

O CÓDIGO CIVIL ALEMÃO E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PRIVADO NA ALEMANHA

*THE GERMAN CIVIL CODE AND THE DEVELOPMENT
OF PRIVATE LAW IN GERMANY*

REINHARD ZIMMERMANN

Diretor do Instituto Max-Planck para o Direito Estrangeiro e Privado Internacional, Hamburgo, Alemanha. Senador do Conselho da Sociedade Max-Planck. Professor Catedrático de Direito Civil, Direito Romano e História do Direito da Universidade de Ratisbona (Baviera, Alemanha). Presidente da Associação Alemã de Professores de Direito Civil. Membro da Academia Bávara de Artes e Ciências. Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo.
r.zimmermann@mpipriv.de

TRADUÇÃO POR ARTHUR MAXIMUS MONTEIRO

Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas e Mestre em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
arthur.maximus@hotmail.com

REVISÃO DA TRADUÇÃO POR JOÃO CARLOS METTLACH

Mestrando em Direito Civil – Faculdade de Direito do Largo São Francisco – Universidade de São Paulo.
joacarlosmp@gmail.com

REVISÃO FINAL DA TRADUÇÃO E NOTAS POR OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Professor Doutor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo.
otavioluiz.usp@gmail.com

JAN PETER SCHMIDT

Doutor em Direito Civil – Faculdade de Direito da Universidade de Augsburg. Pesquisador-chefe para a América Latina do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.
schmidt@mpi.de

Recebido em: 27.12.2016

Aprovado em: 06.02.2017

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O Código Civil alemão é um fruto comparativamente tardio do movimento de codificação. O caminho em direção à unidade jurídica por meio de um código de Direito Privado havia sido longo e árduo. Na primeira metade do século XIX, os vários Estados que haviam aderido à *Deutscher Bund* (Confederação Germânica) já haviam começado a acomodar as necessidades de uma economia em expansão que operava cada vez mais em um nível supra regional. O advento da maquinaria e da urbanização facilitou os processos de produção e a burguesia em ascensão favoreceu a abertura de mercados, promovendo uma livre interação de forças econômicas. A unificação jurídica, portanto, era requerida, primeiramente e sobretudo, no campo do direito do comércio. O primeiro passo significativo nessa direção foi o estabelecimento de uma União Aduaneira Alemã, em 1833. Com a Lei de Modernização do Direito das Obrigações, a maioria das leis especiais no campo do Direito Contratual do Consumidor havia agora encontrado um lugar no BGB. Ademais, houve reformas que afetaram a Lei de Danos, Contrato de Arrendamento, requisitos formais, férias organizadas e fundações.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil – História do Direito – Código Civil alemão – Lei de modernização do Direito das Obrigações.

ABSTRACT: The German Civil Code is a comparatively late fruit of the codification movement. The way towards legal unity by means of a code of private law had been long and arduous. In the first half of the nineteenth century, the various states joined in the *Deutscher Bund* (German Federation) had already started to accommodate the needs of an expanding economy which was operating increasingly on a supraregional level. The advent of machinery and urbanisation facilitated the production processes and the rising bourgeoisie favoured open markets promoting the free interplay of economic forces. Legal unification therefore was required, first and foremost, in the trade-related fields of law. A first significant step in this direction was the establishment of a German Customs Union in 1833. With the Modernization of the Law of Obligations, most of the special statutes in the field of consumer contract law have now found a place in the BGB. In addition, there have been reforms affecting the law of damages, contract of lease, form requirements, package holidays, and foundations.

KEYWORDS: Private law – Legal history – German Civil Code – Modernization of the Law of Obligations.

SUMÁRIO: 1. O movimento de codificação na Europa. 2. O Código Civil alemão como fruto tardio do movimento de codificação. 3. O programa da "Ciência Jurídico-Histórica". 4. "Ciência Jurídico-Histórica" e codificação. 5. Unidade jurídica por meio da legislação. 6. O BGB como uma cela de prisão? 7. A reação dos tribunais. 8. Unidade do sistema de Direito Privado?. 9. A resiliência do BGB. 10. O desenvolvimento do Direito Privado sob o Código. 11. Críticas ao BGB. 12. A modernização do Direito das Obrigações. 13. A europeização do Direito Privado.

1. O MOVIMENTO DE CODIFICAÇÃO NA EUROPA

A codificação^{N-1} do Direito Privado do final do século XVIII em diante é considerada como um ponto de viragem no desenvolvimento do Direito Privado na

^{N-1} Tradução do original *The German Civil Code and the development of private law in Germany*, que corresponde a um capítulo da seguinte obra: ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of obligations historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford

ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. Tradução, revisão e notas: ARTHUR MAXIMUS MONTEIRO, JOÃO CARLOS METTLACH, OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR E JAN PETER SCHMIDT. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 317-318. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

Europa¹. Obviamente, uma das expectativas mais ingênuas alimentadas pelos intelectuais do Iluminismo não foi alcançada: as codificações não tornaram prescindível o jurista letrado, nem conduziram a uma consolidação duradoura (ou petrificação) do Direito Privado. Elas, no entanto, contribuíram significativamente para a fragmentação nacional da tradição jurídica europeia, pois a codificação constituiu parte da legislação que é aplicável somente dentro dos limites do território no qual o órgão responsável pela produção normativa é competente para legislar. Havia sinais de tal fragmentação à época do *usus modernus pandectarum* nos séculos XXVII e XVIII, quando os escritores “canônicos” deixaram de discutir o Direito Romano como tal, mas como Direito “Romano-holandês” ou “Romano-escocês”, *ius romano-hispanicum* ou *ius romano saxonicum*². Sempre esteve claro, contudo, que essas eram meras variações nacionais ou regionais de um tema comum: diferentes manifestações de uma única tradição jurídica. Com a promulgação das codificações, isso começou a mudar. A consciência de uma unidade intelectual fundamental desapareceu e a doutrina jurídica degenerou-se, na famosa citação de Rudolf von Jhering, em uma disciplina nacional cujas fronteiras intelectuais coincidiam com as políticas³.

Ao mesmo tempo, as codificações puseram termo à “segunda vida” do Direito Romano, é dizer, à história de sua aplicação prática na Europa. Desde os dias da “recepção”, o Direito Romano constituía a base da administração da Justiça na Europa Central e Ocidental e tornara-se um *ius commune*, ou direito comum⁴. Nesse

University Press, 2006. p. 1-38. Mantiveram-se as notações bibliográficas conformes ao original. As referências não foram traduzidas, ressalvados alguns elementos como edição, tradução, volume e página. As aspas foram substituídas por aspas. Incluíram-se notas explicativas à tradução (N-, seguidas do número correspondente), de autoria do revisor Otavio Luiz Rodrigues Junior.

1. V. Reinhard Zimmermann, “Codification: History and Present Significance of an Idea”, (1995) 3 *European Review of Private Law*. p. 95 e ss. (com outras referências).
2. Klaus Luig, “The Institutes of National Law in the 17th and 18th Centuries”, [1972] *Juridical Review*. p. 193 e ss.
3. Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, v. I, 6. ed. (1907), 15. Jhering considerava esse estado de coisas como “humilhante e indigno”.
4. A perspectiva padrão é Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe* (1995) (Trad. Tony Weir); cf. também Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4. ed. (1966) (sobre a importância do Direito Romano para a cultura jurídica europeia); Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, v. I (1985); v. II (1989) (sobre a história da doutrina do Direito Privado); Peter Oestmann, *Rechtsvielfalt vor Gericht* (2002) (sobre a prática moderna do tribunal alemão). Para uma visão geral, v. Reinhard Zimmermann, “Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe”, in Arthur Hartkamp et al. (Eds.), *Towards a European Civil Code*, 3. ed. (2004). p. 21 e ss.

ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. Tradução, revisão e notas: ARTHUR MAXIMUS MONTEIRO, JOÃO CARLOS METTLACH, OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR E JAN PETER SCHMIDT. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 12. ano 4. p. 317-358. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

processo, ele ficou sujeito a consideráveis mudanças; em particular, ele absorveu elementos do Direito Canônico, do direito consuetudinário autóctone, do costume mercantil e da teoria do Direito Natural. O *usus antiquus* do Direito Romano transformara-se, assim, em um *usus modernus pandectarum*⁵. Mesmo assim, uma série de autores, desde François Hotman a Hermann Conring e Christian Thomasius, começou a chacoalhar a autoridade do Direito Romano: um direito que dera origem a intrincadas disputas doutrinárias, que estivera ligado a sutilezas ultrapassadas e impraticáveis, e que fora promulgado por governantes despóticos de tempos passados. Ademais, uma vez que o Direito Romano era aplicável apenas *in subsidio*, inúmeras leis territoriais ou locais mais específicas poderiam regular um litígio em particular. O grande número e a complexidade de fontes normativas contribuíram para um sentimento amplamente difundido de incerteza jurídica e ineficiência no que diz respeito à administração da Justiça. Supunha-se que as codificações encerrariam essa situação caótica: elas deveriam proporcionar uma regulação sistemática de todo o Direito Privado, excluindo todas as fontes rivais, incluindo, especialmente, o *ius commune*. Assim, o art. 1º da Lei Holandesa de Ab-rogação (*Afschaffingswet*) previu, em uma frase recheada de medo, alívio e júbilo: “A validade jurídica do Direito Romano está e permanece revogada”⁶.

2. O CÓDIGO CIVIL ALEMÃO COMO FRUTO TARDIO DO MOVIMENTO DE CODIFICAÇÃO

O Código Civil alemão é, comparativamente, um fruto tardio do Movimento de Codificação. As três grandes codificações do Direito Natural na Prússia, em França e na Áustria foram preparadas no final do século XVIII e começo do século XIX. Seu propósito era satisfazer um desejo de unidade jurídico-territorial. O *Code Civil*, em particular, transformou-se, assim, em um emblemático símbolo de uma nação indivisa que emergira das convulsões que se seguiram a 1789. No transcorrer do século XIX, entretanto, a maioria dos outros Estados do centro, sul e oeste da Europa havia codificado seu Direito Privado. Predominantemente, o *Code Civil* havia sido a fonte de inspiração. Ele continuou a ser aplicado na Bélgica e tornou-se a base do holandês *Burgerlijk Wetboek* de 1838⁷. Ele forneceu o ponto de partida para o

5. A expressão criou raízes como resultado do trabalho de Samuel Stryk *Specimen usus moderni pandectarum*, Halae (1690–1712); v. Klaus Luig, “Samuel Stryk (1640–1710) und der ‘Usus modernus pandectarum’”, in *Die Bedeutung der Wörter: Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Festschrift für Sten Gagnér* (1991). p. 219 e ss.
6. O *Afschaffingswet* era datado de 16 de maio de 1829; para todos os detalhes, v. Hendrik Kooiker, *Lex Scripta Abrogata: De derde renaissance van het romeinse recht*, v. I (1996).
7. Jan Lokin, “Die Rezeption des *Code Civil* in den nördlichen Niederlanden“, (2004) 12 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. p. 932 e ss.

ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. Tradução, revisão e notas: ARTHUR MAXIMUS MONTEIRO, JOÃO CARLOS METTLACH, OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR E JAN PETER SCHMIDT. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 317-358. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

Codice Civile italiano de 1865 (que pôde, assim, ser promulgado meros quatro anos depois de o Reino da Itália ter surgido), para o *Código Civil* português de 1867, para o *Código Civil* espanhol de 1888-1889 e para o *Código Civil* romeno de 1865⁸. Por outro lado, o *Código Civil* sérvio de 1844 foi influenciado principalmente pelo código austríaco.

Em razão disso, a posição jurídica que prevaleceu na Alemanha do século XIX parecia cada vez mais estranha e anacrônica. Os territórios da Prússia (incluindo a Vestefália, Bayreuth e Ansbach) eram governados pelo *Preußisches Allgemeines Landrecht*. Na Província do Reno, na Alsácia e na Lorena aplicava-se o *Code Civil*⁹. O Grão-Ducado de Baden adotara o *Badisches Landrecht*, o qual era baseado em uma tradução do *Code Civil*¹⁰. O Reino da Saxônia promulgou seu próprio código civil em 1865. Alguns lugares da Baviera viviam de acordo com o direito austríaco, enquanto em partes de Schleswig-Holstein prevalecia a lei dinamarquesa. A maioria dos territórios alemães remanescentes (compreendendo, em 1890, quase 30% do *Deutsches Reich*) ainda aplicava a lei de acordo com o *ius commune*. Mas o *ius commune* era aplicado apenas *in subsidio*. Inúmeras leis locais e territoriais mais específicas poderiam regular um determinado litígio: desde textos do século XIII, como o famoso *Sachsenspiegel*, de Eike von Repgow, até o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756, do Barão von Kreittmayr; desde o *Neumünsterische Kirchspielgebräuche* ao *Nassau-Katzenelnbogensche Landesordnung*¹¹. Assim, por exemplo, havia em geral mais de uma centena de diferentes normas regulando as sucessões *post-mortem*. Não obstante, nos territórios alemães, uma fundamental unidade intelectual continuou a existir ao longo do século XIX. Essa unidade foi fortemente promovida pela Escola Histórica de Direito de Savigny e pela doutrina jurídica pandectista que dela emergiu¹². Desse modo, a versão contemporânea do Direito Romano não

-
8. Para uma visão geral sobre a recepção do Código Civil francês, v. Konrad Zweigert e Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3. ed. (1998) (Trad. Tony Weir). p. 98 e ss.
 9. Ver as contribuições em Reiner Schulze (Ed.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts* (1994), e em Reiner Schulze (Ed.), *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte* (1996); v. também Elmar Wadle, *Französisches Recht in Deutschland* (2002).
 10. Elmar Wadle, “Rezeption durch Anpassung: Der Code Civil und das Badische Landrecht: Erinnerung an eine Erfolgsgeschichte”, (2004) 12 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. p. 947 e ss.
 11. Para uma visão geral das leis aplicáveis na Alemanha no final do século XIX, v. “Anlage zur Denkschrift zum BGB”, em Benno Mugdan (Ed.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, v. I (1899), 844f.; e v. *Allgemeine Deutsche Rechts- und Gerichtskarte*, 1896 (reeditada em 1996 por Diethelm Klippel).
 12. Para detalhes e referências, v. Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today* (2001). p. 11 e ss.

se aplicava somente nas áreas regidas pelo *ius commune*; mesmo em países de direito codificado ele forneceu a teoria jurídica subjacente¹³. Ela forneceu o ponto de referência incontornável para a compreensão e a avaliação das codificações e das leis territoriais. Era, portanto, perfeitamente possível que um professor de Direito fosse chamado de Königsberg para Estrasburgo, de Gießen para Viena, ou de Heidelberg para Leipzig. Nem mesmo os estudantes de Direito, no que se refere à escolha e à mudança de universidade, estavam confinados às instituições do Estado no qual mais tarde viriam a exercê-lo. Nem o código prussiano, nem o *Code Civil* ou o código civil da Saxônia tornaram-se base da formação jurídica oferecida nas universidades dos respectivos Estados¹⁴. Assim como as leis codificadas começaram a ser negligenciadas e, posteriormente, “pandectificadas” pela doutrina jurídica contemporânea, elas dificilmente constituem mais do que um apêndice aos cursos de Direito Privado Romano nos currículos das faculdades de Direito do século XIX¹⁵.

