

## **DIREITO COMPARADO**

VOLUME I

### **Introdução**

### **Sistemas Jurídicos em Geral**

AUTOR

Dário Moura Vicente

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, nºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

NA CAPA

Pormenor de Justiça, por Luca Giordano (1634-1705),

Palácio Medici-Riccardi, Florença

Esta imagem e a sua reprodução estão em domínio público. Esta reprodução é parte de uma colecção de imagens compilada pelo The Yorck Project

PRÉ-IMPRESSÃO

João Jegundo

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Abril, 2022

DEPÓSITO LEGAL

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

VICENTE, Dário Moura, 1962-

Direito comparado. – 5ª ed. rev. e atualizada. – 2 v. – (Manuais universitários)

V. I: Introdução, sistemas jurídicos em geral. – p. – ISBN 978-989-40-0452-3

CDU 340

*Aos meus alunos em Angola, Brasil,  
Cabo Verde, Goa, Guiné-Bissau,  
Macau, Moçambique,  
Portugal e Timor-Leste*

## DO AUTOR

- *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990.
- *Comentário à Convenção de Bruxelas*, Lisboa, Lex, 1994 (em coautoria com M. Teixeira de Sousa).
- *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001.
- *Direito Internacional Privado. Ensaios*, Coimbra, Almedina, vol. I, 2002; vol. II, 2005; vol. III, 2010; vol. IV, 2018.
- *Problemática internacional da sociedade da informação*, Coimbra, Almedina, 2005.
- *O Direito Comparado após a Reforma de Bolonha*, Lisboa, Coimbra Editora, 2009.
- *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- *Direito Comparado*, vol. II, *Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2017.
- *Propriedade intelectual: Estudos vários*, Lisboa, AAFDL, 2018.
- *A tutela internacional da propriedade intelectual*, 2<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2019.
- *Comparative Law of Obligations*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2021.

## AGRADECIMENTOS

O autor agradece as facilidades de investigação que lhe foram concedidas pelas seguintes entidades, tendo em vista a elaboração da presente obra:

- Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Biblioteca Nacional de Portugal;
- Comissão das Nações Unidas Para o Direito Comercial Internacional (Viena);
- DuFour Law Library, The Catholic University of America (Washington, D.C.);
- Institut für Privatrecht und Zivilverfahrensrecht (Munique);
- Institut Suisse de Droit Comparé (Lausana);
- Institute of Advanced Legal Studies (Londres);
- Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa (Bissau);
- Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo);
- Salgãoocar College of Law (Pangim, Goa);
- School of Oriental and African Studies (Londres).

Agradecem-se ainda os contributos para a 5<sup>a</sup> edição deste livro dados pela Prof<sup>a</sup> Doutora Catarina Salgado, quanto aos Direitos africanos; pelas Dr<sup>as</sup> Chen Dixian, Man Teng Fu e Yuqing Ye, quanto ao Direito chinês; e pelo Dr. Miguel da Câmara Machado, quanto ao Direito dos Estados Unidos da América.

## ADVERTÊNCIAS

- Esta edição encontra-se atualizada com elementos disponíveis até fevereiro de 2022.
- Todas as traduções de textos originariamente disponibilizados em línguas estrangeiras são, salvo indicação em contrário, da responsabilidade do autor.
- As obras referidas nas notas encontram-se identificadas com os principais elementos relevantes na primeira citação; nas seguintes, apenas abreviadamente.
- As referências completas figuram na orientação bibliográfica constante da Introdução e na bibliografia específica inserida no termo de cada capítulo.

## ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO	17
§ 1º A pluralidade e a diversidade dos sistemas jurídicos contemporâneos	17
§ 2º Primeira noção de Direito Comparado	18
§ 3º Modalidades da comparação jurídica	19
§ 4º Principais funções do Direito Comparado	20
§ 5º Direito Comparado e dogmática jurídica	31
§ 6º Direito Comparado e Antropologia Jurídica	32
§ 7º Direito Comparado e Sociologia Jurídica	35
§ 8º Metodologia da comparação jurídica	38
§ 9º Plano da exposição	49
§ 10º Orientação bibliográfica	50
TÍTULO I – SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS	59
CAPÍTULO I – DOS SISTEMAS JURÍDICOS EM GERAL	59
§ 11º Modelos de análise e critérios de classificação dos sistemas jurídicos	59
a) Posição do problema	59
b) Famílias, tradições e culturas jurídicas	59
c) Critérios de classificação	62
d) Sistemas jurídicos e civilizações	63
§ 12º Elenco e características dos principais sistemas jurídicos	65
a) Principais sistemas jurídicos na atualidade	65
b) Sua caracterização	71
c) Sistemas jurídicos híbridos	78
d) Sistemas jurídicos e religiões	78
e) Lugar do Direito português entre os sistemas jurídicos	81
f) O Direito comum de língua portuguesa	84
§ 13º Indicação de sequência	94
Bibliografia específica	94
Bases de dados específicas	98

CAPÍTULO II – A FAMÍLIA JURÍDICA ROMANO-GERMÂNICA	99
§ 14º Formação	99
<i>a)</i> A civilização grega	99
<i>b)</i> A herança romana	102
<i>c)</i> Os Direitos germânicos	113
<i>d)</i> O Cristianismo	115
<i>e)</i> O jusracionalismo e as codificações	126
<i>f)</i> Fenómenos de aculturação jurídica	141
§ 15º Âmbito atual	144
§ 16º Conceitos fundamentais	145
<i>a)</i> Direito constituído e equidade	145
<i>b)</i> Direito Público e Direito Privado	148
<i>c)</i> Direito material e Direito processual	150
<i>d)</i> Direito objetivo e direito subjetivo	151
§ 17º Fontes de Direito	154
<i>a)</i> Razão de ordem	154
<i>b)</i> Tratados e outras fontes de Direito Internacional	155
<i>c)</i> Direito supranacional	156
<i>d)</i> Leis	160
<i>e)</i> Costume	169
<i>f)</i> Jurisprudência	171
<i>g)</i> Doutrina	177
<i>h)</i> Princípios jurídicos	180
§ 18º Método jurídico	183
<i>a)</i> Posição do problema	183
<i>b)</i> Norma e critérios não normativos de decisão	183
<i>c)</i> Interpretação e integração da lei	189
<i>d)</i> Desenvolvimento jurisprudencial do Direito	194
§ 19º Meios de resolução de litígios	198
<i>a)</i> Organização judiciária e composição dos tribunais	199
<i>b)</i> Recursos	203
<i>c)</i> Meios extrajudiciais de resolução de litígios	209
§ 20º Ensino do Direito e profissões jurídicas	218
<i>a)</i> Traços gerais da formação pré- e pós-graduada dos juristas	218
<i>b)</i> Profissões jurídicas	222
§ 21º Conclusão	228
Bibliografia específica	230
Bases de dados específicas	238

CAPÍTULO III – A FAMÍLIA JURÍDICA DE <i>COMMON LAW</i>	241
SECÇÃO I – PRELIMINARES	241
§ 22º Fatores determinantes da autonomização da família jurídica de <i>Common Law</i>	241
§ 23º Âmbito atual	244
§ 24º Indicação de sequência	245
SECÇÃO II – O DIREITO INGLÊS	246
§ 25º Formação	246
a) Características singulares do modo de formação do Direito inglês	246
b) Origens e evolução histórica do Direito inglês	246
§ 26º Conceitos fundamentais	249
a) <i>Writs e forms of actions</i>	249
b) A preeminência do processo	249
c) <i>Common Law, Equity e Statute Law</i>	252
§ 27º Meios de resolução de litígios	256
a) Organização judiciária e composição dos tribunais	256
b) Recursos	262
c) Outros meios de resolução de litígios	263
§ 28º Ensino do Direito e profissões jurídicas	265
a) O ensino do Direito em Inglaterra	265
b) As profissões jurídicas em Inglaterra	267
§ 29º Fontes de Direito	271
a) Jurisprudência	271
b) Lei	278
c) Costume	282
d) Doutrina	283
e) Tratados e outras fontes de Direito Internacional	284
f) Direito supranacional	285
§ 30º Método jurídico	287
a) O precedente e a sua aplicação ao caso singular	287
b) O <i>distinguishing</i>	289
c) Regras sobre a interpretação e a integração das leis	290
§ 31º Conclusão	292
Bibliografia específica	294
Bases de dados específicas	297
SECÇÃO III – O DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	298
§ 32º Formação	298
a) A colonização inglesa e a receção do <i>Common Law</i>	298
b) A revolução americana e o constitucionalismo	299
c) A ética protestante	306



§ 33º Características gerais	308
a) O federalismo	308
b) A complexidade do sistema jurídico	309
c) A relevância do processo	311
§ 34º Meios de resolução de litígios	312
a) Organização judiciária e composição dos tribunais	312
b) Recursos	314
c) <i>A full faith and credit clause</i>	316
d) O tribunal do júri	316
e) <i>As class actions</i>	317
f) O abuso das ações judiciais	321
g) <i>Plea bargaining</i>	323
h) Meios extrajudiciais de resolução de litígios	324
§ 35º Ensino do Direito e profissões jurídicas	327
a) O ensino do Direito	327
b) As profissões jurídicas	328
§ 36º Fontes de Direito	331
a) Elenco	331
b) Hierarquia	332
c) Os conflitos de leis	332
d) A Constituição e a <i>judicial review</i>	334
e) A lei ordinária e o processo legislativo	336
f) Codificações	340
g) Tratados e outras fontes de Direito Internacional	341
h) Jurisprudência	342
i) Doutrina	345
j) <i>Restatements of the law</i>	346
§ 37º Método jurídico	347
a) A complexidade da determinação do Direito aplicável	347
b) A interpretação das leis	348
c) A integração das lacunas	351
d) Criação jurisprudencial do Direito?	351
e) O realismo jurídico norte-americano	352
f) A análise económica do Direito	354
§ 38º Conclusão	358
Bibliografia específica	360
Bases de dados específicas	364

CAPÍTULO IV – A FAMÍLIA JURÍDICA MUÇULMANA	365
§ 39º Âmbito e importância do conhecimento do Direito muçulmano	365
a) O âmbito pessoal do Direito muçulmano	365
b) Países onde vigora	365
c) Importância do seu conhecimento	366
§ 40º Génese e evolução	368
a) O Islamismo	368
b) O cisma entre Sunismo e Xiismo	369
c) Principais fases da evolução do Direito muçulmano	370
§ 41º Características gerais	371
a) A base religiosa	371
b) A pluralidade das fontes	373
c) A tendencial uniformidade do Direito	373
§ 42º Fontes de Direito	375
a) A <i>Xaria</i>	375
b) Outras fontes	381
§ 43º Método jurídico	387
§ 44º Meios de resolução de litígios	389
a) Tribunais da <i>Xaria</i>	389
b) Tribunais estaduais	390
c) Meios extrajudiciais	391
§ 45º Ensino do Direito e profissões jurídicas	394
a) O ensino do Direito	394
b) As profissões jurídicas	394
§ 46º Conclusão	396
Bibliografia específica	397
Bases de dados específicas	400
CAPÍTULO V – OS SISTEMAS JURÍDICOS AFRICANOS	401
§ 47º Formação	401
a) Os Direitos tradicionais africanos	401
b) O Direito muçulmano	401
c) Os sistemas jurídicos coloniais	402
d) O Direito posterior às independências nacionais	403
e) Tendências unificadoras	404
§ 48º Características gerais	405
a) A diversidade dos sistemas jurídicos africanos	405
b) Fatores de unidade	407
§ 49º Fontes	412
a) A base consuetudinária	412

DIREITO COMPARADO

<i>b)</i> O Direito legislado	419
<i>c)</i> Precedentes judiciais	419
<i>d)</i> Fontes religiosas	420
<i>e)</i> Direito Internacional e supranacional	420
§ 50º Meios de resolução de litígios	423
<i>a)</i> O relevo da conciliação	423
<i>b)</i> As autoridades tradicionais	423
<i>c)</i> Os tribunais estaduais	425
<i>d)</i> Os tribunais arbitrais	426
§ 51º Método jurídico	426
§ 52º Ensino do Direito e profissões jurídicas	427
<i>a)</i> O ensino do Direito	427
<i>b)</i> As profissões jurídicas	428
§ 53º Conclusão: uma família jurídica africana?	429
Bibliografia específica	431
Bases de dados específicas	438
CAPÍTULO VI – O DIREITO HINDU	439
§ 54º Formação e âmbito	439
<i>a)</i> O Hinduísmo: caracterização	439
<i>b)</i> Âmbito pessoal, geográfico e material de aplicação do Direito hindu	441
§ 55º Conceitos fundamentais	444
<i>a)</i> <i>Dharma</i>	444
<i>b)</i> <i>Karma</i>	445
<i>c)</i> Castas	445
§ 56º Fontes	448
<i>a)</i> Textos revelados	448
<i>b)</i> Tradições	453
<i>c)</i> Comentários e tratados	453
<i>d)</i> Costume	453
<i>e)</i> Jurisprudência	455
<i>f)</i> Lei	456
§ 57º Meios de resolução de litígios	458
§ 58º Método jurídico	459
§ 59º Ensino do Direito e profissões jurídicas	460
<i>a)</i> O ensino do Direito	460
<i>b)</i> As profissões jurídicas	460
§ 60º Conclusão	461
Bibliografia específica	462
Bases de dados específicas	464

CAPÍTULO VII – O DIREITO CHINÊS	467
§ 61º Formação e âmbito	467
a) Pressupostos filosóficos	467
b) O Direito na China nacionalista	471
c) O Direito na China comunista	472
d) O Direito chinês atual	473
e) Influência sobre outros sistemas jurídicos	475
§ 62º Características gerais	476
a) A função social do Direito na China	476
b) A complexidade do sistema jurídico chinês	478
§ 63º Fontes	479
a) Constituição	479
b) Lei ordinária	480
c) Outras fontes	483
§ 64º Meios de resolução de litígios	484
a) A importância da conciliação	484
b) O papel dos tribunais	485
c) A organização judiciária	486
§ 65º Método jurídico	486
§ 66º Ensino do Direito e profissões jurídicas	488
a) O ensino do Direito	488
b) As profissões jurídicas	489
§ 67º Conclusão	490
Bibliografia específica	491
Bases de dados específicas	495
CAPÍTULO VIII – SÍNTESE COMPARATIVA DOS SISTEMAS JURÍDICOS ANALISADOS	497
§ 68º Cinco conceitos de Direito	497
§ 69º Principais fatores que os determinam	498
TÍTULO II – A INTERAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS	503
CAPÍTULO I – OS SISTEMAS JURÍDICOS HÍBRIDOS	503
§ 70º Noção e características	503
§ 71º Causas e atualidade do fenómeno	504
§ 72º Categorias fundamentais de sistemas jurídicos híbridos	507
§ 73º O Direito da África do Sul	508
§ 74º O Direito do Egito	513
§ 75º O Direito da Escócia	517
§ 76º O Direito de Israel	519
§ 77º O Direito do Japão	523

DIREITO COMPARADO

§ 78º O Direito do Quebeque	527
§ 79º Síntese	529
Bibliografia específica	530
Bases de dados específicas	537

CAPÍTULO II – A APROXIMAÇÃO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS E OS SEUS LIMITES 539

§ 80º Preliminares	539
§ 81º A receção de Direito estrangeiro	540
a) A receção de Direito oriundo dos sistemas romano-germânicos	540
b) A receção de Direito oriundo dos sistemas de <i>Common Law</i>	542
§ 82º A harmonização e a unificação internacional do Direito Privado	544
a) Noção	544
b) Iniciativas de âmbito mundial	545
c) Iniciativas de âmbito regional	551
d) Razões que as justificam	556
e) Limites a que se subordinam	560
f) A coordenação dos Direitos nacionais como alternativa	566
Bibliografia específica	567
Bases de dados específicas	575

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	577
------------------------	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATÉRIAS	583
-------------------------------	-----

## INTRODUÇÃO

### § 1º **A pluralidade e a diversidade dos sistemas jurídicos contemporâneos**

Apesar da intensificação do comércio internacional e dos fluxos migratórios trans-fronteiras que caracterizam o mundo contemporâneo, mantiveram-se nele – e tornaram-se até mais nítidas – a pluralidade e a diversidade dos sistemas jurídicos.

Assim, por exemplo, em certos países do Extremo Oriente a esfera de autonomia reconhecida aos particulares permanece de um modo geral mais restrita do que nos países ocidentais, não obstante a recente adesão de muitos deles à economia de mercado. Atesta-o o facto o Código Civil chinês de 2020 sujeitar certos tipos contratuais (*v.g.* os que visem a importação de tecnologia) a autorização e registo, do mesmo passo que atribui às autoridades administrativas a responsabilidade pela supervisão dos contratos que coloquem em risco interesses do Estado. Estas limitações à liberdade contratual surgem como corolários do facto de a Constituição chinesa sujeitar o exercício dos direitos e liberdades dos cidadãos aos interesses do Estado e de o Código Civil colocar as relações de Direito Civil sob a égide das «necessidades de desenvolvimento do socialismo com características chinesas»; mas a elas não será também alheia a circunstância de a mundividência confucionista, que valoriza a autoridade, a hierarquia e a subordinação do indivíduo à coletividade, divergir fortemente do ideal de liberdade que caracteriza a denominada civilização ocidental.

