

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PRIVADO ALEMÃO

HISTORICAL EVOLUTION OF GERMAN PRIVATE LAW

Leonardo Estevam de Assis Zanini¹

Resumo: Este texto tem como principal objetivo a realização de um estudo panorâmico acerca da evolução histórica do direito privado alemão. Para tanto, utiliza-se de metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em uma revisão bibliográfica e na investigação da legislação e da jurisprudência. O trabalho parte da recepção do direito romano pelos estados germânicos, passando pelo período influenciado pelo Iluminismo, pelo surgimento da Escola Histórica e da Ciência das Pandectas, bem como pela Jurisprudência dos Interesses. O artigo analisa o movimento de codificação que culminou com a criação do BGB e os desenvolvimentos do direito privado ocorridos durante a República de Weimar, na ditadura nacional-socialista, bem como após a Segunda Guerra até os dias atuais. Examina-se brevemente a situação do direito privado na Alemanha Ocidental, na Alemanha Oriental, na Alemanha reunificada, assim como a europeização do direito privado. Os resultados obtidos apontam que o direito privado alemão tem grande relevância para a formação do direito privado brasileiro.

Palavras-chave: Direito Privado; História Do Direito; Direito Alemão; Codificação; Europeização do Direito Privado.

Abstract: The main objective of this text is to carry out a panoramic study of the historical evolution of German private law, highlighting its relevance to Brazilian law. To do so, it uses a descriptive and deductive methodology, based primarily on bibliographic and legislative research. The text starts from the reception of Roman law by the Germanic states, going through the period influenced by the Enlightenment, the emergence of the Historical School and the Science of Pandects, as well as the Jurisprudence of Interests. It analyzes the codification movement, which culminated in the creation of the BGB, and the developments in private law that occurred during the Weimar Republic, in the National Socialist period, as well as after the Second World War until the present day. It briefly examines the situation of private law in West Germany, East Germany, and reunified Germany, as well as the

¹ Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais e Direito do Consumidor. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

Europeanization of private law. The results obtained show that German private law has great relevance for the formation of Brazilian private law.

Keywords: Private Law; Legal History; German Law; Codification; Europeanization of Private Law; Civilian Tradition.

Recebido em: 03/09/2021

Aceito para publicação em: 23/05/2022

1 INTRODUÇÃO

A história do direito privado alemão é um campo de pesquisa muito importante, amplo e desenvolvido, que certamente não comporta um estudo exaustivo em apenas um artigo. O estudo aprofundado dessa temática demandaria inúmeros volumes e esse não é logicamente o objetivo desse texto.

O presente artigo tem como objetivo a realização de um estudo panorâmico da evolução histórica do direito privado alemão. A temática guarda relação com a compreensão do próprio direito privado brasileiro, pois o pensamento jurídico alemão está presente no direito pátrio, especialmente no que toca às codificações nacionais.

Ao contrário do que muitos podem pensar, o direito privado alemão foi e continua sendo fonte de inspiração para o direito privado brasileiro, o que decorre não somente da recepção do direito romano pelos estados germânicos, mas também pelos desenvolvimentos jurídicos ocorridos nos séculos XIX e XX, que levaram muitos juristas brasileiros a admirar e a difundir o modelo alemão.

Ao mesmo tempo em que informa, a análise da evolução histórica do direito privado alemão também busca colocar em evidência que muitas das soluções jurídicas brasileiras são, em realidade, adaptações de institutos jurídicos desenvolvidos pelo direito alemão. Igualmente, são feitos alguns apontamentos específicos sobre eventuais aproximações e diferenças existentes entre os dois sistemas jurídicos, que certamente permitirão uma melhor compreensão do direito privado brasileiro.

Ademais, vale notar que se trata de um estudo no qual a metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação da bibliografia nacional e internacional, bem como da legislação e da jurisprudência alemãs.

Por conseguinte, estuda-se a evolução histórica do direito privado alemão para que se compreenda melhor o direito privado brasileiro, que, diferentemente do que se passou em outros países da América Latina, teve sua formação fortemente influenciada pelos alemães. Aliás, mesmo em livros alemães encontra-se facilmente

menção a essa forte influência do direito privado alemão sobre o direito privado brasileiro (SCHMIDT, 2009, *passim*).

2 OS QUATRO GRANDES PERÍODOS DA HISTÓRIA ALEMÃ

A história jurídica alemã pode ser dividida de diferentes maneiras. Entre elas, é muito difundida a divisão em quatro grandes períodos. O primeiro desses períodos se inicia no ano de 962 e vai até 1648, dominado pelo Sacro Império Romano-Germânico e marcado pela recepção do direito romano. O período seguinte vai de 1648 até 1871, com o predomínio de vários grandes estados alemães e o aparecimento das primeiras codificações. O próximo período vai de 1871 até 1945, com destaque para a união da Alemanha em torno da Prússia e o surgimento da grande codificação do direito civil. Por fim, o último período vai de 1945 até a atualidade, e é representado pelo nascimento de uma nova Alemanha, democrática e equilibrada, que toma suas dimensões definitivas em 1990 (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 16).

3 A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO

Como a maioria dos sistemas jurídicos da Europa continental, o direito alemão foi profundamente marcado pela recepção do direito romano, movimento que se iniciou no século XII, após a redescoberta das compilações de Justiniano. Nesse processo, denominado recepção do direito romano (*Rezeption des römischen Rechts*), foi importante a influência do Sacro Império Romano-Germânico (*Heiliges Römisches Reich*), fundado no ano de 962, quando Otton I foi coroado imperador pelo papa João XII (EISENHARDT, 2008, p. 77).

A recepção do direito romano foi um fenômeno que ocorreu não somente na Alemanha, mas também em toda a Europa, de norte a sul e de leste a oeste, com exceção da Inglaterra e do País de Gales. Apesar da dimensão da recepção, é certo que a influência do direito romano foi bastante variada, podendo-se dizer, em

princípio, que ela foi mais forte nas regiões ao sul do que nas localidades ao norte da Europa (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 10).

Entre os povos germânicos, é importante notar que a recepção do direito romano foi bastante vigorosa, tomando dimensões de uma verdadeira "invasão" ². Realmente, isso se deve ao fato de que se decidiu, por volta de 1500, abandonar os costumes medievais e receber o direito romano como direito nacional. Assim sendo, a influência do direito romano entre os germânicos foi muito marcante (CAENEGEM, 1995, p. 3).

Os estudiosos apresentam múltiplas causas para explicar o fenômeno da recepção do direito romano pelo Sacro Império Romano-Germânico, valendo destacar, entre elas, as seguintes: a) a fraqueza do poder imperial; b) direitos locais não adaptados às novas necessidades econômicas e sociais do fim da Idade Média (WITZ, 2018, p. 9); c) a ausência de uma justiça imperial poderosa, que poderia ter elaborado um direito comum germânico, não obstante a existência de coleções de costumes³, entre as quais merece destaque o Espelho da Saxônia (*Sachsenspiegel* - 1215-1235)⁴.