3. O PROGRAMA DA “CIÊNCIA JURÍDICO-HISTÓRICA”

Nossa percepção da “ciência jurídica” pandectista do século XIX foi deformada, por bastante tempo, pelos exageros daqueles que tentavam dela se apartar e pela “jurisprudência dos conceitos” estabelecida nessas bases. Assim, um estudioso como Georg Friedrich Puchta apenas agora começa a emergir vagarosamente da sombra lançada pela preeminência de Savigny¹⁶. O trabalho de Jhering não pode ser compartimentado, tão facilmente como se pensava, em dois períodos distintos, separados por uma “conversão” da jurisprudência dos conceitos para a jurisprudência dos interesses. E mesmo Bernhard Windscheid, a encarnação da doutrina pandectista na segunda metade do século XIX (“Doutrina jurídica significa pandectismo, e pandectismo significa Windscheid”) não apenas encarava a si mesmo como um servo, mas também como um mestre dos conceitos¹⁷. O verdadeiro Direito, para Windscheid, era “exato, mas, ao mesmo tempo, indulgente; fixo e ainda assim livre; firme, mas também flexível” (isso correspondia ao ideal do Direito Romano clássico), e o verdadeiro jurista, nessa visão, conseguia, como os juristas romanos, “servir aos conceitos e livremente elevar-se sobre eles”¹⁸. O programa da “ciência jurídico-histórica”, tal

13. Koschaker (n. 4), p. 292.

14. Emil Friedberg, *Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz* (1896), p. 7 e ss.

15. Zimmermann (n. 12), p. 3 e ss.

16. Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die “Begriffsjurisprudenz”* (2004).

17. Ulrich Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid: Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz* (1989).

18. Bernhard Windscheid, “Das römische Recht in Deutschland” (1858), idem em, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, ed. Paul Oertmann (1904). p. 48 e ss.

qual foi desenvolvida por Savigny no começo do século, também foi caracterizado por uma certa tensão. Afinal, enquanto a ênfase de uma conexão orgânica entre o direito contemporâneo e “todo o passado”¹⁹ levava à descoberta da moderna disciplina da História do Direito (antes disso só havia “antiguidades jurídicas”)²⁰, Savigny finalmente objetivou uma doutrina jurídica (e não uma doutrina histórica). Isto é, o estabelecimento de uma doutrina jurídica a qual, embora desenvolvida “historicamente”, estivesse em conformidade com os requisitos contemporâneos²¹. Assim, no prefácio de seu *System des heutigen Römischen Rechts* (*Sistema de Direito Romano Atual*), Savigny enfatiza a necessidade de “primeiramente, traçar e estabelecer, no corpo de todo o nosso Direito, o que possui origem romana, de modo a não sermos inconscientemente dominados por ele. Mas, então, nossa abordagem visa eliminar, dentre todos os elementos romanos de nossa formação intelectual, aquilo que evanesceu e simplesmente continua a levar uma vida problemática e obscura como resultado de um mal entendido nosso”²². A principal tarefa de um estudioso do Direito Privado, escreve ele em outro trecho, “é a penetração, a adaptação e o rejuvenescimento intelectual” do material jurídico tal como chegou até nós²³. A visão jurídica de Savigny de uma doutrina jurídica “organicamente progressiva”²⁴, baseada em um corpo uniforme de fontes, guiada pelas mesmas convicções metodológicas e comum a toda a Nação – para Windscheid isso foi uma “revelação”²⁵ – conduziu ao auge do ensino jurídico na Alemanha. Ela constitui a fundação intelectual para o surgimento de uma comunidade nacional de estudiosos, da unificação do Direito alemão em nível acadêmico. Ao mesmo tempo, o pandectismo assegurou uma posição de liderança para a Alemanha no universo dos estudos jurídicos do século XIX. O movimento era muito admirado por advogados de toda a Europa e exercia significativa influência no desenvolvimento de sistemas jurídicos em países como França, Itália e Áustria²⁶.

19. Friedrich Carl von Savigny, “Ueber den Zweck dieser Zeitschrift“, (1815) 1 *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 3. [N-2. No alemão arcaico, *Ueber*. Modernamente seria *Über*].

20. Koschaker (n. 4), 269. Sobre a descoberta da História do Direito no século XIX, v. Wieacker (n. 4). p. 330 e ss.

21. Sobre a concepção de ciência jurídica de Savigny, v. Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny* (1984).

22. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, v. I (1840), xv.

23. Friedrich Carl von Savigny, (1815) 1 *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 6.

24. Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, facilmente acessível em Hans Hattenhauer (Ed.), *Thibaut and Savigny: Ihre programmatischen Schriften*, 2. ed. (2002), p. 126.

25. Bernhard Windscheid, “Recht und Rechtswissenschaft“ (1854), idem em (n. 18), p. 16.

26. Para a França, v. Alfons Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert* (1991); Para a Áustria: Werner Ogris, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft*

Um evidente paradoxo inerente ao programa de Savigny, que foi reiteradamente apontado, consistia na ênfase no Direito Romano como base para a teoria contemporânea do Direito Privado. Ele mal correspondia à ideia do Direito como sendo produto do espírito do povo (*Volksgeist*). O fenômeno da “recepção” poderia explicar apenas de maneira tortuosa esse argumento²⁷. Um segundo problema surgiu do partidarismo de Savigny por um Direito Romano puro e não diluído, correspondente aos princípios educacionais do humanismo contemporâneo e às ideias estéticas do classicismo²⁸. Isso implicava uma atitude de certo desdém ao período imediatamente anterior ao do *usus modernus pandectarum*, além de uma avaliação negativa, e essencialmente injusta, do trabalho dos comentadores medievais cujo *mos italicus* havia pavimentado o caminho para o *usus modernus*. Essa atividade não era facilmente conciliável com um programa que era fundamentalmente baseado na noção de “crescimento orgânico” e que insistia “no justo e imparcial reconhecimento do valor e da individualidade de cada época”²⁹.

4. “CIÊNCIA JURÍDICO-HISTÓRICA” E CODIFICAÇÃO

Além disso, havia, dentro da Escola Histórica, uma dubiedade em relação à questão da codificação que jamais foi devidamente resolvida. O “manifesto de fundação”³⁰ da Escola Histórica foi a resposta de Savigny ao pedido de A.F.J. Thibaut para que se encerrasse a intolerável e inconveniente diversidade de direitos privados existentes na Alemanha por intermédio da adoção de um Código Civil alemão universal, nos moldes do *Code Civil* francês³¹. Em seu famoso ensaio intitulado *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Da Vocação de nosso Tempo para a Legislação e para a Jurisprudência), Savigny não apenas rejeita a ideia de a codificação ser escrita e promulgada *hic et nunc*, mas critica a noção mesma de codificação, reputando-a de inorgânica, não científica, arbitrária e hostil à tradição. Na melhor das hipóteses, ela seria desnecessária; na pior, iria distorcer e sufocar o desenvolvimento “orgânico” do Direito³².

im 19. Jahrhundert (1968); Para a Itália: as contribuições em Reiner Schulze (ed.), *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts* (1990).

27. Wieacker (n. 4), p. 309 e ss.

28. Wieacker (n. 4), p. 290 e ss.

29. Savigny (n. 22), xiv e ss.

30. Bernhard Windscheid, “Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft” (1878), *idem em* (n. 18), p. 66.

31. A.F.J. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814), facilmente acessível hoje em Hattenhauer (n. 24), 37f.

32. Savigny (n. 24) *passim*, por exemplo, p. 79 e ss.

Não obstante, era amplamente aceito, desde aproximadamente meados do século XIX, que a codificação do Direito Privado na Alemanha estava prestes a chegar e encerraria a aplicação direta do Direito Romano. Em 1848, Theodor Mommsen exprimiu o desejo da nação alemã pela criação de um direito nacional e uniforme³³, e Rudolf von Jhering previu, em 1852, que sua própria geração de juristas veria a extinção do Direito Romano em sua forma atual³⁴. O editorial do primeiro volume do *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Revista de História da Direito, de 1861), enquanto professava a continuidade do plano e dos objetivos da *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Revista de Jurisprudência Histórica), expressava a convicção prevalente de que o desenvolvimento histórico do Direito poderia agora, de maneira clara, ser suficientemente avaliado “para que os resultados da investigação histórica fossem empregados no processo legislativo”. E mesmo um dos mais fiéis discípulos de Savigny, que se sentara a seus pés na Universidade de Berlim e que nunca deixara de ver nele seu próprio ideal acadêmico, Bernhard Windscheid³⁵, estava entre os mais influentes defensores de uma codificação alemã. Dentre os juristas alemães, ele escreveu em 1878, “deve ser provável que haja relativamente poucos que não tenham, com toda sua força espiritual disponível, ansiado pela grande obra de um código alemão de Direito Privado”³⁶. Assim, não é de se admirar que a entrada em vigor da codificação alemã no primeiro dia do novo século tenha sido recebida com sentimentos tão expressivos de orgulho nacional. “O novo século traz ao gozo o maior feito já alcançado na vida jurídica alemã”, tal como foi colocado em um dos dois mais prestigiados jornais de Direito entre os profissionais da área³⁷, enquanto o outro, o *Deutsche Juristenzeitung* (Jornal dos juristas Alemães) abria sua edição de janeiro do ano de 1900 com uma página ornamental, exibindo a manchete: “Um povo. Um Império. Um Direito”. Pela primeira vez, a noção de unidade jurídica havia-se tornado realidade em solo alemão e, pela primeira vez, dali em diante, as energias dos estudiosos e profissionais afins poder-se-iam concentrar na interpretação de um mesmo texto de referência.

33. Theodor Mommsen, “Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft”, idem em, *Gesammelte Schriften*, v. III (1907), p. 587.

34. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1. ed., v. I (1852), p. 2; cf. também Walter Wilhelm, “Das Recht im römischen Recht”, em Franz Wieacker e Christian Wollschläger (Eds.), *Jherings Erbe* (1970), p. 228 e ss; Horst Heinrich Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts* (1983), p. 76 e ss.

35. V., por exemplo, seu discurso em memória de Savigny: “Festrede zum Gedenken an Savigny” (1879), idem em (n. 18), p. 81 e ss. Sobre a atitude de Windscheid em relação a Savigny, v. Oertmann (em seu prefácio ao volume que acabmos de mencionar, XXVII e ss.); Jakobs (n. 34), p. 101 e ss.; Falk (n. 17), p. 174 e ss.

36. Windscheid (n. 30), p. 70.

37. [1900] *Juristische Wochenschrift* 1.

5. UNIDADE JURÍDICA POR MEIO DA LEGISLAÇÃO

O caminho em direção à unidade jurídica através de um código de Direito Privado havia sido longo e árduo. Na primeira metade do século XIX, os vários Estados que aderiram ao *Deutscher Bund* (Confederação Germânica) já haviam começado a acomodar as necessidades de uma economia em expansão, que cada vez mais operava a nível supra-regional. O advento da maquinaria e da urbanização facilitou os processos de produção, e a ascensão da burguesia favoreceu a abertura de mercados, promovendo uma livre interação de forças econômicas. A unificação jurídica, portanto, era requerida, primeiramente e sobretudo, nas áreas relacionadas ao comércio. O primeiro passo significativo nessa direção foi o estabelecimento de uma União Aduaneira Alemã, em 1833. Em 1848, a lei de títulos de crédito foi unificada por intermédio do *Allgemeine Deutsche Wechselordnung*³⁸, e, entre 1861 e 1866, aproximadamente todos os Estados do *Deutscher Bund* adotaram o projeto de um Código Comercial alemão (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*) que havia sido concluído em 1861³⁹. Um projeto de lei para o Direito das Obrigações (*Dresdener Entwurf*) foi publicado em 1865. Embora nunca tenha sido adotado, ele influenciou significativamente o Código Civil alemão.

Após a criação do *Deutsches Reich*, estabeleceu-se uma estrutura relativa ao processo e à organização judiciária eficiente: as quatro *Reichsjustizgesetze*⁴⁰ diziam respeito à unificação do sistema judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*), à Lei de Falências (*Konkursordnung*), ao processo civil (*Zivilprozessordnung*) e ao processo penal (*Strafprozessordnung*). Todas elas entraram em vigor em outubro de 1879. Embora tenham sido emendadas em várias oportunidades, três dessas leis permanecem até hoje em vigor; o *Konkursordnung* foi substituído por um novo código de insolvência (*Insolvenzordnung*) em 1999. O dia 1º de outubro de 1879 também assistiu à abertura do supremo tribunal de recursos, em todas as matérias cíveis e criminais, para todo o *Reich*: o *Reichsgericht*⁴¹. Sua sede era em Leipzig, uma cidade com tra-

38. V. Ulrich Huber, “Das Reichsgesetz über die Einführung einer allgemeinen Wechselordnung für Deutschland vom 26. November 1848”, [1978] *Juristenzeitung* 785.

39. Christoph Bergfeld, “Preußen und das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch”, (1987) 14 *Ius Commune*, p. 101 e ss.; e v. Karsten Schmidt, *Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts* (1983). Para a modernização em geral do Direito Comercial no século XIX, v. Karl Otto Scherner (Ed.), *Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert* (1993); Arnold J. Kanning, *Unifying Commercial Laws of Nation-States* (2003), p. 46 e ss.

40. A respeito, v. Peter Landau, “Die Reichsjustizgesetze von 1879 und die deutsche Rechtseinheit”, em *Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz: Zum 100jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes* (1977), p. 161 e ss.

41. Sobre o qual, por ocasião de seu 100º aniversário, veja-se: Arno Buschmann, “100 Jahre Gründungstag des Reichsgerichtss”, [1979] *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1966 e ss.;

dição jurídica diferenciada, que tinha a vantagem de não ser idêntica, mas suficientemente semelhante, à capital política do *Reich* (Berlim). Seu primeiro presidente foi Eduard von Simson, um advogado prussiano de ascendência judaica, que havia sido batizado no começo de sua juventude. Ele havia presidido a Assembleia Nacional Alemã de 1848, que se havia reunido na *Paulskirche* de Frankfurt, e também havia sido presidente da Dieta Imperial⁴².

O cenário foi assim desenhado para aquilo que seria o símbolo máximo da unidade jurídica alemã: um código de Direito Privado. Sua gestação durou quase 30 anos. O tiro inicial foi disparado pela *lex Miquel-Lasker*, de 1873, por meio da qual a competência para legislar concernente a todas as áreas do Direito Privado foi atribuída à Dieta Imperial. Os pormenores acerca do modo pelo qual o BGB foi preparado têm sido frequentemente narrados⁴³: a nomeação de uma comissão preliminar e, logo após, de uma Primeira Comissão; a preparação de projetos preliminares pelos redatores indicados para os cinco livros do código arquitetado; a

Elmar Wadle, "Das Reichsgericht im Widerschein denkwürdiger Tagee", [1979] *Juristische Schulung* 841f. Sobre o tribunal que antecedeu ao *Reichsgericht*, o Supremo Tribunal do Comércio, primeiro do *Norddeutscher Bund* e depois do *Reich* (ele existiu de 1870 a 1879), v. Herbert Kronke, "Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts", (1997) 5 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 735 e ss.