Por outro lado, a crença europeia e norte-americana na igualdade perante a lei e os seus corolários no domínio das relações familiares não lograram obter aceitação em vários países muçulmanos, onde o estatuto da mulher casada se mantém largamente subordinado ao do marido em virtude da admissão da poligamia e do reconhecimento ao varão do direito de corrigir e repudiar a sua consorte.

Mesmo na Europa são muito significativas as diferenças que subsistem quanto ao relevo conferido, *v.g.*, à boa-fé nas relações contratuais e, por conseguinte, quanto à admissibilidade da imposição aos contraentes de deveres acessórios de

conduta nela fundados. O que se prende, além do mais, com a diferente medida em que nos países europeus se atende a exigências de ordem ética e social no domínio do Direito Privado, a qual é significativamente mais accentuada nos sistemas jurídicos romano-germânicos do que nos de *Common Law*.

Este fenómeno é atribuível a diferentes causas.

Por um lado, os problemas suscitados pela convivência em sociedade, que o Direito tem por objeto, não são os mesmos em toda a parte: esses problemas diferem em razão dos níveis de desenvolvimento económico, social e cultural de cada país, da geografia, da demografia e de um sem-número de outros fatores, que distinguem as comunidades humanas umas das outras. A própria «globalização» dos mercados determinou que certos países se especializassem na produção de determinados bens ou na prestação de certos serviços, nos quais possuem vantagens competitivas sobre os demais, donde resultam problemas sociais específicos.

Por outro lado, mesmo onde os referidos problemas são idênticos ou semelhantes diferem as valorações de que eles são objeto. O que bem se compreende. O Direito é uma realidade cultural: uma obra humana, dirigida à realização de certos valores, tributária da ideia de Justiça, das vicissitudes históricas, das religiões, dos costumes e da idiosincrasia de cada povo. Uma vez que todos estes fatores variam consoante as comunidades humanas que se considerem, natural é que variem também as instituições jurídicas nelas vigentes, ainda que lhes correspondam sistemas económicos análogos<sup>1</sup>.

## § 2º Primeira noção de Direito Comparado

Chama-se Direito Comparado o ramo da Ciência Jurídica que tem por objeto o Direito na sua pluralidade e diversidade de expressões culturais e procede ao estudo comparativo destas.

<sup>1</sup> A natureza cultural do Direito é reconhecida no pensamento jurídico moderno desde, pelo menos, Savigny: cfr., deste autor, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlim, 1840, pp. 13 ss. e 34 ss. Sobre o tema, *vide* ainda, na literatura contemporânea, Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5ª ed., Berlim/Nova Iorque, 1993, pp. 131 ss.; Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., Berlim, 1998, pp. 83 ss. (na tradução castelhana, por Emilio Mikunda, com o título *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, 2000, pp. 34 ss.); Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 20ª ed., São Paulo, 2002, pp. 217 ss. e 300 ss.; Roger Cotterrell, *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Aldershot, 2006; Lawrence Rosen, *Law as Culture. An Invitation*, Princeton, 2006; Castanheira Neves, «O problema da universalidade do Direito – ou o Direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas», in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*, vol. 3º, Coimbra, 2008, pp. 101 ss.; Spyridon Vrellis, «La loi et la culture», *Revue Hellénique de Droit International*, 2009, pp. 449 ss.; Peter Mankowski, «Rechtskultur», *JZ*, 2009, pp. 321 ss.; *idem*, *Rechtskultur*, Tubinga, 2016.

Melhor se diria, pois, a fim de designá-lo, *comparação de Direitos*. Assim é denominado, por exemplo, na Alemanha, onde se utiliza para o mesmo efeito o termo *Rechtsvergleichung*. Na verdade, não se trata de um ramo da ordem jurídica, mas antes de uma *disciplina científica*: um conjunto de conhecimentos relativos a certo objeto, obtidos segundo determinado método ou métodos. Esse objeto é, no caso vertente, o próprio Direito na sua variedade de manifestações; e o método utilizado no estudo dele o que se baseia no confronto sistemático das suas diferentes expressões quanto a certo ou certos problemas concretos e na indagação dos fatores causais das semelhanças e diferenças assim detetadas.

Em Portugal, assim como noutros países, a designação Direito Comparado (em inglês, *Comparative Law*; em francês, *Droit Comparé*) encontra-se porém consagrada na literatura especializada e nos planos de estudos dos cursos de licenciatura em Direito; pelo que também nós a utilizaremos nesta obra.

### § 3º Modalidades da comparação jurídica

O estudo comparativo dos Direitos pode incidir sobre diferentes realidades e ser empreendido em diversas perspectivas<sup>2</sup>

Esse estudo pode, na verdade, propor-se determinar o modo pelo qual certo ou certos problemas jurídicos particulares – por exemplo a responsabilidade civil do produtor, a condição dos filhos nascidos fora do casamento ou a garantia contra defeitos na venda de bens de consumo – são resolvidos em diferentes ordenamentos jurídicos locais ou pessoais, mediante a indagação dos *tipos de soluções* neles acolhidos para esses problemas. Fala-se então de *microcomparação* ou *comparação institucional*.

Mas pode também a atividade comparativa visar realidades mais vastas, *maxime* os sistemas jurídicos de diferentes países tomados nos seus traços fundamentais. É a chamada *macrocomparação*. Esta compreende ainda a operação que consiste em agrupar esses sistemas jurídicos em *famílias*, *tradições* ou *culturas jurídicas*, em ordem a compreendê-los melhor, assim como a comparação dessas famílias, tradições e culturas entre si.

Estas duas modalidades de comparação jurídica – cumpre notá-lo – não se encontram no mesmo plano: as *funções heurísticas* desempenhadas pela nossa disciplina, que explicitaremos a seguir, são essencialmente levadas a cabo através da microcomparação. A macrocomparação é, como demonstraremos, instrumental relativamente a esta, fornecendo a base sobre a qual ela há de processar-se. Assim,

<sup>2</sup> Cfr., sobre o que se segue, Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, t. III, *La science des droits comparés*, Paris, 1983, pp. 85 ss.; Max Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2ª ed., Munique, 1987, pp. 31 ss.; e Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed., Tubinga, 1996, pp. 4 s. (na tradução inglesa, por Tony Weir, com o título *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Oxford, 1998, pp. 4 s.).



por exemplo, a fim de se determinar o regime jurídico da responsabilidade do produtor vigente em França importa ter presente o valor da jurisprudência como fonte de Direito nesse país; para se atuarem as regras norte-americanas sobre a responsabilidade civil por danos causados em acidentes de viação não se pode ignorar o papel desempenhado pelo júri nos Estados Unidos; e se se quiserem conhecer os deveres de conduta que na Alemanha fluem do princípio da boa-fé em matéria contratual será imprescindível ter em conta o método observado pelos tribunais desse país na resolução dos casos singulares.

#### § 4º Principais funções do Direito Comparado

São várias, e muito relevantes, as funções desempenhadas pelo Direito Comparado<sup>3</sup>. Podemos agrupá-las em duas categorias fundamentais, que denominaremos respetivamente *funções epistemológicas* e *funções heurísticas*. Examinemo-las sucintamente.

<sup>3</sup> Ver, sobre o ponto, além das obras gerais que referiremos adiante, no § 10º, os seguintes estudos: Ernst Zitelmann, «Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1900, pp. 329 ss. (reproduzido in Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken, *Rechtsvergleichung*, Darmstadt, 1978, pp. 11 ss.); Pierre Lepaulle, «The function of comparative law», *Harvard L.R.*, 1921, pp. 838 ss. (reproduzido in Zweigert/Puttfarcken, ob. cit., pp. 63 ss.); Harold C. Gutteridge, «La valeur du droit comparé», in AAVV, *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, vol. II, Paris, 1938, pp. 581 ss.; Ferdinand Stone, «The End to be served by Comparative Law», *Tul.L.R.*, 1950/51, pp. 325 ss.; Otto Kahn-Freund, «Comparative Law as an Academic Subject», *LQR*, 1966, pp. 40 ss.; Otto Sandrock, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, Frankfurt a.M./Berlim, 1966; Max Rheinstein, «Comparative Law – Its Functions, Methods and Usages», *Arkansas Law Review*, 1968, pp. 415 ss.; Ernst Rabel, «Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung», in *eiusdem*, *Gesammelte Aufsätze*, vol. III, Tubinga, 1967, pp. 1 ss. (reproduzido in Zweigert/Puttfarcken, ob. cit., pp. 85 ss.); George Winterton, «Comparative Law Teaching», *AJCL*, 1975, pp. 69 ss. (especialmente pp. 97 ss.); Hugh J. Ault/Mary Ann Glendon, «The Importance of Comparative Law in Legal Education: United States Goals and Methods of Legal Comparison», *Journal of Legal Education*, 1975, pp. 599 ss.; Rodolfo Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, 1991; Basil S. Markesinis, «The Destructive and Constructive Role of the Comparative Lawyer», *RabelsZ*, 1993, pp. 438 ss.; Hein Kötz, «Comparative Law in Germany Today», *RIDC*, 1999, pp. 753 ss. (pp. 761 ss.); *idem*, «Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung», *JZ*, 2002, pp. 257 ss.; Karl-Peter Sommermann, «A Importância da comparação jurídica para a evolução do Direito Público na Europa», *SI*, 2004, pp. 455 ss.; Marie-Claire Ponthoreau, «Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique», *RIDC*, 2005, pp. 7 ss.; H. Patrick Glenn, «The Aims of comparative law», in Jan M. Smits (org.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2ª ed., Cheltenham/Northampton, 2012, pp. 65 ss.; e Jürgen Basedow, «Hundert Jahre Rechtsvergleichung. Von wissenschaftlicher Erkenntnisquelle zur obligatorischen Methode der Rechtsanwendung», *JZ*, 2016, pp. 269 ss.; Miguel da Câmara Machado, «What the world needs now is Comparative Law, sweet Comparative Law», *RFDUL*, 2017, pp. 101 ss.; Jan M. Smits, «Comparative Law and its Influence on National Legal Systems», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford, 2019, pp. 502 ss.

I – O conhecimento, nos seus traços fundamentais, dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos e das diferentes soluções neles acolhidas para os problemas suscitados pela convivência humana é imprescindível à compreensão do lugar que o Direito nacional ocupa entre os diferentes sistemas jurídicos e à assimilação dos seus elementos mais profundos e constantes, que a comparação jurídica coloca em evidência: a nenhum jurista é possível entender cabalmente o sistema jurídico em que é versado sem tomar consciência daquilo que, nos seus traços fundamentais, o distingue dos demais.

Este ramo da ciência jurídica possibilita, por outro lado, uma melhor compreensão de muitos institutos jurídicos, dada a *perspetiva funcional* em que, como veremos a seguir, obriga a examiná-los<sup>4</sup>.

O Direito Comparado constitui, além disso, um fator de enriquecimento cultural do jurista e de reforço do espírito crítico que dele se requer.

Eis aqui, em suma, a primeira categoria de funções desempenhadas pela nossa disciplina: as *funções epistemológicas*.

II – Mas o Direito Comparado auxilia também o jurista na descoberta de soluções para os problemas postos pela regulação da convivência social<sup>5</sup>. Daqui as suas *funções heurísticas*.

Assim, o Direito Comparado é desde logo imprescindível à determinação do sentido e alcance das normas e institutos de Direito nacional, sempre que estes reflitam princípios igualmente consagrados no Direito de outro ou outros países ou que hajam sido recebidos deles: o Direito Comparado é, nesta medida, um *elemento interpretativo* da lei<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Não falta mesmo quem, na doutrina especializada, sustente que a função social das regras e institutos jurídicos dificilmente pode ser reconhecida e nunca pode ser criticamente avaliada sem recurso à comparação de Direitos: cfr., neste sentido, Max Rheinstein, «Teaching Comparative Law», *U. Chi. L. Rev.*, 1937/1938, pp. 615 ss. (p. 622).

<sup>5</sup> «O Direito Comparado», escreveu Yeshwant Chandrachud, *Chief Justice of India* entre 1978 e 1985, «não é um mero adorno superficial, para ser estudado unicamente a fim de satisfazer as aspirações intelectuais ou a curiosidade de cada um. Ele possui grande utilidade prática. Para além dos aspetos culturais, estéticos, sociológicos e filosóficos, o Direito Comparado tornou-se numa ferramenta indispensável ao advogado, ao juiz e ao legislador criterioso. O estudo do Direito Comparado é vital ao entendimento da relação entre o Direito e a sociedade. Facilita também grandemente uma melhor compreensão do nosso próprio sistema jurídico e ajuda a avaliar as nossas normas» (cfr. *Glimpses of Family Laws of Goa, Daman and Diu*, Margão, Goa, 1982, p. 1).

<sup>6</sup> Esta orientação obteve acolhimento na Constituição sul-africana de 1996, cujo art. 39, n.º 1, alínea c), estabelece que os tribunais podem tomar em consideração o Direito estrangeiro na interpretação das disposições sobre direitos fundamentais. Cfr. Joan Church/Christian Schulze/Hennie Strydom, *Human Rights from a Comparative and International Law Perspective*, Pretória, 2007. Vide ainda, sobre o tema, o estudo de Konrad Zweigert, «Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode», *RabelsZ*, 1949, pp. 5 ss.; e Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, pp. 312 ss. (para quem

Por outro lado, o Direito Comparado, na medida em que favorece a denominada *circulação dos modelos jurídicos*<sup>7</sup>, é o esteio do *desenvolvimento jurisprudencial do Direito nacional*<sup>8</sup>: na busca de soluções para os problemas novos que a vida em sociedade constantemente suscita, os tribunais apelam muitas vezes à lição de outros sistemas jurídicos, extraíndo deles orientações relevantes quanto ao modo ou aos modos possíveis de resolvê-los. É o que sucede há muito em Portugal<sup>9</sup>. Assim, por exemplo, quando o Supremo Tribunal de Justiça procura concretizar a cláusula geral da boa fé na formação e na execução dos contratos, não

a comparação jurídica constituiria o *quinto método* de interpretação da lei, a par do gramatical, do sistemático, do teleológico e do histórico). Atribuindo ao Direito Comparado tão-só uma *função auxiliar* na determinação do Direito aplicável ao caso singular, *vide* Karl Riesenhuber, «Rechtsvergleichung als Methode der Rechtsfindung?», *AcP*, 2018, pp. 693 ss. (p. 722).

<sup>7</sup> Sobre a qual pode ver-se Eric Agostini, «La circulation des modèles juridiques», *RIDC*, 1990, pp. 461 ss.

<sup>8</sup> Cfr., sobre o tema, Gert Reinhard, «Rechtsvergleichung und richterliche Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Privatrechts», in AAVV, *Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karl Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1986, pp. 599 ss.; T. Koopmans, «Comparative Law and the Courts», *ICLQ*, 1996, pp. 545 ss.; Guy Canivet, «The Use of Comparative Law Before the French Private Law Courts», in Guy Canivet/Mads Andenas/Duncan Fairgrieve (orgs.), *Comparative Law Before the Courts*, Londres, 2004, pp. 181 ss.; *idem*, «La pratique du droit comparé par les cours suprêmes. Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne: en commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke *Le juge en tant que comparatiste*», *Tul.L.R.*, 2006, pp. 221 ss.; Basil Markesinis/Jörg Fedtke, «The Judge as Comparatist», *Tul.L.R.*, 2005, pp. 11 ss.; e Esin Örüçü «Comparative Law in Practice: The Courts and the Legislator», in Esin Örüçü/David Nelken (orgs.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford/Portland, Oregon, 2007, pp. 411 ss.

<sup>9</sup> Neste sentido se orientava já a *Lei da Boa Razão*, de 18 de agosto de 1769, ao dispor: «Mando pela outra parte, que aquela boa razão, que o sobredito Preâmbulo determinou, que fosse na praxe de julgar subsidiária, não possa nunca ser a da autoridade extrínseca destes, ou daqueles Textos do Direito Civil, ou Abstractos, ou ainda com a concordância de outros; mas sim, e somente: Ou aquela boa razão, que consiste nos primitivos princípios, que contém verdades essenciais, intrínsecas, e inalteráveis, que a Ética dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural, formalizaram para servirem as Regras Moraes, e Civis, entre o Cristianismo: Ou aquela boa razão, que se funda nas outras Regras, que de universal consentimento estabeleceu o Direito das Gentes para a direção, e governo de todas as Nações civilizadas: Ou aquela boa razão, que se estabelece nas Leis Políticas, Económicas, Mercantis, e Marítimas, que as mesmas Nações Cristãs tem promulgado com manifestas utilidades, do socego público, do estabelecimento da reputação, e do aumento dos cabedais dos Povos, que com as disciplinas destas sábias, e proveitosas Leis vivem felizes à sombra dos tronos, e debaixo dos auspícios dos seus respectivos Monarcas, Príncipes Soberanos: Sendo muito mais racionável, e muito mais coerente, que nestas interessantes matérias se recorra antes em casos de necessidade ao subsídio próximo das sobreditas Leis das Nações Cristãs, iluminadas, e polidas, que com elas estão resplandecendo na boa, depurada, e são Jurisprudência; em muitas outras erudições úteis, e necessárias». Ver, sobre o tema, o nosso estudo «O contributo da Lei da Boa Razão para o Direito Comparado e o seu ensino: breve relance», in Cláudia Lima Marques/Gustavo Cerqueira (coords.), *A função modernizadora do direito comparado: 250 anos da Lei da Boa Razão*, São Paulo, 2020, pp. 159 ss.

hesita em referir-se a experiências jurídicas estrangeiras, mormente a dos países que mais diretamente influenciaram os preceitos do Direito nacional sobre a matéria<sup>10</sup>. Mas não só em Portugal: mesmo num país cuja jurisprudência é tradicionalmente muito mais relutante do que a nossa em recorrer ao Direito Comparado, como é o caso dos Estados Unidos da América, a experiência jurídica estrangeira não tem deixado, ultimamente, de ser tida em conta em importantes arestos do Supremo Tribunal<sup>11</sup>.