Outrossim, existe um importante fator de ordem ideológica e política: é que o direito romano não era sentido como um direito estrangeiro, uma vez que o Sacro Império Romano-Germânico se entendia como continuador do Império Romano (*translatio imperii*) (MEDER, 2008, p. 223). Ora, se o imperador alemão era então considerado imperador romano, conseqüentemente o direito romano era tido como direito imperial (ZIMMERMANN, 1996, p. 2). Além disso, o direito romano tinha condição de oferecer um rico leque de conceitos e modos de raciocínio, os quais podiam ser aplicados racionalmente aos problemas complexos (WITZ, 2018, p. 10).

² Recepção significa receber ou assumir ideias ou bens culturais estrangeiros. Ocorre que na Alemanha, é importante notar, não foi adotado diretamente o direito romano clássico ou o direito do período de Justiniano, mas sim o *ius commune* do final da Idade Média (MEDER, 2008, p. 223).

³ A situação na Alemanha contrasta com a da França, onde o direito consuetudinário permaneceu preponderante, especialmente na metade norte do país, região em que a redação dos costumes foi imposta pelo decreto real de Montil-lès-Tous (1434) e foi realizada durante o Século XVI (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 17).

⁴ As coleções de costumes surgiram principalmente no Século XIII, dentre as quais o *Sachsenspiegel*, elaborado por Eike von Repgow, ganhou especial popularidade (LEIPOLD, 2010, p. 15).

Nesse contexto, dado o caráter bastante primitivo e a falta de unidade do direito consuetudinário, os jovens juristas alemães tomaram o caminho das universidades italianas, em particular a Universidade de Bolonha (fundada em 1100), onde estudaram o direito romano através das compilações de Justiniano⁵. Esse interesse pelo direito romano foi encorajado pelo próprio imperador, que pretendia retomar a tradição romana, considerando que o direito romano tinha vocação para ser o direito do Sacro Império Romano-Germânico (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 17).

Assim sendo, foram os juristas eruditos, formados nas universidades italianas, mas também, a partir do século XIV, nas universidades alemãs, que contribuíram para a propagação da aplicação do direito romano⁶. É o apogeu do direito dos juristas (*Juristenrecht*), que levou, progressivamente, à imposição do direito romano como *ius commune* (*gemeines Recht*) do império, fenômeno que ocorreu do século XV ao início do século XVI. A partir do século XVI se desenvolveu o “*usus modernus Pandectarum*”, que foi bem sucedido em fazer coexistir o direito romano com os direitos locais, tanto no plano teórico como no prático (WITZ, 2018, p. 10).

Dessa forma, a recepção do direito romano teve importância inegável no direito alemão moderno, que tem, paradoxalmente, um caráter mais romano e menos germânico (CAENEGEM, 1995, p. 3). Ela foi mais sentida no direito das obrigações e no direito das coisas, bem como em certos aspectos da teoria geral do direito (particularmente em relação à capacidade jurídica e no que toca às pessoas jurídicas e fundações). Em contrapartida, a recepção foi limitada no âmbito do direito de família e das sucessões (WITZ, 2018, p. 10). Ademais, vale notar que a recepção do direito romano conduziu os juristas alemães a seguir uma abordagem científica

⁵ Os livros jurídicos de Justiniano (Institutas, Digesto ou Pandectas, Código e Novelas) tornaram-se objeto de pesquisa e ensino desde a alta Idade Média, primeiro na Itália, depois em Paris e, finalmente, também nas universidades alemãs (WOLF; NEUNER, 2016, p. 84). O Digesto contém uma coleção de fragmentos de escritos dos juristas romanos, particularmente do primeiro ao terceiro século d.C. (ROBBERS, 2017, p. 148).

⁶ Em 1348 foi fundada a primeira universidade no território do Sacro Império Romano-Germânico, em Praga, que na época era a capital imperial (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 17).

(*Verwissenschaftlichung*) na prática jurídica, o que perdura até a atualidade (MEDER, 2008, p. 226).

4 O DIREITO NATURAL MODERNO E O ILUMINISMO

Na Grécia Antiga já se conhecia um direito natural que se postava acima do direito positivado, cujo fundamento se encontrava na natureza ou na ordem divina (MEDER, 2008, p. 239). Nos séculos XVII e XVIII, entretanto, em função do Iluminismo, considerado o grande movimento intelectual e cultural da Europa daquele período, viu-se a eclosão e o apogeu de uma Escola Moderna do Direito Natural⁷.

Na Alemanha, este movimento do pensamento é denominado Escola do Direito da Razão (*Vernunftrecht*), que não passa de uma variante da Escola do Direito Natural. Samuel Pufendorf (1632-1694), nascido na Saxônia, está entre os expoentes dessa escola, sendo considerado como sucessor de Hugo Grotius (1583-1645), Christian Thomasius (1655- 1728) e Christian Wolff (1679-1754).

A Escola do Direito Natural seguia um raciocínio quase matemático, princípios gerais fundados na razão e na natureza humana, bem como um corpo de regras sempre mais preciso e formando um conjunto piramidal coerente e racional (CAENEGEM, 1995, p. 9). Procurava estabelecer certezas objetivas e universais, que seriam válidas para toda a humanidade, bem como imutáveis (EISENHARDT, 2008, p. 183-184).

Nas universidades prevaleceu um método de pensamento racional e abstrato, falando-se na passagem do *Juristenrecht* para o *Professorenrecht*, isto é, o direito dos professores, que teve o efeito de liberar a ciência do direito privado de seus vínculos de princípio com as fontes romanas e com as velhas autoridades

⁷ Vale notar que não se pode falar exatamente na existência de uma escola no sentido acadêmico, "visto que, paralelamente a algumas características comuns, cada um dos expoentes dessa orientação de pensamento formou-se por conta própria e exprime ideias e posições específicas, há de comum nesses autores o papel central atribuído à elaboração de uma doutrina e de um sistema: teorias que têm a ambição não apenas de justificar o fundamento teórico do direito natural, mas de delinear dentro de um quadro sistemático os conteúdos de suas regras tanto no campo do direito público como no campo do direito privado" (SCHIOPPA, 2014, p. 237).

(WITZ, 2018, p. 11). Também serviu, no século XVIII, como poderoso instrumento na luta contra o Antigo Regime, uma vez que o direito natural era constantemente invocado para justificar as novas normas e os novos sistemas (CAENEGEM, 1995, p. 145).

Não obstante ter se verificado a incapacidade de realização da sua vocação universal, é certo que a Escola do Direito Natural deixou herança bastante importante no plano da sistemática e dos conceitos do direito privado, o que foi imprescindível para a elaboração da Parte Geral do BGB. De fato, essa escola forjou as noções fundamentais de declaração de vontade, de ato jurídico e de direito subjetivo. Outro importante legado é a crença nas virtudes da lei e da codificação (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 146).

5 OS CÓDIGOS DO ILUMINISMO

Nos territórios de língua alemã, a modernização da legislação e a promulgação de códigos foi obra de déspotas esclarecidos, que tinham o objetivo de promover a unificação dos seus domínios.

