

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

UMA ABORDAGEM METODOLÓGICA

GUSTAVO GRAMAXO ROZEIRA

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto
Investigador do I2J — Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto

I. Considerações preliminares

1. No mundo cada vez mais interconectado em que vivemos, em que a troca de ideias e a permeabilidade de culturas é cada vez maior, torna-se cada vez mais evidente que uma qualquer investigação jurídica não pode prescindir da perspetiva jurídico-comparativa. Com efeito, há um cada vez mais crescente valor acrescentado no estudo jurídico-comparativo dos mais diversos institutos jurídicos.

Os estudos comparativos — mesmo em disciplinas do direito público, como é o caso a propósito do qual vem a presente reflexão — podem revelar-se como extremamente úteis para a ciência jurídica. De um modo geral, a investigação jurídico-comparativa abre perspetivas e introduz elementos inovadores e originais na análise do objeto de uma investigação; permite um refrescamento de ideias e impede a cristalização de atavismos culturais.

O mundo de hoje em dia não é estanque nem compartimentável — e muito menos o é, ou o pode ser, o direito ou a ciência jurídica.

Esta conclusão é também verdadeira para o direito constitucional. A opção por uma investigação comparativa de um qualquer instituto jurídico-constitucional justificar-se-á, desde logo, pela insofismável conclusão de que, independentemente dos ordenamentos jurídicos e das variações e especificidades de cada um deles, é possível afirmar-se que a compreensão do poder político é um objetivo comum à generalidade dos ordenamentos.

Sucedem, porém, que uma investigação jurídica de natureza comparativa não se rege rigorosamente pelos mesmos cânones metodológicos que se aplicam à generalidade das

investigações jurídicas de direito comparado. Há, naturalmente, um conjunto de especificidades que importa ter presentes a fim de assegurar o maior rigor, objetividade e produtividade da investigação. Por outro lado, é igualmente certo que as investigações comparativas em temas de direito público representam, do ponto de vista metodológico, um desafio adicional: a investigação jurídico-comparativa em direito público é um fenómeno relativamente recente e, de certo modo, estranho ao *core business* do direito comparado.

Desse modo, importa traçar algumas coordenadas metodológicas que permitirão esclarecer o modo como o emprego de uma abordagem comparativa poderá resultar enriquecedor para o resultado final de uma qualquer investigação em direito público.

2. O primeiro aspeto que emerge, desde logo, do estudo do direito constitucional comparado é o da natureza e carácter científico desta disciplina.

Poder-se-á afirmar a existência de uma disciplina do direito constitucional comparado? A ser assim, será esta um ramo de uma outra, mais alargada, disciplina de direito comparado?

Se o direito constitucional comparado é uma verdadeira disciplina científica, qual então o seu objetivo ou finalidade e qual o seu objeto?

A resposta a estas questões passa necessariamente por uma reflexão sobre a própria natureza do direito comparado e do seu estatuto enquanto disciplina jurídica e, a partir dela, sobre uma perspetiva relativamente à intersecção entre esta disciplina e a do direito constitucional.

Praticamente tudo acerca do direito comparado surge envolto em grande controvérsia, mesmo até nos dias de hoje.

A própria expressão que, por convenção mais ou menos aceite de forma generalizada, designa esta disciplina está longe de ser consensual: há mesmo quem sustente que esta não exprime adequadamente a verdadeira essência da disciplina jus-comparatística. É certo que outras designações foram propostas no passado⁽¹⁾ mas nenhuma delas se conseguiu impor unanimemente ao juízo crítico da comunidade jurídica.

⁽¹⁾ Entre elas destacam-se as de “Sistema Jurídicos Comparados”, “Legislação Comparada”, “Culturas Jurídicas Comparadas”.

Todavia, explicar o que *é* o direito comparado é um exercício de tal forma complexo que muitos autores optam por tentar defini-lo não pelo que aquilo que seja, mas por aquilo que o direito comparado *não é* ⁽²⁾.

Foram ZWEIGERT e KÖTZ quem primeiro propôs a análise do direito comparado sob uma tríplice dimensão ⁽³⁾. As duas primeiras dimensões a que estes autores fizeram referência facilmente se inferem a partir da designação da disciplina: trata-se de comparação e trata-se de direito — isto é, o direito comparado tem a ver com a comparação no Direito ou a “comparação de direitos”⁽⁴⁾.

Porém, àquelas duas dimensões acrescentaram os dois autores germânicos uma terceira dimensão não despreciada: a *dimensão internacional* do direito comparado.

O direito comparado é a comparação de sistemas jurídicos de diferentes países ou Estados⁽⁵⁾.

Como se vê, o elemento internacional — a *alteridade* como chegou a ser proposto⁽⁶⁾ — é um elemento importante na definição da disciplina; mas não chega a ser determinante.

Seguramente o conceito de direito comparado evoluiu ao longo dos tempos, e embora haja quem queira fazer remontar as suas raízes na longínqua Antiga Grécia encontrando em Platão formas embrionárias de comparação jurídica⁽⁷⁾, uma disciplina jus-

⁽²⁾ Assim, no mesmo sentido, KONRAD ZWEIGERT / HEIN KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3.^a ed., Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 6 (tradução inglesa: Tony Weir).

⁽³⁾ ZWEIGERT / KÖTZ, *Introduction...*, cit., p. 2.

⁽⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁾ Porém, o direito comparado não pode ser encarado como um ramo do direito, à semelhança de outras disciplinas jurídicas. “Direito comparado não é um conjunto de regras aplicáveis a uma determinada matéria, mas simplesmente um método de comparação de dois ou mais sistemas jurídicos diferentes aplicável a qualquer ramo do direito e com múltiplas finalidades” (FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES, “Os Estudos de Direito Comparado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 10, p. 354). Este autor, porém, não reconhece ao direito comparado sequer a natureza de disciplina jurídica autónoma, reduzindo-o a uma metodologia própria da ciência jurídica. Discordamos desta última leitura: quanto a nós o direito comparado, ainda que não podendo ser qualificado como um ramo do direito — isto é, enquanto o ramo da ciência jurídica que estuda as normas aplicáveis a uma determinada matéria — não deixa de ser, sem sombra de dúvidas, uma disciplina jurídica dotada de autonomia e identidade científicas.

⁽⁶⁾ Assim, cfr. IGOR STRAMIGNONI, “Meditating Comparisons, or the Question of Comparative Law”, in *San Diego International Law Journal*, n.º 57, p. 89.

⁽⁷⁾ Assim, cfr. MARC ANCEL, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Neuchatel: Ides et Calendes, 1971, p. 89; LEONTIN-JEAN CONSTANTINESCO, *Traité de Droit Comparé*, vol. I, Paris: LGDJ, 1972, p. 50.

comparatística com alguma sistematização só surge no início do século XX⁽⁸⁾— muitos invocam o ano de 1869, correspondente à fundação da *Société Internationale de Droit Comparé*, como o ano da fundação da disciplina; outros preferem indicar o ano de 1900, quando se realizou o I Congresso de Direito Comparado, em Paris⁽⁹⁾.

Nessa época direito comparado era ainda um conceito algo incipiente no qual cabia tudo o que estivesse relacionado com o estudo ou a investigação do direito estrangeiro. Com efeito, o I Congresso de Direito Comparado — tal como vários dos congressos que se lhe seguiram segundo o mesmo modelo — teve especial ensejo, e orgulho, em organizar diversas sessões destinadas à produção de longas descrições narrativas acerca da legislação vigente em cada país relativamente a certos institutos jurídicos de maior interesse (os famosos “*rappports nationaux*”) ou à divulgação de investigações jurídicas centradas em torno de “questionários nacionais” preenchidos por relatores pré-escolhidos.

Com o tempo, porém, foi ganhando peso uma ideia de direito comparado com um maior rigor conceptual. Hoje em dia, é consensual a ideia de que não é possível fazer corresponder o estudo do direito estrangeiro ao direito comparado, como se perante o direito estrangeiro se estivesse sempre na presença de uma forma aplicada do direito comparado⁽¹⁰⁾.

De facto, o estudo de um sistema jurídico estrangeiro, seja no seu todo seja em algum seu aspeto particular ou quanto a um qualquer seu instituto jurídico, não é, só por essa circunstância, um estudo jurídico-comparativo⁽¹¹⁾: para tanto não basta a “justaposição de um ordenamento ao outro, sem evidenciar nexos ou aprofundar as problemáticas comuns [fazendo apenas] uma mera exposição das características de cada ordenamento

ZWEIGERT / KÖTZ, *Introduction...*, cit., p. 49. Cfr. também PETER DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, 2.ª ed., Londres: Cavendish Publishing, 1999, p. 23.

(8) CAÑIZARES, “Os Estudos ...”, cit., p. 357.

(9) ZWEIGERT / KÖTZ, *Introduction...*, cit., p. 2.

(10) ZWEIGERT / KÖTZ, *Introduction...*, cit., p. 6.

(11) Como afirma RODOLFO SACCO (*La Comparaison Juridique au Service de la Connaissance du Droit*, Paris: Economica, 1991, p. 9, n. 4), “[a] diferença entre o poliglota e o linguista pode ajudar-nos a compreender que encontramos entre o comparatista e aquele que simplesmente conhece diversos sistemas jurídicos. O poliglota conhece várias línguas, mas apenas o linguista sabe aferir das suas diferenças; também o comparatista possui um conjunto de noções ou de dados abrangendo múltiplos sistemas, e sabe, ainda, estabelecer uma comparação entre eles, medindo a sua diversidade e a sua semelhança.”

ou de cada instituto de um ou de outro ordenamento”⁽¹²⁾. Ora, o investigador continental que elabora uma minuciosa monografia sobre, por exemplo, o instituto britânico do *trust* não está a realizar uma investigação comparatística – antes, dir-se-ia, que este seu labor está mais próximo do trabalho de um tradutor qualificado que “traduz seletivamente o que outros escreveram acerca do seu direito doméstico”⁽¹³⁾. Não será por essa circunstância que deixa de fazer uma investigação interessante e útil⁽¹⁴⁾; porém, de natureza comparativa essa investigação nada terá e “muito menos de comparação aprofundada, efetuada com todo o rigor que a ciência exige”⁽¹⁵⁾. Há sempre utilidade na compreensão mútua dos ordenamentos e das instituições jurídicas de outros países e de outras culturas, mas esse labor não tem natureza comparativa. O estudo de direito estrangeiro — e no fundo é de isso que mesmo de que se trata — é tão comparativo quanto um estudo que o mesmo investigador faça sobre um qualquer instituto jurídico do seu próprio país — ou seja, não o é⁽¹⁶⁾.

Em certa medida podemos estender o mesmo raciocínio às chamadas *comparações bilaterais*: as comparações entre dois sistemas jurídicos diversos, sendo um deles o sistema do próprio comparatista.

Falta neste último exemplo citado o rigor e a objetividade indispensáveis para um estudo cientificamente distante do objeto da investigação. Com efeito, não basta o “exame de problemáticas estrangeiras sob a perspetiva da nossa conceptologia, arbitrariamente elevada a irrenunciável método jurídico”⁽¹⁷⁾ para conferir a uma investigação a natureza de estudo jurídico-comparativo. A perspetiva necessariamente distorcida e apriorística do investigador faz este género de exercícios resvalarem com grande facilidade para a

⁽¹²⁾ GIULIANO AMATO, “Diritto Costituzionale Italiano e Comparato”, in LUIGI LOTTI / GIANFRANCO PASQUINO (eds.), *Guida alla Facoltà di Scienze Politiche*, Bolonha: Il Mulino, 1980, p. 209.

⁽¹³⁾ MARTIN VAN HOECKE, “Deep Level Comparative Law”, in MARTIN VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford: Hartford Publishing, 2004, p. 166.

⁽¹⁴⁾ ÉRIC AGOSTINI fala, a esse propósito, no “conhecimento das civilizações estrangeiras” que seria o resultado da atividade do direito comparado que, desse modo, contribuiria assim para “banir dos espíritos o chauvinismo jurídico que vê a perfeição no seu sistema” (*Droit Comparé*, Paris: Puf, 1988, pp. 23-24).

