

A INFLUÊNCIA DO BGB E DA DOCTRINA ALEMÃ NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO DO SÉCULO XX

Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.
ISSN 0034-9275

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Doutor em Direito Civil (USP), com estágios pós-doutorais na Universidade de Lisboa e no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Hamburg).

ÁREA DO DIREITO: Civil; Fundamentos do Direito

RESUMO: O Direito Civil alemão exerce influência no Direito Civil brasileiro desde os tempos coloniais. O Código Civil alemão de 1900 (*BGB*) é o núcleo dessa influência. Os artigos do *BGB* e as teorias desenvolvidas pelos juristas alemães são a base para diversos institutos do Direito Civil brasileiro. O *BGB* é muito criticado por juristas alemães em razão de seu suposto caráter liberal e sua natureza antissocial. Essas críticas surgiram no processo de codificação civil e foram retomadas na longa noite do nazismo. A crítica contra o *BGB* foi reproduzida em relação ao Código Civil de 1916. É necessária a revisão de muitos consensos sobre o *BGB*. Os conceitos de liberalismo e de conservadorismo estão na base de muitos dos equívocos sobre a codificação civil alemã. Na Alemanha, há novos autores e novas referências intelectuais no Direito Civil, que precisam ser estudados no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Código Civil alemão (*BGB*) – Codificação – Recepção – Nacional-socialismo – Liberalismo.

ABSTRACT: The German Civil Law influences the Brazilian Civil Law since colonial times. The German Civil Code 1900 (*BGB*) is the core of this influence. The provisions of the *BGB* and the theories developed by German lawyers are the basis of various institutes of civil law in Brazil. The *BGB* is much criticized by German professors for

their alleged liberal character and his anti-social nature. These criticism appeared in the process of civil codification and resumed in the long night of Nazism. The criticism against the BGB was reproduced in relation to Civil Code of 1916. It is necessary to revise many consensuses about the BGB. The concepts of liberalism and conservatism are the basis for many of the misconceptions about the German civil codification. In Germany, there are new authors and new intellectual references in Civil Law, which need to be studied in Brazil.

KEYWORDS: German Civil Code (BGB) – Codification – Legal Transplant – National Socialism – Liberalism.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O nascimento de um código liberal?: 2.1 Os antecedentes da codificação civil alemã; 2.2 A codificação em marcha: as comissões do *BGB*: 2.2.1 A *Vorkommission*; 2.2.2 A Primeira Comissão; 2.2.3 A Segunda Comissão; 2.2.4 O “terceiro esboço” e a aprovação do projeto; 2.3 O *BGB* e seus elaboradores: uma questão de classe ou de ideologia?; 2.4 O esquecimento dos pobres e o caráter liberal do *BGB*; 2.5 A importação e a adaptação dos consensos sobre o *BGB* para o Código Civil de 1916 – 3. A clivagem conservador-liberal e sua aplicação ao direito – 4. O *BGB* e sua influência na doutrina brasileira: 4.1 Algumas palavras sobre a “recepção de direitos” e seus principais problemas; 4.2 O caso do Direito Civil português: da influência francesa à preeminência alemã; 4.3 O Direito Civil alemão e os doutrinadores brasileiros – 5. O *BGB* e os autores alemães que mais influenciaram o Direito Civil brasileiro: 5.1 A influência por “camadas” históricas; 5.2 O Direito Civil alemão e seus rumos atuais – 6. O Código Civil alemão e o Código Civil brasileiro de 1916: “filhos tardios do liberalismo” e consensos que merecem revisão – 7. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Em uma anotação¹ sobre o Direito Privado Comparado, dois importantes civilistas alemães analisaram os códigos dos países da América Latina. Sobre o Brasil, Karl Martin Ludwig Enneccerus, em texto atualizado por Hans Carl Nipperdey, anotou que o Código Civil brasileiro de 1916 seria a “mais independente das codificações latino-americanas”.² Esse reconhecimento da qualidade da cultura jurídica nacional deu-se na primeira metade do século XX, o que o torna ainda mais valioso, na medida em que nossa primeira codificação mal experimentara poucas décadas de vigência.³

A influência alemã na formação do Direito Civil brasileiro é inegável e deita suas raízes em diferentes momentos. Os costumes, os institutos e as normas do país que hoje se denomina de Alemanha “entraram” para o Direito português, ainda sob o domínio do invasor visigótico, no anoitecer violento e trágico do Império Romano do Ocidente. Posteriormente, houve nova recepção nos tempos medievais do *ius commune*. No Brasil Colônia muitos desses elementos foram introduzidos por efeito da aplicação das leis portuguesas. Houve um entrelaçar da influência *direta* das fontes portuguesas e *indireta* das fontes alemãs.⁴ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, em belíssima metáfora, anotou que o Direito brasileiro não se pode estudar desde suas sementes, na medida em que “nasceu do galho de planta que o colonizador português – gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América – trouxe e enxertou no novo continente”.⁵

¹ O autor agradece à leitura crítica dos originais por Rafael Peteffi da Silva, Alexandre Veronese e Henderson Fürst. De modo especial, registra-se a gratidão a Tilman Quarch por suas valiosas contribuições e sugestões de bibliografia e de novos tópicos, além de se haver disposto a discutir as difíceis opções de tradução.

² Lei 3.071, de 01.01.1916, que entrou em vigor em 01.01.1917. O Projeto de Código Civil foi elaborado por Clóvis Beviláqua (1859-1944), professor da Faculdade de Direito do Recife. Apesar da independência política do Brasil ter-se dado aos 07.09.1822 e sua primeira Constituição haver sido outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 25.03.1824, em matéria civil, o País regeu-se pelas Ordenações do Reino de Portugal, precedentes judiciais, costumes e leis extravagantes até 1917. O primeiro Código Civil foi revogado pela Lei 10.406, de 10.01.2002, cuja vigência teve início um ano após sua publicação, que ocorreu no *Diário Oficial da União* de 11.01.2002.

³ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Fünfzehnte, neubearbeitete Auflage von Hans Carl Nipperdey*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1959. vol. 1, p. 163.

⁴ JUSTO, Antônio dos Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. *Revista Brasileira de Direito Comparado* 20/131. jan.-jun. 2001.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 27.

No século XIX, Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912) e Clóvis Bevilacqua (1859-1944), contribuíram para essa recepção, o que se deu pelo acesso às fontes germânicas ou pelo diálogo com o movimento pandectista, em cuja fase final de formação, foi liderado por Gustav Hugo (1764-1844) e por Friedrich Carl Freiherr [Barão] von Savigny (1779-1861), e seus discípulos. Posteriormente, graças à Escola do Recife, essa relação também se deu com escritos de autores como Rudolf von Jhering (1818-1892).⁶

O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) é o símbolo mais reluzente desse processo de recepção e de influência da cultura jurídica germânica no Brasil, embora não seja o único, evidentemente. É (quase) impossível encontrar um manual, um tratado ou um curso de Direito Civil brasileiro, de algum nível, que desconheça o *BGB* ou que não cite seus dispositivos. Alguns exemplos assim o comprovam. No primeiro volume de sua coleção de Direito Civil, dedicado à Parte Geral do Código Civil, Sílvio de Salvo Venosa cita o Código Civil alemão em 21 passagens.⁷ Caio Mário da Silva Pereira, em seu livro de Teoria Geral do Direito Civil, faz um total de 16 remissões a artigos do Código Civil alemão.⁸ Orlando Gomes, outro doutrinador muito lido nos cursos de graduação, cita o *BGB* em 10 seções de seu livro introdutório ao Direito Civil brasileiro.⁹

As codificações não se podem compreender isoladas de seu momento histórico e das condicionantes intelectuais de seus idealizadores. Nesse sentido, em relação ao *BGB* foram construídos alguns consensos, como a natureza liberal dessa codificação (“uma

⁶ Não se pode esquecer, evidentemente, do famoso movimento jurídico-filosófico conhecido como Escola do Recife, liderada por Tobias Barreto e que contou com a participação de Clóvis Bevilacqua. Segundo Cláudia Lima Marques (Cem anos de Código Civil alemão. O BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. *RT* 741/11-37. São Paulo: Ed. RT, jul. 1997. Item 2.1.2.2), Tobias Barreto é o “maior autor, filósofo do direito e penalista de seu tempo, que em muito influenciou os intelectuais e juristas brasileiros, acostumados a uma orientação até então quase que exclusivamente francesa. Barreto é considerado o fundador da Escola de Recife e com seu marcante ‘germanismo’ trouxe aos juristas brasileiros o contato com a ciência, filosofia e literatura alemã da época e especialmente com a obra do então praticamente desconhecido no Brasil Rudolph von Jhering”.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. vol. 1, p. 72, 82, 91-94, 95 (4 vezes), 96 (4 vezes), 97 (3 vezes), 102, 147, 198, 218 (2 vezes), 239, 283, 308, 315, 364, 368, 413 e 447.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil*. 26. ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. vol. 1, p. 71-72, 122, 198, 243, 251, 317, 353, 364, 422, 423, 435, 449, 533, 552 e 564.

⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed., 2. tir., rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010. parágrafos 14, 35-36, 47, 70, 151, 175, 263, 267 e 302.

obra tardia do liberalismo”),¹⁰ marcada pela defesa da propriedade absoluta e da família tradicional, o que a tornaria um exemplo de uma lei nascida sob o signo do passado, incompatível com as exigências do século XX. Esses consensos, de modo curioso, recaíram sobre o Código Civil de 1916, como que por um processo de assimilação ideológica.

Outro aspecto que carece de um exame mais vertical e menos obsequioso com algumas ideias que se sedimentaram na dogmática brasileira da segunda metade do século XX, gozando até aos dias atuais de grande prestígio, é a clivagem liberal-conservadora, muitas vezes utilizada para qualificar institutos e dispositivos legais do Direito Civil, tanto brasileiros quanto alemães.

A discussão sobre esses consensos a respeito do Direito Civil demanda a investigação de quais *autores* da civilística alemã foram (e parece que ainda são) decisivos para a moldagem do pensamento jurídico brasileiro no século XX. Essa atuação dos civilistas germânicos deu-se por “camadas” e é bastante enriquecedor o levantamento de como essa influência se operou na doutrina e, de modo indireto, na jurisprudência nacionais.¹¹ Para alcançar esses objetivos, é fundamental dividir este trabalho em quatro partes: (1) o processo de codificação civil alemão e o contexto histórico da virada do século XIX para o século XX, com o necessário exame dos autores críticos ao projeto do *BGB*; (2) a construção da clivagem liberal-conservadora e seus efeitos no Direito Civil; (3) a recepção do Direito Civil alemão no Brasil, com algumas referências a idêntico processo em Portugal; (4) a crítica a alguns consensos sobre o *BGB*, que se transferiram para o primeiro Código Civil brasileiro.

A quarta seção é fortemente baseada em um artigo de Joachim Rückert, que rediscute muitos consensos sobre o processo de codificação alemã e cuja reprodução se tem dado no Brasil há muito tempo. Talvez há tempo demais.¹²

¹⁰ RAMM, Thilo. *Einführung in das Privatrecht: Allgemeiner Teil des BGB (dtv 5501)*. München: Deutscher Taschenbuch, 1969. vol. 1, p. 2.

¹¹ A investigação sobre o impacto da doutrina alemã na jurisprudência brasileira daria um artigo inteiramente autônomo. As referências aqui expostas são apenas ilustrativas e não possuem qualquer pretensão de exaurir o tema ou de oferecer um critério com segurança e fidelidade estatística para a formação de um juízo baseado em dados empíricos.

¹² RÜCKERT, Joachim. Das Bürgerliche Gesetzbuch – Ein Gesetzbuch ohne Chance? *Juristenzeitung (JZ)*, ano 58, fasc. 15-16, p. 749-760, ago. 2003.

Algumas observações prévias são necessárias.

A primeira diz respeito a que, em diversas passagens, haverá explicações excessivamente didáticas sobre o processo legislativo dos códigos civis brasileiros ou a respeito do funcionamento e das competências dos tribunais superiores nacionais. Trata-se de uma preocupação com o leitor não brasileiro.

Em segundo lugar, a delimitação do período de influência do *BGB* não significa que os séculos XIX e XXI não serão mencionados. O objeto central do texto, no entanto, será fundamentalmente o século XX. É por essa razão que autores e obras contemporâneos não serão citados com maior intensidade, posto que, na nota 186, o leitor poderá encontrar um registro de diversos especialistas no Direito Privado alemão que se destacam contemporaneamente.

É, ainda, oportuno advertir que se não vão investigar artigos, seções ou divisões internas do Código Civil de 2002 para se estabelecer termos de comparação específicos com o *BGB*. Essa comparação textual demandaria, por si só, uma pesquisa em separado. O foco recai sobre os autores e as obras mais relevantes no processo de recepção do Direito alemão na maior parte do século XX. É certo, porém, que, ao menos a título de exemplo, algumas teorias serão destacadas, bem como o uso que delas se fez no Brasil. Finalmente, esta investigação é de ser entendida como o exame das relações entre Brasil e Alemanha, no âmbito do Direito Civil, sem que isso represente admitir a colonização de um Direito (e sua doutrina) por outro. O ordenamento jurídico brasileiro formou-se graças a variegadas influências, autóctones ou estrangeiras, e a apreciação desse processo nada tem de subserviente ou nem implica ser impossível o desenvolvimento de soluções nacionais para os problemas jurídico-civilísticos. A tradição cultural, os investimentos maciços (e muito antigos) em educação superior de qualidade, a precisão linguística (inerente ao idioma alemão) e a valorização da docência estão na raiz do sucesso alemão nas mais diversas áreas do conhecimento. Mais que tudo, essas são fontes de inspiração para qualquer país que almeje alcançar graus de excelência científica.

2. O NASCIMENTO DE UM CÓDIGO LIBERAL?

2.1 Os antecedentes da codificação civil alemã

O marco inaugural do processo de codificação civil do recém instituído *Reich* alemão foi a alteração redacional do art. 4.º, 13, da Constituição de 1871, por efeito de uma luta legislativa intensa, que se desdobrou por alguns anos, sob a liderança de Johann von Miquel (1829-1901) e Eduard Lasker (1829-1884).¹³ Essa emenda, datada de 20.12.1873, que recebeu o nome histórico de Lei Miquel-Lasker¹⁴ ou, simplesmente, Lei Lasker,¹⁵ transferiu para o *Reich* a competência para legislar sobre o Direito Civil como um todo.¹⁶

Von Miquel, originário de Hannover, mas feito nobre por decreto prussiano, descendente de *émigrés* (franceses que emigraram para os territórios alemães em fuga da Revolução Francesa), foi um dos fundadores da Associação Nacional Alemã (*Deutscher Nationalverein*, organização política liberal e pró-unificação alemã) e, apesar de hannoveriano, não se opôs à anexação de seu reino pela Prússia.¹⁷ Para von Miquel, a demanda por uma unidade jurídica era uma pré-condição necessária para a existência de um Estado-Nação.¹⁸

Eduard Lasker, de ascendência judaica, fundador do *Nationalliberale Partei* (Partido Nacional Liberal, uma agremiação pró-unidade alemã), foi o grande líder da reforma constitucional que permitiu a transferência plena da competência legislativa cível para o

¹³ HORN, Nobert. Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch. *Neue Juristische Wochenschrift*. vol. 53, p. 40. 2000.

¹⁴ REIS, Carlos David Santos Aarão. A elaboração do BGB: homenagem no centenário do Código Civil alemão. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 33, n. 130, p. 123. abr.-jun. 1996.

¹⁵ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg). *Münchener Kommentar zum BGB: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, ProstG, AGG*. 6. Auflage 2012. vol. 1. Nota marginal 8.

¹⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: Historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 13.

¹⁷ ALDENHOFF, Rita; MIQUEL, Johannes von. In: HISTORISCHEN KOMMISSION BEI DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN (Hrsg). *Neue Deutsche Biographie (NDB)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. vol. 17, p. 553.

¹⁸ JOHN, Michael F. The politics of legal unity in Germany, 1870-1896. *The Historical Journal*, vol. 28, n. 2, p. 342. jun. 1985.

governo central.¹⁹ Seu lema era que a codificação assegurava a liberdade dos indivíduos.

É fundamental analisar o contexto histórico da elaboração do *BGB*, que tem como cenário a disputa entre grupos políticos alemães, especialmente os nacional-liberais (e os liberais-radicais); os defensores da aristocracia e o fortíssimo Partido do Centro (*Deutsche Zentrumspartei*, que durou até 1933), representante dos interesses políticos dos católicos nos territórios unificados. O *Zentrum* foi o grande opositor da nova codificação, com receio da política bismarckiana conhecida pela expressão *Kulturkampf* (Luta pela cultura), que pretendia subtrair o novo *Reich* alemão à influência da Igreja Católica.²⁰ Uma legislação nacional sobre Direito de Família que não respeitasse as particularidades dos reinos católicos (Baviera, especialmente) integrantes do *Reich*, era considerada perigosa pelos partidários do *Zentrum*. Além disso, os Estados do Sul da Alemanha e a Saxônia temiam que o Código representasse um avanço da Prússia sobre suas competências legislativas.²¹ A vitória da dupla von Miquel e Lasker resultou de uma “fugaz combinação” de circunstâncias²² de difícil repetição, pois uniu forças absolutamente díspares como os conservadores e os liberais-radicais.

2.2 A codificação em marcha: as comissões do BGB

2.2.1 A Vorkommission

Em 28.02.1874, instaurou-se a *Vorkommission*,²³ que contou de entre seus membros com a participação de Levin Goldschmidt (1829-1897), outro antigo membro do Partido

¹⁹ POLLMANN, Klaus Erich; LASKER, Eduard. In: Historischen Kommission Bei Der Bayerischen Akademie Der Wissenschaften (Hrsg). *Neue Deutsche Biographie (NDB)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982. vol. 13, p. 656.

²⁰ LAUFS, Adolf. *Rechtentwicklungen in Deutschland*. 5. Auflage. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1996. p. 296.

²¹ SCHULTE-NÖLKE, Hans. Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs. *Neue Juristische Wochenschrift*. vol. 49, p. 1705-1706. 1996.

²² WIEACKER, Franz. Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher. In: KASER, Max et alii (Hrsg). *Festschrift für Wilhelm Felgentraeger: Zum 70. Geburtstag*. Göttingen: O. Schwartz, 1969. p. 409-422.

²³ A tradução de *Vorkommission* não é fácil. Literalmente, seria uma pré-comissão, como aliás se encontra na *História do direito privado moderno*, trad. por A. M. Botelho Hespanha. Segundo Tilman Quarch, com quem se discutiu essa tradução, como a *Vorkommission* estava encarregada do que Adolf Laufs (Op. cit., loc. cit.) denominou de *kodifikatorische Vorarbeiten* (“trabalhos preparatórios de codificação”), parece ser mais adequado vertê-la para o português como uma “Comissão Preparatória”.

Liberal Nacional,²⁴ Hermann Ludwig von Schelling (1824-1908), Ludwig Ritter [Cavaleiro] von Neumayr (1810-1895), Franz Philipp Friedrich von Kübel (1819-1884) e Anton von Weber (1817-1888).²⁵ Essa comissão teve por objetivo definir o método e a estrutura do projeto a ser elaborado.²⁶ O relatório apresentado pela comissão, datado de 15.04.1874, foi aceito pelo Governo sem emendas. Uma de suas conclusões mais importantes foi a de conservar todas as áreas normativas do Direito Civil no futuro código,²⁷ no que se mostrava fiel ao princípio que levou à aprovação da Lei Miquel-Lasker.²⁸

Há quem defenda ter ocorrido divergências entre Levin Goldschmidt, um homem pró-unificação alemã, e os demais representantes oriundos das “conservadoras monarquias do Sul” (Baviera, Wüttemberg e Saxônia), para os quais a codificação deveria ser uma mera compilação sistematizadora do Direito pré-existente e não uma fonte criadora de novo Direito.²⁹

2.2.2 A Primeira Comissão

Posteriormente, indicou-se a chamada “Primeira Comissão” (1874-1889), contando com a participação dos Professores Bernhard Windscheid (até 1883)³⁰ e Paul Rudolf von

²⁴ DIETZ, Rolf; GOLDSCHMIDT, Levin. In: HISTORISCHEN KOMMISSION BEI DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN (Hrsg). *Neue Deutsche Biographie (NDB)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964, I. vol. 6, p. 617.

²⁵ Mesmo na literatura alemã, há alguma divergência sobre a composição desse comitê preparatório. Reinhard Bork (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 3. neubearb. Auflage. München: Mohr Siebeck, 2011. p. 16, nota marginal 34) menciona Levin Goldschmidt, Franz von Kübel, Ludwig Ritter von Neumayr, Hermann Schelling e Anton von Weber. Rosemarie Jahnel (Kurzbiographien der Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In: JAKOBS, Horst Heinrich; SCHUBERT, Werner (Hrsg). *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen: Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB: Einf., Biographien, Materialien*. Berlin/New York: De Gruyter, 1978. p. 69-72) também assinala Levin Goldschmidt, Hermann Ludwig von Schelling, Ludwig Ritter [Cavaleiro] von Neumayr, Franz Philipp Friedrich von Kübel e Anton von Weber como membros da Comissão Preparatória. Sérgio Fernandes Fortunato (Vom römisch-gemeinen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch. *Zeitschrift für das Juristische Studium* 4/334. 2009. nota de rodapé 82) cita, de modo discrepante, os nomes de Levin Goldschmidt, Franz Kübel, Ludwig von Neumayr, Herrmann (com duplo “r”) Schelling e Albert Gebhard.

²⁶ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg). Op. cit., nota marginal 8.

²⁷ HAFERKAMP, Hans-Peter. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). In: BASEDOW, Jürgen; HOPT, Klaus J. Hopt; ZIMMERMANN, Reinhard; STIER, Andreas. *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. vol. 1, p. 121).

²⁸ JOHN, Michael F. Op. cit., p. 343.

²⁹ Idem, p. 344.

³⁰ Windscheid (1817-1892) é um dos mais importantes juristas alemães de todos os tempos. Sua obra é referência para o Direito Civil e também para o Direito Processual Civil. Sua obra magna é *Lehrbuch des Pandektenrechts*, publicada em três volumes, com traduções em diversos idiomas.

Roth (1820-1892). Johann Gustav Karl von Mandry (1832-1902)³¹ era professor honorário. O Governo também nomeou os juízes Gustav Theodor Friedrich Derscheid (1827-1890), Reinhold Johow (1823-1904), Heinrich Eduard Pape (1816-1888) e Gottlieb Karl Georg Planck (1824-1910). Da classe de altos servidores ministeriais, entraram Karl Dietrich Adolf Kurlbaum (1829-1906),³² Albert Gebhard (1832-1907) e Gottfried Ritter [Cavaleiro] von Schmitt (1827-1908).³³ Foram, ainda, convidados os juízes Franz Philipp Friedrich von Kübel e Anton von Weber,³⁴ dois nomes que integraram a Comissão Preparatória.³⁵

A Primeira Comissão era diversificada e compreendia diferentes segmentos da comunidade jurídica alemã (juízes, professores e conselheiros ministeriais). Houve uma preocupação com o equilíbrio regional alemão,³⁶ uma matéria sensível, porque se percebia antigo o receio³⁷ de uma “*Borussifizierung*” (algo como uma “prussificação”, pois *Borussia* é o equivalente latino para Prússia) do Direito Civil, graças à força política prussiana na Alemanha unificada.³⁸ A indicação de Bernhard Windscheid foi saudada como uma garantia de seriedade e do alto nível dos trabalhos a serem desenvolvidos.³⁹

³¹ Este último mencionado exclusivamente por Rosemarie Jahnel (Op. cit., p. 78).

³² Idem, p. 77.

³³ Todos citados em: BORK, Reinhard. Op. cit., p. 16, nota marginal 35.

³⁴ JAHNEL, Rosemarie. Op. cit., p. 75.

³⁵ Nas fontes consultadas, especialmente Rosemarie Jahnel, Sérgio Fernandes Fortunato e Reinhard Borke, permanecem as discrepâncias quanto aos integrantes da Primeira Comissão. Desse modo, o leitor deve considerar a lista acima como meramente exemplificativa.