O primeiro código importante do período, no âmbito do direito privado, foi o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, de 1756. O código bávaro refletiu “o direito da razão”, o que fica evidente pelas soluções dadas às questões controvertidas, bem como pelo emprego de uma língua alemã clara e compreensível (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 135). No entanto, a despeito da codificação de direito privado poder ser vista como o início de reformas iluministas, garantindo maior segurança jurídica e dando mais elevado grau de previsibilidade à administração da justiça (EISENHARDT, 2008, p. 199), ainda seguiu a tradição de atribuir um papel suplementar ao direito comum (*ius commune*) (CAENEGEM, 1995, p. 125).

Na Prússia foi promulgado o Código Geral dos Estados prussianos (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten – ALR*), de 1794, que não se limitou ao direito civil, encampando toda a ordem jurídica, com exceção do processo civil. A codificação prussiana reproduz as tendências iluministas, mesmo porque seus autores, os juristas Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), Ernst Ferdinand Klein

(1744-1810) e Johann Heinrich Casimir von Carmer (1720-1801), eram assíduos frequentadores dos círculos iluministas de Berlim (PALMA, 2019, p. 338). Aliás, é evidente a influência do pensamento de Pufendorf sobre o sistema dessa codificação, que parte da natureza dual do homem (*Doppelnatur des Menschen*), isto é, como indivíduo e como membro de comunidades maiores (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 136).

O movimento de codificação no espaço germânico teve continuidade na Áustria, no território dos Habsburgos, com a adoção do Código Civil Geral austríaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie – ABGB*), de 1811, que também refletiu os ideais da Europa Iluminista. O Código austríaco, mais moderno do que o código prussiano, apresenta semelhanças com o *Code Napoléon* e também ainda está em vigor (EISENHARDT, 2008, p. 200-201).

Outrossim, vale notar que a codificação civil de Napoleão (1804) também faz parte da história do direito privado alemão do século XIX, uma vez que foi adotada, por pressão de imperador francês, por alguns Estados da Confederação do Reno (*Rheinbund*). Esse é o caso do Grão-ducado de Baden, que, a partir de 1810, passou a utilizar uma versão traduzida e modificada do *Code civil*, que vigorou até 1º de janeiro de 1900 (WITZ, 2018, p. 13). Contudo, a maioria dos Estados alemães acabou seguindo o exemplo da Prússia, que preferiu não elaborar uma codificação após 1815, a qual sofreria sem dúvida influência do *Code Napoléon* (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 20). Em todo caso, não se pode negar que o direito privado francês impactou significativamente e de várias maneiras o direito privado alemão (EISENHARDT, 2008, p. 209).

6 A ESCOLA HISTÓRICA E A CIÊNCIA DAS PANDECTAS

Os ensinamentos de Kant (1724-1804) e Hegel (1770-1831) serviram de alicerce para a doutrina alemã da primeira metade do século XIX, que viu o triunfo da Escola Histórica (*Historische Rechtsschule*), associada, em linhas gerais, ao nome

de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e do importante germanista Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854) (HÄHNCHEN, 2016, p. 306).

Para a Escola Histórica, que tem características diametralmente opostas às da Escola da Exegese⁸, o direito repousa fundamentalmente sobre a consciência popular (*Volksgeist*)⁹. A ciência jurídica é histórica e as tradições de uma nação constituem a fonte do direito por excelência. Assim sendo, o direito é elaborado de maneira orgânica pela consciência do povo e se exprime pelos usos e costumes, pela ciência jurídica e pela prática¹⁰.

Nessa linha, o legislador não cria o direito, apenas traduz em normas escritas o direito vivo, como resultado das aspirações e necessidades do povo, de maneira que uma intervenção legislativa somente deve ocorrer se for realmente necessária uma regulamentação específica. O direito não corresponde então a uma criação arbitrária do Estado, mas sim representa o produto da consciência popular¹¹.

Aliás, como o direito era considerado uma manifestação característica da livre consciência do povo, entendia-se que não podia ser codificado em um determinado estágio de desenvolvimento (ROBBERS, 2017, p. 149). Os integrantes da Escola Histórica então se opunham à codificação do direito privado alemão. E a ideia fundamental da Escola Histórica se reflete claramente na famosa polêmica entre Savigny e Thibaut acerca da necessidade de codificação do direito privado (*Kodifikationsstreit*) (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 148).

⁸ Os adeptos da Escola Exegética “acreditavam que o direito era idêntico aos códigos e que, como o estatuto era agora a única fonte do direito, a ciência devia confinar-se à interpretação exata (...) dos estatutos em geral, acima de tudo dos códigos. Essa abordagem excluía inevitavelmente qualquer sistema filosófico como o direito natural” (CAENEGEM, 1995, p. 144).

⁹ É de tal período que data o abismo que separa a doutrina francesa da alemã, que tomou um novo desenvolvimento, fundando-se essencialmente sobre um direito romano “revisitado” (WITZ, 2018, p. 14).

¹⁰ Os juristas brasileiros do século XIX, entre os quais merecem destaque Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912) e Clóvis Bevilacqua (1859-1944), tiveram acesso aos estudos dos autores alemães da Escola Histórica, contribuindo então para a recepção das fontes germânicas no direito nacional. Desse modo, é inegável a importância e a influência dessa escola alemã entre os estudiosos brasileiros envolvidos no processo de codificação do direito civil pátrio (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p. 79-155).

¹¹ De acordo com a Escola Histórica, a intervenção legislativa era secundária e se dava para: “a) modificar o direito existente por exigência de fins políticos e sociais; e b) esclarecer os pontos obscuros ou demarcar os limites da validade do costume” (DINIZ, 2019, p. 114).

Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), importante professor de direito romano na Universidade de Heidelberg, defendeu, em 1814, em seu famoso panfleto "Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha" (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*), a elaboração de um Código Civil comum para toda a Alemanha (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 137). Tal codificação, segundo o estudioso, deveria se orientar pelos modelos do Código Geral dos Estados prussianos (ALR), do Código Civil Geral austríaco (ABGB) e, em particular, do Código de Napoleão (HÄHNCHEN, 2016, p. 309).

Savigny era contrário à própria ideia de codificação do direito. Também era hostil aos dois códigos que poderiam servir de modelo, o Código Civil francês e o Código Civil austríaco, os quais ele julgava serem tecnicamente imperfeitos e superficiais. O jurista alemão considerava que a codificação colocaria em risco o processo natural de desenvolvimento do direito, artificializando-o. É que a codificação leva à ilusão de que o direito que se aplica é o do código, pelo que os estudos se centralizam no direito codificado (DINIZ, 2019, p. 115). Assim sendo, o autor expressou a sua reprovação às ideias de codificação das leis civil em sua obra do ano de 1814: "Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência" (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*) (AICHELE, 2017, p. 112-113). Portanto, Savigny era a favor de uma ciência jurídica passível de se tornar comum a toda a nação alemã, mas essa unidade não surgiria a partir de uma peça legislativa, de uma codificação, mas pelo aprofundamento das fontes históricas do direito existente, por uma ciência jurídica organicamente progressiva (ZIMMERMANN, 1996, p. 4). Em todo caso, entendia o jurisconsulto que faltava à nação alemã, naquele momento, maturidade para realizar a obra codificadora (REALE, 2002, p. 410).

