

**A PROBLEMÁTICA DA REFLEXÃO
JUSCOMPARATÍSTICA
(Uma rápida visita, ou ... algumas notas para o
roteiro de uma peregrinação)***

Fernando José Broze
Universidade de Coimbra

1. Para honrar –para tentar honrar, deverei eu humildemente dizer ...– um gratíssimo acordo de cooperação institucional, que nos une há cerca de meio século, o Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra indigitou-me para integrar, este ano, a delegação dos seus professores à Semana Jurídica Portuguesa na Faculdade irmã da Universidade de Santiago de Compostela.

Empenhar-me-ei em não desmerecer a pesada responsabilidade que me foi confiada. E, se me permitem o recurso à metáfora –que procurarei esclarecer dentro em breve–, vestirei, para o efeito, o hábito do peregrino e apoiar-me-ei no bordão que lhe pertence.

Antes, porém, pretenderia saudar respeitosamente a Faculdade de Direito da Universidade, que tão fidalgamente nos recebe, pela ainda próxima passagem do seu quingentésimo aniversário – uma idade que proporciona as coordenadas necessárias para deixar ver, com rigor, aquilo para que se olha, permitindo, por isso, ajuizar, com profunda sabedoria, dos problemas do mundo (das inquietações das pessoas que o compõem...), e que não pode considerar-se excessiva porque (como tantas vezes acontece com as instituições ...) beneficia do influxo das sucessivas gerações, que a animam e renovam.

* Comunicação apresentada no âmbito da Semana Jurídica Portuguesa, organizada pela Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, no dia 28 de Maio de 1997.

E gostaria igualmente de dirigir duas sinceras palavras à região e à cidade que nos acolhem com a mesma solícita fraternidade que prodigalizaram, ao longo de séculos, a todos quantos as demandaram. A belíssima Galiza (“Lugar máis hermoso / no mundo n’ achara / que aquél de Galicia / ¡Galicia encantada!” – o que não admira, porque se trata de “un xardín [...] en donde a man do home cede o seu posto á man de Dios”, nos versos marcados pelo genuíno telurismo de Rosalía de CASTRO) (1) e, em particular, Santiago de Compostela, ocupam, decerto, um lugar central na memória que compartilhamos. A Galiza –a pátria augusta do “Galego cauto”, de que fala CAMÕES (2) – é apenas uma expressão particular do rosto que há muito nos identifica, e Santiago de Compostela o sítio que, logo no início do percurso que temos vindo a trilhar em comum, obviamente se nos impôs, atento o referente em que nos re-víamos, como altar de recolhimento (pois não se disse já que “toda a alma cristã [vai sempre a Santiago, seja] em vida, [seja] em morte”?...) (3). O orago que deu o nome à Vossa terra foi para os portugueses, até “aos fins do século XIV”, o *tutor patriae* (4), e as peregrinações que congregou (lembre-se o modo inflamado como Beatriz o disse a Dante: “[...] ‘Mira, mira: ecco il barone / per cui là giú si vicit Galizia’”) (5) rasgaram geograficamente caminhos por que seguimos e desvelaram intencionalmente sentidos que assumimos. Exemplificá-lo-ei com duas breves notas. Não era o direito medieval caracterizado por uma “mútua compenetração dos poderes eclesiástico e civil”, determinante da “aceitação recíproca das leis [, promulgadas por um e outro,] por parte de ambas as autoridades”? Pois bem: já se sustentou, e fundadamente, que aquela “harmoniosa actuação das diversas entidades sociais medievais é um dos maiores frutos da peregrinação

(1) Cf. *Cantares gallegos*, Madrid 1994, respectivamente 31 e 21.

(2) Cf. *Os Lusíadas*, canto III, 19, 5, na ed. da Imprensa Nacional, Lisboa 1931, 81.

(3) Assim – reportando-se, embora, a uma convicção de D. Quixote, está bem... –, Aquilino RIBEIRO, *Estrada de Santiago*, s./l. 1985, 216. V. igualmente Mário CLÁUDIO, *O Pórtico da Glória*, Lisboa 1997, 216.

(4) Cf. Joaquim VERÍSSIMO SERRÃO, *Os caminhos portugueses de Santiago – séculos XII-XVI*, Paris 1974, 13.

(5) Cf. DANTE, *A divina comédia*, III Paraíso, canto XXV, 17 s., na ed. devida a Vasco Graça Moura, Venda Nova 1995, 812. Mário CLÁUDIO, no romance acima (na n. 3) citado (cf. 192 s.), observa que “ox romeiros da Europa [afluíam a Santiago], cegos ao que não correspondesse à direcção marcada pela [sua] bússola interior”, sendo aí “reubicados pelos profetas e pelos santos e pelos anjos [“do Pórtico da Glória”], essas “excelsas figuras de pedra, sentinelas do tempo dos tempos, que um sopro de Deus trabalhou”.

jacobeia” (6). E não foram mesmo estas jornadas que possibilitaram a troca de ideias e a permuta de práticas pelos “homens das várias nações”, enriquecendo-os reciprocamente e originando a constituição do “fundo comum do espírito europeu” (7) (mas não será que, actualmente, a União, que integramos, o está, pelo menos em parte, a preten-der substituir por outro, mais ... dessoradamente eficaz no seu quase estrito pragmatismo economicista e traçado a régua e esquadro nos estiradores dos seus arquitectos, ou ... tridimensionalmente projectado nos seus potentes computadores – os euro-optimistas irreticentes perdoarão que a minha ignorância atrevida o insinue ...)?!...

2. Aludirei agora, como prometi, à explicitação da metáfora há pouco utilizada (cujo sentido os desenvolvimentos subsequentes se encarregarão de melhor decifrar).

Interroguei-me, naturalmente, sobre o tema que deveria escolher para esta prelecção. Ao olhar-me, na minha circunstância de professor de Direito da Universidade de Coimbra, incumbido de usar da palavra perante a comunidade científica da Escola Jurídica Compostelana, logo percebi que, irredutivelmente, havia sido investido no estatuto de visitante (e, desejavelmente, de visitante reflexivo ...) de um horizonte cultural e jurídico com semelhanças e diferenças em relação àqueloutro a que pertenço, o que de imediato me levou a eleger a desafiante experiência que assim se perfilava diante de mim, enquanto condição pressupponente de qualquer concreto exercício juscomparativo, como o “nó do espírito” a desatar nos minutos de que poderia curialmente dispor. Uma opção que, por outro lado, me desoneraria da sempre incómoda abordagem de uma problemática enquadrável em qualquer das mais ou menos tradicionais áreas do direito, já inspiradamente esquadrinhadas por Mestres e Colegas meus, de Santiago e de Coimbra, em sessões anteriores destes nossos encontros bienais. E, bem vistas as coisas, não é igualmente verdade irromperem nas margens do pensamento jurídico — a que, afinal,

(6) Assim Elias VALIÑA SAMPEDRO, *El camino de Santiago. Estudio Historico-Juridico*, Madrid 1971, 19 s..

(7) São palavras estas de Marcello CAETANO, in *Caminho de Santiago. Caminhos de Portugal e de Espanha*, Lisboa 1970, 10, igualmente subscritas por J. VERÍSSIMO SERRÃO, *Os caminhos portugueses de Santiago – séculos XII-XVI*, cit., 9.

prometo confinar-me — questões que ajudam a balizar o seu caminho, a demarcar a sua marcha (8)?...

Intitulei, por isso, a minha conferência (discordo aqui de PESSOA, que recomendou que nunca as fizéssemos – para o que invocava, aliás, razões que o pudor me impede de reproduzir) (9) – uma conferência de cunho ensaístico, se não for excessiva a pretensão ..., atendendo a que se trata de uma autónoma, e até heterodoxa, reconstrução discursiva (conquanto também, evidentemente, tributária de uma pluralidade de influências mais ou menos transparentemente detectáveis, em virtude do carácter mimético-poiético de toda a produção cultural, que não tenho deixado de sublinhar nos meus estudos), crítico-experencialmente polarizada (10) – *A problemática da reflexão juscomparatística (Uma rápida visita, ou ... algumas notas para o roteiro de uma peregrinação)*.

