

ANWENDUNG UND AUSLEGUNG VON RECHT IN PORTUGAL UND  
BRASILIEN – EINE RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG AUS  
GENETISCHER, FUNKTIONALER UND POSTMODERNE PERSPEKTIVE  
– ZUGLEICH EIN PLÄDOYER FÜR MEHR SAVIGNY UND WENIGER  
JHERIN, DE BENJAMIN HERZOG

*ANWENDUNG UND AUSLEGUNG VON RECHT IN PORTUGAL UND BRASILIEN –  
EINE RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG AUS GENETISCHER, FUNKTIONALER  
UND POSTMODERNE PERSPEKTIVE – ZUGLEICH EIN PLÄDOYER FÜR MEHR  
SAVIGNY UND WENIGER JHERING, BY BENJAMIN HERZOG*

**FRANCISCO SABADIN MEDINA**

LL.M. em Direito na Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität – LMU  
München). Doutorando em Direito Civil na Faculdade de Direito da USP. Bacharel em Direito  
na Faculdade de Direito da USP.  
fesstmedina@gmail.com

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: Benjamin Herzog. *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, 810 páginas (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung 26).

SUMÁRIO: I. Introdução – II. Conteúdo – III. Apreciação – IV. Considerações finais.

## I. INTRODUÇÃO

O título<sup>1</sup> da obra aqui em análise pode ser traduzido por “Aplicação e interpretação de direito em Portugal e no Brasil – Um estudo comparado a partir das perspectivas genética, funcional e pós-moderna – Simultaneamente uma defesa por mais Savigny e menos Jhering”. Trata-se de uma dissertação de Doutorado que

---

1. Agradeço ao Dr. Jan Peter Schmidt pelas valiosas observações.

---

MEDINA, Francisco Sabadin. *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 Jherin, de Benjamin Herzog*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

analisa, sob o prisma do direito comparado, um tema central em qualquer ordenamento jurídico, nomeadamente os parâmetros utilizados pela doutrina ao aplicar e interpretar seu próprio direito. Como o autor (doravante mencionado apenas por A.) fez um intercâmbio na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) durante a graduação,<sup>2</sup> pesquisou mais tarde na mesma instituição e na Universidade de Coimbra, domina muito bem a língua portuguesa e foi orientado por *Christian Baldus*, da Universidade de Heidelberg (*Universität Heidelberg*), é certo que ele tinha condições de realizar uma ampla e profunda pesquisa sobre o assunto. Recentemente foi publicada uma resenha positiva do ponto de vista alemão.<sup>3</sup> A análise que segue será feita da perspectiva de um jurista brasileiro. O texto é dividido em duas partes: primeiro far-se-á um resumo dos principais pontos da obra (II), para em seguida proceder a sua apreciação (III).

## II. CONTEÚDO

A obra se divide em seis partes: uma sobre a delimitação do tema e do critério de direito comparado (§ 1), uma sobre a história como fundamento para uma consideração genética (capítulo 1, §§ 2-8), uma sobre a constituição e o sistema como fundamento para considerações funcionais e pós-modernas (capítulo 2, §§ 9-11), uma sobre a aplicação e interpretação do direito em Portugal (capítulo 3, §§ 12-16), uma sobre a aplicação e interpretação de direito no Brasil (capítulo 4, §§ 17-21), e uma sobre os resultados e as conclusões da pesquisa (§§ 22-26). Os capítulos 1 e 2 podem ser vistos como uma espécie de “parte geral” em relação aos capítulos 3 e 4, em que os conceitos ali desenvolvidos são aplicados.

1. Objeto do livro é o que se entende por metodologia (*Methodenlehre*) no sentido empregado nos países de língua alemã, ou seja, de aplicação (*Anwendung*) e interpretação (*Auslegung*) de direito. Sob essa perspectiva, o termo “aplicação” deve ser compreendido em sentido amplo, porquanto ele abrange não apenas a interpretação da lei nos limites de sua literalidade (*Wortlautgrenze*), mas também o processo de analogia e o uso de outras fontes de direito além da lei. Essa amplitude do tema, à primeira vista espantosa, explica-se, segundo o A., pela função da metodologia no sentido da língua alemã, que consiste em estabelecer um balanço entre segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) e justiça no caso concreto (*Eizelfallgerechti-*

---

2. Benjamin Herzog, Intercâmbio de graduação 2005/06. In: C. Lima Marques/C. Beniche/A. Jaeger Jr. (org.). *Diálogo entre o direito brasileiro e o direito alemão – Fundamentos, métodos e desafios do ensino em tempos de cooperação internacional*. Porto Alegre: Orquestra, 2011. p. 166 e ss.

3. Carl Friedrich Nordmeier. Rezension zu: Herzog, Benjamin: *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien*. *RabelsZ* 79 (2015). p. 678 e ss.

---

MEDINA, Francisco Sabadin. *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 Jherin, de Benjamin Herzog*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

gkeit). Esses dois polos encontram-se em uma constante relação de tensão, que pode ser equacionada por três concepções de realização complementares entre si. Primeiro, a teoria das fontes, em que o intérprete recorre a uma fonte subsidiária sempre que a fonte primária não fornece uma resposta direta para um caso. Seu maior problema consiste em determinar como as diferentes fontes se relacionam entre si. Segundo, a interpretação lastreada na norma (*normgebundene Auslegung*), em que “norma” significa os artigos de lei capazes de subsunção e cujo ponto principal se encontra na interpretação, e não na aplicação de direito. Aqui são nomeados quatro componentes da aplicação de direito que permeiam todo o trabalho: o objetivo da interpretação (se a vontade do legislador deve ser vinculante), os elementos da interpretação (os meios empregados pelo intérprete para compreender a lei), o limite da interpretação (até que ponto a interpretação da lei é permitida, limite que se encontra, na concepção alemã, na literalidade da lei; o direito criado que não encontra correspondência na lei é denominado “desenvolvimento de direito”, “Rechtsfortbildung”) e a analogia. Terceiro, o sistema interno (*inneres System*), caracterizado por uma casuística que, sensível a valores, é estruturada apenas quanto ao conteúdo e é aberta a discussões (p. 5-13). Segundo o A., enquanto na Alemanha preponderaria a segunda concepção, no Brasil e em Portugal a terceira desempenharia um papel mais importante (p. 6).

Quanto ao método de direito comparado, o A. opta não por um, mas pela combinação de dois, nomeadamente o funcional e o pós-moderno. A perspectiva funcional tem o objetivo de identificar os pontos de contato entre os ordenamentos jurídicos, que devem ser encontrados na função exercida por um instituto jurídico, ou seja, quais soluções ele oferece tendo em vista um problema concreto. A perspectiva pós-moderna serve, por sua vez, para identificar os pontos de divergência, que, no caso da aplicação e interpretação da lei, reside, segundo o A., nas diferentes concepções de realização do direito. O critério de comparação (*tertium comparationis*) é a construção de problemas universais. Em vista desses instrumentos, o A. ainda se propõe a responder duas outras questões. Primeiro, se concepções jurídicas de um ordenamento jurídico poderiam ser transpostas para outro, ou seja, se o conceito “legal transplant” é, em vista das experiências de Brasil e Portugal, útil. Essa possibilidade de transplantação é chamada de “perspectiva genética”. O A. não segue nem a tese de *Alan Watson*, de que a recepção ocorreria sem problemas por forma de “empréstimo” (“borrowing”), nem a tese de *Pierre Legrand*, de que uma transplantação não seria possível, porquanto o direito apenas refletiria forças externas. Para o A., as duas concepções podem induzir a erro, sendo mais adequado concentrar-se nos problemas que podem surgir por meio da recepção de regras de outros ordenamentos (p. 27). Segundo, o A. pretende com sua pesquisa tirar conclusões sobre a teoria dos círculos jurídicos (*Rechtskreislehre*), ou seja, sobre a existência de uma família jurídica lusitana, no que diz res-

peito à teoria das fontes jurídicas e à abertura para recepção de ideias de outras culturas jurídicas (p. 28-39).