³⁶ Reinhold Johow, Gottlieb Karl Georg Planck e Karl Dietrich Adolf Kurlbaum eram da Prússia. Albert Gebhard representava Baden e Franz Philipp Friedrich von Kübel era de Württemberg. Relacione-se também o bávaro Gottfried Ritter [Cavaleiro] von Schmitt; o renano Gustav Theodor Friedrich Derscheid; o saxão Anton von Weber. Windscheid e von Roth eram considerados membros “germanistas” e “romanistas”, dado que seus nomes ultrapassavam os limites territoriais e se aproximavam de um conceito de “nomes nacionais” (HAFERKAMP, Hans-Peter. Op. cit., p. 121).

³⁷ Receio esse anterior mesmo à Lei Miquel-Lasker e que fora uma das causas da paralisação das tentativas de se codificar o Direito Civil para toda a Alemanha.

³⁸ SCHULTE-NÖLKE, Hans. Op. cit., p. 1705; JOHN, Michael F. Op. cit., p. 344.

³⁹ Como relata Carlos David Santos Aarão Reis (op. cit., 124): “(...) Windscheid foi a figura principal da Comissão, nela exercendo um papel decisivo direta ou indiretamente. ‘No meu entender’, escreveu Jhering, quando designaram seu amigo para integrá-la, ‘ninguém entre nós romanistas seria mais indicado que tu para representar o Direito Romano naquela ocasião’”. Bela e sólida amizade unia os dois grandes romanistas e civilistas do final do século XIX. Por coincidência, ambos faleceram em 1982. Jhering em setembro e Windscheid em outubro. A proximidade de suas mortes causou enorme comoção nos meios jurídicos à época. Em janeiro de 1893, publicou-se nos Estados Unidos um obituário comum aos dois amigos, no qual se destacavam as diferenças de estilo e de personalidade entre eles: Windscheid, afirmava o autor do texto, era um tipo diferente de Jhering. Frio e lento em sua preleção, sem a elegância e o entusiasmo de um grande orador, a despeito disso, ele conseguia atrair milhares de estudantes a Leipzig graças a magia de seu nome e que se envolviam pela “profundidade de seu raciocínio, a clareza de sua análise” e a “lógica absoluta” de todo seu pensamento (MACK, Julian W. Windscheid and v. Jhering. *Harvard Law Review*, vol. 6, n. 6, p. 318).

A ordem dos trabalhos da Primeira Comissão baseou-se na divisão interna, cabendo a seus membros elaborar relatórios individuais, seguindo-se o modelo pandectista. A responsabilidade pela Parte Geral coube a Albert Gebhard. Von Kübel ficou com o Direito das Obrigações. O Direito das Coisas foi atribuído a Reinhold Johow. Gottlieb Karl Georg Planck respondeu pelo Direito de Família, ao tempo em que Gottfried Ritter [Cavaleiro] von Schmitt relatou o Direito das Sucessões. A relatoria-geral recaiu sobre Heinrich Eduard Pape. A parte relativa ao Direito das Obrigações não foi totalmente concluída, em razão do falecimento de von Kübel em 1884.⁴⁰

Em 27.12.1887, o presidente da Primeira Comissão apresentou à Chancelaria do *Reich* uma primeira versão do projeto (“*Erster Entwurf*”, ou “primeiro esboço”), que foi publicada em janeiro de 1888,⁴¹ com o famoso *Motive* [Exposição de motivos].⁴² A divulgação desse trabalho abriu margem para críticas de alguns civilistas de língua alemã (vide item 2.4), além de elogios ao resultado dos esforços da Comissão. É provável que essa reação tenha sido maximizada pela circunstância de que os trabalhos foram mantidos em sigilo, até sua divulgação oficial.⁴³ À falta de publicidade, deve-se somar o desinteresse dos governos das unidades do Império (com exceção da Baviera) sobre as discussões da Primeira Comissão.⁴⁴

As objeções ao esboço eram fundamentalmente de duas ordens: (a) excesso de academicismo, o que impediria ao “primeiro esboço” compreensão da lei pelo povo, daí se falar em um código pouco “popular”;⁴⁵ (b) a baixa densidade social de seus dispositivos. Dizia-se que faltou uma “gota de óleo social”,⁴⁶ expressão essa de significado bem invulgar, que remonta à tentativa de se aprovar uma constituição liberal para a Alemanha em 1848-1849, a famosa *Paulskirchenverfassung* (Constituição da Igreja de São Paulo, também dita *Frankfurter Reichsverfassung* – Constituição do Reich de Frankfurt). Os constituintes desejavam que a unificação alemã se desse sob o signo da legitimidade popular e não da velha fundamentação autocrática do poder. Os

⁴⁰ HAFERKAMP, Hans-Peter. Op. cit., p. 121.

⁴¹ SCHULTE-NÖLKE, Hans. Op. cit., p. 1706.

⁴² “Die Kommission legte nach 13 Jahren einen ersten Entwurf vor, der samt Begründung (‘Motive’) 1888 veröffentlicht wurde” (SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg). Op. cit., nota marginal 8.

⁴³ SCHULTE-NÖLKE, Hans. Op. cit., p. 1708 (sobre o sigilo dos trabalhos; a inferência sobre seu efeito é nossa).

⁴⁴ JOHN, Michael F. Op. cit., p. 344.

⁴⁵ FORTUNATO, Sérgio Fernandes. Op. cit., p. 336.

⁴⁶ “Tropfen sozialen Öls durchsickern” (HORN, Norbert. Op. cit., item 5; BORK, Reinhard. Op. cit., p. 18, nota marginal 41).

reis, inspirados nas Escrituras Sagradas, recebiam a unção dos óleos sagrados, o que confirmava seu direito divino à coroa, assim como era desde os tempos de Davi e Salomão. Na assembleia da Igreja de São Paulo, Johann Ludwig Uhland declarou que o futuro soberano alemão só poderia receber a coroa após sua unção com uma gota do óleo democrático, um substitutivo aos *heilige Öle* (santos óleos).

Na crítica ao *BGB*, do óleo democrático passou-se a exigir a gota de óleo social, como forma de se legitimar a codificação.⁴⁷

Hans-Peter Haferkamp informa que as reações ao “*Erster Entwurf*” também podem ser atribuídas a grupos de pressão das mais variadas origens, como os proprietários de terra prussianos, os comerciantes e industriais, além do movimento feminista, incomodado com o conservadorismo do relatório Planck sobre Direito de Família, a despeito do fato de que esses elementos, por sua natural desunião, jamais conseguiram exercer influência significativa nessa fase do processo de codificação.⁴⁸

2.2.3 A Segunda Comissão

Diante das críticas e da polêmica em torno do “*Erster Entwurf*”, o Governo Imperial deliberou instituir outro comitê, desta vez formado não apenas por juristas, mas também por economistas e representantes de associações comerciais.⁴⁹ A participação dos grandes partidos foi assegurada, exceto de membros do Partido Social-Democrata da Alemanha.⁵⁰ Eclesiásticos e membros da comunidade judaica também foram convidados a participar da nova comissão,⁵¹ além de técnicos, proprietários de terras e representante do mercado financeiro.

A “Segunda Comissão” foi nomeada em 04.12.1890, sob a relatoria-geral de Gottlieb Karl Georg Planck, que havia sido um ativista pela unificação alemã e colega de Johann

⁴⁷ Essa transposição da sentença sobre a gota de óleo democrático para óleo social é bem descrita por Franz Wieacker (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2., unveränd. Nachdruck d. 2., neubearb. Auflage von 1967 Auflage. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, 1996. p. 470, nota de rodapé 7), para quem ela talvez se haja constituído em uma “réplica inconsciente” à frase de Ludwig Uhland.

⁴⁸ HAFERKAMP, Hans-Peter. Op. cit., p. 121.

⁴⁹ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg.). Op. cit., nota marginal 9.

⁵⁰ Em alemão, *Sozialdemokratische Partei Deutschlands –SPD*.

⁵¹ HAFERKAMP, Hans-Peter. Op. cit., p. 122.

von Miquel na fundação da Associação Nacional Alemã. Por esse tempo, von Miquel era ministro da Prússia e teve participação efetiva na indicação dos membros da Segunda Comissão.⁵² Von Miquel considerava que, desta vez, o objetivo da comissão era menos uma questão de técnica legislativa e mais uma questão de substância legislativa.⁵³

Integravam a comissão 10 participantes permanentes e 12 não permanentes. O comparecimento aos trabalhos foi irregular, quanto aos membros eventuais. Eram pessoas de diversas profissões e origens sociais. Vejam-se alguns deles: o catedrático de Direito Romano e de Direito Canônico Gotthold Julius Rudolph Sohm (1841-1917), Alexander Achilles (1833-1900), Karl Heinrich Börner (1844-1921), Hermann Carl Sigismund Struckmann (1839-1922), Karl August Ritter [Cavaleiro] von Jacubezky (1845-1909, conselheiro ministerial do Reino da Baviera), Julius Robert Bosse (1832-1901), Friedrich Balduin Freiherr [Barão] von Gagern (1843-1910, proprietário rural, descendente de famoso herói militar das Guerras Napoleônicas), Johannes Ernst Conrad (1839-1915, professor de Economia Política), Ludwig von Cuny (1833-1898, catedrático de Direito alemão), Bernhard Engelbert Joseph Danckelmann (1831-1901, engenheiro florestal e inspetor do Real Serviço Florestal), Ernst Leuschner (1826-1898, político e especialista em mineração) e Emil Russell (1835-1927, diretor de banco). Representando a classe dos proprietários rurais prussianos podem-se mencionar Otto Karl Gottlob Freiherr [Barão] von Manteuffel-Crossen (1844-1913), político prussiano conservador e herói das guerras de unificação alemã, e Otto Heinrich von Helldorff-Bedra (1833-1908).⁵⁴ Uma anotação curiosa: cogitou-se de integrar Otto von Gierke à Segunda Comissão, ideia que contou com o apoio de Otto Karl von Oehlschläger (1831-1904), à época secretário de Estado da *Reichsjustizamt* (Escritório da Justiça do *Reich*, órgão que antecedeu o Ministério da Justiça do *Reich* – *Reichsministerium der Justiz*). No entanto, a indicação não foi levada adiante graças ao veto da Baviera e de outros Estados do Sul, posto que gozasse do apoio da Prússia e da Saxônia.⁵⁵

⁵² REIS, Carlos David Santos Aarão. Op. cit., p. 128.

⁵³ JOHN, Michael F. Op. cit., p. 348.

⁵⁴ JAHNEL, Rosemarie. Op. cit., p. 57, 92, 95-96, 98, 101, 103-105, 107; REIS, Carlos David Santos. Op. cit., p. 128.

⁵⁵ JOHN, Michael F. Op. cit., p. 348, nota de rodapé 35.

Os trabalhos da Segunda Comissão ocorreram em sessões públicas, ao contrário de sua antecedente, e estenderam-se de 1891 até 1895. A segunda versão do projeto (“segundo esboço”, “*Zweiter Entwurf*”) foi enviada em 1885 ao *Bundesrat* (câmara alta do Parlamento do *Reich* alemão). Em sua redação muito se aproveitou do “*Erster Entwurf*”, embora tenham sido oferecidas contribuições originais nesta fase da codificação.

2.2.4 O “terceiro esboço” e a aprovação do projeto

O “segundo esboço” revisto, após o exame do *Bundesrat*, foi enviado ao *Reichstag* (câmara baixa do Parlamento do *Reich* alemão), com o nome de “terceiro esboço” (“*Dritter Entwurf*”), no ano de 1896, acompanhado de uma bem fundamentada exposição de motivos.

Nesta última etapa, muitas reservas legislativas ao *BGB* foram aprovadas, mantendo-se em vigor alguns estatutos locais, que preservavam antigos costumes (muitos deles de cariz feudal) dos reinos, grãs-ducados e principados alemães. Era a preservação do *Partikularrechte* em face do Código Civil. Os debates parlamentares centraram-se ainda nos pontos de maior conflito ideológico como o Direito de Família, o Direito Societário e as questões agrárias.⁵⁶

O projeto mereceu aprovação em 01.07.1896, com 222 votos favoráveis e 48 contrários.⁵⁷ Houve eloquente oposição do Partido Social Democrata da Alemanha, que considerava ser necessária a ampliação do “caráter social” do Código⁵⁸ e por não concordar com o tratamento dado às relações trabalhistas.⁵⁹ A postura dos social-democratas, contudo, talvez tenha sido mais retórica do que prática, na medida em que até eles consideravam ter sido a unificação legislativa operada pelo *BGB* como algo positivo para a classe operária.⁶⁰

⁵⁶ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg). Op. cit., notas marginais 9-10.

⁵⁷ Idem, nota marginal 9.

⁵⁸ HORN, Nobert. Op. cit., p. 42.

⁵⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., p. 13.

⁶⁰ JOHN, Michael F. Op. cit., p. 352.

A publicação da lei ocorreu aos 18.08.1896. Era prevista uma longa *vacatio legis*. Daí o *BGB* somente ter entrado em vigor no dia 1.º de janeiro de 1900.⁶¹

2.3 O BGB e seus elaboradores: uma questão de classe ou de ideologia?

Não é possível tomar partido sobre a real qualificação ideológica do *BGB* sem um entendimento de sua época de elaboração (e que época!) e sobre seus codificadores. Essa ciência é necessariamente interligada e poderá oferecer estimulantes leituras sobre os problemas levantados neste artigo.

A Alemanha do jovem imperador Guilherme II era uma nação ainda profundamente dividida em termos religiosos (católicos do Sul e protestantes do Norte), políticos (os governantes dos antigos reinos, grão-ducados e cidades livres e hanseáticas ainda exerciam relevantes parcelas de competência administrativa e legislativa) e de classe (as dissensões entre aristocratas, burgueses e o crescente operariado de uma Alemanha cada vez mais industrializada). A tentativa de conciliar tantos interesses e de esconder essas divisões internas estava fadada ao insucesso, pois a marcha histórica era implacável. As autocracias não poderiam mais resistir ao novo século XX e às exigências das chamadas “classes médias” e do operariado. Não é sem razão que, de entre as grandes potências monárquicas na Primeira Guerra Mundial – Alemanha, Áustria-Hungria, Rússia e Grã-Bretanha –, esta última foi a que solitariamente conseguiu manter seu sistema político intacto, durante e após a conflagração mundial. A causa disso estava nas reformas democráticas dos governos liberais de Herbert Henry Asquith (1852-1928), posteriormente nobilitado como Conde de Oxford e Asquith, e David Lloyd George (1863-1945), também feito nobre, com o título de Conde Lloyd George de Dwyfor,⁶² que seguiram uma trajetória de democratização do sistema político britânico iniciada na administração do conservador Benjamin Disraeli (1804-1881)⁶³ e cujas raízes são bem mais avoengas, porque anteriores ao Oitocentos.⁶⁴

⁶¹ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg). Op. cit., nota marginal 10.

⁶² Suas reformas alcançaram o campo econômico e político, ao exemplo da aprovação de leis previdenciárias no período de 1908-1915 (o que já havia ocorrido na Alemanha no final do século XIX) e do Ato do Parlamento de 1911, que restringiu drasticamente o poder da *House of Lords*, a Câmara alta britânica, de natureza aristocrática. Nesse período, também se aprovaram leis que aumentaram pesadamente a carga tributária sobre os proprietários rurais.

⁶³ Ele próprio um exemplo da democratização da sociedade britânica, pois era um judeu sefardita, de origens portuguesas e italianas, sem qualquer conexão familiar com a aristocracia, que se tornou o mais

É bem difundido o conceito de *Sonderweg*, traduzível, com alguma licença, como “caminho especial”, a significar o modo peculiar de transição de uma sociedade aristocrática para a democracia, o que distinguiria a experiência da Alemanha de outros países europeus. Essa “terceira via” alemã era defendida em sua política externa como uma alternativa ao liberalismo franco-inglês e ao despotismo religioso russo. O Estado imperial teria um caráter centralizador, hierárquico e fundado na liderança do *Kaiser*, ao tempo em que conseguiria cultivar os valores do laicismo e da solidariedade social, por atender às demandas por leis previdenciárias e trabalhistas avançadas (o que realmente ocorreu, antes das democracias liberais). Em geral, a correlação entre o “peculiar caminho” e o sistema jurídico alemão do final do século XIX é pouco examinado, apesar de se constituir um objeto de investigação “extremamente promissor”, como defende Michael John.⁶⁵

Nesse aspecto, a análise de Michael John, que se louva em estudos de David Blackbourn e Geoff Eley⁶⁶ ajusta-se, em muitos pontos, a uma originalíssima tese de Fritz K. Ringer, que se consolidou no livro *O declínio dos mandarins alemães*,⁶⁷ quanto à classe dos professores e cientistas.

O estudo de Fritz K. Ringer é específico da comunidade acadêmica alemã no período de 1890 até 1933. O marco inicial é, portanto, a plena industrialização da sociedade e da economia alemãs. Os “professores”, a poderosa classe que representava a elite intelectual do novo país, começaram a se ressentir do caráter pragmático (e anti-idealista) e tecnicista (e antirreflexivo) das novas gerações, além de se insurgirem contra a ampliação, por eles julgada excessiva, do acesso à universidade e a banalização dos

poderoso Primeiro Ministro da segunda metade do século XIX. Ele foi nobilitado pela rainha Victoria, sua amiga pessoal, e tornou-se Conde de Beaconsfield.

⁶⁴ Essa comparação entre o modelo britânico e o modelo das monarquias continentais é também possível quanto à Revolução Francesa e aos conflitos militares posteriores, as famosas Guerras Napoleônicas. Em outra ocasião, já se afirmou a esse respeito: “É no século XIX que o Liberalismo atinge seu apogeu. As tropas napoleônicas arrasaram as casas reais e dinastias europeias. Antigos reis normandos da Sicília eram expulsos e refugiavam-se na esquadra do Almirante Horatio, Lord Nelson, numa belíssima metáfora da Inglaterra socorrendo o passado quando já construía seu futuro em sólidas bases capitalistas, embora mantivesse as velhas e seguras formas e aparências medievais” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 4).

⁶⁵ JOHN, Michael F. The peculiarities of the German State: Bourgeois law and society in the imperial era. *Past & Present*, n. 119, p. 105-131, may, 1988. p. 106.

⁶⁶ BLACKBOURN, David; ELEY, Geoff. *The peculiarities of German history. Bourgeois society and politics in nineteenth-century Germany*. Oxford: Clarendon, 1984.

⁶⁷ RINGER, Fritz K. *O declínio dos mandarins alemães: a comunidade acadêmica alemã, 1890-1933*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edusp, 2000.

títulos acadêmicos.⁶⁸ Esse aparente elitismo dos professores alemães era o resultado de que eles se tornaram uma nova aristocracia, os ditos *mandarins*, que dão o título ao livro de Ringer.⁶⁹ Eles nada deviam à intrepidez de seus antepassados, ao sangue ou às armas, elementos que ambos conferiam ao nobre tradicional seu *status* no Governo e na sociedade.⁷⁰ Eles eram a nobreza do intelecto. O imperador deles não poderia prescindir para administrar a nação com a necessária legitimidade, que só era conferida pelo mérito. Essa condição especial dos professores seria lentamente arruinada nas três primeiras décadas do século XX, com especial relevo após a Primeira Guerra. A decadência veio acompanhada do achatamento remuneratório (algo bem semelhante ao que se deu com a magistratura) e da desvalorização profissional.⁷¹

O universo acadêmico era, portanto, inacreditavelmente complexo para se atribuir ao *BGB* um puro e simples qualificativo de código “burguês” ou “liberal”. E há quem sustente, na linha da autonomia da classe dos professores, o objetivo de usar a legislação como instrumento de se sujeitar o imperador ao *Rechtsstaat* e à necessidade de respeitar os direitos individuais, a propriedade e a autonomia privada.⁷²

Nas subseções anteriores, teve-se o cuidado de narrar a evolução das comissões, indicando quais eram seus principais membros e suas origens profissionais e de classe. Nesses comitês havia: (a) professores universitários; (b) juízes; (c) conselheiros e assessores ministeriais de alto nível; (d) aristocracias rurais; (e) políticos; (f) ex-militares; (g) engenheiros, economistas e diretores de banco. Em cada uma das etapas do processo de codificação era perceptível a existência de tensões políticas entre esses atores.

⁶⁸ Idem, p. 55-72.

⁶⁹ Idem, p. 24-25.

⁷⁰ “A posição incomumente destacada do professor universitário na sociedade alemã também era enfatizada de outras formas. Ainda tinha grande importância o vago senso de ‘proximidade do trono’. Num sistema em que os cargos públicos eram cuidadosamente relacionados entre si, o topo da hierarquia acadêmica equivalia quase ao nível ministerial na burocracia regular” (idem, p. 51).

⁷¹ “Depois de 1921, aparentemente, os altos funcionários públicos e os professores universitários em particular enfrentaram no trabalho uma desvantagem dual característica. Embora seus rendimentos se tenham evaporado, seu *status* continuou elevado por muito tempo. Sua posição social continuou a exigir um estilo de vida dispendioso, de sorte que era difícil para eles deixar de gastar mais do que podiam. Isso lhes deu a aparência de uma classe dominante ultrapassada e aumentou inevitavelmente sua insatisfação com o ambiente moderno. A inflação apenas deu continuidade àquelas mudanças sociais que já haviam começado com o *boom* industrial do final do século XX; mas acelerou-as o suficiente para transformá-las numa revolução” (idem, p. 73-74).

⁷² JOHN, Michael. The peculiarities of the German State... cit., p. 108.

A análise do que se passou entre 1870-1896 é mais que tudo a comprovação da incoerência da tese de que seria exitoso o “caminho especial” (*Sonderweg*), capaz de superar as contradições já assinaladas de uma Alemanha rural e industrial; aristocrática, burguesa e operária; católica e protestante, sem a mediação de instrumentos democráticos. Não se pode esquecer que o imperador enxergava-se como um “pai da classe trabalhadora” e que os operários encontrariam nele o anteparo à exploração dos capitalistas.⁷³ E foi nesse período que a Alemanha efetivamente se tornou uma nação industrializada, com todos os problemas sociais daí advindos e já experimentados pelo Reino Unido na primeira metade do século XIX. E é evidente (vide seção 7) que a sociedade do Oitocentos foi marcada pelo liberalismo econômico, o que gerou fortes reações de juristas social-democratas ou socialistas, como se descreverá na subseção 2.4.⁷⁴

É importante destacar, ainda, outro aspecto muito peculiar da Codificação Civil alemã: o *BGB* foi elaborado, especialmente na Segunda Comissão, com o contributo de não juristas. Franz Wieacker reconhece essa característica, salientando que os leigos foram convidados para emprestar aos teóricos um pouco de seu conhecimento da vida prática e, desse modo, adequar o criticado “primeiro esboço” às exigências do mundo real.⁷⁵ Outra forte crítica lançada contra o *BGB* está na linguagem excessivamente técnica, cuja compreensão pelo homem comum seria bem difícil. A responsabilidade por esse problema deveria ser atribuída aos *Katheder*, que germanizaram expressões do Direito Romano, tornando-as pouco palatáveis para o alemão falado no quotidiano.⁷⁶

⁷³ A chamada *Sammlungspolitik* é um exemplo dessa política institucional de se reunir os alemães, de todas as classes, em torno dos “consensos sobrepostos” e, com isso, eliminando-se as divergências internas, de modo a permitir a consecução dos grandes projetos nacionais. É curioso que Johann von Miquel, o líder liberal e patrono da codificação civil, tenha sido um dos executores da *Sammlungspolitik* (RÖHL, John C. G. *Deutschland ohne Bismarck: Die Regierungskrise im 2. Kaiserreich. 1890-1900*. Tübingen: Wunderlich, 1969. p. 251).

⁷⁴ O papel da jurisprudência no tratamento das questões econômicas não pode ser desprezado. A Lei da Economia alemã (*Gewerbeordnung*, que remonta à prussiana de 1845), ao contrário do que se deu nos Estados Unidos da América na década de 1890, com a edição do *Sherman Act*, não proibiu cartéis (*Syndikate*). O *Reichsgericht* (Tribunal do *Reich*, máxima instância judicial na época), em 1897, antes da vigência do *BGB*, considerou que os cartéis geravam efeitos econômicos positivos para a sociedade, na medida em que a união de esforços e a dominação de mercados era o resultado de uma boa gestão e da qualidade de produtos oferecidos ao público. Essa decisão atraiu a fúria de muitos socialistas e social-democratas (cf. SCHMOECKEL, Mathias. *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. Notas marginais 375-386).