42. Sobre Eduard von Simson, v. James E. Dow, *A Prussian Liberal: The Life of Eduard von Simson* (1981); Bernd-Rüdiger Kern e Klaus-Peter Schroeder (Eds.), *Eduard von Simson (1810–99)* (2001). Sobre a ascensão de advogados judeus e advogados de ascendência judaica na Alemanha do século XIX, v. Peter Landau, "Juristen jüdischer Herkunft im Kaiserreich und in der Weimarer Republik", em Helmut Heinrichs, Harald Franzki, Klaus Schmalz e Michael Stolleis (Eds.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* (1993), p. 133 e ss.; Reinhard Zimmermann, "Was Heimat hieß, nun heißt es Hölle: The emigration of lawyers from Hitler's Germany: political background, legal framework and cultural context", em Jack Beatson e Reinhard Zimmermann (Eds.), *Jurists Uprooted: German-speaking Emigré Lawyers in Twentieth Century Britain* (2004), p. 9 e ss.
43. V., em particular, Werner Schubert, em Horst Heinrich Jakobs e Werner Schubert (Eds.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB* (1978), p. 27 e ss.; Barbara Dölemeyer, "Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reichh", em Helmut Coing (Ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, v. III/2 (1982), p. 1.572 e ss.; Michael John, *Politics and the Law in Late Nineteenth Century Germany: The Origins of the Civil Code* (1989); Fritz Sturm, "Der Kampf um die Rechtseinheit in Deutschland – Die Entstehung des BGB und der erste Staudinger", em Michael Martinek e Patrick Sellier (Eds.), *100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger* (1999), 24f. Cf. também a tabela de Stefan Stolte, publicada em Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert e Reinhard Zimmermann (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, v. I (2003), xxvii e ss.

publicação do Primeiro Projeto com a respectiva exposição de motivos (intitulada *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*); o debate público vigoroso e bastante controvertido; as deliberações de uma comissão interna do Ministério da Justiça Imperial; a indicação de uma Segunda Comissão; a publicação de um Segundo Projeto, novamente com a respectiva exposição de motivos (desta vez intitulada *Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches*); a revisão do Segundo Projeto pelo Câmara Alta da Dieta Imperial (*Bundesrat*); os debates na Dieta Imperial (tanto na comissão quanto nas sessões plenárias); a tomada da votação final (com os Social-Democratas votando contra o código, porque ele não disciplinava as relações de trabalho); a promulgação no Diário Oficial do *Reich* de 1896; e a entrada em vigor pouco menos de três anos e meio depois, em 1º de janeiro de 1900. Em 1897, o bibliotecário do *Reichsgericht*, Georg Maas, publicou uma lista bibliográfica pouco conhecida, relativa aos documentos oficiais concernentes ao Código Civil⁴⁴. Dois anos depois, uma utilíssima coletânea de documentos muito importantes (embora não completa, como reivindicado no título do trabalho) foi editada por Benno Mugdan⁴⁵. Enquanto isso, a gênese de cada regra individual contida no *BGB* havia sido traçada e tornada disponível de maneira facilmente acessível por Horst Heinrich Jakobs e Werner Schubert⁴⁶. Ademais, Werner Schubert havia organizado a reedição dos projetos preliminares dos redatores indicados para a Primeira Comissão e suas motivações⁴⁷. Eles contêm um rico material comparativo e são uma excelente fonte para analisar o estado da discussão doutrinária contemporânea.

O *BGB* deveria ser, nas palavras de Bernhard Windscheid, uma “catedral do esplendor nacional”⁴⁸, e o próprio Windscheid tornou-se um de seus principais arquitetos. Nem o *design* nem os pormenores de sua construção, no entanto, poderiam ter sido retirados “do meio dos tesouros escondidos nas profundezas do espírito do povo”⁴⁹. O público em geral na Alemanha jamais nutriu qualquer entusiasmo pelo *BGB*, apesar de (ou, possivelmente, por causa de) todas suas qualidades técnicas. E mesmo entre advogados, o código não foi universalmente saudado

44. *Bibliographie der amtlichen Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich und zu seinem Einführungsgesetze* (1897).

45. Mugdan (n. 11).

46. Horst Heinrich Jakobs e Werner Schubert (Eds.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, 16 v. (1978–2002).

47. Werner Schubert (Ed.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, 15 v. (1980–86).

48. Windscheid (n. 18), p. 48.

49. V., contudo, Ernst von Wildenbruch em seu apaixonado poema “Das deutsche Recht“, [1900] *Deutsche Justiz* 1.

com sentimentos de júbilo ou alegria. A publicação do Primeiro Projeto deu início a um persistente fluxo de críticas: “Um tornado libertou-se. Choveu, trovejaram livros e panfletos... O projeto era criticado sob todos os pontos de vista... Poder-se-ia pensar que tudo iria perecer”, dizia Maitland, sob a perspectiva de um observador estrangeiro⁵⁰. As críticas foram levadas em consideração somente até determinado ponto. Ao fim, advogados alemães começaram a se resignar à ideia de que talvez se tivesse esperado demais do Código Civil.

6. O BGB COMO UMA CELA DE PRISÃO?

Ao mesmo tempo, havia também sentimentos generalizados de apreensão nos anos que antecederam 1900, a respeito de como a codificação influenciaria a administração da Justiça⁵¹. Muitos advogados se deram conta de que, ante a natureza especial das fontes de Direito Romano, eles tinham experimentado uma grande margem de liberdade. A riqueza e a complexidade dessas fontes permitiram amplo espaço para o desenvolvimento doutrinário e a inovação, e os pandectistas haviam assim se tornado sacerdotes da doutrina jurídica⁵². O novo código, receava-se, reduziria o juiz a uma mera “máquina de subsunção” (*Subsumtionsautomat*)⁵³ e constituiria uma cela de prisão para a doutrina jurídica⁵⁴. Havia grande preocupação com um iminente “culto ao literalismo”⁵⁵. Essas angústias levaram alguns autores a atribuir ao BGB o mero *status* de “reafirmação”⁵⁶; elas estimularam tentativas renovadas de busca de critérios de Justiça para além do direito positivo⁵⁷; e elas contribuíram decisivamente para a ascensão do “Movimento do Direito Livre” (*Freirechtsschule*)⁵⁸. Analisando o modo por meio do qual o Direito Privado se desenvolveu no curso do século XX, parece que o BGB de fato provou ser uma

50. Frederic William Maitland, “The Making of the German Civil Code”, em H.A.L. Fisher (Ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, v. III (1911), p. 480.

51. A esse respeito, v. Thomas Honsell, *Historische Argumente im Zivilrecht* (1982), p. 22 e ss., com referências.

52. V. James Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era* (1990).

53. Sobre a noção de juiz como uma “máquina de subsunção”, v. Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert* (1986), p. 1 e ss.

54. Hans Wüstendörfer, “Die deutsche Rechtswissenschaft am Wendepunkt“, (1913) 110 *Archiv für die civilistische Praxis* 224.

55. V., por exemplo, Ernst Zitelmann, *Die Gefahren des Bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft* (1896), p. 14.

56. V., por exemplo, Rudolph Sohm, “Das Studium des römischen Rechts“, [1908] *Deutsche Juristenzeitung* 39 e as referências em Honsell (n. 51), p. 24.

57. V. Wieacker (n. 4), p. 463 e ss; Honsell (n. 51), p. 25.

58. Sobre o qual v., por exemplo, Wieacker (n. 4), p. 457 e ss.

espécie de cela de prisão sob determinada óptica. Isso porque, embora os autores do código tivessem baseado suas propostas em pesquisas jurídicas comparativas, surpreendentemente abrangentes⁵⁹, a legislação de Direito Privado no novo século, nas palavras de Ernst Rabel, enamorou-se do exemplo da Grande Muralha da China⁶⁰. Uma observação semelhante poderia ser feita a respeito da doutrina jurídica e do estudo do Direito. À época em que o BGB entrou em vigor, uma avalanche de literatura jurídica começou a varrer o panorama jurídico alemão⁶¹. Os livros didáticos⁶² e os comentários⁶³ ao BGB já apareciam desde 1897. Em 1899, uma bibliografia foi publicada na qual constavam aproximadamente 4.000 títulos com mais de 324 páginas⁶⁴. Essa literatura, no entanto, era quase que exclusivamente de caráter exegético, centrada na redação do Código.⁶⁵ No começo, muitos autores dificilmente faziam mais do que parafrasear as disposições legais. Eles esperavam para ver como essas disposições seriam aplicadas na prática⁶⁶ e só então começaram a rapidamente incluir a jurisprudência emergente nas novas edições de suas obras.

Assim, rapidamente, a letra da lei estava recheada de vida. À primeira vista, ao menos, parecia ser uma vida nova e cheia de juventude. Considerando que a codificação, de acordo com a opinião da época, continha um sistema abrangente e fechado de regras jurídicas⁶⁷, ela constituía um espaço autônomo de interpretação. Desse modo, por um lado, “a lembrança da doutrina pandectista, um dos grandes

59. Sobre a tradição da *legislation comparée* no século XIX v., por exemplo, Helmut Coing, “Rechtsvergleichung als Grundlage von Gesetzgebung im 19. Jahrhundert”, (1978) 7 *Ius Commune*, p. 168 e ss.; idem, *Europäisches Privatrecht*, v. II (1989), p. 56 e ss.

60. Essa citação é de um artigo publicado em 1913-1914; a passagem relevante é citada em Ernst Rabel, “Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung”, idem em, *Gesammelte Aufsätze*, v. III (1967), p. 13 e ss.

61. V. Paul Laband, [1906] *Deutsche Juristenzeitung*, col. 2 e ss. (que declarou que a literatura na área do Direito Privado irrompeu “com a rapidez e a violência de uma tempestade”).

62. V. Sibylle Hofer, “Haarspalten, Wortklauben, Silbenstechen? 100 Jahre Lehrbücher zum BGB: Eine Lebensbilanz”, [1999] *Juristische Schulung*, p. 112 e ss.

63. A respeito, v. Heinz Mohnhaupt, “Die Kommentare zum BGB als Reflex der Rechtsprechung (1897–1914)”, em Ulrich Falk e Heinz Mohnhaupt (Eds.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter: Fallstudien zur Reaktion der Rechtspraxis auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914)* (2000), p. 495 e ss.

64. V. Mohnhaupt (n. 63), p. 495.

65. Para as primeiras críticas, v. Ludwig Kuhlenbeck, *Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Eine dogmatische Einführung in das Studium des Bürgerlichen Rechts*, Parte I (1898), VII; e cf. Mohnhaupt (n. 63), p. 495 e ss.

66. V. o comentário característico em (1900) 29 *Juristische Wochenschrift* 4.

67. V., por exemplo, Heinz Hübner, *Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts* (1980), p. 67.

feitos do pensamento jurídico alemão”⁶⁸, desvaneceu-se rapidamente da doutrina e da prática do Direito alemão. Savigny, Dernburg, Jhering, Windscheid e muitos outros dos principais autores do século XIX raramente continuavam a ser citados; e, menos ainda, a literatura anterior do *ius commune* ou das próprias fontes de Direito Romano. A interpretação “histórica” foi, em larga medida, reduzida à leitura atenta dos materiais e motivações elaboradas pelos autores do código⁶⁹. Quanto a isso, foi de grande importância a decisão dos professores alemães de Direito na Conferência de Eisenach, em 1896, de atribuir ao BGB uma posição central no currículo jurídico. Isso era o exato oposto do modo pelo qual as codificações vigentes em partes da Alemanha no século XIX haviam sido tratadas⁷⁰. Por outro lado, tudo o que se encontra fora do âmbito territorial de aplicação da codificação nacional também desapareceu do horizonte intelectual dos acadêmicos e profissionais do Direito. O Direito alemão deveria ser entendido e desenvolvido a partir de si mesmo: nem a doutrina jurídica italiana e francesa, muito menos a casuística inglesa, poderiam contribuir com nada para ele. A codificação promoveu assim não apenas um isolamento vertical, mas também horizontal da doutrina jurídica. “(Eu) simplesmente não acredito que o Direito contemporâneo realmente erigiu-se a partir do antigo Direito, mas eu o encaro como algo novo, criado pela necessidade do dia presente e a vontade soberana da moderna legislatura”, escreveu Konrad Cosack, o autor de um manual moderno⁷¹, e que, portanto, recusara-se a explorar historicamente o Direito. Ao mesmo tempo, o ponto orgânico de partida para a incorporação do Direito Comparado estava perdido. O horizonte jurídico estava limitado pelas regras e princípios contidos no BGB. Dentro desse contexto, juízes e doutrinadores esforçavam-se para determinar “o conceito” de impossibilidade⁷² a fim de distinguir os diferentes tipos de dano que podem emergir como resultado da entrega de objetos defeituosos⁷³, ou de penetrar no labirinto da “relação proprietário-possuidor”⁷⁴. Segundo a ideologia predominante à época, a codificação representou o ponto de virada na história jurídica alemã⁷⁵.

68. Koschaker (n. 4), p. 190.

69. V. Kuhlenbeck (n. 65) VII. Genericamente sobre o “argumento histórico” no pensamento e na prática jurídica contemporânea, v. Honsell (n. 51), p. 47 e ss.

70. Friedberg (n. 14).

71. Konrad Cosack, em Hans Planitz (Ed.), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, v. I (1924), p. 16.

72. Sobre o qual, mais recentemente, Ulrich Huber, *Leistungsstörungen*, v. I (1999), p. 97 e ss.

73. *Infra* p. 92.

74. Dirk A. Verse, *Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis* (1999), demonstrou recentemente, no que diz respeito ao ressarcimento por benfeitorias, o valor específico de uma aborgadem histórica e comparativa.

75. Essa visão foi expressa, por exemplo, por um dos primeiros e mais influentes comentaristas do BGB, A. Achilles (magistrado do *Reichsgericht*): cf. Mohnhaupt (n. 63), p. 502.

7. A REAÇÃO DOS TRIBUNAIS

E os tribunais? Mesmo durante o século XIX, a prática jurídica não se havia conformado a ideias normalmente associadas aos termos “jurisprudência dos conceitos” ou “positivismo acadêmico”. Tribunais independentes, como o Tribunal Superior de Apelação de Kassel, Jena ou Munique; o Supremo Tribunal de Apelação para as quatro Cidades Livres, sediado em Lübeck; o Supremo Tribunal prussiano; ou mais tarde o Supremo Tribunal do Comércio e, a partir de 1879, o *Reichsgericht* [Tribunal do *Reich*], conseguiram, sem qualquer dificuldade, obter para si próprios “a liberdade de movimento, que é tão indispensável ao juiz” (e que de fato foi concedida por autores perspicazes, como Windscheid)⁷⁶. Um exemplo pode talvez ilustrar essa afirmação. No começo do século XIX, Gustav Hugo havia declarado com muita clareza que a responsabilidade aquiliana poderia, essencialmente, ser reduzida ao seguinte princípio: quem ilicitamente prejudica outra pessoa está obrigado a indenizá-la. Essa afirmação, acrescentou ele, ofendeu os “estudiosos meticulosos” e, dessa forma, não era encontrada em nenhum dos livros didáticos, ainda que refletisse corretamente a prática de quase todos os tribunais na Alemanha⁷⁷. Mas estava em sintonia com a tradição do *ius commune*⁷⁸ e deveria levar, nas décadas seguintes, a decisões nas quais a indenização era assegurada por perdas puramente econômicas⁷⁹. Essencialmente, portanto, a *Lex Aquilia* era aplicada de uma maneira muito similar ao modo como era interpretada pelos tribunais a famosa previsão geral de responsabilidade por ato ilícito no Direito francês (art. 1.382 do *Code Civil*)⁸⁰. Houve muitos outros desdobramentos que um “estudioso metuculo” deve ter observado com espanto. Assim, no que se refere à responsabilidade entre vizinhos, a literatura jurídica pandectista tendia a insistir na culpa⁸¹. Ao mesmo tempo, contudo, os tribunais demonstravam uma incrível disposição

76. Bernhard Windscheid e Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, v. I, 9. ed., § 28, nota 4; e v. os trabalhos revisionistas de Falk e Ogorek (notas 17 e 53).