2. O capítulo 1 é dividido em dois subcapítulos, um denominado “De Savigny à entrada em vigor do BGB – Época do positivismo?”, e outro “De Jhering à ciência jurídica dos interesses (*Interessenjurisprudenz*) – Movimentos contrários ao fantasma do positivismo”.

O primeiro subcapítulo tem por objetivo delimitar o que foi objeto de recepção pelos direitos brasileiro e portugueses, o que abrange tanto um componente positivo (como a aplicação e a interpretação de direito no sentido de Friedrich Carl von Savigny) quanto negativo (como a imagem negativa do positivismo). Ele é dividido em três partes. Na primeira (§ 2), o A. aborda o positivismo científico (*wissenschaftlicher Positivismus*) como a possibilidade de que proposições jurídicas e seu uso fossem derivados exclusivamente do sistema, de conceitos jurídicos e de teses da ciência jurídica, a influência de *Immanuel Kant* em *Savigny*, a aplicação e a interpretação em *Savigny*, e em outros dois representantes do “positivismo científico”, *Georg Friedrich Puchta* e *Heinrich Dernburg*. Com muita elegância e profundidade teórica, o A. alerta que o “positivismo científico”, tal como desenhado por *Franz Wieacker*, em verdade nunca existiu, que ele tira sua força da carga emocional de sua negação, que ele é alegado pelo intérprete como mero recurso retórico para impor sua própria opinião em desrespeito da lei e que é inadequado falar de um dogma da falta de lacunas na lei na doutrina do século XIX (p. 105-108). Em seguida (§ 3), o A. volta-se para o positivismo legal (*Gesetzespositivismus*), que, tal como o positivismo científico, também é atualmente contestado, sendo certo que ele não existiu nem no século XIX, nem nos primeiros anos de vigência do BGB, e que hoje a dicotomia “positivismo = ruim” vs. “antipositivismo = bom” revelou-se inadequada (p. 119-120). Na terceira parte (§ 4), o A. aborda brevemente a evolução da metodologia na França no século XIX. Aqui são elucidados os arts. 4.º e 5.º do Code civil, bem como a “Ecole de l'exégèse”, que, ao contrário do que normalmente se afirma, não foi tão exegética assim (p. 134).

O segundo subcapítulo é dedicado às correntes que surgiram como reação ao fantasma do positivismo, nomeadamente a teoria do direito livre (*Freiheitslehre*) e a jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*). Ponto de partida para essas correntes foi, segundo o A., a introdução do pensamento da finalidade (*Zweck*) no direito por *Rudolf von Jhering* (§ 5), que, tendo rompido com a pandectística mais antiga, promoveu uma alteração do conceito de direito subjetivo, o qual não se orientaria mais na vontade, mas em interesses juridicamente protegidos. As consequências para a aplicação e interpretação do direito teriam sido o emprego da finalidade como elemento e objetivo da interpretação, e o aumento da discussão de questões jurídico-políticas no preenchimento de lacunas. A teoria do direito livre (§ 6), cuja ênfase está na atuação do juiz como criador de direito, tem, para o A.,

duas consequências para aplicação do direito: (i) a negação do dogma da inexistência de lacunas e (ii) a negação do procedimento de preenchimento de lacunas, porquanto o juiz não utilizaria, para tanto, a lei, mas tomaria, em verdade, decisões valorativas. Em seguida, o A. trata da jurisprudência dos interesses (§ 7), que remonta ao jurista *Philipp Heck* e que se fundamenta na asserção de que o relevante por detrás das normas e conceitos seriam os conflitos de interesses, os quais deveriam ser trazidos para primeiro plano. As consequências desse entendimento seriam a negação do limite da literalidade (*Wortlautgrenze*) e o reconhecimento de que a lei é lacunosa. Por fim, o A. faz um breve excursus na “libre recherche scientifique” (§ 8), que, fundada por *François Gény*, baseou-se na negação da “metodologia tradicional” e foi precursora dos métodos “objetivo-actualista”, “histórico-evolutivo” e da “interpretação progressista”. Especialmente interessante nessa parte é que a crítica de *Gény* ao direito alemão da época como uma “unidade (*Geschlossenheit*) lógica do direito” não apenas é incorreta, porque o direito alemão daquele período ainda vivia no *ius commune*, como também se baseou em erros de interpretação de *Erich Jung* e de *Karl Bergbohm* (p. 162-163).

3. O capítulo 2, intitulado “Constituição e sistema como fundamentos para considerações funcionais e pós-modernas” é constituído de três partes, uma sobre as asserções constitucionais (*verfassungsrechtliche Vorgaben*, § 9), uma sobre o sistema interno (*inneres System*, § 10) e uma sobre outras questões principiológicas (*Grundsatzfragen*, § 10).

A parte sobre as asserções constitucionais (§ 9) é justificada, segundo o A., pelo fato de a Constituição determinar em maior ou menor medida o balanço entre segurança jurídica e justiça no caso concreto. Para tanto, o A. analisa a separação de poderes, a vinculação do juiz à lei, o mandamento de tratamento igual (*Gleichheitsgebot*), a proibição de arbitrariedade (*Willkürverbot*), o uso do argumento da violação do princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*) pelo Tribunal Constitucional Alemão (*BVerG*) e a existência de uma constituição econômica (*Wirtschaftsverfassung*) no direito alemão. Segundo o A., um breve tratamento do último ponto (constituição econômica) é necessário, porque no Brasil a Constituição parece conter asserções materiais (*materielle Vorgaben*) para a metodologia jurídica. No direito alemão, porém, teorias sobre a constituição econômica desempenham, no entender no A., apenas um papel reduzido na aplicação e na interpretação da lei. No que tange ao direito privado alemão, o A. afirma que a constituição econômica não seria outra coisa senão o próprio BGB e faz, em nota de rodapé, interessante referência a *Christian Baldus*, que discute o “direito privado como requisito da constituição” (p. 190 e nt. 94). Com isso, o A. deixa entrever que, ao contrário do que hoje em dia ao menos aparentemente ocorre no Brasil, na Alemanha reconhece-se que há uma autonomia do direito civil em face do direito constitucional e que essas áreas do direito operam em uma relação de coordenação e de complementaridade.

Em seguida, o A. passa a tratar da concepção de “sistema interno”, que é entendido como uma casuística estruturada com conteúdo, sensível a valores e aberta a discussões. Tendo em vista a influência exercida no Brasil e em Portugal, o A. examina a ideia de sistema interno nas obras de *Philipp Heck*, *Karl Larenz* e *Claus-Wilhelm Canaris*. Especialmente interessante para o leitor brasileiro é a forma como o A. trata a concepção sistemática de *Canaris*. Baseada nos postulados da unidade (*Einheit*) e lógica (*Folgerichtigkeit*) valorativa, ela tem como premissa o pensamento teleológico (*teleologisches Denken*), que, sendo o pressuposto para o pensamento jurídico em si, é a condição para a satisfação do mandamento da justiça (*Gerechtigkeitsgebot*). No entender de *Canaris*, o suporte da teleologia residiria nos princípios jurídicos, que – ressalte-se – *nunca* poderiam ser utilizados isoladamente para resolver um caso concreto, mas apenas a *confrontação deles* poderia fornecer um resultado (p. 218-222). A adequação do ordenamento jurídico às mudanças da sociedade ocorreria, por sua vez, por meio do reconhecimento de novos princípios, o que é descrito como “abertura” (*Offenheit*) do sistema interno (p. 222-226). Digno de nota é o entendimento do A. de que a ideia de “sistema aberto” não é nova no direito, mas antes uma continuidade do que *Savigny* almejava obter com o conceito de “relação jurídica” (p. 226-227).