Pressuporei, obviamente, muito do que se tem pensado sobre o tema, mas não gastarei tempo a relatar um percurso genericamente conhecido. É certo que a historicidade da cultura – ainda há pouco implicitamente convocada – faz com que as etapas desse itinerário se tenham projectado na situação actual da referida questão. Mas, “tudo visto e ponderado”, não creio que mereça grave censura a minha decisão de privilegiar o problema do sentido especificamente jurídico, hoje, da reflexão juscomparatística.

3. Num depoimento pessimista sobre as perspectivas da Alemanha do pós-guerra (refiro-me ao livro de Stig DAGERMAN, *Outono alemão*) (11), o A. reproduz, a dada altura (12), “uma história engraçada”, que ouviu a “um soldado ... desmobilizado”, a respeito “dos quatro ocupantes de Berlim”. Cada um deles possuía “um peixe encarnado num tanque. O russo apanha o peixe encarnado e come-o. O francês apanha-o e atira com ele fora, depois de lhe

(8) Cf. Jacques DERRIDA, *Margens da Filosofia*, trad. de J. T. Costa e A. M. Magalhães, Porto s./d., 42 (v. ainda, a p. 42 ss., a n. 2, da autoria dos Tradutores).

(9) Cf. o seu *Livro do desassossego por Bernardo Soares*, 1ª parte, 2ª ed., org. por A. Quadros, Mem Martins 1995, 304.

(10) Cf., por todos, Sílvio LIMA, *Ensaio sobre a essência do ensaio*, 2ª ed., Coimbra 1964, 56 ss., 60 ss. e 63 ss..

(11) Trad. de J. Henriques, Lisboa 1991.

(12) Cf. p. 62 s..

retirar as lindas barbatanas. O americano manda-o empalhar e envia-o para casa, para os E.U.A., como recordação. É porém o inglês quem se conduz da maneira mais estranha: apanha o peixe, guarda-o na mão e faz-lhe festas até ele morrer”.

Em termos culturais gerais pode dizer-se que estes diferentes comportamentos identificam, respectivamente, um importador voraz, um colecionador maniaco, um turista ingénuo e um pragmático indeciso. Na verdade, quando se depara ao primeiro um determinado conteúdo cultural estrangeiro, o que acontece é que ele o *in-corpora* de imediato, antes mesmo de se confrontar com o problema de saber se deverá, ou não, assimilá-lo, depois de adequadamente filtrado. O segundo prefigura um espírito analítico, permanentemente centrado em pormenores, pelo que não surpreende que distraia um que o tenha particularmente atraído do conjunto em que ele funcionalmente opera com coerência, trazendo-o, sem hesitações, para o seu específico horizonte — onde esse elemento pode, ou não, ajustar-se. O terceiro exemplifica o indivíduo ávido de novidades, que, para compensar o “horror vacui” da ausência de memória do seu “presente sem espessura”, se empenha em produzir permanentemente “uma realidade tão verdadeira, que grita aos quatro ventos a sua ficção” (13), pela elementar razão de que – e afirmá-lo-ei parafraseando um verso inspirado de um poeta angolano (14) – ... “um [peixe] empalhado não é um [peixe]”. E o último é marcado por um utilitarismo em que às vezes se compraz de um modo inconsequente, fazendo lembrar ... a criança “a quem dão um brinquedo fantástico, mas a que não sabe dar corda” (15).

Se me é lícito transpor o que acaba de dizer-se para o plano específico da reflexão juscomparatística, poderei sucessivamente identificar estas atitudes com a de um indiscriminado *contrabando* (16) de conteúdos

(13) São palavras de Umberto Eco, *Viagem na irrealidade quotidiana*, trad. de M. C. M. Pinto, Lisboa 1986, 10 s., 24 e 31. Não se esqueça, a propósito, uma sábia advertência de Salman RUSHDIE (formulada, aliás, num belíssimo livro dedicado à ... comparação de culturas) – a de que “[esta] invasão do mundo real pelo mundo da ficção [, que assim se denuncia,] é um sintoma da decadência moral da nossa cultura pós-milenar”: cf. *Oriente, Ocidente*, trad. de A. L. Faria, Lisboa 1996, 91.

(14) Cf. Fernando FERREIRA DE LOANDA, *Kuala Lumpur*, Luanda 1991, 23.

(15) Cf. Vitorino NEMÉSIO, *Mau tempo no canal*, 3ª ed., Amadora, s./d., 452.

(16) Cf. o meu livro “*Continentalização*” do direito inglês ou “*insularização*” do direito continental? (*Proposta para uma reflexão macro-comparativa do problema*), Coimbra 1982, 104, n. 313.

normativos estrangeiros (que implica uma nem sempre consciente satelização ao ... astro jurídico-cultural dominante, só explicável por se ignorarem as múltiplas advertências, historicamente arquivadas, do pensamento jurídico contra o fenómeno das aculturações precipitadas...) (17), com a de uma deliberada preferência pela realização de enxertos na *lex fori* em resultado de exercícios micro-comparativos nem sempre atentos a uma exigível contextualização funcional (18) e pré-ordenados a um objectivo (falaciosamente) taquigenético em relação ao sistema jurídico a que se pertence (a aloplastia é, também aqui, uma tentação ... especialmente quando se esquece – recuemos quatro séculos e concedamos em afirmá-lo com Fernão MENDES PINTO – que a submissão do “reino [a] outro rei, outros governadores e outra justiça [é uma mudança que só] o tempo [faz] em todas as partes [...]”) (19), com a de um embevecimento puramente museófilo e *naïf* pelas experiências jurídicas alheias em virtude da redutora *bricolage* que se privilegia, e, finalmente, com o malbaratar das possibilidades oferecidas pela “insularizada” posição que se ocupa, por se preferir o autismo geográfico em que se vive a uma atenta e saudavelmente adequada abertura a outras mundividências – e o que nenhuma delas consegue é respeitar a exigência básica de qualquer logrado exercício juscomparativo: proceder o jurista-comparatista como um *visitante crítico de outras realidades normativas*.

V. ainda, por último, no âmbito do pensamento jurídico português, Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Arqueologias jurídicas*, Porto 1996, esp.te 33 ss..

- (17) Nada, porém, de fundamentalismos, pois o que acabei de sublinhar – em consonância com a perspectiva metodonomológica (para o esclarecimento do neologismo – que está longe de merecer aceitação universal ... –, cf. os meus estudos *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra 1994, 96 s., e *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica*, sep. do “Boletim da Faculdade de Direito”, vol. LXLX, Coimbra 1993, 179 s.), que privilegiarei neste estudo – não tira a que, em certos domínios, se possam (e mesmo devam!) aproveitar (ainda assim, ponderadamente ...) experiências feitas, e comprovadamente eficazes, no âmbito de sistemas jurídicos estrangeiros: pense-se, *v. gr.*, no Direito das Obrigações, atento o tradicionalmente invocado carácter internacionalista deste ramo do Direito Privado, e, mais recentemente, no Direito do Ambiente, pois a extensão trans-fronteiriça de muitos dos problemas que justificaram a respectiva autonomização reclamam estratégias nacionais científico-técnicas concertadas para serem adequadamente resolvidos.

(18) Cf. *Id.*, “*Continentalização*” ...?, *cit.*, 106 ss..

(19) Cf. “*Peregrinação*”, cap. CXCI, 29 ss., in *Id.*, *Peregrinação e outras obras. Texto crítico, prefácio, notas e estudo por António José Saraiva*, vol. IV, Lisboa 1984, 115.

Sobre o ponto, só mais uma nota. O que se pretende traduzir com a algo elíptica proposição precedente é, no fundo, a ideia (20) de que aquele comparatista, atenta a xenofilia que nuclearmente o caracteriza, não pode deixar de assumir-se como *viajante* “imaginário” por horizontes sócio-culturais e prático-normativos outros (21), animado, como Êmile, de um “vrai dessein de s'instruire” (22) – pois não é verdade que “peregrinações por terras nunca vistas [, para além de permitirem experienciar uma certa “infinitude” espacial (23) ...] ilustram o entendimento dos homens” (24) ... contanto que não seja infringido o reduto de salvaguarda da personalidade pressuposta pelo (e constitutiva do) direito (lembre-se, paradigmaticamente, “[o] homem que, para compreender o mundo íntimo de uma tribo de canibais, tomou parte na prática do canibalismo ...”) (25)?... – e não apenas obcecado em “adornar com algumas flores, que [tenha trazido] da viagem, os costumes da sua própria nação” (26). Não, como é óbvio, para “ser outro constantemente” (27), projectando-se numa infundável sucessão de heterónimos, derivada de uma contínua *Ichspaltung* que lhe pulverize a identidade; nem para se limitar a concluir que “o melhor de uma viagem é só o ter viajado” (28), eliminando o futuro do circuito discursivo e reduzindo o enriquecimento viabilizado pela experiência feita à sua estrita dimensão pretérita; nem somente, “como todos os que muito viajaram e acabam por se tornar tributários de uma civilização-tipo, o mais funcional possível” (29), para se transformar, qual “bastardo

(20) Já acentuada in “*Continentalização*” ...?, cit., 65 e n. 194.

