

Interpretatio Prudentium

direito romano e tradição romanista em revista
diritto romano e tradizione romanistica in rivista
roman law and roman legal tradition in review

I, 2016, I



Teoria e História do Direito
Centro de Investigação da ULisboa

Interpretatio Prudentium

direito romano e tradição romanista em revista
diritto romano e tradizione romanistica in rivista
roman law and roman legal tradition in review

I, 2016, I

COMISSÃO EDITORIAL . COMITATO EDITORIAL . EDITORIAL COMMITTEE

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO | *Universidade de Lisboa*
ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM | *Universidade de Lisboa*
ANTÓNIO SANTOS JUSTO | *Universidade de Coimbra*
CHRISTIAN BALDUS | *Universität Heidelberg*
EDUARDO VERA-CRUZ PINTO | *Universidade de Lisboa*
JOSÉ ARTUR DUARTE NOGUEIRA | *Universidade de Lisboa*

COMISSÃO DE REDACÇÃO . COMITATO DI REDAZIONE . EXECUTIVE COMMITTEE

ANA CALDEIRA FOUTO | *Universidade de Lisboa*
CHRISTIAN BALDUS | *Universität Heidelberg*
EDUARDO VERA-CRUZ PINTO | *Universidade de Lisboa*
FILIPE DE AREDE NUNES | *Universidade de Lisboa*
FRANCISCO RODRIGUES ROCHA | *Universidade de Lisboa*
JORGE SILVA SANTOS | *Universidade de Lisboa*
MARGARIDA SEIXAS | *Universidade de Lisboa*
RAFAEL LONGHI | *Universität Heidelberg*

COMISSÃO CIENTÍFICA . COMITATO SCIENTIFICO . ADVISORY BOARD

ADOLFO WEGMANN | *Pontificia Universidad Católica del Chile*
ANTÓNIO MANUEL HESPAHHA | *Universidade Nova de Lisboa*
ANTÓNIO VIEIRA CURA | *Universidade de Coimbra*
DÁRCIO ROBERTO RODRIGUES | *Universidade de São Paulo*
EMANUELE STOLFI | *Università di Siena*
FRANCISCO ANDRÉS SANTOS | *Universidad de Valladolid*
GIOVANNI LUCHETTI | *Università di Bologna . Pontificia Università Lateranense*
ISABEL BANOND | *Universidade de Lisboa*
JAVIER PARICIO | *Universidad Complutense de Madrid*
JOSÉ DOMINGO RODRIGUEZ MARTÍN | *Universidad Complutense de Madrid*
JOSÉ ISAAC PILATI | *Universidade Federal de Santa Catarina*
LENA KUNZ | *Universität Heidelberg*
LIHONG ZHANG | *East China University of Political Science and Law*
MARCO A. MARQUES DA SILVA | *Pontificia Universidade Católica – São Paulo*
MARIO VARVARO | *Università degli Studi di Palermo*
MARTIN AVENARIUS | *Universität zu Köln*
MASSIMO MIGLIETTA | *Università degli Studi di Trento*
MÍRIAM AFONSO BRIGAS | *Universidade de Lisboa*
OCTÁVIO RODRIGUES JÚNIOR | *Universidade de São Paulo*
RENATO BENEDUZI | *Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro*
ROSANNA ORTU | *Università degli Studi di Sassari*
TOMMASO BEGGIO | *Universität Heidelberg*
TOMMASO DALLA MASSARA | *Università degli Studi di Verona*
VIVIANNE FERREIRA MESE | *Universität Heidelberg*

ÍNDICE . INDICE . CONTENTS

EDITORIAIS . EDITORIALI . EDITORIALS

- 11 *A Interpretatio Prudentium*. Apresentação
EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
- 15 O português como língua de um direito romano mundial
CHRISTIAN BALDUS