Na última parte do capítulo 2, o A. trata de três complexos temáticos de menor importância para sua pesquisa, nomeadamente da hermenêutica e pré-entendimento, da tópica e da tendência de operar fortemente com base em axiomas (*Grundsätze*) e princípios (*Prinzipien*) jurídicos. Sobre a questão do pré-entendimento, o A. afirma que, embora sua existência seja inegável, sua importância também não pode ser superestimada a ponto de negar uma interpretação orientada na norma (ou seja, na lei). A tópica é analisada de forma crítica, devendo ser, ao menos em regra, rejeitada. Na parte sobre axiomas e princípios jurídicos, o A. indica que a distinção entre princípio e regra de *Ronald Dworkin* não se confunde com a aquela entre princípio e regra no sentido de *Robert Alexy*, assim como “princípio” tem uma função nesses autores completamente diversa da que assume na obra de *Canaris*, o que tem potencial de causar enorme confusão (p. 241-243). Além disso, as teorias de *Dworkin* e de *Alexy* partem, segundo o A., da negação do positivismo, o que seria no mínimo equivocado, visto que nem *Savigny* nem *Heck* podem ser taxados de positivistas. Por fim, o A. vê a teoria dos princípios com certa reserva, pois, de um lado, também a metodologia tradicional *nunca* teria deixado de se perguntar se o direito legislado e sua aplicação levariam em conta a justiça e a igualdade e, de outro lado, os princípios podem ser muito bem utilizados pelo intérprete como instrumento retórico para impor suas próprias convicções (p. 245-248).

4. O capítulo 3 trata da aplicação e interpretação de direito em Portugal e é dividido em dois subcapítulos, o primeiro dedicado à história e ao desenvolvimento

---

MEDINA, Francisco Sabadin. 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 Jherin, de Benjamin Herzog. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

das normas de metodologia (§§ 12-13), e o segundo à análise de sistema e Constituição em uma visão funcional e pós-moderna (§§ 14-16).

O desenvolvimento histórico da aplicação e interpretação de direito em Portugal entre o século XVI e o CCport/1966 (§ 12) é dividido pelo A. em quatro fases: (i) a “Época das Ordenações”, (ii) a influência iluminista e o absolutismo esclarecido de Marquês de Pombal, (iii) o entendimento da doutrina logo após a codificação de direito civil de 1867 e (iv) a influência da pandectística alemã. A “Época das Ordenações” teria sido caracterizada pela concepção de realização em torno das fontes do direito, porquanto a questão fundamental seria responder qual norma seria aplicável no caso concreto. Foi o período de ascensão da *communis opinio doctorum* e de abuso do direito romano que, embora fosse fonte de direito subsidiária, era muitas vezes utilizada contra disposição expressa das Ordenações. O período de Marquês de Pombal foi marcado pela edição da Lei da Boa Razão (1769), que promoveu grande mudança nas regras de aplicação e interpretação do direito ao estabelecer que a partir de então o direito subsidiário somente deveria ser utilizado, se ele estivesse de acordo com a “boa razão” (§ 9 da Lei da Boa Razão). Essa medida teve duas consequências, nomeadamente que as regras do *Corpus Iuris Civilis* somente deveriam ser usadas quando suportadas pela “boa razão” e que o direito internacional e das gentes se tornasse fonte subsidiária. Para o A., isso significa que o direito português até 1867 e o direito brasileiro até 1917 poderiam ser censurados por qualquer outra coisa, mas não por serem exegéticos e positivistas (p. 272). Nas duas fases seguintes, o A. trata do entendimento da literatura sobre os arts. 9, 11 e 16 do CCPort/1867, em que a teoria de Savigny sobre aplicação e interpretação foi pela primeira vez recepcionada em Portugal, e da influência da pandectística sobre alguns autores no início do século XX, destacando-se *Guilherme Alves Moreira* e *Manuel de Andrade*.

No parágrafo seguinte (§ 13), o A. volta-se para a metodologia da aplicação e interpretação do direito a partir do CCPort/1966. Nessa parte, o A. explica que a existência de artigos em lei sobre a aplicação e interpretação da lei faz parte da tradição portuguesa (o direito alemão, por exemplo, não conhece dispositivos semelhantes, p. 370, nt. 546) e que o problema desse tipo de norma consiste no fato de também ela ter de ser interpretada, levando a um círculo vicioso (p. 368-371). Em seguida, os entendimentos da doutrina sobre os arts. 9 e 10 CCPort/1966 são minuciosamente estudados. Aqui o A. identifica a tendência da doutrina portuguesa de conferir maior valor para os princípios gerais de direito, sendo que alguns autores, como *Antônio Menezes Cordeiro*, entendem que sua aplicação não se reduziria ao preenchimento de lacunas, mas eles teriam um significado maior no sistema (p. 426).

O segundo subcapítulo é dedicado ao sistema e à Constituição no direito português vigente. Logo no início (§ 14), o A. relata que um dos principais argumentos para a aprovação do CCPort/1966 foi que o CCPort/1867 se baseava fundamental-

mente em uma concepção individualista de direito, que, por sua vez, não seria compatível com a “tendência social do direito privado moderno”. O A. prova, de maneira convincente, que esse argumento é mera retórica, pois, de um lado, a “liberdade sem limites” do século XIX não passa de um mito, e, de outro, as afirmações de que o princípio da boa-fé e a equidade teriam uma “acentuação social” não tiveram nenhum efeito concreto sobre a aplicação e a interpretação de direito (p. 431-433). Em seguida, o A. passa à análise do sistema interno (§ 15), ocupando-se com três pontos: a recepção da ideia de “relação jurídica”, das concepções de sistema interno e externo, e do significado de “princípios fundamentais de direito”. A ideia de “relação jurídica” tem origem na “Rechtsverhältnis” de Savigny e adquiriu o status de teoria fundamental em Portugal, mas ainda assim foi sujeita a críticas, por exemplo de *Menezes Cordeiro*. Mais interessante é a recepção das concepções de tipo (*Typus*) e de sistema interno no direito português. Aqui o A. analisa a tradução de *Menezes Cordeiro* da obra de *Canaris* e especialmente sua introdução, afirmando que o debate alemão sobre sistema interno e princípios é de fato mencionado, mas apenas com a finalidade de fundamentar uma nova forma de aplicação de direito que não mais separa claramente a subsunção do suporte fático concreto. A aproximação entre a ideia de “realização do direito” no sentido de *Menezes Cordeiro* e a teoria de *Canaris* é, segundo o A., equivocada, porquanto o foco deste autor encontra-se na “lógica formal do valor” (“formale Folgerichtigkeit des Wertens”), e não em uma “correção material” (“materielle Richtigkeit”). Na visão do A., há possivelmente aqui um caso de manipulação da recepção, pois *Menezes Cordeiro* sugere que autores internacionais sustentam a mesma opinião que ele quis introduzir no país que recebe, no caso Portugal (p. 468-469 e nt. 1010). Essa impressão é confirmada no próprio título da tradução, pois ela omite o subtítulo “desenvolvido tendo em vista o direito privado alemão” (“Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts”) (p. 741). Na parte sobre os “princípios fundamentais de direito civil” e no parágrafo seguinte, sobre a Constituição de 1976, o A. busca a origem da “constitucionalização do direito civil” em Portugal, cujas consequências seriam perigosas por esvaziar o direito civil (p. 490).

