵³. No entanto, entre as virtudes e as limitações do método funcionalista no Direito Comparado e a renovada centralidade dada pela sua integração na argumentação jurídica a partir da construção linguística da *diferença*, é preciso sistematizar o que fica para o método do Direito Comparado. Já se enunciou, como ponto de partida, que esta ponderação se faz sempre num *delicado equilíbrio* entre a específica *técnica* do Direito Comparado (como base no funcionalismo metodológico) e a finalidade jurídica dos estudos de Direito Comparado que *concentra as preocupações metodológicas do Direito Comparado no rigor da sua técnica, mais do que na sua autonomia dogmática*⁵⁴.

⁵³ SIMONE GLANERT, “Method?” in PIER GIUSEPPE MONATERI (Org.), *Methods of Comparative Law*, Elgar, Cheltenham, Northampton, 2012, pp. 61 e ss.

⁵⁴ MARK VAN HOECK aponta como a escolha do método depende dos objetivos formulados por qualquer estudo comparatístico de entre a “caixa de ferramentas” (“*toolbox*”) dos comparatistas. Segundo este Autor, o método funcionalista é o método dominante do Direito Comparado, fundando a sua reclamação por autonomia dogmática, através da análise de um problema social real e a solução em diferentes jurisdições - os mesmos problemas podem ter soluções semelhantes em lugares e tempos diferentes; o método analítico analisa conceitos e regras legais (por exemplo, propriedade) para identificar traços comuns ou variáveis; o método estrutural concentra-se na estrutura da lei ou dos elementos reconstruídos por meio de uma abordagem analítica; o método histórico quase sempre será uma parte necessária dos métodos usados para entender a solução legal e suas origens; o método direito-no-contexto concentra-se no contexto social atual da lei (cultura, economia, psicologia, religião). MARK VAN HOECKE, “Methodology of comparative legal research”, *Law and Method*, 2015, pp. 1 a 35.

6. A argumentação jurídica transplantada

A reconstrução do Direito Comparado no quadro da argumentação jurídica evidencia a específica intencionalidade jurídica dos estudos de Direito comparado a partir de a) um fundamento ontológico da comunicação pública politicamente significativa (mediada linguisticamente) na identidade comunitária construída com base na *diferença* (de SCHMITT a DÉRRIDA), b) que integra na sua própria argumentação (jurídica) o Outro pelo Direito Comparado, conforme ensina THOMAS COENDET, a partir da desconstrução da divisão positivista que trata qualquer argumento de Direito Comparado como um mero facto, c) sem esquecer, como referido por LEGRANDE aos estudos de Direito Comparado, que este exercício é sempre um “ato de poder” sempre comprometido na “re-apresentação” e reconstrução identitária do próprio comparatista já no “*modo descritivo para o modo prescritivo*”, pelo que comparar é, assim, também sempre relacionar de tal forma que limita sempre a ambição de *neutralidade* típica do comparatista⁵⁵.

É cada vez mais evidente como na identificação de qualquer dos *tópicos* da argumentação jurídica global se impõe o diálogo argumentativo entre soluções jurídicas que viajam (transplantadas) – precisamente, através do Direito Comparado. O recurso metodológico ao *funcionalismo* permite mais facilmente identificar os termos da argumentação jurídica global a partir da construção referida a propósito do argumento jurídico comparado pela identificação do terceiro comparado – a qualidade em comum entre soluções jurídicas comparáveis - o *tertium comparationis*. Naturalmente, a identificação da *função* desempenhada por qualquer solução jurídica numa determinada argumentação jurídica à escala global obriga a ponderar diferentes fatores, jurídico e meta-jurídicos, como ensina o *funcionalismo*, neste caso colocada entre os diferentes sistemas jurídicos comparados – em especial nos sistemas jurídicos comparados romano-germânicos e *common law*. A principal virtude deste exercício é, ainda, a de permitir comparar soluções jurídicas diferentes em diferentes sistemas jurídicos comparados – desde que adequadamente