⁽¹⁵⁾ SACCO, *La Comparaison...*, cit., p. 6.

⁽¹⁶⁾ Cfr. SUSANA DE LA SIERRA, *Una Metodología para el Derecho Comparado Europeo*, Madrid: Thomson/Civitas, p. 36; GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, 5.^a ed., Pádua: Cedam, 1999, p. 37. Diferentemente, para JOHN HENRY MERRYMAN, *The Loneliness of the Comparative Lawyer*, Haia: Kluwer Law, 1999, p. 4) o “principal objeto” do direito comparado é o estudo do direito estrangeiro.

⁽¹⁷⁾ AMATO, “Diritto...”, cit., p. 204.

tentação de não serem mais do que uma avaliação dos méritos e deméritos do *outro* sistema jurídico em contraste com o do próprio investigador, retirando a este tipo de estudos, seguramente não utilidade e interesse, mas um verdadeiro propósito científico.

Finalmente, encontramos um terceiro e último exemplo de tipo de investigações que, embora tradicionalmente encaradas como de natureza jus-comparativa, não se encaixam na definição desta disciplina — as chamadas *sínteses comparativas*.

Frequentemente, como subsídio ou contributo para o estudo de um qualquer instituto de direito nacional, os autores chamam à colação uma perspectiva genérica — por vezes tão genérica que se poderia chamar um *zapping* comparativo — sobre os institutos análogos ao objeto da investigação existentes noutros países. Este tipo de sínteses comparativas é realizado, pois, com um único e determinante objetivo: o de ajudar a compreender ou interpretar um instituto de direito nacional a partir do exemplo estrangeiro. Pese embora haja quem se refira a estas sínteses comparativas como estudos de direito comparado, a verdade é que lhes também falta a necessária perspectiva internacional que o direito comparado não pode dispensar⁽¹⁸⁾.

Porém, a dimensão internacional, como vimos, não é por si só apta a definir o direito comparado como disciplina jurídica.

Naturalmente, se é certo que um estudo de direito estrangeiro não constitui, em si mesmo, um estudo de direito comparado, o inverso já não será verdadeiro. O direito comparado pressupõe sempre o estudo de sistemas jurídicos estrangeiros — que é uma “condição necessária e preliminar de toda e qualquer investigação comparativa”⁽¹⁹⁾. Sendo uma disciplina de dimensão internacional e implicando o estudo de vários ordenamentos jurídicos, o direito comparado passa necessariamente pelo estudo de sistemas jurídicos estrangeiros.

⁽¹⁸⁾ Cfr., no mesmo sentido, VERGOTTINI, *Diritto...*, 1999, cit., p. 37. Não se quer com tal afirmação defender a inutilidade deste tipo de investigações jurídicas, mesmo do ponto de vista da disciplina do direito comparado. Assim, no sentido de que estas análises comparativas podem servir para identificar afinidades entre diferentes ordenamentos jurídicos (em particular para aferir da influência harmonizadora e unificadora do Direito Europeu), cfr. JACQUES ZILLER, “La Dialéctique du Contentieux Européen: le Cas de Recours contre les Actes Normatifs”, in *Les Droits Individuels et le Juge en Europe – Mélanges en l’Honneur de Michel Frommont*, Estrasburgo: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 455. No mesmo sentido cfr. também, CRUZ, *Comparative...*, cit., p. 21.

⁽¹⁹⁾ MARC ANCEL, “Les Buts et les Méthodes de la Recherche Juridique Comparative”, in MARIO ROTONDI, *Inchieste di Diritto Comparato*, vol. II, Pádua: Cedam, 1973, p. 8. No mesmo sentido, cfr. MAX RHEINSTEIN, “Comparative Law – Its Functions, Methods and Usages”, in *Arkansas Law Review*, n.º 22, p. 416.

Aqui chegados, é fácil concluir que, quanto a nós, o elemento verdadeiramente definidor não está apenas na dimensão internacional desta disciplina, mas sim na sua *finalidade*.

É na finalidade ou propósito servido com a investigação comparatística que reside a essência da disciplina do direito comparado.

Como com qualquer outra disciplina científica — e, apesar de um longo e extenuado debate académico, é hoje praticamente consensual que o direito comparado é, em si mesmo, uma disciplina jurídica com estatuto científico próprio⁽²⁰⁾— o direito comparado visa a produção de conhecimento jurídico. E, como refere RODOLFO SACCO, “o objetivo da ciência é satisfazer uma necessidade de conhecimento, que é característica do homem”⁽²¹⁾.

Dos muitos fins tradicionalmente evocados a propósito do direito comparado⁽²²⁾, alguns de contornos assaz pitorescos, nenhum assume particular relevância para a caracterização do direito comparado como ciência jurídica.

(20) ANCEL, “Les Buts...”, cit., p. 9; BORISLAV T. BLAGOJEVIČ, “Le Droit Comparé — Méthode ou Science”, in *Révue Internationale de Droit Comparé*, n.º 12, pp. 656-657; JORGE BACELAR GOUVEIA, “Considerações sobre as Constituições Fiscais na União Europeia”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 381, p. 37; MARIE-CLAIRE PONTHEAU, “Le Droit Comparé en Question(s) entre Pragmatisme et Outil Épistémologique”, in *Révue Internationale de Droit Comparé*, n.º 57, p. 23; SACCO, *La Comparaison...*, cit., p. 8; VERGOTTINI, *Diritto ...*, 1999, cit., p. 9. DAVID (“Méthode...”, cit., p. 101) refere o “papel de primeiro plano” que o direito comparado tem a desempenhar “no esclarecimento dos juristas sobre o papel e o significado do Direito” e IGOR STRAMIGNONI (“The King’s One Too Many Eyes: Language, Thought and Comparative Law”, in *Utah Law Review*, 2002, p. 745) acrescenta que “difícilmente parece existir qualquer incerteza acerca do facto de que o direito comparado tem um objeto e um propósito.” Diferentemente, cfr. MERRYMAN, *The Loneliness...*, cit., pp. 1-2, para quem “[a] comparação é claramente mais um processo método do que um domínio de investigação;” e KONRAD ZWEIGERT, “Méthodologie du Droit Comparé”, in *Mélanges Offerts à Jacques Maury*, vol. I, Paris: Dalloz, 1960, pp. 580-581, para quem “nos encontramos na presença de um método de investigação.”

(21) RODOLFO SACCO, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment I of II)”, in *American Journal of Comparative Law*, n.º 39, p. 1. Para o autor “cada ciência individualmente considerada satisfaz a necessidade de adquirir conhecimento no âmbito do seu objeto específico,” independentemente de esse conhecimento assim produzido vir, ou não, a encontrar uma aplicação prática.

(22) Vejam-se entre os fins propostos por CONSTANTINESCO para o direito comparado a “promoção do desenvolvimento do direito”, “a criação de uma ciência jurídica supranacional,” a formação de uma “ciência jurídica universal” e mesmo até a “aproximação dos povos do mundo, cooperação internacional e a paz” (LÉONTIN-JEAN CONSTANTINESCO, “Les Buts et les Méthodes du Droit Comparé”, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, n.º 75, pp. 150-151). Também RENÉ DAVID menciona, entre os fins do direito comparado, “compreender os povos estrangeiros e proporcionar um melhor regime às relações da vida internacional” (“Méthode...”, cit., pp. 96-97).

Afinal de contas não será a promoção do desenvolvimento direito um objetivo comum a todas as disciplinas jurídicas? E não serão a criação de uma ciência jurídica universal ou a promoção da cooperação internacional objetivos politizados que nada têm que ver diretamente com a disciplina científica jurídico-comparativa, numa estrita perspectiva epistemológica, mas sim com a aplicação prática dos conhecimentos gerados pela comparatística jurídica, já numa perspectiva pragmática e concreta?

Creemos que a resposta só pode ser afirmativa. Naturalmente, como qualquer outra ciência, também o direito comparado produz aplicações práticas dos conhecimentos puramente teóricos por si gerados. Poder-se-iam citar, entre muitos outros, os exemplos da unificação e harmonização de regimes jurídicos ou a refinação do método de aplicação do direito dos conflitos⁽²³⁾.

Questão fulcral, porém, é a de que, numa perspectiva puramente epistemológica, ao direito comparado interessa apenas a “investigação fundamental”⁽²⁴⁾ em torno do seu objeto, isto é a identificação das afinidades e diversidades entre os diferentes ordenamentos jurídicos. Empregando a bem expressiva terminologia italiana, o direito comparado preocupa-se com o *ravvicinamento* dos sistemas jurídicos.

O direito comparado define-se, pois, pela identificação das afinidades, e dos diferentes graus de afinidade, entre sistemas ou ordenamentos jurídicos diversos⁽²⁵⁾ na tentativa de identificar, no conjunto dos ordenamentos analisados, os conceitos típicos ou ideais que sirvam funções comuns⁽²⁶⁾ enquanto verdadeiros arquétipos jurídicos⁽²⁷⁾. É através da identificação do que entre si têm em comum diferentes sistemas jurídicos e

⁽²³⁾ Assim, para um elenco das diferentes aplicações práticas do direito comparado cfr. CONSTANTINESCO, “Les Buts...”, cit., pp. 151-157; MICHEL FROMONT, *Grands Systèmes de Droit Étrangers*, 3.^a ed., Paris: Dalloz, 1998, pp. 2-4.

⁽²⁴⁾ ANCEL, “Comparabilité...”, pp. 2-3.

⁽²⁵⁾ Cfr. ANTONIO GAMBARO / RODOLFO SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, 2.^a ed., Turim: Utet, 2002, p. 2; SACCO, *La Comparaison...*, cit., p. 9; GOUVEIA, “Considerações...”, cit., p. 37; WILLEM KONJUNENBELT, “Discours de la Méthode en Droit Public Comparé”, in K. BOELE-WOELKI ET ALL (eds.), *Comparability and Evaluation*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, p. 125; BORIS MIRKINE-GUETZEVICH, “Les Méthodes d’Étude du Droit Constitutionnel Comparé”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 1, p. 405; SACCO, “Legal...”, cit., p. 5.

⁽²⁶⁾ ZWEIGERT, “Méthodologie...”, cit., p. 594.

⁽²⁷⁾ SACCO (“Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)”, in *American Journal of Comparative Law*, n.º 39, p. 759) fala em “cripto-tipos” para designar alguns dos “formantes legais” que não são explícitos, quais “regras não verbais,” e que “divergem das formulações explícitas de um determinado sistema legal.”

daquilo que entre si divergem, que o direito comparado realiza a sua finalidade — uma busca que se faz de modo sistemático e científico, assim gerando verdadeiro conhecimento académico. Efetivamente, “a ciência satisfaz a necessidade de conhecer que caracteriza o homem; é aí que reside a sua finalidade”⁽²⁸⁾.

Quaisquer outras consequências ou aplicações que advenham do conhecimento científico gerado pelo direito comparado, apesar de úteis ou convenientes aplicações práticas do conhecimento teórico produzido, não constituem nem o objetivo desta disciplina nem tão-pouco a definem enquanto tal⁽²⁹⁾.

Mais uma vez, na lição de SACCO:

A finalidade do direito comparado é adquirir conhecimento das diferentes normas e instituições que são comparadas. Isto é, evidentemente, uma finalidade diversa da de adquirir conhecimento acerca de um único ordenamento jurídico, seja ele um ordenamento estrangeiro ou o nosso próprio.⁽³⁰⁾

3. Praticamente desde as suas origens e até aos tempos mais recentes, o direito comparado tem sido dominado por temas intimamente relacionados com o direito privado⁽³¹⁾. Entre os seus objetos de estudo encontram-se institutos jurídicos tão, ou tão pouco, variados como os contratos, a responsabilidade civil, as sociedades comerciais ou os direitos reais.

Essencialmente, são três as razões que explicam que sejam estas as temáticas que, desde as suas origens, têm centrado a atenção do direito comparado.