⁷⁵ WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit...* cit., p. 472-473.

⁷⁶ LAUFS, Adolf. Op. cit., p. 301-302.

Embora Wieacker não lhes conceda o mérito de haver superado o pandectismo da Primeira Comissão, a simples presença desses não juristas é um fator que desequilibra a tese do dogmatismo do *BGB* e de seu alheamento à realidade de sua época. E não eram esses leigos simples especialistas, mas homens de grande prestígio em suas áreas de conhecimento, ao exemplo de Bernhard Engelbert Joseph Danckelmann, uma autoridade respeitada na área florestal. E note-se que houve conflito entre os leigos e os não leigos, como se queixou Johannes Ernst Conrad, o economista que integrou a Segunda Comissão.⁷⁷

Os participantes do processo de codificação não eram fiéis executores da vontade do Governo ou do imperador. Sua condição de *mandarins* tornava-os cômicos de seu valor, independentemente de títulos de nobreza. Nas notas biográficas de Rosemarie Jahnel, largamente usadas neste trabalho, percebe-se que as nobilitações da maior parte dos comissários ocorreu nos últimos anos do século XIX ou após 1901. Muitos dos professores – Gotthold Julius Rudolph Sohm, Bernhard Windscheid e Albert Gebhard – não foram nobilitados, ao contrário dos dois maiores críticos do projeto, Anton Menger von Wolfensgrün e Otto Friedrich von Gierke (1841-1921), um respeitado professor universitário que recebeu um título de nobreza em 1911⁷⁸ e passou a adotá-lo em todas as suas publicações.

2.4 O esquecimento dos pobres e o caráter liberal do BGB

O respeito da dogmática brasileira pelo *BGB* não é desacompanhado de referências sobre seu caráter liberal e o esquecimento dos pobres.⁷⁹ Essa crítica é devedora da obra

⁷⁷ A queixa foi reproduzida, em inglês, por Michael John (The peculiarities of the German State... cit., p. 117): “In general, the professional jurists stuck together too much for a fundamental revision [of the code] from an economic standpoint to be possible and they naturally found support from other members of the commission, who on account of a lack of understanding assured them of a majority”.

⁷⁸ Ele recebeu o título de Adel (fidalgo) e passou a ostentar a partícula “von” em seu nome e também nas publicações acadêmicas. Von Gierke é muito conhecido por suas relevantes contribuições para a teoria da pessoa jurídica, as sociedades e para a formulação do conceito de função social da propriedade.

⁷⁹ Alguns exemplos dessa visão do *BGB* e de sua influência liberal no Brasil: RÊGO, Nelson Melo de Moraes. *Da boa-fé objetiva nas cláusulas gerais de direito do consumidor e outros estudos consumeristas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 44; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Seção XIV; AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização : do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. *Revista Forense*, vol. 102, n. 385, p. 87-100. Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2006. p. 90. Quanto à reprodução dos conceitos alemães sobre o liberalismo do *BGB*: GOMES, Orlando. Op. cit., parágrafo 43. Sob o aspecto processual da tutela do credor, no caso de inadimplemento de obrigação da qual dependesse sua atuação volitiva, há uma interessante divergência em um artigo de

de Anton Menger von Wolfensgrün (1841-1906), um jurista austro-húngaro que lecionou na Universidade de Viena e ocupou funções políticas importantes no Governo Imperial e Real. Menger é muito conhecido (e citado) por seu clássico livro “Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich” (literalmente, “O Direito Civil e as classes populares despossuídas:⁸⁰ uma crítica ao Projeto de Código Civil para o *Reich* alemão”), publicada por H. Laupp, de Tübingen, no ano de 1890, que ganhou o título (em espanhol) “El Derecho Civil y los pobres” (O Direito Civil e os pobres), versão que é muito difundida no Brasil.⁸¹ Não deixa de ser peculiar o fato de que a visão brasileira sobre o liberalismo do *BGB* orientou-se primordialmente pelas lições de Menger, ao passo que, na Alemanha, seu impacto foi consideravelmente menor.⁸²

Menger, até por sua origem de classe e sua fidelidade à Monarquia Dual, de quem foi servidor, nunca se filiou a partidos políticos, nem teve militância política. Seus estudos eram conectados ao que veio a ser chamado de “socialismo jurídico”, embora seu legado intelectual seja até hoje muito polêmico, até em razão de suas (veementes) críticas ao trabalho de Karl Marx.⁸³ Segundo Anton Menger, o pensamento marxiano era excessivamente louvado em fundamentos economicistas e historicistas. O verdadeiro socialismo reconduziria a um sistema baseado no entrelaçamento de três direitos fundamentais: (a) o direito ao produto integral do trabalho; (b) o direito à assistência; (c) o direito ao trabalho.⁸⁴

As concepções mengerianas foram duramente atacadas pelos seguidores de Marx, em uma réplica escrita inicialmente por Friedrich Engels (o que denota a importância dada

Guilherme Puchalski Teixeira (O artigo 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. *Revista Forense*, vol. 102, n. 388, p. 93-108. Rio de Janeiro: Forense, dez. 2006. Nota de rodapé 9), no qual ele afirma ter a Alemanha se conservado alheia ao pensamento liberal, porquanto “lá se mantiveram presentes até os dias atuais, mecanismos sancionatórios de *coerção* – v.g. multa diária e prisão civil, intimamente ligados a uma noção *publicista* do processo, a qual gerava a punição de todo aquele que violasse a autoridade do Estado”.

⁸⁰ A tradução italiana prefere “O Direito Civil e o proletariado”.

⁸¹ Há uma edição argentina (*El Derecho Civil y los pobres*. Versión española, revisada y corregida, de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1947) e outra espanhola, com mesmo tradutor, publicada em 1998, pela editora Comares, de Granada.

⁸² Quanto à baixa influência das críticas de Menger na Alemanha: WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit...* cit., p. 470.

⁸³ MÜLLER, Eckhart; MENGER, Anton. In: Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg). *Neue Deutsche Biographie (NDB)*. vol. 17. p. 71-74. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

⁸⁴ DI CECCA, Dario. “Il socialismo dei giuristi”: Per una ricerca sul socialismo giuridico francese. *Historia et ius: Rivista di Storia Giuridica dell’Età Medievale e Moderna*. v. 3, paper 13, p. 1-10, 2013. p. 5.

ao civilista austro-húngaro) e concluída por Karl Kautsky,⁸⁵ com publicação em 1897, na revista *Die Neue Zeit*, periódico do Partido Social Democrata alemão.⁸⁶ Para os críticos de Menger, os argumentos históricos e econômicos fundamentavam a tese de que o Direito nunca fora capaz de transformar as estruturas sociais. A “concepção jurídica” seria tipicamente burguesa e havia retirado Deus da centralidade do Direito e colocado, em seu lugar, o homem. O “direito humano” sucedeu ao “direito divino”, assim como o Estado teria substituído a Igreja.⁸⁷

Essa polêmica entre Menger e Kautsky, que se tornou célebre, não impediu o desenvolvimento da categoria “socialismo jurídico”. Como salienta Dario Di Cecca, o surgimento do “socialismo jurídico” deu-se no último quartel do século XIX, no contexto da crise da Escola Exegética em França e em consequência da publicação do Manifesto Comunista, de Marx, além das teorias de Charles Darwin e de Herbert Spencer.⁸⁸

O “socialismo jurídico” pode ser analisado a partir de diferentes acepções, tal sua plurivocidade. A primeira delas compreende um espectro de autores e ideias tão amplo, que corre o risco de ser confundido com o “solidarismo jurídico” e a “socialização do Direito”. Nessa chave encontrar-se-iam nomes como Claude Henri de Saint-Simon, Georges Sorel, Ernest Glasson, Léon Duguit, Léon Bourgeois, Louis Josserand e Edouard Lambert, além de Joseph Charmont, Raymond Saleilles e François Géný, embora, especialmente os três últimos, nem todos possam ser tidos como socialistas e sim, de modo mais adequado, como representantes de uma visão mais social do Direito.⁸⁹

⁸⁵ Karl Kautsky (1854-1938), nascido em Praga, ainda parte integrante do Império Austro-Húngaro, cursou História e Filosofia na Universidade de Viena e foi um dos criadores da social-democracia no século XIX. Tendo morado em Londres, conheceu Friedrich Engels e colaborou na edição do quarto volume do livro *Das Kapital*, de Karl Marx. A revista *Die Neue Zeit* foi por ele fundada em 1882 e, até 1917, ele respondeu por sua editoria. Após a Primeira Guerra Mundial, ele caiu em desgraça junto aos bolcheviques. Vladimir Ilich Ulianov, cognominado Lênin, dedicou-lhe o opúsculo “A Revolução Proletária e o renegado Kautsky” (1918), cujo título é autoexplicativo sobre a situação de Kautsky perante os comunistas russos. Esse texto está disponível em português: [www.dorl.pcp.pt/images/classicos/t28t044.pdf]. Acesso em: 30.09.2013.

⁸⁶ DI CECCA, Dario. Op. cit., p. 5.

⁸⁷ Idem, ibidem.

⁸⁸ Idem, p. 1.

⁸⁹ Esse caráter plurívoco do “socialismo jurídico” e da “socialização do Direito” é tão notável que, em 1917, James Harrington Boyd (*Socialization of the Law. American Journal of Sociology*, vol. 22, n. 6, p. 822-837, may. 1917) afirmava que a “socialização do Direito” poderia significar o uso das leis (*statutes*) federais e estaduais para ajustar os princípios legais à realidade econômica dos Estados Unidos, por meio

Se for tomada uma acepção mais estrita de “socialismo jurídico”, o número de representantes cairia drasticamente, o que açambarcaria os franceses Emmanuel Lévy, Charles Andler e André Mater, além dos italianos Enrico Ferri, Cesare Vivanti e Enrico Cimbali.⁹⁰

Na Alemanha, Otto Friedrich von Gierke também se ergueu contra o projeto do *BGB*, após a publicação do “primeiro esboço” (“*Erster Entwurf*”) em 1887.⁹¹ Para ele, o futuro Código Civil mais parecia com um *Pandektenkompendium*, o que produziria uma lei formalista, antissocial, abstrata e esquemática. A nova legislação seria um instrumento de opressão dos pobres e fracos. Sendo clássica sua frase de que a liberdade contratual converter-se-ia em uma arma nas mãos do forte e uma espada com lâmina cega nas mãos do fraco, servindo à opressão do primeiro sobre o segundo e ao abuso do poder econômico no âmbito dessas relações.⁹²

Outra censura de von Gierke, que raramente é objeto de referência, consistia na denúncia do abandono das tradições jurídicas “alemãs” em detrimento de conceitos estranhos, derivados do Direito Romano.⁹³ As raízes dessa crítica guardam estirpe em debates do século XVIII entre romanistas e civilistas, que disputavam a prevalência do Direito Romano com o *ius commune* (no sentido de um “direito geral alemão”), este último mais representativo da especificidade e da nacionalidade alemã. Essa tese, assim como várias outras deste período, voltaria a ser brandida no período hitlerista, a ponto de os nazistas defenderem oficialmente a extinção das cátedras de Direito Romano das universidades alemãs (vide seção 6).

É correto afirmar que autores como Menger, Gierke e, na Itália, Enrico Cimbali, deram ênfase à necessidade de uma transformação social nos Estados europeus, que o crepúsculo do século XIX começava a deixar entrever e cujo efeito se revelaria de

de uma maior intervenção nos mercados e nos serviços de interesse público, além da melhoria das condições de trabalho. Enfim, uma forma de se assegurar o *social welfare*.

⁹⁰ DI CECCA, Dario. Op. cit., p. 3-4.

⁹¹ SCHULTE-NÖLKE, Hans. Op. cit., p. 1707.

⁹² Essas críticas concentram-se no livro *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (Leipzig: Dunker & Humblot, 1889), disponível em: [<http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22139686%22>], acesso em: 27.09.2013, e na separata *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Berlin: Springer, 1889), disponível em: [<http://fama2.us.es/fde/ocr/2008/dieSozialeAusgabeDesPrivatrechts.pdf>], acesso em: 28.09.2013.

⁹³ JOHN, Michael F. The politics of legal unity in Germany... cit., p. 346-347.

maneira trágica nas décadas iniciais do século XX, com a Revolução Russa e a Primeira Guerra Mundial.

O Direito Civil, por diversas razões, foi o epicentro da crítica desses autores, que clamavam por uma ampla transformação de seus institutos. Uma passagem de Enrico Cimbali, tão poética quanto impressiva por sua eloquência, conseguiu captar esse estado de coisas:⁹⁴

“Um desejo profundo de novidade, uma mania febril de reforma em todas as esferas múltiplas da vida, da *sciencia*, da arte, oprime e agita violentamente as fibras da sociedade moderna. Nenhum sistema, nenhuma instituição, nenhum organismo científico, artístico, social, ainda que tenha o selo e a consagração dos séculos, se considera como inviolável e sagrado. Tudo cai e se transforma, a nossas vistas, sob o martelo inexorável da crítica, sob impulso irresistível de novas necessidades.

Entretanto, como nau encantada a navegar sobre as águas revoltas do oceano, cheio de cadáveres e moribundos, o Direito Civil parece inteiramente insensível a todas essas modificações. Forma coeva a muitas outras, que desapareceram ou se transformaram, o Direito Civil, tal como nos foi transmitido pelo Direito Romano, depois de ter resistido ao torvelinho social da Idade Média, só com mui ligeiras alterações passou para o Direito moderno e parece ainda destinado, tal como nos veio da antiguidade latina, a dirigir as sociedades futuras”.⁹⁵

Anton Menger von Wolfensgrün, Enrico Cimbali e Otto Friedrich von Gierke deixaram suas marcas na doutrina brasileira do século XX, no que se refere à crítica sobre o caráter socialmente atrasado do Direito Civil e, por consequência, do *BGB*.⁹⁶ Embora se

⁹⁴ Manteve-se a ortografia original, a fim de conservar o sabor do estilo. E essa é uma visão compartilhada, até hoje, por amplos setores da dogmática alemã: HAMMEN, Horst. Consumidores, investidores privados e não profissionais: cem anos de proteção dos mais fracos no direito alemão. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 72, ano 18, p. 263-281. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2009.

⁹⁵ CIMBALI, Enrico. *A nova phase do direito civil em suas relações economicas e sociaes*. Trad. Adherbal de Carvalho. Porto: Livraria Chardron, 1900. p. 13. A versão original é *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali: con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, publicado em Turim, pela Unione Tipografico-Editrice (UTET), em terceira edição, no ano de 1895.

⁹⁶ Silvio Meira (Os códigos civis e a felicidade dos povos. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 30, n. 117, p. 397-418. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, jan.-mar. 1993. p. 158), embora retire mérito às ideias marxistas, invoca a autoridade de Menger para reafirmar o esquecimento dos “deserdados da sociedade” pelo *BGB*. Sobre o caráter liberal tardio do *BGB*, também por influência de Menger e Gierke: COSTA, Dilvanir José da. Trajetória da codificação civil. *Revista dos Tribunais*. vol. 825, ano 93, p. 729-736. São Paulo: Ed. RT, jul. 2004.

deva tomar posição quanto a inseri-los no rol dos “socialistas jurídicos”, um espectro excessivamente amplo, como já se enalteceu, ou no campo dos “juristas marxistas”, algo mais próximo da tradição de autores como Uvgeny Bronislanovich Pasukanis (1891-1937).⁹⁷ Nem sempre essa diferenciação está presente na doutrina brasileira e ela é bastante relevante para a compreensão dos objetivos e do alcance teórico dos escritos de Menger, Cimbali e Gierke.⁹⁸

2.5 A importação e a adaptação dos consensos sobre o BGB para o Código Civil de 1916

O consenso alemão sobre o “liberal” do *BGB*, aceito por grande parte da doutrina da segunda metade do século XIX,⁹⁹ foi transposto para o Código de 1916, com todas as consequências práticas daí oriundas.

O século XIX foi realmente uma era *liberal*. Quem haverá de negar? Não há como se recusar esse qualificativo, até por uma evidente decorrência das revoluções francesa e industrial. Mas, esse é um ponto que admite novas interpretações, como se tentará demonstrar na seção 3. O *liberalismo manchesteriano*, de um membro do Parlamento britânico, em defesa do livre-comércio, seria o mesmo *liberalismo* de um deputado brasileiro na Assembleia do Império, argumentando contra a emancipação dos escravos? O Brasil do século XIX, atrasado, rural e centralista, pode ser realmente considerado um exemplo de liberalismo econômico? É efetivamente adequado aceitar acriticamente que o Código Civil alemão seria um texto legislativo liberal? E o que se entende por liberal?

⁹⁷ Autor de obra clássica da chamada “teoria crítica do Direito”, intitulada *Teoria geral do Direito e marxismo*, que foi traduzida para o português, a partir da versão francesa, por Silvio Donizete Chagas, com publicação em São Paulo, no ano de 1988, pela editora Acadêmica.

⁹⁸ Jefferson Carús Guedes (*Desigualdade e igualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Edição do Autor, 2012. p. 44-53) apresenta uma original sistematização ideológica e teórica do igualitarismo nas perspectivas utilitarista, marxista e liberal. Em outra passagem, Jefferson Carús Guedes (Op. cit., p. 134) acentua que: “Tradicionalmente a desigualdade jurídica era identificada predominantemente no plano da riqueza econômica, na capacidade de litigar, como o fez Anton Menger. Essa tendência vem rapidamente mudando no último século, com visões mais complexas e multidimensionais da desigualdade qualitativa, que consideram características étnicas, culturais, instrucionais e outras e, também, quanto a aspectos de modulação quantitativa. Para além disso, há uma diversidade nominativa e conceitual de desigualdades jurídicas, merecedoras de atenção pelo menos superficial”.

⁹⁹ RÜCKERT, Joachim. Op. cit., p. 750.

Quanto ao Código Beviláqua, é bom citar algumas conclusões de Venceslau Tavares Costa Filho sobre esse pretensão liberalismo da codificação de 1916:¹⁰⁰ (a) os argumentos liberais serviram, no século XIX, para diferentes agendas, ora em defesa de maior intervenção do Estado nos negócios privados e nas relações familiares, ora em prol de controles estatais mínimos, como se observa dos debates sobre a escravidão e o papel da autonomia dos proprietários de terra escravagistas;¹⁰¹ (b) o liberalismo econômico no Brasil do século XIX seria contraditório com o perfil constitucional da liberdade de religião e de culto, na medida em que a fé católica, nos termos da Constituição do Império, era oficial, e as demais religiões só se poderiam professar em templos descaracterizados;¹⁰² (c) os “reclamos sociais” não foram ignorados por Clóvis Beviláqua em seu Projeto de Código Civil, que defendeu a necessidade de “o individualismo deve ceder organicamente diante dos fins sociais do Estado, de modo que os Códigos de Direito Privado devem ser Códigos de Direito Privado social”.¹⁰³ De tal modo, Beviláqua “entendia que a liberdade de contratar não é absoluta, que previa a figura da lesão em seu Projeto de Código Civil, entre os defeitos do negócio jurídico. Tal instituto veio a ser suprimido posteriormente nas revisões feitas na Câmara e no Senado”.¹⁰⁴

Convém, agora, apreciar as nuances da clivagem *conservador-liberal* e seus reflexos no Direito Civil.

3. A CLIVAGEM CONSERVADOR-LIBERAL E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO

Ultrapassa os limites do Direito Privado o problema, cada vez mais complexo atualmente, de se departir liberais e conservadores no espectro político-ideológico.

Nos Estados Unidos da América, onde persiste uma divisão objetiva da sociedade entre democratas e republicanos, o presidente Barack Hussein Obama elegeu-se com base em uma agenda de maior intervencionismo nos serviços públicos (a criação do serviço

¹⁰⁰ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Um Código “social” e “impopular”: uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916)*. Tese de Doutorado. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

¹⁰¹ Idem, p. 61-62.

¹⁰² Idem, p. 76.

¹⁰³ Uma questão geralmente pouco considerada é a demarcação entre o Projeto Beviláqua e o Código Civil aprovado em 1916.

¹⁰⁴ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Op. cit., p. 201.

estatal de saúde, por meio da lei conhecida como *Obamacare*) e nos mercados financeiro e imobiliário, com a introdução de mecanismos de controle regulatório mais duros pela *Federal Reserve*. Em paralelo, a plataforma eleitoral do candidato democrata indicava o afrouxamento das leis anti-imigração e a defesa do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Os norte-americanos costumam definir os democratas como *liberals* ou, de modo mais específico, *left-liberals*. No Brasil, são definidos como liberais os partidos defensores da abertura dos mercados, da redução da carga tributária, da mínima intervenção “econômica” e “na economia” do Estado, da livre iniciativa e da privatização das empresas estatais. Essas ideias foram defendidas e efetivamente aplicadas no Reino Unido nos anos 1980-1990 pelo Partido Conservador, na onda do *thatcherismo*.¹⁰⁵

Tais exemplos são eloquentes para se demonstrar a dificuldade de caracterização de pessoas, grupos ou de leis como *liberais* ou *conservadoras*. E tal se percebe com maior clareza quando também se põe em evidência a clivagem *esquerda-direita*. O Partido Democrata, nos Estados Unidos da América, e o Partido Trabalhista, no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, seriam representativos de um pensamento de esquerda. Daí se referir, especialmente na América do Norte, aos democratas como *left-liberals* (liberais de esquerda), o que torna ainda mais confusa essa classificação. Nos países do Leste Europeu, em muitas análises políticas ou jornalísticas sobre o equilíbrio de forças entre os antigos partidos comunistas e seus opositores históricos (antigos monarquistas, simpatizantes do modelo capitalista ocidental ou dissidentes ligados aos direitos humanos ou ao meio-ambiente), costuma-se dizer que os comunistas (ex-comunistas, neocomunistas ou socialistas) seriam os *conservadores*.

No final do século XX e início do século XXI, duas novas questões perturbaram profundamente a clássica divisão entre *conservadores* e *liberais*. A primeira está na explosão do movimento ambientalista. Os defensores do meio-ambiente são chamados de ecologistas, ambientalistas e conservacionistas. Tem-se uma curiosa associação de valores ambientais e conservadores, como se nota da realidade política alemã. Não

¹⁰⁵ Conceito relativo à administração da primeira-ministra britânica Margareth Hilda Thatcher (1925-2013), nobilitada como Baronesa Thatcher, nos anos de 1979-1990, marcada pela privatização de empresas estatais, instituição de um novo modelo regulatório de serviços públicos e pelo estímulo à livre-iniciativa.

haveria nada mais conservador do que um membro do Partido Verde e, nesse sentido, ter-se-ia uma convergência natural dos eleitores de tendência religiosa (como são os do CDU)¹⁰⁶ e os verdes.

Em segundo lugar, a clivagem *conservadorismo-liberalismo* tem-se mostrado incoerente no campo da moral e dos bons costumes, cuja sede material estava e está ainda hoje no conceito de família. O conservadorismo em costumes foi, até pouco tempo, uma nota distintiva de partidos como o Republicano (Estados Unidos da América), o Conservador (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), a Democracia-Cristã (Alemanha), o Popular (Espanha) ou o Social Democrata (Portugal). A defesa da família dita tradicional afastou essas agremiações (e seus eleitores) de temas como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o aborto, as uniões simultâneas e o controle de natalidade. Hoje, no entanto, essa monolítica orientação quanto aos costumes sociais está repleta de fissuras. Abstraindo o aborto e o controle de natalidade e ficando-se apenas nas uniões não heterossexuais (aí compreendidos outros arranjos), salvo evidentes exceções, o Partido Conservador, a despeito de forte resistência interna, abandonou suas restrições ao tema.¹⁰⁷ No Partido Republicano, existem muitos dissidentes, cada vez mais fortes, diga-se, à vedação jurídica às famílias constituídas fora dos esquemas clássicos.

Nos países de tradição socialista, durante todo o século XX, prevaleceu um rígido controle da moral sexual. A despeito da valorização da mulher, da liberdade quanto ao seu corpo, e da igualdade na assunção de atividades econômicas e profissionais, os regimes comunistas foram tradicionalmente “conservadores” em matéria de costumes.