Deixando de lado referida polêmica, vale ressaltar que Savigny e Eichhorn criaram, em 1815, a conhecida "Revista de Ciência Histórica do Direito" (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*)¹². Entretanto, a Escola Histórica, nesse ponto,

¹² É interessante observar que no segundo volume da referida revista, publicada em 1816, Jacob Grimm expressou sua convicção no sentido de que a lei, da mesma forma que a linguagem e a poesia, nasce do povo (KROESCHELL, 1993, p. 130).

acabou rapidamente se dividindo em dois ramos: o dos romanistas e o dos germanistas. Eichhorn fundou a Escola dos Germanistas, que pregava o fortalecimento do direito de origem alemã, enquanto Savigny se postou entre os romanistas (pandectistas), que se ocupavam do estudo do direito romano (HÄHNCHEN, 2016, p. 306).

Integrando a Escola dos Romanistas, Savigny se dedicou à análise do direito romano clássico, que deveria se livrar de todos os acréscimos e distorções acumulados ao longo dos séculos. O estudo científico do direito romano, a construção de um sistema do direito romano atual, deveria determinar aquilo que ainda era utilizável no presente (KROESCHELL, 1993, p. 130). Em seu grande tratado, considerado um clássico da ciência jurídica, o "Sistema do direito romano atual" (*System des Heutigen Römischen Rechts*), publicado em oito volumes, de 1840 a 1849, o jurista preconizou o retorno às fontes, com o objetivo de substituir o "usus modernus" (WITZ, 2018, p. 15). Também merece destaque a sua doutrina acerca dos princípios da separação e da abstração (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*), que teve efeito revolucionário (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 14).

Savigny e seus sucessores acreditavam ter à disposição no *Corpus Juris Civilis* um "tesouro de figuras jurídicas eternas" (*Schatz an Rechtsfiguren von Ewigkeitwert*). Diante disso, procuraram explorar o Digesto (Pandecta em grego) para construir um corpo de conceitos, regras e princípios que pudessem ser usados no direito positivo, desde que corretamente ordenados e sistematizados, lançando as bases do estudo germânico das Pandectas (*Pandektistik*) (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 139). Por sua tecnicidade e sua abstração, aproxima-se da escola moderna de direito natural. Todavia, o historicismo continuou sendo a base teórica e dogmática desse novo estilo científico (SCHLOSSER, 2012, p. 252).

A partir de meados do século XIX, a ciência das Pandectas assumiu um novo rumo¹³. Deixa de lado a pesquisa puramente histórica para se dedicar a uma

¹³ O estudo das Pandectas garantiu a liderança alemã no mundo dos estudos jurídicos do século XIX. Foi um movimento muito admirado pelos juristas de toda a Europa, exercendo influência significativa no desenvolvimento jurídico de muitos países (ZIMMERMANN, 1996, p. 5).

dogmática jurídica que pudesse regular as questões práticas, no que deu lugar a um sistema de construção conceitual das normas jurídicas, que considera o direito como uma totalidade, o qual se manifesta no sistema de conceitos e proposições jurídicas¹⁴. E tal sistema já apresentava reflexos em textos legais em meados do século XIX¹⁵.

Essa concepção de sistema veio a informar a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), fundada por Georg Friedrich Puchta (1798-1846)¹⁶, retomada e desenvolvida por Rudolf von Jhering (antes que ele se afastasse dela) e também defendida por Windscheid. A Jurisprudência dos Conceitos, de certo modo, iniciou o afastamento da dogmática jurídica da história do direito, pregando que cada conceito deve ser objeto de uma definição rigorosa, que, por sua vez, é integrada em um todo ou em um sistema. Segundo Jhering, a combinação dos vários elementos permite que a ciência crie novas noções e novas regras (WITZ, 2018, p. 16). Assim sendo, a ciência do direito se assemelha à matemática, de maneira que os problemas jurídicos poderiam ser resolvidos por cálculos lógicos, o que reduziria a função do juiz à de um autômato da subsunção (ROBBERS, 2017, p. 149), visto que o magistrado estava estritamente vinculado aos termos legais que se faziam presentes no direito positivo (SCHLOSSER, 2012, p. 253).

Por derradeiro, o segundo ramo da Escola Histórica, a Escola dos Germanistas, lida com as fontes puramente locais da vida jurídica alemã¹⁷. Eichhorn, o fundador da referida escola, parte do princípio de que o direito privado na Alemanha é composto de dois componentes iguais, as Pandectas e o direito de origem alemã. Reyscher, por outro lado, defende o retorno de todo o direito de origem local, correspondente às particularidades do povo, sendo o direito romano

¹⁴ Nessa linha, é muito claro o programa traçado por Rudolf von Jhering, em 1852, isto é: uma teoria jurídica produtiva deve substituir uma teoria puramente receptiva, graças a um arsenal de conceitos, que pode satisfazer a necessidade de plenitude do sistema jurídico e dar resposta aos novos problemas (WITZ, 2018, p. 15).

¹⁵ O Código Civil da Saxônia (1863), um dos mais notórios exemplos dessa influência, continha uma parte inicial intitulada "*allgemeine Bestimmungen*" (MORAES, 2018, p. 96).

¹⁶ Conforme o entendimento de Puchta, não era mais o "*Volksgeist*", mas sim somente os juristas que deveriam decidir acerca da criação do direito (HÄHNCHEN, 2016, p. 310).

¹⁷ A Escola dos Germanistas gozou de menos prestígio se comparada à Escola dos Romanistas. Os germanistas se dedicaram à apresentação sistemática do direito alemão medieval do período anterior à recepção do direito romano. Consideravam que nesse direito estava incorporada a verdadeira consciência popular alemã (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 149).

qualificado como um corpo estranho, um direito estrangeiro. E no fim do século XIX, a obra de Otto von Gierke, o mais famoso representante da Escola dos Germanistas, constitui uma soma das instituições germânicas do direito alemão (WITZ, 2018, p. 16).

7 A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

Rudolf von Jhering (1818-1892) inicialmente se apresentou como um romanista tradicional, mas se tornou insatisfeito com o raciocínio lógico abstrato. Envolveu-se então com problemas sociais de seu tempo, voltando-se para uma ciência do direito pragmática, o que resultou dos estudos da obra do inglês Jeremy Bentham (1748-1832). Deu então os primeiros passos rumo ao desenvolvimento da jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*)¹⁸.

O seu trabalho "*Der Kampf ums Recht*" (A Luta pelo Direito), de 1872, abriu uma nova etapa nos estudos jurídicos, apresentando explicitamente o direito como objeto de uma luta pelos interesses coletivos e pelo poder, como resultado de forças políticas (CAENEGEM, 1995, p. 163).