77. Gustav Hugo, *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts*, 7. ed. (1826), p. 282.

78. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1996), p. 1022 e ss., 1031 e ss.; Jan Schröder, “Die zivilrechtliche Haftung für schuldhaft Schadenzufügungen im deutschen usus modernus”, em Letizia Vacca (Ed.), *La responsabilità civile da atto illecito nelle prospettive storico-comparatistica* (1995), p. 147 e ss.

79. V., por exemplo, as referências em Windscheid e Kipp (n. 76), § 451, nota 1 (em relação às perdas resultantes de prisão ilegal).

80. Isso permitiu a Zachariae von Lingenthal discutir a norma francesa sobre responsabilidade delitual, de uma maneira que difere muito pouco do Direito alemão: *Handbuch des Französischen Civilrechts*, v. II, 6. ed. (1875), § 444.

81. V., por exemplo, Heinrich Dernburg, *Pandekten*, v. I, 5. ed. (1896), § 199, 4.

para abandonar a fixação axiomática do requisito da *culpa* como fundamento da responsabilidade extracontratual. De meados do século XIX em diante, quando a industrialização levou a um aumento significativo da disputa entre vizinhos, eles se deram conta de que deveria ser assegurada proteção ao proprietário, ao menos em algumas situações, mesmo que para além de princípios gerais de responsabilidade aquiliana. A *actio negatoria* estava entre os remédios amplamente estendidos nesse contexto⁸². A possibilidade de sancionar atos ilícitos por meio do Direito Privado havia desaparecido da prática jurídica muito antes de ter desaparecido dos livros didáticos⁸³. E que um proprietário tem de se certificar de que sua propriedade não constitui perigo para o público foi reconhecido muito antes de o conceito de *Verkehrssicherungspflicht* encontrar consagração na literatura jurídica⁸⁴. Muitos outros exemplos poderiam presumivelmente ser encontrados analisando-se a fundo a prática dos tribunais do século XIX. O Supremo Tribunal do Comércio demonstrou imensa criatividade nos nove anos de sua existência e, nas razões de suas decisões, baseou-se com surpreendente frequência em observações comparatísticas⁸⁵. O *Reichsgericht* interpretou os códigos e leis que tinha de aplicar não de forma literal, mas dentro do espírito da Escola Histórica, isto é, com referência aos padrões gerais de pensamento da doutrina jurídica pandectista⁸⁶.

Essa abordagem comparativamente flexível em relação às fontes aplicáveis de Direito não mudou significativamente após a entrada em vigor do *BGB*. Isso porque, ao contrário da opinião amplamente difundida, as primeiras décadas do século XX não foram marcadas pela jurisprudência dos conceitos, pelo positivismo jurídico ou pela bela arte do “jogo de xadrez jurídico”⁸⁷. Assim, por exemplo, o *Reichsgericht* continuou a aplicar a *exceptio doli* segundo a tradição do *ius commune*⁸⁸; logo

82. Regina Ogorek, “Actio negatoria und industrielle Beeinträchtigung des Grundeigentums”, em Helmut Coing e Walter Wilhelm (Eds.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, v. IV (1979), p. 40 e ss.; Andreas Thier, “Zwischen actio negatoria und Aufopferungsanspruch: Nachbarliche Nutzungskonflikte in der Rechtsprechung des 19. und 20. Jahrhunderts”, em Falk e Mohnhaupt (n. 63), p. 407 e ss.

83. Nils Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz* (2003), p. 361 e ss.

84. Detlef Kleindiek, *Deliktshaftung und juristische Person* (1997), p. 63 e ss.

85. Kronke, (1997) 5 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p.735 e ss.

86. J. Michael Rainer, “Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts bis zum Inkrafttreten des BGB: Ein Modellfall für den Europäischen Gerichtshof”, (1997) 5 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 751 e ss.

87. Josef Partsch, *Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität* (1920), p. 39.

88. Hans-Peter Haferkamp, “Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914”, em Falk e Mohnhaupt (n. 63), p. 1 e ss.

depois de 1900, ele começou, de diferentes pontos de partida, a mudar a decisão dos autores do BGB em não reconhecer as doutrinas da *culpa in contrahendo*⁸⁹ e da *clausula rebus sic stantibus*⁹⁰ em seu bojo; ele admitiu ações fundadas na violação positiva do contrato (*positive Forderungsverletzung*) para compras e vendas baseados na § 276, I, 1, do BGB, precisamente do mesmo modo com que se fazia, no período anterior, com fundamento na *actio empti* do *ius commune*⁹¹; ele reconheceu o direito de extinguir os contratos mesmo nesses casos de responsabilidade contratual⁹²; os juízes do período imperial já haviam lançado as bases para o reconhecimento do contrato com a efetiva proteção em face de terceiros e para a doutrina dos danos reflexos (*Drittschadensliquidation*)⁹³; eles puseram em movimento o processo de transformação das regras de responsabilidade extracontratual⁹⁴, a qual foi posteriormente analisada no famoso artigo de Ernst von Caemmerer⁹⁵; eles estabeleceram os contornos essenciais das regras relativas à representação, tais como são praticadas hoje⁹⁶; e eles determinaram o limite entre a responsabilidade por vícios redibitórios e as regras sobre erro⁹⁷, que se manteve pelo restante do

-
89. Tomasz Giaro, “Culpa in contrahendo: eine Geschichte der Wiederentdeckungen“, em Falk e Mohnhaupt (n. 63), p. 113 e ss.
90. Klaus Luig, “Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: Das Beispiel der *clausula rebus sic stantibus*“, em Reinhard Zimmermann, Rolf Knütel e Jens Peter Meincke (Eds.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (2000), p. 171 e ss.
91. Hans Peter Glöckner, “Die positive Vertragsverletzung“, em Falk e Mohnhaupt (n. 63) 155f.; v. também Klaus Luig, “Die ‘Privilegierung’ des Verkäufers“, em *Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata* (1999), p. 317 e ss; Huber (n. 72), p. 78 e ss.
92. E assim continuou o desenvolvimento, que tem suas origens no ensino jurídico e na legislação do século XIX; v. Zimmermann (n. 12) 94f., com referências; Glöckner (n. 91), p. 167 e ss.
93. Jörg Neuner, “Die Entwicklung der Haftung für Drittschäden“, em Falk e Mohnhaupt (n. 63) 193f.; cf. também Sybille Hofer, “Drittschutz und Zeitgeist: Ein Beitrag zur privatrechtlichen Zeitgeschichte“, (2000) 117 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, p. 377 e ss.
94. Reinhard Zimmermann e Dirk A. Verse, “Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Kodifikation des deutschen Deliktsrechts (1900–14)“, em Falk e Mohnhaupt (n. 63), p. 319 e ss.
95. Ernst von Caemmerer, “Wandlungen des Deliktsrechts“, em *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, v. II (1960), p. 49 e ss.
96. Mathias Schmoeckel, “Von der Vertragsfreiheit zu typisierten Verkehrspflichten: Zur Entwicklung des Vertretungsrechts“, em Falk e Mohnhaupt (n. 63), p. 77 e ss.
97. Filippo Ranieri, “Kaufrechtliche Gewährleistung und Irrtumsproblematik: Kontinuität und Diskontinuität in der Judikatur des Reichsgerichts nach 1900“, em Falk e Mohnhaupt (n. 63), p. 207 e ss.

século. Aqui, também, muitos outros exemplos poderiam ser dados. Nos casos nos quais o *Reichsgericht* integrou a lei, há, normalmente, linhas de continuidade explícitas ou implícitas ligando a nova lei à antiga: seja porque os juízes simplesmente perpetuavam sua jurisprudência anterior, seja porque eles estendiam uma linha de desenvolvimento que tinha origens no século XIX. Exceto na ideologia da maioria dos professores de Direito, o *BGB* certamente não era um divisor de águas no desenvolvimento jurídico alemão; na verdade, ele, de fato, exibia certas características de uma reformulação⁹⁸, enquanto, ao mesmo tempo, resolvia uma série de disputas doutrinárias profundamente enraizadas⁹⁹. Ou, como Bernhard Windscheid escreveu em um artigo no qual ele tentou, por si mesmo, resolver a tensão entre o programa da Escola Histórica e a iminente codificação do Direito Privado alemão, ou entre ciência jurídica e legislação: “Como juristas históricos, nós sabemos que o código não será mais do que um momento no desenvolvimento. Mais tangível, certamente, do que uma onda em um córrego, mas, mesmo assim, somente uma onda no córrego”¹⁰⁰. O grande feito do *Reichsgericht* reside no fato de que ele desenvolveu cautelosamente a lei e a adaptou às novas e variáveis circunstâncias ao mesmo tempo em que evitava qualquer solução de continuidade. Dentre as ferramentas usadas pelos juízes, estavam o indisfarçável recurso à intuição jurídica geral¹⁰¹ ou senso comum¹⁰², à leitura de condições tácitas no contrato (um mecanismo que sempre foi popular, a qualquer tempo e em diversos países)¹⁰³, e à construção de contratos fictícios¹⁰⁴. E, de modo a satisfazer, ao menos formalmente, as demandas do positivismo legalista, até mesmo a história legislativa foi ocasionalmente submetida a uma perspectiva um tanto distorcida, determinada, sobretudo, pelo resultado desejado¹⁰⁵.

98. V. Horst Heinrich Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts* (1983), p. 160.

99. V. Zimmermann (n. 12), p. 47 ss.

100. Windscheid (n. 30), p. 75 e ss.

101. Cf., por exemplo, RGZ 78, p. 239 a 240 e ss. (o caso do linóleo, de 7 de dezembro de 1911).

102. Cf., por exemplo, RGZ 91, p. 21 a 24 (residência contaminada, de 5 de outubro de 1917).

103. V., por exemplo, as referências em Luig (n. 91), p. 181e ss. Para aspectos gerais, v. Reinhard Zimmermann, “‘Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...’: *Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*”, (1993) 193 *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 165 e ss.

104. V., por exemplo, as referências em Giaro (n. 89), p. 130 e ss.

105. A esse respeito, v. Thomas Finkenauer, *Das entstehungsgeschichtliche Argument als Etikettenschwindel: Zwei Beispiele aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Bereicherungsrecht*, em Falk e Mohnhaupt (n. 63), p. 305 e ss.

8. UNIDADE DO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO?

“Nada é mais certo, porém, do que o fato de a antiga sociedade e seu sistema econômico irrecuperavelmente terem chegado ao fim” (Thomas Mann em seu diário, em 15 de abril de 1919). O colapso resultante da I Guerra Mundial e as convulsões por ele causadas... Ao mesmo tempo, nossa percepção do mundo mudou drasticamente. “O mundo moderno começou em 29 de maio de 1919”, escreve Paul Johnson¹⁰⁶, “quando o eclipse solar fotografado na Ilha do Príncipe, a oeste da África, e em Sobral, no Brasil, confirmou a verdade sobre a nova teoria do Universo”. Obviamente, o século XIX somente acabou, de fato, por volta de 1920. Assim, ao contrário do *Code Civil*, o *BGB* não anunciou o início de uma nova época. Em muitos aspectos, ele ainda refletia os valores de um mundo que estava destinado a desaparecer¹⁰⁷.

Era um mundo com uma estrutura familiar patriarcal, com associações e fundações ainda firmemente sob a tutela das autoridades estatais¹⁰⁸ e com um conceito comparativamente formal de liberdade contratual¹⁰⁹. Um mundo no qual a regulação de enxames de abelhas era vista como mais importante do que uma sobre os termos padronizados de negociação. O cidadão típico para o *BGB* não era o trabalhador fabril, mas antes o empresário endinheirado, o proprietário de terras ou o funcionário público¹¹⁰. Em vários aspectos, portanto, o *BGB* deveria ser logo encarado como ultrapassado. Cerca de 160 alterações legislativas e decisões do Tribunal Constitucional Federal afetaram tanto o texto quanto o conteúdo do código. Mais da metade delas, porém, datam do último quartel do século XX. O Direito de Família, em particular, ficou sujeito a mudanças fundamentais. Mais de

106. Paul Johnson, *History of the Modern World* (1983), p. 1.

107. A relação entre o Direito Privado e a sociedade alemã no século XIX e começo do século XX é discutida em quatro estudos de Franz Wieacker os quais foram reunidos no volume *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* (1974): *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (1953); *Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen* (1960); *Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution* (1966); *Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher* (1970). E v. agora Joachim Rückert, “Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg”, em Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert e Reinhard Zimmermann (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, v. I (2003), n. 92 e ss.

108. V. Andreas Richter, *Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation: Überlegungen zur Reform des deutschen Stiftungsrechts auf der Grundlage einer historisch-rechtsvergleichenden Untersuchung der Entstehung des modernen deutschen und amerikanischen Stiftungsmodells* (2001), p. 40 e ss.

109. Ver, no entanto, agora Sibylle Hofer, *Freiheit ohne Grenzen?* (2001).

110. Zweigert e Kötz (n. 8), p. 144.

30 importantes alterações legislativas não deixaram praticamente quase nenhuma parte dele sem modificação¹¹¹. Comparativamente, poucas mudanças foram feitas ao texto dos outros quatro livros. As disposições relativas aos contratos de locação e de trabalho foram modificadas e complementadas consideravelmente, mas a lei de locações prediais¹¹² o foi, em grande parte, e a lei trabalhista, de modo completo, deslocada para fora do âmbito do BGB¹¹³. Outras alterações relevantes referem-se à regulação dos contratos de viagem, contida nos §§ 651 e seguintes, a lei de arrendamento rural (§§ 581 e seguintes, do BGB), e os contratos relativos a transferências bancárias, pagamentos bancários e contas correntes (§§ 676 e seguintes)¹¹⁴.

Fora do BGB, no entanto, cresceu, por meio de leis especiais¹¹⁵ um sistema secundário de Direito Privado, por meio do qual o modelo social subjacente ao BGB foi adaptado às condições modernas. Além do Direito de Concorrência e do Trabalho, o Direito de Proteção ao Consumidor mereceu menção particular nesse contexto. Entre os seus principais componentes estão a lei sobre as condições gerais dos contratos (1976), as vendas em domicílio e transações similares (1986) e os créditos do consumidor (1990), mas também outras leis como aquelas que tratam da responsabilidade por produtos defeituosos (1989), contratos de multipropriedade (1996) e vendas a distância (2000). É frequentemente ignorado¹¹⁶ que essa tradição de excluir da codificação geral do Direito Privado assuntos que são considerados de natureza especial remonta à Escola Histórica e que, portanto, nem a lei relativa às vendas com pagamento diferido (1894), nem aquela, que previa

111. Para uma visão geral, v. Dieter Schwab, *Wertewandel und Familienrecht* (1993); Rainer Frank, “100 Jahre BGB – Familienrecht zwischen Rechtspolitik, Verfassung und Dogmatik”, (2000) 200 *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 401 e ss.

112. Udo Wolter, *Mietrechtlicher Bestandsschutz* (1984); Heinrich Honsell, *Privatautonomie und Wohnungsmiete*, (1986) 186 *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 115 e ss. Em setembro de 2001, todavia, a lei de locações prediais urbanas foi reincorporada ao BGB.

113. Joachim Rückert, “‘Frei’ und ‘sozial’: Arbeitsvertrags-Konzeptionen um 1900 zwischen Liberalismen und Sozialismen”, (1992) 23 *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 223f.; Klaus Adomeit, “Der Dienstvertrag des BGB und seine Entwicklung zum Arbeitsrecht”, [1996] *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1710 e ss.