É bem provável que a perda de referencial simbólico, ideológico e também jurídico das expressões “liberal” e “conservador” haja sido causada pela ruptura histórica representada pelo fim da experiência do “socialismo real” na Rússia e na Europa do

¹⁰⁶ *Christlich Demokratische Union Deutschlands*, em português, União Democrata-Cristã da Alemanha. No Sul da Alemanha, seu correspondente, de matriz católica, é a União Social-Cristã na Baviera (em alemão, *Christlich-Soziale Union in Bayern e. V.*

¹⁰⁷ O projeto de lei do Partido Conservador, que institui o casamento entre pessoas do mesmo sexo na Inglaterra, segundo informações divulgadas pela *BBC* de Londres, foi uma iniciativa do primeiro-ministro David Cameron, que teve de enfrentar fortes contestações internas. A aprovação do projeto na Câmara dos Comuns ocorreu em maio de 2013, com muitos votos contrários da base partidária do Governo (133 deputados conservadores e 4 liberais-democratas). Disponível em: [www.bbc.co.uk/news/uk-politics-22605011]. Acesso em: 06.10.2013.

Leste. É evidente que não se pode simplificar as coisas e decretar a morte do marxismo, que permanece vigoroso e com renovado interesse por filósofos, juristas e sociólogos em todo o mundo. Mas, a experiência iniciada em 1917, com Revolução Russa, e extinta em 1989, com a queda do Muro de Berlim, permite hoje sua apreciação com o necessário distanciamento histórico. E, por essa razão, é possível afirmar que a mais importante categoria sociológica do século XX, o trabalho, perdeu sua capacidade de explicar *isoladamente* os fenômenos sociais. A categoria “trabalho”, que foi a base das duas mais importantes tradições sociológicas do último século, lideradas por Karl Marx e Max Weber, era fundamental para dividir e ordenar as classes sociais, os costumes, a estética, a moda, as expressões lúdicas do povo ou a organização dos partidos políticos.¹⁰⁸

Hoje, parece haver “tribos” (no sentido equívoco e vulgar do termo) e não mais “classes”. O bilionário Bill Gates não usa gravata e foge do estereótipo do capitalista tradicional, embora ele seja tão ou mais concentrador de renda e violentamente competitivo (com tudo o que isso significa) quanto seus precursores John Davison Rockefeller (1839-1937), John Pierpont Morgan (1837-1913) ou Andrew Carnegie (1835-1919). Esses últimos eram conhecidos monopolistas nos setores do petróleo, financeiro e ferroviário, com práticas comerciais tão peculiares que passaram à história como os “barões gatunos”. Diferentemente de Gates ou de Steve Jobs, eles prezavam o modo de vestir clássico, um estilo de vida religioso e moralmente comprometido com a ética protestante da qual falaria Max Weber em seu clássico livro de 1904-1905, intitulado *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus* [A ética protestante e o espírito do capitalismo]. Tanto para os barões do século XIX, quanto para seus homólogos contemporâneos, porém, a vida espartana e a agressividade negocial permaneceram idênticas, além do inegável mérito de se terem convertido em grandes filantropos.¹⁰⁹

¹⁰⁸ VERONESE, Alexandre. Quem fiscaliza o risco do celular? Agências, Estados, Municípios e a luta judicial. Trabalho apresentado no VIII Congresso Brasileiro de Ciência Política. Gramado: Associação Brasileira de Ciência Política, 01 a 04 ago. 2012. Disponível em: [www.cienciapolitica.org.br]. Acesso em: 02.05.2013. p. 1-2.

¹⁰⁹ Essa aproximação entre os dois modelos empresariais do final do século XIX e do final do século XX não tem sido ignorada pelos autores contemporâneos. A respeito, confira-se: GEISST, Charles R. *Monopolies in America: Empire builders and their enemies from Jay Gould to Bill Gates*. Oxford: Oxford University Press, 2000. Passim.

O estilo de vida desses novos “barões”, que hoje é exitoso em diversos países, como é o caso do Brasil, fez com que eles fossem hoje reconhecidos pela expressão *bobos*, ou seja, *bourgeois bohemians*, em português, “burgueses boêmios”, que foi adaptada por David Brooks, em um livro de 2000, publicado por Simon & Schuster, com o título muito sugestivo de *Bobos in paradise: The new upper class and how they got there* [Burgueses boêmios no paraíso: a nova classe alta e como eles chegaram lá]. Diz-se adaptada porque “burguês boêmio” (*bourgeoise bohème*) foi uma criação do escritor francês Guy de Maupassant, em seu romance de 1885, intitulado *Bel-Ami*.

Esses burgueses boêmios, no entendimento de David Brooks, seriam o fruto da contracultura dos anos 1960 e teriam rompido com o formalismo (jurídico, filosófico, cultural e estético) e com os costumes sociais baseados na religião, na família legítima e na moralidade dita burguesa. São capitalistas sem colarinhos brancos ou gravatas, que não temem as experiências hedonistas (negadas pelo ascetismo judaico-cristão) e que defendem a extinção de hierarquias e de distinções nas empresas. Eles não mais apoiam os partidos conservadores e, sim, os liberais. Em seus negócios, eles enfatizam práticas politicamente corretas, políticas afirmativas e assumem-se como defensores da ecologia. Um poderoso capitalista que se deixa chamar pelo nome e que considera seu empregado como um “associado” ou “colaborador” e, ainda por cima, doa dinheiro para causas ecológicas e pode ser encontrado na padaria da esquina é algo totalmente subversivo para as clivagens clássicas de liberal e conservador. No Direito, esse fenômeno também se nota, especialmente nas profissões jurídicas. Veja-se um hipotético exemplo de uma firma que ganha polpidos honorários de empresas poluidoras ou que devastam o meio ambiente, mas que defende *pro bono* causas humanitárias, politicamente corretas ou em favor de minorias.

Há, em tudo isso, um processo de deturpação do sentido das palavras, daí a imensa dificuldade em se utilizar essas expressões. E, o que é mais grave, uma espécie de acomodação dos conflitos, fazendo com que as causas reais da desigualdade social, da concentração de renda ou transformação de cidadãos em consumidores sejam obnubiladas por um discurso politicamente correto. E, até mesmo essa retórica do “bem absoluto”, que mais se parece com uma religião laica, é comprometida por sua função paralisante. É difícil criticar quem defende um animal em extinção, como os pandas, ou quem afeta um comportamento igualitário em relação a seus empregados, mas que os

remunera tão mal quanto a política de custos mínimos na empresa o permita. E, de resto, essa política de (aparente) defesa do meio ambiente e de causas coletivas é uma bela (e gratuita) propaganda da empresa, sob o selo irrepreensível da “responsabilidade social”.

O descolamento da defesa de costumes tradicionais, em termos de moral e família, da preservação do modo de produção capitalista conferiu aos novos “bobos” uma esfera de imunidade à crítica social contemporânea.

Essa contradição essencial entre a manutenção do modelo econômico e a adoção de práticas morais ditas avançadas está no centro do questionamento hoje formulável sobre o que é ser um *liberal* ou o que é um *Código liberal*.

Aproximando essas discussões do tema central deste artigo, a saber, o legado alemão para o Direito Civil brasileiro e os consensos sobre a qualificação dos respectivos códigos civis, podem ser oferecidas algumas conclusões parciais:

1. A orientação moral baseada no controle dos costumes sociais não é geminada a uma ideologia econômica intervencionista ou não intervencionista. Houve – e ainda há Estados (a) moral e economicamente *liberais*; (b) moral e economicamente *conservadores*; (c) moralmente *conservadores* e economicamente *liberais*; (d) moralmente *liberais* e economicamente *conservadores*; (e) moralmente *conservadores* e economicamente *intervencionistas*; (f) moralmente *liberais* e economicamente *não intervencionistas*; (g) moralmente *liberais* e economicamente *intervencionistas*.

O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte foi um Estado do tipo (c) durante o final do século XIX até meados do século XX. Da segunda metade do século XX até a década de 1980, ele assumiu feições do tipo (e). Nos anos 1980-1990, ele se converteu em um Estado do tipo (a). Desde o final da era Thatcher e o surgimento do *New Labour*, com a administração do Primeiro-ministro Tony Blair, o Reino Unido passou a ser classificado de entre os Estados do tipo (g). Com o retorno dos conservadores ao poder, em coalizão com os liberais, no século XXI, sua feição atual corresponde ao tipo (f). O Parlamento britânico, de maioria liberal-democrata/conservadora, aprovou o retorno à

privatização dos serviços públicos, ao tempo em que liberou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Na Alemanha, a expressão *liberal* pode ser vinculada à Revolução de 1848, da qual surgiu a experiência constituinte de 1848-1849 na Igreja de São Paulo, em Frankfurt, o que se mostra familiar para um brasileiro que recorde os “movimentos liberais” dos tempos de D. Pedro I e da Regência. Outro sentido, que é mais atual e também perigoso, é o de neoliberal ou de liberal econômico, uma plataforma sustentada pelo Partido Democrático Livre (*Freie Demokratische Partei – FDP*),¹¹⁰ que não atingiu a cláusula de barreira nas eleições de 2013 e deixará de integrar o Parlamento pela primeira vez desde 1949.

2. A manipulação dos conceitos *liberal* e *conservador* é tão perigosa quanto recorrente no Direito, o que equivale, muita vez, à criação de “espantalhos” nos estudos acadêmicos, uma prática condenável e que conduz, em diversos casos, a verdadeiros paradoxos argumentativos.

Veja-se o seguinte excerto de um escrito dos anos 1940, fortemente lastreado em doutrina alemã muito atualizada para a época, que é um dos mais belos panegíricos ao princípio constitucional da igualdade:

“Do fato de conterem as Constituições líbero-democráticas uma declaração de direitos fundamentais, não com o caráter de simples programa destinado a orientar a legislação, mas como norma de direito constitucional positivo, cuja estrita observância se impõe ao Estado – à legislação, mas como norma de direito constitucional positivo, cuja estrita observância se impõe ao Estado – à legislação, à Administração e à Justiça – segue-se uma consequência da mais alta significação, que é o conceito de lei como disposição de caráter geral, ou como regra de direito, e, portanto, a vedação, ao Poder Legislativo, de legislar por via de medidas individuais ou concretas.”¹¹¹

¹¹⁰ Há quem traduza também como Partido Democrático Liberal.

¹¹¹ CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 10, p. 376-417. out.-dez. 1947. p. 399.

Assim, “[q]uando, efetivamente, a Constituição assegura a liberdade, a propriedade e os demais direitos individuais, ela os assegura não só indiscriminadamente ou a todos, mas a todos na mesma medida e mediante as mesmas condições”. O direito à igualdade “rege os demais direitos individuais, devendo ser subentendida, em cada um dos parágrafos seguintes ao em que ele vem enunciado, a cláusula relativa à igualdade diante da lei”.¹¹²

Nesse artigo, há passagens que antecipam em quase 40 anos debates doutrinários sobre a força normativa da Constituição e tem-se o reconhecimento de que os direitos fundamentais – especificamente o direito à igualdade – vinculam o legislador, o juiz e o administrador, na linha do que os alemães consagrariam na teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais. E todo esse mérito é atribuído às “constituições liberais”, o que torna ainda mais interessante o artigo, dado que seu autor é Francisco Campos,¹¹³ o ideólogo jurídico-político do regime do Estado Novo, autor da Constituição de 1937 e colaborador na redação dos Atos Institucionais n. 1 e 2, os primeiros documentos normativos da ditadura militar brasileira de 1964-1985.

Menos do que uma demonstração da hibridez ideológica de Francisco Campos, reconhecido jurista de posições antiliberais, seu artigo *Igualdade de todos perante a lei* é mais uma evidência da complexidade da clivagem liberal-conservador.

Em verdade, passa-se a exigir uma elaboração mais refinada desses termos e a impedir que se proclame, de modo repetitivo e muita vez acrítico, que o Código de 1916 foi liberal, sem que se explique essa qualificação. Em suma, é preciso ser conservador na qualificação de uma lei como liberal.

¹¹² Idem, p. 377.

¹¹³ Francisco Luís da Silva Campos (1891-1968) foi um dos mais brilhantes publicistas brasileiros do século XX. Professor catedrático de Direito Público Constitucional da Faculdade de Direito de Minas Gerais, atualmente unidade da Universidade Federal de Minas Gerais, Campos participou ativamente do golpe que derrubou o presidente Washington Luís em 1930 e que passou à História como Revolução de 1930. Sob a presidência de Getúlio Vargas, foi ministro da Educação (no período do Governo Provisório) e da Justiça (na ditadura do Estado Novo). Dirigiu as comissões que elaboraram o Código Penal (1940) e o Código de Processo Penal (1941).

4. O BGB E SUA INFLUÊNCIA NA DOUTRINA BRASILEIRA

4.1 Algumas palavras sobre a “recepção de direitos” e seus principais problemas

A recepção do Direito estrangeiro é um fenômeno que se verifica em diversas províncias jurídicas. O conceito de “recepção” é plurívoco, o que estabelece algumas dificuldades em seu tratamento. Um dos sentidos para a recepção é a incorporação de regras, doutrinas e princípios de um sistema por outro, os quais, de modo parcial ou total, por ação lenta ou única, voluntária ou coativa, integram-se ao sistema receptor.¹¹⁴ Pode-se também falar em “recepção” como a “incorporação de partes significativas de sistemas jurídicos estrangeiros (*fremde Rechtsordnungen*), que transformam o direito da comunidade jurídica adquirente, sendo essas partes também muitas vezes consideravelmente modificadas, ou, assimiladas. De tal modo que se não se destrói a continuidade histórica do adquirente cultural (*Kulturempfänger*)”.¹¹⁵ Há autores que não concedem dissociarem-se os conceitos de *recepção* e *poder*, como é o caso de Konrad Zweigert e Hein Kötz,¹¹⁶ quando citam Paul Koschaker: “[a recepção é] consequência de uma posição de poder intelectual e político do direito recepcionado”.¹¹⁷ Modernamente, tem-se abandonado essa questão da influência do poder nos mecanismos de recepção e ganha vulto a ideia de *legal transplant*.

Dário Moura Vicente afirma que “[a] evolução dos sistemas jurídicos é largamente tributária de fenômenos de recepção, ou transplante, de ordens jurídicas estrangeiras ou passadas”, ao exemplo de “ondas de recepção”, como a “primeira vaga” ocorrida no século XII, quando o Direito Romano foi recepcionado no continente europeu pelos antigos Estados bárbaros. Ou a “segunda vaga” de recepções, quando da “era das codificações”, nos séculos XIX e XX. E a “terceira vaga”, que se deu na segunda metade do século XX, “por via da difusão na Europa continental de novos tipos contratuais oriundos do universo jurídico anglo-saxónico (em particular o norte-americano), como o *leasing*, o *factoring*, o *franchising* etc., e da consagração legal e

¹¹⁴ Ana Lúcia de Lyra Tavares (Nota sobre as dimensões do Direito Constitucional comparado. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 14, p. 89-104. Rio de Janeiro: Departamento de Direito da PUC-RJ, jan.-jul. 1999. p. 94) diferencia a “recepção de direitos” e a “circulação de modelos jurídicos”. A recepção seria um movimento unidirecional, do sistema exportador para o sistema importador, enquanto a circulação o movimento é bidirecional, porque se pressupõe haver “um retorno, com elementos novos, às fontes originais de inspiração”.

¹¹⁵ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, op. cit., p. 13.

¹¹⁶ ZWIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996. p. 98.

¹¹⁷ KOSCHAKER, Paul. *Europa und das römische Recht*. 2. Auflage. München: Beck, 1953.

jurisprudencial de regimes especiais de responsabilidade civil, igualmente emanados dos Estados Unidos da América, entre as quais a do produtor, a dos médicos e a dos provedores de serviços de Internet”.¹¹⁸ Desse modo, é vulgar que a recepção se dê por meio da “importação” de institutos ou de figuras estrangeiros, o que pode contemplar (a) a adoção de modelos jurídicos e seu aproveitamento na doutrina, na jurisprudência ou na legislação; (b) a tradução de textos doutrinários, o que implica certo grau de influência teórica ou mesmo ideológica de um país sobre o outro.

Esse processo não vem desacompanhado de problemas, alguns deles muito sérios, os quais podem ter suas causas parcial e sumariamente inventariadas:¹¹⁹ (a) a figura jurídica estrangeira foi mal traduzida ou não se compreendeu exatamente seu contexto normativo, fazendo com que sua adaptação gerasse um resultado irreconhecível sob a óptica do Direito de origem; (b) o país “importador” recebeu a figura jurídica por meio de textos muito antigos e não acompanhou sua evolução no sistema de origem. Com isso, não se pôde incorporar as refutações doutrinárias (ou jurisprudenciais) à figura ou ao instituto; (c) há figuras ou institutos semelhantes no país “importador”, o que converte em desnecessária ou em puro exercício de berloquismo ou vaidade sua introdução em outro sistema; (d) as condições normativas locais são impeditivas à adaptação da figura jurídica estrangeira, que foi concebida para outra realidade e é imprestável ao Direito “importador”.¹²⁰

É correto admitir que a apreciação desses problemas, ou mesmo de sua extensão, depende de um exame dos filtros pelos quais os conceitos, os modelos, as figuras e os institutos estrangeiros atravessam o ordenamento jurídico receptor. Em larga medida, esses filtros são os doutrinadores e os juízes, por meio de seus ofícios intelectuais. Considerando-se as limitações deste trabalho, nesta seção, tentar-se-á apresentar a

¹¹⁸ MOURA VICENTE, Dário. O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Ed., 2010. vol. 1, p. 401-429.

¹¹⁹ Texto parcialmente correspondente ao publicado em: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Problemas na importação de conceitos jurídicos. *Consultor Jurídico*. Coluna Direito Comparado. 08.08.2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-ago-08/direito-comparado-inadequada-importacao-institutos-juridicos-pais]. Acesso em: 20.09.2013.

¹²⁰ Dário Moura Vicente (Op. cit., loc. cit.) apontou ainda também o risco de que “(...) a indiscriminada assimilação de modelos jurídicos alheios, tal como outras formas de interacção cultural que caracterizam a nossa era, envolve o duplo perigo, para o qual Bento XVI alertou recentemente, do eclétismo cultural e do nivelamento de culturas, bem como do relativismo e da homogeneização dos comportamentos e estilos de vida que lhes andam associados – em suma, de perda da identidade cultural”.

influência do *BGB* e do Direito Civil alemão por meio dos autores brasileiros. Antes, porém, é muito oportuno iniciar a seção pelo caso português, cujo Direito é tão afim, histórica, filológica e doutrinariamente ao brasileiro. Sob esse aspecto, Portugal antecipou-se ao Brasil, ao trocar a matriz francesa pela alemã.

Admitir a ocorrência desse câmbio só faz sentido quando se compreende a existência do dualismo entre um “sistema de matriz francesa” (França, Bélgica, Espanha e países latino-americanos de língua espanhola) e um “sistema de matriz germânica” (Alemanha, Suíça e Áustria), apesar de ambos se reportarem à família jurídica romano-germânica.¹²¹ Portugal é um caso interessante de substituição de matriz no Direito Privado,¹²² embora também se haja influenciado muito no Direito Público, conquanto, nesse aspecto, se tenha conservado fiel aos esquemas teóricos do Direito francês, mormente em se tratando do Direito Constitucional.¹²³ É precisamente sobre essa mudança de que se cuidará na subseção seguinte.

4.2 O caso do Direito Civil português: da influência francesa à preeminência alemã

A recepção de elementos do Direito Civil alemão no Brasil, como já assinalado (seção 1), foi anterior ao *BGB* e remonta ao período colonial, ainda que de modo indireto, pelos costumes visigóticos.

Note-se que, em Portugal, a “germanização” do Direito Civil também ocorreu e de modo muito mais intenso que no Brasil, no final do século XIX e início do século XX. Em larga medida, essa viragem histórica deveu-se aos ofícios de um professor da Universidade de Coimbra, Guilherme Alves Moreira (1861-1922), catedrático de Direito Civil, líder republicano e ministro de Estado da Justiça (1915). Ele introduziu em Portugal os ensinamentos do movimento pandectista e o conceitualismo de Savigny. Seu *magnum opus* denominou-se *Instituições de Direito Civil português*, de 1907.

A estrutura do livro é tipicamente alemã: (a) dividida em parte geral e parte especial; (b) fracionada em seções (§§); (c) com as referências bibliográficas no início de cada

¹²¹ Idem, *ibidem*, item 12.

¹²² “Há muito, porém, que a Ciência Jurídica portuguesa assimilou os quadros mentais do pandectismo germânico” (idem, *ibidem*, item 15).

¹²³ Idem, *ibidem*.

capítulo; (d) precedida da exposição das categorias gerais do Direito, açambarcando conceitos de Direito Público e de Direito Privado e com forte caráter “sistemático”. A definição de “código” é bem expressiva dessa filiação epistemológica das *Instituições* de Guilherme Alves Moreira:

“Os códigos são compilações sistemáticas de todas as normas jurídicas respeitantes a um determinado ramo de direito feitas pelo poder legislativo ou pelo executivo no exercício da função legislativa. Os códigos, que constituem atualmente a fonte mais importante do direito em quase todos os países civilizados, são aprovados por meio de leis ou decretos, de que ficam fazendo parte integrante.”¹²⁴

A obra de Guilherme Alves Moreira e, mais que isso, sua docência universitária foram determinantes para a transformação do Direito Civil português, até então sob forte preeminente influência do *Code Napoleon* de 1804. O Código do Visconde de Seabra,¹²⁵ em vigor de 1867 até 1966, era notoriamente obsequioso ao modelo francês,¹²⁶ quanto à forma jurídica, o que se denota por sua estrutura, que se dividia em suas partes: (a) 1.^a – capacidade civil; pessoas e situações familiares; (b) 2.^a – aquisição dos direitos; direito de propriedade; ofensa dos direitos e sua reparação; responsabilidade civil; prova dos direitos e sua restituição.¹²⁷ António Menezes Cordeiro observa que o Código do Visconde de Seabra “poderia ter sido mantido até aos nossos dias”, porque suas qualidades não impediram a “viragem da doutrina portuguesa” para a influência alemã.¹²⁸

Guilherme Alves Moreira, ao publicar as *Instituições*, de modo deliberado, estruturou a matéria em conformidade com o modelo pandectista (sujeito, bens e relações jurídicas)

¹²⁴ MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do direito civil português: Parte Geral*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907. vol. 1, p. 18-19.

¹²⁵ António Luís de Seabra (1798-1895), 1.º Visconde de Seabra, Reitor da Universidade de Coimbra e Ministro de Estado da Justiça (1852).

¹²⁶ “Corolário da lenta e sólida evolução que o Direito Português sofreu desde os meados do século XVIII, o Código Civil de 1867 não produziu uma revolução profunda. Reflecte a grande influência que, através dos nossos juristas, o Code Civil francês e outros códigos europeus já tinham exercido durante 60 anos. Influência, todavia, recebida sem precipitação, graças ao trabalho cuidadoso de assimilação e adaptação às linhas que marcavam o Direito Português. Também o nosso legislador soube agir à margem e acima de qualquer facção ideológica, actuação aliás facilitada num momento em que o liberalismo já tinha atingido, em Portugal, a plena maturidade institucional” (JUSTO, António dos Santos. *Op. cit.*, loc. cit.).

¹²⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. vol. 1, t. 1, p. 98-100, item 25.

¹²⁸ *Idem*, p. 101.

e procedeu à elegante crítica da legislação em vigor. A modificação operada, graças a Alves Moreira, foi de tal profundidade que as novas gerações de civilistas portugueses seguiram seus passos e abandonaram tanto o método quanto os padrões da Escola Francesa.¹²⁹

O culminar desse processo deu-se em 1966, com a edição do novo Código Civil português, em vigor desde 1967, conhecido como Código Vaz Serra ou, como preferem outros, Código Antunes Varela, em homenagem a seus principais elaboradores.¹³⁰ Essa nova lei é tão marcadamente vinculada ao projeto dogmático germanista que ela se torna “incompreensível se não se atinar num fenómeno da maior importância” que foi a “recepção da doutrina alemã”, também conhecido como a “terceira sistemática”.¹³¹

A vigente codificação portuguesa possui uma Parte Geral e livros sobre o Direito das Obrigações, os Direitos Reais, o Direito da Família e o Direito das Sucessões. Adotou-se o chamado “sistema dos cinco livros”, que, à semelhança do *BGB*, se pretende educativo e didático.¹³²

Os grandes privatistas portugueses contemporâneos permanecem fiéis ao projeto de Guilherme Alves Moreira, o que indiretamente afeta o Direito brasileiro. A originalidade do Direito português, com seu rigor metodológico e larga tradição, oferece

¹²⁹ “Através do ensino ministrado nas Faculdades, na direcção delineada por Guilherme Moreira e aceite, pela sua superioridade técnico-cultural manifesta, por contemporâneos e sucessores, os juristas portugueses aprenderam a Ciência evoluída a partir da pandectística” (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2011. p. 26).