Não menos significativo é o papel desempenhado pelo Direito Comparado na *reforma legislativa*, a qual é muitas vezes precedida de estudos comparativos acerca dos regimes consignados noutros ordenamentos jurídicos quanto às matérias que tem por objeto<sup>12</sup>. Foi, por exemplo, o que sucedeu em Portugal aquando da elaboração do Código Civil de 1966, como o atestam os trabalhos preparatórios dos respetivos anteprojetos<sup>13</sup>.

O Direito Comparado releva igualmente na coordenação dos sistemas jurídicos nacionais, tendo em vista a regulação das situações privadas internacionais.

Essa coordenação é feita designadamente através dos mecanismos próprios do chamado Direito Internacional Privado<sup>14</sup>. Este desincumbe-se da sua missão

<sup>10</sup> Vejam-se, entre outros, os acórdãos daquele Tribunal de 24 de outubro de 1995, no *BMJ* 450 (1995), pp. 443 ss., e de 14 de janeiro de 1997, na *CJSTJ*, ano V, tomo I, pp. 42 ss. Sobre o recurso a precedentes estrangeiros pelo Tribunal Constitucional português, veja-se Rui Manuel Moura Ramos, «Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel», *BFDUC*, 2014, pp. 31 ss. Acerca do apelo ao Direito Comparado pelos tribunais macaenses, veja-se Salvatore Mancuso, «The Use of Comparative Law in the Judiciary in Macao», in Tong Io Cheng/Salvatore Mancuso (orgs.), *New Frontiers of Comparative Law*, Hong Kong, 2013, pp. 141 ss.

<sup>11</sup> Cfr., por exemplo, a decisão proferida em 2005 no caso *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, em que aquele Tribunal julgou (por 5 votos contra 4) que a VIII e a XIV Emendas à Constituição proibem a imposição da pena de morte a menores de 18 anos, sob a invocação, entre outros argumentos, de que a maioria dos demais países abolira a pena capital em tais casos.

<sup>12</sup> Ver, sobre o ponto, David Duarte/Alexandre Sousa Pinheiro/Miguel Lopes Romão/Tiago Duarte, *Legística. Perspectivas sobre a concepção e redação de actos normativos*, Coimbra, 2002, pp. 44 e 73 ss.; Jan M. Smits, «Comparative Law and its Influence on National Legal Systems», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford, 2019, pp. 502 ss. (pp. 504 ss.).

<sup>13</sup> Pode consultar-se o elenco desses trabalhos na obra *Código Civil português. Exposição documental*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966, pp. 58 ss. Sobre a relevância do Direito Comparado nas reformas recentemente introduzidas no Direito português, vide Moura Vicente, «Legal Reforms in the Context of the Financial Crisis: the Case of Portugal», in Mauro Bussani/Lukas Heckendorn Urscheler (orgs.), *Comparisons in Legal development. The Impact of Foreign and International Law on National Legal Systems*, Zurique, 2016, pp. 133 ss.

<sup>14</sup> Sobre as relações entre o Direito Comparado e o Direito Internacional Privado, vejam-se, além das obras gerais indicadas no § 10º: Henri Batiffol, «Les apports du droit comparé au droit international privé», in *eiusdem*, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, 1976, pp. 113 ss.; Arthur T. von Mehren, «L'apport du droit comparé à la théorie et pratique du droit international privé»,

estabelecendo para cada categoria de situações ou questões jurídicas um elemento de conexão, que designa a lei aplicável<sup>15</sup>. Daqui resulta não raro a necessidade de conhecer, interpretar e aplicar normas de Direito estrangeiro a essas situações e questões jurídicas; o jurista é pois obrigado a transpor as fronteiras do Direito nacional em que é versado. Refere-se àquelas operações o artigo 23<sup>o</sup> do Código Civil português, que manda interpretar a lei estrangeira «dentro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas». Essa interpretação, assim como a própria aplicação da lei estrangeira com vista à resolução de questões privadas internacionais, hão de pois de fazer-se tomando em consideração as fontes, a organização judiciária, o sistema de controlo da constitucionalidade, os modos de descoberta do Direito aplicável, etc., das ordens jurídicas em apreço. É o Direito Comparado que faculta ao jurista estes elementos<sup>16</sup>.

Pode assim dizer-se que a disciplina jurídica das situações privadas internacionais é tributária da comparação de Direitos. Disto mesmo dá testemunho o disposto no artigo 15<sup>o</sup> do Código Civil português. Segundo este preceito, «a competência atribuída a uma lei abrange somente as normas que, pelo seu conteúdo e pela fun-

*RIDC*, 1977, pp. 493 ss.; Th. M. de Boer, «The Missing Link. Some thoughts on the relationship between private international law and comparative law», in Katharina Boele-Woelki e outros (orgs.), *Comparability and Evaluation. Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*, Haia, 1994, pp. 15 ss.; Erik Jayme, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé», *Rec. cours*, t. 251 (1995), pp. 9 ss. (pp. 105 ss.); António Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, 2000, pp. 51 ss.; Christian von Bar/Peter Mankowski, *Internationales Privatrecht*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Munique, 2003, pp. 93 ss.; Horatia Muir Watt, «Private International Law», in Jan M. Smits (org.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham/Northampton, 2006, pp. 566 ss.; Diego Fernández Arroyo, «Private International Law and Comparative Law: A Relationship Challenged by International and Supranational Law», *YPIL*, 2009, pp. 31 ss.; Maria Helena Brito, «A utilização do método comparativo em Direito Internacional Privado. Em especial, o problema da qualificação», in *AAVV, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, 2011, vol. I, pp. 103 ss.; Mathias Reimann, «Comparative law and neighbouring disciplines», in Mauro Bussani/Ugo Mattei (orgs.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, pp. 13 ss.; *idem*, «Comparative Law and Private International Law», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford, 2019, pp. 1339 ss.; Giesela Rühl, «Rechtsvergleichung und europäisches Kollisionsrecht: Die vergessene Dimension», in Reinhard Zimmermann (org.), *Zukunftsperspektive der Rechtsvergleichung*, Tübinga, 2016, pp. 103 ss.; e Ralf Michaels, «Comparative law and private international law», in Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, 2017, vol. I, pp. 417 ss.

<sup>15</sup> Sobre o método do Direito Internacional Privado podem ver-se o nosso estudo «Método jurídico e Direito Internacional Privado», in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. II, Coimbra, 2005, pp. 7 ss., e os demais autores e obras aí referenciados.

<sup>16</sup> Ver sobre o tema, por último, Carlos Esplugues/José Luís Iglesias/Guillermo Palao (orgs.), *Application of Foreign Law*, Munique, 2011.

ção que têm nessa lei, integram o regime do instituto visado na regra de conflitos». É o sistema que denominamos de *referência seletiva* à lei competente<sup>17</sup>. Dele nasce o problema dito da *qualificação* no Direito Internacional Privado. Esta consiste, no essencial, em aferir se existe correspondência funcional entre as normas ou institutos da lei designada pela regra de conflitos e os que são visados através do conceito-quadro que delimita o âmbito desta regra. A sua relevância prática deriva de os mesmos problemas sociais serem frequentemente resolvidos nos diversos sistemas jurídicos por meios técnicos diferentes. Ora bem: é o Direito Comparado que permite apurar se e em que medida instituições jurídicas que desempenham em ordenamentos jurídicos distintas funções sociais análogas ou equivalentes são reconduzíveis às mesmas regras de conflitos de leis no espaço.

O Direito Comparado é ainda imprescindível à determinação da *lei mais favorável* a certa categoria de sujeitos (*v.g.* a parte mais fraca na relação jurídica), que algumas regras de conflitos de leis no espaço mandam aplicar tendo em vista protegê-los. É o que fazem, por exemplo, os artigos 6º, nº 2, e 8º, nº 1, do Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais<sup>18</sup>, relativos, respetivamente, aos contratos celebrados por consumidores e ao contrato individual de trabalho. Deles resulta a necessidade de proceder, previamente à determinação da lei aplicável, ao que já foi designado na doutrina alemã por *Günstigkeitvergleich*: a comparação do *grau de favorecimento* reservado a certa categoria de sujeitos da relação jurídica *sub judice* nas leis com ela conexas.

Há por vezes que reconhecer efeitos no Estado do foro a um direito subjetivo pertencente a certa categoria que é desconhecida da ordem jurídica local. Levanta-se então o problema de saber como «traduzir» esse direito subjetivo para os quadros conceituais próprios do ordenamento jurídico do foro: é o problema dito da *transposição* em Direito Internacional Privado. Na realização desta operação, que obedece igualmente a um critério de equivalência funcional, a comparação de Direitos desempenha um papel fundamental<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Sobre o ponto, veja-se o nosso *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, pp. 381 ss.

<sup>18</sup> «Regulamento de Roma I», publicado no *JOUE* nº L177, de 4 de julho de 2008, pp. 6 ss. Ver, sobre este ato da União Europeia, Franco Ferrari/Stefan Leible (orgs.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munique, 2009; Franco Ferrari (org.), *Rome I Regulation. Pocket Commentary*, Munique, 2013; Rui de Moura Ramos, *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Coimbra, 2016, pp. 73 ss.; e Francisco Garcimartín Alférez, «Rome Convention and Rome I Regulation (contractual obligations)», in Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, 2017, vol. II, pp. 1553 ss.

<sup>19</sup> Veja-se, a título de exemplo, o acórdão de 11 de março de 1991 do Tribunal Federal alemão, *IPRax*, 1993, pp. 176 e ss. (com anotação de Karl Kreuzer, in *ibidem*, pp. 157 ss.), em que aquele



Também na modelação pelos interessados do regime jurídico aplicável às situações privadas internacionais se manifesta a importância do Direito Comparado. É o que sucede, por exemplo, no tocante aos contratos internacionais: a escolha pelas partes da lei que lhes é aplicável, consentida nomeadamente pelos artigos 41º do Código Civil e 3º do Regulamento de Roma I, assim como a própria estipulação das suas cláusulas, pressupõem muitas vezes o confronto das soluções oferecidas pelas diferentes leis em presença – o mesmo podendo dizer-se da eleição da lei sob a égide da qual há de constituir-se uma sociedade comercial ou em conformidade com a qual será registado um navio ou uma aeronave.

Possibilitar a descoberta de *princípios comuns* aos diferentes sistemas jurídicos nacionais é outra função de relevo da nossa disciplina, designadamente no quadro da aludida coordenação desses sistemas jurídicos<sup>20</sup>. Dela se acham hoje expressamente incumbidos, por força de disposições constantes de convenções internacionais, certos tribunais supra- e internacionais.

Entre esses tribunais sobressai o Tribunal Internacional de Justiça, que, nos termos do art. 38º, nº 1, alínea *c*), do seu Estatuto<sup>21</sup> aplica como fonte de Direito Internacional os «princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas»<sup>22</sup>.

Outro tanto pode dizer-se do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>23</sup>. Este é competente, nos termos do art. 268º do Tratado Sobre o Funcionamento da

Tribunal considerou equivalente à *ipoteca automobilistica italiana* a «propriedade fiduciária para efeitos de garantia» (*Sicherungseigentum*), a qual preencheria na ordem jurídica alemã as finalidades que presidem àquele instituto.

<sup>20</sup> Sobre o tema, veja-se, em especial, Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquelle- und Interpretationslehre*, 4ª ed., Tubinga, 1990, pp. 28 ss. (existe tradução castelhana, por Eduardo Valente Fiol, com o título *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, s.d.).

<sup>21</sup> Publicado em anexo ao Aviso nº 66/91 do Ministério dos Negócios Estrangeiros, *in D.R.*, I série-A, nº 117, de 22 de maio de 1991, pp. 2746 ss.

<sup>22</sup> Ver, sobre esse preceito, Lord McNair, «The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations», *BYIL*, 1957, pp. 1 ss.; Alfred Verdross, «Les principes généraux de droit dans le système des sources de droit international public», *in Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genebra, 1968, pp. 521 ss.; André Gonçalves Pereira/Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 257 ss.; Ian Brownlie, *Princípios de Direito Internacional Público* (tradução portuguesa de Maria Manuela Farrajota/Maria João Santos/Victor Stockinger/Patricia Galvão Teles), Lisboa, 1997, pp. 27 ss.; Nguyen Quoc Dinh/Patrick Dailler/Alain Pellet, *Direito Internacional Público* (tradução portuguesa de Vítor Marques Coelho), Lisboa, 1999, pp. 315 ss.; Eduardo Correia Baptista, *Direito Internacional Público*, vol. I, Lisboa, 2015, pp. 181 ss.; e Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed. (coord. por Concepción Escobar Hernández), Madrid, 2017, pp. 122 ss.

<sup>23</sup> Ver Pierre Pescatore, «Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits de États membres», *RIDC*, 1980,

União Europeia, para conhecer dos litígios relativos à reparação de danos causados pelas instituições da União ou pelos seus agentes no exercício das respetivas funções. Ora, por força do disposto no art. 340º, segundo parágrafo, do mesmo Tratado, a União deve indemnizar esses danos de acordo com os «princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros»<sup>24</sup>. Igualmente significativa é a competência conferida ao Tribunal de Justiça pelo art. 267º do Tratado a fim de decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Ao abrigo desse preceito (bem como do art. 234º do Tratado da Comunidade Europeia que o precedeu), o Tribunal tem sido frequentemente chamado a definir conceitos e a construir soluções na base da comparação dos Direitos nacionais. Assim tem sucedido, *v.g.*, em matéria de competência judiciária, de reconhecimento e de execução de decisões judiciais, porquanto no entender do Tribunal só por apelo à comparação de Direitos se assegura uma interpretação autónoma dos conceitos visados nas disposições do Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012 («Bruxelas I-bis»)<sup>25</sup>, que disciplina aquela matéria; o que é indispensável a fim de garantir a sua aplicação uniforme e a igualdade de tratamento dos nacionais dos respetivos Estados membros<sup>26</sup>. O recurso à comparação jurídica é ainda reclamado pelo art. 6º, nº 3, do Tratado da União Europeia, que integra os princípios gerais resultantes das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros nas fontes do Direito da União.

Não menos relevante é a comparação dos Direitos dos Estados membros da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>27</sup> levada a cabo pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na interpretação e no desenvolvimento das regras constantes desse instrumento internacional<sup>28</sup>.

pp. 337 ss.; François R. van der Mensbrugge (org.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur, 2003; e Andreas Schwartz, «Die Rechtsvergleichung», in Karl Riesenhuber (org.), *Europäische Methodenlehre. Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts*, Berlin, 2006, pp. 5 ss.

<sup>24</sup> Sobre a determinação desses princípios vejam-se, entre outros, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de maio de 1978, *Bayerische HNL e outros contra Conselho e Comissão das Comunidades Europeias*, CJTJ, 1978, pp. 1209 ss., e de 4 de outubro de 1979, *P. Dumortier Frères S.A. e outros contra Conselho das Comunidades Europeias*, CJTJ, 1979, pp. 3091 ss.

<sup>25</sup> Publicado no JOUE, nº L 351, de 20 de dezembro de 2012, pp. 1 ss.

<sup>26</sup> Cfr. Hannes Rösler, «Interpretation, autonomous», in Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, 2017, vol. II, pp. 1006 ss.

<sup>27</sup> Concluída em Roma em 4 de novembro de 1950. Em Portugal, a Convenção foi aprovada para ratificação pela Lei nº 65/78, de 13 de outubro.

<sup>28</sup> Ver, sobre o tema, o nosso estudo «Relações entre a Convenção e o Direito Comparado», in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos Protocolos Adicionais*, Lisboa, 2019, pp. 518 ss.



Um tanto diversa é a posição do Tribunal Penal Internacional, cujo Estatuto<sup>29</sup> estabelece, no art. 21º, nº 1, alínea c), que, na falta de princípios e normas de Direito Internacional, o Tribunal aplicará «os princípios gerais do direito que [...] retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime», ficando todavia a aplicabilidade desses princípios subordinada à condição de os mesmos não serem «incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos».

Por fim, recorde-se a este propósito que os tribunais arbitrais adotam, não raro, como critério de decisão do mérito da causa em situações internacionais os princípios comuns aos sistemas jurídicos em presença<sup>30</sup> ou os princípios gerais de Direito<sup>31</sup>. Também para este efeito há que proceder à comparação de Direitos nacionais<sup>32</sup>.

A comparação de Direitos é, além disso, indispensável à harmonização e à unificação dos Direitos nacionais<sup>33</sup>, a que se vem procedendo há vários anos sob a égide de certas organizações supra- e internacionais, como a União Europeia, a Comunidade Andina, a Organização para a Harmonização do Direito dos Negócios em África (OHADA) e a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI)<sup>34</sup>: a adoção de instrumentos de Direito

<sup>29</sup> Ratificado pelo Decreto do Presidente da República nº 2/2002, de 18 de janeiro.