Em primeiro lugar há a salientar o facto de os institutos de direito privado tenderem, de um modo geral, a partilhar um conjunto mais alargado de afinidades em diferentes ordenamentos jurídicos — o que é inequivocamente um fator facilitador para que esses institutos venham a ser objeto de estudos comparatísticos.

⁽²⁸⁾ SACCO, *La Comparaison...*, cit., p. 5.

⁽²⁹⁾ Cfr. SACCO, “Legal...”, cit., p. 1.

⁽³⁰⁾ SACCO, “Legal...”, cit., p. 6.

⁽³¹⁾ Assim, cfr. JACQUES ZILLER, Prólogo, in SUSANA DE LA SIERRA, *Una Metodología para el Derecho Comparado Europeo*, Madrid: Thomson/Civitas, 2004, p. 15.

Esta razão agora avançada assume um relevo ainda maior se tivermos em conta a noção ainda prevalecente de que o direito comparado deve ter por objeto o estudo de institutos jurídicos que partilhem entre si, logo à partida, algum grau de “comparabilidade”⁽³²⁾. Este argumento olvida, por um lado, que esse juízo preliminar acerca da eventual comparabilidade entre duas figuras jurídicas é, já em si mesmo, o resultado de uma atividade de comparação jurídica; e, por outro lado, ignora a vocação do direito comparado para a alteridade e a diferença⁽³³⁾, bem expressa na noção de que a investigação comparada “mede a extensão das diferenças, sejam elas grandes ou pequenas”⁽³⁴⁾. No entanto, a sua força intuitiva é tão significativa que determinou, durante uma grande parte da história da disciplina, que os estudos comparatísticos se centrassem quase exclusivamente em institutos de direito privado.

Em segundo lugar realcemos que o direito público, por seu turno, se prende mais intimamente com a atividade política numa aceção mais lata, tanto na sua dimensão de direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, como na organização e distribuição do poder político dentro de uma sociedade⁽³⁵⁾. Estas realidades não são tradicionalmente realidades que pertençam ao discurso do dia-a-dia nem às preocupações quotidianas dos cidadãos ou das empresas; enquanto que, no direito privado, a generalidade dos temas que podem ser abordados sob uma perspetiva jurídico-comparativa geralmente tocam diretamente questões de importância quotidiana. Ao que fica dito acresce ainda a circunstância de as temáticas principais do direito público a que se fez referência só terem verdadeiramente adquirido um estatuto central no pensamento jurídico (pense-se principalmente no estudo dos direitos e liberdades fundamentais ou da atividade prestacional do Estado social) a partir da segunda metade do século XX.

Finalmente, e em terceiro lugar, há uma causa ligada a própria génese do direito comparado: desde as suas origens este ramo do direito foi praticamente asoberbado por juristas provenientes do direito privado que dessa forma ocuparam esta disciplina com as

⁽³²⁾ Assim cfr., por todos, HAROLD COOKE GUTTERIDGE, *Comparative Law*, 2.ª ed., Cambridge: University Press, 1949 (reimp. 1971), p. 73.

⁽³³⁾ STRAMIGNONI, “Meditating...”, cit., p. 82.

⁽³⁴⁾ SACCO, “Legal...”, cit., p. 7.

⁽³⁵⁾ Cfr. JOHN BELL, “Comparing Public Law”, in ANDREW HARDING / ESIN ÖRÜCÜ (eds.), *Comparing Public Law in the 21st Century*, Londres: Kluwer Law, 2002, p. 246.

temáticas que mais diretamente lhes interessavam. Foram os juristas privatistas que estiveram na origem e no trilhar dos primeiros passos da disciplina. Naturalmente, num tal cenário os objetos das suas investigações foram influenciados, por uma espécie de defeito profissional, pelas suas áreas privilegiadas de eleição no domínio da investigação jurídica.

Todavia, embora existam autores que duvidam desta possibilidade⁽³⁶⁾, estão-se tornando cada vez mais frequentes as investigações jus-comparatísticas em domínios do direito público e é inequívoco que a investigação comparativa é hoje tão indispensável no direito público — e, em particular, no direito constitucional — como em qualquer outro ramo do direito⁽³⁷⁾.

Este é particularmente o caso do direito constitucional em parte como consequência da emergência de novas constituições nos últimos trinta anos. Por outro lado, também a crescente expansão do papel regulador e interventivo do Estado, que agora atinge praticamente todas os níveis e sectores da sociedade, aumentou o interesse da doutrina pelo estudo comparativo de institutos de direito público, tornando-os um objeto inevitável da investigação jus-comparatística.

Poder-se-ia dizer que, tanto tempo depois de iniciados os primeiros estudos comparatísticos, parece que os juristas publicistas decidiram emular os seus colegas do direito privado e finalmente aderiram à disciplina do direito comparado.

4. Como poderemos então caracterizar o direito constitucional comparado, seja no quadro da disciplina mais ampla do direito comparado, seja em face da disciplina do direito constitucional?

Evidentemente, e desde logo, o direito constitucional comparado é um ramo do direito comparado. Tal como o direito constitucional é um ramo do direito dedicado ao estudo das normas constitucionais, também o direito constitucional comparado é um ramo do direito comparado dedicado ao estudo comparativo de normas constitucionais de diferentes ordenamentos jurídicos estaduais⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Assim, veja-se a crítica a esta constatação em ZILLER, *Prólogo*, cit., p. 16.

⁽³⁷⁾ Assim, FULCO LANCHESTER, “Il Metodo nel Diritto Costituzionale Comparato: Luigi Rossi e i suoi Successori”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 43, p. 997.

⁽³⁸⁾ Cfr., nesse sentido, VERGOTTINI, *Diritto...*, 1999, cit., p. 40.

Aqui chegados, há porém uma advertência que se impõe fazer acerca do conceito de “normas constitucionais”: obviamente esse conceito não se reduz aos textos constitucionais vigentes em cada ordenamento jurídico — alguns ordenamentos podem nem sequer ter constituições escritas em vigor. Outras normas jurídicas, apesar não incluídas no texto constitucional, mas não menos “constitucionais” por esse facto, podem também incluir-se no objeto de estudo do direito constitucional comparado. Além das normas formalmente constitucionais, incluídas ou não no próprio texto constitucional, outras há que, não sendo formalmente constitucionais, são-no em virtude da matéria sobre que incidem ou dos comandos normativos que contêm. É o caso, para citar apenas alguns exemplos, das normas que regulam eleições, direitos fundamentais ou a alocação de competências e atribuições entre o Estado e as comunidades territoriais.

Mas importa não olvidar também que “o processo político é a realidade da constituição”⁽³⁹⁾: a verdadeira relevância das normas constitucionais, enquanto objeto autónomo de estudo científico, advém não da sua consideração isolada em si mesmas, mas enquanto normas que se apresentam enxertadas numa realidade exterior que lhes fornece um significado próprio e a sua razão de existir. Esse significado encontra-se, precisamente, no processo político — entendido em sentido amplo, abrangendo também os direitos fundamentais dos cidadãos —, que não pode ser desligado da realidade normativa constitucional⁽⁴⁰⁾. Superando uma visão meramente positivista da função normativa desempenhada pela constituição, poder-se-á mesmo acrescentar que a norma constitucional abrange em si mesma “os fins, os ideais e os valores políticos perfilhados

⁽³⁹⁾ J. A GONZALEZ CASANOVA, “La Idea de Constitución en Karl Loewenstein”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 139, p. 75.

⁽⁴⁰⁾ Nessa medida, pode-se afirmar que a própria distinção entre constituição material e constituição formal é superada, pois as regras constitucionais podem estar de tal forma enraizadas na consciência nacional que não necessitem sequer de formalização expressa. LOEWENSTEIN propõe então que a constituição é “um sistema de normas estabelecidas ou de regras convencionais que regulam as relações entre os detentores e os destinatários do poder, assim como a respetiva interação dos diferentes detentores do poder na formação da vontade estadual.” Trata-se, desse modo, de um conceito unitário de constituição que dispensa as distinções entre constituição escrita ou não escrita ou entre constituição formal e material e que se reconduz à figura de uma constituição *real* que mais não será do que “a totalidade de princípios e normas fundamentais que regulam o processo do poder político” (*apud* CASANOVA, “La Idea...”, cit, pp 87-88). JORGE MIRANDA refere porém numa “forte tendência” para se assimilar este conceito “institucional” de constituição ao conceito de constituição material (“Notas para uma Introdução ao Direito Constitucional Comparado”, in *O Direito*, n.º 102, p. 89).

e promovidos pelas forças sociais dominantes”⁽⁴¹⁾. E, como refere SANCHÉZ AGESTA, a vida política está longe de ser “inteiramente racional,” uma vez que “tem raízes na vida emotiva, o que nos leva a duvidar de que seja presidida pela razão”⁽⁴²⁾.

Daí que se deva necessariamente concluir que o conceito de normas constitucionais não se restringe igualmente apenas às normas constitucionais de fonte legal⁽⁴³⁾. Toda e qualquer norma constitucional — qualquer que seja a sua fonte (legal, jurisprudencial, consuetudinária) — pode (*rectius*, deve) formar o objeto do direito constitucional comparado. É, pois, errada a ideia de reduzir o direito constitucional comparado ao estudo comparativo de diferentes textos constitucionais e legislativos, ignorando que as normas constitucionais podem ser — e normalmente são — o produto de outras fontes jurídicas e que o ordenamento constitucional de muitos Estados nunca poderá ser verdadeiramente apreendido se o comparatista se alhear da jurisprudência e do costume enquanto fontes do direito constitucional⁽⁴⁴⁾.

É este, pois, o objeto de estudo do direito constitucional comparado — normas que quanto à sua essência são intrinsecamente constitucionais, atendendo à dimensão

⁽⁴¹⁾ FRANCO MODUGNO, “Il Concetto di Costituzione”, in *Scritti in Onore di Costantino Mortati*, vol. 1, Milão: Giuffrè, 1977, p. 224. O autor acrescenta que não obstante estas considerações, é na possibilidade de funcionar como parâmetro de aferição da validade das normas jurídicas que reside o conjunto das “normas substancialmente constitucionais,” as quais representam “os momentos supremos e garantísticos do conceito de constituição” (*Ob. cit.*, p. 233).

⁽⁴²⁾ LUIS SANCHÉZ AGESTA, “La Ciencia Política y el Análisis del Proceso de Decisión”, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 71, p. 157. Cfr. também SOUSA E BRITO que refere que “o quadro ideal para a comparação em direito constitucional é o da razão pública” que o autor descreve como sendo uma intersecção “entre a ética e o direito positivo, compreendendo [...] o princípio da prioridade hermenêutica das fontes, que está eticamente fundado no princípio democrático” (JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “The Ways of Public Reason – Comparative Constitutional Law and Pragmatics”, in *International Journal for the Semiotics of Law*, n.º 26, p. 175).

⁽⁴³⁾ O aparente paradoxo desta construção é facilmente explicável. O termo “legal” é empregue nesta passagem não como uma referência a um enquadramento de *supra-infra* ordenação do valor formal dos atos normativos (no sentido em que a constituição tem um valor supra-ordenado relativamente às leis ordinárias), mas sim como uma referência à lei enquanto fonte do direito. Neste sentido, a fonte do direito “lei” é toda aquela que tem a sua origem nos órgãos do Estado (também aqui em sentido amplo) e representa o resultado do exercício, por estes órgãos, dos poderes normativos inerentes à soberania estadual e que o ordenamento jurídico lhes atribui. Salientámos que este sentido com que agora empregámos o conceito de lei não é o sentido com que, ao longo deste texto, a expressão será utilizada.

⁽⁴⁴⁾ Assim, MIRKINE-GUETZÉVITCH (“Les Méthodes...”, cit., p. 417) depois de afirmar que “as constituições não se limitam à técnica,” faz notar que a “observação das práticas constitucionais permanece a primeira tarefa do direito constitucional comparado,” acrescentando que essa observação deve ser atingida “sem pedantismo dogmático.”

constitucional enquanto repositório dos valores, princípios e ideais e símbolos partilhados por uma mesma comunidade política⁽⁴⁵⁾. É este objeto, aliado ao elemento internacional⁽⁴⁶⁾ e ao elemento comparativo⁽⁴⁷⁾, que define o direito constitucional comparado como um ramo autónomo no seio da disciplina do direito comparado.