¹³⁰ “A comissão revisora, ao colocar a questão da sistematização a adoptar no novo Código, aceitou serenamente que o direito civil se dividisse em direito das obrigações, direito das coisas, direito da família e direito das sucessões e que a todas estas partes presidisse uma ‘Parte geral’, como no *BGB*, «porque não pareceram concludentes as críticas que ultimamente lhe têm sido feitas» [cf. directrizes a) e y)]. A ‘tranquilidade de alma’ (O. Carvalho) com que se aceitou a sistematização germânica não pode deixar de surpreender-nos, primeiro pelo alheamento que denota em relação a toda a nossa tradição jurídica, tributária da família romanística, depois pelo anacronismo que revela o facto de a termos importado no momento em que o neutralismo da *Allgemeiner Teil* começava a ser seriamente abalado no seu próprio país por um jusnaturalismo renascido dos ‘espinhos da história contemporânea’. Tal atitude não foi fruto de uma decisão caprichosa dos vogais da comissão, mas o resultado de um consenso criado na doutrina à volta do sistema das Pandectas, só possível pela progressiva valorização da ciência jurídica alemã, cujos marcos mais decisivos se podem situar nas Instituições, de Guilherme Moreira, e nas obras de Vaz Serra e Manuel Andrade, e pelas exigências de um positivismo legal que, à sombra daquele mestre, ‘esquecendo os fins vivos do direito’, criou o terreno propício para a rejeição do humanismo do Código de Seabra” (MENDONÇA, Luís Correia de. As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição. *Análise Social*. vol. 18 (72-73-74), p. 829-867, 3.º, 4.º, 5.º, 1982. p. 852).

¹³¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado...* cit., p. 101.

¹³² EICHLER, Hermann. Codificação do Direito Civil e teoria dos sistemas de Direito. *Revista de Direito Civil*, vol. 2, p. 36, out.-dez. 1982.

uma interessante combinação com as fontes alemãs.¹³³ Outra explicação para essa “mudança de matriz”, está nas vantagens da doutrina desenvolvida na Alemanha, por permitir que se operem “reduções centrais”, ao tempo em que “admite desenvolvimentos periféricos inovadores, tecidos face a problemas inesperados para o núcleo inicial”.¹³⁴ Embora haja considerações no sentido de que a recepção em termos legislativos com o Código de 1966 ocorreu de modo cientificamente atrasado e, respeitadas algumas exceções, com base em conceitos da dogmática alemã dos anos 1920 e 1930.¹³⁵

A doutrina civilística portuguesa da segunda metade do século passado, mesmo antes do Código de 1966, foi a grande responsável pela filtragem do Direito Civil alemão para a língua portuguesa. Esse movimento ocorreu em duas rotas. A *primeira* consistiu no caminho do ensinamento doutrinário nas Faculdades de Coimbra, o centro originário do germanismo em Portugal, e de Lisboa. Os programas das disciplinas, as aulas, o método expositivo e, posteriormente, as monografias e os cursos de Direito Civil impregnaram-se de autores, métodos e estruturas alemães. A *segunda* recaiu sobre as traduções de obras (então) contemporâneas dos catedráticos de língua alemã.

Um desses importantes professores portugueses foi Luís Cabral de Moncada (1888-1974),¹³⁶ que, dada sua condição de filósofo e historiador do Direito, não pode ser adequadamente colocado na relação de civilistas em sentido estrito, embora haja publicado obras nessa área.¹³⁷ No entanto, esse catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra não pode ser omitido de qualquer estudo que analise a influência do Direito alemão em Portugal, até por ele ser uma síntese dos “dois caminhos” da recepção

¹³³ No ambiente universitário, essa mudança operou-se formalmente com o Dec. 8.578, de 08.01.1923, que adotava a “sistematização germânica” para o ensino do Direito Civil (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado...* cit., p. 103).

¹³⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé...* cit., p. 26.

¹³⁵ Para além dessas críticas, António Menezes Cordeiro (*Tratado...* cit., p. 104-105) ainda assinala como problemas a aceitação da Parte Geral; a insensibilidade histórica com as mudanças na família e a necessidade de sua normatização; o abuso de definições e de “tomadas de posição doutrinárias”.

¹³⁶ Segundo Luís Correia de Mendonça (op. cit., p. 836), Cabral de Moncada foi um hitlerófilo, ligado ao movimento nacional-sindicalista português dos Camisas Azuis, de Rolão Preto. Em 1934, Salazar, então presidente do Conselho de Ministros de Portugal, condenou esse grupo, por considerá-lo “elemento perturbador e de desagregação das forças nacionalistas do Estado Novo”. Desde então, Moncada deixou o nacional-sindicalismo e ingressou nas hostes salazaristas.

¹³⁷ Por exemplo: MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de direito civil: parte geral*. 4 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995.

germânica.¹³⁸ Cabral de Moncada foi prolífico tradutor do alemão, ao exemplo de livros essenciais de Joahannes Hessen¹³⁹ e Gustav Radbruch.¹⁴⁰

Em sequência, deve-se mencionar Adriano Pais da Silva Vaz Serra (1903-1989), catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e ministro de Estado da Justiça (1940-1944) e primeiro presidente da Comissão Redatora do Código de 1966.¹⁴¹ A influência alemã em Vaz Serra é notável em alguns de seus escritos, como os relativos à conversão substancial do negócio jurídico e à responsabilidade civil.¹⁴² Embora o Direito Romano também haja sido um fundamento autônomo de sua formação técnico-jurídica, como se nota por sua tese de doutoramento.¹⁴³

Reconhecidos como seguidores de Guilherme Alves Moreira também foram Inocêncio Galvão Teles e Manuel Augusto Domingues de Andrade.¹⁴⁴

Galvão Teles (1917-2010) tem obra com maior difusão no Brasil. Ele foi catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e ministro da Educação de Portugal (1962-1968), durante o regime de António de Oliveira Salazar. Em razão da queda do governo de Marcello Caetano, com a Revolução de Abril, ele foi saneado e só retornou à docência em 1982. Sua produção bibliográfica é muito vasta. No Brasil, Galvão Teles com sua obra, *Direito das obrigações* (7. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 1997), tem significativo impacto na doutrina civil.

A obra mais conhecida de Manuel Augusto Domingues de Andrade (1899-1958) no Brasil é o clássico *Teoria geral da relação jurídica*, em dois volumes, editados pela

¹³⁸ Seus vínculos com a Alemanha foram tão intensos que ele mereceu um texto de homenagem de Erik Jayme: Luis Cabral de Moncada (1888-1974) e as suas relações com a Alemanha. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. 69, p. 233-258, 1993.

¹³⁹ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1980.

¹⁴⁰ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

¹⁴¹ Dados extraídos de: FARIA, Mário Alberto Reis. Notas biográficas e bibliográficas do Doutor Adriano da Silva Vaz Serra. Coimbra: Almedina, 1986.

¹⁴² VAZ SERRA, Adriano Pais da Silva. A redução e a conversão de negócios jurídicos no caso do acórdão do S.T.J. de 8 de abril de 1969. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. 46 p. 131-163. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1970.

¹⁴³ VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *A enfiteuse: no direito romano, peninsular e português*. Coimbra: Coimbra Ed., 1926. Outra referência importante é o artigo “Os actos emulativos no direito romano”, publicado no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 10, n. 2, p. 529 a 553, anos de 1926, 1928.

¹⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado...* cit., p. 102.

Almedina, com reimpressões de 1983 e 2003. Nessa obra, encontra-se o estado da arte da teoria do negócio jurídico e do fato jurídico na doutrina alemã até aos anos 1930.

João de Matos Antunes Varela (1919-2005) deu sequência aos trabalhos de Vaz Serra na Comissão do Código Civil, após o retraimento dos trabalhos de codificação nos quase 10 anos da gestão de Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira, ministro da Justiça no período de 1944 a 1954. Antunes Varela foi nomeado para o lugar de Cavaleiro de Ferreira em 14 de agosto de 1954 e permaneceu no cargo até 1967, com um período de interinidade de Fernando Andrade Pires de Lima (1906-1970), outro civilista muito renomado no Brasil.¹⁴⁵

Em 1954, Antunes Varela era um “jovem civilista de 34 anos, ao tempo ainda primeiro-assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, mas já aureolado com o prestígio duma carreira universitária brilhantemente iniciada e com um nome esperançoso nos quadros da política nacional”, como afirmou Guilherme Braga da Cruz, no prefácio à “Exposição Documental” do novo Código Civil português.¹⁴⁶ Posteriormente, ele ascendeu à cátedra de Direito Civil de Coimbra. Com a Revolução de Abril de 1974 e a queda do presidente do Conselho de Ministros de Portugal, o Prof. Marcelo Caetano, Antunes Varela exilou-se no Brasil, aonde chegou a ocupar cátedra na Universidade Federal da Bahia, graças ao forte empenho de Orlando Gomes, de quem se tornou grande amigo. Seu livro *Das obrigações em geral*, editado pela Almedina, em Coimbra, com dois volumes, é muito conhecido no Brasil e referência obrigatória nos livros-texto nacionais.

O *Direito das obrigações* (12. ed. Coimbra: Almedina, 2009) de Mário Júlio de Almeida Costa¹⁴⁷ e a *Teoria geral do Direito Civil* (4. ed., 2. reimp. Porto: Coimbra, 2012), obra que vem atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto,¹⁴⁸ de

¹⁴⁵ Pires de Lima é autor, juntamente com Antunes Varela, de diversos volumes do *Código Civil anotado*, edição da Coimbra Ed., impresso em Coimbra, com datas e edições variadas. É uma livro muito citado no Brasil em manuais de Direito Civil.

¹⁴⁶ CRUZ, Guilherme Braga da. Primeiras palavras. In: PORTUGAL. *Código Civil português. Exposição documental*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1966. p. 13.

¹⁴⁷ Mário Júlio de Almeida Costa (1927-) é catedrático jubilado de Direito Civil da Universidade de Coimbra. Foi Ministro da Justiça nas administrações de António de Oliveira Salazar e Marcelo Caetano. É Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona e Professor Honorário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹⁴⁸ Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto foi juiz do Tribunal Constitucional (1998-2007) e é professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

autoria de Carlos Alberto da Mota Pinto,¹⁴⁹ figuram como exemplos da boa combinação de fontes alemãs e portuguesas, cuja recepção no Brasil se dá até aos dias de hoje.

José de Oliveira Ascensão (1932), catedrático da Universidade de Lisboa, mas que lecionou em instituições brasileiras nos anos 1970 e 1980, tem posição de enorme destaque de entre os grandes responsáveis pela recepção indireta do Direito alemão no País. Ele pode muito bem ser considerado um “civilista de duas pátrias”, dadas suas ligações e seu conhecimento invulgar do Brasil e de suas instituições universitárias. Oliveira Ascensão foi professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e participa anualmente de congressos no território brasileiro sobre Direito Civil e Direito Autoral, sua especialidade.¹⁵⁰

As duas principais universidades portuguesas, no século XXI, remanescem como grandes centros do Direito Civil e de diálogo com a cultura jurídica alemã, que encontra ressonância pelos vínculos de Coimbra e Lisboa com os diversos Institutos Max-Planck, mormente de Hamburgo, Frankfurt e Munique. Uma listagem, de caráter puramente exemplificativo e que toma em consideração apenas alguns dos catedráticos em funções, comprova essa afirmação.

Na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, podem-se citar António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro,¹⁵¹ Dário Moura Vicente,¹⁵² Luís Manuel Teles Menezes Leitão,¹⁵³ Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Nuno Tavares Romano e Soares

¹⁴⁹ Carlos Alberto da Mota Pinto (1936-1985) foi catedrático de Direito Civil da Universidade de Coimbra e ex-Primeiro-Ministro de Portugal.

¹⁵⁰ Seu livro *Direito civil: teoria geral*, editado pela Saraiva, de São Paulo, com sucessivas edições (a última de 2010), é uma bom exemplo dessa recepção das doutrinas alemãs mais atualizadas. Sugere-se ainda a leitura de um recente texto de José de Oliveira Ascensão, intitulado “Panorama e perspectivas do Direito Civil na União Europeia”, publicado nos *Anais da V Jornada de Direito Civil*, organizados por Ruy Rosado de Aguiar Jr., editado em Brasília pelo CJF, p. 21-37. Disponível em: [www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf]. Acesso em: 02.07.2013.

¹⁵¹ A obra mais difundida no Brasil de António Menezes Cordeiro é sua tese *Da boa fé no Direito Civil*, de 1984, que se encontra na quinta reimpressão, de 2013, editada pela Almedina, de Coimbra. Seu *Tratado de Direito Civil*, editado em alguns volumes, pela Almedina, tem alcançado rápido prestígio no Brasil. Ele é um ferrenho crítico da Parte Geral como elemento necessário nas codificações, além de defender os méritos do Código do Visconde de Seabra.

¹⁵² Dário Moura Vicente é catedrático de Direito Comparado da Universidade de Lisboa e pesquisador do Instituto Max-Planck de Hamburgo. É ainda autor do livro *Direito comparado* (2. ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2012. vol. 1), obra que tem ajudado a renovar os estudos dessa disciplina no Brasil.

¹⁵³ Luís Manuel Teles Menezes Leitão é autor de um manual de Direito das Obrigações muito difundido no Brasil Trata-se do livro *Direito das obrigações*, publicado em Coimbra, pela Almedina, em dois volumes.

Martinez.¹⁵⁴ Na Universidade de Coimbra, enumerem-se os nomes de António Pinto Monteiro,¹⁵⁵ Jorge Ferreira Sinde Monteiro e Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa.¹⁵⁶ Na Universidade do Minho, embora alemão, deve-se indicar Heinrich Ewald Hörster, catedrático jubilado de Direito Civil, autor do livro *A parte geral do Código Civil português: teoria geral do Direito Civil*, publicado pela Almedina, de Coimbra, com várias reimpressões da edição de 1992. Na Universidade Nova de Lisboa, Carlos Ferreira de Almeida é também ligado à tradição alemã. No Brasil, sua tese *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico* (Coimbra: Almedina, 1992) tem sido bastante divulgada nos cursos de pós-graduação.

A contribuição portuguesa não se limita aos estudos doutrinários e abrange o campo das traduções. É por essa segunda via que a dogmática civil alemã também foi recebida no Brasil, graças ao esforço de alguns docentes portugueses, ao exemplo de António Manuel Botelho Hespanha, António Menezes Cordeiro, José Antonio Veloso e José de Sousa e Britto, além de José Lamego.

António Manuel Botelho Hespanha, catedrático jubilado da Universidade Nova de Lisboa e Doutor Honorário pela Universidade Federal do Paraná (2013), foi o tradutor da segunda edição (de 1967) do livro *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, o *opus magnum* de Franz Wieacker. A primeira edição em português da *História do direito privado moderno* é de 1980¹⁵⁷ e sua leitura é quase obrigatória nos cursos de pós-graduação em Direito Privado brasileiros.

O livro *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*,¹⁵⁸ de Claus-Wilhelm Canaris, foi traduzido por António Menezes Cordeiro e publicado em primeira edição no ano de 1989, com o título *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência*

¹⁵⁴ Pedro Nuno Tavares Romano e Soares Martinez é catedrático da Universidade de Lisboa. Sua obra *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada* (Coimbra: Almedina, 2001) tem significativo acatamento no Brasil, embora seus estudos em Direito do Trabalho sejam ainda mais conhecidos no País.

¹⁵⁵ António Pinto Monteiro é autor da tese “Cláusula penal e indemnização”, editada pela Almedina, de Coimbra, 1999, que se constitui na obra de referência em língua portuguesa sobre o tema. Pinto Monteiro defende a importância da Parte Geral nas codificações.

¹⁵⁶ Sua tese *O direito geral de personalidade* (Coimbra: Coimbra Ed., 1995) é de citação obrigatória nos estudos brasileiros sobre o tema e também é marcada pelo diálogo com a dogmática alemã.

¹⁵⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Prefácio de Franz Wieacker. Trad. A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

¹⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

do direito.¹⁵⁹ Essa tradução é utilizada nos cursos de Direito do Brasil e não se limita ao Direito Privado, mas às pós-graduações de Teoria e de Filosofia do Direito.

José de Sousa e Britto e José Antonio Veloso traduziram *Metodologia da Ciência do Direito*, edição de 1969, da Fundação Calouste Gulbenkian, de Lisboa, tendo por base o original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, de Karl Larenz, editado em 1960. José Lamago, professor associado (com agregação) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, verteu para o português a sexta edição reformulada da *Metodologia*, de Larenz, publicada originalmente em 1991, pela editora Springer, de Berlin e Heidelberg. Essa nova tradução também saiu em Lisboa pela Fundação Calouste Gulbenkian, no ano de 1997.

4.3 O Direito Civil alemão e os doutrinadores brasileiros

No Brasil, a recepção do Direito Civil alemão deu-se intensamente nas codificações de 1916 e 2002, diferentemente do ocorrido em Portugal. No século XX, apesar da influência germânica na codificação de 1916 e no então Projeto Reale (da década de 1970, que se converteria no atual Código), a força da Escola Francesa manteve-se muito nítida, de modo especial na Universidade de São Paulo. Nomes como Jorge Americano (1891-1969), Vicente Ráo (1892-1978) Silvio Rodrigues (1917-2004), Washington de Barros Monteiro (1908-1999) e Antonio Junqueira de Azevedo (1939-2009) foram exemplos dessa ligação com a matriz francesa, embora não exclusivamente, pois em suas obras também se percebe a presença de traços da dogmática italiana e alemã. Caio Mário da Silva Pereira (1913-2004) e Álvaro Villaça Azevedo (1937-) também seguiram uma linha autônoma, mais influenciada pelo Direito Romano e pelos Direitos francês e italiano.

José Carlos Moreira Alves, o último professor a ostentar formalmente o título de catedrático de Direito Civil da Universidade de São Paulo,¹⁶⁰ combinava o Direito

¹⁵⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

¹⁶⁰ José Carlos Moreira Alves (1933-) aposentou-se no cargo de “Professor Catedrático”, embora, com a Reforma Universitária dos anos 1970, esse cargo haja mudado de nome para “Professor Titular”. Ele também ocupou os cargos de Procurador-geral da República (1972-1975) e de Ministro do Supremo Tribunal Federal (1975-2003). Moreira Alves presidiu a instalação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987 e ocupou interinamente a Presidência da República.

alemão e o Direito Romano em seus livros e, depois de sua nomeação para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seus votos, tanto no Direito Privado¹⁶¹ quanto no Direito Público.¹⁶² É oportuno anotar que, até a Constituição de 1988, o STF acumulava as funções de revisão e cassação, no que se refere ao direito ordinário, além da competência constitucional.

Moreira Alves foi membro da comissão redatora do Anteprojeto do Código Civil de 2002, cabendo-lhe a relatoria da Parte Geral. Nesse âmbito, o Direito Civil alemão foi recepcionado de modo direto pelo Código brasileiro, em diversos temas, como os direitos da personalidade, a teoria da representação, a teoria das nulidades, a simulação, a conversão substancial do negócio jurídico, o silêncio e a prescrição.¹⁶³

No campo doutrinário, o livro de Moreira Alves sobre a posse é um destacado exemplo da aplicação dos constructos teóricos alemães.¹⁶⁴ Há ampla consulta de autores germânicos do século XIX e da primeira metade do século XX, além de serem enfrentados temas como a vontade possessória (*Besitzwille*), a distinção entre posse própria (*eigener Besitz*), posse mediata (*mittelbarer Besitz*) e posse imediata

¹⁶¹ STF, RE 88.716, 2.^a T., j. 11.09.1979, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 30.11.1979.

¹⁶² Sua influência no Direito Público, também com forte presença da dogmática alemã, foi tamanha que Gilmar Ferreira Mendes, hoje também ministro do STF e germanista como Moreira Alves, organizou o livro *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil* (São Paulo: Saraiva, 2004).

¹⁶³ O Código e o Direito Civil da Alemanha são referidos nada menos que 13 vezes em um artigo de José Carlos Moreira Alves, no qual ele explica diversas opções legislativas da comissão elaboradora do atual Código Civil brasileiro. Um dos pontos de destaque foi a inspiração nos debates alemães da primeira metade do século XX sobre a conveniência de se preservar a Parte Geral como elemento autônomo do Código Civil: “No Brasil, havia quem sustentasse que a comissão de 1940 – principalmente com a figura de Hahnemann Guimarães e Orozimbo Nonato – havia feito essa Parte Geral baseada, precipuamente, em ideias vindas da Alemanha, país onde, no final do século XVIII, na obra de Dabelow, posteriormente copiada por Hugo e Heise, haviam-se fixado as linhas estruturadoras do *BGB* (Código Civil alemão) no final do século XIX. Na pátria mesmo dessa estrutura que, de certa forma, fora seguida pelo Código Civil brasileiro, encontravam-se críticas a essa Parte Geral e, por isso mesmo, vários códigos modernos não a haviam acolhido e, conseqüentemente, não a apresentavam. Entendeu a comissão que essas críticas tinham decorrido ou de uma tendência filosófica da Escola Sociológica do Direito – cujo artífice maior nesse terreno tinha sido a figura de Hermes, no começo do século – ou do combate que se fizera à unidade do *BGB*, por força de ideias advindas do Partido Nacional Socialista que dominara a Alemanha, a partir da década de 1930. (...) Mais tarde, já na década de 1940, quando se começou a elaboração desse Projeto que não foi avante, encontramos como Parte Geral dele o que, na realidade, não era uma Parte Geral, mas uma tomada de princípios, quase todos de natureza política. O primeiro deles dizia que a missão de um Código Civil era a do bem do povo alemão, o que, evidentemente, não é um princípio para figurar em um Código Civil, pois é de natureza político-retórica. Na elaboração do Anteprojeto, que perdurou de 1969 a 1975, manteve-se, portanto, a Parte Geral” (MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto do Código Civil. *Revista CEJ*, vol. 3, n. 9, p. 5-11, set.-dez. 1999).

¹⁶⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. 1 e vol. 2., t. 1.

(*unmittelbarer Besitz*).¹⁶⁵ Outros estudos baseados no Direito Civil alemão e no Direito Romano foram sua teses sobre a alienação fiduciária¹⁶⁶ e sobre a cláusula de retrovenda.¹⁶⁷

Em Minas Gerais, não se pode esquecer João Baptista Villela (1936-), titular de Direito Civil da Universidade Federal de Minas Gerais e professor visitante nas Universidades de Münster (1995-1996) e Lisboa (2000-2001). Seus estudos combinam o Direito alemão com elementos clássicos da formação jurídica luso-brasileira, além de refinados conhecimentos linguísticos.¹⁶⁸

José Manoel de Arruda Alvim Netto, Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, tem-se dedicado ao Direito Processual Civil e ao Direito Civil. Sua formação é também marcada pelo germanismo e isso se reflete em seus textos, particularmente os relativos ao Direito das Coisas.¹⁶⁹

O Direito Civil alemão, por sua vez, sempre se mostrou prevalente nas faculdades de Direito do Norte e Nordeste do país, ao exemplo de autores como Clóvis Bevilacqua (1859-1944), Eduardo Espínola,¹⁷⁰ José Martins Rodrigues,¹⁷¹ Francisco Cavalcanti

¹⁶⁵ Consultem-se também: MOREIRA ALVES, José Carlos Moreira. O problema da vontade possessória (*besitzwille*). *Revista do Tribunal Regional Federal: 1. Região*, vol. 8, n. 4, p. 17-26, out.-dez. 1996; MOREIRA ALVES, José Carlos. A *Gewere*: um instituto do antigo direito germânico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 63, p. 193-228, 1968.

¹⁶⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973.

¹⁶⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A retrovenda*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Ed. RT, 1987.

¹⁶⁸ VILLELA, João Baptista. Apontamentos sobre a cláusula ‘...ou devia saber’. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, vol. 8, n. 32, p. 161-178, out.-dez. 2007; VILLELA, João Baptista. *Res utenda locata e res fruenda locata*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. vol. 44, n. 1/2, p. 15-30. 2003.