(21) Cf. Álvaro Manuel MACHADO e Daniel-Henri PAGEAUX, *Literatura portuguesa, literatura comparada e teoria da literatura*, Lisboa 1981, 27 ss., esp. te 31 e 37.

(22) Cf. J.-J. ROUSSEAU, *Êmile ou de l'éducation*, t. IIème, Paris s./d., 366.

(23) Cf. Siegfried KRACAUER, *Das Ornament der Masse*, Frankfurt am Main 1977, 47.

(24) Cf. Miguel de CERVANTES, “Licenciado Vidraça”, in *Novelas exemplares*, trad. de Aquilino Ribeiro, Lisboa 1967, 217.

(25) Cf. T. S. ELIOT, *Notas para uma definição de cultura*, trad. de E. Sampaio, Lisboa 1996, 46.

(26) Cf. Francis BACON, *Ensaíos*, trad. de A. Ribeiro, 2ª ed., Lisboa 1972, 101.

(27) Cf. Fernando PESSOA, in *Poesias de Fernando Pessoa*, 11ª ed., Lisboa 1980, 184. E muito menos para tentar ser outro definitivamente, como o “Sioux” branco, do relativamente recente filme de Kevin COSTNER, *Danças com lobos...* É, pois, importante (digamo-lo agora pela mediação de um referente bem mais aterrador ...) que o juscomparatista, a seu modo também ... “caixeiro-viajante”, como o Gregor Samsa de um conhecido conto-pesadelo de Franz KAFKA, não chegue ... metamorfoseado ao fim das suas viagens (cf. “Die Verwandlung”, in *Das Urteil*, Frankfurt am Main 1981, 19 ss.)!... Tal como é fundamental (afirmemo-lo, convocando – parafraseadamente – o título e a intenção precípua de uma obra de J. A. COMÊNIO) que o juscomparatista não ceda à indiferença prática de um discurso marcado pelo utopismo, procurando, nas suas deambulações pelo ... “labirinto do mundo” (e depois de se retirar dele!), ... “o paraíso da alma”.

(28) Cf. Vergílio FERREIRA, *Pensar*, Lisboa 1992, 101.

(29) Cf. Agustina BESSA LUÍS, *Os meninos de ouro*, Lisboa 1983, 214.

internacional” (30), em espécie de um género estatisticamente obtido e projectado (pela intervenção do desvario de um hipotético ... anti-Nemrod) num ... esperanto ou numa pasigrafia jurídicos (ilustre-se, simbolicamente, o que acaba de dizer-se recordando o modo como Portia caracteriza o jovem barão inglês Falconbridge – com quem seria impossível estabelecer qualquer diálogo ... –, numa conhecida peça teatral de William SHAKESPEARE: “... How oddly he is suited! I think he bought his doublet in Italy, his round hose in France, his bonnet in Germany, and his behaviour every where”) (31); nem sequer para significar que está sempre a partir “do sítio onde [devia] ficar para o sítio de onde [devia] regressar” (32), perdendo-se num eterno cirandar contrário ao movimento dos ponteiros do relógio da existência; nem ainda para mostrar que “como se [sente] em casa em qualquer parte ... não [está] em casa em parte alguma” (33), comprazendo-se em apresentar-se, contraditoriamente, como um pluri-nacional ... apátrida; nem tão-pouco para recriar o percurso trágico de “o forasteiro de Ing” – uma velha alegoria oriental (34) –, isolando-se progressivamente do auditório de que tão esforçadamente se aproximara; nem, finalmente –se quisermos dualizar o circuito simbolicamente privilegiado –, para realizar o encontro perfeito das intenções mobilizadoras, porque mesmo quando os itinerários de dois viajantes empenhados, mas distraídos um do outro, se cruzam, o mais frequente é que ambos tenham fugido de si próprios e definitivamente falhado (35). Mas apenas – e seja-me autorizado que o enuncie pela mediação de registos análogos – com o objectivo (irrealizável, conquanto intencionado) de conseguir “... ser lá, presente como aqui: [para manifestar] uma / como nenhuma / distância entre o [seu] ser aqui e o [seu] estar lá ...” (36). Parafraseando PESSOA

(30) Cf. Michael ONDAATJE, *O doente inglês*, trad. de A. L. Faria, Lisboa 1996, 194 e 272.

(31) Cf. “The merchant of Venice”, act I, sc. II, 71 ss., in *The complete works*, ed. por W. J. Craig, London 1993, 194; e se ... o hábito faz o monge (fará?... – *aunque la mona se vista de seda, mona es y mona se queda!*), pergunte-se se ele não “[sofrerá] com os múltiplos corpos que [assim] adquiriu”?... – cf. Maria Gabriela LLANSOL, *Lisboaleipzig I, o encontro inesperado do diverso*, Lisboa 1994, 80.

(32) Cf. Maria Gabriela LLANSOL, *Um beijo dado mais tarde*, Lisboa 1990, 80.

(33) Cf. Stegfried LENZ, *A lição de alemão*, trad. de M. A. Soares, Lisboa 1991, 109.

(34) Cf. Camilo PESSANHA, *China*, Lisboa 1944, 85 ss., n. 21.

(35) ... Ao contrário do que aconteceu com Josephus Famulus e Dion Pugil, que, excepcional e miraculosamente, se encontraram, e do mesmo passo descobriram o caminho que afanosa, mas autonomamente, procuravam: cf. Hermann HESSE, *O jogo das contas de vidro*, trad. de C. Leite, 2ª ed., Lisboa 1993, 392 ss., esp. te 415.

(36) Cf. António GEDEÃO, *Poesias completas, 1956-1967*, 4ª ed., Lisboa 1972, 43.

ipse (37), sintetizarei tudo afirmando que “a alma” do comparatista tem “raízes”; figurativamente ele apresenta-se-nos, portanto, como “uma série de contas-entes ligadas por um fio-memória” (38) (não é verdade que ... “[...] tudo aquilo / que nos atravessou será o nosso rasto”?...) (39), pelo que o poderei continuar a dizer um jurista “que *na sua situação ‘se re-situa’*” (40), fixando este (lábil) pressuposto os limites da (positiva) “transgressão” (41) que se lhe comete (42). Ou – se concedermos em recorrer ao paradigma hermenêutico

(37) Cf. *Poesias de Fernando Pessoa*, cit., de novo 184.

(38) Cf. Fernando PESSOA, *Poesias de Álvaro de Campos*, Lisboa 1980, 251.

(39) Cf. Seamus HEANEY, *Da terra à luz, poemas 1966-1987*, trad. de R. C. Homem, Lisboa 1997, 281.

(40) Cf. “*Continentalização*” ...?, cit., 66, n. 195; v. igualmente Hans-Georg GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 2ª ed., Tübingen 1965, esp.te 367 s.. De uma perspectiva relacionalmente assumida, e no âmbito do diálogo inter-cultural, também Édouard GLISSANT – cf. a entrevista que concedeu ao “Expresso” de 8 de Outubro de 1994, e publicada na respectiva “Revista”, 108 – alude, em sentido paralelo, ao “discurso de um ‘errante enraizado’ ...”, que compreenda suficientemente os diversos horizontes culturais circunstancialmente comparandos (cf. agora A. W. MUSSCHENGA, “Moral conflicts and two levels of incommensurability”, in *Challenges to law at the end of the 20th century, III, Working groups 1-29, From rights to justice, 17th IVR World Congress*, Bologna 1995, 375).