5. No capítulo 4, o A. se dispõe a analisar a aplicação e interpretação de direito no Brasil. Ele é dividido em dois subcapítulos, um sobre a história e o desenvolvimento das normas de metodologia de direito civil (§§ 17-18) e outro sobre Constituição e sistema (§§ 19-21).<sup>4</sup>

---

4. Para um resumo de alguns pontos, ver Benjamin Herzog. A interpretação e a aplicação do direito na Alemanha e no Brasil: uma análise do ponto de vista da teoria do direito comparado funcional, da teoria do direito comparado pós-moderno e da teoria do legal transplants. In: Stefan Grundmann/Gilmar Mendes/Claudia Lima Marques/Christian Baldus/Manuel Malheiros (org.). *Direito privado, Constituição e fronteiras*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 165 e ss.

---

MEDINA, Francisco Sabadin. 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 Jherin, de Benjamin Herzog. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.



O primeiro subcapítulo é composto por dois grandes blocos, cujo marco divisório foi a entrada em vigor da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942. O primeiro bloco (§ 17) é dividido em dois períodos, delimitados pela aprovação da Introdução ao CC/1916. Segundo o A., a aplicação e a interpretação de direito no Brasil entre 1822 e 1916 nas obras dos principais civilistas da época (*Lourenço Trigo de Loureiro, Francisco de Paula Baptista, Joaquim Ignacio Ramalho e Antonio Joaquim Ribas*) caracterizaram-se por uma mistura entre a tradição lusitana e pandectística, pela leitura crítica da obra de *Savigny* e pela pouca atenção dedicada pela doutrina à Lei da Boa Razão e à teoria das fontes jurídicas (p. 528). Essa tendência de mistura de influências subsistiu no período seguinte, ao que se somou a “libre recherche scientifique” francesa. A Introdução ao Código Civil de 1916 sofreu influências tanto do direito alemão quanto do direito francês. Muito interessantes são as consequências de erros de tradução. O termo “silêncio” do art. 5.º dessa lei teve como fonte a tradução francesa da obra de *Savigny*, que, no entanto, não falava exatamente de “silence”, mas de “expressão indeterminada” (*unbestimmter Ausdruck*), o que é muito diferente (p. 550-551). A mesma dificuldade com tradução aparece com o termo “Vieldeutigkeit”, que *Paulo de Lacerda* traduz por “ambiguidade”, o qual, na opinião do A., não tem o mesmo significado (p. 552). Especial atenção é dada à obra “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*” (1924), de *Carlos Maximiliano*, que foi provavelmente o primeiro autor nacional a associar o termo “princípios gerais de direito” ao direito público e ao “espírito da Constituição” (p. 587, 589). Segundo o A., a influência de *Maximiliano* teve duas consequências negativas para o direito brasileiro, nomeadamente (i) a politização da interpretação, o que significou não apenas um distanciamento da tradição pandectista, mas também um enfraquecimento da aplicação e da interpretação de direito no Brasil, e (ii) o agrupamento de autores em uma “escola tradicional” e em uma “escola moderna”, o que levou a certa confusão, pois, por exemplo, tanto representantes da escola de exegese francesa quanto da escola histórica alemã são atribuídos à “escola tradicional”. Essa concepção de “escola tradicional” foi ainda inadequadamente associada à figura do positivismo e utilizada como argumento retórico para afastar opiniões contrárias, cujos representantes eram estigmatizados como pertencentes a uma “época passada” (p. 589-593).

O segundo bloco, sobre o direito vigente, concentra-se em uma minuciosa análise dos arts. 4.º e 5.º da LINDB. Sobre os “princípios gerais de direito” do art. 4.º, o A. constata que existe atualmente na doutrina brasileira uma tendência a deslocar a discussão sobre aplicação e interpretação de direito para o debate entre regras e princípios (no sentido de *Dworkin*), o que tem por consequência colocar o debate sobre as fontes jurídicas em primeiro plano e negligenciar o processo de fechamento de lacunas (p. 603). O atual entendimento dos princípios gerais de direito seria, segundo o A., marcado por uma abertura para a política, por uma concretização do intérprete como se ele fosse legislador e por uma desvinculação da necessidade da

existência de uma lacuna (Miguel Reale) (p. 523-526). Quanto ao art. 5.º, o A. reconhece que ele praticamente não tem relevância prática (p. 646), mas faz duas observações dignas de nota. Primeiro, que a abertura do direito à moral, dando ao intérprete ampla liberdade para julgar conforme os “fins sociais” e o “bem comum”, é perigosa, pois ela pode levar a uma reviravolta na interpretação da lei que na experiência dos países de língua alemã resultou em degeneração (*Entartung*) do direito (p. 630). O A. se refere aqui aos perigos da “interpretação sem limites” do direito na Alemanha durante o Nazismo.<sup>5</sup> Segundo, ao discutir o papel do juiz, o A. coloca em dúvida se a teoria pós-moderna sobre o direito internacional privado (e, conseqüentemente, o chamado diálogo das fontes, “dialogue des sources”) poderia ser simplesmente transportada para o direito interno brasileiro. De um lado, é duvidoso se o Brasil realmente é um Estado Pós-Moderno, visto que a condição do Brasil é muito diferente da dos países europeus. De outro lado, a discussão não pode ser trivializada com a simples referência à “Pós-Modernidade” (p. 637-638).

O segundo subcapítulo trata do tema “Constituição e sistema” e focaliza em três aspectos. Primeiro (§ 19), o A. aponta os motivos indicados pela doutrina brasileira para a substituição do Código Civil de 1916 pelo Código Civil de 2002, nomeadamente (i) o fato de ele ser um fruto do liberalismo do século XIX, (ii) a expansão da ideia de decodificação tal como sustentada por *Natalino Irti* e (iii) a negação da ciência jurídica alemã como modelo para o direito brasileiro, porquanto a realidade brasileira seria diversa. Tudo isso teria contribuído para que o rendimento do CC/1916 tenha ficado aquém de suas expectativas. Segundo (§ 20), o A. se dispõe a compreender o “espírito” que norteou a promulgação da Constituição Federal de 1988 (“espírito de 1988”), que teria se refletido na aplicação e na interpretação de direito por meio da recepção da teoria da força normativa da Constituição por influência do constitucionalista *José Joaquim Gomes Canotilho*, da dissertação de *Luís Roberto Barroso* (*A força normativa da Constituição: elementos para a efetividade das normas constitucionais*, de 1987)<sup>6</sup> e da tradução da obra de *Konrad Hesse*, “Die normative Kraft der Verfassung” (1959) para o espanhol em 1983 (*Derecho constitucional e derecho privado*) e para o português em 1991 (“A força normativa da Constituição”). Como muito bem demonstra o A., essa recepção não ocorreu sem alguma modificação. Enquanto para *Hesse* a força normativa da Constituição significava apenas e tão somente que ela poderia *impor tarefas* ao legislador, de forma que seria necessária uma vontade para que fosse dada força normativa à Constituição, no

5. A respeito, Bernd Rüthers. *Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. 7. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

6. Ver recente contribuição do mesmo autor em: Major Transformations in Contemporary Law and the Teachings of Robert Alexy. *Panorama of Brazilian Law* 3. n. 4-5 (2015). p. 107 e ss.

MEDINA, Francisco Sabadin. 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 Jherin, de Benjamin Herzog. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

Brasil a força normativa da Constituição foi entendida como um instrumento que o intérprete teria para suprir o desenvolvimento defeituoso do direito por meio da aplicação da Constituição (p. 664-670). Houve, portanto, uma alteração do significado de “força normativa da Constituição” no processo de recepção, o que foi favorecido por erros de tradução, em especial da palavra “Gebot” (que poderia ser traduzida, segundo o A., como “ordem”, “ordenação” ou “imperativo”) por “princípio”. Nesse erro o A. vê um potencial de manipulação, pois o uso do vocábulo “princípio” sugere que “Gebot”, no sentido empregado por *Walther Burckhardt*, seria semelhante ao que se entende por “princípio” no Brasil (p. 666-667).