<sup>30</sup> Assim, por exemplo, o contrato de empreitada relativo à construção do túnel sob o Canal da Mancha submetia os litígios dele emergentes ao Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional; e mandava aplicar às questões atinentes à sua interpretação, validade e execução os princípios comuns aos Direitos inglês e francês: cfr. *Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.*, [1993] A.C. 334.

<sup>31</sup> Foi o que sucedeu, v.g., nas arbitragens relativas às nacionalizações, nos anos 70, das concessões de exploração petrolífera líbias: cfr. as sentenças arbitrais de 10 de outubro de 1973, caso *British Petroleum Company (Libya), Ltd., v. The Government of the Libyan Arab Republic*, in *YCA*, 1980, pp. 143 ss., e in *Rev. arb.*, 1980, pp. 117 ss.; de 19 de janeiro de 1977, caso *Texaco Overseas Petroleum Company, California Asiatic Oil Company c. Gouvernement de République arabe libyenne*, in *Clunet*, 1977, pp. 319 ss., e in *YCA*, 1979, pp. 177 ss.; e de 12 de abril de 1977, caso *Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, in *Rev. arb.*, 1980, pp. 132 ss.

<sup>32</sup> Ver, sobre o tema, Wilhelm Wengler, «Allgemeine Rechtsgrundsätze als wählbares Geschäftsstatut», *ZfRV*, 1982, pp. 11 ss.; Georges Delaume, «Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the Lex Mercatoria», *Tulane L.R.*, vol. 63 (1988-1989), pp. 575 ss.; Mauro Rubino-Sammartano, «The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine», *J. Int. Arb.*, 1993, pp. 59 ss.; e Emmanuel Gaillard, «Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international», *Rev. arb.*, 2005, pp. 375 ss. Sobre os tribunais arbitrais, ver *infra*, §§ 19º, alínea c), 27º, alínea c), 34º, alínea h), 44º, alínea c), 50º, alínea d), e 57º.

<sup>33</sup> Sobre este tema, veja-se ainda o que dizemos *infra*, no § 82º, e os instrumentos normativos aí mencionados.

<sup>34</sup> Cfr. Reinhard Zimmermann, *Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung*, Berlim, 2006; *idem*, «Comparative Law and the Europeanization of Private Law», in Mathias Reimann/

uniforme ou de atos de Direito Comunitário tendentes à harmonização dos sistemas jurídicos nacionais tem, com efeito, sido amiúde precedida de estudos comparativos<sup>35</sup>.

Certos trabalhos levados a cabo nas últimas décadas na base de tais estudos têm, por outro lado, procurado identificar um «núcleo comum» (*common core*) dos sistemas jurídicos nacionais<sup>36</sup> ou as melhores soluções dentre as que estes consagram, não raro desenvolvendo a partir delas novas regras.

Desses trabalhos resultaram, nomeadamente, os *Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, publicados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT)<sup>37</sup>; os *Princípios de Direito Europeu dos Contratos*, elaborados entre 1995 e 2003 pela Comissão de Direito Europeu dos Contratos<sup>38</sup>; os *Princípios de Direito Europeu dos Trusts*, da responsabilidade de um grupo de peritos constituído sob a égide da Universidade de Nijmegen<sup>39</sup>; os *Princípios de Direito Europeu da Família relativos ao Divórcio e aos Alimentos entre Ex-Cônjuges*<sup>40</sup> e os *Princípios de Direito Europeu da Família Relativos às Responsabilidades Parentais*<sup>41</sup>, ambos emanados da Comissão de Direito Europeu da Família; os *Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil*, divulgados em 2005 pelo Grupo Europeu de Direito da Responsabilidade Civil<sup>42</sup>. Na mesma linha fundamental de orientação se inserem o projeto de um *Quadro Comum de Referência* («Common Frame of Reference») em matéria de Direito Privado Europeu, publi-

Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford, 2019, pp. 557 ss.

<sup>35</sup> De que é exemplo a influente obra de Ernst Rabel *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, 2 vols., Berlim/Leipzig/Tubinga, 1936/58.

<sup>36</sup> Cfr. Rudolf Schlesinger, «The Common Core of Legal Systems: an Emerging Subject of Comparative Study», in K. Nadelmann/A. Von Mehren/J. Hazard (orgs.), *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leida, 1961, pp. 65 ss.; Mauro Bussani/Ugo Mattei (orgs.), *The Common Core of European Private Law. Essays on the Project*, Haia/Londres/Nova Iorque, 2002; Ugo A. Mattei/Teemu Ruskola/Antonio Gidi, *Schlesinger's Comparative Law*, 7ª ed., Nova Iorque, 2009, pp. 95 ss.

<sup>37</sup> Cfr. International Institute for the Unification of Private Law, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 4ª edição, Roma, 2016 (disponível em <http://www.unidroit.org>).

<sup>38</sup> Cfr. Ole Lando e outros (orgs.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II Combined and Revised*, Haia/Londres/Boston, 2000; *Part III*, Haia/Londres/Nova Iorque, 2003.

<sup>39</sup> Cfr. D. J. Hayton e outros (orgs.), *Principles of European Trust Law*, Haia, 1999.

<sup>40</sup> Cfr. Katharina Boele-Woelki e outros (orgs.), *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antuérpia, 2004.

<sup>41</sup> Cfr. Katharina Boele-Woelki e outros (orgs.), *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antuérpia, 2007.

<sup>42</sup> Cfr. European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Viena/Nova Iorque, 2005.

cado em 2008<sup>43</sup>, e os *Princípios de Direito Europeu dos Contratos de Seguro*, publicados em 2009<sup>44</sup>.

Estes textos não constituem, é certo, fontes de Direito. Não obstante isso, é muito relevante o papel que podem assumir na disciplina jurídica das situações plurilocalizadas, pois é admissível, dentro de certos limites, que as partes os incorporem, por remissão, em contratos por si celebrados, como fontes da disciplina a observar na sua execução, ou que as mesmas para eles remetam como critérios de resolução de litígios.

III – Importa notar que a comparação jurídica não serve apenas para detetar as soluções comuns aos Direitos nacionais (ou as melhores soluções quando estes diverjam entre si), como supunha a doutrina universalista do Direito Comparado no início do século XX<sup>45</sup>. Ela pode também propor-se determinar quais os limites a que se subordinam tanto a harmonização como a unificação desses Direitos, em particular os que resultam da circunstância de as diferenças entre eles existentes se fundarem em divergências de carácter axiológico ou ideológico, que devem ser respeitadas pelos legisladores<sup>46</sup>.

Este é, no entanto, um ponto a respeito do qual existem hoje orientações muito díspares na literatura especializada: uns (como é o caso dos autores que se inserem na denominada *corrente funcionalista* do Direito Comparado<sup>47</sup>) veem nesta disciplina sobretudo um meio de identificar as semelhanças entre sistemas jurídicos, em ordem à sua harmonização ou unificação, falando-se a este propósito de

<sup>43</sup> Cfr. Christian von Bar *et al.* (orgs.), *Principles, Definitions and Model Rules on EC Private Law. Draft Common Frame of Reference. Interim Outline Edition*, Munique, 2008.

<sup>44</sup> Cfr. Jürgen Basedow *et al.* (orgs.), *Principles of European Insurance Contract Law*, Munique, 2009.

<sup>45</sup> Cfr. Édouard Lambert, «Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire; le droit comparé et l'enseignement du droit», in AAVV, *Congrès International de Droit Comparé. Procès-Verbaux des Séances et Documents*, t. I, Paris, 1905, pp. 26 ss. (reproduzido in Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken, *ob. cit.*, pp. 30 ss.).

<sup>46</sup> Ver sobre o tema, por ultimo, Esin Örüçü, «*Unde venit, quo tendit Comparative Law?*», in Andrew Harding/Esin Örüçü (orgs.), *Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century*, Londres/Haia/Nova Iorque, 2002, pp. 1 ss. (pp. 7 ss.); e Gerhard Dannemann, «Comparative Law: Study of Similarities or Differences?», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford, 2019, pp. 390 ss. (salientando que a maior ênfase dada à determinação das semelhanças ou das diferenças na comparação jurídica pode depender da finalidade desta: sendo certo que a comparação orientada para a unificação ou harmonização dos sistemas jurídicos tenderá a privilegiar a busca das semelhanças funcionais entre os sistemas comparados, já aquela que se destine, por exemplo, a servir de base à escolha da lei mais favorável a certa finalidade dará antes a primazia à determinação das diferenças entre os sistemas em causa).

<sup>47</sup> Cujos principais expoentes são Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, *cit.*, pp. 33 s. (na tradução inglesa, pp. 34 s.). Ver *infra*, § 8<sup>o</sup>.

uma «comparação integradora» (*integrative comparison*)<sup>48</sup>; outros (especialmente aqueles que sublinham a relevância dos fatores culturais na comparação jurídica e a necessidade de preservação do pluralismo jurídico<sup>49</sup>) preferem ver no Direito Comparado primordialmente um instrumento de determinação das diferenças entre esses sistemas e, portanto, daquilo que obsta à sua aproximação, aludindo-se a este respeito a uma «comparação contrastante» (*contrastive comparison*).

Embora nenhuma destas orientações detenha o monopólio da verdade, depõe favor da segunda a necessidade de preservar a denominada *diversidade sustentável* do Direito, que resulta da estreita ligação entre este e as tradições e os valores próprios de cada comunidade humana<sup>50</sup>. A própria globalização, longe de sancionar a «comparação integradora», joga contra ela, na medida em que fomenta a concorrência entre os sistemas jurídicos nacionais<sup>51</sup>.

### § 5º Direito Comparado e dogmática jurídica

O que dissemos até aqui permite-nos estabelecer a relação entre o Direito Comparado e a chamada dogmática jurídica<sup>52</sup>.

Esta desempenha uma função essencial: a recondução à unidade da multidão de dados normativos que o sistema jurídico oferece, mediante a sua ordenação em princípios, conceitos, institutos, etc.<sup>53</sup>. O seu papel não é, contudo, apenas esse. Uma vez que o próprio sistema assim construído pode ser fonte de soluções novas, a dogmática exerce também uma função heurística.

Diversamente porém do que por vezes se supõe, a dogmática não se encontra num plano superior ao da comparação jurídica, nem esta desempenha um papel meramente auxiliar dela. Por três ordens de razões, que passamos a expor.

Desde logo, em virtude da variabilidade no espaço dos fenómenos jurídicos e da consequente relatividade dos conceitos e princípios a partir deles elaborados. A dogmática dificilmente pode aspirar a conclusões universalmente válidas, pois

<sup>48</sup> Cfr. Ugo A. Mattei/Teemu Ruskola/Antonio Gidi, *Schlesinger's Comparative Law*, cit., p. 69.

<sup>49</sup> Ver, por exemplo, Mark van Hoecke/Mark Warrington, est. cit.; Pierre Legrand, *Le droit comparé*, 2ª ed., Paris, 2006, *passim*; *idem*, «La comparaison des droits expliquée à mes étudiants», in *eisdem* (org.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, 2009, pp. 209 ss. (especialmente pp. 221 ss.); e Roger Cotterrell, «Comparative Law and Legal Culture», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford, 2019, pp. 710 ss.

<sup>50</sup> Cfr. H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 4ª ed., Oxford, 2010.

<sup>51</sup> Ver, neste sentido, Pier Giuseppe Monateri, «Éléments de comparaison des études comparatives», in Pierre Legrand (org.), *Comparer les droits, résolument*, cit., pp. 69 ss. (p. 93).

<sup>52</sup> Sobre o ponto, *vide* Hans Dölle, «Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung», *RabelsZ*, 1970, pp. 403 ss.; e Hein Kötz, «Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik», *RabelsZ*, 1990, pp. 203 ss.

<sup>53</sup> Ver Adriano Vaz Serra, *BMJ* 21 (1944), pp. 1 ss.; Luís Cabral de Moncada, «Dogmática jurídica», *Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira de Cultura. Edição século XXI*, vol. 9, Lisboa/São Paulo, 1999, cols. 781 s.; e José de Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e teoria geral*, 13ª ed., Coimbra, 2005, pp. 416 s.

toda a teorização dos fenômenos jurídicos tem como limite de validade a ordem ou as ordens jurídicas em que esses fenômenos se inserem. A dogmática não se basta, por isso, a si mesma nem dispensa a comparação jurídica. Só na base desta última se pode, com efeito, precisar o exato alcance das fórmulas abstratas a que conduz o labor construtivo do jurista<sup>54</sup>.

Depois, porque o próprio Direito Comparado se serve das conclusões da dogmática em ordem a desempenhar as suas funções. Assim sucede, nomeadamente, quando o comparatista procura definir *tipos de soluções* para certos problemas concretos. O Direito Comparado não pode, com efeito, prescindir da referência aos conceitos e institutos jurídicos que constituem como que a síntese dos comandos normativos vigentes nos ordenamentos a comparar. Nesta medida, é a dogmática que se revela instrumental relativamente à comparação jurídica.

Finalmente, porque as preocupações com a reconstrução e a sistematização do material jurídico, que dominam a dogmática, não são alheias ao próprio Direito Comparado: também este se ocupa, como vimos, da ordenação dos dados normativos singulares em grandes categorias, que melhor permitem captar o que neles há de essencial: as famílias, tradições ou culturas jurídicas, no caso da *macrocomparação*, e os tipos de soluções jurídicas para problemas concretos, na *microcomparação*. O Direito Comparado tem, *hoc sensu*, a sua própria dogmática.

O que, note-se, não importa adesão à tese segundo a qual existiria um *Direito Comparado dogmático*, ao qual caberia a formulação de novas regras jurídicas, mormente de *Direito comum* aos países ditos civilizados<sup>55</sup>: o Direito Comparado auxilia decerto o jurista, como dissemos, na descoberta de soluções, mas estão fora do seu alcance os juízos de valor exigidos pela formulação de novas regras jurídicas, os quais apenas competem às disciplinas normativas.

Comparação de Direitos e dogmática jurídica podem, à luz do exposto, dizer-se atividades mutuamente complementares.

## § 6º Direito Comparado e Antropologia Jurídica

I – Vejamos agora a relação do Direito Comparado com a Antropologia Jurídica.

Por Antropologia entende-se geralmente o ramo da ciência que estuda o Homem (*anthropos*, em grego). Entre os domínios nela compreendidos conta-se a Antropologia Cultural, ou Etnologia, que se ocupa do Homem como ser cultural e da pluralidade de experiências culturais humanas, procurando analisá-las e

<sup>54</sup> Não podemos, por isso, acompanhar René David, Camille Jauffret-Spinozi e Marie Goré quando estes autores sustentam que «não há Ciência do Direito que não seja universal» e que «o Direito Comparado é um dos elementos deste universalismo»: cfr. *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12ª ed., Paris, 2016, p. 14.

<sup>55</sup> Neste sentido, Pierre Arminjon/Boris Nolde/Martin Wolff, *Traité de Droit Comparé*, tomo I, Paris, 1950, pp. 28 ss.

confrontá-las entre si. A Antropologia Jurídica constitui uma especialização deste ramo da ciência, que toma como objeto o Direito enquanto expressão de cultura<sup>56</sup>.

Daqui se retira já que a Antropologia Jurídica e o Direito Comparado têm objetos parcialmente coincidentes: ambos tratam do Direito na sua pluralidade e diversidade de expressões. Ambos são, por outro lado, ciências auxiliares do Direito, que o observam e estudam nas suas diferentes manifestações, procurando, de acordo com métodos próprios, torná-lo inteligível segundo certa perspectiva<sup>57</sup>.

Como, então, distinguir a Antropologia Jurídica do Direito Comparado?

Durante muito tempo, este último centrou-se no estudo dos sistemas jurídicos dos povos ditos civilizados, com especial ênfase para os que integram as famílias jurídicas romano-germânica e de *Common Law*<sup>58</sup>. À Antropologia Jurídica caberia, por seu turno, o estudo dos sistemas jurídicos considerados primitivos, nomeadamente os Direitos de fonte predominantemente consuetudinária vigentes em África, na Ásia, na América e na Oceânia<sup>59</sup>. Por outro lado, o Direito Comparado visaria como finalidade última promover a unificação internacional dos Direitos<sup>60</sup>. À Antropologia Jurídica escaparia necessariamente tal propósito, uma vez que teria como objeto específico os Direitos vigentes em comunidades humanas com graus de desenvolvimento inferiores; pertencer-lhe-ia quando muito fixar as leis universais de evolução dos sistemas jurídicos<sup>61</sup>.

Supomos que este entendimento, acentuadamente etnocêntrico, não tem hoje razão de ser.

<sup>56</sup> Ver, com diversas perspectivas sobre o âmbito da disciplina, Norbert Rouland, *L'anthropologie juridique*, 2ª ed., Paris, 1995; Jacques Vanderlinden, *Anthropologie juridique*, Paris, 1997; Rebecca Redwood French, «Law and anthropology», in Dennis Patterson (org.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, reimpressão, Oxford, 2005, pp. 397 ss.; Armando Marques Guedes, *Entre factos e razões. Contextos e enquadramentos da antropologia jurídica*, Coimbra, 2005; Fernanda Pirie, *The Anthropology of Law*, Oxford, 2013; Wolfgang Fikentscher, *Law and Anthropology*, 2ª ed., Munique, 2016.