(41) Cf. Vítor MATOS E SÁ, *Da tradução como lição de alteridade – a propósito dos poemas de Rilke traduzidos por Paulo Quintela*, Lisboa 1968, 5.

(42) Aproveite-se o ensejo para sublinhar a ineliminável interposição de uma adequadamente estruturada pré-compreensão das exigências constitutivas da reflexão juscomparatística (que se perfilam, neste âmbito particular, como refração de um criteriosamente fundamentado sentido específico do direito – sobre as duas questões a que assim apenas se alude, cf., respectivamente e do autor, “*Continentalização*” ...?, cit., caps. I e II, e *Apontamentos sumários de Introdução ao Direito*, polic., Coimbra 1997, esp.te 13ª Lição, 453 ss.) na própria troca de memórias realizada pela tradução jurídica (cf., no seio do pensamento jurídico lusitano e, se bem ajuízo, basicamente no mesmo sentido, A. Francisco de Sousa, “A tradução jurídica: situação em Portugal e sua especificidade”, in *Documentação e Direito Comparado*, nº 37/38, Lisboa 1989, esp.te 499 ss.). Direi, por isso, que os autores de traduções de textos jurídicos só merecerão o qualificativo de “almas sintonizadas e mediúnicas” com os mencionados textos (é assim que Miguel TORGA caracteriza, em geral, os tradutores: cf. *Hommage für, Homenagem a Miguel Torga*, Coimbra 1990, 49) se satisfizerem aquela condição.

Acerca da problemática da “tradução” (*Übersetzung*), em geral – concedamos em atribuir à palavra um significado amplo, para abranger igualmente, consoante as situações, a “transposi-ção” (*Übertragung*) e a própria “adaptação” (*Nachdichtung*); sobre a respectiva distinção, cf. Karl DEDECIUS, “Slawische Lyrik – übersetzt – übertragen – nachgedichtet”, in Hans Joachim STÖRIG (Hrsg.), *Das Problem des Übersetzens*, Darmstadt 1973, 443 – , recordemos que GOETHE considerava ser a transformação de um autor estrangeiro num autor verdadeiramente nacional a sua principal “máxima” (v. “Drei Stücke vom Übersetzen”, na colectânea acabada de citar, 35) . Para mostrar que não é essa a mais adequada impostação do problema, limitar-me-ei a reproduzir um diálogo, entre um hipotético tradutor e um ficcionado leitor, prefigurado por Friedrich SCHLEIERMACHER: se o primeiro se dirigisse ao segundo comunicando-lhe que lhe entregava o livro que o autor teria escrito se o tivesse

(estou, naturalmente, a pensar numa hermenêutica consonante com as – “contaminada” ou perpassada pelas – pessoalmente [intersubjectivo-praticamente] inucleadas e, em regra [... pois bem pode o dever-ser – enquanto predicativo-regulativa intencionalidade ... inquestionavelmente vigente – não se ter ainda projectado numa sua expressão imediatamente tangível e desoneradoramente mobilizável ...], dogmaticamente enunciadas e institucionalmente objectivadas – exigências especificamente densificadoras

redigido originariamente em alemão, o leitor poderia justificadamente responder que o tradutor teria alterado a imagem do autor, fazendo-a antes corresponder àquilo que ela pareceria ... se a sua mãe o tivesse gerado com um outro pai (v. “Ueber die verschiedenen Methoden des Uebersetzens”, *ibidem*, 65). Disse há pouco, citando TORGA, que “a verdadeira tradução é metempscose” (cf., agora, Ulrich von WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, “Die Kunst der Übersetzung”, *ibidem*, 143). Pode, todavia, perguntar-se se não será, em qualquer caso, praticamente intraduzível o andamento da específica musicalidade de uma determinada língua (*das Tempo ihres Stils*) numa outra (assim Friedrich NIETZSCHE, “Zum Problem des Übersetzens”, *ibidem*, 137; Karl JASPERS, *Was ist Philosophie?*, 2ª ed., München 1982, 284 e 321, que chama a atenção para o facto de “a tradução [implicar sempre a perda do que] é intraduzível”; e, mais recentemente, George STEINER, que qualifica a tradução como “um Ersatz cultural”, dizendo-a ainda “a ponte levadiça através da qual os homens depois de Babel chegaram àquilo a que Heidegger chamou ‘a casa do seu ser’”, e sustentando não haver “tradução total [, pois] nenhuma tradução é capaz de transpor para uma outra língua o montante completo dos implícitos, das tonalidades, das conotações, das inflexões miméticas e das articulações com o contexto que, no sentido, declaram e interiorizam os sentidos”: cf. *Antígonas*, trad. de M. S. Pereira, Lisboa 1995, 246 ss.)?... Como quer que seja, o objectivo da tradução é, decerto, a “redesvelação de um sentido” – *Sinnwiedergabe* (cf. Walter BENJAMIN, “Die Aufgabe des Übersetzers”, na colectânea acima citada, 165; também Anthony Gervin OETTINGER, centrando-se no problema da tradução automática e electrónica, considera o “sentido” a dimensão “invariante” da tradução: cf. “Das Problem der Übersetzung”, *ibidem*, 410 e 422 ss.) – “num novo horizonte linguístico” (são estas últimas palavras de H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, cit., 362, que se reproduzem na referida colectânea organizada por H. J. STÖRIG, 403; v. ainda J. DERRIDA, *Margens da filosofia*, cit., 240). E daí que a questão fundamental seja a de saber “como traduzir”, aqui e agora, o texto concretamente em causa (é esta a posição de Martin BUBER, “Zu einer neuen Verdeutschung der Schrift”, ainda in *Das Problem des Übersetzens*, cit., 356) de modo a realizar aquela exigência. Não sendo este, evidentemente, o lugar próprio para o confronto com o complexíssimo programa acabado de enunciar, concluirei as esquemáticas observações precedentes afirmando, em paráfrase a Martin HEIDEGGER e sublinhando um aspecto que tenho vindo a considerar decisivo, que a tradução consiste na racionalizada “representação” de “qualquer coisa” por “qualquer [outra] coisa” que lhe corresponda (cf. “Aus ‘Der Satz vom Grund’”, *ibidem*, esp.te 375 s.. Acrescente-se ainda que aquilo que disse desvela imediatamente a singularidade do reflexivo “caminho” percorrido pela *translatio*, quer, classicamente, a compreendamos como a efectiva experiência do que é estranho, quer, de um modo teologicamente comprometido, nela vejamos o desenvolvimento – assumido, como tarefa existencialmente predicativa, e efectivamente realizado, pelo próprio homem – pressuposto pela “manifestação total de Deus”: cf. Jacques DERRIDA, *Du droit à la philosophie*, Paris 1990, esp.te 309, 373 s. e 394), perfilando-se, portanto, como um exercício analógico.

da normatividade jurídica) (43) – direi que o juscomparatista e a juscomparação instituem dialógico-dialecticamente (44), pela mediação do *Zwischenwelt* (do horizonte mediador) implicado pela compreensão dos termos circunstancialmente em presença, a *assimilação do alienum* (a “interiorização de uma exterioridade”) (45) e a *projecção do proprium* (a “exteriorização de uma interioridade”), articulando de modo praticamente adequado o centrífugo (a abertura ao diferente) e o centrípeto (a cristalização da identidade), que, em tensão bipolarizada, constituem as forças com que ambos se confrontam (46). E tudo isto, acentue-se, sem pagar qualquer tributo a uma sinistra linhagem, que por vezes se descortina por detrás do referido *logos* – nomeadamente porque a dimensão prática, que se reconhece à hermenêutica, implica, quando tomada a sério, a respectiva consonância com as constituendas exigências ... constitutivas de um genuíno Estado-de-Direito –, sem ter que admitir uma sua suposta indiferença pelos postulados da “racionalização comunicacional” – nomeadamente porque o mundo (47) em que se inscreve não pode compreender-se sem referência a uma dialogicamente afinável ética ... comunicativa, inucleada na pessoa –, e ainda (em directa consonância e mesmo como corolário das duas notas acabadas de sublinhar) sem se estar compelido a subscrever uma sua pretensa desvalorização, por ser mais ou menos acrítica e recorrentemente mobilizada pelos juristas – nomeadamente porque o “princípio da inércia” (48), que assim implicitamente se convoca, não

(43) Cf. a minha dissertação *A metodonomologia ...*, cit., 491 ss.. As razões determinantes da imprestabilidade da hermenêutica filosófica estrita para o pensamento jurídico aparecem claramente referidas em A. CASTANHEIRA NEVES, “O actual problema metodológico da realização do direito” (agora também in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. 2º, Coimbra 1995, 275 s.).