114. Outros exemplos são fornecidos pelo § 90a (e, ligada a esse artigo, uma série de outras novas normas sobre *status* jurídico dos animais (sobre os quais, v. Helmut Heinrichs, em Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 64. ed. (2005), § 90a, n. 1: um “pronunciamento sentimental sem qualquer conteúdo jurídico efetivo”) e § 55a (v. Palandt/Heinrichs (como acima) § 55a, n. 1: “contrário ao sistema jurídico”).

115. Rolf Stürner, “Der hundertste Geburtstag des BGB – eine nationale Kodifikation im Greisenalter?”, [1996] *Juristenzeitung* 742.

116. Ver, no entanto, Karsten Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee: Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts* (1985).

responsabilidade objetiva pelas lesões pessoais sofridas na operação de uma ferrovia (1871), foram incluídas no código¹¹⁷. De fato, remanesce controverso até hoje se, ou em que medida, tais matérias alcançaram o tipo de estabilidade estrutural e conceitual requerida para a incorporação em um código geral de Direito Privado¹¹⁸.

9. A RESILIÊNCIA DO *BGB*

Com a modernização do Direito das Obrigações, a maioria das leis especiais no campo do Direito Contratual do Consumidor encontrou um novo lugar no *BGB*. Além disso, houve reformas que afetaram as regras de indenização¹¹⁹, o contrato de locação¹²⁰, os requisitos formais¹²¹, o contrato de viagem¹²² e as fundações¹²³. A introdução de uniões de pessoas do mesmo sexo por uma lei de 16 de fevereiro de 2001¹²⁴ levou a mais de 30 mudanças ao longo de todo o *BGB*, por intermédio de emendas. Todas essas mudanças, contudo, aconteceram no curso dos últimos quatro anos^{N-3}. Até esse momento, isto é, durante os primeiros 100 anos de sua existência, o texto do *BGB* (exceto as normas do Direito de Família) foi notavelmente resistente a mudanças. Essa resiliência em face de todas as convulsões do século XX têm sido frequentemente comentada. É menos notável para o Direito das Coisas, o Direito das Sucessões e mesmo para a responsabilicidade extracontratual ou para o enriquecimento sem causa, do que o é para um assunto naturalmente dinâmico

117. V. infra p. 165 e ss., p. 169.

118. Para todos os detalhes, v. infra p. 159 e ss., p. 205 e ss.

119. Para detalhes, v. Gerhard Wagner, *Das neue Schadensersatzrecht* (2002).

120. V. Birgit Grundmann, “Die Mietrechtsreform – Wesentliche Inhalte und Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage”, [2001] *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 2497 e ss.; Friedrich Klein-Blenkers, “Das Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz)”, em Barbara Dauner-Lieb, Thomas Heidel, Manfred Lepa e Gerhard Ring (Eds.), *Das neue Schuldrecht* (2002), p. 506 e ss.

121. Para detalhes, v. Walter Boente e Thomas Riem, “Das BGB im Zeitalter digitaler Kommunikation – Neue Formvorschriften”, [2001] *Jura*, p. 793 e ss.; Ulrich Noack, “Elektronische Form und Textform”, em Dauner-Lieb, Heidel, Lepa e Ring (n. 120), p. 441 e ss.

122. V. Ernst Führich, “Zweite Novelle des Reisevertragsrechts zur Verbesserung der Insolvenzversicherung und der Gastschulaufenthalte”, [2001] *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3083 e ss.; Mark Niehuus, “Der Reisevertrag”, em Dauner-Lieb, Heidel, Lepa e Ring (n. 120), p. 322 e ss.

123. Ulrich Burgard, “Das neue Stiftungsprivatrecht”, [2002] *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, p. 697 e ss.

124. V. Nina Dethloff, “Die Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein neues familienrechtliches Institut”, [2001] *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 2598 e ss.

^{N-3}. O leitor deve atentar para o fato de que este texto foi originalmente publicado em 2006.

como o Direito Contratual. A retirada das evoluções relevantes (Direito do Trabalho, Direito das Locações Prediais Urbanas residenciais, Direito do Consumidor) fornece apenas parte da explicação. Outra razão para a resiliência do *BGB* repousa no caráter do próprio código. Em forma e substância, ele foi moldado pela doutrina pandectista do século XIX. Seus autores tinham como objetivo, em larga medida, controlar e consolidar as “conquistas jurídicas de séculos”¹²⁵. O *BGB* foi visto como parte de uma tradição significativamente moldada pela doutrina jurídica. O fenômeno do “desenvolvimento” acadêmico do Direito era muito familiar para os autores do código. Horst Heinrich Jakobs tinha, portanto, criticamente se referido ao *BGB* como uma codificação “que não contém a fonte do Direito em si mesma, mas tem suas origens na doutrina jurídica a partir da qual ele foi criado”¹²⁶. O *BGB* foi projetado para fornecer o panorama para uma “ciência jurídica organicamente progressiva”. A ideia de aprovar a proibição de comentários sobre o *BGB* (como existia em relação ao Código prussiano de 1794)¹²⁷ era muito estranha aos autores do *BGB*: tão estranha quanto a ideia igualmente insólita de que seria possível estabelecer uma regra específica para cada situação imaginável. Frequentemente, os *travaux préparatoires* contêm declarações expressas no sentido de que a solução de um problema específico deve ser deixada à doutrina.

Além disso, apesar de ter sido tão decisivamente influenciado pela doutrina jurídica pandectista, o *BGB* não é doutrinário em espírito ou em perspectiva¹²⁸. Seus autores não se sentiam chamados a fornecer definições autorizadas para conceitos fundamentais tais como contrato, declaração de vontade, danos, causalidade ou ilicitude e, assim, de certo modo, remover essas matérias da discussão acadêmica. Muito menos tentaram determinar questões de construção jurídica (que tipo de ato jurídico é a execução de uma obrigação?). Várias apreciações básicas e pontos de partida doutrinários também não foram especificamente definidos no código ante o fato de que eles poderiam ser considerados como axiomáticos. Assim, por

125. Windscheid (n. 30), p. 75.

126. Jakobs (n. 34), p. 160. Ele prossegue afirmando que o *BGB* “não deve, e não vai, controlar o pensamento jurídico, mas deve ser, e será, controlado por este último, se tal pensamento jurídico for em si mesmo histórico, no sentido completo da palavra”.

127. Hans-Jürgen Becker, “Kommentier- und Auslegungsverbot”, em *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, v. II (1978), cols. 963 e ss.; Matthias Miersch, *Der sogenannte référé législatif: eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert* (2000).

128. Okko Behrends, “Das Bündnis zwischen Gesetzgebung und Dogmatik und die Frage der dogmatischen Rangstufen”, em Okko Behrends e Wolfram Henckel (Eds.), *Gesetzgebung und Dogmatik* (1989), p. 9 e ss.; Jan Schröder, “Das Verhältnis von Rechtsdogmatik und Gesetzgebung in der neuzeitlichen Rechtsgeschichte”, em Behrends e Henckel (como acima), p. 37 e ss.

exemplo, não há referência explícita à liberdade contratual. O § 119 do *BGB* prevê três tipos diferentes de erro que permitem a anulabilidade do contrato, mas a base intelectual para essa regra, isto é, a de que um erro quanto aos motivos é, em princípio, irrelevante, não é mencionada no código. Às vezes, o *BGB* fornece pouco mais do que indicações conceituais para o desenvolvimento da doutrina jurídica. As regras nele contidas normalmente atingem um nível considerável de abstração, tanto no que se refere à forma quanto à substância. Ao contrário do Código prussiano (“Galinhas, gansos, patos, pombas e perus comuns devem ser contabilizados entre os bens móveis pertencentes a uma propriedade fundiária”)¹²⁹, o *BGB*, em regra, não tenta fornecer uma regulação cuidadosa e detalhada de situações particulares encontradas na vida diária, mas, ao revés, coloca ao dispor um conjunto de regras e conceitos que são aplicáveis a uma grande variedade de problemas – entre eles muitos que não poderiam ser imaginados por aqueles que redigiram o código. Não admira que o *BGB* tenha passado a ser visto como desatualizado onde quer que esta técnica não tenha sido seguida, e onde o código, portanto, confronta seus leitores com o mundo dos trabalhadores jornalheiros [de *jorna*, remunerado por dia de trabalho, embora não seja equivalente ao trabalhador diarista, aquele que presta serviços domésticos] e dos carroceiros¹³⁰, ou com a junção de enxames de abelhas migratórias¹³¹. Além disso, é claro, há disposições abertas, como o § 138, I, do *BGB* (invalidade dos contratos *contra bono mores*) ou o § 242 do *BGB* (as obrigações devem ser executadas de acordo com os preceitos da boa fé)¹³², por intermédio das quais o *BGB* procura alcançar um equilíbrio entre a estabilidade e a flexibilidade doutrinárias.

10. O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PRIVADO SOB O CÓDIGO

Pôs-se, assim, a pedra de fundação dos tribunais e da academia jurídica, em uma cooperação típica, com vistas a trazer à vida a letra da lei, interpretar e desenvolver

129. § 58 I 2 PrALR.

130. § 196, n. 3 e 9 *BGB* (antiga versão).

131. § 963 *BGB*.

132. Essas *Generalklauseln* [N-3A- cláusulas gerais] são um elemento característico do Direito Privado alemão; elas constituem as mais importantes e as mais convenientes portas de entrada para os valores da comunidade [a palavra *Gemeinschaft* é geralmente traduzida para o português como “comunidade”. O sentido lusófono não alcança totalmente a complexidade da expressão alemã, que muitas vezes assume o caráter de uma comunhão profunda de valores espirituais e morais, como parece ser o caso desta passagem do texto]. Para uma famosa advertência contra os perigos inerentes a essas disposições, v. Justus Wilhelm Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat* (1933).

as disposições contidas no código e adaptá-las às novas circunstâncias¹³³. Os detalhes desse processo são analisados em um novo comentário histórico ao Código Civil alemão¹³⁴. Um quadro metodológico adequado foi fornecido pela abordagem baseada em interesses, que foi estabelecida por Philipp Heck, mas que pode, em última análise, remontar a Rudolf von Jhering¹³⁵. Após 1945, o foco nos interesses foi substituído por uma ênfase nos juízos de ponderação¹³⁶. Tribunais e doutrinadores tentaram resolver os problemas decorrentes de disposições exoticamente formuladas ou idiossincráticas, de uma falta de coordenação sistemática (a relação entre as regras sobre o enriquecimento sem causa e aquelas sobre as assim chamadas relações proprietário-possuidor), de regras individuais que rapidamente se mostraram inadequadas (o prazo de prescrição de seis meses, correndo a partir do momento da entrega, para ações fundadas em vícios redibitórios nos contratos de compra e venda); ou do fato de o âmbito de aplicação de uma disposição ser visto como muito estreito (a regra do *in pari turpitudine*, como contida no § 817, 2, do BGB) ou muito amplo (*mortuus redhibetur*, como adotada no § 350 do BGB). As “lacunas da lei”¹³⁷ haviam de ser preenchidas, os erros de redação tinham de ser corrigidos

-
133. Para um apanhado geral da evolução do Direito no século XX na Alemanha, v. Karl Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert* (1992). Para uma História do Direito Privado na época da República de Weimar, v. Knut Wolfgang Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen: Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik* (1988). Há uma extensa literatura sobre a nazificação da vida jurídica, e do Direito Privado, durante a década de 1930: v. Zimmermann (n. 42) p. 54 e ss., 58 e ss., com referências. Bernd Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung*, 6. ed. (2005), permanece de fundamental importância. Para a República Federal da Alemanha, v. Joachim Rückert, “Abbau und Aufbau der Rechtswissenschaft nach 1945”, [1995] *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1251 e ss.; Dieter Medicus, “Entscheidungen des BGH als Marksteine für die Entwicklung des allgemeinen Zivilrechts”, [2000] *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 2921 e ss.
134. Até agora [N-3B, até 2006], só foi publicado o primeiro volume (abrangendo a Parte Geral do BGB, isto é, os §§ 1-240): Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert e Reinhard Zimmermann (Eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, v. I (2003); o segundo volume (cobrindo a parte geral do Direito das Obrigações, isto é, os §§ 241-432) está em preparação para sair em 2006.
135. Sobre Philipp Heck, v. agora Heinrich Schoppmeyer, *Juristische Methode als Lebensaufgabe: Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Phillip Hecks* (2001).
136. Jens Petersen, *Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz* (2001). Para uma análise abrangente dos métodos de interpretação jurídica na Alemanha, e seu desenvolvimento histórico, v. Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent: Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*, v. I (2001), p. 28 e ss., 430 e ss.
137. Sobre o tema, de modo amplo, v. Claus-Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung praeter legem*, 2. ed. (1983).

e os conceitos jurídicos indeterminados tinham de ser especificados. Soluções jurídicas tinham de ser encontradas, com base nas considerações subjacentes aos regulamentos do código, para padrões complexos de fatos (as várias categorias de situações trilaterais nas regras de enriquecimento sem causa). Novas questões jurídicas, sequer imagináveis no início do século XX, tinham de ser resolvidas (nascimento indesejado). Novos tipos de contratos que vieram a ser estabelecidos na vida empresarial (como o arrendamento mercantil) tinham de ser inseridos no sistema de contratos fornecido pelo *BGB*. Mudanças nos costumes sociais tiveram de ser acomodadas, tais como a comercialização de crescentes aspectos da vida, incluindo feriados e horas de lazer. As regras de responsabilidade extracontratual e de enriquecimento sem causa, assim como outras áreas, em que o *BGB* contém pouco mais do que conceitos e disposições gerais, tinham de ser preenchidas com regras e doutrina bastante refinadas.

Edifícios doutrinários amplos foram criados mesmo onde o *BGB* contém pouco mais do que blocos de construção individuais (*Störung der Geschäftsgrundlage*)^{N-4}. Algumas dessas teorias foram desenvolvidas, apesar de não existir realmente uma “lacuna legal” no *BGB*; outras foram contrabandeadas para o código por meio de caminhos alternativos, que não tinham sido projetados para esse fim (o estabelecimento comercial). Novos esquemas sistemáticos foram elaborados (*enrichment by transfer, enrichment based on an encroachment*) e novos marcos teóricos vieram a ser estabelecidos (responsabilidade baseada em expectativas razoáveis). A “materialização” do Direito Contratual alemão era evidente não apenas na legislação especial fora do *BGB* – tais como a lei das condições gerais dos contratos ou os direitos de resolução contidos em várias leis de proteção ao consumidor –, mas também na forma com a qual regras como a do § 138, I, do *BGB* vieram a ser aplicadas, por exemplo, às operações de crédito a prestações ou em contratos de caução celebrados por uma esposa ou filho, caídos em insolvência, do devedor principal, ou no âmbito de aplicação conferido a uma doutrina como a *culpa in contrahendo*¹³⁸. Descobriu-se que a abertura e a flexibilidade das *Generalklauseln* era uma maldição sob o regime Nacional-Socialista e uma benção sob a Lei Fundamental de 1949. A doutrina da eficácia horizontal indireta¹³⁹ levou o Direito alemão a ser ajustado ao sistema de valores incorporado nas disposições de direitos fundamentais da

^{N-4}. Alteração da base do negócio jurídico.

138. Claus-Wilhelm Canaris, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, (2000) 200 *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 273 e ss.
139. Ela foi desenvolvida por Günter Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, em *Festschrift für Hans Nawiasky* (1956), p. 158 e ss. E foi adotada pelo Tribunal Constitucional Federal no caso Lüth: BVerfGE 7, 198; a respeito, v. David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (1994), p. 181 e ss.