Terceiro (§ 21), o A. volta-se para a relação entre sistema interno e princípios constitucionais. Ponto de partida é a recepção dos pensamentos de *Karl Larenz* e de *Claus-Wilhelm Canaris*, cujas obras foram em muitos aspectos mal compreendidas. No caso de *Canaris*, o significado de “princípio jurídico” não teria sido corretamente entendido e a ideia “sistema” teria sido inadequadamente ampliada para abranger a Constituição e os direitos fundamentais, enquanto para *Canaris* sistema se restringe ao direito civil e a Constituição não tem uma função sistematizadora (p. 675-676). O A. dá especial atenção para a tentativa da doutrina brasileira de conciliar o pensamento axiomático e o pensamento tópico em um “novo pensamento sistemático” ou “pensamento tópico sistemático” quando, em verdade, os pontos de partida dessas teorias são inconciliáveis (p. 679-682). Em seguida, o A. ocupa-se com o significado dos princípios para a aplicação e interpretação de direito. Aqui o A. aponta com muita propriedade que o significado de “princípio” é tudo menos uniforme no direito brasileiro e passa em seguida a analisar a influência dos princípios constitucionais sobre o direito civil. Embora os representantes dessa tendência a denominem de “moderna dogmática jurídica”, “pós-positivista” ou “principlalista”, o A. destaca que falta uma investigação empírica sobre a influência dos princípios constitucionais no direito civil (p. 690) e que não é nada claro quais são os princípios que decorreriam da constituição econômica brasileira (p. 695). O A. entende que esse uso dos princípios constitucionais é mera retórica (p. 696, 733)<sup>7</sup> e demonstra espanto ao constatar que alguns autores brasileiros chegaram mesmo ao absurdo de sustentar uma cláusula geral nos direitos reais (p. 699). No fim do capítulo, o A. faz uma breve menção às vozes contrárias à constitucionalização do direito civil, em especial à ideia de constitucionalização simbólica de *Marcelo Neves* (p. 713-716).

7. Em recente contribuição, o A. afirma, com razão, que “no Brasil [...] o pensamento teleológico é bastante divulgado. Autores usam o elemento teleológico para aplicar ideias ilegais, fazendo, por conseguinte, que a lei seja aplicada na contramão de fontes como, por exemplo, a própria Constituição para dar espaço a ‘visões de um melhor futuro’.” – Cf. A interpretação cit. (nota 4 supra), p. 175.

6. Após essa detalhada análise dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, o A. chega às seguintes conclusões. O pensamento jurídico balizado no objetivo (*Zweck*) e nos valores (*Werte*) é perigoso, porque, embora ele crie a aparência de ser objetivo, na verdade ele tem um enorme potencial de disfarce (*Verschleierungspotential*) e, no mais das vezes, pode servir para ocultar convicções pessoais do julgador. Em vista da experiência do nacional-socialismo na Alemanha, ele deveria ser evitado. Na opinião do A., a aplicação e a interpretação de direito devem se concentrar em considerações sistemáticas e históricas, e a tarefa do aplicador do direito consiste em desemaranhar o complexo de regras e procurar soluções dentro do sistema (§ 22). A aplicação e a interpretação de direito em Portugal seriam marcadas pela ideia de “relação jurídica” como elemento estruturante do sistema interno, enquanto no Brasil a ênfase nos princípios constitucionais significaria um distanciamento da tradição europeia (§ 23). Sob a perspectiva pós-moderna, o A. volta a enfatizar que as alegações de um “caráter transformador” das normas constitucionais e do direito como “agente de transformação social” são mera retórica e coloca em dúvida se uma materialização do direito seria desejável, tendo em vista os perigos do argumento do objetivo (§ 24, p. 733 s., 736). Do ponto de vista genético, o A. chama a atenção para os perigos da recepção, nomeadamente de má interpretação do conteúdo e do contexto da obra recepcionada, de menção de autores estrangeiros como argumento de autoridade (o que, no Brasil, acentuaria o complexo de inferioridade), de estigmatização de determinadas teorias sem uma análise pormenorizada (como o positivismo, a escola de exegese e a jurisprudência dos conceitos), de potencial de manipulação (como na tradução da obra de *Canaris*), de confusão por meio de tradução (por exemplo, de “*unbestimmter Ausdruck*” por “silêncio”) e de entrelaçamento de diferentes teorias (como no caso dos princípios) (§ 25). Por fim, o A. reconhece a existência de uma família lusitana, pois tanto no Brasil como em Portugal a Constituição seria importante para a aplicação e interpretação de direito (§ 26, p. 747).<sup>8</sup>

No epílogo, o A. posiciona-se no sentido de que a Europa não precisaria nem da diferença entre interpretação e desenvolvimento do direito (*Rechtsfortbildung*), nem do “elemento teleológico” (“*teleologisches Element*”) da interpretação, pois este último mais disfarça do que ajuda e há uma grande insegurança sobre como o objetivo (*Ziel*) deve ser determinado. A fim de manter a separação de poderes entre Legislativo e Judiciário e proteger a segurança jurídica, o mais adequado seria confiar no “pensamento” (“*Gedanken*”) da lei, que se revela por meio de argumentos sistemáticos e históricos. Os instrumentos para tanto deveriam ser a relação jurídica (*Rechtsverhältnis*) e o instituto jurídico (*Rechtsinstitut*), e não os princípios, pois

8. Sobre a família jurídica lusitana, ver António Menezes Cordeiro. O sistema lusófono de direito. *Ordem dos Advogados* 70 (2010). p. 17 ss.

MEDINA, Francisco Sabadin. 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 Jherin, de Benjamin Herzog. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

os últimos recorrem apenas aparentemente a valores e mais prejudicam do que garantem a separação de poderes (p. 749-750). Exatamente o que significa abandonar o “elemento teleológico” e como tal abandono poderia ser efetivado na prática, não fica claro no texto. Por fim, o A. destaca que a aplicação e a interpretação de direito não podem eliminar toda e qualquer injustiça e que somente deveria ser exigido delas o que elas realmente podem oferecer (p. 750).

### III. APRECIÇÃO

1. A extensão da obra revela que ela é fruto de um trabalho paciente desenvolvido ao longo de muitos anos. Os três objetivos fixados pelo A. no início de seu trabalho (averiguar a concepção de realização de direito no Brasil e em Portugal, a possibilidade de transplantação jurídica e a existência de uma família jurídica lusitana) foram observados ao longo do trabalho e respondidos objetivamente no final. Nesse percurso, diversos pontos e aspectos levantados pelo A. são, sem sombra de dúvida, de grande valia para o jurista brasileiro. O simples reconhecimento de que os argumentos do positivismo e da “liberdade sem limites” do século XIX carecem de qualquer fundamento teórico e que outras ideias tidas como certas no Brasil, como a existência de uma “escola de exegese” na França e o senso comum de que o direito alemão seria “hermético” e “formalista”, poderiam promover uma verdadeira revolução no atual debate nacional. Estritamente associado com esse pavor e, pode-se dizer, ojeriza da maioria dos juristas brasileiros a tudo que possa ser visto como “positivista” e “apego à lei” está o direito civil-constitucional. Uma vez espantado o fantasma do positivismo e desfeitos os estigmas sobre supostos “malefícios do liberalismo” do século XIX, os pressupostos da constitucionalização do direito civil caem automaticamente por terra e sua arbitrariedade torna-se evidente. A minuciosa prova de que todo esse *débâcle* por que passou o direito civil brasileiro nos últimos anos tenha-se dado por erros de interpretação e de tradução de obras-chaves, especialmente as de *Larenz*, *Canaris* e *Hesse*, é certamente o maior serviço prestado pelo A. para o direito brasileiro.<sup>9</sup> A isso se somam as perfeitas constatações de que regras e concepções de um sistema jurídico dificilmente podem ser transplantadas em outro ordenamento sem sofrerem transformações no caminho e de que a utilização do elemento teleológico tal como tem sido feito do Brasil é extremamente perigosa para Democracia e para o Estado de Direito, por colocar em xeque a divisão de poderes.