ARTIGOS . ARTICOLI . ARTICLES

- 21 De *verborum significatione* e *legal drafting* tra lingua e diritto
ADELAIDE CARAVAGLIOS
- 39 A Importância do Direito Romano e da Tradição Romanista para o Direito Português. Uma introdução para estudantes de direito
CHRISTIAN BALDUS
- 85 A Decretal *Saepe contingit* (X.2,13,18): a importância do IV Concílio de Latrão e do Papa Inocêncio III para a disciplina da tutela possessória
DAVID MAGALHÃES
- 139 Il secolo del *Theodosianus*. Riflessioni su materiali e metodo di studio
ELIO DOVERE
- 159 Brevi note su *interpretatio* e *auctoritas* fra tarda repubblica ed età dei severi
EMANUELE STOLFI
- 181 Escravidão e *Favor libertatis* no Brasil de oitocentos: Tradição Romanista na obra de Perdigão Malheiro
MARGARIDA SEIXAS

199 Teixeira de Freitas leitor de Savigny
THIAGO REIS

251 Studio su un testo ulpiano in tema di rapporti tra giurisdizione ordinaria e arbitrato
TOMMASO DALLA MASSARA

LEITURAS ROMANÍSTICAS DO CÓDIGO CIVIL

265 O conceito romano de *obligatio* e a definição legal de *obrigação* no Código Civil português.
EDUARDO VERA-CRUZ PINTO

PÁGINAS ESCOLHIDAS . PAGINE SCELTE . SELECTED WRITINGS

295 Notas para a história do ensino do Direito Romano na Faculdade de Direito de Lisboa
RUY DE ALBUQUERQUE

RECENSÕES . RECENSIONI . REVIEWS

347 HERZOG, BENJAMIN – *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien. Eine rechtsvergleichende Untersuchung Aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive – Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering*
MARIANA MELO EGÍDIO

353 KLEITER, TOBIAS – *Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz*
ANDREAS NITSCH

369 SEELENTAG, ANNA MARGARETE – *Ius pontificium cum iure civili coniunctum. Das Recht der Arrogation in klassischer Zeit*
FRANCISCO RODRIGUES ROCHA

RECENSÕES
RECENSIONI
REVIEWS

HERZOG, BENJAMIN – *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien. Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive. Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014

1. A editora *Mohr Siebeck* publicou em 2014, na sua colecção *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung* (RuR), a dissertação de doutoramento de BENJAMIN HERZOG, cujo título completo (numa tradução livre), “Aplicação e interpretação do direito em Portugal e no Brasil. Um estudo comparativo de uma perspectiva genética, funcional e pós-moderna e simultaneamente um apelo por mais Savigny e menos Jhering”, permite descortinar a sua importância para o leitor português¹.

A inserção da referida obra na mencionada colecção “Direito Comparado e Harmonização legal” (RUR) compreende-se perfeitamente. Criada em 2005 e promovida pela *Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.*², (Sociedade de Direito Comparado), tem como principal objectivo divulgar as inovações relevantes no domínio do Direito Comparado e assenta na ideia de que, mais do que nunca, o Direito Comparado – não só no domínio do Direito Civil, mas também em ramos como o Direito Penal ou o Direito Público – pressupõe a unificação da lei, particularmente no contexto europeu. É, pois, objectivo desta colecção compreender

¹ Para uma recensão mais detalhada, cfr. CARL FRIEDRICH NORDMEIER, *RabelsZ*, 79, 2015, pp. 678-683.

² Consultar, para mais informações, a página <http://www.gfr.jura.uni-bayreuth.de/de/index.html>.

os caminhos para a harmonização legal nestes domínios, como o próprio título assinala.

Ora, a obra de BENJAMIN HERZOG, na medida em que dialoga com três ordenamentos jurídicos diferentes – o alemão, o português e o brasileiro – procurando descobrir os pontos de contacto entre os três nos últimos dois séculos, enquadra-se plenamente neste desiderato. Este “diálogo” não se resume a uma análise puramente descritiva dos ordenamentos escolhidos – procura, antes, problematizar as soluções encontradas em cada ordenamento³ e descobrir qual possa ser o seu contributo para a teoria da metodologia jurídica, mesmo que isso implique criticar os fenómenos de recepção acrítica e discutir a viabilidade da teoria dos *legal transplants*⁴. Para tal, emprega, como decorre do título da obra, os métodos (ou, na sua designação, as “perspectivas”) genética⁵, funcional⁶ e pós-moderna⁷.

³ Problematização que não prejudica, note-se, a compreensão das soluções adoptadas em cada um dos ordenamentos e a busca dos pressupostos históricos, constitucionais e sócio-económicos que aí condicionam a interpretação e aplicação do Direito.