Jhering considerava que a vida não deve se curvar aos princípios, mas sim os princípios que devem ser amoldados à vida. Parte da ideia de que a finalidade (*Zweck*), e não a lógica, que é a criadora de todo o Direito. A finalidade é considerada pelo autor como a força motriz do Direito. Aliás, a finalidade também faz parte do título de sua célebre obra "*Der Zweck im Recht*" (A finalidade do Direito), bem como seu lema: "A finalidade é a criadora do Direito". E com base nisso que o autor desenvolveu seu conceito de direito subjetivo, que o conduziu a formular seu próprio conceito de Direito (WITZ, 2018, p. 17).

Nessa linha, a Jurisprudência dos Interesses considera que na base de toda regulamentação jurídica existem determinados interesses que o legislador quer

¹⁸ A dogmática do direito civil moderno tem grande débito para com Jhering, pois ele elaborou vários institutos jurídicos hoje indispensáveis. Entre outros, pode-se citar a doutrina da responsabilidade pela "*culpa in contrahendo*" e a doutrina da natureza abstrata da procuração (SCHLOSSER, 2012, p. 255-257).

promover ou equilibrar. Daí que a verdadeira compreensão da norma só pode ser obtida por meio do conhecimento desses interesses (WITZ, 2018, p. 17).

É inegável que a Jurisprudência dos Interesses deixou uma marca duradoura na doutrina e na jurisprudência alemãs. A despeito disso, os estudiosos alemães não perderam o gosto por conceitos precisos e pela visão matemática do direito, que o BGB ajudou a preservar até os dias atuais.

8 A LENTA MARCHA EM DIREÇÃO À UNIDADE DO DIREITO

Com o fim das Guerras Napoleônicas, a Prússia se tornou o maior estado alemão, alcançando também prosperidade econômica. A vitória sobre Napoleão fez crescer a esperança de unificação dos estados alemães em uma única nação, porém, isso acabou não acontecendo na primeira metade do século XIX (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 148).

Mais tarde, na segunda metade do século XIX, assumindo uma política hábil e belicosa, Otto von Bismarck (1815-1898) levou a Prússia a duas campanhas militares vitoriosas: uma contra a Áustria e a outra contra a França. Após a vitória na Batalha de Königgrätz (1866), a Prússia promoveu novas anexações (Schleswig-Holstein, Hannover, Kurhessen, Nassau e Frankfurt) e constituiu, em 1867, uma Federação de Estados da Alemanha do Norte (*Norddeutscher Bund*), o que foi aceito pela Áustria, que saiu derrotada da Guerra Austro-Prussiana (HÄHNCHEN, 2016, p. 323). Em seguida, com a vitória sobre a França, a Prússia obteve a adesão dos Estados da Alemanha do Sul à Confederação da Alemanha do Norte, surgindo o Império Alemão (*Deutsches Reich*). O título de imperador foi oferecido ao rei da Prússia (EISENHARDT, 2008, p. 366-368).

A partir da criação do Império Alemão, em 1871, entendeu-se que a Alemanha unificada deveria ter seus próprios códigos. A exigência de codificação do direito fazia parte do programa do liberalismo burguês do século XIX (SCHLOSSER, 2012, p. 251). Os primeiros passos dados foram no sentido de unificar e modernizar a organização judiciária, o processo civil e a legislação de falência. Houve então a aprovação e a promulgação da Lei de Organização Judiciária

(*Gerichtsverfassungsgesetz – GVG*), do Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung – ZPO*), da Lei sobre jurisdição voluntária (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FGG*) e da Lei de Falência (*Konkursordnung – KO*) (ZIMMERMANN, 1996, p. 6).

As competências do *Reich*, que inicialmente eram bastante restritas, foram rapidamente ampliadas (WIEACKER, 2004, p. 536). E justamente nesse processo de alargamento das competências do Império que entrou o direito civil, visto que para a sua unificação foi necessária uma modificação constitucional, pois a competência legislativa do *Reich* apenas abrangia o direito das obrigações, o direito comercial, o direito penal e o direito do processo judicial¹⁹. Ao se promover referida modificação constitucional, estava então aberto o caminho para o processo de elaboração de um Código Civil alemão (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 140).

Os estudiosos do direito e os legisladores promoveram então um esforço comum com o objetivo de criar unidade jurídica na Alemanha, pelo menos no que toca à área do direito civil, que era bastante fragmentado, o que não era conveniente para uma nação moderna, visto que dificultava o desenvolvimento econômico (WOLF; NEUNER, 2016, p. 83-84). De fato, vigoravam legislações civis muito variadas, como o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* na Baviera, o *Allgemeines Landrecht* na Prússia, o Código Civil de 1863 na Saxônia (*Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*), o *Badisches Landrecht* (baseado em uma tradução do Código Civil francês) no Grão-ducado de Baden, bem como outras legislações locais (LEIPOLD, 2010, p. 16). Nesse processo, a influência da Escola Histórica foi decisiva, limitando as fontes da codificação aos sistemas jurídicos que já tinham vigorado na Alemanha. Contudo, em virtude de disputas políticas, não foi fácil a preparação do BGB, o que exigiu mais de vinte anos (EISENHARDT, 2008, p. 382).

¹⁹ Referida modificação constitucional, datada de 20 de dezembro de 1873, que ampliou a competência legislativa do *Reich* para compreender todo o direito civil, é conhecida como “Lex Miquel-Lasker”, em homenagem aos deputados liberais nacionalistas Lasker e Miquel (WOLF; NEUNER, 2016, p. 83-84).

9 O PROCESSO DE CRIAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO

Em 28 de fevereiro de 1874 foi atribuída a uma comissão preparatória (*Vorkommission*)²⁰ de cinco juristas a elaboração de um parecer sobre o plano e a metodologia de um projeto de lei para a elaboração do BGB (SÄCKER, 1993, p. 7).

Em seguida, em 2 de julho de 1874, foi constituída uma comissão de onze membros (*erste Gesetzgebungskommission*), que trabalhou a portas fechadas durante treze anos. A comissão era composta por seis juízes, dois professores e três altos funcionários do ministério, sendo então bastante diversificada. Contava, entre seus membros, com o célebre pandectista Bernhard Windscheid (1817-1892), autor do famoso "*Lehrbuch des Pandektenrechts*", que teve papel decisivo nos trabalhos, influenciando no espírito e na forma do primeiro projeto (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 15).

Em 1887, a comissão tornou público seu projeto, acompanhado de cinco volumes de exposição de motivos (*Motive zum Ersten Entwurf*). Tal projeto, conhecido como "primeiro projeto" (*Erster Entwurf*), foi duramente criticado em relação à sua forma e conteúdo. Em razão da forte influência da ciência das pandectas, o projeto apresentava forma muito dogmática. Sua linguagem jurídica hermética, pesada e abstrata, estranha ao povo e em busca de precisão, não apresentava a clareza que se esperava. Ainda, sua técnica de reenvio também sofreu forte oposição em virtude de sua complexidade (BRAUNEDER, 2014, p. 144-145).