2. Não obstante, uma análise mais apurada sobre a estrutura e alguns fundamentos da obra dá ensejo a algumas reflexões. No início de seu livro, o A. define

9. No caso de Konrad Hesse, ver especialmente a obra *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 1988, em que ele defende a autonomia entre direito civil e direito constitucional.

desde logo sua pesquisa como um estudo teórico, ou seja, que abrange apenas e tão somente a doutrina, deixando-se de lado a prática, entendendo-se como tal a jurisprudência (p. 15). Objeto do estudo seria, portanto, a forma como a doutrina de direito civil comporta-se quanto à aplicação e interpretação de direito. No entanto, ao analisar em pormenores as obras portuguesas e brasileiras sobre o assunto, o A. deixa transparecer que na verdade seu estudo restringe-se a identificar como os *dispositivos* dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português sobre aplicação e interpretação da *lei* (negócios jurídicos não entram) são interpretados pela doutrina desses países. Que essa foi a perspectiva do A. fica claro na paráfrase das interpretações ao § 9.º da Lei da Boa Razão, aos arts. 9, 11 e 16 CCPort/1867, aos arts. 9 e 10 CCPort/1966, aos arts. 5.º e 7.º da Introdução ao CC/1916 e aos arts. 4.º e 5.º LINDB. Em contrapartida, as obras alemãs que foram recepcionadas não tiveram dispositivos de lei como referência, mas a própria aplicação da lei pela doutrina e pelos tribunais alemães de sua época. Ao analisar os direitos brasileiro e português, o A. partiu do pressuposto implícito de que a interpretação das doutrinas dos dispositivos sobre aplicação e interpretação da lei corresponde necessariamente ao que essas doutrinas realizam ao trabalhar com os artigos, por exemplo, do Código Civil. Essa assunção é justa e natural em um país como a Alemanha, em que as formulações teóricas sobre aplicação e interpretação do direito são resultado de reflexões sobre uma realidade ali desenvolvida. É duvidoso, porém, se a doutrina e a prática de países como o Brasil, que, como devidamente provado pelo A., recepcionou teorias com tantos filtros e mal-entendidos, teriam compreendido que um instrumento jurídico como a analogia não é mera teoria, mas serve acima de tudo para auxiliar o jurista a extrair soluções da lei.

3. A primeira característica que salta aos olhos de qualquer jurista estrangeiro ao começar a estudar o direito brasileiro é a abundante citação da literatura e da legislação estrangeiras pela doutrina e jurisprudência brasileiras.<sup>10</sup> Essa peculiaridade, reconhecida de passagem pelo A. como uma abertura do direito brasileiro (por exemplo, à p. 672), é reflexo de dois fenômenos estritamente associados, nomeadamente do “bartolismo” e do “direito comum atual”. Ambos os termos foram pri-

---

10. Vejam-se, por exemplo, os relatos de Túlio Ascarelli. *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano. Il Foro Italiano* 70. Parte Quarta (1947). p. 97 ss. (98 s.), e de René David em *Le droit brésilien jusqu'en 1950*. In: Arnoldo Wald/Camille Jauffret-Spinozi (org.), *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 25 e ss. (111, 137, 143 s.) e em *Traité élémentaire de droit civil comparé – Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. p. 243. Ver também Jan Kleinheisterkamp, *Development of Comparative Law in Latin America*. In: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (org.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University, 2006. p. 261 e ss. (295 ss.).

---

MEDINA, Francisco Sabadin. *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 Jherin*, de Benjamin Herzog. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

meiramente empregados por Clóvis do Couto e Silva para designar o método brasileiro de examinar a doutrina de outros países (especialmente da Alemanha, França, Itália e Portugal) com o objetivo de estabelecer uma melhor definição do próprio objeto de análise.<sup>11</sup> Essa prática, que é muito antiga no direito luso-brasileiro e remonta às sentenças dos tribunais que deviam refletir as opiniões de diversos sistemas jurídicos, significa, em termos práticos, que a doutrina é uma fonte *fática* de direito.<sup>12</sup> Se os termos “bartolismo” e “direito comum atual” são realmente os mais adequados para designar essa maior importância da doutrina no direito civil brasileiro, é uma pergunta que pode ser deixada aqui em aberto.<sup>13</sup> Para o tema da aplicação e interpretação da lei no Brasil, o importante é que eles revelam um desprezo latente do jurista brasileiro pela lei<sup>14</sup> e – o que é de certa maneira chocante – uma continuidade do método de aplicação e interpretação da lei anterior a 1917, apesar da entrada em vigor da Introdução ao CC/1916.

A teoria das fontes jurídicas do direito brasileiro caracterizava-se até 1917 pela dualidade entre *ius proprium*, que, contendo as disposições particulares do Estado brasileiro, era representado pelas lacunosas Ordenações Filipinas e eventuais leis (em sentido amplo),<sup>15</sup> e o *ius commune*, a que o intérprete deveria recorrer sempre que não houvesse disposição expressa sobre um tema.<sup>16</sup> Esse *ius commune* era fonte subsidiária,<sup>17</sup> mas na prática os juristas aplicavam-no mesmo contra expressa disposição de lei, especialmente o direito romano.<sup>18</sup> Ora, essa mesma forma de proce-

11. Clóvis do Couto e Silva. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et compare*. Paris, 1988, p. 5 s., especialmente p. 6, nota 1.
12. Clóvis do Couto e Silva. Miguel Reale, civilista. *RT* 80. vol. 672 (1991). p. 53 e ss. (54).
13. Sobre os significados de “bartolismo”, ver Francesco Calasso. S.v. Bartolismo. *Enciclopedia del Diritto* 5. p. 71 e ss.
14. Jan Peter Schmidt. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien – Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 12.
15. Lourenço Trigo de Loureiro. *Instituições de direito civil brasileiro – Tomo 1*. 4. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1871. § XLI, X, p. 27 (“Na infinita multiplicidade, complicação, e deficiência da legislação patria de Direito Civil, é forçoso recorrermos muitas vezes aos escritos dos Jurisconsultos, antigos, e modernos...”).
16. Enrico Tullio Liebmann. *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. Studi in onore di Enrico Redenti – Vol. 1*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 579 e ss. (588 s.); Francesco Calasso. *Introduzione al diritto comune*. Milano: Giuffrè, 1951. n. 26, p. 336 e ss.
17. Sobre as fontes subsidiárias de direito no Brasil um pouco antes da promulgação do CC/1916, ver Clóvis Bevilacqua. *Theoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908. n. 18 e ss., p. 25 e ss.
18. Em vista do direito português, mas também válido para o Brasil, cf. Mário Júlio de Almeida Costa. *História do direito português*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. n. 53 d, p. 350, afirmando que havia um “romanismo escolástico”, e Guilherme Braga da Cruz. O direito