II. A Metodologia do Direito Comparado e o Direito Constitucional Comparado

5. Definido o direito constitucional comparado como um ramo do direito comparado tendo por objeto o estudo jurídico comparativo de normas constitucionais de diferentes ordenamentos jurídicos⁽⁴⁸⁾, segue-se naturalmente que a metodologia do direito comparado é também a metodologia do direito constitucional comparado.

Sendo certo que assim é, não deixa de ser verdade que o direito constitucional comparado apresenta neste conspecto algumas especificidades que resultam da sua natureza e identidade peculiares, mesmo no quadro da família do direito comparado.

Não sendo este o local próprio para desenvolver com detalhe os aspetos metodológicos do direito comparado — e, especialmente, para tomar partido na discussão

(45) Assim, cfr. JOSEPH H. H. WEILER, *Uma Europa Cristã – Contributo para uma Reflexão sobre a Identidade Europeia*, Estoril: Principia, 2003, p. 35.

(46) O que exclui, portanto, do âmbito do direito constitucional comparado o estudo comparativo de diferentes ordenamentos constitucionais no quadro de um mesmo Estado, como por exemplo o estudo comparado do direito constitucional de estados federados num único Estado federal. A falta de um elemento de conexão internacional exclui estas matérias do âmbito objetivo do direito comparado. É que, no quadro de um Estado federal, não podemos em rigor perspetivar as unidades federadas como diferentes ordenamentos ou sistemas jurídicos: por menor que seja, existirá sempre um elemento comum e unificador entre as unidades federadas — que é o *direito federal* — e que exclui a diversidade de ordenamentos jurídicos, elemento fundamental para que se possa falar em direito comparado. Diferentemente, cfr. MIRANDA, “Notas...”, cit., pp. 101-102.

(47) Tal como definido *supra* no n.º 2.

(48) Cfr. PAOLO BISCARETTI DI RUFFÌA, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*, 4.ª ed., Milão: Giuffrè, 1980, p. 3. Diferentemente, JORGE MIRANDA fala em “direito constitucional geral” a propósito das investigações dirigidas à busca dos “elementos de semelhança, que tornem viável e útil elaborar esquemas gerais e comuns aos Direitos postos em comparação” por oposição às investigações de Direito Constitucional Comparado que seriam, no seu entendimento, aquelas dirigidas à investigação do “Direito Constitucional em vários Estado ou em várias épocas dentro do mesmo Estado” (“Notas...”, cit., pp. 101-102). Já para VERGOTTINI (*Diritto...*, 1999, cit., p. 35) a comparação jurídico-constitucional operada ao nível interno de um ordenamento estadual constitui “matéria coberta pelo direito público interno.”

académica, acesa, que este tema ainda desperta⁽⁴⁹⁾— não poderíamos deixar passar ao lado, porém, o estudo dos aspetos metodológicos jurídico-comparativos que assumem, no direito constitucional comparado, uma especificidade própria.

São seis os aspetos que iremos analisar seguidamente: (a) as diferentes abordagens metodológicas; (b) a questão das famílias jurídicas e a sua utilidade no direito constitucional comparado; (c) a utilização de um *tertium comparationis*; (d) a comparação aprofundada; (e) o problema da língua em direito comparado; (f) o critério de escolha dos ordenamentos jurídicos a comparar.

6. O conceito de abordagem comparativa é uma espécie fórmula *passé-partout* que engloba as diferentes metodologias empregues pelos comparatistas na realização das suas investigações.

Com efeito, ao longo dos tempos vários diferentes modelos de abordagens metodológicas têm vindo a ser propostos.

Inicialmente, a principal preocupação da maioria, senão de todos, os autores centrava-se no modelo que podemos designar pelo “modelo das tabelas descritivas”. De acordo com este modelo, a investigação em direito comparado fazia-se com recurso a um conjunto de relatores nacionais (frequentemente designados na literatura internacional por *rapporteurs*) encarregues de desenvolver extensos relatórios descritivos e tabelas com um significativo volume de informação em bruto sobre cada um dos ordenamentos jurídicos em comparação. Cada relator encarregava-se de descrever em detalhe os aspetos mais minuciosos relacionados com o ordenamento jurídico da sua nacionalidade ou a que, por alguma razão, estivesse mais ligado. Estas informações constituíam, normalmente, respostas a um questionário pré-elaborado e constituído por diversas perguntas acerca do instituto jurídico objeto da comparação.

O tipo de informações fornecidas pelos relatores variava desde informação acerca do teor de diplomas legislativos ou decisões judiciais até um conjunto de informações extrajurídicas ou semi-jurídicas, incluindo considerações do tipo sociológico.

Aos organizadores ou diretores da investigação cabia, além naturalmente da elaboração do questionário inicial, a tarefa de organizar a apresentação final dos dados

⁽⁴⁹⁾ Assim, cfr. ZWEIGERT / KÖTZ, *Introduction...*, cit., p. 33.

recolhidos. Esta apresentação tinha invariavelmente lugar sob a forma de extensas tabelas — as chamadas “tabelas comparativas” — que apresentavam, num registo sobrecarregadamente descritivo, os diferentes detalhes acerca do tema objeto da investigação relativos a cada um dos ordenamentos jurídicos em comparação. Ocasionalmente, acrescentava-se uma síntese comparativa final na qual se resumiam as características de cada um dos sistemas jurídicos comparados⁽⁵⁰⁾.

De acordo com os padrões dos nossos dias, o modelo das tabelas descritivas como metodologia comparativa é obsoleto porque assenta numa tarefa que é predominantemente — senão mesmo exclusivamente — baseada na descrição de diferentes ordenamentos jurídicos.

Por um lado, dificilmente se pode considerar uma investigação realizada nestes moldes como uma investigação de direito comparado já que lhe é completamente alheio o objetivo de produção de qualquer conhecimento científico. Uma descrição de vários ordenamentos jurídicos, por mais extensa e completa que possa ser, não é capaz de proporcionar quaisquer conclusões úteis para o enriquecimento da ciência jurídica⁽⁵¹⁾; uma síntese comparativa que não passe disso mesmo — isto é, um resumo das tabelas descritivas — é igualmente inidónea a servir esse propósito. Com efeito, se a descrição é necessária para resolver as “carências de informação,” só um efetivo estudo comparativo permite ao investigador comparatista satisfazer as suas “carências de análise”⁽⁵²⁾.

Por outro lado, o modelo das tabelas descritivas é um modelo enviesado à partida. A própria tarefa originária de formular os questionários que irão orientar todas as fases subsequentes da investigação está fortemente condicionada pelas conceções nacionais das pessoas encarregues de proceder à sua elaboração⁽⁵³⁾. Aliás, nos diversos relatórios e

⁽⁵⁰⁾ Um exemplo de uma investigação comparativa elaborada nestes moldes metodológicos pode ser vista em LORD CAMPION / D. W. S. LIDDERDALE, *European Parliamentary Procedure – A Comparative Handbook*, Londres: George Allen and Unwin, 1953.

⁽⁵¹⁾ Assim, VICTOR KNAPP, “Quelques Problèmes Méthodologiques dans la Science du Droit”, in *Révue Roumaine des Sciences Sociales (Sciences Juridiques)*, n.º 12, , p. 78.

⁽⁵²⁾ JACQUES ZILLER, *Administrations Comparées*, Paris: Montchrestien, 1993, p. 11.

⁽⁵³⁾ Assim, “se colocadas do ponto de vista de um país particular, as questões raramente terão a mesma pertinência de um caso para outro [e] o estudo arrisca abranger lacunas devidas ao facto de os autores das respostas estarem insuficientemente familiarizados com a problemática própria aos países estrangeiros que haverão de tratar.” Desse modo não é difícil concluir que “as respostas trazidas a um questionário comparativo raramente são completas e, sobretudo, dificilmente cobrem as mesmas questões, pois cada um dos autores tem em mente tratar, ainda que tal lhe não tenha sido pedido, questões que podem ser muito

trabalhos comparativos publicados na primeira metade do séc. XX — a época áurea, por excelência, do modelo das tabelas descritivas — é muito frequente encontrar *rapporteurs* que respondem laconicamente com um “nada a relatar” a várias das perguntas dos questionários — o que, obviamente, é revelador não da insipiência do ordenamento jurídico relatado, mas antes da inadequação do questionário e da própria metodologia seguida⁽⁵⁴⁾.

Por volta da metade do século XX um novo modelo de abordagem comparativa foi desenvolvido: o da comparação funcional.

De acordo com este modelo, a tarefa do comparatista é a de encontrar em cada um dos ordenamentos jurídicos em comparação as normas jurídicas que, no quadro desse ordenamento jurídico, realizam uma mesma função, embora possam ser estruturalmente e nominalmente normas jurídicas bem diversas.

Concomitantemente, a “pergunta comparativa” deve ser colocada em moldes mais sociológicos do que jurídicos — isto é, na sua formulação dever-se-ia procurar identificar a forma como é que um determinado problema é resolvido em cada um dos ordenamentos em comparação. Assim, o comparatista não perguntará, por exemplo, quais os mecanismos de fiscalização da validade constitucional dos atos legislativos existentes nos Estados em comparação, mas antes perguntará em que circunstâncias e de que modos é que nesses Estados um ato legislativo pode ser invalidado por violar a constituição respetiva. No primeiro caso, a resposta invariavelmente girará em torno dos diferentes meios de tutela jurisdicional que cada ordenamento jurídico disponibiliza para esse fim;

importantes, mas que se revelam muito dificilmente exploráveis numa síntese. Ao que acresce as possibilidades de erros de interpretação das respostas, originadas por subentendidos” (JACQUES ZILLER, *Egalité et Mérite*, Bruxelas: Bruylant, 1988, p. 5).

⁽⁵⁴⁾ O que fica dito não invalida que o modelo das tabelas descritivas — apesar de, como se viu, se revelar obsoleto em termos científicos como resultado final do estudo comparativo — possa ser, em certas circunstâncias, um excelente instrumento de trabalho preliminar para o investigador. Na fase mais empírica de uma investigação comparativa — falamos da colheita de dados e da consulta de fontes — pode muito bem revelar-se vantajosa para o investigador a utilização instrumental de tabelas comparativas construídas a partir de questionários previamente elaborados. Trata-se de operações que são inquestionavelmente aptas a simplificar o trabalho do comparatista, circunstância que é ainda mais evidente quando se trate de estudos conduzidos por equipas de investigadores. Porém, o interesse na utilização de um tal sistema de colheita e organização de dados é exclusivamente enquanto um passo preliminar da investigação. Como nos parece evidente, as tabelas descritivas *não são* o produto final de uma investigação de direito comparado — a sua utilização, quando justificada, cinge-se a resumir, de modo organizado e facilmente acessível, a informação bruta com base na qual se iniciará verdadeiramente o estudo comparativo propriamente dito.

já no segundo caso, o comparatista poderá encontrar a resposta à sua questão em expedientes não jurídicos, como por exemplo a fiscalização política ou o exercício direito de petição.

A comparação funcional é inquestionavelmente um bom ponto de partida — há mesmo quem sustente que teve um impacto “revolucionário”⁽⁵⁵⁾ — já que veio colmatar graves falhas metodológicas na investigação comparativa, permitindo “atender, para além da regra e da instituição, entendidas formalmente, o sistema em toda a sua homogeneidade”⁽⁵⁶⁾. De igual modo, permite que o comparatista seja capaz de responder, na sua investigação, a muitas questões que, sem essa visão funcional das normas jurídicas, ficariam sem resposta — e permite ainda responder de modo mais completo e rigoroso. Os comparatistas mais adeptos deste modelo citam abundantes exemplos de como a mesma função social pode ser prosseguida em diferentes ordenamentos jurídicos por institutos jurídicos totalmente diversos e aparentemente entre si não relacionados e incomparáveis⁽⁵⁷⁾.