Otto Friedrich von Gierke (1841-1921), o mais importante germanista, censurou o projeto particularmente por ter adotado princípios do direito romano, abandonando as instituições de origem germânica, bem como por seguir as tendências capitalistas, sendo puramente individualista, formalista e antissocial, mais parecendo um *Pandektenkompendium* (EISENHARDT, 2008, p. 383-385).

²⁰ A tradução literal do termo *Vorkommission* seria "pré-comissão", como consta inclusive na tradução da obra de Franz Wieacker para o português (WIEACKER, 2004, p. 537). A despeito da possível tradução literal, preferimos traduzir *Vorkommission*, na linha do que foi adotado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, como comissão preparatória, termo que dá maior fluência ao texto e é autoexplicativo (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p. 79-155).

Ainda mais acerbadas foram as críticas de Anton Menger von Wolfensgrün (1841-1906), um jurista austro-húngaro que lecionou na Universidade de Viena. Em sua obra publicada em 1890 (*Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*), o estudioso denunciou os efeitos nocivos do princípio da liberdade contratual, do direito de propriedade individual, bem como do direito das sucessões, cuja orientação se voltava para a proteção dos interesses das classes dominantes, em detrimento dos mais fracos, isto é, aquelas classes que não tinham posses. Todavia, tais críticas, que chamavam a atenção para o caráter conservador do projeto, tiveram efeitos relativamente limitados (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 140).

Considerando as críticas lançadas ao trabalho em torno do “primeiro projeto”, o Governo Imperial, em 4 de dezembro de 1890, instituiu uma segunda comissão, mais substancial, a qual também era formada por não-juristas. O relator geral dessa comissão foi Gottlieb Karl Georg Planck (1824-1910), juiz e professor honorário da Universidade de Gotinga (*Universität Göttingen*), que mais tarde publicou um dos primeiros comentários ao BGB, além de ser considerado por muitos juristas o pai intelectual do BGB (HÄHNCHEN, 2016, p. 336). Windscheid foi excluído, não fazendo mais parte da comissão. Também ficaram de fora da segunda comissão os célebres jurisconsultos da época: Gierke, Kohler e von Jhering (WITZ, 2018, p. 20).

O segundo projeto (*Zweiter Entwurf*) foi concluído em 1895 e encaminhado ao Conselho Federal (*Bundesrat*), isto é, a câmara alta do Parlamento alemão. Foram feitas correções e complementações no primeiro projeto, de maneira a temperar seu individualismo gélido, o que Gierke chamou de “uma gota de óleo socialista” (*ein Tropfen sozialistischen Öls*)²¹.

Em 1896, após novas alterações promovidas pela Comissão Judiciária, o projeto foi submetido, juntamente com um memorando preparado pelo governo

²¹ A crítica de Gierke foi feita na obra “*Die soziale Aufgabe des Privatrechts*”, publicada em 1889. Contudo, vale observar que o jurisconsulto não defendia um BGB socialista, mas sim que a codificação devia ter postura mais social (HÄHNCHEN, 2016, p. 336). Aliás, tal frase talvez constitua “uma réplica inconsciente do célebre dito de Ludwig Uhland na Igreja de S. Paulo em 22 de Janeiro de 1849 – não haveria de brilhar na Alemanha nenhuma cabeça que não estivesse temperada com uma gota de óleo democrático –, mas sem a força expressiva poética do jogo de palavras de Uhland, que aludia à unção do rei com os óleos sagrados” (WIEACKER, 2004, p. 538-539).

(*Denkschrift des Reichsjustizamtes*), ao *Reichstag* (a câmara baixa do Parlamento alemão), que o analisou com o nome de terceiro projeto (*Dritter Entwurf*), primeiro em comissão e posteriormente em plenário (SÄCKER, 1993, p. 8).

O Código Civil foi aprovado pelo *Reichstag* em 1º de julho de 1896, com 222 votos favoráveis e 48 contrários, e publicado em 18 de agosto de 1896, o que marcou o fim do longo período de fragmentação jurídica alemã no âmbito do direito civil (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 16). Na mesma data foi promulgada a Lei de Introdução ao Código Civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch – EGBGB*), dedicada aos conflitos de leis no tempo e no espaço. A entrada em vigor do BGB foi marcada para 1º de janeiro de 1900, ao argumento de que o novo século deveria ser aberto com a nova legislação (LEIPOLD, 2010, p. 18).

O BGB é inegavelmente o resultado lógico do trabalho científico dos professores alemães. Esses professores dominaram intelectualmente as comissões de *experts* encarregadas da elaboração do código no período de 1874 a 1895. Os elementos materiais utilizados para a construção da codificação decorrem do estudo sistemático do direito romano do período de Justiniano, o que representou, pode-se afirmar, uma segunda recepção do direito romano pelos alemães (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 23-24).

Como consequência disso, o Código alemão se caracteriza por um grande esforço de abstração e de generalização das regras, o que levou à criação da célebre “parte geral” (*Allgemeiner Teil*), que foi colocada no início da codificação e que posteriormente foi copiada pela legislação de muitos outros países (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 70). Trata-se de uma parte que reúne todas as regras comuns às diferentes áreas do direito civil, abrangendo as teorias da capacidade, da declaração de vontade, do ato jurídico, da execução de deveres jurídicos e da prescrição²². Os redatores ainda empreenderam um grande esforço

²² Além da parte geral, é evidente a influência dos pandectistas em toda a estrutura do BGB, que conta ainda com os livros referentes ao direito das obrigações (*Schuldrecht*), direito das coisas (*Sachenrecht*), direito de família (*Familienrecht*) e direito das sucessões (*Erbrecht*) (BRAUNEDER, 2014, p. 144-145). Aliás, tal forma de subdividir o direito privado remete à famosa classificação tripartite introduzida por Gaius em suas Institutas: *personae, res, actiones* (ZIMMERMANN, 1996, p. 9). E tal influência dos pandectistas também pode ser facilmente notada em relação ao Código Civil brasileiro de 1916, bastando, para tanto, uma comparação com o BGB no que toca à sua estruturação.

para que a legislação alcançasse a excelência e o rigor terminológico. O resultado é que o texto é complexo, de difícil leitura para o leigo, mas muito sistemático e muito lógico (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 23-24).

Por fim, vale observar que o BGB marcou época, gozando de elevada reputação em outros países, de forma semelhante à do *Code Napoléon*²³. De fato, o BGB serviu de modelo de codificação para várias nações e, no caso do Brasil, a codificação alemã tem ainda especial relevância, haja vista a tradicional influência germânica na legislação civil brasileira, o que se nota facilmente no Código Civil de 1916, obra concebida por Clóvis Beviláqua²⁴.

10 DO INÍCIO DO SÉCULO XX AO FIM DA REPÚBLICA DE WEIMAR

A República de Weimar (1918-1933) foi uma democracia de feição social, a qual teve os sociais-democratas, pode-se dizer, como seus verdadeiros fundadores (KROESCHELL, 1993, p. 251). Foi um período breve e bastante conturbado, que, ao lado de convulsões institucionais, também foi marcado pela profunda crise econômica e monetária do pós-guerra. Todas essas dificuldades promoveram notáveis repercussões em todos os ramos do direito.