(44) Cf. o meu livro “*Continentalização*” ...?, cit., 42 ss., esp.te 62, e Rolf GRÖSCHNER, *Dialogik und Jurisprudenz. Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis*, Tübingen 1982, 195 e n. 11 e 235 s..

(45) Pois não é certo que “a ‘alteridade’ que entra dentro de nós [nos torna] outros” (cf. George STEINER, *Presenças reais. As artes do sentido*, trad. de M. S. Pereira, Lisboa 1993, 170; atente-se, todavia, a este último propósito, nas decisivas advertências de A. CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, nova versão, polic., Coimbra s./d., 20 s., n. 18)?...

(46) Cf. Alphonse De WAELEHENS, “Sur une hermèneutique de l’hermèneutique”, in *Revue Philosophique de Louvain*, t. 60, 3ème série, nº 68, 1962, 585.

(47) A explicitação do sentido deste mundo, feito de símbolos significantes, ver-se-á em A. CASTANHEIRA NEVES, “O actual problema metodológico da interpretação jurídica”, in *RLJ* 129º, 1996, nº 3866, 137 e n. 898.

(48) Sobre esta categoria perelmaniana, cf., v. gr., Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1978, 216 s..

é totalmente desonerador, e, portanto, não exige aqueles decidentes responsáveis de uma argumentativamente sincera pressuposição, hoje, tanto das plúrimas nervuras que estruturam a normatividade jurídica vigente, como daquelas que entretecem a complexa reflexão viabilizadora da racionalmente adequada realização judicativo-concreta do direito, dialecticamente atentos a relevância problemático-normativa das controvérsias, que a suscitam, e o deveniente sentido (e mesmo, tantas vezes, a deveniente excogitação ...) dos fundamentos e critérios jurídicos, que a orientam (49).

Continuando – já agora – um pouco mais à procura do étimo noético-noematicamente instituidor da comparação jurídica *proprio sensu*, talvez não deixe de ser pertinente perguntar se o pluripolarizado pensamento pós-moderno (que, advirta-se, longe de ser um “academic haggling”, traduz o hodierno imperativo de uma histórico-concreta realização do intencionalmente reescrito conjunto das humano-culturalmente predicativas exigências de sentido retórico-formalisticamente propostas pelo discurso moderno — entre elas, decerto, a da “justiça” –, ... o que do mesmo passo concorre para confirmar a sua analógica reconstituição, em que tanto tenho insistido) (50), aberto ao *novum* (um “novo” que tem no “antigo”, sublinhe-se, um “ponto de referência fundamental”) (51) – ... o que de igual modo desvela a analogicidade do seu entretecimento) e relevante da *diferença* (pois não é verdade que, radicando o direito na pessoa, a irremissível consonância da normatividade com as exigências constitutivas da pessoalidade implica a consideração das diferenças que fazem de cada um ... uma pessoa diferente, e de cada horizonte cultural – *maxime*, de cada nação – um pluriverso ... universo intersubjectivo também diferente?... (52) – sem, todavia, (desintegrantemente) os contra-pôr,

(49) Contra, todavia, se não erramos, Orlando de CARVALHO, “Para um novo paradigma interpretativo: o projecto social global”, in *Casa da Relação do Porto. 400 anos. 18, 19, 20 Outubro 1991*, Tribunal da Relação do Porto, Palácio da Justiça, 80 s.. Mas que também este ilustre Professor reconhece a ineliminável e “evidente” relevância de um ... mínimo hermenêutico irreduzível, é o que pode ver-se acentuado na sua “Oração de sapiência”, “Ius – quod iustum?”, in *Discursos. Abertura solene das aulas na Universidade de Coimbra. 16 de Outubro de 1996*, Coimbra 1996, 39.

(50) Cf. Drucilla CORNELL, *The philosophy of the limit*, New York and London 1992, 11; v. igualmente *Id.*, *ibidem*, 143, e o meu livro *A metodonomologia ... cit.*, 107 ss..

(51) Cf. José F. de FARIA COSTA, *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra 1991, 282.

(52) E a dialéctica acabada de referir, compreendemo-lo bem, situa a problemática a que, por sua mediação, se alude, entre dois extremos geométricos: o da absolutização da

antes empenhado numa sua (integrante – mas não anuladora da insuperabilidade e da irreduzibilidade dos fragmentos em presença) composição (53) –, nos não proporcionaria, hoje, um *instrumentarium* analítico muito prestável para uma rejuvenescida reflexão juscomparatística ...

E outro tanto se poderia ser tentado a dizer, suponho, de um outro paradigma igualmente deste nosso tempo. Refiro-me desta feita ao pensamento autopoietico – que considerarei noutros estudos –, em vista, nomeadamente, do modo como propõe que se compreenda a autonomia do sistema jurídico, a sua abertura e a comunicação que cada sistema estabelece com os demais, ... mas já não o humanamente predicativo – e, por isso mesmo, decisivo! – sentido da normatividade jurídica (54).

4. *Claudiamus iam riuos ...* (55).

Centrando-me, doravante, em termos igualmente esquemáticos, mas mais directamente (*scilicet*: de um modo menos comprometido com a ... heterodoxia logo desvelada pelos referentes frequentemente privilegiados), na problemática da reflexão juscomparatística, e assumindo, de modo deliberado,

heterogeneidade densificadora (mas, no limite, aniquiladora ...) das pessoas em que se polarizam todos os redutos humanamente significativos – para invocar um paradigma de um tipo recorrente nestas páginas, citarei o inspiradíssimo “Cântico negro”, de José Rêgio (*in Poemas de Deus e do Diabo*, 7ª ed., Lisboa 1969, 57 ss.), em que vai pensada aquela densificação –, e o da exponencialização da homogeneidade invasora (e, do mesmo passo, anuladora ...) dos mencionados redutos – e, paralelamente, autorize-se-nos a convocação da angustiante utopia *A guerra das salamandras*, de Karel ČAPEK (trad. de M. de Sousa, Lisboa 1985), centrada na anulação há pouco sugerida.

- (53) Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *O problema actual do direito – um Curso de Filosofia do Direito*, polic., Coimbra 1994, 94 ss., e *Quadro das perspectivas actuais de compreensão da juridicidade*, polic., Coimbra 1995, 19 ss., esp. te 21 ss.. No texto vai, portanto, pensada uma fragmentarização resultante das pluripolarizações problemático-prático-intencionais e funcional-orgânico-institucionais, que hoje se divisam nas ordens disciplinadoras dos universos culturais, e não, necessariamente, como propõe o pós-modernismo radical, uma fragmentarização dissolvente de um referente “unitariamente [integrante]”.
- (54) Cf. Gunther TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, trad. de J. Engrácia Antunes, Lisboa 1993, e o “Prefácio” do Tradutor; v. ainda os meus *Apointamentos sumários de Introdução ao Direito*, cit., 684 ss., esp. te 686 s..
- (55) Se, em vez de VIRGILIO (“*Claudite iam riuos ...*” – cf. “*Bucolica*”, III, 111, *in Bucoliques*, ed. bilingue, Paris 1992, 54), preferirmos W. BLAKE, poderemos exclamar: “Enough! or Too much” ... (*apud* M. Alexander NIGGLI / Marc AMSTUTZ, “*Recht als Amoral*”, *in ARSP, Beiheft 62, Herausforderungen an das Recht am Ende des 20. Jahrhunderts*, Stuttgart 1995, 26).

e como já deixei entrever, uma perspectiva precipuamente prático-normativa (i. é, colimada à fundamentada realização judicativa de um intencionalmente específico regulativo (56) comunitariamente vigente) – a única adequada para captar a singularidade e garantir a autonomia predicativas do direito –, acrescentarei umas quantas observações que se me afiguram de importância crucial.