Porém, a comparação funcional tem o inconveniente de facilmente resvalar para o campo extrajurídico: a dimensão sociológica assume um relevo excessivamente grande na resposta a questões essencialmente jurídicas. Na sua ânsia de explicar tudo através de uma resposta funcional, os funcionalistas tendem a aceitar com excessiva facilidade uma prática comumente aceite, ainda que claramente ilegal, como uma solução “funcional”

⁽⁵⁵⁾ STRAMIGNONI, “The King’s...”, cit., p. 750.

⁽⁵⁶⁾ ANCEL, “Comparabilité...”, cit., p. 4.

⁽⁵⁷⁾ Um exemplo é o da prescrição nos países de direito continental europeu. Tradicionalmente, e de acordo com os cânones da comparação jurídica, afirmava-se que que esta figura era inexistente nos países de direito anglo-saxónico. Os funcionalistas, porém, vieram demonstrar que, sendo verdadeira a afirmação de que o direito anglo-saxónico desconhece por completo a prescrição, a função prosseguida por este instituto nos países continentais não deixa de ser igualmente realizada nos países anglo-saxónicos. Embora nestes se desconheça um instituto de natureza prescricional de direito substantivo — isto é, que extingue o direito —, a função útil da prescrição é prosseguida pelo instituto do *statute of limitations* que, numa síntese muito abreviada, corresponde a uma figura de direito processual semelhante à caducidade do direito de ação. Ou seja: embora não se possa afirmar rigorosamente que, no direito anglo-saxónico, os direitos se extinguam com o decurso do tempo, a verdade é que o seu não exercício por um certo período implica a impossibilidade de tornar efetiva a correspondente garantia judicial. O que, no fundo, acaba por realizar rigorosamente a mesma função que o instituto da prescrição nos países continentais. Porém, de um lado temos um instituto de direito substantivo que *extingue* o direito, embora não exclua que este se continue a configurar como um direito natural; do outro lado, temos um instituto processual que não extingue o direito, mas impede o seu *enforcement* judicial. Na verdade, dois institutos aparentemente tão diferentes entre si e insuscetíveis de comparação, que acabam por ter tanto a ver um com o outro.

para um qualquer problema jurídico. Uma resposta assim tão extrema pode ser uma forma adequada de pensamento para as ciências sociais e políticas, mais preocupadas com a descrição de fenómenos sociais, mas não o é seguramente para a ciência jurídica, cujo objeto tem uma dimensão puramente normativa e se centra no estudo das regras jurídicas⁽⁵⁸⁾.

Finalmente, nos finais do século XX foi proposta uma nova abordagem metodológica: a da comparação crítica. Esta escola de pensamento surgiu essencialmente com a preocupação de retomar, no âmbito do direito comparado, a análise e a reflexão acerca das questões epistemológicas e metodológicas em torno da disciplina.

Uma das suas principais proposições foi a de que o paradigma da “comparação neutra” é uma falácia. Para os comparatistas críticos o direito comparado é sempre um exercício de alteridade: uma reflexão centrada em torno da relação eu-próximo. A comparação é, nesta linha de pensamento, um exercício acerca das *diferenças* entre as jurisdições em comparação e um exercício acerca da nossa relação com o Outro — os outros ordenamentos jurídicos, as outras culturas, as outras pessoas⁽⁵⁹⁾.

Por outro lado, uma das grandes virtudes da comparação crítica foi precisamente o de demonstrar que o tão desejado objetivo da neutralidade comparativa não é alcançável e que o direito comparado não poderia almejar a ser uma ciência neutral e asséptica. É incontornável que, quaisquer que sejam as metodologias empregues, uma investigação jus-comparatística será sempre influenciada pelas preconcepções e pelos enviesamentos culturais ou sociais que lhe sejam aportados pelos próprios investigadores.

Ao enfatizar a ideia de que o direito comparado assenta na *diferença* — e, em especial, no estudo da diferença — a doutrina da comparação crítica demonstrou que o direito comparado é capaz de fazer compreender melhor não só as culturas jurídicas estrangeiras, como também a nossa própria cultura jurídica. Por outro lado, ao acentuar o aspeto da diferença, esta abordagem metodológica ajuda a perceber que não há um ordenamento

⁽⁵⁸⁾ Assim, HOECKE, “Deep...”, cit., p. 167.

⁽⁵⁹⁾ Assim, cfr. STRAMIGNONI, “The King’s...”, cit., p. 766.

jurídico ideal e que a riqueza do direito, numa perspetiva comparada, está precisamente na diversidade e multiplicidade de culturas jurídicas⁽⁶⁰⁾.

Porém, a comparação crítica concentrou-se demasiado nos aspetos epistemológicos da disciplina quase ao ponto da endogamia. Para o comparatista crítico o objeto do direito comparado parece ser o próprio direito comparado, deixando para um distante segundo lugar a atividade de comparação de ordenamentos jurídicos propriamente dita.

O que acima ficou dito vem, quanto a nós, demonstrar que não há, e está muito longe de vir a haver, um consenso acerca da metodologia a empregar em direito comparado⁽⁶¹⁾. É certo que de cada modelo metodológico se podem retirar aspetos positivos, mas nenhum é capaz de responder integralmente às exigências que a investigação comparativa levanta.

A impossibilidade de seguir um modelo de abordagem metodológica que seja consensualmente aceite pela comunidade jurídica, significa que, em última instância, fica sempre a cargo do investigador a adaptação das diferentes metodologias possíveis às circunstâncias do objeto da sua investigação.

A linha diretriz, em todo o caso, terá sempre de ser a que o direito comparado visa a produção de conhecimento científico — e conhecimento científico *jurídico*⁽⁶²⁾ — não a mera simples descrição, ainda que com intuítos comparativos, de institutos jurídicos afins em diferentes ordenamentos jurídicos. As metodologias a empregar terão, pois, de estar à altura desta missão da disciplina e dos elevados padrões de investigação científica que ela implica.

O objeto de uma investigação jurídica comparativa terá de residir na individuação de um determinado conceito jurídico a partir de uma visão comparativa desse instituto. A metodologia empregue para o realizar irá, naturalmente, ser influenciada por essa circunstância, e visará procurar delimitar esse mesmo conceito tendo por base a

⁽⁶⁰⁾ Assim, acerca da importância da experiência da diferença e da pluralidade nas novas abordagens à disciplina do direito comparado, cfr. ANNE PETERS/HEINER SCHWENKER, “Comparative Law Beyond Post-Modernism”, in *International Comparative Law Quarterly*, n.º 49, p. 801.

⁽⁶¹⁾ Cfr. KONIJNENBELT, “Discours...”, cit., p. 122.

⁽⁶²⁾ Assim, cfr. RUFFIA, *Introduzione...*, cit., pp. 13-24, para quem o direito constitucional comparado se distingue de outras disciplinas comparatísticas — como, por exemplo, o *comparative government* — precisamente pela circunstância de ser uma disciplina jurídica visando a produção de conhecimento científico de cariz jurídico. No mesmo sentido, cfr. VERGOTTINI, *Diritto...*, 1999, cit., pp. 5-6.

identidade genética comum desse instituto nos vários ordenamentos jurídicos em comparação.

Fazê-lo implicará pois que o investigador se socorra, à medida que as necessidades da investigação o justifiquem, de diferentes combinações e articulações entre as abordagens metodológicas descritas, tendo sempre presente que o objetivo, longe de ser meramente descritivo, é o pensar criticamente e de uma forma original e inovadora, e sob uma perspetiva comparada, o instituto jurídico objeto da investigação.

7. Tradicionalmente associado ao direito comparado encontra-se o conceito de famílias jurídicas, desenvolvido por RENÉ DAVID⁽⁶³⁾, ao ponto de alguns autores incluírem a formação de famílias jurídicas entre as finalidades da ciência jus-comparatística⁽⁶⁴⁾. Nesta linha de pensamento, invariavelmente aponta-se uma grande divisão — a *summa divisio* — entre a família do direito anglo-saxónico e a família do direito continental europeu, as quais por seu turno se dividem sucessivamente em subfamílias. Assim, por exemplo, a família anglo-saxónica divide-se em direito americano e direito britânico; o direito continental europeu (ou romano-germânico) nos ramos francês e germânico e assim sucessivamente. De um modo geral, o resto do mundo — isto é, todos os ordenamentos que não integram a família romano-germânica nem a anglo-saxónica — ficam à margem desta categorização ou então são compartimentalizados em categorias absolutamente residuais, como a dos “direitos primitivos”⁽⁶⁵⁾ ou “direitos religiosos”⁽⁶⁶⁾.

Esta ideia da compartimentação em ramos do direito é fundamentalmente baseada numa conceção ocidental do mundo e a ela está subjacente um certo grau de

⁽⁶³⁾ RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 1998, *passim* (tradução brasileira: Hermínio A. Carvalho). Diferentemente, embora sem negar a importância “seminal” do trabalho de DAVID, sustentando que a origem da construção de famílias jurídicas em direito comparado remonta a MONTESQUIEU, cfr. CRUZ, *Comparative...*, cit., p. 26.

⁽⁶⁴⁾ Assim, cfr., por todos, VICTOR DAN ZLATESCU, “Quelques Aspects Méthodologiques de la Comparaison des Droits”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 35, p. 565.

⁽⁶⁵⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 136.

⁽⁶⁶⁾ ANCEL, *Utilité...*, cit., p. 42; MARY ANN GLENDON / MICHAEL WALLACE GORDON / CHRISTOPHER OSAKWE, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, São Paulo (Minnesota): West Publishing Co., 1982, p. 6.

discriminação contra os ordenamentos jurídicos que não se enquadrem da divisão dicotómica *Common Law*/Direito Continental⁽⁶⁷⁾. Como está suportada numa visão essencialmente eurocêntrica, é incapaz de integrar e compreender toda uma parcela da realidade jurídica que escapa ao mundo ocidental⁽⁶⁸⁾. Daí que esta classificação encare essas famílias jurídicas residuais como uma espécie de categorias em transição para um escalão civilizacional mais avançado — isto é, o modelo mais aproximado do modelo europeu/anglo-saxónico — e não merecedoras de uma atenção cuidada.

Embora seja desde logo duvidoso que desta divisão em famílias jurídicas resulte alguma utilidade particular para a investigação jurídica comparatística em geral⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾, o certo é que as afinidades invocadas como base da tradicional classificação dos ordenamentos jurídicos em famílias jurídicas⁽⁷¹⁾ têm uma utilidade para o direito constitucional comparado muito pouco satisfatória⁽⁷²⁾.

Os critérios de acordo com os quais se procede à categorização dos diferentes ordenamentos jurídicos em famílias jurídicas descuram completamente qualquer

⁽⁶⁷⁾ MERRYMAN, *The Loneliness...*, cit., p. 8.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. ANCEL, “Les Buts...”, cit., p. 12.

⁽⁶⁹⁾ Assim, referindo-se ao “fracasso da técnica ou prática das ‘famílias legais’ (*legal families*) ou dos ‘círculos jurídicos’ (*Rechtkreise*),” cfr. SIERRA, *Una Metodología...*, cit., p. 68.