<sup>57</sup> Sobre a relação entre o Direito Comparado e a Antropologia, veja-se, por último, Lawrence Rosen, «Comparative law and anthropology», in Bussani/Mattei (orgs.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, cit., pp. 73 ss.

<sup>58</sup> Subscreviam esta orientação, por exemplo, Arminjon/Nolde/Wolff, ob. cit., tomo I, pp. 29 e 47.

<sup>59</sup> Vejam-se, nesta linha de entendimento, Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., pp. 9 s. (na tradução inglesa, pp. 9 s.).

<sup>60</sup> Cfr. Édouard Lambert, «Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire; le droit comparé et l'enseignement du droit», in AAVV, *Congrès International de Droit Comparé. Procès-Verbaux des Séances et Documents*, t. I, Paris, 1905, pp. 26 ss. (reproduzido in Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken, *Rechtsvergleichung*, cit., pp. 30 ss.).

<sup>61</sup> Assim, por exemplo, para Henry Sumner Maine, tido como o fundador da Antropologia Jurídica, a evolução das sociedades progressivas far-se-ia do *status* para o contrato («the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract»): cfr. *Ancient Law*, originariamente publicado em Londres, 1861, p. 165 (existe reimpressão, Tucson, Arizona, 1986).

O estudo comparativo dos sistemas jurídicos tradicionais, ou de base religiosa, pelos quais se regem certos povos africanos e asiáticos pertence também ao Direito Comparado. Enquanto manifestações da pluralidade e diversidade de formas e conteúdos de que o Direito é suscetível, a sua relevância para o desempenho das funções cometidas à nossa disciplina não é menor do que a dos sistemas jurídicos europeus e norte-americanos. Pelo contrário: a compreensão da essência destes é grandemente facilitada pelo confronto com aqueles. A sua omissão no estudo comparativo dos Direitos daria, pois, uma visão redutora do objeto desta disciplina. Como nota Mario Losano, «o direito europeu não é superior aos outros, mas apenas diferente»<sup>62</sup>.

Em contrapartida, à moderna Antropologia Jurídica interessam também os sistemas jurídicos ocidentais enquanto manifestações de um específico *modo de pensar* – isto é, como fenómenos culturais<sup>63</sup>.

Além disso, não falta hoje quem veja na pluralidade e na diversidade dos sistemas jurídicos um fator de enriquecimento cultural da Humanidade e até de progresso do Direito, recusando por conseguinte como finalidade precípua do Direito Comparado a unificação dos sistemas jurídicos nacionais<sup>64</sup>.

Afigura-se-nos, por outro lado, altamente duvidosa a possibilidade de formulação de leis gerais sobre a evolução dos sistemas jurídicos, ainda que vigentes em sociedades sem quaisquer conexões entre si.

II – A distinção entre Direito Comparado e Antropologia Jurídica há de, por isso, estabelecer-se noutras bases: avultam para este efeito não tanto o objeto, mas antes as finalidades científicas e os métodos de trabalho próprios de cada uma destas disciplinas.

A Antropologia Jurídica ocupa-se da determinação das regras jurídicas efetivamente observadas nas diferentes comunidades humanas, tomando-as como *dados culturais*. Para tanto, analisa os comportamentos dos membros dessas comunidades, dando particular importância ao costume. Procede à recolha da informação de que carece através do chamado *método etnográfico*, que privilegia o contacto direto com aquelas comunidades, através de «trabalhos de campo» ou «pesquisas no terreno». Procura depois relacionar os elementos assim obtidos com outras manifestações culturais, como os sistemas de valores, as crenças religiosas, as ideologias, etc.

<sup>62</sup> Cfr. *Os grandes sistemas jurídicos*, Lisboa, 1979, p. 10.

<sup>63</sup> Haja vista, por exemplo, aos estudos de Wolfgang Fikentscher, *Modes of Thought. A Study in the Anthropology of Law and Religion*, Tubinga, 1995, pp. 355 ss., e de Sally Falk Moore, «Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949-1999», reproduzido *in eiusdem* (org.), *Law and Anthropology. A Reader*, Maden/Oxford/Carlton, 2005, pp. 346 ss.

<sup>64</sup> Ver *infra*, § 82º, alínea e).



Diferentemente, ao Direito Comparado interessam os fenómenos jurídicos sobretudo como *realidades normativas*. Compete-lhe proceder, de acordo com os cânones metodológicos que adiante se referirão, ao confronto sistemático dessas realidades, em ordem a determinar os tipos fundamentais de soluções que o Direito positivo consagra para os problemas sociais que toma como objeto de regulação e a classificar os sistemas jurídicos em categorias mais vastas, como as famílias jurídicas.

Os estudos de Antropologia Jurídica podem ser de grande valia para os comparatistas que aspirem a ir além do Direito escrito (seja ele de fonte legal ou jurisprudencial) e se interroguem sobre o *Direito vivo* e as suas conexões com outras manifestações culturais. Compreende-se assim que certos autores hajam qualificado a Antropologia Jurídica como um ramo do Direito Comparado<sup>65</sup>. Mas este não pode bastar-se com tais estudos. Primeiro, porque nos seus desígnios não se compreende apenas a indagação do teor das instituições ou dos sistemas jurídicos examinados, ou o seu confronto sistemático, mas também, como resulta do que dissemos atrás, uma teorização do Direito na sua pluralidade e diversidade de manifestações. Segundo, porque na busca de uma explicação para as diferenças e semelhanças detetadas entre as instituições e os sistemas jurídicos estudados não pode o comparatista ignorar aspetos históricos, metodológicos e dogmáticos, que geralmente escapam à Antropologia. Terceiro, porque o Direito Comparado exerce, como se viu, funções práticas (em que sobressaem as ligadas à reforma legislativa e à harmonização dos Direitos), que transcendem as que são desempenhadas por aqueloutro ramo da ciência.

Dir-se-á pois, em conclusão, que, embora a Antropologia Jurídica e o Direito Comparado constituam ambas ciências auxiliares do Direito, cujos objetos se sobrepõem parcialmente, têm finalidades e métodos distintos, que lhes conferem autonomia recíproca.

## § 7º Direito Comparado e Sociologia Jurídica

Estreitamente relacionada com a Antropologia Jurídica encontra-se a Sociologia Jurídica, outra ciência auxiliar do Direito do maior relevo para a nossa disciplina<sup>66</sup>. Vejamos porquê.

O Direito é ordem em vigor na sociedade e, em parte, dela emanada; mas tem simultaneamente um impacto relevante sobre ela, modelando-a em conformidade com os seus comandos. De ambas as realidades se ocupa a Sociologia

<sup>65</sup> Neste sentido, Max Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., p. 15.

<sup>66</sup> Vejam-se, sobre o tema, os estudos recolhidos in Ulrich Drobnig/Manfred Reh binder (orgs.), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlim, 1977; e Anneliese Riles, «Comparative Law and Socio-Legal Studies», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *Comparative Law*, Oxford, 2006, pp. 775 ss.



Jurídica, que examina os fenómenos jurídicos quer como *factos sociais* quer como *instrumentos de controlo e mudança social*. Compete-lhe, antes de mais, averiguar em que medida as condutas regularmente observadas em cada sociedade e as instituições jurídicas nela vigentes são fruto da particular estrutura dessa sociedade (v.g. da composição da sua população, dos modos de vida nela predominantes, dos recursos económicos de que dispõe, do modo como estes se encontram distribuídos pelos diferentes estratos sociais, etc.). Cabe-lhe, além disso, aferir quais os efeitos das leis e das decisões judiciais sobre a vida social ou, vista a questão sob outro ângulo, quais os limites de eficácia do Direito de fonte oficial<sup>67</sup>.

O Direito Comparado e a Sociologia Jurídica compartilham a ideia, de que ambas as disciplinas procedem, segundo a qual o Direito é essencialmente múltiplo e heterogéneo; ideia esta que, no domínio próprio da Sociologia Jurídica, encontra a sua principal expressão nos fenómenos ditos de *pluralismo jurídico* – conceito que tomamos aqui na aceção de coexistência na mesma sociedade de diferentes sistemas jurídicos e de resolução de conflitos criados por diversos grupos sociais<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Vide Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der Verstehenden Soziologie*, 5ª ed., revista por Johannes Winckelmann, Tubinga, 1972, pp. 387 ss. (existem traduções da mesma obra em castelhano, com o título *Economía y sociedad*, por José Medina Echavarría, Pánuco, 1944; em inglês, com o título *Economy and Society*, por Guether Roth e Claus Wittich, Berkeley/Los Angeles, 1978; e em francês, com o título *Sociologie du droit*, por Jacques Grosclaude, Paris, 1986); Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen, 1987; Henri Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, 7ª ed., Paris, 1990 (há tradução brasileira, com o título *Sociologia do Direito*, por Antonio de Pádua Danesi, 2ª ed., São Paulo, 1997); Roger Cotterrell, *The Sociology of Law: An Introduction*, 2ª ed., Londres/Dublin/Edimburgo, 1992; Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, 2ª ed., Paris, 2004 (há tradução portuguesa da 1ª ed., com o título *Sociologia Jurídica*, por Diogo Leite de Campos, Coimbra, 1979); M. P. Baumgartner, «The Sociology of Law», in Dennis Patterson (org.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, reimpressão, Oxford, 2005, pp. 406 ss.; Thomas Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 4ª ed., Tubinga, 2007; Manfred Rehbinder, *Rechtssoziologie*, 8ª ed., Munique, 2014; e Sílvia Alves, *Lições preliminares de Sociologia do Direito*, Lisboa, 2019, pp. 39 ss.

<sup>68</sup> Sobre a noção e os pressupostos do pluralismo jurídico, vejam-se, além das obras citadas na nota anterior, Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Florença, 1946, pp. 86 ss.; John Gilissen (org.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelas, 1971, pp. 19 ss.; M. B. Hooker, *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, 1975; John Griffiths, «What is Legal Pluralism?», *Journal of Legal Pluralism*, 1986, pp. 1 ss.; Sally Engle Merry, «Legal Pluralism», *Law and Society Review*, 1988, pp. 869 ss.; Masaji Chiba, *Legal Pluralism. Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tóquio, 1989; Norbert Rouland, «Pluralisme juridique», in André-Jean Arnaud (diretor), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ª ed., Paris, 1993, pp. 449 s.; Étienne Le Roy (org.), *Les pluralismes juridiques*, Paris, 2003; Baudouin Dupret, «Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Respecification», *European Journal of Legal Studies*, 2007 (disponível em <http://www.ejls.eu>); e José Lamego, «As variantes do “pluralismo jurídico”», in Dário Moura Vicente et al. (orgs.), *Estudos comemorativos dos 30 de anos de cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade*

É a nosso ver inequívoca a importância dos estudos de Sociologia Jurídica para o Direito Comparado. Em primeiro lugar, porque, como se verá a seguir, há muito que se atribui às funções sociais desempenhadas pelas regras e instituições jurídicas (ou seja, à sua *causa final*) uma relevância fundamental na respetiva comparação. Em segundo lugar, porque na explicação das semelhanças e diferenças entre sistemas e institutos jurídicos importa tomar em consideração as *estruturas sociais* que se encontram por detrás deles e determinar se e em que medida as primeiras são imputáveis às segundas (ou seja, até que ponto podem ser consideradas a sua *causa eficiente*). Em terceiro lugar, porque na comparação de sistemas jurídicos não se pode deixar de ter em conta a efetividade do Direito na regulação das condutas sociais: como se demonstrará adiante, regras idênticas têm amiúde sorte muito diversa nas diferentes sociedades em que vigoram, particularmente quando são fruto da receção de Direito estrangeiro. Finalmente, porque, como o comprovará o estudo dos Direitos africanos e asiáticos, a existência em certo espaço social de uma pluralidade de ordens normativas ou de relações humanas subtraídas ao Direito – o *não-Direito*, como lhe chamou Jean Carbonnier (1908-2003)<sup>69</sup> – constitui um dado incontornável quer na caracterização do sistema jurídico nele vigente, para o efeito da sua comparação com outro ou outros sistemas, quer na descoberta do modo como nesse espaço social são resolvidos os problemas que constituem objeto de comparação.

Como aspetos comuns ao Direito Comparado e à Sociologia Jurídica podem ainda apontar-se os seguintes: *a)* A utilização pela nossa disciplina, como *tertia comparationis*, de conceitos de facto, delimitados na base de certo problema social e não do regime para este estabelecido por determinada ordem jurídica; *b)* O recurso, na fixação do teor dos Direitos a comparar, a técnicas oriundas da investigação sociológica, como a recolha de estatísticas, a realização de inquéritos e entrevistas e a análise de documentos autênticos e registos oficiais; e *c)* A fixação, em ordem a facilitar a compreensão dos sistemas jurídicos comparados, de *tipos de soluções* para os problemas examinados, nas quais ressumam os *tipos ideais* preconizados por Max Weber (1864-1920)<sup>70</sup> como instrumento da análise sociológica<sup>71</sup>.

Daqui não se infere porém que a comparação de Direitos, ainda que norteada por um critério funcional, se identifique com a Sociologia Jurídica<sup>72</sup>. Por um

Eduardo Mondlane, Lisboa, 2021, pp. 607 ss. Cfr. ainda, *infra*, os §§ 47º, alínea c), e 63º, alínea c), e a demais bibliografia aí indicada.

<sup>69</sup> Cfr. «L'hypothèse du non-droit», in Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6ª ed., Paris, 1988, pp. 24 ss.

<sup>70</sup> Cfr. *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., pp. 3 ss.

<sup>71</sup> Desenvolveremos estas noções no parágrafo seguinte.

<sup>72</sup> Como sustentaram eminentes comparatistas: cfr. Édouard Lambert, «Conception générale et définition de la science du droit comparé...», cit., p. 35, e Max Rheinstein, *Einführung in*

lado, porque a primeira desempenha funções (já apontadas) e obedece a métodos (que examinaremos a seguir) claramente distintos dos da segunda: cabe-lhe averiguar as semelhanças e diferenças entre regras e institutos pertencentes a sistemas jurídicos diversos, ou entre estes últimos, e apurar as respetivas causas e efeitos; não já indagar autonomamente as correlações entre o Direito e a sociedade, matéria que pertence à Sociologia Jurídica. Por outro lado, porque a circunstância de o Direito interessar a esta última essencialmente como fenómeno social implica que o tem em vista mais como facto – como «coisa» na terminologia de Émile Durkheim (1858-1917)<sup>73</sup> – do que como a expressão normativa de certos valores, que o Direito Comparado, através do seu método próprio, procura captar. Por outras palavras: para a Sociologia Jurídica é essencial a questão da *eficácia social* das normas jurídicas; mas escapa-lhe o problema da *validade* ou do *sentido* destas, que no nosso modo de ver é incontornável na comparação de Direitos. Daí que, apesar de interdependentes, também estas duas disciplinas devam ser tidas como autónomas.

## § 8º Metodologia da comparação jurídica

I – Elemento distintivo de toda a investigação científica é o emprego de um método que confira fiabilidade aos seus resultados e a torne socialmente útil. Também assim sucede no Direito Comparado<sup>74</sup>.

*die Rechtsvergleichung*, cit., p. 28, cujas obras denotam aliás a influência de sociólogos coevos (respetivamente Émile Durkheim e Max Weber).

<sup>73</sup> Cfr. *Les règles de la méthode sociologique*, 6ª ed., Paris, 1912, pp. 20 ss.

<sup>74</sup> Sobre o tema, vejam-se, além das obras gerais indicadas adiante no § 10º, Konrad Zweigert, «Méthodologie du droit comparé», in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, tomo I, Paris, s.d., pp. 579 ss.; Ernst Rabel, «Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung», cit.; Otto Sandrock, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, cit.; Viktor Knapp, «Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé», *Revue Roumaine de Sciences Sociales*, 1968, pp. 75 ss. (reproduzido in Zweigert/ Puttfarcken, *Rechtsvergleichung*, cit., pp. 334 ss.); Folke Schmidt, «The Need for a Multi-Axial Method in Comparative Law», in Herbert Bernstein/Ulrich Drobnig/Hein Kötz (orgs.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tubinga, 1981, pp. 525 ss.; Basil Markesinis, «Comparative Law – A Subject in Search of an Audience», *MLR*, 1990, pp. 1 ss.; *idem*, *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Oxford, 1997; Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 6, 28 ss. e 346 ss.; José de Oliveira Ascensão, «Parecer sobre “O ensino do Direito Comparado” do Doutor Carlos Ferreira de Almeida», *RFDUL*, 1997, pp. 573 ss.; Hein Kötz, «Comparative Law in Germany Today», *RIDC*, 1999, pp. 753 ss. (pp. 755 ss.); Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Comparado. Ensino e método*, Lisboa, 2000, pp. 113 ss.; Michele Graziadei, «The functionalist heritage», in Pierre Legrand/Roderick Munday (orgs.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, pp. 100 ss.; Mark van Hoecke (org.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Portland, Oregon, 2004; *idem*, «Methodology of Comparative Legal Research», *Law and Method*, 2015, pp. 1 ss.; Béatrice Jaluzot, «Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective», *RIDC*, 2005, pp. 29 ss.; Antonio Emmanuel Platsas, «The Functional and the

É, com efeito, a observância de certas regras metodológicas que permite distinguir uma investigação de Direito Comparado das comparações mais ou menos empíricas que quotidianamente se fazem na resolução das mais diversas questões jurídicas, assim como da simples recolha e justaposição de informações acerca de Direitos estrangeiros (sem menoscabo da relevância que estas podem ter como trabalhos preparatórios da comparação jurídica).