Aludi atrás aos exercícios micro-comparativos e ao paradigma funcional que aí se deve privilegiar. O (afinal complementar ...) contrapólo categorial da micro-comparação é constituído pela macro-comparação, preocupada em discernir as “‘estruturas’ fundamentais da ordem” histórico-cultural, político-económica, axiológico-normativa e metodonomológica dos ordenamentos jurídicos concretamente envolvidos (57).

Ora, atendendo especialmente a esta última – decerto reconstituível pela primeira, mas não menos pressuposto da sua própria possibilidade – e, mais exactamente, àquele segmento da macro-comparação em que todos os demais se projectam e que garante (ou faz perder ...) o ainda há pouco referido carácter prático-normativamente racionalizado do discurso jurídico – o mencionado vector que tem por objecto a judicativo-decisória realização histórico-concreta da específica intencionalidade do direito –, nada tem de ousado afirmar, nos nossos dias, que a normatividade jurídica positiva (e, *hoc sensu*, vigente) (58) integra igualmente aquela que vai sendo metodonomologicamente (re-)constituída. Por outro lado, o modo de ser problematicamente regulativo que se reconhece ao *ius*, qualquer que seja a sua fonte (para utilizar a palavra tradicional ...) (59), desvela-nos que todo o direito é um *Fallrecht* (assim se superando, *v. gr.*, a clássica contraposição do *Civil Law* ao *Common Law*) e concorre do mesmo passo para que a

(56) Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, agora também in *Digesta ...*, vol. 2º, cit., 109, n. 51, e *Quadro das perspectivas actuais de compreensão da juridicidade*, cit., esp. te 162 ss..

(57) Cf., de novo, os meus *Apontamentos sumários de Introdução ao Direito*, cit., 289 s., e bibliografia aí citada.

(58) Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, “As fontes do direito e o problema da positividade jurídica”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LI, Coimbra 1975, 116, n. 1.

(59) Cf. a monografia de Jan SCHAFF, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*, Tübingen 1983, *passim*.

perspectiva metodonomológica identifique o *topos* mais ajustado a uma práctico-normativamente consonante compreensão do direito.

Tudo quanto significa que a resposta à pergunta *toponómica* (em que lugar (60) se deve procurar o direito *qua tale?*) nos é dada, nuclearmente, pela metodonomologia (que cuida – sublinhei-o já mais de uma vez – do problema posto pelo percurso do direito em ordem à sua práctico-normativamente racionalizada realização judicativo-concreta). Aquele lugar (*topos*) interrogativo é um percurso (*odos*) discursivo (61), porque o direito é uma exigência com *sentido*, ou seja, é uma tarefa implicada pelo *caminhar* (62) humano do homem-pessoa.

Mas, sendo assim as coisas, compreende-se, como acentuei, que a reflexão juscomparatística comprometida com a intencional-problemática especificidade do direito (não me canso de sublinhar este ponto, que é decisivo para justificadamente traçar as fronteiras desta pequena comunicação ...) deva particularmente centrar-se na disquisição dos aspectos reveladores da proximidade (ou da distância) dos sistemas jurídicos, aquando da sua mesma histórico-concreta realização judicativa (63) – ou seja, a perspectiva da mencionada reflexão deve ser também metodonomológica, pois só esta permite fazer presa sobre a autonomizante dimensão práctico-normativa do direito (64) – e as *homoenomias* (65) (ou *heteronomias*) (66) assim detectadas

(60) Cf. H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, cit., 409.

(61) Cf. Martin HEIDEGGER, "Die Frage nach der Technik", in *Vorträge und Aufsätze*, 2ª ed., Pfullingen 1959, 13.

(62) Cf. Miguel BAPTISTA PEREIRA, "Experiência e sentido", in *Biblos, Revista da Faculdade de Letras. Miscelânea em honra de Sílvio Lima*, vol. LV, Coimbra 1979, 294 e 384.

(63) Expressamente neste sentido, como se sabe, Josef ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3ª ed., Tübingen 1974 – cf. Helmut COING, *Juristische Methodenlehre*, Berlin-New York 1972, 61, e o meu livro "Continentalização" ...?, cit., 106 ss., esp. te 111.

Acrescentemos apenas uma nota óbvia: a "conjectura de protecção cronológica", a que alude Stephen HAWKING, e segundo a qual não é fisicamente (que não reflexivamente ...) possível viajar no tempo, não tem correspondência numa hipoteticamente paralela ... conjectura de protecção (*scilicet*, autismo ...) metodonomológica, pois nada impede um jurista, *qua tale*, de ... viajar no espaço de outros sistemas jurídicos, assumindo (ou, quando menos, problematizando ...), em qualquer deles, a tarefa que institucional- e especificamente lhe compete.

(64) Cf. *supra*, n. 56 e o texto que a suscitou. Não deve esquecer-se aqui a importantíssima analítica fundamentante devida a Wolfgang FIKENTSCHER (cf. *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, I-V, Tübingen 1975-1977), conquanto não possa subscrever, sem

sintonizam a singularidade do horizonte problemático em que nos situamos, precisamente o do direito.

Note-se – como contrapólo discursivo explicitante da opção fundamentadamente (creio ...) perfilhada – que acriticamente aceite ou implicitamente pressuposta uma compreensão positivista-legalista do direito (e pelo menos no quadro do pensamento jurídico europeu-continental, em que a instância privilegiada de objectivação do direito é a lei), o tradicionalmente designado Direito Comparado apresenta-se-nos, diferentemente, com um objecto bem preciso e que consiste na *descrição* “justaposta” das soluções encontradas nos diversos sistemas jurídicos nacionais para problemas normativamente análogos, na linha do *Theatrum legale* proposto, com uma outra motivação, por LEIBNIZ, em pleno século XVII (67). E decerto que este inventário tem o mérito de todas as realizações enciclopédicas – a armazenagem catalogada dos conhecimentos inventariados – e a utilidade garantida em sede político-legislativa – pois viabiliza a permanente “oferta” de modelos experimentados, com maior ou menor êxito, em condições semelhantes e, portanto, susceptíveis de dispensar a *inventio* do legislador local, quando muito reduzido a *esteticista* de uma “fisionomia” importada e apenas carente de um ou outro retoque –, e mesmo prático-normativa – pois não designou HÄBERLE a

restrições, as propostas deste meu Professor de Munique (cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra 1993, 144 ss., e o meu estudo *A metodonomologia ...*, cit., esp.te 181 ss., n. 444).

(66) Cf. J. DERRIDA, *Margens da filosofia*, cit., 305 s., 309, n. 1, 313 e 326. Que se não está perante qualquer neologismo, mesmo no âmbito do pensamento jurídico português, é o que logo se concluirá confrontando António Luiz de SEABRA, *A propriedade. Philosophia do Direito. Para servir de Introdução ao Commentario sobre a Lei dos Foraes*, Coimbra 1850, 238. Nada, portanto, de vislumbrar aqui um censurável assomo de ... *culteranismo!*...

(66) V. H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, cit., 407. Atribuindo ao sufixo *nomos* – como sempre tenho proposto que se faça (cf. *supra*, n. 17)! – a rigorosa significação de que nos informa Castanheira Neves (cf., *v. gr.*, *Metodologia Jurídica*, cit., 21), deveríamos talvez falar, por extenso, em *homoenomerias* (ou *heteronomerias*) – i. é, em *homoemerias* (ou *heteromerias*) metodonomológicas.

(67) Cf. W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts ...*, I, cit., 423. Pense-se também, *mutatis mutandis*, naqueloutra mais recentemente trilhada por Edward JENKS, quando pretendeu reduzir o direito inglês aos esquemas conceituais pandectísticos, em virtude da forte atracção exercida pelo BGB, pouco antes publicado (a completa descaracterização do *Common Law* operada pelo esforço teórico do A., no seu *Digest of English Civil Law*, pode ver-se, por exemplo, referida na – hoje clássica – obra de Marc ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel 1971, 45).

comparação “o quinto elemento da interpretação” jurídica (68)?... Só que o enciclopedista oscila sempre “entre o pícaro e o científico” (69), e o comparatista, pelo menos enquanto jurista, não é nem o bobo de uma corte mais ou menos ilustrada, nem o técnico-operador de uma humanamente dessorada racionalidade empírico-analítica. Não deixe, todavia, de acrescentar-se – com o objectivo de prevenir redutivismos precipitados ... permitam-me que insista num ponto já relevado e que chame a atenção para estoutro ângulo da leitura – que, ainda na linha do que acabei de sublinhar, é possível uma diferente impositação temática, descomprometida das aporias que marcam os pré-juízos positivistas: a de centrar a chamada “micro-comparação” na problematicamente inucleada “comparação funcional” (70) e, complementarmente (*scilicet*: de um modo dialecticamente complementar), a de densificar em termos também metodonológicos (e, portanto, atentos à centralidade discursiva do problema constitutivo do caso decidendo) a comumente designada “macro-comparação” (71).