⁽⁷⁰⁾ Não excluimos completamente a importância da taxonomia na epistemologia da ciência jurídico-comparativa. Esta operação, originalmente empregue na classificação dos seres vivos, é agora utilizada de um modo mais geral, podendo referir-se à classificação de outras realidades, bem como — já enquanto ciência autónoma — à própria disciplina que procede à classificação de coisas ou conceitos e ao estudos dos princípios subjacentes a essa classificação. Nessa perspectiva, a organização taxonómica, numa estrutura em árvore, das diferentes classificações dos ordenamentos jurídicos assemelha-se em muito àquela que, ainda nos dias de hoje, constitui o paradigma das classificações taxonómicas: o esquema classificatório dos seres vivos criado por CARL VON LINNÉ (sucessivamente organizado em reino, filo, classe, ordem, família, género e espécie) e pode revelar alguma utilidade na explicação e compreensão global da comparação jurídica. Porém, repetimos, parece-nos excessiva a afirmação de que a taxonomia seja uma das finalidades da ciência comparatística. Importa referir que esta classificação taxonómica das famílias de ordenamentos jurídicos não se confunde com a utilização mais comum da taxonomia no âmbito das ciências jurídicas, que é o das classificações abertas, isto é aquelas classificações que dizem respeito a um contexto classificatório específico. Com efeito, no âmbito específico de cada disciplina jurídica, o emprego de classificações faz-se num contexto relacional a partir de instituições emergentes da análise de terminologias normativas e que se baseia, diferentemente de quanto visto para outras classificações, numa semântica das descrições lógicas (assim, cfr. DAVIDE GROSSI / FRANK DIGNUM / JOHN-JULES CH. MEYER, “Contextual Taxonomies”, in J. LEITE / P. TORRONI (eds.), *Computational Logic in Multi-Agent Systems*, Berlim: Springer-Verlag, 2005, p. 36.

⁽⁷¹⁾ Cfr. GLENDON / GORDON / OSAKWE, *Comparative...*, cit., p. 4.

⁽⁷²⁾ Assim, RUFFIA, *Introduzione...*, cit., p. 28.

consideração de natureza jus-publicística⁽⁷³⁾. Por exemplo, a Alemanha e os Estados Unidos, que integram famílias jurídicas distintas e quase opostas, têm no plano do direito público — pelo menos sob algumas perspectivas — mais em comum do que, respetivamente, com a França ou o Reino Unido, ordenamentos que com eles partilham a mesma família jurídica: ambos os países são Estados federais e têm um sistema de fiscalização jurisdicional da constitucional de atos normativos bastante compreensivo e, em grande medida, com um assinalável número de aspetos comuns; já o mesmo não sucede com a França e o Reino Unido, que têm uma estrutura unitária e desconhecem (ou praticamente desconhece, no caso da França) a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis.

Daí que em direito constitucional comparado não nos pareça de qualquer utilidade o emprego do instrumento das famílias jurídicas; pelo menos, não no sentido em que ele é classicamente utilizado no direito comparado em geral⁽⁷⁴⁾.

A esse propósito poder-se-ia então levantar a questão de saber se haverá utilidade em encontrar um outro princípio orientador, específico para o direito constitucional comparado — uma espécie de famílias jurídico-constitucionais.

Com efeito, alguns autores propõem uma classificação deste estilo construída com base nos elementos de cada ordenamento constitucional que permanecem imutáveis e constantes ao longo dos tempos e imunes às mudanças sociais, políticas e jurídicas. Não é difícil, pois, identificar certas tipologias constitucionais próprias, agrupadas em torno de princípios agregadores comuns extraídos das constituições de certos ordenamentos que são, quais protótipos de um sistema constitucional⁽⁷⁵⁾, a referência de cada um desses tipos constitucionais e que irradiam a sua influência junto dos ordenamentos que histórica, geográfica ou culturalmente lhe estão mais próximos⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷³⁾ Assim, sustentando que não há lugar à aplicação de qualquer *summa divisio* no estudo comparado dos sistemas jurídico-administrativos — consideração que nos parece facilmente transponível para o contexto mais alargado do estudo comparado do direito constitucional — cfr. ZILLER, *Administrations...*, cit., p. 69.

⁽⁷⁴⁾ No mesmo sentido, cfr. BELL, “Comparing...”, cit., p. 247.

⁽⁷⁵⁾ Assim, VERGOTTINI, *Diritto...*, 1999, cit., pp. 60-61. O autor propõe uma classificação de acordo com um critério de “formas-tipo de governo,” agrupando os ordenamentos jurídicos nas tipologias presidencial, semipresidencial, parlamentar e diretorial.

⁽⁷⁶⁾ LUIS SANCHÉZ AGESTA, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, Madrid: IEP, 1963, p. 4.

Porém, se essas classificações são ou não úteis é uma questão sem resposta. Por regra, o direito constitucional comparado *não* carece necessariamente deste tipo de compartimentações. Não é de excluir que pontualmente seja conveniente recorrer a uma classificação de famílias jurídico-constitucionais para melhor sistematizar a apresentação das conclusões ou a escolha dos ordenamentos jurídicos em comparação. Mas as reservas que apontámos quanto à classificação *Common Law*/Direito Continental permanecem inteiramente válidas: mesmo adotando um critério jus-publicístico como base, uma classificação nestes moldes não deixaria, ainda assim, de estar fortemente influenciada por uma visão ocidentalizada do mundo e do direito e por uma incapacidade de compreensão e de integração das culturas jurídico-constitucionais que escapam às construções ocidentais típicas.

8. É comum encontrar na literatura da metodologia comparativa a referência à necessidade de se utilizar, em investigações de direito comparado, um elemento neutral de referência para a investigação — o *tertium comparationis*. Com efeito, é frequentemente referida a necessidade de “um terceiro elemento comum a ambos que reflita todos os aspetos de cada ordenamento jurídico que será comparado”⁽⁷⁷⁾.

Como já acima se referiu, um dos mais importantes *apports* dos mais recentes estudos epistemológicos de direito comparado foi precisamente o de demonstrar que a ideia de neutralidade asséptica é uma miragem, impossível de ser atingida⁽⁷⁸⁾. Não é crível que um comparatista se possa alçar a uma posição *supra-partes* e despir todas as ideias pré-concebidas e todas as influências da sua formação jurídica nacional

Nessa linha de raciocínio, a ideia de um *tertium comparationis* neutro é uma ideia cândida e, em certa medida, lúdica, sendo por conseguinte de pouca ou nenhuma utilidade, já que é uma função irrealizável e que arrisca confundir “no instituto nacional o modelo abstrato”⁽⁷⁹⁾.

Porém há que reconhecer que esta necessidade corresponde a algo de substantivo.

⁽⁷⁷⁾ BRITO, “The Ways...”, cit., p. 173.

⁽⁷⁸⁾ Assim, cfr. GÜNTHER FRANKENBERG, “Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, in *Harvard International Law Journal*, n.º 26, p. 455.

⁽⁷⁹⁾ VERGOTTINI, *Diritto...*, 1999, cit., p. 55.

Nenhuma investigação comparada se pode fazer sem um qualquer parâmetro de referência quanto ao instituto jurídico objeto do estudo comparativo. Qualquer que ele seja, esse instituto jurídico tem de ser adequadamente definido, de modo a que a investigação possa ser viável.

É claro que a definição deste parâmetro de referência da investigação comparada não pode deixar de ser formulada em termos suficientemente amplos para impedir a sua contaminação por influências nacionais ou ideias pré-concebidas. Por outro lado, há sempre de ser um parâmetro não absolutamente vinculativo, por forma a permitir que a investigação possa abranger as peculiaridades e idiosincrasias locais de cada ordenamento jurídico em comparação que, de outro modo e com uma delimitação em termos rigorosos do objeto da investigação comparatística, não poderiam vir a ser tidas em linha de conta⁽⁸⁰⁾.

Finalmente, não pode haver qualquer ilusão acerca de uma pretensa neutralidade do parâmetro de aferição da investigação⁽⁸¹⁾: embora a sua definição com a maior distância possível de qualquer ideia pré-concebida deva constituir um objetivo prioritário do investigador, há que aceitar logo à partida que, por maior que seja o esforço desenvolvido, não se pode encontrar um conceito jurídico único e universal e que se apresente em todos os ordenamentos jurídico com a mesma configuração e conteúdo. De facto, a falta de total correspondência entre conceitos jurídicos em diferentes ordenamentos é um dos grandes problemas do comparatista⁽⁸²⁾: saber ultrapassá-lo é, pois, uma necessidade imprescindível para que a investigação possa ser conduzida a bom termo.

É ainda de referir que, como é bom de ver, a necessidade de um parâmetro de referência verifica-se apenas nas comparações do tipo *micro-comparações*, já que não terá qualquer utilidade no caso das *macro-comparações*⁽⁸³⁾.

⁽⁸⁰⁾ Assim, cfr. KNAPP, “Problèmes...”, cit., p. 77.

⁽⁸¹⁾ Assim, ZILLER, *Administrations...*, cit., p. 11.

⁽⁸²⁾ Cfr. DAVID, “Méthode...”, cit., p. 101.

⁽⁸³⁾ Assim, o estudo macrocomparatístico em direito constitucional comparado orienta-se por uma preocupação de “abarcар tudo em esquemas totalizantes e, por isso, abstratos” (MIRANDA, “Notas...”, cit., p. 203) de sentido classificatório ou de identificação de tipologias constitucionais entre os diversos Estados em comparação. Já as micro-comparações têm uma natureza monográfica, esgotando-se na investigação de um tema particular circunscrito a assuntos que, numa perspetiva sistemática global da problemática constitucional, têm uma natureza parcelar e pontual. Sobre a distinção cfr. ainda ZWEIGERT / KÖTZ, *Introduction...*, cit., pp. 4-5; e RUFFIA, *Introduzione...*, cit., p. 9.

O conceito de parâmetro de referência relaciona-se intimamente com a doutrina da comparação funcional⁽⁸⁴⁾. Como já vimos, apesar de ser uma abordagem metodológica que está longe da perfeição, a comparação funcional tem grandes virtualidades. Assim, a aplicação deste parâmetro de referência deve fazer-se de acordo com a doutrina funcionalista: tendo a preocupação de definir o objeto da investigação de um modo funcional, e não estrutural ou nominal, de modo a reconhecer como “as sociedades modernas, em diferentes épocas e sob climas diferentes e em condições sociais igualmente diferentes, chegam de maneira convergente a satisfazer as necessidades da vida social e a responder por aí a todas as finalidades de qualquer sistema de direito”⁽⁸⁵⁾.

9. Uma outra importante consideração metodológica acerca da investigação em direito comparado é a da profundidade da investigação. Como com qualquer outra investigação científica, a investigação jurídico-comparativa deve ser aprofundada — não se pode, pois, bastar com o estudo árido das normas jurídicas *per se* — e assente numa apreciação crítica e ponderada dos dados recolhidos⁽⁸⁶⁾.

Desde logo, a investigação comparatística não se basta *apenas* com o estudo das normas jurídicas de fonte legal: há que considerar também o estudo de normas provenientes de outras fontes, tendo sempre presente que, como refere RENÉ DAVID, a matéria das fontes de direito pode ser disciplinada por diferentes princípios, dependendo do ramo do direito em causa⁽⁸⁷⁾. Mas, ainda assim, a comparação tem de ir mais longe.

Na verdade, o mero estudo das normas jurídicas pode mesmo revelar-se absolutamente irrelevante ou dar azo à representação de “uma ideia falsa da realidade”⁽⁸⁸⁾. Ora, particularmente no campo do direito constitucional, as normas — desligadas da “história, cultura, valores sociais e consciência geral e perceções de um dado povo” a que servem de expressão⁽⁸⁹⁾— podem perder grande parte do seu

⁽⁸⁴⁾ Cfr. VERGOTTINI, *Diritto...*, cit., pp. 56-57.

⁽⁸⁵⁾ ANCEL, “Comparabilité...”, cit., pp. 5-6.

⁽⁸⁶⁾ Assim, para ZWEIGERT (“Méthodologie...”, cit., p. 595), “[a] apreciação crítica dos resultados obtidos pela comparação é [...] uma parte necessária do trabalho comparativo.”

⁽⁸⁷⁾ RENÉ DAVID, “Sources of Law”, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, Cap. 3, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1984, p. 3.

⁽⁸⁸⁾ MIRKINE-GUETZEVICH, “Les Méthodes...”, cit., p. 401.

⁽⁸⁹⁾ GLENDON / GORDON / OSAKWE, *Comparative...*, cit., p. 10.

significado. O seu conteúdo e o verdadeiro teor dos seus comandos normativos só podem, frequentemente, ser apreendidos se se tiver em consideração todo o contexto extrajurídico — essencialmente o contexto político — em que a norma surgiu e em que é interpretada e aplicada.