No âmbito do direito civil, a codificação já ocupava o papel central. A despeito disso, em função dos problemas econômicos e sociais decorrentes da Primeira Guerra Mundial, foi necessária a intervenção do legislador por meio de muitas leis nas áreas de locação, trabalho e propriedade (KÖHLER, 2013, p. 17). Entre referidas leis, merecem ser lembradas duas que, fora do BGB, e com acentuado caráter social, procuraram proteger os locatários de habitações: a lei de

O mesmo pode ser dito quanto à Consolidação das Leis Civis, obra de Teixeira de Freitas, que mais de quarenta anos antes do BGB já se organizava com uma parte geral (LÔBO, 2021, p. 44).

²³ É interessante observar que o principal seguidor do BGB foi o Japão, que adotou a codificação alemã em 1898, antes mesmo da sua entrada em vigor na Alemanha. O BGB também exerceu forte influência no código suíço de 1907 (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*) e no código chinês de 1929 (CAENEGEM, 1995, p. 246).

²⁴ Conforme leciona Lôbo, o Código Civil brasileiro de 1916 era "um misto das contribuições de Teixeira de Freitas, do Código Civil francês de 1804 e dos pandectistas alemães do final do século XIX (assim denominados porque seus estudos tinham como referência as *Pandectas* do *Corpus Juris Civilis*, adaptadas às necessidades da Alemanha, que se industrializava), além do Código Civil alemão de 1900" (LÔBO, 2021, p. 40).

1922 fixou os aluguéis de forma autoritária (*Reichsmietengesetz*), enquanto a lei de 1923 protegeu os inquilinos contra a rescisão unilateral da locação (*Mieterschutzgesetz*) (WOLF; NEUNER, 2016, p. 86). Ainda, objetivando combater a especulação dos preços dos imóveis, bem como para dar oportunidade à população mais carente de adquirir um imóvel, foi promulgada a Ordenança sobre o Direito de Superfície (*Verordnung über das Erbbaurecht - ErbbauVO*) (ZANINI, 2016, p. 74-75), de 15.1.1919, que regulou a matéria de forma detalhada, substituindo as disposições lacunosas e impraticáveis do BGB (§§ 1012 a 1017) (SÄCKER, 1993, p. 11).

E vale notar que o conteúdo social dessas leis pode ser melhor compreendido quando se considera que a Constituição de Weimar, que se caracterizou por seu espírito liberal e social, determinou que "a propriedade obriga", isto é, sua utilização deve ao mesmo tempo servir ao bem comum (art. 153, 3)²⁵.

Outrossim, para lidar com o colapso econômico e monetário do pós-guerra, a solução encontrada pelo *Reichsgericht* foi a utilização das cláusulas gerais do BGB (§§ 242 e 138). É a chamada "fuga nas cláusulas gerais" (*Flucht in die Generalklauseln*), que contou com a orientação e o incentivo de escolas de pensamento, como a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre (KROESCHELL, 1993, p. 253). Tal movimento possibilitou a revisão judicial dos contratos cuja manutenção intangível se tornaria insuportável para uma das partes. E nesse contexto, a teoria do desaparecimento da base contratual (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) foi, de fato, como reação aos efeitos da hiperinflação, apenas uma aplicação particular do princípio da boa-fé (*Leistung nach Treu und Glauben*), estabelecido pelo § 242 BGB (KÖHLER, 2013, p. 17).

Realmente, as importantes criações jurisprudenciais desse período devem muito ao clima doutrinário, marcado pelo apogeu da Jurisprudência dos Interesses. Ademais, a turbulência intelectual também se manifestou com a criação da Escola do Direito Livre (*Freirechtsschule*), fundada por Ernst Fuchs e Hermann Kantorowicz.

²⁵ Art. 153, 3 da Constituição de Weimar: "*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste*".

Para tal escola, o juiz deve tomar a decisão que, segundo sua convicção, seria a do legislador ou, na sua falta, segundo o direito livre²⁶.

Por conseguinte, durante a República de Weimar, é notório que a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre forneceram os elementos que levaram a importantes mudanças estruturais no direito privado.

11 O PERÍODO NACIONAL-SOCIALISTA

A partir da ascensão do nacional-socialismo foram tomadas medidas para garantir a manutenção e a expansão do poder do regime, como a promulgação de leis e a criação de tribunais especiais. Nesse contexto, depara-se com a degeneração do direito²⁷ pela legislação nacional-socialista, que pode ser reduzida a três máximas principais: o princípio do líder (*das Führerprinzip*), o princípio da desigualdade racial (*das Prinzip der völkisch-rassischen Ungleichheit*) e princípio da comunidade nacional (*Prinzip der Volksgemeinschaft*) (WOLF; NEUNER, 2016, p. 86).

A degeneração do direito atingiu seu ápice com a legislação racial, que teve início em 1935 com as infames “Leis de Nuremberg”: a) a Lei de Cidadania do *Reich*, que restringia os direitos políticos dos judeus; b) a Lei de Proteção ao Sangue e à Honra Alemã, que interessa particularmente ao direito de família, pois proibia casamentos entre judeus e súditos de sangue alemão ou assimilado, bem como relações extraconjugais, aplicando-se aos infratores pesadas penas de prisão (WITZ, 2018, p. 22-23). Outras expressões importantes da ideia de discriminação racial podem ser encontradas na Lei sobre Contratos de Locação com Judeus (*Gesetz über Mietverhältnisse mit Juden*), de 1939 e na Lei sobre Testamento (*Testamentsgesetz*), de 1938 (WOLF; NEUNER, 2016, p. 87).

No âmbito do direito civil, a ditadura Nacional-Socialista pretendia empreender profundas reformas, o que envolvia a revogação do BGB, que era

²⁶ Contudo, vale notar que as graves derivações da interpretação jurisprudencial do período nacional-socialista mostraram, posteriormente, todos os perigos inerentes à livre interpretação da lei (WITZ, 2018, p. 22).

²⁷ A doutrina alemã contemporânea também se refere ao fenômeno como a “perversão do direito” (*Rechtsperversion*) (RÜTHERS, 2016, *passim*).

desprezado pelo partido, pois era considerado como produto de uma era liberal, materialista e individualista (VLIET, 2000, p. 193). O caráter conceitual e a abstração do sistema do BGB ofereciam pontos adicionais para as críticas dos nacionalistas-socialistas, que eram a favor de uma legislação mais concreta (KÖHLER, 2013, p. 18).