Não será por certo viável definir um método único a que deva obedecer a atividade comparativa: há hoje, ao invés, uma *pluralidade de métodos* utilizados na comparação de Direitos<sup>75</sup>. Entre estes sobressaem: o que consiste na *análise funcional* das regras e institutos jurídicos<sup>76</sup>; o que privilegia a investigação das suas *causas e origens históricas*<sup>77</sup>; o que coloca em primeiro plano a *análise económica* dessas regras e institutos<sup>78</sup> (o que, vendo bem, não é senão uma nova modalidade

Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks», *EJCL*, 2008, vol. 12.3; Edward J. Eberle, «The Method and Role of Comparative Law», *Washington University Global Studies Law Review*, 2009, pp. 451 ss.; A. Esin Öricü, «Methodology of comparative law», in Jan M. Smits (org.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2ª ed., Cheltenham/Northampton, 2012, pp. 560 ss.; Pier Giuseppe Monateri (org.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, 2012; Geoffrey Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford/Portland, 2014; e Ralf Michaels, «The Functional Method of Comparative Law», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford, 2019, pp. 345 ss.

<sup>75</sup> Neste sentido se pronunciam também Béatrice Jaluzot, «Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective», *RIDC*, 2005, pp. 29 ss. (p. 44); Esin Öricü, «Developing Comparative Law», in Esin Öricü/David Nelken (orgs.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford/Portland, Oregon, 2007, pp. 43 ss. (p. 52); *idem*, «Methodology of comparative law», in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, cit., p. 560 ss.; Ugo A. Mattei/Teemu Ruskola/Antonio Gidi, *Schlesinger's Comparative Law*, cit., p. 48; Michael Bogdan, *Concise Introduction to Comparative Law*, Groningen, 2013, p. 10; Geoffrey Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, pp. 79 ss.; e Jaako Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford/Portland, 2015, pp. 117 ss.

<sup>76</sup> Em defesa desta orientação metodológica, vejam-se especialmente Max Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., pp. 25 ss.; e Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., pp. 31 ss. (na tradução inglesa, pp. 32 ss.). Para uma crítica, vejam-se, por último, Geoffrey Samuel, «Dépasser le fonctionnalisme», in Pierre Legrand (org.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, 2009, pp. 405 ss.; *idem*, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, pp. 79 ss.; Mathias Siems, *Comparative Law*, Cambridge, 2014, pp. 37 ss.; e Uwe Kischel, *Rechtsvergleichung*, Munique, 2015, pp. 95 ss. (na versão em língua inglesa com o título *Comparative Law*, Oxford, 2019, pp. 90 ss.).

<sup>77</sup> Nesta linha de entendimento consultem-se John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, reimpressão, Buffalo/New York, 1986; James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991, *idem*, «Comparative Law and Legal History», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford, 2019, pp. 754 ss.; e Jean-Louis Halpérin, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, 2006. Ver ainda Michele Graziadei, «Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures», *ZEUP*, 1999, pp. 531 ss.

<sup>78</sup> Cfr. Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, 1998; Gerrit De Geest/Roger Van den Bergh (orgs.), *Comparative Law and Economics*, 3 vols., Cheltenham/Northampton, 2004;

de funcionalismo, centrada na eficiência económica das regras e institutos jurídicos em causa); e o que procura integrá-los no seu *contexto cultural* em ordem a compreendê-los devidamente<sup>79</sup>.

Tais métodos não são mutuamente excludentes: a metodologia a observar na comparação de Direitos depende do objeto e das finalidades que concretamente prossegue. Podem por isso comparações relativas ao mesmo objeto ser validamente efetuadas segundo métodos diferentes, que assim se revelarão equivalentes ou complementares entre si. Em todo o caso, a mera análise funcional de regras e institutos jurídicos dificilmente bastará a fim de proporcionar uma adequada compreensão destes: embora o problema por eles visado possa ser o mesmo, as soluções para ele adotadas em distintos sistemas jurídicos podem diferir em razão de fatores culturais ou outros<sup>80</sup>. A esta luz, qualquer comparação metodicamente empreendida deve a nosso ver incluir pelo menos três operações intelectuais: a) A delimitação do objeto da comparação a realizar; b) A análise dos termos a comparar; e c) A identificação, numa síntese comparativa, das semelhanças e diferenças entre esses termos e das respetivas causas jurídicas e metajurídicas. Vejamo-las sucintamente.

II – A respeito da primeira dessas operações levantam-se duas ordens de problemas.

O primeiro consiste na formulação da questão sobre a qual vai incidir a comparação, a que por vezes se chama, aliás impropriamente, *tertium comparationis*, na suposição de que se trataria de um terceiro elemento, ou denominador comum, situado entre os termos a comparar.

Raffaele Caterina, «Comparative law and economics», in Jan M. Smits (org.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham/Northampton, 2006, pp. 161 ss.; e Florian Faust, «Comparative Law and Economic Analysis of Law», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford, 2019, pp. 826 ss. Sobre as origens e os pressupostos da análise económica do Direito, cfr. *infra*, § 37º, alínea f).

<sup>79</sup> Cfr. Mark van Hoecke/Mark Warrington, «Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law», *ICLQ*, 1998, pp. 495 ss.; Erik Jayme, «Die kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung», *RabelsZ*, 2003, pp. 211 ss.; John Bell, «De la culture», in Pierre Legrand (org.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, 2009, pp. 247 ss.; Pierre Legrand, *Le droit comparé*, 4ª ed., Paris, 2011; Siems, *Comparative Law*, pp. 101 ss.; e Roger Cotterrell, «Comparative Law and Legal Culture», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford, 2019, pp. 710 ss. Para uma defesa da «comparação contextual» (*kontextuelle Rechtsvergleichung, contextual comparative law*) como método através do qual se procura explicar as normas e institutos jurídicos à luz do seu ambiente conceptual, dogmático e cultural, vide Kischel, *Rechtsvergleichung*, especialmente pp. 187 s. e 238 ss. (na versão em língua inglesa, pp. 173 s. e 220 ss.).

<sup>80</sup> Neste sentido também James Gordley/Hao Jiang/Arthur Taylor von Mehren (orgs.), *An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials*, 2ª ed., Cambridge, 2021, p. 36.

Trata-se de um momento crítico do processo comparativo, pois da correta formulação dessa questão ou questões depende em larga medida o êxito da comparação a empreender. Não devem, na verdade, ignorar-se os riscos, decorrentes da aludida relatividade dos conceitos jurídicos, de uma delimitação do objeto da comparação em termos puramente conceptuais. É que, como se sabe, certos conceitos tidos por fundamentais em alguns ordenamentos jurídicos são desconhecidos noutros: tal o caso, por exemplo, do de negócio jurídico, que ocupa um lugar central nos Direitos português e alemão, mas não encontrou acolhimento enquanto tal nos sistemas de *Common Law*. Por outro lado, sob os mesmos conceitos albergam-se por vezes em ordenamentos jurídicos distintas realidades diversas: assim sucede com o conceito de contrato, que compreende os contratos gratuitos informais nos sistemas romano-germânicos, mas não nos de *Common Law*. Ocorre ainda que o mesmo conceito desempenhe numa ordem jurídica funções que noutra são repartidas por diversos institutos: é o que acontece, por exemplo, com o *trust* dos Direitos inglês e norte-americano<sup>81</sup>.

Eis por que, na senda de Ernst Rabel (1874-1955), a doutrina dominante tem preconizado que a delimitação do objeto da microcomparação obedeça a um *critério funcional*: parte-se de um problema social e procura-se determinar quais as formas pelas quais esse problema é resolvido em diferentes sistemas jurídicos; ou, quando muito, parte-se de um instituto vigente em determinada sociedade, indaga-se qual a sua função (i. é, os problemas que visa resolver) e pesquisam-se as instituições funcionalmente equivalentes noutra ou noutras sociedades<sup>82</sup>. O mesmo é dizer, a comparação deve incidir sobre o modo como certas necessidades ou finalidades sociais são satisfeitas ou prosseguidas por diferentes ordens jurídicas, independentemente de o serem através de institutos jurídicos diversos<sup>83</sup>. Deste entendimento se fez eco o art. 15º do Código Civil português, que, como vimos, alude expressamente à função das normas de Direito material como critério de determinação da sua correspondência aos institutos visados pelas regras de conflitos de leis no espaço<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Ver *infra*, § 26º, alínea c).

<sup>82</sup> Pode ver-se uma investigação de Direito Comparado empreendida nesta ótica em Reinhart Zimmermann/Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, onde a comparação dos Direitos nacionais no tocante à boa-fé em matéria contratual é feita a partir de casos idênticos analisados por juristas de diferentes países. No sentido de que é a identificação da função desempenhada pelos institutos jurídicos que possibilita uma compreensão efetiva do fenómeno jurídico nos diferentes povos e culturas, veja-se J. Michael Rainer, *Introduction to Comparative Law*, Viena, 2010, p. 26. Sublinhando também que «il faut procéder non à un refus du fonctionnalisme mais, si besoin, à un ajustement», veja-se Stefan Goltzberg, *Le Droit Comparé*, Paris, 2018, p. 17.

<sup>83</sup> O que está de acordo com a ideia, sustentada por Josef Esser, de que é o *problema*, e não o *sistema* em sentido racional, o centro do pensamento jurídico: cfr. *Grundsatz und Norm*, cit., p. 6.

<sup>84</sup> Para uma explanação do pensamento subjacente a esse preceito, vide António Ferrer Correia/João Baptista Machado, «Aplicação das leis no espaço. Direito dos estrangeiros e conflitos de leis», *BMJ* 136 (1964), pp. 17 ss.



Acontece, na verdade, com relativa frequência que figuras jurídicas distintas desempenhem a mesma função social e conduzam, ao menos em parte, aos mesmos resultados práticos. Será esse o caso, por exemplo, da adoção – hoje consagrada no Direito da maior parte dos países ocidentais como fonte de relações jurídicas familiares, mas rejeitada enquanto tal pelo Corão (33:4-5) e pela lei de vários países muçulmanos – e da denominada *kafala*, ou «acolhimento», do Direito islâmico – a qual não cria os laços de filiação que decorrem entre nós da adoção, mas permite que uma pessoa tome a seu cargo o sustento, a educação e a proteção de um menor nascido de terceiros. É também isso o que sucede com a prescrição extintiva dos sistemas jurídicos continentais e a «limitação de ações» (*limitation of actions*) dos Direitos anglo-saxónicos, a qual, sem extinguir propriamente o direito subjetivo, impede a sua invocação em juízo decorrido que esteja certo lapso de tempo sem que o seu titular o tenha exercido, pondo assim cobro à situação de incerteza que de outro modo daí resultaria. Outro tanto pode dizer-se, até certo ponto, do direito do cônjuge sobrevivente à meação dos bens do casal, previsto na lei alemã, e do direito da viúva a uma parte da herança do marido, que a lei inglesa lhe reconhece; bem como da *culpa in contrahendo* germânica e do *promissory estoppel* acolhido por certa jurisprudência norte-americana, que examinaremos adiante, na parte especial desta obra<sup>85</sup>.

Não pode todavia ignorar-se que, como se notou acima, nem todas as sociedades se defrontam com os mesmos problemas, mesmo no atual quadro de «globalização» da economia: a proteção do investidor não institucional, por exemplo, será hoje uma necessidade premente nos países capitalistas, mas é irrelevante naqueles em que não existe um mercado de capitais (como é o caso de vários países africanos e asiáticos). Quanto mais específico for um problema social, menos provável será, por conseguinte, que tenha alcance universal. Tal o motivo pelo qual por vezes só a um nível de grande generalidade poderá achar-se o denominado *tertium comparationis* na base de um critério funcional<sup>86</sup>.

O segundo problema suscitado nesta fase da comparação jurídica prende-se com a seleção dos ordenamentos jurídicos a comparar – os *comparanda*. Essa seleção há de ser feita tendo em conta diversos fatores, entre os quais avulta a própria finalidade visada através da comparação de Direitos.

Consideremos a este respeito, antes de mais, a macrocomparação. Notámos já que a caracterização dos sistemas jurídicos a comparar se torna tanto mais nítida quanto mais distantes estes forem uns dos outros. A inclusão na macrocomparação dos sistemas jurídicos não ocidentais possui sob este ponto de vista grandes vantagens, embora presente também dificuldades e riscos não despendidos,

<sup>85</sup> Para um confronto das figuras por último referidas, vide o nosso *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, cit., pp. 284 ss.

<sup>86</sup> Neste sentido, Ralf Michaels, est. cit., p. 374.

entre os quais sobressai a maior dificuldade de que muitas vezes se reveste o acesso às fontes originais. Um princípio de economia de meios determina em todo o caso que a macrocomparação tome como objeto precípua de análise os sistemas jurídicos mais representativos das grandes famílias ou tradições jurídicas – as suas *cabeças de estirpe*. Como se verá melhor adiante, a macrocomparação não pode todavia dispensar-se de examinar os sistemas jurídicos na sua *dinâmica*, i. é, sob o ponto de vista dos fenómenos de aproximação recíproca entre eles, *maxime* por via da formação de sistemas jurídicos híbridos e da harmonização ou unificação de legislações.

A questão coloca-se noutros moldes pelo que respeita à microcomparação. Quando esta vise a resolução de um problema de Direito Internacional Privado (v.g. de qualificação), os ordenamentos jurídicos a considerar serão em regra apenas os que se encontram conexos com a situação da vida *sub judice*. Já se a comparação em apreço for efetuada no contexto da harmonização ou unificação das legislações de diversos países, esses ordenamentos serão principalmente os desses países. Mas se se pretender apurar através de um estudo microcomparativo as soluções preferíveis para certo problema jurídico tomado em abstrato (por exemplo, no quadro de uma reforma da legislação nacional), os ordenamentos a confrontar deverão ser os que consagrem os principais *tipos ou modelos de soluções* de que esse problema é suscetível<sup>87</sup>.

III – Na análise comparativa cuida-se de descobrir o Direito vigente em cada um dos sistemas jurídicos escolhidos quanto a um problema previamente enunciado. Também nesta operação importa observar certas regras metodológicas fundamentais.

Em primeiro lugar, há que decompor o *tertium comparationis* em diferentes sub-questões ou problemas específicos relativamente aos quais se indagarão depois as soluções consagradas nos sistemas jurídicos considerados. É o chamado *esquema comparativo*<sup>88</sup>, ou *grelha comparativa*<sup>89</sup>, cuja elaboração tem não raro na sua base as

<sup>87</sup> Tal o critério observado, por exemplo, na elaboração da *Enciclopédia Internacional de Direito Comparado*: cfr. Ulrich Drobnig, «Methodenfragen der Rechtsvergleichung im Lichte der «International Encyclopedia of Comparative Law»», in Ernst von Caemmerer/Soia Mentschikoff/Konrad Zweigert (orgs.), *Ius Privatum Gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969*, vol. I, *Rechtsmethodik und Internationales Recht*, Tubinga, 1969, pp. 221 ss.; *idem*, «The International Encyclopedia of Comparative Law: Efforts Toward a Worldwide Comparison of Law», *Cornell International Law Journal*, 1972, pp. 113 ss.

<sup>88</sup> Cfr. Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, cit., t. II, *La méthode comparative*, Paris, 1974, pp. 131 s.

<sup>89</sup> Sobre esta, veja-se Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Comparado. Ensino e método*, cit., pp. 127 ss.; Carlos Ferreira de Almeida/Jorge Morais de Carvalho, *Introdução ao Direito Comparado*, 3ª ed., Coimbra, 2013, pp. 22 ss.



respostas dadas a um questionário por juristas versados nos sistemas a comparar. Na macrocomparação, uma vez que se tem em vista caracterizar sistemas jurídicos na sua globalidade, põe-se a questão de saber quais os elementos a considerar para este efeito. A nosso ver, não basta atender a aspetos como as fontes do Direito, o sistema judiciário, o ensino do Direito e as profissões jurídicas. Estes dão-nos quando muito a *forma*, mas não o *conteúdo*, do sistema jurídico examinado – o seu *estilo* e não o seu *espírito*. Ora, é sobretudo este último que importa captar a fim de compreender devidamente qualquer sistema jurídico. Para tanto, haverá que ter ainda em conta, entre outros aspetos, os fatores determinantes da formação desse sistema (incluindo fatores metajurídicos como a religião, a ideologia e os traços característicos da mentalidade coletiva), os seus conceitos estruturantes, o método prevalentemente empregado pelos tribunais na decisão dos casos singulares e os meios de resolução extrajudicial dos conflitos.