Daí que haja de “procurar, por detrás das aparências enganadoras, a verdade material”⁽⁹⁰⁾ mediante o afastamento de um certo tipo de raciocínio estritamente jurídico na direção de um grau ainda mais aprofundado de pesquisa. Há que fugir, pois, a uma certa tendência, frequente entre os comparatistas, de limitar a investigação comparatística à mera descrição, ainda que por vezes comentada, das regras jurídicas estrangeiras. Nada poderia ser mais alienígena à verdadeira essência do direito comparado.

Em direito constitucional comparado impõe-se que a investigação se não limite a uma mera exposição das normas constitucionais relativas a um dado instituto em vigor num determinado ordenamento jurídico. É conveniente, por exemplo, apelar ao contributo de outras ciências e disciplinas que possam ajudar à compreensão da realidade jurídico-constitucional⁽⁹¹⁾, com particular destaque para a ciência política⁽⁹²⁾. Nesta disciplina é indiscutível que cada norma carrega consigo uma enorme bagagem histórica e, muitas vezes, o seu conteúdo é ditado por uma longuíssima evolução e adaptação ao longo dos tempos⁽⁹³⁾. O ponto de partida investigativo tem, pois, de ter como pressuposto metodológico “a radical historicidade de toda a teoria sobre a constituição, que em cada caso é fruto da sua época e nada mais”⁽⁹⁴⁾, o que não sucede — ou, pelo menos, não sucede com tanta frequência — no campo das investigações comparativas em direito privado⁽⁹⁵⁾.

As normas constitucionais são o resultado de um processo dinâmico e permanente que envolve as estruturas políticas e sociais de uma dada comunidade estadual e da

⁽⁹⁰⁾ MIRANDA, “Notas...”, cit., p. 191.

⁽⁹¹⁾ HOECKE, “Deep...”, cit., p. 191.

⁽⁹²⁾ Assim, cfr. MIRKINE-GUETZEVICH, “Les Méthodes...”, cit., p. 397.

⁽⁹³⁾ Nesse sentido, cfr. SIERRA, *Una Metodología...*, cit., p. 50.

⁽⁹⁴⁾ CASANOVA, “La Idea...”, cit., p. 74.

⁽⁹⁵⁾ Assim, cfr. JOHN BELL, “La Comparaison en Droit Public”, in *Mélanges en l’Honneur de Denis Tallon*, Paris: Société de Législation Comparée, 1999, p. 33, para quem a comparação em direito público, e diferentemente de quanto sucede relativamente ao direito privado, exige que se tenha em consideração todo o contexto institucional que envolve determinada questão jurídico-pública.

interação destas com o sistema jurídico⁽⁹⁶⁾. Se a afirmação de que nenhuma norma pode ser inteiramente compreendida se retirada do seu contexto histórico, social e político já é vulgarmente uma afirmação verdadeira, ela cobra ainda mais força e revela-se mais assertiva quando está em causa o estudo de normas constitucionais, para o qual é absolutamente inviável desligar o objeto da investigação (: as normas constitucionais) da cultura jurídica em que aquele se integra⁽⁹⁷⁾.

O direito constitucional é seguramente o ramo do direito em que mais relevante é ir *para além* da norma jurídica para encontrar o seu verdadeiro conteúdo ou sentido; a explicação ou justificação de uma qualquer solução está, por vezes, enraizada de tal forma na história de um Estado que a sua interpretação é indissociável desses factos históricos que estão na sua origem. O sentido e o alcance com que uma norma jurídica vigora num determinado ordenamento jurídico e a forma como ela é interpretada e aplicada pelas instituições e pelos cidadãos desse país só podem verdadeiramente apreendidos com uma investigação realmente aprofundada.

Neste ponto da nossa reflexão é necessário conceder uma ênfase especial à dimensão institucional do direito constitucional. Mais do que em qualquer outro ramo do direito, o direito constitucional é o resultado imediato da atividade do sistema político; ou seja o produto direto das instituições políticas de uma sociedade. O direito constitucional espelha imediatamente as opções jurídicas e políticas mais fundamentais dessa sociedade, tal como elas são expressas e interpretadas pelas suas instituições políticas.

É fundamental, numa investigação de direito constitucional comparado, encontrar e identificar essas idiosincrasias nacionais, próprias e específicas de cada sociedade, e saber articulá-las com o objeto da investigação. É por isso imprescindível que haja um contacto direto com as instituições políticas dos ordenamentos jurídicos que estão em comparação, procurando fugir a uma pesquisa essencialmente bibliográfica.

Esse contacto deve, tanto quanto possível, desenvolver-se em múltiplos níveis. Não só através de uma familiarização com as principais instituições políticas e sociais de um

⁽⁹⁶⁾ Cfr. BELL, “Comparing...”, cit., p. 244.

⁽⁹⁷⁾ Para uma aproximação ao conceito de cultura jurídica e da sua importância face ao direito comparado, cfr. MARTIN VAN HOECKE / MARK WARRINGTON, “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, in *International Comparative Law Quarterly*, n.º 47, pp. 495-ss.

Estado, mas também através de um contacto direto com os principais atores políticos e institucionais desse país.

É, evidentemente, uma tarefa exigente, mas em todo o caso imprescindível.

10. Um dos mais importantes temas em direito comparado — um que se revela ‘ubíquo’ ao longo de toda e qualquer comparação jurídica⁽⁹⁸⁾ — é o da diversidade linguística. A investigação jus-comparatística é virtualmente impossível sem o domínio das línguas correspondentes aos ordenamentos jurídicos envolvidos na investigação.

O principal óbice à investigação comparada e provavelmente a maior limitação sentida pelos comparatistas é o da diversidade linguística e a dificuldade no acesso às fontes redigidas em línguas que não se dominam⁽⁹⁹⁾.

É imprescindível que um investigador em direito comparado seja proficiente em todas as línguas envolvidas na sua investigação. A confrontação com uma língua que se desconhece é uma barreira inultrapassável: a investigação realizada através de fontes secundárias (i. é, numa terceira língua e, normalmente, escritas por autores estrangeiros) é uma investigação de sucedâneos e, conseqüentemente, imprestável para a obtenção de conclusões válidas.

Nessa medida há quem faça apelo à aplicação às investigações comparativas da técnica da *tradução funcional*⁽¹⁰⁰⁾ que é, note-se, uma técnica que não é específica da tradução jurídica. É evidente que a tradução funcional tem uma certa analogia com a noção que demos de comparação funcional. Naquela está em causa não só a tradução de um texto, mas sobretudo “o processo de comunicação em que o mesmo vai inserido”⁽¹⁰¹⁾. Trata-se, enfim, de assegurar que a tradução jurídica — sobretudo quando está em causa precisamente prosseguir uma finalidade jurídico-comparativa — não se limite à tradução literal da linguagem utilizada pela doutrina, jurisprudência e legislação de todos os ordenamentos considerados. É necessário não só “conhecer o autêntico significado dos

⁽⁹⁸⁾ STRAMIGNONI, “The King’s...”, cit., p. 761.

⁽⁹⁹⁾ RUFFIA, *Introduzione...*, cit., p. 22.

⁽¹⁰⁰⁾ A propósito da tradução funcional veja-se a obra de CHRISTIANE NORD (*Übersetzungshandwerk – Übersetzungskunst*) citada em SIERRA, *Una Metodología...*, cit., p. 108, n. 129.

⁽¹⁰¹⁾ SIERRA, *Una Metodología...*, cit., p. 108.

termos empregues”⁽¹⁰²⁾, como compreender claramente o contexto em que a terminologia jurídica vem utilizada na língua e ordenamento de origem.

O domínio das línguas é, pois, um requisito fundamental e determinante de toda a investigação, a começar desde logo pelos ordenamentos jurídicos que irão ser incluídos na investigação comparativa⁽¹⁰³⁾.

Por outro lado, a questão linguística não se coloca apenas na vertente da recolha de dados e da, por assim dizer, investigação de campo. O problema da diversidade linguística coloca-se ainda num segundo plano — o da exposição ou divulgação dos resultados da investigação que se levou a cabo.

Neste ponto, estamos claramente remetidos para a área da semiótica jurídica.

A investigação em direito comparado tem uma dimensão uma natureza muito peculiar, porque envolve a tradução altamente qualificada de uma linguagem extremamente técnica e, mais importante do que as questões meramente linguísticas, de conceitos jurídicos.

O direito comparado tem, pois, de recorrer aquilo a que a semiótica jurídica chama de “referentes jurídicos”⁽¹⁰⁴⁾.

As expressões usadas em direito constitucional, como aliás no direito em geral, não valem pelo seu elemento literal. Elas abandonam o seu sentido original enquanto conjuntos articulados de palavras e adquirem o estatuto de significantes, formando uma metalinguagem relacionada com os conceitos jurídicos a que servem de referentes. Estas expressões deixam de representar a combinação do valor semântico das palavras que as compõem e passam a remeter para uma ideia abstrata — um conceito jurídico.

Passam a ser expressões totalmente desligadas do seu valor literal e remetem para ideias e conceitos que em muito o transcendem.

⁽¹⁰²⁾ SIERRA, *Una Metodología...*, cit., p. 103. Para a autora, com muito acerto, esta necessidade “alia o conhecimento da língua e o conhecimento do objeto material do estudo.”

⁽¹⁰³⁾ Cfr. MERRYMAN, *The Loneliness...*, cit., p. 11.

⁽¹⁰⁴⁾ GAMBARO / SACCO, *Sistemi...*, cit., p. 6. Estes autores falam ainda de “cripto-tipos” para se referirem a formantes jurídicos não expressos e que seriam identificados por intermédio da comparação “quando — como ocorre frequentemente — uma noção implícita num sistema é explícita num outro. [...] O conjunto dos cripto-tipos que dominam um dado ambiente incide de modo relevante sobre a ‘mentalidade’ do ambiente em questão. As assimetrias entre as bagagens de cripto-tipos que dominam em ambientes diversos representam o principal obstáculo a uma feliz e mútua compreensão entre os juristas de proveniência territorial diversa.”

Na investigação comparada a função do comparatista não é a de tradutor ou mesmo a de tradutor jurídico. Muito diferentemente, incumbe ao investigador de direito comparado exprimir adequadamente os elementos conceptuais ou abstratos para que remete a língua de origem. Nestes casos, a escolha de um mero equivalente fonético raramente é acertada⁽¹⁰⁵⁾.

Estas são matérias a que vários autores dedicaram uma grande atenção, com uma referência especial na literatura italiana a RODOLFO SACCO. Este propõe um conjunto de soluções para os problemas da semiótica jurídica. Idealmente, o comparatista deve procurar encontrar, na sua língua ou na língua de trabalho da investigação, a expressão ou termo que traduza fielmente não a expressão original mas a realidade conceptual a que ela se refere.

Frequentemente, porém, essa solução é inviável. Muitos conceitos não surgem rigorosamente com a mesma delimitação e o mesmo sentido em todos os ordenamentos jurídicos; noutros casos, a doutrina de um dado ordenamento jurídico separa dogmaticamente aquilo que, num outro ordenamento, é encarado como uma unidade conceptual; noutros ainda, pura e simplesmente desconhecem-se certos conceitos jurídicos.

Nestes casos, GAMBARO e SACCO propõem aos comparatistas o emprego de um conjunto de soluções cuja pertinência justifica que sejam tidas em consideração⁽¹⁰⁶⁾:

- a introdução de um neologismo, mediante a ‘nacionalização’ de uma palavra ou expressão estrangeira;
- o uso da expressão na sua língua original, sem a traduzir;
- a formação de um neologismo, uma nova expressão na própria língua do comparatista, definindo o conceito jurídico a que ela se vai referir⁽¹⁰⁷⁾;
- o recurso à *metalinguagem*, através da criação de uma nova terminologia que, no contexto da investigação, se coloque acima de todos os ordenamentos jurídicos

⁽¹⁰⁵⁾ Assim, cfr. GAMBARO / SACCO (*Sistemi...*, cit. p. 10) para alguns exemplos de falta equivalência entre conceitos jurídicos simbolizados por expressões que são foneticamente equivalentes. Como referem estes autores, mesmo em “países que falam a mesma língua podem existir vocabulários jurídicos diferentes.”