Lei Fundamental; mas também colocou cada vez mais o Tribunal Constitucional Federal na posição de uma suprema corte de apelações irregular em litígios de Direito Privado¹⁴⁰. Ocasionalmente, mesmo decisões do Tribunal Federal^{N-5} que eram claramente *contra legem* foram confirmadas pelo Tribunal Constitucional Federal em face de certas ponderações derivadas da Lei Fundamental¹⁴¹.

O comparatista norte-americano John P. Dawson fez uma célebre referência a uma “revolução alemã do direito jurisprudencial”¹⁴². Deu-se um grande número de “descobertas legais”¹⁴³. Muito do que foi descoberto é novo. Mas frequentemente nós também encontramos vinho velho sendo servido em novas taças^{N-6}. Isso é verdade sempre que as regras do BGB representem a doutrina pandectista em forma de lei, sempre que estamos a lidar com regras de interpretação como a *interpretatio contra eum qui clarius loqui debuisset*, ou com as máximas gerais subjacentes ao BGB sem que tenham especificamente sido reafirmadas no código (*Dolo agit qui petit quod statim redditurus est*). Sempre que um problema não tenha sido decidido pelos autores do código mas tenha sido entregue à doutrina jurídica, os livros didáticos pandectistas não raramente também apontam na direção da solução mais apropriada. Nós observamos o fenômeno do renascimento das regras e conceitos de um passado ostensivamente desatualizado (*utile per inutile non vitiatur*)¹⁴⁴; o recurso às fontes do *ius commune* continua a ser de considerável importância para a avaliação e interpretação adequadas das disposições contidas no BGB. O grande trabalho de

140. Isso foi severamente criticado: Uwe Diederichsen, “Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre”, (1998) 198 *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 171 e ss.

^{N-5}. *Bundesgerichtshof*, tribunal superior com competência para matérias cíveis e criminais. Parcialmente equivalente ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

141. BVerfGE 34, 269 (14 de fevereiro de 1973; o caso Soraya). Para detalhes, v. Zweigert e Kötz (n. 8), p. 688 e ss.; Basil S. Markesinis e Hannes Unberath, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, 4. ed. (2002), p. 415 e ss.

142. John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (1968), p. 432 e ss.

143. Hans Dölle, *Juristische Entdeckungen* (1958), reimpresso em: Thomas Hoeren (ed.), *Zivilrechtliche Entdecker* (2001), p. 5 e ss.

^{N-6}. No original: “old wine being poured into new vessels”. Paráfrase irônica do autor à “parábola do vinho novo em odres velhos”, referida nos Evangelhos de S. Mateus IX:14-17, S. Marcos II:18-22 e S. Lucas V:33-39. Nas Escrituras, a mensagem era de que não se poderiam acomodar as novas lições do Cristo às estruturas conceituais da velha religião pregada por fariseus e saduceus. O autor ironiza ao afirmar que antigas doutrinas e teorias eram apresentadas como novidades pela jurisprudência ao interpretar o BGB.

144. Theo Mayer-Maly, “Die Wiederkehr von Rechtsfiguren”, [1971] *Juristenzeitung*, p. 1 e ss.; Rolf Knütel, “Römisches Recht und deutsches Bürgerliches Recht”, em Walther Ludwig (ed.), *Die Antike in der europäischen Gegenwart* (1993), p. 43 e ss.; Reinhard Zimmermann, “Civil Code and Civil Law”, (1994/95) 1 *Columbia Journal of European Law*, p. 89 e ss.

Ulrich Huber sobre as regras do inadimplemento do contrato¹⁴⁵ pode servir como uma confirmação particularmente impressionante, assim como comparativamente recente, em favor da verdade dessa afirmação.

11. CRÍTICAS AO *BGB*

Por mais de 100 anos, o *BGB* tem sido tanto uma manifestação característica como um traço constituinte da cultura jurídica alemã. Ele tem sido, e permanece, moderno, como resultado de ter proporcionado uma estrutura para um desenvolvimento orgânico do direito. Não obstante, sempre houve críticas. Essa tradição remonta ao período que imediatamente se seguiu à publicação do Primeiro Projeto, em 1888. Protagonistas de uma linha fundamental de crítica eram, então, em particular, os membros do movimento das mulheres, os socialistas e o grupo de juristas de orientação germanista.^{N-7} Eles consideravam o código patriarcal, insensível às

145. Ulrich Huber, *Leistungsstörungen*, 2 v. (1999).

^{N-7.} O autor se refere aqui aos *Germanisten*. 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 divisão entre os *Germanisten* e os *Romanisten* era tão profunda que eles se reuniam em congressos diferentes e publicavam em periódicos separados ou em seções diversas de uma mesma revista Os germanistas “estudavam o germânico *Volksrechte* e os costumes medievais alemães”, ao passo em que os romanistas se dedicavam ao *Corpus Iuris* e às escolas que se dedicavam ao exame dessas fontes na Europa medieval e moderna. No entanto, mais do que um debate acadêmico, esses dois grupos representavam visões diferentes sobre o passado e o futuro político da Alemanha. Exemplo disso estava na associação entre o romanismo e uma visão antissocial do Direito, enquanto o germanismo expressaria um sentimento de união e comunidade, anti-individualista, socialmente comprometido e mais afeito às tradições genuínas da Alemanha. Otto von Gierke, um dos maiores críticos do *BGB*, nessa chave, era “o porta-voz por excelência do campo germanista”, embora a gênese de seu pensamento esteja nas lições de seu professor em Berlim, Georg Beseler, que escreveu o livro *Volksrecht und Juristenrecht*, de 1843, época na qual se iniciava a reação ao pensamento de Savigny nos meios universitários alemães. Muitas das teses de seu grupo, assim como várias outras deste período, voltariam a ser brandidas no período hitlerista, a ponto de os nazistas defenderem oficialmente a extinção das cátedras de Direito Romano das universidades alemãs (Cf. LANG-HINRICHSSEN, Dietrich. Georg Karl Christoph Beseler. In. HISTORISCHEN KOMMISSION BEI DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN (Hrsg). *Neue Deutsche Biographie* (NDB). Berlin: Duncker & Humblot, 1955. v. 2. p. 174; BESELER, Georg. *Volksrecht und Juristenrecht*. 1. ed. Leipzig: Weidman, 1843. Disponível em: [www.deutschestextarchiv.de/book/show/beseler_volksrecht_1843]; HARRIS, Ron. Transplantation of the legal discourse on corporate personality theories: from German codification to British political pluralism and American big business. *Washington and Lee Law Review*, v. 63, n. 4, p.1422-1474, 2007. p. 1428-1429; RODRIGUES JUNIOR,

questões sociais, não compreensível de pronto e demasiadamente romanista em espírito, forma e conteúdo¹⁴⁶. Dieter Schwab demonstrou recentemente que tais críticas continuaram após a entrada em vigor do *BGB* e que foram, sobretudo, retomadas com vigor renovado em tempos de sublevação¹⁴⁷. Em 1919, assim como Otto von Gierke havia feito por volta da virada do novo século, Wilhem Hedemann apontou a falta de personalidade do *BGB*: “Ele é tímido e opaco, não exhibe qualquer espírito pujante, nenhuma personalidade característica”¹⁴⁸. Ele era orientado para o cidadão conservador e próspero. Isso também não era apreciado pelos críticos do *BGB* durante o período do Nacional-Socialismo. O código foi pensado para ser caracterizado por um individualismo exagerado e para refletir uma ordem mundial materialista, era encarado como “agermânico”, apartado da realidade da vida, além de escolástico.^{N-8} O anseio por uma lei que fosse “alemã” agora se misturava com a ideologia racista¹⁴⁹. A conclusão de um “Código do Povo”^{N-9}, preparado sob os auspícios de uma Academia de Direito Alemão, pela elite de professores de Direito Privado, enquanto eles ainda estavam ativos nas universidades alemãs¹⁵⁰, foi impedida pelo colapso do regime. O paraíso dos trabalhadores e agricultores da

Otávio Luiz. A influência do *BGB* e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. *O Direito* (Lisboa), v. 147, p. 45-110-110, 2015).

146. Para detalhes, v. Dieter Schwab, (2000) 22 *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, p. 325 e ss., com referências.

147. Schwab (n. 146), p. 334 e ss.

148. Em um discurso acadêmico em 1919, citado por Schwab (n. 146), p. 337.

^{N-8}. O leitor deve ficar atento para o fato de que o autor aqui se vale de uma técnica de exposição típica do estilo alemão de escrita: ele descreve as objeções ao *BGB*, mas não significa que ele concorde com elas. Em geral, esse tipo de objeção vem seguido de uma refutação. No Brasil, porém, essa técnica é, muitas vezes, confundida com a concordância do autor com os pontos que ele apenas descreve. Leituras apressadas têm causado muitos estragos na transposição de ideias estrangeiras, especialmente alemãs. Por essa razão, é necessária a devida cautela na interpretação desses textos, particularmente quando traduzidos para o português.

149. Schwab (n. 146), p. 340.

^{N-9}. Em alemão, *Volksgesetzbuch* (VGB). O projeto foi dirigido por Justus W. Hedemann. Em 1944, a Academia de Direito Alemão (*Akademie für Deutsches Recht*) encerrou suas atividades, que se haviam iniciado em Munique no dia 26 de junho de 1933. De entre seus principais membros, além de Hedemann, encontravam-se Hans Frank, Roland Freisler, Carl Schmitt, Martin Heidegger, Franz Wieacker, Otto Georg Thierack e Gustav Boehmer.

150. Sobre o projeto do “Código do Povo”, v., por exemplo, Michael Stolleis, “Volksgesetzbuch”, em *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, vol. V, cols. 990 e ss.; Gerd Brüggemeier, “Oberstes Gesetz ist das Wohl des deutschen Volkes: Das Projekt des ‘Volksgesetzbuches’”, [1990] *Juristenzeitung* 24 e ss.; Hans Hattenhauer, “Die Akademie für Deutsches Recht (1933-44)”, [1986] *Juristische Schulung*, p. 680 e ss.

Alemanha Oriental do pós-Guerra encarava o BGB como algo não mais atraente do que o modo com que o Estado Nazista encarava o Código. Em 1965, um Código de Direito de Família foi promulgado e, em 1976, aquelas partes do BGB que ainda estavam em vigor foram então substituídas por um código civil socialista. Na Alemanha Ocidental, as chamadas revoltas estudantis de 1967 em diante reviveram a aversão pelo BGB: ele não servia para regular os “processos sociais do nosso tempo”¹⁵¹. O viés ideológico de grande parte da oposição fundamentalista ao BGB não deve permitir que se encubra o fato de que o código jamais gerou sentimentos de afeição. Muito menos se tornou uma parte popular do patrimônio cultural alemão, nem tem qualquer participação na criação de uma identidade nacional comparável à do *Code Civil* em França ou a de *common law* na Inglaterra. A maioria dos profissionais do direito alemães, nas palavras de Hein Kötz, prestava ao seu código “uma espécie de tributo frio, quase rancoroso”¹⁵². Desse modo, não admira que o 100º aniversário do código tenha passado sem qualquer celebração, tanto do público em geral quanto da comunidade jurídica. Em 1996 e em 2000, alguns artigos apareceram tentando oferecer uma avaliação isenta¹⁵³, realizou-se um colóquio ocasional¹⁵⁴ e aqui e ali uma série de palestras foi organizada¹⁵⁵. Nenhum *Festschrift*^{N-10} foi dedicado ao BGB (bem ao contrário, aliás, do que ocorreu com o Tribunal Federal por ocasião do seu 50º aniversário, celebrado também no ano 2000)¹⁵⁶. O tom geral das

151. Rudolf Wiethölter em suas palestras radiofônicas, transmitidas pela emissora de Rádio de Hesse; para detalhes, Schwab (n. 146), p. 344 e ss.

152. Hein Kötz, em *Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages*, v. II/1 (1994), c. 9.

153. V., por exemplo, Rolf Stürner, [1996] *Juristenzeitung*, p. 741 e ss.; Mathias Schmoeckel, “100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe”, [1996] *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1697 e ss.; Reiner Schulze, “Ein Jahrhundert BGB – deutsche Rechtseinheit und europäisches Privatrecht”, [1997] *Deutsche Richterzeitung*, p. 369 e ss.; Norbert Horn, “Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch”, [2000] *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 40 e ss.

154. Por exemplo, o simpósio “Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter”, cujas contribuições foram publicadas no volume organizado por Falk e Mohnhaupt (n. 63). Os centenários do BGB e do *Comentário Staundiger* celebraram-se em um simpósio em Munique, no mês de junho de 1998; a esse respeito, v. o volume editado por Martinek e Sellier (n. 43). Os relatórios apresentados na conferência de Salzburgo da Associação dos Professores de Direito Civil, em setembro de 1999, também lidaram com a aplicação e o posterior desenvolvimento do BGB através dos últimos 100 anos; v. (2000) *200 Archiv für die civilistische Praxis*, p. 273 e ss. A Associação de Jovens Pesquisadores de Direito Civil já havia organizado uma conferência sobre o BGB em 1996; seus procedimentos estão documentados no *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* (1996).

155. Hans Schlosser e Volker Behr (Eds.), *Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996* (1997).

^{N-10} Obra coletiva em homenagem a um jurista ou a uma efeméride importante como o aniversário de um tribunal, um código ou de uma constituição.

156. Não menos do que três *Festschriften* apareceram nessa ocasião: *50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft* (quatro volumes) (2000); *50 Jahre Bundesgerichtshof*:

contribuições do centenário não foi exuberante. A qualidade técnica do código foi elogiada, como sempre, assim como sua maturidade intelectual e o bom senso da autocontenção legislativa. Os advogados alemães consideram o BGB como a base estável para seu trabalho. Em outros países, ele sempre foi considerado como um produto típico da doutrina jurídica alemã (“Nunca, penso eu, tanto poder cerebral de primeira classe foi colocado em um ato legislativo”: F.W. Maitland)¹⁵⁷; não surpreende, portanto, que ele tenha tido um impacto maior na teoria do direito e na doutrina jurídica em outros países europeus do que na legislação estrangeira¹⁵⁸. Ainda assim, contudo, ele foi recepcionado na Grécia (com o resultado de que esse país é, hoje, normalmente considerado como parte da família jurídica germânica); moldou a reforma do Código Civil austríaco em 1914-1916; e influenciou as codificações na Itália (1942), Portugal (1966) e Holanda (1992). Nos debates relativos à reforma do direito nos antigos países socialistas e à harmonização do Direito Privado na Europa, todavia, o BGB foi frequentemente considerado ultrapassado. No que se refere ao Direito Contratual, isso é em grande medida devido ao fato de a Convenção sobre a Venda Internacional de Mercadorias haver-se firmado como um modelo mais adequado. Além disso, uma série de doutrinas relevantes foram elevadas pelo BGB a um nível de abstração incomum para a maioria dos juristas fora da Alemanha, pois elas são tratadas na Parte Geral do BGB, não apenas na parte geral do Direito das Obrigações ou do Direito dos Contratos.

Ademais, é claro, deve-se reconhecer que o BGB, de fato, continha uma série de disposições-chave que foram consideradas cada vez mais gravemente insatisfatórias. Elas incluem, no que diz respeito ao Direito das Obrigações, a responsabilidade extracontratual por fato de terceiro, nos termos do § 831, a qual ainda se baseava no princípio da culpa, a despeito da inversão do ônus da prova; a atitude restritiva em relação à compensabilidade do dano imaterial (§§ 847 e 253 do BGB); as regras excessivamente discrepantes de prescrição; o sistema obsoleto de responsabilidade por vícios redibitórios no que se refere aos contratos de compra e venda e aos contratos de empreitada, e os regimes de restituição mal coordenados, contidos

Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof (2000); Fortitudo Temperantia: die Rechtsanwälte am Reichsgericht und beim Bundesgerichtshof; ein Rückblick; Festgabe zu 50 Jahren Bundesgerichtshof (2000).