Encerradas as parentéticas derivações precedentes, retomemos o fio à meada. Significando a homoenomia (*rectior*: a homoenomeria) (72) a investigação, da deliberadamente assumida perspectiva prático-normativa pressuposta pelo concreto juízo decisório, dos “pontos comuns” (73) apresentados pelos diversos ordenamentos jurídicos efectivamente considerados – invocando a plurimilenar lição de ARISTÓTELES (74) direi, algo mais explicitamente, que as homoenomerias são coisas (*scilicet*: coisas

(68) Cf. “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat”, in *JZ* 1989, 917. Recorde-se que, no mesmo sentido, e em Portugal, se pronunciara já, quase vinte anos antes, J. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, Coimbra 1970, 304 e 397. V. ainda R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., 294 s., e *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main 1995, 87; Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, “Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung”, in *JZ* 1995, 10, e, de novo na esfera do pensamento jurídico português, João LOUREIRO, na sua recensão ao livro de P. LESAGE-JARJOURA, “La cessation de traitement: au carrefour du droit et de la médecine”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXVIII, Coimbra 1992, 470.

(69) Cf. Agustina BESSA-LUIS, *Sebastião José*, Lisboa 1981, 40.

(70) Cf., mais uma vez, o meu livro “*Continentalização*” ...?, cit., 69 ss., esp. te 106 s..

(71) Cf. *Id.*, *ibidem*, 219 s., n. 709, e, sobretudo e de novo, os meus *Apontamentos sumários de Introdução ao Direito*, cit., 289 s..

(72) Cf. *supra*, n. 66.

(73) Cf. H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, cit., 407 ss..

(74) Cf. *Metafísica*, 984 a (na ed. bilingue – em grego e em inglês –, sob o título *Metaphysics*, trad. de H. Tredennick, London e Cambridge [Massachusetts], vol. 1^o, 1956, I, III, 9, p. 23).

experienciadas e pensadas pelo homem) (75) – *in casu*, sistemas jurídicos – que têm partes (*meros*) semelhantes (*homos*) quanto à problemática da práctico-normativamente racionalizada realização judicativo-concreta do direito (*nomos*) –, ainda por outro lado aquela lupa se revela particularmente adequada no âmbito do direito. É que, em vista da consideração do caso jurídico não apenas como “objecto”, mas autenticamente como “*prius*” metodonomológico (76), a *analogia* – i. é, a detecção do semelhante no diferente (o apuramento de segmentos de inequívoca aproximação em horizontes problemáticos mais ou menos nitidamente distanciados – radicado, portanto, numa adequadamente fundamentada transposição de sentidos, i. é e medularmente, num exercício metafórico) (77) – ocupa aí um lugar nuclear, quer a judicativa realização do direito se opere pela mediação de critérios imediatamente disponíveis (em que se tenham precipitado os sempre intervenientes fundamentos intencionais do sistema jurídico), quer sem essa parcialmente desoneradora interposição, pois, do que sempre se trata é de discernir práctico-normativamente correspondências de sentido entre a pré-objectivada e/ou constituenda normatividade jurídica vigente e o problema constitutivo do caso efectivamente decidendo (78). E, sendo assim, poderei afirmar que a reflexão juscomparatística procura a *analogia na analogia*, ou seja, visa determinar o que é semelhante (análogo) – e, negativamente, como é óbvio, o que é diverso – nos metodonomologicamente polarizados processos dicursivos de resolução dos casos jurídicos, na esfera dos (circunstancialmente considerados e)

(75) Cf. CASTANHEIRA NEVES, “O actual problema metodológico da interpretação jurídica”, in *RLJ* 129º, 1996, nº 3866, 138.

(76) Cf., por todos, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, cit., 142 e 159 ss..

(77) Não se sabe, com efeito, desde ARISTÓTELES, que “[a] analogia é a metáfora por excelência”?...: assim, expressamente, J. DERRIDA, *Margens da filosofia*, cit., 312. Por minha parte, v. o que escrevi em *A metodonomologia...*, cit., 438, acolhendo-me à lição de Gotthieb SOHNEN. Cf., máis recentemente, Scott BREWER, “exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the national force of legal argument by analogy”, in *Harvard Law Review* 109, 1996, espte. 964.

(78) Cf. os meus estudos *A metodonomologia ...*, cit., *passim* e esp.te 407 s., e *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica*, cit., 196 ss., e, sobretudo – por ser esse um teste centrado num problema-limite e tradicionalmente pré-judicado por múltiplos equívocos –, A. CASTANHEIRA NEVES, “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, agora in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. 1º, Coimbra 1995, esp.te 385 ss. e 448 ss.. Por outro lado, o que se releva no texto é – compreendemo-lo bem – não o caso como ... “um corpo sem tópicos” (v. Maria Gabriela LLANSOL, *Inquérito às quatro confidências, Diário III*, Lisboa 1996, 109), isolado no seu ab-soluto falaciosamente significante, mas o problema como ... sentido realizando, atenta a sua originariamente densificante relação com a constituenda normatividade jurídica vigente.

diferentes sistemas de direito – processos esses que, recordemo-lo, implicam a mobilização de uma racionalidade analógica.

A tudo o que há ainda a acrescentar que o discurso analógico só pode ter lugar no âmbito de um contexto significante, dador de sentido. O referente problemático-intencional, que assim se convoca, é, no quadro do juízo analógico *intra-sistemático*, o próprio sistema jurídico (79); e, no do juízo analógico *inter-sistemático* (característico da reflexão juscomparatística, marcada como é por um apótomos irreductível – ... evidentemente sem menoscabo da dialéctica que entretece a “razão de diferença” [o fundamento justificativo da distinção entre os concretamente considerados “termos de comparação”] e a “razão de coerência” [a “unidade” entre eles, “que lhes (possibilita) a própria relação e diferença” – a “relação diferenciante”, diria DERRIDA (80) – e que radica na sua comum referência intencional ao constituendo horizonte da juridicidade], enquanto inelimináveis “pressupostos lógicos de uma qualquer distinção”) (81), o *tertium comparationis* (82). E se, pelo que concerne ao primeiro, o sistema jurídico tem vindo a ser apontado, pelos AA. mais qualificados (83), como a pré-compreendida, mas em permanente “reconstituição regressiva”, instância superadora da clássica antinomia casuismo-normativismo e comprometida com a emergência de um

(79) Cf., mais uma vez, *A metodonomologia ...*, cit., 15, 104 s., 217, 323 ss., esp.te 340, 383, n. 933, 566, 569 s. e n. 1245, 571 s. e 576, e *Apontamentos sumários de Introdução ao Direito*, cit., 15ª Lição, 614 ss.. Para a cumprida explicitação de importantes questões conexas (e mesmo pressupostas ...), igualmente tangenciadas no texto – que quase poderiam silenciar-se sem prejuízo da suficiente conclusividade do discurso –, v. A. CASTANHEIRA NEVES, “O actual problema metodológico da interpretação jurídica”, in *RLJ* 129º, 1996, nº 3864, 66 s. e 69, n. 846, e nº 3865, 98 ss., esp.te 101 ss., onde este meu excelso Professor sublinha, nomeadamente, a ideia de que aquele referente (que convoquei atendendo precipuamente à sua dimensão problemático-intencional) será de todo incompreendido se for amputado da sua também constitutiva dimensão-projecção problemático-metodonomológica – o que, como é bem de ver, só concorre para reforçar a pertinência da impoção (nuclearmente ... metodonomológica!) que proponho, neste estudo, para dar sentido à (para orientar o caminho da) reflexão juscomparatística.

(80) Acolhendo-se a uma passagem de HEGEL, que não vem ao caso analisar (cf. J. DERRIDA, *Margens da filosofia*, cit., 45).