⁵⁵ Sobre a ideia de neutralidade *vide* BRUCE A. ACKERMAN, “What Is Neutral about Neutrality?”, *Ethics* 93 (January 1983), pp. 372 a 390, onde se lê logo no prómio “*A neutralidade não é apenas outro slogan político. Se tomada seriamente, destruirá a mais distintiva característica da política: a impossibilidade de a reduzir a uma ciência neutral de engenharia social*”.

construído o objeto da comparação a partir da função desempenhada em cada um dos sistemas jurídicos comparados por uma determinada solução jurídica⁵⁶.

Daqui, naturalmente, se questiona em que medida a globalização socioeconómica global tem promovido também um movimento de integração normativa global que leva a “*transplantes*” jurídicos *impostos* que muitas vezes não tomam em consideração quaisquer especificidades locais e, apesar de não ser o papel dos estudos de direito Comparado, não podem deixar de ser avaliados da perspetiva da perfeição dos processos jurídico-políticos de comunicação jurídica, neste momento ainda da sua própria democraticidade interna⁵⁷.

A posição afirmada de integração dos resultados dos estudos de Direito Comparado como tópicos argumentativos do diálogo jurídico interno leva a que se questione a própria eficácia dos referidos “transplantes” jurídicos – se os transplantes jurídicos são, por esta via, uma problema *de* Direito Comparado, eles apenas se convertem num problema *para* o Direito Comparado quando encerram propósitos políticos de colonização jurídica. Mas nesse caso são mais um problema para a ciência política do que para o Direito e, em especial, para o Direito Comparado. Parte da doutrina recusa, por isso mesmo, a possibilidade destes transplantes jurídicos, como da perspetiva do “culturalismo” faz PIERRE LEGRANDE quando se refere à “impossibilidade” de transplantes jurídicos sempre dependentes da relação com o contexto cultural⁵⁸, ou MICHELLE GRAZIADEI quando reconhece que transplantes implicam sempre uma incorporação à realidade normativa que tem o condão de sempre reagir⁵⁹.

⁵⁶ Esta solução metodológica permite, inclusivamente, ultrapassar as diferenças que a tradução jurídica determina em diferentes regimes jurídicos sempre contextualizados – basta pensar nas diferenças de regime implicadas nas formulações *Rule of Law*, *Rechtsstaat*, *Etat d’Droit* ou *Estado de Direito*.

⁵⁷ O papel desempenhado pelos estudos de Direito Comparado neste exercício leva VERONICA CORCODEL a apresentar a construção do Direito Comparado durante o século XX como uma “*ambivalente apologia social pela Modernização*” no período anterior à II Guerra Mundial e no período subsequente como “disfarçada apologia ambivalente pela transformação liberal”. Vide VERONICA CORCODEL, *Modern Law and Otherness - The Dynamics of Inclusion and Exclusion in Comparative Legal Thought*, Studies in Comparative Law and Legal Culture series, Elgar, Cheltenham, 2019, respetivamente pp. 95 e seguintes e 144 e ss.

⁵⁸ PIERRE LEGRAND, “The impossibility of ‘legal transplants’”, in *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, vol. 4, 1997, pp. 111 e ss.

⁵⁹ MICHELE GRAZIADEI, “Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions”, in MATHIAS REIMANN and REINHARD ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 441 a 475, *maxime* p. 469.