---

MEDINA, Francisco Sabadin. 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 Jherin, de Benjamin Herzog. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

der sobreviveu ao advento do Código Civil de 1916<sup>19</sup> e subsiste até hoje na doutrina e na prática brasileiras.<sup>20</sup> Os autores de manuais, monografias e artigos jurídicos recorrem, sempre que podem, à doutrina, à legislação e, quando possível, mesmo à jurisprudência estrangeira para suportar suas opiniões.<sup>21</sup> Essa postura nos dias atuais tem naturalmente causado dificuldades e confusões, pois, se de fato fazia sentido na época do *ius commune* recorrer ao que um autor alemão ou francês escreveu sobre as fontes romanas, porque elas também eram fontes de direito subsidiárias no Brasil, o mesmo não vale para o que um alemão ou um italiano escrevem hoje tendo em vista o BGB ou o *Codice Civile*. Exemplos concretos da permanência desse uso da doutrina e legislação estrangeiras como fonte subsidiária do direito podem ser vistas na recepção da violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*)<sup>22</sup> e da eficácia externa da relação jurídica obrigacional (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*)<sup>23</sup> do direito alemão, e do dever de mitigar o dano (*duty to mitigate the loss*)<sup>24</sup> do sistema do *common law*. A influência desse método do direito comum sobre a interpretação da lei também pode ser claramente visualizada na literatura sobre

---

subsidiário na história do direito português. *Revista Portuguesa de História* 14 (1974). p. 177 e ss. (276 s., 289 s.).

19. C. Couto e Silva. *Principes cit.* (nota 11 supra), p. 6, n. 1; Idem, O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação Legislativa* 25. n. 97 (1988). p. 163 e ss. (171 s.) [= *Le droit brésilien aperçu historique et perspectives d'avenir. Quaderni Fiorentini* 18 (1998). p. 147 ss. (157 s.)].
20. Judith Martins-Costa. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). in Judith Martins-Costa/Gerson Branco. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 187 ss. (191 ss.).
21. O maior exemplo é evidentemente Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, em seu monumental *Tratado de direito privado*, mas a mesma tendência pode ser observada em outros manuais e comentários da época, como em Francisco de Paula Lacerda de Almeida, *Dos efeitos das obrigações (arts. 928 a 1.078)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, e, na literatura recente, por exemplo em Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro* (7 volumes). É verdade que há manuais recentes que não citam autores nem legislação estrangeiros, mas seus autores não o fazem mais por falta de acesso à literatura ou por dificuldades com idiomas do que por uma escolha metodológica consciente. O mesmo vale para a jurisprudência, compelida a prolatar um número cada vez maior de decisões em um curto espaço de tempo.
22. A respeito, Jan Dirk Harke. *Culpa in contrahendo depois de sua codificação em Portugal, na Alemanha e no Brasil*, infelizmente ainda não publicado, mas mencionado por J. P. Schmidt, *Zivilrechtskodifikation cit.* (nota 14 supra).
23. A respeito, Jan Peter Schmidt. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. *Revista Trimestral de Direito Civil* 10. vol. 40 (2009). p. 139 e ss.
24. A respeito, Daniel Pires Novais Dias. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista de Direito Privado* 12. n. 45 (2011). p. 89 e ss.

---

MEDINA, Francisco Sabadin. 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 Jherin, de Benjamin Herzog. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.



transmissão da propriedade: enquanto para alguns<sup>25</sup> o direito brasileiro adotaria, como o direito alemão, os princípios da separação e da abstração, outros<sup>26</sup> leem a lei brasileira a partir dos conceitos do direito alemão e chegam à conclusão de que o direito brasileiro adota o princípio da separação com a peculiaridade de que o negócio de disposição já estaria “codeclarado” no negócio obrigacional.<sup>27</sup> Nenhuma dessas posições tem, porém, qualquer fundamento legal (ver arts. 1.245 *caput*, 1.267 *caput* e 1.268, § 2.º, CC).<sup>28</sup>

4. A busca do jurista brasileiro por justiça ao arripio da lei também não é nova no direito brasileiro, nem pode ser associada ao surgimento do direito civil-constitucional e ao maior uso dos princípios constitucionais no direito civil. Pelo contrário, ela é muito mais antiga e também remonta ao período do *ius commune* no Brasil e em Portugal. Após séculos de aplicação, quando as Ordenações Filipinas já estavam completamente envelhecidas e não mais atendiam às necessidades da vida, a doutrina e a jurisprudência adaptavam as normas ultrapassadas por meio da interpretação tendo como parâmetro o justo.<sup>29</sup> A renovação do direito lusitano alcançada pela Lei da Boa Razão (1769) e pelos Estatutos da Universidade de Coimbra (1772) não ocorreu por meio da edição de novas leis, mas por meio da mudança das técnicas de interpretação. Antes dessas leis, o direito subsidiário era identifica-

- 
25. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado – Parte especial – Tomo 11 – Direito das coisas: propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. §§ 1243 e ss., p. 309 e ss.; Idem, *Tratado de direito privado – Parte especial – Tomo 39 – Direito das obrigações: compra e venda. Troca. Contrato estimatório*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. § 4287.3, p. 135.
26. Clóvis do Couto e Silva. *A obrigação como processo*. 9.ª reimp. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 52 e ss.; Judith Martins-Costa. *Comentários ao novo Código Civil – Direito das obrigações – Do adimplemento e da extinção das obrigações – Vol. V – Tomo I – Arts. 304 a 388*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 62 s.
27. A leitura do direito nacional a partir dos conceitos do direito alemão também é bem clara em Darcy Bessone. *Da compra e venda – Promessa, reserva de domínio e alienação em garantia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. n. 21, p. 32 s. e em Erasmo Ramos. A transmissão de propriedade no novo Código Civil brasileiro no BGB alemão – Um estudo comparado. *RT* 92. vol. 815 (2003). p. 38 e ss.
28. Ver Marietta Pietrek, *Konsens über Tradition? Eine Studie zur Eigentumsübertragung in Brasilien, Deutschland und Portugal*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 95 ss. e Exposição de Motivos do Projeto de Lei 2.267/1970, que deu origem à Lei 6.015/1973, no *Diário do Congresso Nacional* de Setembro de 1970, p. 4409, n. 6. Para outro exemplo de interpretação lastreada apenas na doutrina e contra a literalidade da lei, ver Jan Peter Schmidt. La revocación de la oferta en el derecho contractual de los países latinoamericanos y en el derecho uniforme. *Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina* 30 (2010). p. 135 ss. (136 ss.).
29. F. Calasso, *Introduzione* cit. (nota 16 supra), n. 26, p. 337 s.

---

MEDINA, Francisco Sabadin. 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 Jherin, de Benjamin Herzog. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

do com as fontes romanas, as glosas de Acúrsio e Bártolo, e a opinião comum dos doutores; depois delas, o direito vigente era apenas aquele que estivesse de acordo com a “boa razão”. A Lei da Boa Razão foi, no entanto, vítima de si mesma. Aos poucos, a “boa razão”, que deveria significar apenas “justa razão” ou “bom senso”, foi se transformando e passou a significar o recurso ao *usus modernus pandectarum* e, mais tarde, às novas codificações estrangeiras (especialmente o Code civil e o ALR).<sup>30</sup> Que essa característica do direito lusitano de buscar justiça no direito estrangeiro não se perdeu no Brasil com a aprovação da Introdução ao CC/1916 nem com a Lei de Introdução ao Código Civil/1942 é provado pela citação sistemática da legislação e da doutrina estrangeiras pelos civilistas brasileiros ao longo do século XX e início do XXI<sup>31</sup> e confirmada em relatos de juristas estrangeiros em meados do século XX.<sup>32</sup> O fenômeno do direito civil-constitucional e da aplicação retórica de princípios é apenas uma manifestação infeliz dessa tradição.<sup>33</sup>