⁴ A recepção das soluções provenientes de outros ordenamentos jurídicos pode ser denominada como *transplante jurídico*, seguindo a designação de ALAN WATSON, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, 2.^a edição, University of Georgia Press, 1993, ou seja, p. 21, a “deslocação de uma regra ou sistema jurídico de um país para outro ou de um povo para outro”. Considera este autor, aliás, que os transplantes jurídicos constituem o principal factor de desenvolvimento dos direitos nacionais. O Direito Romano é talvez o melhor exemplo, já que a sua recepção em ordens jurídicas de diferentes países, a par de outros factores, permite falar de uma família jurídica romano-germânica – cfr., entre muitos outros, FRANZ WIEACKER, “The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought”, in *Boston College International and Comparative Law Review*, volume 4, issue 2, 1981, pp. 257-281 e ALAN WATSON, *The evolution of Western Private Law*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2001, pp. 214-217.

⁵ Como expõe o autor na p. 21 da obra, “o objectivo desta investigação não é apenas aflorar as semelhanças e diferenças da aplicação e interpretação do Direito em Portugal, Brasil e Alemanha, mas antes extrair as conexões de duas questões essenciais da comparação jurídica: a recepção do direito estrangeiro e a teoria das famílias/tradições jurídicas”, nomeadamente apurar se há uma dogmática “lusitana” de aplicação do Direito (p. 745).

⁶ Sobre o método funcional, cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, volume I, reimpressão da 3.^a edição de janeiro de 2014, Coimbra, Almedina, 2015, p. 39 “Na senda de Ernst Rabel (1874-1955), a doutrina dominante tem preconizado

2. O resumo da obra publicado no *site* da própria editora *Mohr Siebeck* pode ajudar-nos a compreender a sua relevância para a metodologia do Direito. Partindo da afirmação de que “a metodologia ainda é muitas vezes vista apenas a partir de uma perspectiva nacional”⁸ e, consequentemente, as soluções encontradas em outras jurisdições para problemas semelhantes não são consideradas como “metódicas”, o autor propõe-se comparar os métodos de aplicação e interpretação de leis em Portugal e Brasil, partindo da sua própria compreensão do que é o ordenamento alemão. Fá-lo questionando as bases metodológicas deste, nomeadamente os elementos de interpretação propostos por SAVIGNY⁹ e as premissas da metodologia do Direito advenientes do pós-Segunda Guerra Mundial.

que a delimitação do objecto da microcomparação obedeça a um *critério funcional*: parte-se de um problema social e procura-se determinar quais as formas pelas quais este 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.e., os problemas que visa resolver) e pesquisam-se as instituições funcionalmente equivalentes numa ou noutras sociedades. 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. Deste entendimento se fez eco o art. 15.º do Código Civil português”.

⁷ Contrariamente ao método funcional, o método pós-moderno atentaria nas diferenças entre cada ordenamento jurídico, cfr. ERIK JAYME, “Visões para uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, volume I, n.º 1, Março 2003, pp. 115-131, nomeadamente a primeira tese do autor, p. 116 “O direito comparado moderno perseguia o objectivo de determinar, de encontrar o que era comum, igual (*das Gemeinsame*), e que apenas superficialmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficialmente diversos sistemas de Direito do mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (*das Trennende*), as diferenças (*die Unterschiede*)”.

⁸ <https://www.mohr.de/buch/anwendung-und-auslegung-von-recht-in-portugal-und-brasilien> 9783161534775

⁹ Seguindo a distinção de cânones de interpretação de SAVIGNY, dividindo-os entre o elemento *literal*, o *(teleo)lógico*, o *histórico* e o *sistemático*, cfr. *System des heutigen Römischen Rechts*, volume I, Berlin, 1840, reeditado por Scientia Verlag, Aalen, 1981, p. 213 e ss e já em *Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm*, Stuttgart, Koehler, 1951, p. 19 e ss). Cfr. a este propósito CHRISTIAN BALDUS, “Gut meinen, gut verstehen? Historischer Umgang mit historischen Intentionen”, *Gesetzgeber und Rechtsanwendung, Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen*, coord. CHRISTIAN BALDUS/FRANK THEISEN/FRIEDERIKE VOGEL, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 5-27.