São diferentes as modalidades de “transplantes jurídicos” – os transplante judiciais, mais adaptados pela realidade factual a que se dirigem, e os transplantes legislativos, cuja adequada integração do argumento jurídico comparado interessa sempre considerar⁶⁰. Desta perspetiva, não são apenas as soluções jurídicas comparadas que são transplantadas – as próprias formulações argumentativas do diálogo jurídico, também comparado, viajam pelo Direito Comparado. O exemplo mais evidente foi dado por MACCORMICK, em especial, a partir da argumentação consequencial usada desde o caso *Marbury v Madison* da *US Supreme Court* transplantada até ao caso *Costa / ENEL* do Tribunal de Justiça da União Europeia⁶¹. O recurso a argumentos jurídicos de natureza consequencial, em especial, a propósito da invocação judicial de soluções normativas hierárquicas em diferentes espaços⁶². O mesmo MACCORMICK, no entanto, levou este exercício mais longe e identificou os principais argumentos jurídicos esgrimidos em sistemas jurídicos comparados – argumentos *linguísticos, sistémicos e teleológicos-valorativos* ou *consequenciais*⁶³.

A crescente atenção prestada ao papel desempenhado pelos estudos de Direito Comparado nos diferentes tipos de transplantes jurídicos revela uma argumentação jurídica que acontece, cada vez mais, à escala global. A argumentação jurídica sempre *aberta* linguisticamente ao ambiente, *irritada intersistematicamente*, mesmo que encerrada *normativamente*, segundo o contributo da teoria dos sistemas, mas *normativamente* sempre *relacionada*, nem que seja nos eventuais casos de falhanço catastrófico, com que se abriu este texto – por tudo isto, a argumentação jurídica é também sempre *comparada*.

Não são apenas as soluções jurídicas que viajam, legislativa ou judicialmente, mas são também os diferentes argumentos jurídicos que viajam nos diferentes espaços da comunicação jurídica. Este é um exercício, também com ambição de cientificidade, sempre mediado, metodologicamente, pelo Direito Comparado que permite a *tradução* entre sistemas jurídicos diferentes, concorrentes e muitas vezes com ambições autossuficientes, mas onde as soluções

⁶⁰ RICARDO SOUSA DA CUNHA, “O Argumento Jurídico Comparado para o Direito Plural”, *op. cit.*, página 1 e seguintes.

⁶¹ NEIL MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law – a theory of legal reasoning*, Oxford, OUP, 2010, pp. 109 e ss.

⁶² Sobre o desenvolvimento comparado em sistemas jurídicos comparados, como o de Timor-Leste, *vide* RICARDO SOUSA DA CUNHA, “A argumentação jurídico-constitucional comparada sobre a hierarquia normativa”, e-BLJ, ano 3 (2020), nº 4, pp. 178 a 200.

⁶³ NEIL MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law –*, *op. cit.*, pp. 124 e ss.

jurídicas são, tendencialmente, sempre comparáveis nas suas semelhanças e diferenças na função *intrasistemática* desempenhada. É cada vez mais evidente como na identificação de qualquer dos *tópicos* da argumentação jurídica global se impõe o diálogo argumentativo entre soluções jurídicas que viajam (transplantadas) – precisamente, através do Direito Comparado. A crescente relevância hermenêutica dos estudos de Direito Comparado⁶⁴ é, naturalmente, integrado com maior facilidade entre os mais evidentes *transplantes jurídicos*, como HÄBERLE referiu já à hermenêutica jurídico-constitucional⁶⁵.

Neste exercício, o recurso metodológico comparatístico ao *funcionalismo* permite, com maior facilidade, identificar os termos da argumentação jurídica global a partir da construção referida a propósito do argumento jurídico comparado pela identificação do terceiro comparado – a qualidade em comum entre soluções jurídicas comparáveis – o *tertium comparationis*. Naturalmente, a identificação da *função* desempenhada por qualquer solução jurídica numa determinada argumentação jurídica à escala global obriga a ponderar diferentes fatores, jurídico e meta-jurídicos, como ensina o *funcionalismo*, neste caso colocada, naturalmente, entre os diferentes sistemas jurídicos comparados – em especial nos sistemas jurídicos comparados romano-germânicos e *common law*. A principal virtude deste exercício é, ainda, a de permitir comparar soluções jurídicas diferentes em diferentes sistemas jurídicos comparados – desde que adequadamente construído o objeto da comparação a partir da função desempenhada em cada um dos sistemas jurídicos comparados por uma determinada solução jurídica.