¹⁶⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. In: _____; ARRUDA ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 11, t. 1.

¹⁷⁰ Eduardo Espínola (1875-1968) foi um dos primeiros professores de Direito Civil da Faculdade de Direito da Bahia, onde ingressou por concurso em 1902, e, em 1931, o Governo Provisório de Getúlio Vargas nomeou-o para o cargo de Ministro do STF. Espínola foi um divulgador no Brasil do pandectismo, o que se comprova pela dedicatória de seu livro *Sistema do Direito Civil brasileiro*, em dois volumes (primeiras edições de 1908 e 1912, respectivamente) a Friedrich Carl Freiherr [Barão] von Savigny, Rudolf von Jhering, Bernhard Windscheid e Heinrich Dernburg.

¹⁷¹ José Martins Rodrigues (1901-1976) foi Deputado Federal e Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito do Ceará (atualmente unidade da Universidade Federal do Ceará), autor da primeira obra monográfica no Brasil sobre os efeitos jurídicos do silêncio. Sua obra, cujo título é *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*, foi reeditada em 2012, por Malheiros, em São Paulo.

Pontes de Miranda (1892-1979),¹⁷² Orlando Gomes¹⁷³ (embora se tenha dividido entre o Direito alemão e o Direito italiano, em muitas matérias) e Torquato Castro.¹⁷⁴

De modo expressivo, Jan Peter Schmidt afirma que Pontes de Miranda “atuou como um verdadeiro ‘embaixador’ do Direito brasileiro na Alemanha”, ao ter promovido “o conhecimento do direito de seu País principalmente por meio de dois trabalhos, que, por décadas, tornar-se-iam obras de referência”. Além disso, ele “não foi, todavia, apenas o grande Embaixador do Direito brasileiro na Alemanha. Foi também o Embaixador mais importante que o Direito alemão teve no Brasil. Provavelmente não há outro jurista na história do Direito brasileiro que tenha tido um conhecimento tão profundo do direito alemão e especialmente da doutrina teutônica”.¹⁷⁵

No Rio de Janeiro, foram seguidores da Escola alemã nomes como Francisco Clementino San Tiago Dantas (1911-1964) e José Carlos Matos Peixoto (1884-1976), respectivamente catedráticos de Direito Civil (com menos de 30 anos de idade) e Direito Romano da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (Universidade Federal do Rio de Janeiro). San Tiago Dantas, além de jurista, foi um importante político no Brasil, tendo sido Ministro das Relações Exteriores, da Fazenda e Primeiro-ministro, durante a curta experiência parlamentarista na República. A dedicação à carreira política e seu prematuro falecimento aos 53 anos comprometeram

¹⁷² Sobre a presença de Pontes de Miranda na Alemanha, sugere-se a leitura de: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Ernst Rabel é pai do moderno Direito Comparado alemão. *Consultor Jurídico*. Coluna Direito Comparado. 07.11.2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-nov-07/ernst-rabel-pai-moderno-direito-comparado-alemanha]. Acesso em: 20.09.2013.

¹⁷³ Orlando Gomes (1908-1988) foi Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Ao seu modo, por meio da leitura das traduções do alemão para o espanhol, ele foi um divulgador do Direito alemão no Brasil. Karl Larenz é uma das influências mais notáveis em seus livros, especialmente os dedicados às Obrigações e aos Contratos. Essa fidelidade intelectual não impediu Orlando Gomes de se contrapor ao germanismo de Eduardo Espínola, por ele considerado como um baluarte do pandectismo no País: “Suponho, sem querer fazer julgamento definitivo, que o mestre não foi sensibilizado pelas doutrinas que reclamavam a revisão do direito privado, e reivindicavam, inclusive, a sua atualização dogmática. Ligado originariamente à ciência jurídica alemã do século XIX, preocupou-se, nos volumes da última fase, em fazer obra de exegese do Código Civil, sem indagar se o seu texto correspondia à realidade subjacente, ou se já estavam inteiramente superados como muitos suspeitam e outros não percebem” (GOMES, Orlando. *Escritos menores*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 251).

¹⁷⁴ Torquato Castro (1907-1995), titular de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife (Universidade Federal de Pernambuco), membro da Comissão do Código Civil de 2002. Em sua tese de titularidade (CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985) encontram-se as influências alemã e italiana, com bastante nitidez.

¹⁷⁵ SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. Texto inédito e sem revisão, gentilmente cedido pelo autor. p. 1 e 3.

sua produção jurídica, o que se comprova pelo fato de uma de suas mais importantes obras em Direito Civil ser um conjunto de notas taquigráficas de suas aulas na Faculdade Nacional de Direito, que foram tomadas por seu aluno Vitor Bourhis Jürgen nos anos de 1942 a 1945 e se transformaram em três volumes intitulados *Programa de Direito Civil*, que abrangem a Parte Geral, os Contratos e o Direito das Coisas.¹⁷⁶ Matos Peixoto é outro jurista com carreira política. Ele foi Presidente [cargo correspondente ao de Governador] do Estado do Ceará de 1928 a 1930, quando as forças revolucionárias de Getúlio Vargas apearam-no do poder em razão de sua fidelidade ao regime deposto de Washington Luís. No mesmo ano, ele transferiu-se para o Rio de Janeiro e reiniciou sua carreira docente como catedrático na Faculdade de Direito de Niterói (atualmente uma unidade da Universidade Federal Fluminense) e, depois, na Faculdade Nacional de Direito. Moreira Alves foi seu aluno e nele reconhece uma de suas maiores inspirações para se tornar professor de Direito.

O *Curso de Direito Civil* de Miguel Maria de Serpa Lopes, desembargador do antigo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Rio de Janeiro), é também de ser citado como seguidor do Direito Privado germânico.¹⁷⁷ Apesar de seu cargo no Poder Judiciário, Serpa Lopes era adepto de uma exposição eminentemente dogmática dos temas, com poucas alusões aos julgados.

Clóvis do Couto e Silva (1930-1992), da UFRGS, foi magistral ao combinar (e equilibrar) as lições francesas e alemãs.¹⁷⁸ Em seu clássico *A obrigação como processo*, Couto e Silva apresentou aos leitores brasileiros o que havia de melhor na literatura jurídica alemã em seu tempo.¹⁷⁹ Nesse livro, é bem perceptível a utilização dos contributos de Josef Esser (1910-1999) e de Karl Larenz (1903-1993). Sua repercussão

¹⁷⁶ A edição mais recente do *Programa de Direito Civil* é de 2001 e foi publicada pela Ed. Forense, do Rio de Janeiro, sob a direção de Gustavo Tepedino.

¹⁷⁷ O curso de Serpa Lopes foi editado no Rio de Janeiro, pela Freitas Bastos, em diversos volumes e com edições variadas. Em 1935, ele publicou sua tese de doutorado na Faculdade Nacional de Direito: SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação da vontade obrigações em geral*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Ed., 1935.

¹⁷⁸ A influência francesa no pensamento de Couto e Silva é também muito importante, a título de exemplo, cite-se: COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Les principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé* (datilografado). Porto Alegre, 1988.

¹⁷⁹ *A obrigação como processo* corresponde à tese de cátedra apresentada por Clovis Verissimo do Couto e Silva à Universidade do Rio Grande do Sul e foi publicada, em primeira edição, em Porto Alegre, pela editora Emma, no ano de 1964. Sua segunda edição – a mais difundida no País – é de 1976, publicada em São Paulo pelo editor J. Bushatsky. Em 2006, a FGV, com edição própria, no Rio de Janeiro, lançou uma nova impressão desse livro.

nos meios jurídicos nacionais foi enormemente amplificada graças aos ofícios de seu discípulo Ruy Rosado de Aguiar Jr. (1938), seja nos acórdãos por ele prolatados no TJRS, seja quando ele se tornou Ministro do STJ. Em muito se deve a seus julgados a popularização de conceitos relacionados à boa-fé objetiva,¹⁸⁰ à responsabilidade pré-contratual¹⁸¹ e à pós-contratual,¹⁸² ao *venire contra factum proprium*,¹⁸³ ao adimplemento substancial¹⁸⁴ e às relações contratuais de fato.¹⁸⁵

Evidentemente que a exposição desses nomes é incompleta e tem o objetivo de ser uma simples exemplificação do quanto foi marcante o diálogo jurídico Brasil-Alemanha no século XX.¹⁸⁶

Nas últimas três décadas (1990-2013), essa ligação tornou-se ainda mais sensível, o que se nota pelo número cada vez maior de civilistas com formação germanófila. Nesse aspecto, o Direito Constitucional, o Direito Penal, o Direito Tributário, o Direito Processual e a Sociologia do Direito revelam-se como províncias jurídicas tão ou mais marcadas pela produção intelectual alemã do que o próprio Direito Civil. E essa não é uma novidade: Francisco Campos, Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Amílcar de Araújo Falcão, Haroldo Valadão, em cada uma de suas áreas de estudo, bem representam esse vínculo intelectual com a Alemanha, na primeira metade do século XX.

Essa continuidade histórica das relações teuto-brasileiras foi interrompida em alguns momentos, especialmente durante as guerras mundiais e suas décadas imediatamente

¹⁸⁰ STJ, AgRg no Ag 47.901/SP, 4.ª T., j. 12.09.1994, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 31.10.1994, p. 29505.

¹⁸¹ TJRS, Ac 591028295, j. 06.06.1991, rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *RJTJRS* 154/378.

¹⁸² TJRS, Ac 588042580, j. 16.08.1988, rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *RJTJRS* 133/401.

¹⁸³ STJ, REsp 95.539/SP, 4.ª T., j. 03.09.1996, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 14.10.1996, p. 39015; TJRS, Ac 589073956, j. 19.12.1989, rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *RJTJRS* 145/320.

¹⁸⁴ STJ, REsp 76.362/MT, 4.ª T., j. 11.12.1995, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 01.04.1996, p. 9917.

¹⁸⁵ STJ, AgRg no Ag 47.901/SP, 4.ª T., j. 12.09.1994, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 31.10.1994, p. 29505.

¹⁸⁶ Por uma questão de elegância, deixam-se de citar, no corpo do texto, os nomes de doutrinadores mais recentes que são divulgadores da cultura jurídica alemã no Brasil, salvo os que já referidos e que assim o foram em razão das conexões de suas obras com o período pré-Código Civil de 2002. De entre esses juristas contemporâneos, seja no Direito Civil propriamente dito, seja no Direito Romano, no Direito do Consumidor, no Direito Concorrencial ou no Direito Internacional Privado, é oportuno mencionar os Professores Alcides Tomasetti Jr. (USP), Eduardo César Silveira Vita Marchi (USP), João Alberto Schutzer Del Nero (USP), Nelson Nery Jr. (PUC-SP), Rosa Maria de Andrade Nery (PUC-SP), Mairan Gonçalves Maia Jr. (PUC-SP), Debora Gozzo (Centro Universitário FIEO), Gabriel Nogueira Dias (Centro de Estudos de Direito Econômico e Social), Claudia Lima Marques (UFRGS), Augusto Jaeger Junior (UFRGS), Jorge Cesa Ferreira da Silva (PUC-RS), Torquato Castro Jr. (UFPE), Larissa Maria de Moraes Leal (UFPE) e Wanderlei de Paula Barreto (Centro Universitário Cesumar).

posteriores. Com o tráfego internacional obstruído, em face das restrições ditadas pela ruptura de relações diplomáticas, ou com a destruição das universidades, tanto física quanto humana, o acesso às fontes bibliográficas e a presença dos brasileiros nessas instituições tornaram-se impossíveis por longos períodos. É até surpreendente que se haja conservado tal nível de interação acadêmica até aos dias atuais.

Especificamente no que se refere ao *BGB*, esse código apresenta-se como centro orgânico da recepção dos institutos jurídico-privatísticos alemães. A título de exemplo, nos 20 periódicos editados pela Revista dos Tribunais, compreensivos do período de 1976 a 2012, há nada menos que 1.008 artigos (expressão genérica que compreende também pareceres, notas, resenhas e ensaios) que citam dispositivos do *BGB*, com maior ou menor relevo para as conclusões neles apresentadas.¹⁸⁷ Ao passo em que há 673 artigos com menções ao *Code Civil* (França) e 464 ao *Codice Civile* (Itália).¹⁸⁸

5. O *BGB* E OS AUTORES ALEMÃES QUE MAIS INFLUENCIARAM O DIREITO CIVIL BRASILEIRO

5.1 A influência por “camadas” históricas

¹⁸⁷ Como exemplos de estudos específicos sobre o *BGB*, seus dispositivos ou as reformas legislativas, citam-se (apenas textos de autores brasileiros): CARNEIRO FILHO, Humberto João. Incurião histórica a respeito do tratamento conferido ao nascituro na parte geral do Código civil alemão. *Revista Síntese: Direito de Família*, vol. 14, n. 73, p. 218-231, ago.-set. 2012; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Alguns aspectos da lei para a modernização do direito das obrigações na Alemanha. *Revista de Direito Privado*. vol. 45, ano 12, p. 147-161. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2011; BARRETO, Wanderlei de Paula. Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, vol. 11, n. 41, p. 135-159, jan.-mar. 2010; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estudo dogmático do contrato de comodato no Código civil alemão. *Revista Jurídica da FA7*, vol. 7, n. 1, p. 217-222. Fortaleza: Faculdade 7 de Setembro, abr. 2010; FACHIN, Luiz Edson; BREKAILO, Uiara Andressa. Apontamentos sobre aspectos da reforma do Código civil alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual. *Superior Tribunal de Justiça – Doutrina: edição comemorativa, 20 anos*. Brasília : STJ, 2009. p. 141-184; FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2009; TADEU, Silney Alves. A integração do direito dos consumidores no Código Civil: a reforma do Código Civil alemão. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 62, ano 16, p. 241-257. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2007; GOZZO, Débora. Assentimento de terceiro e negócio jurídico: análise comparativa entre os direitos brasileiro e alemão. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. vol. 20, ano. 10, p. 66-79. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2007; MARQUES, Claudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de uma sistematização no Código Civil alemão de 1896: notícia sobre as profundas modificações no *BGB* para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*. vol. 4, ano 1, p. 50-93. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2000; MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão... cit.; REIS, Carlos David Santos Aarão. Op. cit.

¹⁸⁸ Nesse levantamento foram considerados também artigos estrangeiros publicados nesses periódicos, o que pode comprometer a absoluta fidelidade desses números. No entanto, a quantidade desses artigos é pouco significativa e, mesmo com margem de erro, não há comprometimento da elevadíssima diferença entre as remissões ou referências ao Código Civil alemão e os Códigos de França e Itália.

Conhecidos muitos dos autores que recepcionaram o Direito Civil alemão, importa agora assinalar *quais* doutrinadores da Alemanha foram recepcionados no Brasil.

A consulta aos manuais de Direito Civil é um excelente indicativo de quais obras alemãs influenciaram ou têm influenciado os juristas nacionais. É bem nítida a divisão desses autores em três “camadas” históricas.

A “primeira camada” diz respeito a doutrinadores clássicos do século XIX, cuja importância transcende suas épocas e, até por uma questão histórica, eles permanecem como elementos de conexão com a cultura jurídica universal. São exemplos dessa “camada” os nomes de Friedrich Carl Freiherr [Barão] von Savigny (1779-1861), Rudolf von Jhering (1818-1892) e Bernhard Joseph Hubert Windscheid (1817-1892). Integrantes ou fundadores de escolas jurídicas (jurisprudência dos conceitos; jurisprudência dos interesses e pandectismo), esses juristas estão associados, até hoje, às teorias da posse, das relações obrigacionais e do negócio jurídico. Suas principais obras chegaram ao país por meio de traduções espanholas e italianas, quando não por versões de segunda mão em português.¹⁸⁹

Na “segunda camada” estão os nascidos entre meados do século XIX e início do século XX. Ela divide-se em dois grupos.

No primeiro grupo, estão autores como Karl Martin Ludwig Enneccerus¹⁹⁰ (1843-1928), Theodor Kipp (1896-1963), Hans Carl Nipperdey¹⁹¹ (1895-1968), Martin Wolff (1872-

¹⁸⁹ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Note e riferimenti al diritto civile italiano iniziate dai professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e continuate da Pietro Bonfante; coadiuvato dall'Avv. Fulvio Maroi. Nuova ristampa stereotipa. Torino: Torinese, 1926; SAVIGNY, Friedrich Karl (*sic*) von. *Metodologia jurídica*. Trad. J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1994; JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: J. Bushatsky Ed., 1978.

¹⁹⁰ Karl Martin Ludwig Enneccerus (1843-1928) foi um jurista alemão com uma vida bastante interessante. Nascido na região do antigo Reino de Hannover, logo após concluir o ensino médio, aos 17 anos, Enneccerus incorporou-se ao corpo de voluntários de Giuseppe Garibaldi, na luta pela unificação da Itália. De volta a seu país, após doutorar-se, lecionou Direito Romano e Direito Civil na Universidade de Marburg, a partir de 1873. Em paralelo à cátedra universitária, Enneccerus teve participação ativa como parlamentar na condição de liberal. Após a unificação alemã, no *Reichstag*, ele integrou a comissão de análise do projeto do novo Código Civil, o *BGB*. Tornou-se nacionalmente conhecido (e internacionalmente também) por seu *Tratado de Direito Civil*.

¹⁹¹ Hans Carl Nipperdey (1895-1968) foi Professor Catedrático da Universidade de Colônia, onde lecionou Direito Civil, Direito do Trabalho e Direito Comercial. Nipperdey criou a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais entre os particulares (*Theorie der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte*), de grande divulgação no País. Após o fim do regime nazista, o governo da República Federal da Alemanha indicou-o como primeiro Presidente do Tribunal Federal do Trabalho

1953), Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963) e Andreas von Tuhr (1864-1925), cujas obras mais importantes foram publicadas nos anos 1900-1930.

Andreas von Tuhr é muito citado nos manuais brasileiros, graças à tradução espanhola de Wenceslao Roces de seu clássico *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (Parte Geral do Direito Civil alemão) (1910-1918), cujo título é *Parte general del Derecho Civil*, com edição mais recente de 2006, publicada em Granada, pela editora Comores.¹⁹²

A edição espanhola do *Tratado de Direito Civil* alemão de Enneccerus-Kipp-Wolff é obrigatoriamente citado na maior parte das obras didáticas brasileiras.¹⁹³

No segundo grupo da “segunda camada”, figuram juristas que escreveram (ou publicaram) seus principais textos nos anos 1950-1960. Franz Wieacker (1908-1994) é

(*Bundesarbeitsgerichts*), equivalente brasileiro ao Tribunal Superior do Trabalho. Durante o período nazista, Nipperdey e outros catedráticos da Universidade de Colônia foram protagonistas de um episódio heroico. Com a ascensão ao poder do Partido Nacional-Socialista, em 1933, foi editada a “Lei de Restauração do Funcionalismo”. Hans Kelsen, que também era catedrático em Colônia, tomou conhecimento pelos jornais de sua demissão (KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Introdução de Mathias Jestaedt. Estudo introdutório de Otavio Luiz Rodrigues Junior e José Antonio Dias Toffoli. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95). Todos os colegas de Kelsen na Faculdade de Direito, à exceção de Carl Schmitt, assinaram uma petição dirigida comissário do *Reich* para o Ministério de Ciência, Arte e Educação da Prússia, em favor da permanência de Kelsen na Universidade de Colônia. Nesse tempo, Hans Carl Nipperdey era o decano da Faculdade e foi pessoalmente a Berlim entregar o documento e fazer gestões por Kelsen, a respeito de quem pesavam a condição de judeu e de simpatizante da social-democracia. A iniciativa foi inócua, ante o sumário indeferimento do pedido. A atitude de Nipperdey e dos demais catedráticos revelou-se muito prejudicial para suas carreiras universitárias, além do enorme risco pessoal a que se submeteram por associar seus nomes a alguém como Kelsen, então, um inimigo do regime.

¹⁹² Andreas von Tuhr nasceu em São Petersburgo, em uma família russa de ascendência alemã. Seu pai foi senador e membro do Conselho de Estado da Rússia. Von Tuhr estudou nas Universidades de Heidelberg, Leipzig e Strasbourg. Suas influências intelectuais foram Bernhard Windscheid e Ernst Bekker. Em 1893, von Tuhr assumiu a cátedra de Direito na Universidade da Basileia. Posteriormente, em 1898, tornou-se catedrático na Universidade de Strasbourg, da qual também foi indicado para a reitoria. Naquele tempo, a universidade era denominada *Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg*, em homenagem ao imperador alemão e como demonstração de lealdade à Alemanha. Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a região da Alsácia-Lorena deixou de ser alemã e voltou a se incorporar ao território francês. Com isso, von Tuhr perdeu sua cátedra universitária e emigrou para a Suíça, onde se tornou professor da Universidade de Zurique e muito contribuiu para o desenvolvimento do Direito das Obrigações suíço, com a publicação do clássico *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts* [Parte Geral do Direito das Obrigações suíço]. A obra de von Tuhr é considerada um exemplo perfeito do Direito Civil de vocação europeísta. Seus ensinamentos, em qualquer idioma ou ordenamento jurídico, são facilmente adaptáveis, porque dotados de caráter de universalidade e de rigor metodológico. Ele é apontado como um dos últimos pandectistas.

¹⁹³ ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 15. rev. por Hans Carl Nipperdey. Trad. de la 39. ed. alemana. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1981. t. 1., vol. 1 (há diversos volumes e tomos sobre cada um dos livros do *BGB*).

permanentemente lembrado por sua *História do Direito Privado moderno*, como já referido, excelentemente traduzida para o português por António M. Botelho Hespanha. Karl Larenz (1903-1993) é onipresente nos livros brasileiros sobre Parte Geral e Direito das Obrigações. A edição de 1992 de sua *Metodologia da ciência do Direito* foi (muito bem) traduzida por José Lamego e publicada em Coimbra, graças à prestigiosa Fundação Calouste Gulbenkian. Seus livros *Parte geral do direito civil e direito das obrigações* receberam traduções espanholas, respectivamente, nos anos de 1978 e 1958-1959, ambas publicadas em Madri, pela editora Revista de Derecho Privado, as quais tomaram por base edições alemãs dos anos 1970 e 1950.¹⁹⁴

A “terceira camada” é composta por doutrinadores mais “recentes”, como é o caso de Dieter Medicus¹⁹⁵ e Claus-Wilhelm Canaris.¹⁹⁶

O livro de Dieter Medicus sobre Direito das Obrigações, traduzido como *Tratado de las relaciones obligacionales*, foi estampado em Barcelona, pela editora Bosch, no ano de 1995. É uma tradução organizada por Ángel Martínez Sarrión, que tomou por base a sexta edição alemã de 1992, portanto, anterior à reforma do Direito das Obrigações ocorrida em 2002.

Claus-Wilhelm Canaris é bastante conhecido no Brasil graças a duas obras: *Direitos fundamentais e Direito Privado*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, publicada em Coimbra, pela Almedina, no ano de 2003, e *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, vertida para o português por António

¹⁹⁴ As referências completas dessas traduções são as seguintes: LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado Ed., 1978; LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado Ed., 1958-1959. vol. 2. Em 2006, Alessandro Hirata traduziu para o português, diretamente do alemão, um importante texto de Larenz de 1956 (Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten. *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 51-52, p. 1897-1900. 1956), que ganhou o seguinte título: “O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956)”, publicado na *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, p. 55-63, jan.-jun. 2006.

¹⁹⁵ Dieter Medicus (1929-) foi catedrático da Universidade de Munique [*Ludwig-Maximilians-Universität München*] de 1978 até sua aposentadoria em 1994.

¹⁹⁶ Claus-Wilhelm Canaris (1937-) nasceu em Legnica (em alemão Liegnitz), cidade da Baixa Silésia, que foi parte do território alemão da Prússia até 1945 e hoje integra a Polônia. Ele sucedeu Karl Larenz, em 1972, na cátedra da Faculdade de Direito da Universidade de Munique, até quando se aposentou em 2005. Ele liderou o projeto de reforma do *BGB*, que resultou na Lei de Modernização do Direito das Obrigações. Em 2005, ele foi agraciado com a comenda *Verdienstkreuz 1* (Cruz da Ordem do Mérito da República Federal da Alemanha, Primeira Classe). Claus-Wilhelm Canaris é muito respeitado e admirado no Brasil, com quem possui antigos vínculos acadêmicos. Em 2012, por indicação da Faculdade de Direito, a PUC-RS outorgou-lhe o merecido título de *Doutor Honoris Causa*.