Em segundo lugar, impõe-se determinar o Direito em vigor (*a law in action*) de acordo com o sistema de fontes do sistema ou sistemas jurídicos considerados. Para tal, há que aceder às respetivas fontes originárias (leis, decisões judiciais, textos sagrados, etc.); mas sem prejuízo da concomitante utilização de outras fontes, por vezes ditas secundárias ou não normativas (entre as quais avultam as obras doutrinárias e os contratos-tipo). Como escreveu Otto Kahn-Freund (1900-1979), «a investigação empreendida pelo comparatista não pode deter-se naquilo que no seu e em outros sistemas jurídicos constitui a fronteira do Direito. Comparar Direito e Não-Direito, ou, se se quiser, Direito positivo e moral positiva na aceção austiniana, pode ser uma das suas tarefas fundamentais. Caso deixe de fazê-lo, poderá o comparatista dar-se uma imagem distorcida do Direito»<sup>90</sup>. Vendo a questão sob outro ângulo, dir-se-á que, em ordem a determinar a regra ou as regras aplicáveis ao problema que constitui o objeto da análise comparativa, importa tomar em consideração os diferentes *elementos formativos* desse sistema jurídico – ou, como prefere dizer Rodolfo Sacco, os «formantes» (*formanti*)<sup>91</sup> –, entre os quais se incluem os legislativos, os jurisprudenciais e os doutrinários, mas não só. Mesmo nos sistemas jurídicos ditos ocidentais, é possível discernir, como nota Mauro Bussani<sup>92</sup>, diferentes «camadas» (*layers*) de regras que ao comparatista importa considerar, nas quais se compreendem não apenas as do Direito de fonte oficial, mas também o Direito consuetu-

<sup>90</sup> Cfr. «Comparative Law as an Academic Subject», *LQR*, 1966, pp. 40 ss.

<sup>91</sup> Cfr. «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law», *AJCL*, 1991, pp. 1 ss. e 343 ss. *Vide* também Antonio Gambaro/Rodolfo Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., reimpressão, Turim, 2004, pp. 4 ss.; e Rodolfo Sacco/Piercarlo Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 6ª ed., reimpressão, Turim, 2017, pp. 55 ss.

<sup>92</sup> Cfr. «Comparative Law beyond the Trap of Western Positivism», in Tong Io Cheng/Salvatore Mancuso (orgs.), *New Frontiers of Comparative Law*, Hong Kong, 2013, pp. 1 ss.

dinário gerado no seio das comunidades locais e as regras próprias do comércio internacional.

Apenas se chegará à determinação daquelas regras no termo de um processo interpretativo, que necessariamente conjuga todos estes elementos. O esclarecimento de eventuais problemas de interpretação ou integração das regras vigentes deve ser feito à luz da doutrina e da jurisprudência do sistema jurídico considerado: nesta matéria, o comparatista deve, tanto quanto possível, colocar-se na posição de um jurista do sistema jurídico que se propõe examinar<sup>93</sup>.

IV – Num terceiro e último momento, procede-se à síntese comparativa, sem a qual não há verdadeira comparação de Direitos. Trata-se agora de enunciar sistematicamente as semelhanças e as diferenças entre os ordenamentos examinados – se possível, identificando os principais *tipos* ou *modelos de soluções* de que o problema visado é objeto nesses ordenamentos –, para de seguida as explicar à luz dos fatores que as determinam. Ambas as operações se apoiam necessariamente em elementos recolhidos na análise comparativa; devem por isso, a nosso ver, considerar-se como integrantes da síntese comparativa.

A este respeito, propôs Konrad Zweigert (1911-1996) que se adotasse como princípio metodológico da comparação de Direitos uma «presunção de semelhança» entre os sistemas jurídicos considerados<sup>94</sup>. Partir-se-ia assim do princípio de que, apesar da diversidade das regras jurídicas nacionais, estas conduzem geralmente a soluções idênticas. Existiriam, quando muito, *vias diversas* para se chegar às mesmas soluções. Como é bom de ver, o funcionalismo, assim entendido, constitui afinal uma outra forma de universalismo.

Supomos, no entanto, que o ponto de partida da síntese comparativa deve ser outro. Por diversas ordens de razões.

Em primeiro lugar, porque a diversidade das instituições jurídicas nacionais radica muitas vezes na diferente valoração dos mesmos problemas nos ordenamentos jurídicos considerados<sup>95</sup>. Uma *praesumptio similitudinis* pode, nesses casos, distorcer os resultados da comparação, escamoteando as conexões entre as instituições jurídicas e os fatores históricos, sociais, económicos e culturais que explicam tal diversidade de valorações. Nessa medida, desvia a disciplina da sua

<sup>93</sup> Neste sentido, Constantinesco, *Traité de droit comparé*, cit., t. II, pp. 34 s. Sublinhando todavia a impossibilidade de o comparatista reconstituir o Direito por si analisado tal como ele é, veja-se Pierre Legrand, *Como ler o Direito estrangeiro*, São Paulo, 2018, p. 94.

<sup>94</sup> Cfr. «Des solutions identiques par des voies différentes (quelques observations en matière de droit comparé)», *RIDC*, 1966, pp. 5 ss. (p. 6). Ver ainda Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., p. 39 (na tradução inglesa, p. 40).

<sup>95</sup> Cfr. o vol. II desta obra, a propósito dos institutos de Direito das Obrigações que aí são examinados.

função que consiste em dar a conhecer as diferentes possibilidades de solução dos mesmos problemas sociais<sup>96</sup>.

Em segundo lugar, porque há institutos profundamente radicados em certos sistemas jurídicos para os quais não se encontra equivalente funcional em muitos outros sistemas. Pense-se, por exemplo, no casamento poligâmico, que não tem correspondente no Direito dos países ocidentais. Uma presunção de semelhança seria, nestes casos, destituída de sentido.

Em terceiro lugar, porque vigoram hoje em muitos países regras formalmente idênticas (como é o caso das disposições constitucionais relativas à estruturação do sistema político na base do princípio democrático ou à salvaguarda dos direitos humanos, que a partir da Europa e da América do Norte se disseminaram por outros continentes), embora os resultados da sua aplicação sejam profundamente diversos. O que se explica, além do mais, por tais regras vigorarem em sociedades também elas muito diferentes entre si.

Em quarto lugar, porque mesmo quando os resultados imediatos do funcionamento de certas instituições jurídicas nacionais são idênticos, o seu espírito e o seu sentido último revelam-se não raro muito diversos. Tal o caso, por exemplo, das figuras da causa dos contratos, exigida por certos Direitos continentais como condição de eficácia destes, e da *consideration*, prevista como elemento do contrato nos sistemas jurídicos de *Common Law*<sup>97</sup>.

Eis, em suma, por que nos parece preferível partir na comparação jurídica de uma *praesumptio dissimilitudinis* ou de um *principium individuationis*<sup>98</sup>, ainda que este, enquanto hipótese científica, não dispense o comparatista de indagar as causas de diversidade dos sistemas jurídicos confrontados ou dos pontos de convergência entre eles identificados.

O que nos conduz a estoura questão: quais os fatores com base nos quais se deve procurar uma explicação para as semelhanças e diferenças detetadas entre os termos da comparação empreendida? É neste ponto que se revela mais nitidamente a estreita conexão do Direito Comparado com outras disciplinas científicas. Porquanto para aquele efeito haverá que atender quer a *fatores jurídicos* – como a

<sup>96</sup> Como refere Franz Werro, «a semelhança, pelo menos se for proclamada como princípio geral de investigação, envolve o risco de violentar algumas diferenças interessantes e importantes» (cfr. «Comparative studies in private laws», in Bussani/Mattei (orgs.) *The Cambridge Companion to Comparative Law*, p. 134).

<sup>97</sup> Sobre o ponto, que será desenvolvido no vol. II, veja-se também o nosso *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, pp. 162 ss.

<sup>98</sup> Como preconizam, por exemplo, Richard Hyland, «Comparative Law», in Dennis Patterson (org.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, reimpressão, Oxford, 2005, pp. 184 ss. (p. 194); Pierre Legrand, *Le droit comparé*, p. 105; e Geoffrey Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, p. 55.

hierarquização feita em cada sistema jurídico, a respeito da matéria considerada, dos valores e interesses em presença e os objetivos de política legislativa prosseguidos através dos regimes jurídicos em causa – quer a *fatores metajurídicos* – entre os quais avultam a História, a ideologia, a religião, as concepções filosóficas dominantes, o sistema económico, a Geografia, a demografia, as mentalidades, etc.

V – Para além da explicação das semelhanças e diferenças entre os sistemas comparados, pode ainda proceder-se a uma avaliação crítica das soluções encontradas, *maxime* em ordem a determinar qual a preferível (*hoc sensu*, a *better law*); o que tem óbvia relevância, por exemplo, quando a comparação empreendida se destine a servir de base a trabalhos de reforma legislativa.

Mas essa avaliação apenas tem sentido se for precedida de uma identificação dos fins prosseguidos na matéria em causa pelos sistemas em presença, os quais podem não ser os mesmos. Tomemos como exemplo o consumo de drogas. Alguns países proíbem-no: é o caso da Suécia, da Finlândia e da Noruega e era também esse o caso de Portugal até recentemente. Outros países descriminalizaram-no, sem todavia o legalizarem, mediante a respetiva punição através de sanções administrativas (assim em Espanha, na Itália e, desde 2000, em Portugal<sup>99</sup>). Outros ainda adotam uma política de tolerância ou «legalização de facto» do consumo: é o que sucede na Holanda. Por fim, há os que consagraram uma legalização controlada do consumo, como a Suíça<sup>100</sup>. Ora bem: estes regimes não podem ser dissociados dos objetivos de política legislativa visados em matéria de consumo de drogas e toxicod dependência. Na verdade, enquanto que em alguns deles se almeja a instituição de uma *sociedade sem drogas*, noutros tem-se em vista tão-só uma redução de danos traduzida na diminuição do número de mortes por *overdose* ou das incidências do consumo de drogas sobre a saúde pública. Poderá, por isso, formular-se um juízo a respeito da eficácia das referidas soluções na prossecução dos objetivos através delas visados em cada um dos países mencionados; mas já seria descabida uma avaliação comparativa delas tendente a determinar qual, em abstrato, a melhor. Só aqueles objetivos, e não os regimes que os prosseguem, são suscetíveis de semelhante juízo valorativo; e este situa-se, como é bom de ver, para além da comparação de Direitos, pertencendo antes à política legislativa.

A avaliação comparativa de diferentes soluções jurídicas para os mesmos problemas sociais pressupõe, em suma, a determinação dos objetivos de política legislativa ou dos valores que subjazem a essas soluções, e apenas é válida enquanto

<sup>99</sup> Haja vista à Lei nº 30/2000, de 29 de novembro.

<sup>100</sup> Cfr., sobre este tema, para mais desenvolvimentos, Dário Moura Vicente (coord.), *Problemas jurídicos da droga e da toxicod dependência*, 2 vols., Lisboa, 2003/2004.

meio de aferir a eficácia destas na prossecução de tais objetivos ou valores. Ao comparatista é, pois, vedado estabelecer qualquer hierarquia entre as soluções em apreço sob o ponto de vista moral ou axiológico. Eis aqui outra diretriz metodológica que importa ter presente na nossa disciplina.

VI – Esta diretriz reveste-se de particular relevância quando a comparação de Direitos ou regimes jurídicos for levada a efeito tendo em vista aferir a eficiência económica das soluções confrontadas. Tal o propósito de certos estudos comparativos recentemente elaborados na perspetiva da chamada *análise económica do Direito*<sup>101</sup>. O recurso a esta, como se deixou dito acima, tem sido ultimamente preconizado por alguns como metodologia apropriada à comparação de sistemas e institutos jurídicos, dando lugar ao que já se denominou *Comparative Law and Economics*.

Mas os resultados a que porventura conduza uma avaliação comparativa de regimes jurídicos empreendida nessa base apenas poderão ter-se como probantes à luz dos fins últimos que a *Law and Economics* imputa ao sistema jurídico – entre os quais sobressaem a maximização das utilidades suscetíveis de serem extraídas dos recursos disponíveis na sociedade e a minimização dos denominados custos de transação –; não já, por exemplo, do ponto de vista dos valores éticos prosseguidos pelos diferentes institutos jurídicos ou do contexto cultural destes<sup>102</sup>.

O que acabamos de dizer em nada diminui, importa notá-lo, o interesse da análise económica do Direito como modelo explicativo das semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos e até como critério de avaliação das soluções neles consagradas.

<sup>101</sup> Estudos esses assentes na tese de que as «origens» dos sistemas jurídicos (*«legal origins»*) de alguma sorte determinam a sua predisposição para o desenvolvimento e o crescimento económicos (cfr., a este respeito, Ralf Michaels, «Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, *Doing Business Reports*, and The Silence of Traditional Comparative Law», *AJCL*, 2009, pp. 765 ss.; Nuno Garoupa/Tom Ginsburg, «Economic Analysis and Comparative Law», in Bussani/Mattei (orgs.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, cit., pp. 57 ss.; e Raffaele Caterina, «Comparative law and economics», in Jan Smits (org.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2ª ed., Cheltenham/Northampton, 2012, pp. 191 ss.). Essa tese exerceu grande influência, designadamente, sobre a atividade do Banco Mundial. Vejam-se, nomeadamente, os relatórios *Doing Business* anualmente publicados, entre 2004 e 2020, por esta instituição (disponíveis em <http://www.doingbusiness.org>), em alguns dos quais se concluíra genericamente pela superioridade dos sistemas de *Common Law* relativamente aos de matriz romano-germânica sob o ponto de vista da promoção da actividade económica (sobre esses relatórios veja-se ainda o que dizemos *infra*, § 17º, alínea d), III). O projeto *Doing Business* foi descontinuado pelo Banco Mundial em 2021.

<sup>102</sup> Nesta linha fundamental de orientação, veja-se também Horatia Muir Watt, «Comparer l'efficiency des droits?», in Pierre Legrand (org.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, 2009, pp. 433 ss.

Com efeito, se é certo que todo sistema jurídico tem impacto sobre o funcionamento da economia, a determinação dos objetivos de política económica prosseguidos em cada país e da medida em que uns – v.g. o crescimento económico – são preferidos a outros – por exemplo, a distribuição do rendimento – pode ajudar a compreender as soluções acolhidas pelo sistema jurídico local e as razões da sua semelhança ou dissemelhança relativamente a outro ou outros sistemas jurídicos.

Por outro lado, na medida em que permite desvendar as consequências económicas de diferentes soluções para os mesmos problemas jurídicos, acolhidas por sistemas jurídicos diversos, a análise económica do Direito fornece ao comparatista um meio adicional de avaliação dessas soluções. O confronto de sistemas e institutos jurídicos efetuado nesta perspetiva pode revelar, por exemplo, que as regras de proteção dos consumidores vigentes em certo país desincentivam a oferta de produtos e serviços a consumidores nele domiciliados, em virtude dos custos que implicam para as empresas e os profissionais, ou redundam em preços mais elevados do que aqueles que são praticados noutros países onde tais regras não existem ou têm um conteúdo diverso. O que tem óbvia importância, por exemplo, na reforma legislativa.

A análise económica do Direito pode, nesta medida, desempenhar uma importante função auxiliar do Direito Comparado.

## § 9º Plano da exposição

Uma palavra agora a respeito do percurso que seguiremos na exposição subsequente.

Concluída a presente introdução à nossa disciplina, que compreenderá ainda uma orientação bibliográfica, ocupar-nos-emos, no Título I do presente volume, da comparação de sistemas jurídicos ou macrocomparação. Num primeiro momento, procuraremos aí caracterizar as principais tradições ou famílias jurídicas: a romano-germânica, a de *Common Law*, a muçulmana, a hindu e a chinesa. Tentaremos também determinar qual o lugar dos sistemas jurídicos africanos entre as famílias jurídicas. Num segundo momento, importará proceder a uma síntese comparativa dessas tradições ou famílias. Esta operação visará duas finalidades essenciais. Por um lado, determinar a essência dos sistemas jurídicos examinados, isto é, o *conceito de Direito* que deles se desprende. Por outro, servir de base à averiguação, que empreenderemos subsequentemente, das possibilidades de uma convergência entre esses sistemas, que alguns hoje apontam como inexorável.

No Título II, curar-se-á da interação entre os sistemas jurídicos anteriormente considerados e, em particular, da questão – que se encontra na ordem do dia – de saber se, como já foi defendido, está presentemente em curso uma *diluição*

das fronteiras entre as famílias jurídicas examinadas, tanto por via da formação de um número crescente de sistemas jurídicos híbridos (o que nos levará a examinar sucintamente os mais significativos sistemas desta espécie), como através da progressiva aproximação dessas famílias possibilitada, v.g., pela intensificação dos fenómenos de receção de conteúdos jurídicos estrangeiros, que a chamada globalização veio favorecer, e pela harmonização e unificação jurídicas que se tem procedido com crescente frequência, não apenas no âmbito das organizações de integração económica regional mas também no das Nações Unidas.

No II volume da presente obra, indagaremos o modo pelo qual a diversidade das famílias jurídicas previamente examinadas se projeta na regulação do Direito das Obrigações<sup>103</sup>.

## § 10º Orientação bibliográfica

### I – Obras gerais de Direito Comparado em língua portuguesa

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Direito Comparado. Ensino e método*, Lisboa, Cosmos, 2000.  
— e Jorge Morais de Carvalho – *Introdução ao Direito Comparado*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2013.

CAETANO, Marcello – *Legislação Civil Comparada*, Lisboa, J. Fernandes Júnior, 1926.

CORREIA, Jorge Alves – *Direito Público Luso e Brasileiro. Um exercício de Direito constitucional comparado*, 2ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019.

DUARTE, Rui Pinto – «Uma introdução ao Direito Comparado», *O Direito*, 2006-IV, pp. 769 ss.

JERÓNIMO, Patrícia – *Lições de Direito Comparado*, ELSA/Uminho, 2017.

MENDES, João de Castro – *Direito Comparado*, Lisboa, AAFDL, 1982/1983 (com a colaboração de Armindo Ribeiro Mendes e Maria Fernanda Rodrigues).