⁽¹⁰⁶⁾ GAMBARO / SACCO, *Sistemi...*, cit., pp. 12-13. Cfr. também SACCO, “Legal...”, cit., pp. 19-20.

⁽¹⁰⁷⁾ Assim, sugere SACCO (“Legal...”, cit., p. 14) que se pode definir o significado preciso de um termo da língua de origem traduzindo-o para a língua de destino através de uma expressão complexa que exprima rigorosamente a realidade conceptual a que aquele se refere.

e sirva como ‘moeda-de-troca’ relativamente aos diferentes termos ou expressões em cada uma das línguas.

Para nós, e contrariamente às reservas que alguns autores lhe apõem, cremos que a solução da metalinguagem se afigura como uma resposta adequada aos problemas contemporâneos da comparação jurídica. É certo que não ignoramos o risco de “petrificação de categorias linguísticas”⁽¹⁰⁸⁾ que muito justamente vem apontado a esta metodologia de trabalho. Por essa mesma razão parece-nos desajustada a pretensão de elevar essa metalinguagem a um quadro referencial aplicável a todas as investigações comparativas relativas a tendencialmente todo tipo de matérias. O exemplo da criação de glossários jurídicos universais contendo meta-expressões que seriam utilizadas parece claramente desajustado⁽¹⁰⁹⁾. Porém, no quadro de cada concreta investigação comparativa afigura-se como totalmente aceitável a definição preliminar de um conjunto de meta-expressões que servirão de código de leitura da exposição subsequente. Desse modo se ultrapassa a dificuldade que um código terminológico universal e geral seguramente colocaria ao nível da (in)adaptabilidade da ciência jurídica à evolução das realidades sociais e à própria dinâmica dos fenómenos jurídicos — a natureza “essencialmente móvel do direito”⁽¹¹⁰⁾ —, sem porém pôr em causa a necessidade de clareza e rigor conceptual na realização e divulgação da investigação jurídica comparada.

Não há dúvida, porém, de que o problema da diversidade linguística e da complexidade terminológica é uma das questões mais complexas e mais difíceis que se

⁽¹⁰⁸⁾ SIERRA, *Una Metodología...*, cit., p. 118.

⁽¹⁰⁹⁾ GUTTERIDGE menciona a esse propósito uma sugestão adotada em 1949 pela Academia de direito comparado no sentido de ser instituído um Dicionário Internacional de Terminologia Jurídica redigido em cinco línguas (alemão, espanhol, francês, italiano e inglês) e que serviria de repositório para a nomenclatura jurídica internacional, particularmente no que diz respeito às investigações de direito comparado (GUTTERIDGE, *Comparative...*, cit., pp. 117-ss.). Outros exemplos do mesmo género encontram-se nos instrumentos jurídicos elaborados pela Comissão Europeia com vista a incentivar o processo de uniformização e harmonização do direito dos diversos Estados membros, cuja elaboração e redação se faz através do emprego de glossários das nomenclaturas a empregar e de acordo com normas redatoriais previamente adotadas (cfr. WILLIAM ROBINSON, “How the European Union Drafts Legislation in 20 Languages”, in *Clarity – Journal of the International Association Promoting Plain Legal Language*, n.º 53, pp. 5-7).

⁽¹¹⁰⁾ ANCEL, “Comparabilité...”, p. 6.

colocam em direito comparado e que funciona como um dos principais óbices à realização de uma investigação aprofundada e produtiva.

11. Finalmente, chegamos ao último aspeto metodológico do direito comparado a ter em consideração na nossa análise — o do dilema na escolha dos ordenamentos jurídicos a incluir no estudo comparativo.

Esta é naturalmente uma escolha difícil com a qual o comparatista se tem de debater e que está intimamente ligada ao próprio objeto do estudo comparativo. Quando a pesquisa tenha uma clara identidade regional, o critério da escolha dos ordenamentos a comparar é quase autoevidente (p. ex., o estudos dos *ombudsmen* nos países escandinavos). O mesmo se diga de estudos que tenham uma raiz política (determinado instituto nos países da União Europeia, por exemplo) ou cultural (nos países de uma certa língua oficial ou nos países que pertençam a uma mesma identidade religiosa ou étnica).

Porém, quando falte um elemento de conexão assim tão óbvio, o comparatista tem necessariamente de partir para a difícil fase de fazer escolhas. Como ideal, quantos mais ordenamentos, melhor — uma comparação à escala global seria, porventura, aquela que permitiria obter conclusões mais abstratas mas, por outro lado, mais desligadas dos aspetos concretos e particulares de cada caso⁽¹¹¹⁾.

Mas, como diz o adágio popular, “o ótimo é inimigo do bom”: a ambição desmesurada pode ser a primeira causa do fracasso de uma investigação e, naturalmente, os comparatistas também são humanos. Daí que seja vivamente aconselhável anuir ao “princípio de uma sábia limitação”⁽¹¹²⁾ pois se se pretende efetivamente obter resultados válidos, a comparação não pode ser “indiscriminada”⁽¹¹³⁾.

Dentro das balizas que foram sendo traçadas nas linhas antecedentes, a escolha dos ordenamentos jurídicos a comparar passará por critérios que permitam otimizar o resultado visado pela investigação — a produção de conhecimento jurídico-científico.

É, de resto, indesmentível que no caso específico de investigações que tenham por objeto o estudo de certos institutos jurídico-constitucionais particulares o critério a empregar deve atender, tanto quanto possível, à escolha de ordenamentos jurídicos que

⁽¹¹¹⁾ ZLATESCU, “Quelques...”, cit., p. 560.

⁽¹¹²⁾ ZWEIGERT, “Méthodologie...”, cit., p. 584.

⁽¹¹³⁾ GUTTERIDGE, *Comparative...*, cit., p. 73.

tenham entre si “substanciais analogias nos seus princípios informadores e nas suas linhas estruturais,” pois, de um modo geral, nesse contexto será possível realizar uma investigação mais produtiva⁽¹¹⁴⁾.

O domínio da língua — ou a sua falta — é também um elemento determinante na escolha dos ordenamentos jurídicos: sob pena de se incorrer no risco de fracassar o propósito investigação, não é de todo recomendável que se inclua numa investigação comparada ordenamentos jurídicos cuja língua o investigador desconhece ou não domina de modo competente⁽¹¹⁵⁾, circunstância que, como é evidente, reduz significativamente o leque de ordenamentos que se poderão investigar⁽¹¹⁶⁾.

III. Síntese conclusiva: a utilidade dos considerandos metodológicos

12. Numa qualquer investigação em que se procure proceder ao estudo de um instituto jurídico-constitucional sob uma perspetiva comparada parece desnecessário fazer anteceder a investigação de uma exaustiva exposição, em capítulos separados, acerca do instituto objeto da investigação tal como este se configura em cada um dos ordenamentos escolhidos para comparação. De um modo geral uma tal opção seria desprovida de grande interesse ou utilidade expositiva. Mas tal, evidentemente, não significa que esse levantamento não deva ser efetuado. Efetivamente, se é possível adiantar que a investigação comparativa se desdobra em três fases — a fase analítica, a fase integrativa e a fase comparativa, propriamente dita⁽¹¹⁷⁾ — será nesta última fase que se procederá “à apresentação das conclusões a que se chegou depois dos confrontos feitos entre os diversos ordenamentos à luz dos critérios comparatísticos” empregues. É esta última fase, pois, que “consubstancia, no fundo, a verdadeira comparação jurídica”⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁴⁾ RUFFÀ, *Introduzione...*, cit., p. 24.

⁽¹¹⁵⁾ Assim, ZWEIGERT, “Méthodologie...”, cit., p. 585 ; SIERRA, *Una Metodología...*, cit., p. 103.

⁽¹¹⁶⁾ Assim, cfr. OLE LANDO, “The Worries of a Comparatist”, in *Mélanges en l’Honneur de Denis Tallon*, Paris: Société de Législation Comparée, 1999, p. 139.

⁽¹¹⁷⁾ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, Coimbra: Almedina, 1994, p. 22.

⁽¹¹⁸⁾ GOUVEIA, “Considerações...”, cit., pp. 42-43.

Efetivamente, a propósito da metodologia em direito comparado, também CONSTANTINESCO refere um processo a três fases: em primeiro lugar a *análise*, em segundo lugar a *compreensão*, e finalmente a *síntese*⁽¹¹⁹⁾. Uma investigação dirigida ao estudo de um determinado conceito jurídico-constitucional como uma categoria geral abstrata comumente partilhada pelos diferentes ordenamentos jurídicos abrangidos pelo estudo, dispensa que se verta a escrito o trabalho desenvolvido naquelas duas fases iniciais, que é um trabalho essencialmente preparatório. Estas tarefas estão a montante do momento da investigação que o estudo comparativo corporiza: este é, na terminologia de CONSTANTINESCO, o momento de fazer a síntese em torno de uma abordagem comparativa à figura do instituto jurídico que é objeto da investigação.

Não se preconiza, desse modo, uma abordagem metodológica assente na utilização de questionários ou tabelas comparativas, sendo mais recomendável a utilização de uma abordagem “pragmática,” metodologia que, além de ser a mais indicada nas investigações individuais, permite “a abordagem do objeto de investigação propriamente dito a partir de diferentes pontos de vista, à medida das leituras”⁽¹²⁰⁾.

A investigação comparativa em direito público deverá idealmente dirigir-se à identificação da figura objeto da investigação enquanto um tipo jurídico ideal, um conceito arquétipo que serve de denominador comum — de quadro teórico referencial — às diferentes conformações e concretizações que essa mesma figura encontra em cada um dos concretos ordenamentos jurídico-constitucionais em comparação.

Com efeito, entre os inúmeros fins e objetivos que CONSTANTINESCO atribui ao direito comparado, há uma referência que nos parece particularmente digna de nota: embora rejeitemos claramente qualquer conceção que aceite ou admita a existência de uma ‘arquetipologia universal’ na qual subingresssem todas as realidades jurídicas atuais e futuras, não temos qualquer pejo em aceitar que a definição de “tipos jurídicos abstratos” se inclua claramente entre os resultados naturais da atividade jurídico-comparativa⁽¹²¹⁾.

Desse modo, o comparatista “não elabora ‘noções jurídicas abstratas’ mas simplesmente esclarece os *elementos comuns* que os concretos termos em comparação

⁽¹¹⁹⁾ CONSTANTINESCO, “Les Buts...”, cit., p. 159.

⁽¹²⁰⁾ ZILLER, *Egalité...*, cit., p. 6.

⁽¹²¹⁾ LEONTIN-JEAN CONSTANTINESCO, *Traité de Droit Comparé*, vol. II, Paris: LGDJ, 1974, p. 318.

possuem nas diversas ordens jurídicas” e que funcionam como “o denominador comum, institucional ou funcional, às diversas ordens jurídicas”⁽¹²²⁾.

Essa deve claramente ser a orientação metodológica a presidir a uma investigação comparada em direito constitucional: a procurar de um figurino concetual abstraído dos elementos acidentais que lhe são apostos em cada concreto ordenamento jurídico em comparação. A partir do “fenótipo,” qual manifestação empírica pontual e localizada em cada ordenamento jurídico, deverá o investigador procurar encontrar o “genótipo”⁽¹²³⁾.

Não se trata assim de procurar, através de um modelo da tabela comparativa, escapelizar o instituto objeto da comparação em cada um dos ordenamentos jurídicos sobre os quais incida a investigação — trata-se, isso sim, de encontrar “o conceito superior correspondente à função comum”⁽¹²⁴⁾ de modo a topar em cada um desses ordenamentos os elementos comuns que permitam definir o instituto jurídico investigado como uma figura típica ideal.

⁽¹²²⁾ CONSTANTINESCO, *Ob. e loc. cit.*

⁽¹²³⁾ Assim, RODOLFO SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, 5.^a ed., Turim: Utet, 2003, p. 37.

⁽¹²⁴⁾ ZWEIGERT, “Methodologie...”, cit., p. 594.