(81) Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, “Matéria de facto – Matéria de direito”, in *RLJ* 129º, 1996, nº 3867, 165 s..

(82) Cf. o meu livro “*Continentalização*” ...?, cit., 31 ss..

(83) Cf., para o pensamento jurídico português, e por todos, CASTANHEIRA NEVES, *A unidade do sistema jurídico*, cit., passim. V., de novo, os meus *Apontamentos sumários de Introdução ao Direito*, cit., esp.te 631 ss., 682 ss. e 687 ss..

consequente jurisprudencialismo (84), também o *tertium comparationis* é aquela global pré-intelecção das exigências modeladoras da juridicidade (no fundo coincidente com a ideia que o juscomparatista tem do direito, quando seriamente se empenhe em ... intersubjetivizar a sua subjectividade, atendendo ao pensamento jurídico tomado como “auditório argumentativo”) (85)(86), que permite *medir o sentido* dos sistemas jurídicos relevados como concretos termos de comparação.

Quer isto dizer que se não trata aqui – no âmbito da reflexão juscomparatística *proprio sensu* – de apreender cognitivamente (de descrever na sua morfológica exterioridade) os sistemas jurídicos que monadificadamente se justaponham (hipótese em que o *tertium* se poderia considerar a *unidade de medida linear* que transformaria o “desconhecido” em “conhecido” (87), a varinha mágica dessa sorte prestidigitatória), mas de aceder à intelecção do seu sentido (pelo que a ... operação métrica circunstancialmente em causa não é cognitivo-teorético-científica, mas hermenêutico-prático-normativa), i. é, de os compreender (nas suas semelhanças e diferenças), ou *comparar (pôr-a-par)* (88), atendendo à prática normatividade que os constitui como ordens de direito.

Tudo o que ousarei sumariar afirmando que uma comparação de direitos, verdadeiramente centrada na autonomia predicativa do *ius* enquanto regulativo judicativamente realizando, postula um discurso prático-normativamente polarizado e hermétrico (pois intende compreender e medir comparadamente o sentido prático-normativo dos sistemas jurídicos tomados como termos de comparação), e que tal só é possível mediante a pressuposição de um *deveniente troisième terme* (justamente o apontado *tertium comparationis*), que destarte funciona como *topos compreensivo* (89) e como *unidade*

(84) Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Quadro das perspectivas actuais de compreensão da juridicidade*, cit., 42 ss., 162 ss., e esp.te 183 ss..

(85) Para uma primeira explicitação do sentido desta categoria perelmaniana, cf., v. gr., R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., 203 ss., e o meu ensaio *As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonologia)*, polic., Coimbra 1997, esp.te 29 ss..

(86) Cf. o meu estudo “*Continentalização*” ...?, cit., esp.te 38 s..

(87) Cf. Martin HEIDEGGER, “... Dichterisch wohnet der Mensch ...”, in *Vorträge und Aufsätze*, cit., 199.

(88) Cf. José ENES, *Linguagem e ser*, Lisboa 1983, 85.

(89) Cf. M. HEIDEGGER, “*Aletheia*”, in *Vorträge und Aufsätze*, cit., 258 s..

nomométrica, pois só assim se consegue lançar a “ponte” (90) entre os sistemas jurídicos especificamente considerados, reclamada por uma (e constitutiva de uma) genuína reflexão juscomparatística.

5. A extrema bondade com que me escutaram – a paciência é bem uma virtude branqueadora de culpas alheias ... – e a eventual inconcludência de tudo quanto disse – receio cada vez mais que os argumentos fracos sejam o meu forte ... – impedem que me alongue na exposição das conclusões permitidas pelas notas precedentemente sublinhadas. Lembrarei apenas que o direito, quando considerado em referência à sua autonomizante especificidade problemático-intencional, só verdadeiramente emerge no âmbito das ponderações metodonomológicas. Que estas não podem ser compreendidas sem a interposição de uma discursividade analógica. E que umas e outras se projectam na intelecção da reflexão juscomparatística (em que se não evolue – e antes avulte! – o mencionado carácter prático-normativamente predicativo do direito) como um exercício analógico-metodonomologicamente (passe o pleonasma, pois esta perspectiva implica aquela racionalidade) inucleado.

6. Quando me preocupo com os tendencialmente catárticos processos auto-valorativos, que incontornavelmente nos atormentam com maior ou menor frequência, revejo-me sempre no último dos extasiados – no mais implorante de todos eles –, perante o texto a decifrar (que traduz plasticamente, segundo creio, o problema a compreender adequadamente para poder ser criteriosamente resolvido), no perturbador quadro de Goya (91), *La lectura* (que nos mostra, como se lembrará, quatro homens manifestamente pouco ilustrados, na sombra, concentrados numa folha escrita e rembrandtianamente iluminada, e um outro, não menos rude, ao fundo, distraído da pagela, a olhar o alto, como que a implorar a miraculosa desvelação do sentido que se lhes oculta). Não me surpreende, por isso, que

(90) Lembre-se, ainda com HEIDEGGER (v. “Bauen Wohnen Denken”, in *Vorträge und Aufsätze*, cit., 152 ss., esp. te 155), que uma ponte demarca sempre um espaço – v. gr., o espaço do direito – integrante de “uma pluralidade de lugares” – por exemplo, de vários sistemas jurídicos –, entre os quais há uma “distância” – que também traduz a diferença que os separa no comum que os une: naquele espaço que todos conjuntamente de-finem (cf. *supra*, e o texto que a suscitou).

(91) Pintor de quem TORGA disse, recorde-se, que foi “Homem oposto aos homens / Que o não souberam ser [...]”: cf. *Poemas ibéricos*, 2ª ed., Coimbra 1982, 61.

... sem o benefício da intercessão das instâncias taumatúrgicas – que nunca mereço! –, tenha acabado por frustrar o favorável “horizonte de expectativas” com que entraram nesta sala. Mas entre o mais ou menos re-criativo caminhar de passos já antes caminhados e a tentativa de seriamente arriscar um pequeno passo novo (conquanto não sem trampolim, nem em direcção ao escuro ...), não pude hesitar. Exigiam-mo o que penso da tarefa do universitário, que procuro ser, e, sobretudo, o mandato que recebi da minha Escola e a fraterna comunidade académica que se dignou participar nesta sessão.

E chegou a altura de pôr o ... ponto final no discurso.

Como alguns dos presentes já sabem, vim directamente de um Seminário de Direito Comparado, realizado em Pequim, para este nosso encontro de Santiago. A agenda sobrecarregadíssima, elaborada pelos Colegas chineses, não impediu as delegações das Universidades de Macau e de Coimbra de visitar alguns dos lugares mágicos daquela fascinante cultura oriental.

Um deles foi o belíssimo Templo do Céu, onde a harmonia (uma dimensão constitutiva do espírito chinês, na circunstância resultante da interpenetração de círculos e quadrados gigantescos – à medida dos espaços comprometidos pelo “jogo” de tensões que parecem disputar... –, ponteados por edificações esplendorosas, que se elevam como que de vários centros, determinados por linhas enigmaticamente traçadas, cujo sentido dificilmente apreendemos...) encontra uma sua paradigmática expressão. A rampa de acesso à última dessas edificações (típica, aliás, nos refúgios imperiais, com dragões que sobrevoam, por entre nuvens, fiadas de montanhas – tudo esculpido numa única pedra, em baixos relevos intrigantemente desafiantes, como símbolos entrelaçados que permanecem ininteligíveis ao olhar profanador dos turistas apressados) contém (entre outros aforismos desvelados por intérpretes sintonizados com a particular espiritualidade dos sítios a que aludi) um que, segundo a tradição, reza mais ou menos assim: faz o que tens a fazer e depois senta-te tranquilo na margem do rio!...

Aproveitada a imagem e salvaguardada a devida distância (real e metaforicamente infinita...), direi ter tentado comunicar a Vossas Excelências,

muito rapidamente, o que penso sobre a questão que me propus apresentar-lhes, ficando doravante (em referência ao rio que, bem vistas as coisas, todos navegámos...) no ponto da margem a que consegui aceder, à espera das perguntas que, eventualmente, se disponham a dirigir-me, e procurando dar-lhes respostas suficientemente convincentes...