Menezes Cordeiro e estampada em Lisboa, no ano de 1989, sob o patrocínio da Fundação Calouste Gulbenkian.

Direitos fundamentais e direito privado é a tradução de *Grundrechte und Privatrecht*, publicado em Berlim e Nova York, no ano de 1999, pela editora Walter de Gruyter. Esse livro teve enorme impacto no estudo das relações entre o Direito Privado e o Direito Constitucional, especialmente no que toca ao problema da eficácia dos direitos fundamentais em face dos particulares. Infelizmente, esse estudo foi pouco lido ou, o que é pior, pouco compreendido por alguns que o leram e o têm citado. Como bem ressaltou Jörg Neuner, a relação entre o Código Civil e a Constituição é “extremamente complexa e constitui atualmente um fórum central de desenvolvimento e reformulação de controvérsias sobre os fundamentos da ciência jurídica”.¹⁹⁷

Canaris e Medicus ainda possuem uma invejável produção literária. No entanto, seus livros mais marcantes para a cultura jurídica nacional datam dos anos 1970-1990.

Se for realizada uma regressão para autores da “segunda camada”, especificamente de seu segundo grupo, os livros de maior relevo ou que chegaram até ao público brasileiro por traduções portuguesas ou espanholas publicaram-se nos anos 1950-1960. Esses livros e artigos são a fonte para a maior parte das pesquisas brasileiras de Direito Privado. Seguindo uma tradição alemã, boa parte dessas obras foram, no entanto, modificadas ou atualizadas posteriormente, com a inclusão de novos coautores. Exemplo disso é a *Parte Geral do Direito Civil*, de Karl Larenz, que foi bastante alterada em 1997, quando se estampou sua sétima edição. Manfred Wolf tornou-se coautor desse livro desde sua oitava edição, em 2004. Em 2012, a editora Beck publicou

¹⁹⁷ Em complemento: “Em retrospectiva, constatamos que a descrição do primado da Constituição restringe, num primeiro momento, a percepção da autonomia do Direito Privado. Essa impressão resta enrobustecida quando os direitos fundamentais são considerados abrangentemente como mandamentos de otimização. Do ponto de vista do método, porém, vale para o Judiciário o primado do plano das regras sobre o plano dos princípios, de modo que só é possível recorrer à Constituição excepcionalmente *supplendi* ou *corrigendi causa*. Além disso a interpretação da Constituição deve, em princípio, ser orientada para uma reconstrução da vontade legislativa” (NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. Trad. Peter Naumann. *Revista da Esmesc*, vol. 15, n. 21, p. 75-106. 2008. p. 77 e 105). Para uma crítica da simplificação do problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares e da chamada constitucionalização do Direito Civil: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito (Lisboa)*, vol. 143, p. 43-66, 2011.

a décima edição de *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, que, além de Larenz e Wolf, ambos falecidos, tem a participação de Jörg Neuner.

No Direito Público, o cenário é diverso. Nessa área, com honrosas exceções, ocorreu um saudável *aggiornamento* dos marcos teóricos, com a utilização de obras dos anos 1980-1990, como as de Robert Alexy¹⁹⁸ ou Bernhard Schlink,¹⁹⁹ cujas traduções começaram a chegar ao Brasil no final da década de 1990 e ao longo dos anos 2000.²⁰⁰

É notório que há cada vez mais brasileiros estudando na Alemanha ou que dominam o idioma de Goethe, o que permite a consulta aos originais de obras jurídicas modernas. Isso, porém, não se traduziu em uma alteração sensível para a grande massa de manuais, cursos e coleções didáticas de Direito Civil, que permaneceram reproduzindo lições que não mais se observam em seu país de origem, o que implica prejuízos no estudo comparatístico.

É óbvio que muitos elementos contidos em textos de Enneccerus, Larenz ou Hedemann são extremamente úteis como fontes de consulta para fins dogmáticos. E merecem ser citados na qualidade de textos clássicos. No entanto, outras passagens desses livros assumiram conotação puramente histórica, dada a alteração legislativa ou o surgimento de novas escolas, tendências jurisprudenciais ou doutrinárias. Os “clássicos” sempre terão seu espaço preservado, ainda que hajam perdido o viço da atualidade. É necessário reconhecer, porém, que o emprego de constructos teóricos ou de certos conceitos com forte vínculo legislativo, em obras didáticas brasileiras, há de ser extremamente

¹⁹⁸ Robert Alexy, nascido em Oldenburg, estudou Direito e Filosofia na Universidade de Göttingen. Ele doutorou-se em 1976 com a tese *Theorie der juristischen Argumentation*, e, em 1984, obteve sua habilitação com a tese *Theorie der Grundrechte*. Alexy é professor da Universidade de Kiel (*Christian-Albrechts-Universität*). Sua influência no Direito brasileiro contemporâneo é imensa, tanto no campo doutrinário, quanto na jurisprudência do STF. Ele possui doutorados honorários em diversas universidades (Alicante, Buenos Aires, Tucumán, Antuérpia, Lima [*Universidad Nacional Mayor de San Marcos* e *Universidad Ricardo Palma*], Piauí, Praga e Coimbra). Segundo Robert Alexy, Ralf Dreier teve grande importância na elaboração de sua tese de doutoramento. Juntos eles desenvolveram o modelo Dreier-Alexy, com suas dimensões analítica, empírica e normativa (ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. vol. 24, p. 671-687. 2001; Dados biográficos da página da Universidade de Kiel, disponíveis em: [www.alexey.jura.uni-kiel.de/]. Acesso em: 20.09.2013).

¹⁹⁹ Bernhard Schlink hoje é um nome internacionalmente conhecido, menos por sua condição de jurista e mais por sua carreira literária, popularizada pela adaptação de seu romance *Der Vorleser* [O leitor] para o cinema, em 2008, sob a direção de Stephen Daldry. Como jurista, Schlink exerceu o magistério em diversas universidades alemãs. De 1999 até 2009, ele foi catedrático de Direito na *Humboldt-Universität zu Berlin*.

²⁰⁰ É o caso de citar: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

cuidadoso. N'alguns casos, é um risco para a seriedade do manual ou do livro-texto fazer certas afirmações sobre um instituto jurídico que não mais existe ou que não tem mais sentido para um estudante do século XXI. Exemplos não faltam de teorias arruinadas na Alemanha, como a das “relações contratuais de fato”, no Direito das Obrigações, ou a “teoria das esferas”, no campo dos direitos da personalidade, que são recitadas no Brasil como grandes novidades.

Com a profunda reforma no Código Civil, em vigor desde 2002, por efeito da Lei de Modernização do Direito das Obrigações,²⁰¹ não se pode mais estudar institutos como a boa-fé objetiva, a violação positiva do contrato, a alteração da base do negócio, a prescrição, as relações de consumo, responsabilidade pós e pré-contratual com *exclusivo* suporte em obras dos anos 1950-1960 ou mesmo de 1980-1990.

É ainda digno de nota que o estudo do Direito Civil alemão é baseado nos comentários ao *BGB*, mais do que pela consulta aos livros-texto. Um advogado, um pesquisador ou civilista não consultará o manual ou o tratado de Dieter Medicus ou de Claus-Wilhelm Canaris, ao menos não sem antes ter examinado um dos monumentais códigos comentados, como o Palandt,²⁰² o Staudinger,²⁰³ o Erman,²⁰⁴ o *Münchener Kommentar*²⁰⁵ e o mais recente *Historisch-Kritischer Kommentar*.²⁰⁶ A riqueza desse tipo de obra está na pluralidade de visões doutrinárias, no acervo de jurisprudência (que é acumulado a cada edição) e na organização sucinta das informações. Outro fator que conta para essa preferência pelos comentários é que os manuais e os tratados não se reeditam todos os anos, como se tornou vulgar no Brasil nas duas últimas décadas. A atualização favorece comparativamente os comentários sob esse ângulo.

Para além dessas questões, que por si sós são muito relevantes, há ainda a necessidade de se dialogar com autores mais “contemporâneos” da privatística alemã e que têm oferecido leituras absolutamente originais, quando não diferenciadas, sobre consensos

²⁰¹ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26.11.2001.

²⁰² PALANDT, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 72. Auflage. München: Beck, 2013.

²⁰³ STAUDINGER, Julius von (Hrsg). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. 13. Bearbeitung und Neubearbeitungen. Berlin-New York: Walter de Gruyter-Sellier, 1993.

²⁰⁴ ERMAN, Walter. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Handkommentar*. 13. neubearbeitete Auflage. Köln: Schmidt, 2011.

²⁰⁵ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg). *Münchener Kommentar zum BGB...* cit.

²⁰⁶ SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (Hrsg). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Tübingen: Mohr, 2007.

teóricos há tempos arraigados no Brasil, graças a essa recepção assincrônica da doutrina germânica.

Joachim Rückert,²⁰⁷ Rolf Stürner²⁰⁸ e Reinhard Zimmermann²⁰⁹ este último mais conhecido em razão de seus livros escritos em inglês,²¹⁰ são exemplos desses “novos” autores, que produziram escritos de grande qualidade e com influência na dogmática alemã nos anos 1990-2000, com projeções até aos dias de hoje. Esses juristas, quase todos nascidos nos anos 1940-1950, são relativamente pouco citados nos manuais brasileiros, a despeito de suas inegáveis qualidades técnico-jurídicas.²¹¹

Em termos comparativos, vejamos os seguintes resultados quanto às citações de alguns privatistas alemães em um grupo de revistas jurídicas brasileiras, no período de 1986-2012:²¹²

²⁰⁷ Joachim Rückert (1945-) é Professor Catedrático de Direito Privado, História do Direito e Filosofia do Direito na *Johann Wolfgang Goethe-Universität* (Frankfurt am Main). Juntamente com Reinhard Zimmermann e Mathias Schmoekel, Rückert coordena os *Comentários histórico-críticos ao Código Civil alemão*, publicados pela editora Mohr, de Tübingen (dados biográficos extraídos de: [www.jura.uni-frankfurt.de/42960623/Person]. Acesso em: 22.09.2013).

²⁰⁸ Rolf Stürner (1943-) é catedrático de Direito Civil na *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*. No período de 2001-2003, ele foi Professor visitante na Universidade de Yale. Ele foi assistente de Fritz Baur (1911-1992), catedrático da *Eberhard Karls Universität Tübingen*, e, juntamente com ele, Stürner é autor do clássico contemporâneo em língua alemã sobre o Direito das Coisas: BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. neu bearbeitete Auflage. München: Beck, 2009.

²⁰⁹ Reinhard Zimmermann (1952-), catedrático na Universidade de Ratisbona [*Universität Regensburg*], é hoje um dos mais influentes juristas alemães no cenário internacional. Atual diretor do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Hamburgo) e presidente da *Zivilrechtslehrervereinigung* [Associação de Professores de Direito Civil da Alemanha, a mais prestigiosa organização de docentes de Direito Civil]. Zimmermann liderou a reação dos civilistas alemães à reforma do Direito das Obrigações (2002) e tem defendido a importância do Direito Romano e de seu diálogo com o Direito Privado contemporâneo.

²¹⁰ Podem-se citar como obras de Zimmermann com relativa difusão no Brasil: ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005 e ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

²¹¹ Na atualização do tomo 5 do *Tratado de Direito Privado*, de Pontes de Miranda, feita por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús, publicada no ano de 2012, em São Paulo, com o selo da Revista dos Tribunais, há copiosas referências a livros de Reinhard Zimmermann e Rolf Stürner.

²¹² Periódicos editados pela Revista dos Tribunais, que foram selecionados por sua aderência ao Direito Privado: (1) Revista dos Tribunais; (2) Direito do Consumidor; (3) Direito Privado; (4) Arbitragem e Mediação; (5) Direito Bancário e do Mercado de Capitais; (6) Direito Imobiliário; (7) Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo; (8) Direito do Trabalho.

TABELA 1

<i>Posição</i>	<i>Autor</i>	<i>Número de publicações</i> (*)
1	Karl Larenz	410
2	Claus-Wilhelm Canaris	270 ²¹³
3	Karl M. Ludwig Enneccerus	180
4	Franz Wieacker	97
5	Dieter Medicus	52
6	Justus Wilhelm Hedemann	46
7	Hans Carl Nipperdey	36
8	Andreas von Tuhr	25
9	Reinhard Zimmermann	12
10	Anton Menger	9
11	Rolf Stürner	8
12	Joachim Rückert	1 ²¹⁴

(*) Considera-se a citação, independentemente do número de vezes em um mesmo texto, em cada artigo, parecer, resenha e ensaio publicados nas revistas pesquisadas.

O impacto da doutrina alemã pode ser medido, com segurança,²¹⁵ na jurisprudência do STJ,²¹⁶ o que permite uma interessante comparação com os resultados do impacto nas revistas jurídicas brasileiras. Considerado o período de 01.01.1989 até 31.12.2012, têm-se os seguintes dados:

²¹³ No número expressivo de citações de Claus-Wilhelm Canaris deve-se considerar que sua obra de caráter metodológico e filosófico, e não apenas civilístico, teve impacto na quantidade de referências.

²¹⁴ A citação de Joachim Rückert deve-se a Débora Gozzo, como se lê de seu artigo “Assentimento de terceiro e negócio jurídico: análise comparativa entre os direitos brasileiro e alemão”, publicado na *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo* 20/66. Op. cit.

²¹⁵ A base de dados eletrônica do STJ contém todos os acórdãos julgados desde a instituição dessa Corte, o que confere caráter de universalidade aos resultados da pesquisa.

²¹⁶ O Tribunal Superior brasileiro tem competência para uniformizar a interpretação do direito ordinário em matérias administrativas, tributárias, previdenciárias, penais, processuais, cíveis, comerciais e concorrenciais. A competência sobre o direito ordinário é também exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral (matéria eleitoral), Tribunal Superior do Trabalho (matéria trabalhista) e Superior Tribunal Militar (crimes militares).

TABELA 2

<i>Posição</i>	<i>Autor</i>	<i>Número de acórdãos</i> (*) ²¹⁷
1	Karl Larenz	62 ²¹⁸
2	Karl M. Ludwig Enneccerus	15
3	Justus Wilhelm Hedemann	8 ²¹⁹
4	Claus-Wilhelm Canaris	2
5	Andreas von Tuhr	1
-	Franz Wieacker	NIHIL
-	Hans Carl Nipperdey	NIHIL
-	Dieter Medicus	NIHIL
-	Reinhard Zimmermann	NIHIL
-	Anton Menger	NIHIL
-	Rolf Stürner	NIHIL
-	Joachim Rückert	NIHIL

Qualquer relação de professores de Direito Privado alemão seria incompleta se uma alusão, ainda que menos enfática, porque são internacionalistas-privatistas, ao canadense-alemão Erik Jayme (1934), da Universidade de Heidelberg, e a Jürgen Basedow (1949), do Instituto Max-Planck de Hamburgo. Erik Jayme dispensa apresentações. É um dos nomes mais conhecidos da Alemanha no Brasil, com publicação de vários artigos em português, língua que domina com proficiência. Seus escritos são divulgados no Brasil, em larga medida, pela ação de sua discípula Claudia Lima Marques, ela própria uma das maiores expoentes do Direito Privado brasileiro de matriz alemã. A teoria do diálogo das fontes, o Direito da Arte e as novas visões sobre o Direito Comparado são dois exemplos dos contributos de Erik Jayme para a Ciência Jurídica nacional.²²⁰

²¹⁷ Não foram considerados os acórdãos nos quais o autor é meramente referido, sem indicação de obra específica.

²¹⁸ Desse total, 57 acórdãos citam o livro *Metodologia da ciência do Direito*, ora na tradução portuguesa de José Lamago, ora na tradução espanhola publicada pela editora Revista de Derecho Privado ou, a mais recente, da editora Ariel, de Barcelona.

²¹⁹ Aparecendo com a grafia incorreta de seu nome (ENDEMANN).

²²⁰ JAYME, Erik. Formação progressiva do direito internacional privado por parte dos juízes: a experiência americana e a alemã até 1986. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*.

Jürgen Basedow é uma referência mundial no Direito Internacional Privado e tem sido precursor no estudo da “europeização” do Direito alemão. No Brasil, Augusto Jaeger Junior é seu divulgador e um dos primeiros a estudar o tema da “europeização” no País.²²¹

Por último, é mandatória a referência a Jürgen Samtleben (1937-), um dos maiores difusores do Direito brasileiro na Alemanha nos anos 1970-1980. Pesquisador para a América Latina do Instituto Max-Planck de Hamburgo, Samtleben participou de diversos eventos no Brasil, conhece profundamente a língua portuguesa e os autores nacionais. É verdadeiramente notável e digno de reconhecimento formal pelas autoridades brasileiras o contributo de Jürgen Samtleben para a elevação da cultura jurídica do Brasil nos meios germanófonos.

5.2 O Direito Civil alemão e seus rumos atuais

Uma nova geração de civilistas alemães tem despontado na última década, com produção de elevada qualidade e com uma formação em países de língua inglesa e mais voltada para a chamada “europeização” do Direito alemão. Podem-se citar nesse grupo os nomes de: (a) Gerhard Wagner, catedrático de Direito Civil na *Humboldt-Universität zu Berlin*, que foi professor visitante na Universidade de Chicago e tem pesquisado sobre análise econômica do Direito, responsabilidade civil e insolvência civil; (b) Horst Eidenmüller, catedrático de Direito Civil da *Ludwig-Maximilians-Universität München*, que possui um LL.M na Universidade de Cambridge, com pesquisa na área de Direito Privado europeu e análise econômica do Direito; (c) Sonja Meier, diretora do *Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht* da *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, fez um LL.M na Universidade de Londres, é discípula de Reinhard Zimmermann e deu enorme contribuição ao direito restitutivo inglês; (d) Hans Schulte-Nölke, de Osnabrück, citado neste artigo, catedrático de Direito civil na Universidade de Osnabrück, tem escrito sobre História do Direito Privado; (e) Hans Christoph Grigoleit,

vol. 1, n. 1, p. 69-91. Porto Alegre: UFRGS, mar. 2003; JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna no Direito Comparado. *Revista dos Tribunais*. vol. 759, ano 88, p. 24-40. São Paulo: Ed. RT, jan. 1999.

²²¹ JAEGER JR., Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

sucessor de Canaris na cátedra de Direito Civil da Universidade de Munique, que investiga Teoria Geral do Direito Privado e tem participado de eventos acadêmicos no Brasil nos últimos 5 anos.

Apesar de sua tradição de séculos e da força do *BGB*, o Direito Civil alemão, desde os inexoráveis avanços da europeização das instituições político-econômicas, tem experimentado contestações internas. Além disso, a importância do *BGB* é crescentemente discutida nos meios universitários em razão do crescente apelo à dogmática anglo-saxã, não apenas no Direito Civil, mas em variegados setores, como a Internet (e seus problemas jurídicos), o Direito Ambiental, o Direito dos Contratos, o Direito Administrativo global, o Direito da Propriedade Industrial, o Direito Tributário.

A Alemanha ainda não sofreu o avanço anglo-saxônico que já atingiu pesadamente o Direito italiano e hoje trava uma luta incruenta no Direito francês. Mas, os sinais desse conflito por espaço e por influência no próprio território alemão já se mostram, inequivocamente. Em muitas áreas na universidade alemã, têm-se tornado comuns os cursos de pós-graduação totalmente ministrados em inglês, o que já se verificou na Holanda (a ponto de superar muitos dos conflitos internos entre valões e flamengos) e na Bélgica. Esse diagnóstico é também comprovável pelo crescente número de professores alemães que complementam sua formação em universidades britânicas ou norte-americanas, ou ainda que se transferiram para essas instituições, ao exemplo de Jan Kleinheisterkamp, Stefan Vogenauer e Henning Grosse-Ruse Kahn.

Quanto à europeização, a crescente edição de diretivas e sua incorporação ao direito interno alemão têm contribuído para quebrar a unidade metodológica e histórica do *BGB*, ao exemplo da já comentada Lei de Reforma do Direito das Obrigações de 2002, uma iniciativa que ainda hoje é objeto de severas críticas nos meios universitários. A inevitabilidade desse processo, contudo, é um fato que não permite ser ignorado.

Posto que esses dois fatos coloquem o Direito Civil alemão diante de novos desafios, sua qualidade permanece em níveis de difícil equiparação com o equivalente em outros países. Uma das razões para essa superioridade é a maneira como os estudantes são ensinados a lidar com o *BGB*: ele manuseado, consultado e expungido em sala-de-aula e nos estudos em casa. Os professores lecionam o Direito Civil com base no código; os

problemas têm solução dependente do conhecimento das regras do *BGB* e não com base em conceitos subjetivos ou opiniões retóricas alheias à realidade normativa.

Na próxima seção, que antecede a conclusão do artigo, volta-se ao problema da qualificação ideológica do *BGB* e faz-se o contraponto com a realidade brasileira.

6. O CÓDIGO CIVIL ALEMÃO E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916: “FILHOS TARDIOS DO LIBERALISMO” E CONSENSOS QUE MERECEM REVISÃO

Chega-se à última seção deste trabalho, que se dedicará ao exame de alguns consensos sobre a natureza e a ideologia do *BGB* e do Código Civil brasileiro de 1916, que, de certo modo, remanescem até aos dias atuais. Um desses consensos está na qualificação histórica do *BGB* como a última floração do liberalismo do século XIX. Sendo bastante curioso que, em relação ao Código Civil de 1916, se formou idêntico consenso em grande parte da doutrina nacional.²²²

Em última instância, propõe-se a revisão de um consenso bastante arraigado no Brasil: a natureza liberal, exegética e patrimonialista do Código Civil alemão. Em certa medida, esse é um consenso transponível ao Brasil, onde se formou uma visão preconceituosa sobre o Código de 1916, tantas vezes apontado como uma lei retrógrada e velha em seu próprio tempo.

A base desta seção é um instigante artigo de Joachim Rückert, publicado em 2003, com o título *O Código Civil – um Código sem chance?*²²³ Com esse propósito, far-se-á uma espécie de resenha desse texto e, sempre que oportuno, proceder-se-á à comparação de suas conclusões parciais com certas leituras do Código alemão, muito difundidas no Brasil.

²²² A influência de Franz Wieacker na construção dessa tese é notória, se consultados os autores nacionais contemporâneos que dele se valem para reafirmar o caráter socialmente atrasado do *BGB*, pois, não obstante a inovação das cláusulas gerais e seu caráter de flexibilização do sistema, o Código alemão “permaneceu um Código do liberalismo econômico” (COSTA, Dilvanir José da. Quarenta séculos de codificação civil. *Revista Forense*. vol. 102, n. 386, p. 485-491. Rio de Janeiro: Forense, jul.-ago. 2006. p. 488).

²²³ RÜCKERT, Joachim. Op. cit., loc. cit.

Joachim Rückert inicia seu artigo comentando que o centenário do *BGB* foi melancólico e nem de longe revelou o brilho ou o orgulho das comemorações pelo bicentenário do Código Civil francês de 1804.²²⁴ As causas desse distanciamento dos alemães em relação a seu Código devem ser inventariadas.²²⁵ A fonte dessa pesquisa é singela: os livros de introdução ao Direito ou sobre a Parte Geral do Direito Civil. Neles, é possível encontrar a mesma “história”, a prevalecente e usualmente contada (*die gewohnte Geschichte*), e as mesmas obras que lhes servem de fundamento.²²⁶ Essa visão histórica, segundo Rückert, deve-se, de modo especial, a quatro autores: (a) *Franz Wieacker*, que escreveu a *História do Direito Privado moderno*, “legendário livro de cabeceira de qualquer jurista mais instruído”; (b) *Karl Larenz*, com sua *Metodologia da ciência do Direito*, obra que exerceu papel fundamental na desconstrução da metodologia clássica; (c) *Gustav Boehmer*; (d) *Konrad Zweigert*.²²⁷

De entre esses autores, Franz Wieacker e Karl Larenz são particularmente relevantes, dada sua enorme influência no pensamento jurídico brasileiro da segunda metade do século XX e até aos dias de hoje (como demonstrado no item 5). Suas obras-chave foram escritas nos anos de 1950-1970 e, como afirma Joachim Rückert, conseguiram retratar o *BGB* de uma maneira bastante negativa. Ocorre, porém, que muitas das críticas ao *BGB*, identificáveis nas obras desses dois autores, refletem concepções dos anos 1940 ou mesmo anteriores, o que implicaria a recepção de ideias ultrapassadas, mesmo em 1950, e de conteúdo nacional-socialista. Sobre esse último ponto, nem seria de se estranhar, dado o comprometimento de amplos setores da universidade e da magistratura alemãs com o nazismo, como os membros da Escola de Kiel (*Kieler Rechtsschule*), um dos mais radicais centros da “renovação jurídica” promovida pelo regime hitlerista. Karl Larenz ocupou a cátedra de Gerhart Husserl, que foi destituído da Universidade de Kiel por ser judeu.²²⁸ Essas ligações implicaram seu temporário afastamento da cátedra universitária no pós-guerra.²²⁹

²²⁴ Idem, p. 749.