5. Em vista dessas considerações, pode-se colocar em dúvida a tese de que a concepção de realização do direito brasileiro estaria baseada principalmente no sistema interno. Na opinião do A., essa ênfase decorre do fato de o jurista brasileiro lançar mão de princípios e, portanto, recorrer a valores ao interpretar a lei na busca da solução mais justa para o caso concreto. Aqui surgem duas ordens de problemas. De um lado, se os princípios são alegados de maneira retórica e servem, na prática, como uma “varinha de condão” para justificar orientações pessoais do intérprete, a consequência lógica é que, na realidade, os valores da lei não estão sendo considerados pelo intérprete. Fosse esse o caso, a regra do direito brasileiro seria que o jurista confrontaria valores e, portanto, princípios, e não alegaria arbitrariamente aquele que parece se adequar melhor a sua orientação pessoal. De outro lado, não se pode esquecer que a invocação retórica de princípios está historicamente associada à recepção distorcida da teoria da força normativa da Constituição de Hesse. Ela não é um desenvolvimento totalmente autóctone, mas somente tomou uma conformação

30. G. Braga da Cruz. *O direito subsidiário* cit. (nota 18 supra), p. 306 e ss.

31. Pense-se, por exemplo, no *Tratado de direito privado*, de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, na *Doutrina e prática das obrigações* (2 vol.), de Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, e, para mencionar uma monografia recente, na obra *O contrato e os direitos reais*. São Paulo: Ed. RT, 2012, de Rafael Domingos Faiardo Vanzella.

32. T. Ascarelli, *Osservazioni* cit. (nota 10 supra), p. 98; E. T. Liebmann, *Istituti* cit. (nota 16 supra), p. 591; R. David, *Le droit brésilien* cit. (nota 10 supra), p. 111 s.

33. Em defesa da realização do direito por meio da aplicação da lei, ver, porém, Custódio Piedade Ubaldino Miranda. A certeza e a segurança como valores fundamentais na declaração do direito e na realização da justiça, e o modo de atingi-las. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 94 (1999). p. 349 e ss.; Idem. O direito como instrumento de realização da justiça e a missão constitucional do juiz na elaboração das decisões judiciais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 96 (2001). p. 271 e ss.

MEDINA, Francisco Sabadin. 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 Jherin, de Benjamin Herzog. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

regional por meio de sua má compreensão. Ora, se o uso abusivo de princípios constitucionais decorre de uma recepção de uma ideia estrangeira (no caso, alemã) por meio de traduções, não seria esse exatamente um caso que revelaria uma concepção de realização baseada *principalmente* na *teoria das fontes jurídicas*, no caso na fonte subsidiária da doutrina estrangeira? Como o próprio A. deixa entrever em sua exposição, é pouco provável que os princípios jurídicos ganhassem tamanha repercussão sem a tradução de *Hesse*, que o debate sobre a diferença entre regra e princípio fosse tão recorrente sem a tradução de *Dworkin* e que as discussões em torno da tópica e do sistema interno existissem sem as traduções de *Theodor Viehweg*, *Larenz* e *Canaris* para o português.<sup>34</sup> Ao que tudo indica, o jurista brasileiro, seja por meio da negação do positivismo, seja por meio do recurso a princípios, continua a buscar uma espécie de “direito superior” na lei e na doutrina estrangeiras. Culturalmente, essa atitude se explica pelo complexo de inferioridade.<sup>35</sup>

6. A notável exposição dos entendimentos da doutrina sobre os dispositivos de aplicação e interpretação da lei no Brasil revela enorme conhecimento da literatura nacional. No entanto, a consideração de alguns artigos em revistas jurídicas (nem sempre de fácil acesso e muitas vezes difíceis de descobrir) e de debates concretos envolvendo a aplicação e interpretação da lei poderia complementar algumas teses do A.. Em artigo publicado em 1915 sobre os dispositivos da Introdução ao CC/1916, *Eduardo Espínola* faz uma clara aproximação entre os “princípios *universales* de direito” (distintos de “princípios gerais de direito”) e a livre investigação científica.<sup>36</sup> Nas décadas de 1930 e 1940 discutia-se na doutrina brasileira sobre a possibilidade de reconhecimento da teoria da imprevisão. *Arthur Rocha* admitiu-a com fundamento no art. 7.º da Introdução ao CC/1916 e na tradição lusitana de um “mais livre *methodo* de aplicação jurídica”, que a “jurisprudencia brasileira guarda com eloquente desassombro, pois em nossa praxe a doutrina de autores é sempre a palavra de ordem para os casos que outros resolvem por exegeses

34. Também seria interessante uma análise que verificasse como ocorreu a recepção das obras de Hans Kelsen (especialmente de *Reine Rechtslehre*, traduzida por *Teoria pura do direito*) no Brasil.

35. A respeito, ver interessante relato de R. David, *Le droit brésilien* cit. (nota 10 supra), p. 143 s. Nesse aspecto, o Brasil infelizmente em nada mudou desde 1950.

36. As lacunas da lei e o “movimento do direito livre” (die *Freirechtsbewegung*). *Revista da Faculdade de Direito da Bahia* 4. vol. 5 (1915). p. 1 e ss. (42): “Não será essa faculdade [de invocar os princípios universais de direito] alguma cousa de semelhante á ‘livre investigação científica,’ de que fala Geny, á invocação do direito livre, apregoado por Kantorowicz, Stampe, Ehrlich, Fuchs e tantos outros, ou do direito natural em sua nova feição, como por exemplo, nol’o apresenta Iung?” Ver também Miguel Reale. Gény na cultura jurídica brasileira. *Quaderni Fiorentini* 20 (1991). p. 351 e ss., discutindo, dentre outros pontos, a influência do pensamento de F. Gény sobre F. C. Pontes de Miranda.

exclusivistas”.<sup>37</sup> Essa solução foi aplaudida por *Clóvis Bevilacqua*, o qual foi além e defendeu que a flexibilização dos dispositivos da lei poderia ser alcançada por meio da interpretação dos contratos com base na boa-fé, recepcionada pelos “princípios gerais de direito” tendo como exemplo os arts. 1328 do então Código do Peru e 820 do então Código Argentino.<sup>38</sup> Esse exemplo permite deduzir que para *Bevilacqua* “princípios gerais de direito” eram uma fonte subsidiária de direito a que o intérprete deveria recorrer não apenas quando houvesse uma lacuna, mas também como instrumento para corrigir as durezas da lei. Com isso, ele considerava possível garantir a justiça no caso concreto, sem renunciar completamente à segurança jurídica nem cair no extremismo da “socialização do direito privado”.

#### IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essas observações críticas em nada desmerecem nem diminuem o trabalho apresentado pelo A. Muito pelo contrário, elas são objeto de reflexão sobre uma obra extraordinária e em muito enaltecem o mérito e a coragem do A. por adentrar em um tema tão amplo e, mesmo com todas as dificuldades, alcançar um resultado notável. Apesar dos perigos apontados pelo A., uma tradução de sua obra para o português seria de enorme valia para os juristas brasileiros. A desmistificação do fantasma do positivismo, da escola livre do direito, da escola de exegese etc., bem como o alerta sobre o uso retórico dos princípios são muito esclarecedores e podem contribuir para uma renovação necessária da doutrina e da prática brasileiras.

---

37. *Da intervenção do Estado nos contratos concluídos (A revisão dos negócios privados e o Código Civil) – Lesão imprevista – A sorte da moeda nas obrigações*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1932. p. 130.

38. Clóvis Bevilacqua. *Evolução da theoria dos contractos em nossos dias*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 34. n. 1 (1938). p. 57 e ss. (59, 65 s.).

---

MEDINA, Francisco Sabadin. *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 Jherin*, de Benjamin Herzog. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.