O salto aqui proposto integra os argumentos jurídicos gerados a partir da utilização do método comparatístico nos diferentes espaços da argumentação jurídica contemporânea global. Como se viu, abundantes vezes, esta será mesmo uma argumentação jurídica transplantada, como uma breve indagação histórica permitirá constatar, em que não são apenas as soluções jurídicas que “*viajam*” mas também os argumentos jurídicos e até a própria

⁶⁴ Referida por ANTÓNIO CORTÊS, “Para uma Metodologia Jurídica Integral”..., *op. cit.*, pp. 39 e ss.

⁶⁵ PETER HÄBERLE, “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – zugleich zur Rechtsvergleichung als ‘fünfter’ Auslegungsmethode, *Juristenzeitung (JZ)*, 1989, pp. 913 e ss. Num muito interessante exercício que realça a relevância jurídico comparada na hermenêutica constitucional vide SUZANA TAVARES DA SILVA, “O tetralema do Controlo Judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio – adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade, *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, V. 88, 2, 2012, pp. 639 a 678.

argumentação jurídica – seja voluntária ou imposta, estrangeira ou mediada internacionalmente. O resultado, facilmente constatado, é como são cada vez mais familiares os debates jurídicos globais. A argumentação jurídica contemporânea à escala global implica, por isso, sempre uma dimensão relacional com a *diferença*, aliás, identitariamente constitutiva e argumentativamente reconstruída pela mediação da linguagem, especialmente, pelo aqui referido correto uso metodológico dos estudos de Direito Comparado.

7. Conclusão

A argumentação jurídica cada vez mais integrada à escala global é sempre um exercício de relação com a *diferença* – como a teoria dos sistemas ensina de relação entre diferentes em condições de *equivalência*. Neste exercício, decisivo é procurar garantir as condições metodológicas adequadas para este diálogo jurídico cosmopolita – que, necessariamente, passa pela integração do contributo metodológico dos estudos de Direito Comparado aqui referido.

São já tradicionais os propósitos prosseguidos pelos estudos de Direito Comparado na construção das condições adequadas para a realização e estudo das diferentes modalidades de “transplantes jurídicos” num contexto plural *intersistemático*. Este diálogo procura comparar *soluções jurídicas* para problemas comuns constatadas em sistemas jurídicos com ambição soberana mas é cada vez mais imposto também pela integração jurídica global promovida a partir da necessidade de dar cumprimento a soluções elas próprias comuns em diferentes fóruns do direito global. Estas soluções são, ainda assim, comparáveis a partir da identificação do *terceiro comparado* como a qualidade que têm em comuns estas soluções jurídicas – este é ainda o contributo do funcionalismo comparatístico para a reconstrução argumentativa do Direito Comparado, sem prejuízo para a necessidade de garantir o rigor da técnica comparatística.

Como se viu, tem sido afirmado e interessa continuar a explorar as virtudes da extensão deste exercício tradicional de Direito Comparado a novos espaços argumentativos de um diálogo jurídico em espaços cada vez mais abertos, plurais e multidirecionais. A integração dos estudos de Direito

Comparado entre o instrumentalário argumentativo jurídico tem sido mais facilmente construído em espaços onde são mais bem sucedidos os *transplantes jurídicos*, como se referiu já à hermenêutica jurídico-constitucional, mas facilmente se percebe como é, tem sido e se crê que será cada vez mais, referido aos diferentes espaços da argumentação jurídica, crescentemente, integrada à escala global, mesmo que muitas vezes multidirecional, razão pela qual a argumentação jurídica é sempre também *comparada*, o que implica o desenvolvimento do contributo metodológico dos estudos de Direito Comparado.