²²⁵ Reinhard Zimmermann (*The new German law...* cit., p. 28-29, especialmente nota 153) comenta que o centenário do *BGB* passou sem grandes celebrações, seja pelo público em geral, seja pela comunidade jurídica. O número de publicações (artigos, obras coletivas ou de caráter comemorativo) foi pequeno e sem grande exuberância.

²²⁶ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 750, nota 3.

²²⁷ Idem, p. 750.

²²⁸ Apesar disso, nos arquivos de Karl Larenz, encontram-se 20 correspondências trocadas entre ele e Gerhart Husserl, que então vivia em Freiburg, no período de 1960-1972. O tom dessas missivas é leve e nelas são tratadas questões teóricas, sem qualquer alusão ao incidente ocorrido em 1933. Em 1968, notavelmente satisfeito pela oportunidade, Larenz participou do *Festschrift* para celebração dos 75 anos

Franz Wieacker, então um jovem professor, também fez parte desse grupo, na condição de professor visitante da *Christian-Albrechts-Universität Kiel*, em dois semestres.²³⁰ E, segundo Hans-Peter Haferkamp, no que está de acordo com Joachim Rückert, é o mais bem sucedido dos críticos do *BGB* e um dos responsáveis diretos pela construção de sua imagem como um código “formalista” e indiferente com a questão social.²³¹

Sobre o papel de Karl Larenz na Escola de Kiel e no “movimento de renovação do Direito” por ela liderado no período hitlerista, Claus-Wilhelm Canaris dedicou várias seções de um texto biográfico sobre seu mentor, intitulado “Karl Larenz”, publicado em uma coletânea sobre os principais civilistas de língua alemã do século XX, a partir da visão de seus discípulos.²³² Há diversas informações muito úteis para se compreender o comportamento de um homem tão admirado como jurista, mas que associou seu nome a um governo fundado no totalitarismo e na absoluta indiferença à dignidade humana.

Dadas as limitações de objeto desta investigação, no entanto, deve-se ficar apenas com a visão de Larenz sobre o Direito Civil e seu papel histórico.

Canaris informa que Larenz escreveu a Ralf Dreier uma carta sobre sua atuação em Kiel, cuja divulgação poderia ocorrer somente após sua morte.²³³ Nessa carta e pelas conversas mantidas entre os dois, sobressaem-se dois aspectos: (a) ele considerava importante contribuir para que o regime se mantivesse dentro de padrões mínimos de adequação ao Estado de Direito, daí a necessidade de contribuir com sua presença na cátedra universitária; (b) no entanto, ele faz a autocrítica de que foi ilusória e falsamente fundadas essas esperanças quanto ao regime.²³⁴

de Husserl. É algo, no mínimo, singular que isso tenha ocorrido, como acentua Claus-Wilhelm Canaris (GRUNDMANN, Stefan; RIESENHUBER, Karl (Hrsg). *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler: Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen*. Berlin: De Gruyter, 2010. vol. 2, p. 281.

²²⁹ Karl Larenz foi condecorado em 1942 com a *Kriegsverdienstkreuz 2* (comenda militar de segunda classe), o que denota sua ativa colaboração com o regime nazista. No pós-guerra, ele foi afastado de suas funções, em razão de inquéritos promovidos pelas autoridades de ocupação britânicas. Após sua “desnazificação”, ele foi convidado a assumir a cátedra na Universidade de Munique.

²³⁰ Para dados biográficos mais completos, sugere-se a consulta ao obituário de Franz Wieacker, de autoria de Detlef Liebs (Franz Wieacker. *Gnomon*. v.67, fasc. 5, p. 473-477, 1995).

²³¹ HAFERKAMP, Hans-Peter. Op. cit., p. 123.

²³² CANARIS, Claus-Wilhelm; GRUNDMANN, Stefan; RIESENHUBER, Karl (Hrsg). *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler: Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen*. Berlin: De Gruyter, 2010. vol. 2, p. 267-307.

²³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit. p. 272.

²³⁴ Idem, p. 273.

Ingeborg Maus, em estudo já publicado no Brasil, reforça a tese de Joachim Rückert, embora tenha dirigido sua análise para a questão do compromisso da magistratura com o nacional-socialismo, a ponto dos dirigentes da Associação dos Juízes Alemães, em 19.03.1933, haver emitido uma declaração de “total fidelidade” a Hitler.²³⁵ Nesse período, o juiz é chamado conforme sua consciência e, por óbvio, de acordo com a lei (como se esses dois termos fossem realmente compatíveis). É o tempo em que o “juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo”, porquanto o Poder Judiciário não se deveria “utilizar servilmente ‘das muletas da lei’”, por ser o magistrado um “auxiliar direto da condução do Estado”.²³⁶ Ainda conforme Ingeborg Maus, deu-se a “completa destruição a ligação entre legislação e independência da Justiça. Uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos. Esse processo foi direcionado mediante uma problemática moralização do conceito de direito. É nesse contexto, em 1942, em meio à extrema perversão da Justiça alemã, que se formula esta bela máxima: ‘O juiz é a corporificação da consciência viva nacional’”. O antiformalismo e o antipositivismo da doutrina nazista põem em discussão até que ponto essa ética de valores morais unitários seria compatível com uma lei como o *BGB*.²³⁷

Com o pós-guerra, a magistratura alemã não foi chamada à responsabilidade por seus atos durante o regime nazista. E muitos de seus membros foram convidados a participar do processo de reconstrução do Direito, quando da reorganização alemã, primeiramente nas zonas de ocupação aliadas e, depois, com a República Federal da Alemanha: “Não se percebe durante os trabalhos preparatórios da Lei Fundamental [de 1949], nem tampouco depois, uma mínima tendência a reconhecer a participação submissa da Justiça – que dirá então de suas funções específicas – no nacional-socialismo”.²³⁸ Idêntica observação pode ser lançada quanto à universidade e muitos de seus professores, que se favoreceram da cassação dos antigos catedráticos, por questões políticas ou étnicas. Alguns passaram pelos processos de desnazificação, conduzidos

²³⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos Cebrap*. n. 58, p. 183-202. nov. 2000. p. 195.

²³⁶ Idem, p. 196.

²³⁷ Idem, p. 197.

²³⁸ Idem, p. 198.

pelas autoridades militares aliadas das Zonas de Ocupação (americana, francesa, inglesa e russa), mas retornaram às cátedras e deram sequência, em muitos casos, a seus estudos teóricos dos anos 1930-1940, sem grandes revisões.²³⁹

Volte-se ao texto de Joachim Rückert, quando ele faz o curioso inventário das concepções dessa “história usual” do *BGB*. Note-se que se trata de uma resenha do pensamento dominante sobre esse código e que pode ser encontrada em qualquer obra alemã sobre Direito Civil ou História do Direito.²⁴⁰

1. O *BGB* é um código liberal-burguês. Uma vez mais, a palavrinha “liberal” surge com toda sua carga de plurivocidade. Muito bem, Rückert, de modo cuidadoso esclarece que o liberal é no sentido manchesteriano e capitalista. A liberdade de contratar é limitada de modo insuficiente por força das cláusulas dos bons costumes, da boa-fé objetiva e dos usos do tráfego (§§ 138 e 134; 242 e 157, *BGB*). O valor do trabalho foi desprezado no § 950, em face do tratamento que se conferiu à especificação.

2. O *BGB* traiu os princípios igualitários e libertários das revoluções de 1789 (Francesa) e 1849 (Constituição alemã de *Paulskirche*), quando “esqueceu” das classes proletárias e não ouviu a denúncia de Anton Menger von Wolfensgrün.

3. O *BGB* não regulou o contrato de trabalho e conferiu liberdade à classe trabalhadora, mas sem lhe reconhecer direitos.

4. O *BGB* é um produto do formalismo jurídico e de uma não saudável jurisprudência dos conceitos.²⁴¹

²³⁹ Michael Stolleis (Prologue: reluctance to glance the mirror. The changing face of german jurisprudence after 1933 and post-1945. In: JOERGES, Christian; GHALEIGH, Singh (Eds.). *Darker legacies of law in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 1, 3) é mais enfático ao afirmar que a maior parte das pessoas empregadas nos serviços jurídicos do Governo alemão no período nazista, após a Guerra, foram reintegradas ou promovidas, após os processos de desnazificação conduzidos pelas autoridades aliadas de ocupação. Tratou-se de um expediente pragmático, não apenas limitado ao Direito, mas às atividades essenciais da Alemanha (militares, economistas, servidores públicos em geral), por causa da Guerra Fria, que logo se iniciou entre os Aliados ocidentais (Estados Unidos, França e Reino Unido) e a União Soviética. Algo semelhante ocorreu na França, após a queda do Governo colaboracionista de Vichy; na Espanha, com o fim da ditadura franquista e nos países comunistas, após a derrubada dos regimes da Cortina de Ferro (ENGELBREKT, Kjell. *Darker Legacies, Schmitt's Shadow and Europe*. *German Law Journal*. vol. 7, n. 2. p. 112-113. 2012. p. 112).

²⁴⁰ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 750.

²⁴¹ “(...) einer ungesunden Begriffsjurisprudenz”.

5. A defesa social no Direito Privado, de modo deliberado ou não, foi esquecida pelo *BGB*.

6. Os valores sociais foram ignorados pelo *BGB*, que se louvou num egoísmo estéril. Em tudo e por tudo, a origem das concepções nele contidas era o indivíduo, o dogma da vontade e a propriedade absoluta.

Uma das mais populares caracterizações do *BGB*, muito usada por Franz Wieacker, é a de ser esse código um “filho tardio do liberalismo”,²⁴² a significar que o Código de 1900 havia nascido quando o Liberalismo já se encontrava em avançado estado de decadência. Segundo Joachim Rückert, essa qualificação do Código Civil alemão era corriqueira nos textos nacional-socialistas, continentes de duras críticas ao Liberalismo e, por esse motivo, trata-se de uma expressão contaminada por suas origens pardas (no sentido das camisas-pardas dos primeiros militantes nazistas). Não se pode esquecer a ojeriza ao *BGB* pelo regime hitlerista, que o considerava exageradamente individualista e inadequado aos valores da nova Alemanha,²⁴³ o que redundou na tentativa de substituí-lo pelo Código Civil do Povo alemão (*Volksgesetzbuch*), uma legislação “verdadeiramente germânica”.²⁴⁴ Essa aversão também se justificava pelo código genético romanístico do *BGB*. O Partido Nacional Socialista, no item 19 de seu programa, estabeleceu como meta a abolição do Direito Romano, que é subserviente a uma visão de mundo materialista, e sua substituição por um Direito comum alemão.²⁴⁵ É notável que essa qualificação haja sido transposta para o Código Civil brasileiro de 1916 em muitas obras doutrinárias, teses e dissertações nacionais. De uma crítica nazista ao *BGB*, reproduzida ironicamente por Franz Wieacker, um professor da escola-modelo da universidade hitlerista, chegou-se ao respeitável Código Bevilacqua. São realmente curiosos os efeitos de certa recepção do Direito estrangeiro no Brasil.

Retome-se *O Código Civil – um código sem chance?*, ainda na página 750, quando se inicia a seção 2, com o título “A outra história”, que, segundo Rückert, é essencialmente esta:

²⁴² No original: “(...) spätgeborene Kind des Liberalismus”.

²⁴³ ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law...* cit., p. 28.

²⁴⁴ ENGELBREKT, Kjell. Op. cit., p. 116.

²⁴⁵ MONATERI, P. G.; SOMMA, Alessandro. The fascist theory of contract: A comparative and historical inquiry into the darker side of contract law. *Cardozo Electronic Law Bulletin*, feb. 2009. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1347692]. Acesso em: 05.10.2013.

a) O *BGB*, excetuando-se na questão do casamento, não pode ser considerado como um “código burguês”. O tradicionalismo matrimonial do Código Civil foi mais o resultado de uma mentalidade prussiana, conservadora e cristã,²⁴⁶ que marcou parcialmente o processo de codificação, o que era de se esperar, dada a preeminência do antigo Reino da Prússia na unificação alemã sob a égide do príncipe von Bismarck, primeiro chanceler do *Reich*.

b) O *BGB* definiu que toda pessoa é sujeito de direitos, igual e livre em termos jurídicos.²⁴⁷

c) Na codificação de 1900 não houve desprestígio ao contrato de trabalho ou a qualquer matéria afim. O *BGB* não tratou qualquer classe social de modo diferenciado e, assim o fez, exclusivamente para se conservar fiel à igualdade e à liberdade.²⁴⁸ Nesse ponto, Rückert destaca a existência, no final do século XIX, de um movimento legislativo intenso de caráter socialmente reformista, ao exemplo das leis sociais (anteriores da seguridade social moderna), enviadas pelo *Kaiser* ao Parlamento em 1881, além de outras sobre responsabilidade civil (1871), sociedades mercantis (1869 e ss.; 1891), direitos dos empregados domésticos (1896), lei de concorrência (1896, 1909), lei de seguros (1901, 1908), de entre outras. O *BGB* não teve por ideal social o cidadão-possuidor isolado, mas uma sociedade formada por pessoas iguais e livres.²⁴⁹

Quanto a esse ponto, é importante convocar o testemunho de historiadores contemporâneos para o elemento irracional do processo de legislação social alemã no trágico reinado de Guilherme II. Bismarck, o representante da aristocracia rural do Norte da Alemanha, era um ferrenho adversário da política de contemporização com os sociais democratas e os sindicatos. Guilherme, o jovem *Kaiser*, em suas erráticas posturas, no início do reinado, desejava ser o “imperador dos trabalhadores” e, para se contrapor a seu chanceler, deu apoio a essas leis. O ultrarreacionário monarca era, em verdade, o patrono dessas leis avançadíssimas para a Europa do *fin de siècle*. Nada mais

²⁴⁶ RÜCKERT, Joachim. Op. cit., p. 751.

²⁴⁷ “(...) jeder Mensch ist in ihm Rechtssubjekt, jeder ist rechtlich gleich und frei” (idem, ibidem).

²⁴⁸ Idem, ibidem.

²⁴⁹ “Das Sozialideal des BGB war nicht der isolierte Besitzbürger, sondern die Gesellschaft der rechtlich gleichen Freien”.

irônico para as teses reducionistas que tentam estabelecer uma clivagem liberal-conservadora para o *BGB* e as leis sociais do período.²⁵⁰

d) O *BGB* é o fruto de um ideal legislativo pautado por “proposições jurídicas” que se poderiam definir como principiológicas. O Código não poderia ser considerado como o produto de um formalismo especial, como é tão comum de se encontrar em diversas obras brasileiras. A clareza das regras era um objetivo do codificador.²⁵¹ Nesse aspecto, dever-se-ia evitar tanto a abstração principiológica, destituída de vinculatividade, quanto uma confusa casuística.

Joachim Rückert é devastador nesse ponto: o formalismo de que é acusado o *BGB* nada tem que ver com uma dicotomia entre forma e substância e, sim, com um questionável *substancialismo político-filosófico*, que pretende extrair sentido da “vida”, ao tempo em que nega essa “vida” ao *BGB*. Trazendo essa questão para a contemporaneidade, é muito comum se dizer que o Código de 1916 era divorciado da realidade, da “vida” e que o atual Código Civil, ou a interpretação que dele se faz (à luz dos princípios), é que trouxe a “vida” para dentro de suas normas. Devolvendo-se a palavra a Rückert, essa acusação ao *BGB* foi manifestada nos tempos da República de Weimar, no período do Nazismo e mesmo após-1945.²⁵²

f) O *BGB* não foi um código criado sob a inspiração do chamado “Positivismo científico”,²⁵³ tal como defendeu Franz Wieacker. O Código não tencionava vincular o juiz como se ele fosse a “boca da lei”, mas sim a um grupo de casos presente em suas seções. Se não era casuísta, o *BGB* também não era jusnaturalista, instrumento retórico muito comumente usado pelos juízes do *Reich*, dos reinos e dos ducados da Alemanha recém unificada para decidir arbitrariamente²⁵⁴. Isso soa estranhamente atual quando se observa certo debate sobre arbítrio, princípios e jurisdição.

²⁵⁰ “Nos primeiros meses de 1890, o relacionamento entre Guilherme e Bismarck desintegrou-se completamente. Em janeiro, num conselho da coroa – encontro de ministros governamentais prussianos –, Guilherme ficou perplexo quando Bismarck atacou vigorosamente sua nova legislação social na presença dos outros ministros, que o apoiaram. A performance destinava-se a mostrar ao cáiser quem estava no comando” (CARTER, Miranda. *Os três imperadores – Três primos, três impérios e o caminho para a Primeira Guerra Mundial*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 135).

²⁵¹ RÜCKERT, Joachim. Op. cit., p. 751.

²⁵² Idem, ibidem.

²⁵³ “(...) wissenschaftlichen Positivismus (...)”

²⁵⁴ RÜCKERT, Joachim. Op. cit., p. 751.

g) O Código Civil de 1900 não desconheceu o contexto social, político e histórico de seu tempo. Ele deu sequência a um ideal de Savigny, pautado na adequada cooperação entre o Direito Civil e o Direito Público. Não se negligenciou a função civilizatória e comunitária do Direito Privado, mas se tentou construir a primeira “sociedade aberta”, como referiu Karl Popper, no Direito Civil e na Alemanha.

Nesse sentido, ao estilo de Rückert, a ridicularização do “direito subjetivo”, como categoria, após 1933, deu-se em um contexto de total aversão a esse importante legado do *BGB* por um regime totalitário.

O artigo de Rückert desenvolve ainda correlações entre os avanços técnicos do *BGB* e a antecipação de um debate do final do século XX sobre o papel dos princípios.²⁵⁵ Em outra seção, ele tenta refutar a crítica de que o *BGB* encerrara seus esforços em proteger uma certa igualdade formal, a despeito de uma suposta lacuna quanto à desigualdade material entre os indivíduos.²⁵⁶

Não se entenda que as ideias de Joachim Rückert são solitárias no Direito Civil alemão. De fato, desde os anos 1980, “uma nova geração de historiadores do Direito” tem buscado “corrigir muitas das percepções distorcidas” sobre o *BGB*, as quais, muitas vezes, projetam para o passado diversos “conflitos políticos e jurídicos contemporâneos”. Melhor seria dizer que o Código Civil alemão não foi concebido para servir a “interesses das classes proprietárias”, mas teve sua inspiração na ideia de liberdade igual para todos perante a lei.²⁵⁷ Ademais, muitas das críticas ao *BGB* talvez se tenham dado incrivelmente pelas “qualidades técnicas” do código, como anota Reinhard Zimmermann.²⁵⁸

A pergunta fica no ar: os trabalhadores teriam finalmente conseguido a igualdade material? Os consumidores efetivamente alcançaram a emancipação dos abusos cometidos pelos fornecedores? Terá sido realmente culpa de um Código Civil “sem chance” ou da falência histórica de um processo social e econômico que permanece a cobrar respostas, soluções e a exhibir suas contradições em pleno século XXI?

²⁵⁵ Idem, p. 752-753.

²⁵⁶ Idem, p. 758.

²⁵⁷ HAFERKAMP, Hans-Peter. Op. cit., p. 123.

²⁵⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law...* cit., p. 14.

7. CONCLUSÕES

A literatura do século XIX foi pródiga de autores que denunciaram as dramáticas condições da classe trabalhadora após a Revolução Industrial. Charles Dickens, em diversos livros, apresentou a seus leitores da Era Victoriana uma visão nada edulcorada da realidade social na então capital do velho Império Britânico. No conto, *A Christmas Carol* (1843), ele utilizou a moral religiosa para constranger socialmente seus contemporâneos com a figura (hoje universal) de Ebenezer Scrooge, uma personagem que sintetiza o ascetismo do capitalista financeiro e seu alheamento ao estado de miséria de seus semelhantes. Em *A tale of two cities* (1859), Dickens expôs as causas da Revolução Francesa, radicadas na arrogância e na miopia social dos aristocratas, ao tempo em que revela como os britânicos conseguiram se manter ao largo desse sangrento processo revolucionário.

É inegável que o Oitocentos foi um século do liberalismo econômico em alguns países centrais do sistema capitalista. Não em todos, evidentemente, pois muitos deles conheceram realidades econômicas bem menos dinâmicas, que combinavam elementos feudais ou mesmo a forte atuação do Estado como indutor do desenvolvimento econômico, ao estilo do Brasil e da Rússia. Esse mesmo liberalismo econômico criou estruturas jurídicas que deram suporte à autonomia da vontade, de modo igualmente irregular. Em alguns países, essa autonomia era sufocada por modelos eudemonísticos ou mesmo por uma corrupção brutal, que a tornavam pura expressão literária. Maior incongruência estava no campo dos costumes sociais. A legislação sobre família e sucessões, mesmo quando editada em países capitalistas centrais, era pautada por um severo conteúdo religioso, seja protestante, seja católico.

Nesse ambiente de enorme complexidade, que se não poderia desconectar das trágicas condições sociais de milhares de seres humanos que viveram no Oitocentos, foi o *BGB* concebido, após 16 anos de *marches et démarches*. Essa imponente codificação, que deixou suas marcas em variados códigos do Ocidente e do Oriente, permanece, até aos dias de hoje, sob fortes críticas, a maior parte delas forjadas em sua pátria, a Alemanha. E, como produto secundário dessa opinião interna sobre o *BGB*, muitas dessas censuras transferiram-se para as codificações de seu tempo, algumas delas ainda vigentes.

Por razões históricas, a reduzida popularidade do *BGB* está associada ao desenvolvimento da dogmática alemã nos tempos de Weimar e, posteriormente, da longa noite nacional-socialista. Argumentos do final do século XIX foram reciclados nos anos 1920-1930. E, nos anos 1950, eles ressurgiram escritos por professores de grande qualidade intelectual, mas que se ligaram aos tristes episódios de 1933-1945. Essa conexão histórico-jurídica permite que se postule o direito de contestar muitas das teses sobre o *BGB*, constantes de respeitáveis obras da segunda metade do século XX. Não se trata de diminuir ou de menoscabar esses importantes contributos sobre a História do Direito Civil alemão dos últimos 100 anos. Mas, de permitir que novas leituras sejam oferecidas à comunidade jurídica. E, por meio indireto, que assim se faça também em relação a muitos consensos sobre o Direito Civil brasileiro. Como efeito indireto dessa discussão está a necessidade de se rever antigas teorias e a autoridade de algumas fontes, que ainda hoje servem de modelo para o Brasil. E, como tal, convoca-se ao difícil trabalho de separar obras que se transformaram em livros de caráter histórico e os que permanecem como escritos compatíveis com o estado da arte da dogmática alemã.

Reconhecer a desigualdade social, a exploração econômica das classes proletárias e a luta pela dignidade humana não implica necessariamente desqualificar o *BGB* e negar-lhe diversos méritos, como o de tentar construir uma identidade cidadã (e não burguesa, no sentido equívoco da tradução de *Bürger*) igualitária e autônoma em uma sociedade ainda submetida aos caprichos de um Estado autoritário e que distinguiu seus súditos por critérios não isonômicos. Ebenezer Scrooge, um filho do Oitocentos, era tão atormentado pelos fantasmas dos Natais passados quanto muitos de seus contemporâneos. Com a admissão das qualidades técnicas do código e da complexidade ideológica dos codificadores do *BGB*, não é necessário retirar Scrooge do cenário. Só não se faz intelectualmente adequado tornar absolutamente iguais o Código e seu tempo.