157. Maitland (n. 50) 484. Para uma avaliação do BGB do ponto de vista dos Direitos francês e inglês, v. Werner Schubert, “Das Bürgerliche Gesetzbuch im Urteil französischer Juristen bis zum Ersten Weltkrieg”, (1997) 114 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, p. 128 e ss.; Marcus Dittmann, *Das Bürgerliche Gesetzbuch aus Sicht des Common Law* (2001).
158. Para uma visão geral, v. Wieacker (n. 4), p. 383 e ss.; Zweigert e Kötz (n. 8), p. 154 e ss. E v. as contribuições em (2000) 200 *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 365 e ss., 493 e ss.

nos §§ 346 e seguintes e 812 e seguintes do *BGB*, respectivamente. Em um desses casos, o Tribunal Federal (com a aprovação do Tribunal Constitucional Federal)¹⁵⁹ chegou até mesmo a derrogar parcialmente a regra relevante (§ 253, do *BGB*)¹⁶⁰; em outro (§ 831 do *BGB*), os tribunais tentaram oferecer soluções viáveis estendendo o regime previsto no § 31 do *BGB*¹⁶¹ e abrindo uma ampla zona cinzenta entre a responsabilidade extracontratual e o contrato – zona essa que eles submeteram ao regime contratual¹⁶². Nos outros casos, eles exploraram uma infinidade de maneiras sutis de contornar o problema, mas, ao mesmo tempo, frequentemente criaram novas dificuldades de delimitação ou de conflitos de ponderação. Na área da responsabilidade por vícios redibitórios, a prática contratual, é claro, também ajudava a encontrar soluções apropriadas. O Ministério da Justiça pretendia tratar de duas das áreas problemáticas acima mencionadas e, portanto, em 1967, publicou um anteprojeto de lei para alteração e complementação das disposições relativas às regras de indenização. Essas reformas propostas, contudo, nunca foram implementadas¹⁶³.

12. A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

A ideia de uma extensa reforma do Direito das Obrigações parece ser atribuível ao então ministro da Justiça, Hans-Jochen Vogel. Ele a apresentou pela primeira vez ao Parlamento Federal em 1978 e, em seguida, também ao 52º *Deutscher Juristentag* (Jornada da Associação dos Juristas Alemães)¹⁶⁴. As principais preocupações que motivaram a reforma foram: i) a integração de uma série de leis especiais ao *BGB* (tais como a Lei de Condições Gerais dos Contratos, a Lei sobre as Vendas a Prazo, e várias normas de responsabilidade objetiva); ii) a incorporação de novos tipos de relações contratuais ao *BGB* (por exemplo, contratos médicos, contratos concluídos entre idosos e asilos, contratos de fornecimento de energia e contratos entre particulares e seus bancos); iii) a reforma de vários tipos específicos de obrigações já tratadas no *BGB* (compra e venda, contratos de empreitada, enriquecimento sem causa, responsabilidade extracontratual); e iv) a necessidade de reformular o Teoria

159. *Supra* n. 141.

160. Cf., por exemplo, BGHZ 26, p. 349 e ss. (caso *Herrenreiter*); BGHZ 35, p. 363 e ss. (caso *Ginsengwurzel*).

161. V. Kleindiek (n. 84), p. 314 e ss., 340 e ss.

162. V., de uma perspectiva comparada, Zweigert e Kötz (n. 8), p. 630 e ss.; Markesinis e Unbehath (n. 141), p. 701 e ss.

163. Para mais detalhes sobre essas tentativas de reforma, v. Hermann Lange, *Schadensersatz*, 2. ed. (1990), 19 ss.; Gottfried Schiemann, em *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. ed. (1998), notas preliminares aos §§ 249 e ss., n. 26 e ss.

164. V. as referências em Alfred Wolf, “Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts”, [1978] *Zeitschrift für Rechtspolitik* 249.

Geral das Obrigações, particularmente para adaptá-la aos novos desenvolvimentos no âmbito internacional¹⁶⁵.

O Ministério solicitou então uma série de pareceres acadêmicos, os quais se publicaram em três grandes volumes, em 1981 e 1983¹⁶⁶. Cada um dos pareceristas tinha a tarefa de investigar uma área do Direito das Obrigações enfocando a necessidade de sua reforma e de se formular sugestões de como tal reforma poderia ser implementada. Quase todas as áreas dentro do Direitos das Obrigações foram incluídas¹⁶⁷, com a importante exceção da Lei de Locações Prediais Urbanas¹⁶⁸. Os pareceres foram discutidos com entusiasmo, tanto entre os acadêmicos como entre as diversas profissões jurídicas¹⁶⁹; assim, por exemplo, no início de 1983, a Associação de Professores de Direito Civil dedicou uma conferência especial à reforma do Direito das Obrigações¹⁷⁰. Um parecer sobre a discussão que se seguiu ao discurso

165. Wolf, [1978] *Zeitschrift für Rechtspolitik* 253f.

166. *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, v. I (1981); v. II (1981); v. III (1983).

167. Em particular: desenvolvimentos recentes no Direito dos Contratos na Europa (Instituto Max-Planck, Hamburgo), prescrição (Frank Peters e Reinhard Zimmermann), responsabilidade civil (Gerhard Hohloch), responsabilidade pré-contratual (Dieter Medicus), contratos de longa duração (Norbert Horn), inadimplemento contratual (Ulrich Huber), contratos de compra e venda (Ulrich Huber), contratos relativos à residência e a cuidados domésticos para idosos (Gerhard Igl), contratos para tratamento médico (Erwin Deutsch, Michael Geiger), contratos de prestação de serviços (Hans-Leo Weyers), contratos para cuidar de um assunto em favor de alguém contra pagamento (Hans-Joachim Musielak), relações jurídicas de conta corrente (Franz Häuser), normas sobre títulos de crédito (Ingo Koller), enriquecimento sem causa (Detlef König), responsabilidade contratual e extracontratual (Peter Schlechtriem), normas sobre responsabilidade civil (Christian von Bar), responsabilidade objetiva (Hein Kötz), proteção do consumidor (Harm Peter Westermann), contratos de fornecimento de energia (Volker Emmerich), contratos de emprego (Manfred Lieb), contratos de construção (Kurt Keillholz), *negotiorum gestio* (Johann Georg Helm), contrato de sociedade (Karsten Schmidt), caução e garantia (Walther Hadding, Frank Häuser e Reinhard Welter). Ademais, em 1986, e em nome do Instituto Max-Planck, Hamburgo, Jürgen Basedow apresentou um relatório comparativo sobre o desenvolvimento das normas sobre compra e venda: Jürgen Basedow, *Die Reform des deutschen Kaufrechts* (1988).

168. Isso também foi apontado por Dieter Medicus, “Zum Stand der Überarbeitung des Schuldrechts”, (1988) 188 *Archiv für die civilistische Praxis* 169.

169. V., por exemplo, as contribuições em (1982) 37 *Neue Juristische Wochenschrift* 2017 e ss. (de Jürgen Schmude, Helmut Heinrichs, Wolfgang B. Schönemann, Manfred Lieb, Ulrich Hübner e Johannes Denck), e a lista bibliográfica incluída em Wolfgang Ernst e Reinhard Zimmermann (Eds.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform* (2001), como Apêndice II A.

170. Os relatórios (de Manfred Lieb, Eduard Picker, Max Vollkommer, Hans G. Leser e Klaus J. Hopt) foram publicados em (1983) 183 *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 327 e ss.

de abertura¹⁷¹ referiu-se a um clima de “abertura cética”¹⁷². Um ano depois, o ministro Federal da Justiça constituiu uma Comissão de Reforma¹⁷³, encabeçada pelo diretor-geral responsável; ela era formada por quatro delegados dos Ministérios da Justiça dos Estados federais, cinco juízes, um advogado, um notário e quatro professores (Uwe Diederichsen, Hein Kötz, Dieter Medicus e Peter Schlechtriem)¹⁷⁴. As áreas problemáticas a serem tratadas pela Comissão estavam agora limitadas à normas sobre inadimplemento contratual, à responsabilidade por vícios nos contratos de venda, aos contratos de empreitada e à prescrição. A Comissão foi encarregada de reformular a lei de modo a que esta fosse mais clara e “mais condizente com os novos tempos”¹⁷⁵, levando em consideração o modo como a lei evoluiu na prática. Realizaram-se 22 reuniões, cada uma com vários dias de duração. Em 1992, a Comissão apresentou seu relatório final¹⁷⁶. Além de uma seção geral, esse relatório continha propostas legislativas específicas em cada uma das áreas mencionadas, assim como os motivos que fundamentavam essas propostas. No que se refere a uma norma geral sobre inadimplemento contratual, a Comissão seguiu, em muitos aspectos, o exemplo da Convenção sobre a Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Isso estava inteiramente de acordo com as opiniões do parecer inicial sobre esse assunto, do professor Ulrich Huber, da Universidade de Bonn, que havia respondido afirmativamente à pergunta: “É recomendável a introdução de uma norma sobre inadimplemento contratual moldada na Lei Uniforme sobre a Compra e Venda?” (embora ele ainda tenha extraído sua iniciativa da Convenção sobre a Venda Internacional de Mercadorias, de 17 de julho de 1973)¹⁷⁷.

No 60^a *Deutscher Juristentag*, em setembro de 1994, os projetos de propostas da Comissão foram objeto das deliberações da Seção de Direito Privado¹⁷⁸. Apesar das

171. Manfred Lieb, “Grundfragen einer Schuldrechtsreform”, (1983) 183 *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 327 e ss.

172. Gerhard Hönn, “Diskussionsbericht”, (1983) 183 *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 366.

173. V. Hans A. Engelhard, “Zu den Aufgaben einer Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts”, [1984] *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1201 e ss.

174. Para detalhes, v. Bundesminister der Justiz (Ed.), *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts* (1992), p. 13 e ss.

175. Hans A. Engelhard, [1984] *Neue Juristische Wochenschrift* 1201.

176. *Abschlussbericht* (n. 174). Sobre os métodos de trabalho da Comissão, cf. também Medicus, (1988) 188 *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 168 e ss. V. também as contribuições de Walter Rolland, Dieter Medicus, Lothar Haas e Dieter Rabe em [1992] *Neue Juristische Wochenschrift*, p.2377 e ss.

177. Convenção sobre a Venda Internacional de Mercadorias, de 11 de abril de 1980, somente entrou em vigor na Alemanha em 1º de janeiro de 1991.

178. Os redatores eram Hein Kötz, Peter Jousen e Gerd Brüggemeier.

ocasionais críticas fundamentais de acadêmicos ilustres¹⁷⁹ e da rejeição absoluta do projeto por representantes do comércio e da indústria, o sentimento geral em relação ao projeto era favorável. O relatório que resumia as atas do *Deutscher Juristentag* como uma das duas grandes revisões gerais de Direito registrou um “resultado encorajador” e apelou ao Governo para que finalmente pusesse suas palavras em prática¹⁸⁰; outro parecerista comentou os debates se deram de forma muito mais suave do que a maioria dos participantes esperava¹⁸¹. De acordo com Ernst A. Kramer¹⁸², a discussão demonstrava uma “atitude fundamentalmente positiva”, que também se manifestada nos resultados de várias votações ocorridas durante a reunião; em grande parte, elas eram muito animadoras para a Comissão¹⁸³. A par disso, contudo, não houve qualquer discussão mais ampla sobre o anteprojeto, antes ou depois da *Juristentag* em Münster¹⁸⁴. Isso era devido a uma impressão cada vez mais generalizada de que o anteprojeto havia desaparecido em uma gaveta do Ministério da Justiça e sua implementação não era mais provável de acontecer. O entusiasmo associado a uma reforma iminente deu lugar a um sentimento geral de indiferença. Isso terminou em setembro do ano 2000, quando subitamente algo como uma bomba foi lançado sobre a comunidade jurídica alemã: a publicação de um “Projeto de Discussão” com 630 páginas de uma lei modernizando o Direito das Obrigações¹⁸⁵. O estopim para o Projeto de Discussão foi a promulgação da

179. V., em particular, a contribuição de Werner Flume em *Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages*, v. II/2 (1994), K 112f. No mesmo sentido, na preparação para a conferência, cf. também Wolfgang Ernst, “Zum Kommissionsentwurf für eine Schuldrechtsreform”, [1994] *Neue Juristische Wochenschrift* 2177f.; *idem*, “Kernfragen der Schuldrechtsreform”, [1994] *Juristenzeitung* 801f.

180. “60. Deutscher Juristentag: Der Tagungsverlauf”, [1994] *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3070.

181. “Tagungsbericht: Der 60. Deutsche Juristentag in Münster”, [1995] *Juristenzeitung* 190.

182. “Die Reform des Schuldrechts – Die privatrechtliche Abteilung des 60. Deutschen Juristentags, 20 – 23. Setembro de 1994 em Münster”, (1995) 3 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 303.

183. Esses votos estão documentados em *Verhandlungen* II/1 (n. 152) K 103 e ss.

184. Isso tem sido reiteradamente criticado. V., por exemplo, Harm Peter Westermann, [1994] *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1. V., no entanto, a discussão quando do 24º Congresso dos Notários alemães, com base nos relatórios apresentados por Günther Brambring e Hermann Amann, assim como a lista de obras referida em Ernst e Zimmermann (n. 169), Apêndice II B.

185. O texto contendo os dispositivos do projeto é facilmente acessível em Ernst e Zimmermann (n. 169), Apêndice AI; os dispositivos constantes do projeto em conjunto com sua motivação podem ser encontradas em Claus-Wilhelm Canaris (ed.), *Schuldrechtsmodernisierung 2002* (2002), p. 3 e ss.

Diretiva relativa às vendas ao consumidor e a necessidade de sua implementação até 1º de janeiro de 2002. Não há dúvidas de que essa Diretiva poderia ter sido implementada através de uma série de ajustes comparativamente marginais às regras alemãs sobre compra e venda¹⁸⁶. O Governo, no entanto, decidiu aproveitar essa oportunidade para finalmente proceder à reforma desde há muito adiada do Direito das Obrigações. Como resultado, todo o projeto tinha sido agora colocado sob uma enorme pressão de tempo. Essa situação era altamente problemática, tendo em vista o fato de o Projeto de Discussão: i) ter estendido a agenda de reforma que havia sido previamente aceita (em particular, agora se propunha incorporar uma série de leis especiais relativas à proteção do consumidor ao BGB); ii) mesmo que tratasse de assuntos abrangidos pelo Projeto da Comissão de Reforma, às vezes ele se desviava significativamente do Projeto (especialmente no que se refere às regras sobre prescrição); e iii) não havia sido atualizado mesmo onde ele seguiu as recomendações da Comissão; assim, ele falhou ao não levar em consideração as recentes iniciativas internacionais em Direito dos Contratos (a publicação dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos e dos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais)¹⁸⁷ e de novos estudos que afetavam profundamente nossa percepção do Direito dos Contratos alemão¹⁸⁸. A crítica acadêmica, portanto, não tardaria. Ela foi articulada fortemente em um simpósio de professores alemães de Direito Civil ocorrido na Universidade de Ratisbona,^{N-11} em novembro do ano de 2000¹⁸⁹. Ela induziu o Governo a criar dois grupos de trabalho encarregados da

186. V. Wolfgang Ernst e Beate Gsell, “Kaufrechtsrichtlinie und BGB: Gesetzentwurf für eine ‘kleine’ Lösung bei der Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie”, [2000] *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, p. 1410 e ss.; cf. também Wolfgang Ernst e Beate Gsell, “Nochmals für eine ‘kleine’ Lösung”, [2000] *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, p. 1812 e ss.; Andreas Schwartz, “Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa – Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung”, (2000) 8 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 544 e ss.