3. BENJAMIN HERZOG é um autor ainda jovem (nasceu em 1983), sendo esta a sua primeira obra publicada¹⁰.

Estudou Direito em Heidelberg (*Ruprecht-Karls Universität Heidelberg*) onde se doutorou em 2013 e é também pós-graduado em Direito da Concorrência pelo *King's College London*.

Estagiou em Berlim e é, desde 2014, advogado em Bruxelas, na área de Direito da Concorrência. Anteriormente foi assistente de investigação no *Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft* de Heidelberg.

A investigação que conduziu à presente obra foi patrocinada pelo DAAD (*Deutscher Akademischer Austauschdienst*), envolvendo períodos de pesquisa em Porto Alegre (Universidade Federal do Rio Grande do Sul) e na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, estadias que permitiram ao autor, fluente na língua portuguesa, recolher vasta bibliografia destes dois ordenamentos jurídicos.

4. A obra, em língua alemã, de 810 páginas, sendo 750 de texto e as restantes de bibliografia (com indicações importantes de bibliografia brasileira e portuguesa, recolhida durante a estadia na UFRGS e na FDUC) e índice remissivo¹¹, encontra-se estruturada em quatro capítulos, precedidos por uma introdução e terminando com conclusões (p. 719 e seguintes), a que se segue ainda um sugestivo epílogo [p. 749, “Zurück zu Savigny, in Europa?” (De volta a Savigny, na Europa?)].

¹⁰ Tivemos apenas conhecimento da publicação de um outro artigo, «A interpretação e a aplicação do direito na Alemanha no Brasil: uma análise do ponto de vista da teoria de direito comparado funcional, da teoria de direito comparado pós-moderno e da teoria do “legal transplants”», in *Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*, STEFAN GRUNDMANN/GILMAR MENDES/CLÁUDIA LIMA MARQUES/ CHRISTIAN BALDUS/MANUEL MALHEIROS, (coord.), São Paulo, Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013, pp. 165-193, claramente inspirado na presente obra.

¹¹ Embora quanto a este algo desordenado: parecendo um índice remissivo dos autores mencionados, vislumbram-se pontualmente algumas remissões que apontam para um índice ideográfico, embora com pouca expressão e não se compreendendo qual a relevância de algumas das ideias escolhidas (como, por exemplo, “vulnerabilidade”).

5. O ponto de partida da obra reside na constatação de uma crítica da doutrina alemã à actividade do Tribunal de Justiça da União Europeia, assente na alegada arbitrariedade da metodologia a que este recorre, sem qualquer distinção entre o *momento interpretativo* e o *momento criador* de Direito.

Após uma delimitação do objecto de investigação – cuja fundamentação da escolha só é completamente apreendida após a leitura do epílogo – o primeiro capítulo procede a uma pesquisa de história do Direito que sirva de base às considerações norteadas por uma perspectiva “genética”, nos termos atrás explicados. É neste contexto que o autor explora o contributo de SAVIGNY para a interpretação e aplicação do Direito e de seguida de JHERING e da Jurisprudência dos Interesses, por forma a apreender as bases do ordenamento alemão e poder avaliar a sua recepção em Portugal e no Brasil.

6. Já o segundo capítulo debruça-se sobre a Constituição e o sistema, importantes para a perspectiva funcional e pós-moderna de análise já elencadas. Neste capítulo, o autor explora o conceito de “sistema interno” na obra de SAVIGNY, HECK, LARENZ e CANARIS, bem como o papel da Constituição para a interpretação e aplicação do Direito, nomeadamente atendendo a vectores como os princípios da separação de poderes, igualdade e Estado de Direito, explorando ainda a teoria dos princípios jurídicos enquanto normas. Esta análise permite-lhe concluir que tanto a aplicação quanto a interpretação são necessariamente subjectivas, visto que o intérprete/aplicador parte sempre com uma determinada pré-compreensão que influencia as suas expectativas, o que entende aproximá-lo da caracterização da aplicação do Direito como uma “arte” feita por SAVIGNY (p. 250).