MIRANDA, Jorge – *Notas para uma introdução ao Direito Constitucional Comparado*, separata de *O Direito*, Lisboa, 1970.

VICENTE, Dário Moura – *O Direito Comparado após a reforma de Bolonha. Relatório*, Lisboa, Coimbra Editora, 2009.

### II – Obras gerais de Direito Comparado em línguas estrangeiras

AGOSTINI, Eric – *Droit comparé*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988 (existe tradução portuguesa, por Fernando Couto, com o título *Direito Comparado s.l., Res Jurídica*, s.d.).

AJANI, Gianmaria – *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, Turim, G. Giappichelli Editore, 2005.

<sup>103</sup> Ver Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, vol. II, *Obrigações*, Coimbra, 2017.



- ALPA, Guido – *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Turim, G. Giappichelli Editore, 2004.
- Michael Joachim BONELL, Diego CORAPI, Luigi MOCCIA, Vincenzo ZENO-ZENCOVICH e Andrea ZOPPINI – *Diritto Privato Comparato. Istituti e problemi*, 5ª ed., Roma, Editori Laterza, 2004.
- ALTAVA LAVALL, Manuel Guillermo (coordenador) – *Leciones de Derecho Comparado*, Castelló de la Plana, Universitas, 2003.
- ARMINJON, Pierre, Boris NOLDE e Martin WOLFF – *Traité de droit comparé*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, tomos I e II, 1950; tomo III, 1952.
- BLANC-JOUVAN, Xavier, e outros – *L'avenir du droit comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, 2000.
- BOGDAN, Michael – *Concise Introduction to Comparative Law*, s.l., Europa Law Publishing, 2013.
- CARROZA, Paolo, Alfonso DI GIOVANE e Giuseppe F. FERRARI – *Diritto costituzionale comparato*, 2ª ed., Roma/Bari, Editori Laterza, 2010.
- CHENG, Tong Io, e Salvatore MANCUSO (coordenadores) – *New Frontiers of Comparative Law*, Hong Kong, etc., Lexis Nexis, 2013.
- CONSTANTINESCO, Léontin-Jean – *Traité de droit comparé*, 3 tomos, Paris, L.G.D.J./Economica, 1972/1983 (existe edição brasileira, com o título *Tratado de Direito Comparado. Introdução ao Direito Comparado*, traduzida por Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 1998).
- CRUZ, Peter de – *Comparative Law in a Changing World*, 3ª ed., Londres/Nova Iorque, Routledge/Cavendish, 2007.
- CUNIBERTI, Gilles – *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, L.G.D.J., 4ª ed., 2019.
- DAVID, René (Chief Editor) – *The Legal Systems of the World. Their Comparison and Unification*, in IECL, Tubinga/Haia/Paris, J.C.B. Mohr/Mouton, 1975.
- , Camille JAUFFRET SPINOSI e Marie GORÉ – *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12ª edição, Paris, Dalloz, 2016 (existe tradução brasileira de edição anterior com o título *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 2002).
- DAWSON, John P. – *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Law School, 1968 (existe reimpressão, Buffalo/Nova Iorque, William S. Hein & Co., Inc., 1986).
- DERRETT, J. Duncan M. – *An Introduction to Legal Systems*, reimpressão, Nova Deli, Universal Law Publishing Co., 1999.
- FAIRGRIEVE, Duncan, e Horatia MUIR WATT – *Common Law et tradition civiliste*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006.
- FIKENTSCHER, Wolfgang – *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 5 vols., Tubinga, J.C.B. Mohr, 1975/1977.
- FRANCHIS, Francesco de – *Il Diritto Comparato dopo la riforma. Lezioni e appunti di una ricerca per l'insegnamento*, Milão, Giuffrè, 2006.



- FROMONT, Michel – *Grands systèmes de droit étrangers*, 7<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 2013.
- GALGANO, Francesco – *Atlante di diritto privato comparato*, 3<sup>a</sup> ed., Bolonha, 1999 (com a colaboração de Franco Ferrari e Gianmaria Ajani).
- GAMBARO, Antonio, e Rodolfo SACCO – *Sistemi Giuridici Comparati*, 3<sup>a</sup> ed., reimpressão, Turim, Unione Tipografico ed Editrice Torinese, 2008.
- GILISSEN, John – *Introduction historique au droit*, Bruxelas, Bruyant, 1979 (existe tradução portuguesa, por António Botelho Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, com o título *Introdução histórica ao Direito*, 4<sup>a</sup> edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003).
- GLENDON, Mary Ann, Paolo G. CAROZZA e Colin G. PICKER – *Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases on Western Law*, 3<sup>a</sup> ed., St. Paul, Minesota, Thomson/West, 2007.
- GLENN, H. Patrick – *On Common Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2005.  
— *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 5<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2014.
- GOLTZBERG, Stefan – *Le Droit Comparé*, Paris, Que sais-je ?, 2018.
- GUARNERI, Attilio – *Lineamenti di Diritto Comparato*, 8<sup>a</sup> ed., Pádua, Wolters Kluwer/CEDAM, 2018.
- GUTTERIDGE, Harold Cooke – *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2<sup>a</sup> ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1949 (existe tradução espanhola, por Enrique Jardí, com o título *El Derecho Comparado*, Barcelona, 1954).
- HARDING, Andrew, e ESIN ÖRÜCÜ (orgs.) – *Comparative Law in the 21st Century*, Londres/Haia/Nova Iorque, Kluwer Academic Publishers, 2002.
- HEAD, John W. – *Great Legal Traditions. Civil Law, Common Law, and Chinese Law in Historical and Operational Perspective*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2011.
- HUSA, Jaako – *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford/Portland, Hart, 2015.
- KISCHEL, Uwe – *Rechtsvergleichung*, Munique, C.H. Beck, 2015 (existe versão em língua inglesa com o título *Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019).
- KOCH, Harald, Ulrich MAGNUS e Peter WINKLER VON MOHRENFELS – *IPR und Rechtsvergleichung. Ein Studien- und Übungsbuch zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht und zur Rechtsvergleichung*, 4<sup>a</sup> ed., Munique, C.H. Beck, 2010.
- LAITHIER, Yves-Marie – *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009.
- LAWSON, Frederick Henry – *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Law School, 1953.
- LEGEAIS, Raymond – *Grands systèmes de droit contemporains. Une approche comparative*, 3<sup>a</sup> ed., Paris, Litec, 2016.
- LEGRAND, Pierre – *Le droit comparé*, 5<sup>a</sup> ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2016.
- LOSANO, Mario – *I grandi sistemi giuridici*, Turim, Einaudi, 1978 (existe tradução portuguesa com o título *Os grandes sistemas jurídicos*, Lisboa, Presença, 1979).

- MARKESINIS, Basil S. – *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Oxford, Hart Publishing, 1997.
- *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing, 2003.
- MATTEI, Ugo, e Pier Giuseppe MONATERI – *Introduzione breve al diritto comparato*, Pádua, Cedam, 1997.
- MENSKI, Werner – *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- MERRYMAN, John Henry, e Rogelio PÉREZ-PERDOMO – *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3ª ed., Stanford, Stanford University Press, 2007.
- MÜLLER-CHEN, Markus, Christoph MÜLLER e Corinne WIDMER LÜCHINGER (orgs.) – *Comparative Private Law*, Dike, Zurique/St.Gall, 2015.
- ÖRÜCÜ, Esin, e David NELKEN (orgs.) – *Comparative Law. A Handbook*, Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007.
- PEGORARO, Lucio, e Angelo RINELLA – *Le fonti nel diritto comparato*, Turim, G. Giappichelli Editore, 2000 (existe tradução espanhola, por Marta León, Daniel Bergozsa e Jhoana Delgado, com o título *Las fuentes en el Derecho Comparado*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2003).
- PORTALE, Giuseppe B. – *Introduzione ai sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Turim, G. Giappichelli Editore, 2007.
- RAINER, J. Michael – *Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung*, Frankfurt a. M., Peter Lang, 2002.
- *Introduction to Comparative Law*, Viena, Manz, 2010.
- RAMBAUD, Thierry – *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, PUF, 2014.
- RHEINSTEIN, Max – *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2ª ed., por Reimer von Borries e Hans-Eckart Niethammer, Munique, C.H. Beck, 1987.
- RODIÈRE, René – *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979.
- SACCO, Rodolfo, e Piercarlo ROSSI – *Introduzione al diritto comparato*, 6ª ed., reimpressão, Turim, Unione Tipografico ed Editrice Torinese, 2017.
- SAMUEL, Geoffrey – *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford/Portland, 2014.
- SCHNITZER, Adolf F. – *Vergleichende Rechtslehre*, 2 vols., 2ª ed., Basileia, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1961.
- SÉROUSSI, Roland – *Introduction au droit comparé*, 3ª ed., Paris, Dunod, 2008.
- SIEMS, Matthias – *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- VERGOTTINI, Giuseppe de – *Diritto costituzionale comparato*, 2 vols., 6ª ed., Pádua, CEDAM, 2004.
- WATSON, Alan – *Comparative Law: Law, Reality and Society*, s.l., Vandeplass Publishing, 2007.

- WIEACKER, Franz – *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2ª ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967 (existe tradução portuguesa, por António Hespanha, com o título *História do Direito Privado Moderno*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989).
- YOUNGS, Raymond – *English, French & German Comparative Law*, 3ª ed., Londres/Nova Iorque, Routledge, 2014.
- ZWEIGERT, Konrad, e Hein KÖTZ – *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª edição, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996 (existe tradução inglesa, por Tony Weir, com o título *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998).

### III – Enciclopédias

- BASEDOW, Jürgen, Klaus J. HOPT, Reinhard ZIMMERMANN e Andreas STIER (orgs.) – *Max-Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- BLANPAIN, Roger (org.) – *International Encyclopaedia of Laws*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, em publicação desde 1991.
- DROBNIG, Ulrich, e Konrad ZWEIGERT (orgs.) – *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubinga, etc., J.C.B. Mohr e outros, em publicação desde 1971.
- REIMANN, Mathias, e Reinhard ZIMMERMANN (orgs.) – *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- SMITS, Jan M. (org.) – *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2ª edição Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2012.

### IV – Coletâneas de textos legislativos, jurisprudenciais e doutriniais

- ALMEIDA, Carlos Ferreira, José ALLEN FONTES e José CUNHAL SENDIM (orgs.) – *Direito Comparado. Textos de apoio pedagógico*, 2ª edição, Lisboa, AAFDL, 1999.
- BARTON, John H., James LOWELL GIBBS JR., Victor HAO LI e John Henry MERRYMAN – *Law in Radically Different Cultures*, St. Paul, Minesota, West Publishing Co., 1983.
- BEALE, Hugh, e outros (orgs.) – *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002.
- BEATSON, Jack, e Elto SCHRAGE (orgs.) – *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment*, Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing, 2003.
- BUSSANI, Mauro, e Ugo MATTEI (orgs.) – *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- GEEST, Gerrit De, e Roger VAN DEN BERGH (orgs.) – *Comparative Law and Economics*, 3 vols., Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2004.
- GERVEN, Walter van, e outros (orgs.) – *Tort Law. Scope of Protection*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

- GORDLEY, James, Hao JIANG e Arthur Taylor VON MEHREN (orgs.) – *An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- GINSBURG, Tom, Pier G. MONATERI e Francesco PARISI (orgs.) – *Classics in Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2014.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar (org.) – *As Constituições dos Estados de língua portuguesa*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.
- MEHREN, Arthur Taylor von – *The Civil Law System. Cases and Materials for the Comparative Study of Law*, Englewood Cliffs, N. J., Prentice Hall, Inc., 1957.
- MERRYMAN, John Henry, David S. CLARK e John O. HALEY – *Comparative Law: Historical Development of the Civil Law Tradition in Europe, Latin America, and East Asia*, New Providence, N.J., Lexis Nexis, 2010.
- MIRANDA, Jorge (org.) – *Textos históricos do Direito Constitucional*, 2ª ed., Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1990.
- RIESENFELD, Stefan A., e WALTER J. PAKTER (orgs.) – *Comparative Law Casebook*, Nova Iorque, Transnational Publishers, Inc., 2001.
- RILES, Anneliese – *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2001.
- Schlesinger's Comparative Law. Cases – Text – Materials*, 7ª ed., por Ugo A. MATTEI, Teemu RUSKOLA e Antonio GIDI, Nova Iorque, Foundation Press, 2009.
- SCHWENZER, Ingeborg, e Markus MÜLLER-CHEN (orgs.) – *Rechtsvergleichung. Fälle und Materialien*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996.
- ZWEIGERT, Konrad, e Hans-Jürgen PUTTFARKEN (orgs.) – *Rechtsvergleichung*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978.

## V – Publicações periódicas

- African Journal of Legal Studies* (Otava)
- American Journal of Comparative Law* (Berkeley, Califórnia)
- Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi* (Roma)
- Asian Journal of Comparative Law* (Singapura)
- The Chinese Journal of Comparative Law* (Oxford)
- Comparative Law Review* (Torun, Polónia)
- Direito e Cidadania* (Cidade da Praia)
- Documentação e Direito Comparado* (Lisboa)
- Electronic Journal of Comparative Law* (Maastricht/Tilburg/Utreque)
- European Journal of Comparative Law and Governance* (Leiden)
- European Journal of Legal Studies* (Florença)
- German Law Journal* (s.l.)
- Global Journal of Comparative Law* (Leiden/Boston)
- The International and Comparative Law Quarterly* (Londres)

*Jahrbuch für afrikanisches Recht* (Colónia)  
*Journal of African Law* (Londres)  
*Journal of Islamic Law* (Cambridge, Massachussets)  
*Maastricht Journal of European and Comparative Law* (Maastricht)  
*Opinio Juris in Comparatione – Studies in Comparative and National Law* (Pisa)  
*Oxford University Comparative Law Forum* (Oxford)  
Penant. *Revue de Droit des Pays d’Afrique* (Paris)  
*Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht* (Tubinga)  
*Recht in Afrika* (Colónia)  
*Revista Brasileira de Direito Comparado* (Rio de Janeiro)  
*Revue de Droit International et de Droit Comparé* (Bruxelas)  
*Revue Internationale de Droit Comparé* (Paris)  
*Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro* (Braga)  
*The Chinese Journal of Comparative Law* (Oxford)  
*The Journal of Comparative Law* (Londres)  
*Tulane Journal of International and Comparative Law* (Nova Orleães, Luisiana)  
*Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* (Londres)  
*Zeitschrift für Rechtsvergleichung* (Viena)  
*Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (Heidelberg)

#### VI – Bases de dados genéricas disponíveis em linha<sup>104</sup>

<http://www.biicl.org> (British Institute of International and Comparative Law).  
<http://www.civil.udg.es/ecplp> (European and Comparative Private Law Page).  
<http://www.comparativelaw.org/> (American Society of Comparative Law).  
<http://comparativelawblog.blogspot.com> (Comparative Law Blog).  
<http://www.constitution.org> (Constitution Society).  
<http://www.dvr.euv-frankfurt-o.de/Welcome.html> (Der virtuelle Rechtsvergleicher).  
<http://www.ejcl.org> (Electronic Journal of Comparative Law).  
<http://www.ejls.eu> (European Journal of Legal Studies).  
<http://www.fd.ulisboa.pt/investigacao/biblioteca-digital-ius-commune> (Biblioteca Digital *Ius Commune*).  
<http://www.gddc.pt> (Gabinete de Documentação e Direito Comparado).  
<http://www.germanlawjournal.com> (German Law Journal).  
<http://www.glin.gov> (Global Legal Information Network).  
<http://www.henricapitant.org> (Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française).

<sup>104</sup> Acerca da utilização da Internet como instrumento de investigação no domínio do Direito Comparado, vide Norman Witzleb/Dieter Martiny/Ulrich Thoenke/Tim Frericks, *Comparative Law and the Internet*, disponível em <http://www.ejcl.org>.

<http://www.isdc.ch> (Institut Suisse de Droit Comparé).  
<http://www.iuscomp.org> (The Comparative Law Society).  
<http://www.iuscomparatum.org> (Académie Internationale de Droit Comparé).  
<http://www.juriguide.com> (Juriguide).  
<http://jurisdiversitas.blogspot.com> (Jurisdiversitas).  
<http://en.jurispedia.org> (Jurispedia).  
<http://www.law.cornell.edu/world/> (Legal Information Institute/Cornell University Law School).  
<http://www.legis-palop.org> (Legis-PALOP).  
<http://www.legiscompare.com> (Société de Legislation Comparée).  
<http://www.lexadin.nl/wlg> (World Legal Guide).  
<http://www.lexinter.net> (Lexinter).  
<http://www.loc.gov/law/guide> (Library of Congress/Guide to Law Online).  
<http://www.loc.gov/law/public/glm> (Library of Congress/Global Legal Monitor).  
<http://www.mpipriv-hh.mpg.de> (Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht).  
<http://www.nyulawglobal.org/globalex> (New York University/Globalex).  
<http://www.ouclf.iuscomp.org> (Oxford University Comparative Law Forum).  
<https://beta.shariasource.com> (Sharia Source at Harvard Law School).  
[http://ucl.ac.uk/laws/global\\_law/index.shtml](http://ucl.ac.uk/laws/global_law/index.shtml) (Institute of Global Law, University College London).  
[http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new) (Institute for Transnational Law University of Texas at Austin).  
<http://www.verfassungsvergleich.de> (International Constitutional Law).