187. Ole Lando e Hugh Beale (Eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II (2000); Ole Lando, Eric Clive, André Prüm e Reinhard Zimmermann (Eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III (2003); UNIDROIT (Ed.), *Principles of International Commercial Contracts* (1994). Para a literatura que apareceu por volta do ano 2000 sobre esses projetos, v. Apêndice II D em Ernst e Zimmermann (n. 169).

188. Em particular: Ulrich Huber, *Leistungsstörungen*, 2 v. (1999).

^{N-11} Em alemão, *Regensburg*. A versão em português segue a origem latina da palavra. Essa tradução é abonada pelo autor. Reinhard Zimmermann é catedrático na Universidade de Ratisbona.

189. As contribuições para esse simpósio foram publicadas em Ernst e Zimmermann (n. 169). Outro simpósio realizou-se em janeiro de 2001: Reiner Schulze e Hans Schulte-Nölke (Eds.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (2001). Em 30 e 31 de março de 2001, a Associação dos Professores de Direito Civil da Alemanha

tarifa de analisar criticamente o Projeto de Discussão e as recomendações nele contidas. O grupo de trabalho relativo ao inadimplemento contratual consistia principalmente de professores¹⁹⁰; o que examinava as normas sobre prescrição, sobre compra e venda e outros assuntos era constituído por servidores dos Ministérios da Justiça dos vários *Länder* alemães, juízes do Tribunal Federal, membros da Comissão de Reforma anterior, profissionais e um representante dos professores¹⁹¹. Esses grupos de trabalho só tiveram um período de cerca de dois meses para suas deliberações. Não obstante, eles conseguiram efetuar uma série de mudanças substanciais. No começo de maio de 2001, um Projeto do Governo foi publicado, o qual em grande parte aceitou as recomendações dos grupos de trabalho, mas também levou em consideração sugestões e solicitações que surgiram no decorrer das audiências de grupos de interesse afetados pela reforma¹⁹². No decorrer do verão e do outono de 2001, o Projeto do Governo foi encaminhado ao Parlamento através de um procedimento acelerado. Nesse processo, ele foi de novo alterado repetidamente¹⁹³. A Lei de Modernização do Direito das Obrigações alemã foi finalmente aprovada pelo Parlamento Federal em outubro e pela Câmara Alta do Parlamento alemão (*Bundesrat*) no início de novembro de 2001, sendo promulgada em 26 de novembro de 2001. Pouco mais de cinco semanas depois, ela entrou em vigor.

A legislação de reforma dividiu a classe dos professores alemães de Direito Civil de uma maneira sem precedentes. Tem sido usada uma linguagem forte para re-preender a imaturidade intelectual da nova lei e sinais de desprezo foram dirigidos a muitos de seus aspectos. Outros enfatizaram a disponibilidade do governo em ouvir a crítica acadêmica, envolver os principais nomes do mundo jurídico acadêmico no processo de revisão do Projeto de Discussão e acolher muitas das sugestões.

organizou um encontro especial em Berlim para discutir o que se tornaria, então, a versão revista do Projeto de Discussão. As palestras proferidas nesse encontro foram publicadas em uma edição especial da *Juristenzeitung*: [2001] *Juristenzeitung*, p. 473 e ss. A versão revisada do Projeto de Discussão (conhecida como *Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*) pode ser encontrada em Canaris (n. 185), p. 349 e ss.

190. *Kommission Leistungsstörungen*. Os nomes dos membros estão listados em Claus-Wilhelm Canaris, “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen”, [2001] *Juristenzeitung* 499.

191. Para detalhes, v. Canaris (n. 185), X.

192. “Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts”, facilmente encontrável em Canaris (n. 185), p. 429 e ss., 569 e ss.

193. Assim, por exemplo, a Câmara Alta do Parlamento Alemão (*Bundesrat*) apresentou propostas para 150 emendas, das quais o Governo aceitou aproximadamente 100 delas; v. “Stellungnahme des Bundesrates (31 August 2001)” and “Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts”, ambos agora facilmente encontráveis em Canaris (n. 185), p. 935 e ss., 995 e ss.

Nesse sentido, os juristas alemães tiveram de lidar com a reforma, por mais criticamente que ela tenha sido avaliada¹⁹⁴. Uma enorme quantidade de literatura jurídica tem surgido, seja sob a forma de livros didáticos, comentários ou mesmo artigos. Ela continua a crescer com assustadora rapidez. Muito mais do que até agora, os autores alemães terão de deixar de examinar o Direito alemão isoladamente. Eles terão de levar em consideração e, ao mesmo tempo, contribuir para o que deve ser considerado um dos desenvolvimentos jurídicos mais importantes do nosso tempo: a crescente europeização do Direito Privado¹⁹⁵.

13. A EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A partir de meados da década de 1980, a Comunidade Europeia passou a promulgar Diretivas que afetam profundamente áreas nucleares dos sistemas nacionais de Direito Privado¹⁹⁶. Marcos desse desenvolvimento foram as Diretivas relativas a responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, relativas a contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, relativas a contratos de crédito aos consumidores, relativas às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, relativas às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores e, por fim, as relativas a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela inerentes¹⁹⁷. Como resultado, a exigência de interpretação de normas de direito nacional em conformidade com as Diretivas nas quais se baseiam adquiriu uma importância prática considerável¹⁹⁸. Ademais, o Tribunal de Justiça

194. Para uma tentativa de se fazer um balanço, v. Barbara Dauner-Lieb, “Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Wissenschaft und Praxis – Versuch einer Bestandsaufnahme”, em Barbara Dauner-Lieb, Horst Konzen e Karsten Schmidt (Eds.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis* (2003), p. 3 e ss. Para uma apreciação (em grande medida desfavorável) do ponto de vista de um observador estrangeiro, v. Ole Lando, “Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts”, (2003) 67 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, p. 231 e ss.

195. Para uma visão geral, v. Nils Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität* (2004); Reinhard Zimmermann, “Comparative Law and the Europeanization of Private Law”, em Mathias Reimann e Reinhard Zimmermann (Eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law* (em preparação).

196. Peter-Christian Müller-Graff, “EC Directives as a Means of Unification of Private Law”, em Arthur Hartkamp *et al.* (Eds.), *Towards a European Civil Code*, 3. ed. (2004), p. 77 e ss.

197. Essa, e as outras diretivas no âmbito do Direito Privado, podem ser convenientemente encontradas em Oliver Radley-Gardner, Hugh Beale, Reinhard Zimmermann e Reiner Schulze (Eds.), *Fundamental Texts on European Private Law* (2003), sub I.

198. Claus-Wilhelm Canaris, “Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre”, em *Im Dienst der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydlinski* (2002), p. 47 e ss.

Europeu, embora não seja uma suprema corte para litígios de Direito Privado na União Europeia, começou a conceber conceitos, regras e princípios que são relevantes não só para o Direito da União Europeia, mas também para o Direito Privado de seus Estados-membros¹⁹⁹. Várias comissões internacionais e grupos de expertos estão ocupados em desenvolver ou “encontrar” (através de um tipo de reformulação) os princípios comuns de um Direito Europeu dos Contratos, da responsabilidade civil, e até mesmo dos *trusts* e do Direito de Família²⁰⁰. Ambiciosos projetos de pesquisa visam a estabelecer um “núcleo comum” do Direito Privado europeu²⁰¹. A codificação do Direito Privado europeu foi defendida, de forma consistente, pelo Parlamento Europeu, primeiramente em uma Resolução de maio de 1989²⁰². A Comissão da União Europeia emitiu, com maior cautela, um plano de ação para um Direito Europeu dos Contratos mais coerente²⁰³, que, *inter alia*, visa ao desenvolvimento de um “quadro comum de referência”. Este quadro de referência deverá fornecer as bases para deliberações ulteriores sobre um instrumento facultativo no campo do Direito Europeu dos Contratos²⁰⁴. Os Princípios do Direito Europeu dos Contratos, elaborados pela chamada “Comissão Lando”²⁰⁵, constituem-se em um modelo para tal instrumento. Entre os acadêmicos de toda a Europa, a conveniência de um Código Civil Europeu tornou-se uma questão acaloradamente discutida²⁰⁶.

-
199. Walter van Gerven, “The ECJ Case-law as a Means of Private Law Unification”, em Hartkamp *et al.* (n. 196) 101 e ss.; a respeito das normas de responsabilidade extracontratual, v. Wolfgang Wurmnest, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts* (2003), p. 13 e ss.
200. Wolfgang Wurmnest, “Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze – Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa”, (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 714 e ss.
201. Mauro Bussani e Ugo Mattei (Eds.), *The Common Core of European Private Law* (2002).
202. A respeito, v. Winfried Tilmann, “Entschließung des Europäischen Parlaments über die Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten vom 26.05.1989”, (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 613 e ss.
203. COM (2003) 68, OJ 2003, C 63/1.
204. V., mais recentemente, a “Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on ‘European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward’”, COM (2004) 651 final. Os parâmetros para a discussão acadêmica são analisados por Stephen Weatherill, “Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?”, (2004) 12 *European Review of Private Law*, p. 633 e ss.
205. Lando e Beale (n. 187) e Lando, Clive, Prüm e Zimmermann (n. 187), ambos citados acima. Para comentários, v. Reinhard Zimmermann, “The Principles of European Contract Law: Contemporary Manifestation of the Old, and Possible Foundation for a New, European Scholarship of Private Law”, em *Essays in Honour of Hein Kötz* (2005), a sair.
206. Ewoud Hondius, “Towards a European Civil Code”, em Hartkamp *et al.* (n. 196), p. 3 e ss.

Duas iniciativas internacionais já encamparam uma tentativa de elaborar projetos de código tanto para o campo do Direito dos Contratos quanto para outros²⁰⁷. Na educação jurídica, também há sinais de uma mudança de perspectiva²⁰⁸. A mobilidade dos estudantes de Direito na União Europeia é promovida pelo extraordinariamente bem-sucedido programa Erasmus (agora Sócrates). Cada vez mais faculdades de Direito tentam desenhar para si um perfil “europeu”, oferecendo diretrizes curriculares integradas. Institutos e cátedras de Direito Privado Europeu, Direito Comercial Europeu ou História do Direito Europeia foram criados. Os modelos de harmonização jurídica do passado europeu²⁰⁹ e de outras partes do mundo²¹⁰ estão recebendo cada vez mais atenção. Para além disso, o isolamento nacional do Direito e do ensino jurídico está sendo superado pela uniformização do Direito Privado estabelecido em convenções internacionais. É de importância central, a esse respeito, a história de sucesso da Convenção sobre a Venda Internacional de Mercadorias, a qual está começando a desempenhar um papel cada vez mais importante nas decisões de Direito Privado das Supremas Cortes nacionais²¹¹. O desenvolvimento traçado até agora, em seu esboço menos detalhado, é também refletido no surgimento de uma literatura jurídica voltada para o Direito Europeu, ao invés do Direito meramente nacional. Isso começou nos campos do Direito Comparado e da História do Direito²¹². Desde então, nós vimos a publicação de um livro didático sobre o Direito Europeu dos Contratos²¹³, responsabilidade extracon-

207. Giuseppe Gandolfi (coord.), *Code Européen des Contrats: Avant-projet* (2000); Christian von Bar, “The Study Group on a European Civil Code”, em *Festschrift für Dieter Henrich* (2000), p. 1 e ss.

208. Michael Faure, Jan Smits e Hildegard Schneider (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research* (2002).

209. Reinhard Zimmermann, “Savigny’s Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science”, (1996) 112 *Law Quarterly Review*, p. 576 e ss.

210. Vernon Valentine Palmer (Ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family* (2001); Jan Smits, *The Making of European Private Law: Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System* (2002); Reinhard Zimmermann, Daniel Visser e Kenneth Reid (eds.), *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective* (2004).

211. Reinhard Zimmermann e Kurt Siehr (Eds.), “The Convention on the International Sale of Goods and its Application in Comparative Perspective”, (2004) 68 *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, p. 113 e ss.

212. Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, v. I (1985); v. II (1989); Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990).

213. Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, v. I (1996) (Traduzido para o inglês com o título *European Contract Law*, por Tony Weir, 1997); o v. II, a ser escrito por Axel Flessner, ainda não foi publicado.

tratual e enriquecimento sem causa²¹⁴; de livros de casos comparados²¹⁵; de séries de monografias abordando a História do Direito Europeu e o Direito Privado Europeu; de ao menos três revistas jurídicas dedicadas ao Direito Privado Europeu²¹⁶; e de compêndios de textos fundamentais nesse campo²¹⁷.

Ao mesmo tempo, está claro que ainda seremos confrontados, em um futuro previsível, com a coexistência de um grande número de sistemas nacionais de Direito Privado na Europa. Muito seria ganho, contudo, se estes pudessem ser assimilados gradual ou organicamente. Isso exige que os protagonistas do desenvolvimento jurídico nacional estejam conscientes daquilo que ocorre em outros sistemas jurídicos nacionais e, a nível europeu, analisem criticamente as peculiaridades e idiossincrasias de seus próprios sistemas jurídicos, e adotem, sempre que possível, uma abordagem harmonizadora²¹⁸. Aqueles responsáveis por determinar a direção do Direito Privado Europeu, por outro lado, devem levar em consideração as experiências jurídicas nacionais que foram reunidas por tribunais e doutrinadores sofisticados.

É com esse espírito que os estudos reunidos no presente volume procuram avaliar a recente reforma do Direito Contratual alemão.

-
214. Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, v. I (1996); v. II (1999) (Traduzido para o inglês sob o título *The Common European Law of Torts*, vol. I (1998); v. II (2000)); Peter Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa: Eine rechtsvergleichende Darstellung*, v. I (2000); v. II (2001); cf. também Reinhard Zimmermann (Ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts* (2003); *idem* (ed.), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts* (2005).
215. Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz e Denis Tallon (eds. gerais), *Cases, Materials and Text on Contract Law* (2002); Walter van Gerven, Jeremy Lever e Pierre Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law* (2000); Jack Beatson e Eltjo Schrage (eds.), *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment* (2003); cf. também Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 2. ed. (2003).
216. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, *European Review of Private Law*, *Europa e Diritto Privato*.
217. Radley-Gardner, Beale, Zimmermann e Schulze (n. 197).
218. V., no que diz respeito ao Poder Judiciário, Walter Odersky, “Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur”, (1994) 2 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1 e ss.; e v. Zimmermann (n. 205) sub V.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A elaboração do BGB: homenagem no centenário do Código Civil alemão, de Carlos David S. Aarão Reis – *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 2/875-895 (DTR\2012\1440);
- A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do Século XX, de Otavio Luiz Rodrigues Junior – *RT* 938/79-155 (DTR\2013\10485);
- A transmissão de propriedade no novo Código Civil brasileiro e no BGB alemão – Um estudo comparado, de Erasmo Marcos Ramos – *RT* 815/38-76 (DTR\2003\704); e
- Direito romano e cultura europeia, de Reinhard Zimmermann, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Marcela Paes de Andrade Lopes de Oliveira – *RDCC* 7/243-278 (DTR\2016\20330).