7. A parte que mais interessa ao leitor português corresponde ao terceiro capítulo, relativo à aplicação e interpretação do Direito em Portugal (pp. 252-493). O autor procede a uma evolução histórica do tema, particularmente desde o século XVI e prestando especial atenção à Primeira Codificação (Código Civil de 1867) e à influência da Pandectística. Analisa de seguida o regime do Código Civil de 1966, nomeadamente os artigos 9.º e 10.º, acentuando a

forte influência estrangeira sentida. A investigação não se limita, contudo, à codificação civil. Numa última parte, o autor analisa a Constituição da República Portuguesa de 1976, acentuando a importância do “espírito de 1974” para a concretização da Constituição vigente e para a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico português, embora chamando a atenção para a resistência à “constitucionalização do Direito Privado”. A sua apreciação do ordenamento jurídico português termina com uma chamada de atenção para a relevância que o sistema interno pode ter em torno da questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

8. A estrutura do quarto capítulo, referente à aplicação e interpretação do Direito no Brasil, é semelhante: uma resenha histórica (acentuando a influência portuguesa e da Pandectística, embora salientando que o pensamento de SAVIGNY foi aqui primeiro conhecido que em Portugal). Segue-se a análise da Constituição de 1988 e dos seus princípios, numa óptica de sistema interno, o que permite constatar – ao contrário de Portugal – uma constitucionalização do Direito Civil.

9. Nas conclusões, o autor procura responder a algumas das questões anteriormente formuladas, nomeadamente se deve presidir algum fim à aplicação do Direito, do sistema jurídico ou mesmo de apenas uma norma. A este propósito, explica que as construções de SAVIGNY e de JHERING são fundamentalmente diferentes: “de forma algo exagerada, podemos afirmar que a compreensão de SAVIGNY da interpretação e aplicação do Direito denota liberdade, enquanto a de JHERING uma vinculação a um fim” (p. 719), o que o leva a preferir o primeiro autor – assim se justificando o “apelo” do subtítulo da obra.

10. Em suma, estamos perante uma obra que, pese embora a barreira linguística (já que se encontra apenas publicada em alemão), se afigura interessante para os juristas lusófonos, não só para compreender a influência do Direito alemão e do pensamento de SAVIGNY nos ordenamentos em estudo, mas também para

reflectir sobre os problemas de metodologia jurídica transversais a ordenamentos jurídicos semelhantes.

MARIANA MELO EGÍDIO
Universidade de Lisboa

KLEITER, TOBIAS – *Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz*, [Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, 102. Heft], München, Verlag C.H. Beck, 2010

1. *Hic sunt leones*: Die Methodik der klassischen römischen Juristen ist trotz vieler wegweisender Forschungsarbeiten in den vergangenen Jahrzehnten nach wie vor ein ungesichertes Terrain. Explizite methodische Reflexionen der römischen Juristen sind kaum überliefert, die Fragmente erscheinen ganz überwiegend im Gewande der justinianischen Kompilation, und schon ganz grundlegende Fragen, wie etwa jene, ob die römischen Juristen ein „System“ im ihrem Recht erkannten, schufen oder beachteten, welche Rolle Rhetorik, Philosophie oder allgemein griechische Einflüsse im methodischen Konzert spielten und ob aus den überlieferten Begründungen der Juristen tragfähige Rückschlüsse auf ihre Entscheidungsgründe gezogen werden können, vermögen leidenschaftliche Kontroversen auszulösen. KLEITER hat sich nun in seiner Dissertation Fragmente vorgenommen, in denen Begriffe wie *iustus*, *verus*, *humanus*, *benignus*, *suptilis*, *utilis* verwendet werden, und untersucht die Texte unter funktionalen Aspekten: Warum und in welchen Situationen verwendeten die klassischen Juristen solche Begriffe?

2. Die von KLEITER gewählte Perspektive soll sonach nicht auf das Feld juristisch-semanticischer Untersuchungen führen, die in der Tat zu jenen Begriffen schon manches Mal in vergangenen Zeiten versucht wurden, sondern auf jenes der „Argumentationsmuster“, wie es KLEITER in seiner Arbeit gelegentlich nennt. Der immanenten methodischen Herausforderung, nämlich die ausgewählten Worte unter einen Begriff zu bringen und für die untersuchten Fragmente

Interpretatio Prudentium

direito romano e tradição romanista em revista
diritto romano e tradizione romanistica in rivista
roman law and roman legal tradition in review

I, 2016, 1

interpretatio@fd.ulisboa.pt
www.thdulisboa.com