No lugar do BGB, seria aprovado um “Código do Povo” (*Volksgesetzbuch*), que negaria a tradição do direito romano e retornaria à pureza do direito germânico (BRAUNEDER, 2014, p. 160). Esse código seria forjado segundo a nova ideologia, fazendo apelo à consciência popular, à alma de raça (*Rassenseele*), bem como aos interesses da comunidade, que devem prevalecer sobre os interesses dos indivíduos (“*Du bist nichts, dein Volk ist alles*”)²⁸. Nessa linha, o § 1 do Livro I do Projeto de Código previa: “Cada companheiro do povo deve, por meio de sua pessoa e de seu patrimônio, dar à comunidade popular o que é necessário para sua existência e sua prosperidade”. Também se propunha a abolição da distinção entre direito público e direito privado (WITZ, 2018, p. 24).

Apesar das intenções do nacional-socialismo, o BGB provou ser um código muito estável (CAENEGEM, 1995, p. 162). Desse modo, como o novo código não foi promulgado, os nazistas tiveram que se contentar a forçar os juízes a interpretar e aplicar o BGB de acordo com a visão nacional-socialista do mundo (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 24). E nesse ponto não se pode olvidar da utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais (especialmente a boa-fé objetiva e os bons costumes), que foram bastante convenientes para impregnar o sistema jurídico com o espírito da nova ideologia jurídica nacional (*völkisch*) (ZIMMERMANN, 1996, p. 25).

Outrossim, a comunidade jurídica conheceu as mesmas divisões da população alemã. De fato, muitos juristas que se opuseram aos defensores do regime acabaram seguindo o caminho do exílio e tiveram que tentar se reorientar em um novo e estranho ambiente. Outros realizaram resistência (passiva ou ativa) ou

²⁸ Os trabalhos preparatórios para a elaboração do *Volksgesetzbuch*, realizados até meados de 1942 na Academia de Direito Alemão (*Akademie für Deutsches Recht*), sob a direção do professor de direito Justus Wilhelm Hedemann, fracassaram miseravelmente (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 150).

tentaram sobreviver mantendo o mínimo possível de relação com o novo regime. E há ainda aqueles que tentaram provar ser dignos da confiança neles depositada por terem sido agraciados com uma promoção acelerada nos cargos vagos (ZIMMERMANN, 1996, p. 23).

Ademais, vale ainda notar que nesse período as faculdades de direito perderam um terço dos seus quadros. Grandes mestres emigraram, como foi o caso de Ernst Rabel, Max Rheinstein, Stefan Riesenfeld, Rudolf B. Schlesinger. Parte desses estudiosos permaneceu no exterior, lá desempenhando um papel doutrinário de liderança (WITZ, 2018, p. 24). A maioria dos docentes que permaneceu na Alemanha continuou a carreira no país no pós-guerra. Vários deles se tornaram grandes mestres em sua disciplina. Entretanto, a posição de alguns professores durante o período sombrio continua a gerar acalorada polêmica (RÜTHERS, 2016, *passim*).

Tudo isso expõe o obscuro capítulo da atividade do Nacional-Socialismo no que toca ao direito privado, o que representa apenas uma das facetas da decadência da cultura jurídica no período do terceiro *Reich* (WOLF; NEUNER, 2016, p. 87).

12 O PERÍODO DE OCUPAÇÃO DA ALEMANHA PELOS ALIADOS

Em 8 de maio de 1945, o Alto Comando da *Wehrmacht* assina a capitulação incondicional (*bedingungsloser Kapitulation*) do Terceiro *Reich* às forças aliadas. Era o fim da Segunda Guerra Mundial na Europa e o início da ocupação do território alemão pelas tropas aliadas. As quatro potências vencedoras (Estados Unidos, Reino Unido, França e União Soviética) dividiram o território alemão em quatro zonas, que foram governadas até 1949 pelas forças de ocupação (*Besatzungszeit*). Berlim, a antiga capital, encravada no território que se tornaria a Alemanha Oriental, também foi dividida em quatro setores²⁹.

²⁹ Não houve dúvida para os Aliados no sentido de que a Alemanha havia deixado de existir como Estado, o que era absolutamente defensável de acordo com a teoria clássica, a qual assevera que um Estado não mais existe quando deixa de ter território, poder estatal e povo (STOLLEIS, 2018, p. 162-163). O próprio Hans Kelsen, que tinha emigrado para os Estados Unidos em 1944, chegou a afirmar que a Alemanha tinha deixado de existir como um Estado Soberano (HÄHNCHEN, 2016, p. 404-405). Todavia, como aponta Stolleis, "os fatos e documentos de ocupação eram interpretados no

Foi criado o Conselho de Controle Aliado (*Alliiertes Kontrollrat*), órgão encarregado da direção das zonas ocupadas pelos Aliados na Alemanha, cujo funcionamento se deu até 1948 (STOLLEIS, 2018, p. 162). Pela Lei n.º 1 do Conselho de Controle (*Kontrollratsgesetz Nr. 1*), de 20 de setembro de 1945, foi enumerada a legislação do regime nacional-socialista expressamente revogada, a qual basicamente contrariava a igualdade das pessoas perante a lei, uma vez que previa discriminação com base em raça, nacionalidade, fé, oposição ao Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães ou aos seus ensinamentos³⁰.

No que toca ao direito privado, a revogação da legislação nacional-socialista pelo Conselho de Controle Aliado representava uma espécie de limpeza democrática do Código Civil, particularmente no âmbito do direito de família e do direito das sucessões. Diz-se que o BGB, após o fim da Segunda Guerra Mundial, reergueu-se como uma fênix das cinzas (SCHLOSSER, 2012, p. 305).

Em relação à administração da Justiça, o Comandante Supremo das Forças Aliadas, General Eisenhower, ordenou, em março de 1945, ou seja, antes mesmo do término da guerra na Europa, que todos os tribunais alemães, dentro da área de

sentido de preservar a Alemanha sob o aspecto não apenas intelectual, mas também jurídico” (STOLLEIS, 2018, p. 162-163).

³⁰ A “descontaminação” do direito privado durante o período de ocupação se limitou basicamente ao disposto na *Kontrollratsgesetz Nr. 1*, relativa à revogação do direito nacional-socialista (WOLF; NEUNER, 2016, p. 88). Houve então a revogação explícita pela *Kontrollratsgesetz Nr. 1* da seguinte legislação nacional-socialista: a) *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*; b) *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*; c) *Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens*; d) *Gesetz zum Schutze der nationalen Symbole*; e) *Gesetz gegen die Bildung von Parteien*; f) *Gesetz über Volksabstimmung*; g) *Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat*; h) *Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniform*; j) *Reichsflaggengesetz*; k) *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*; l) *Reichsbürgergesetz*; m) *Preußisches Gesetz über die Geheime Staatspolizei*; n) *Gesetz über die Hitler-Jugend*; o) *Verordnung gegen die Unterstützung der Tarnung jüdischer Gewerbebetriebe*; p) *Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden*; q) *Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich*; r) *Zweite Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen*; s) *Verordnung Reisepässe*; t) *Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben*; u) *Polizeiverordnung über das Auftreten der Juden in der Öffentlichkeit*; v) *Verordnung den Nachweis deutschblütiger Abstammung*; w) *Polizeiverordnung über die Kennzeichnung der Juden*; x) *Verordnung über die Beschäftigung von Juden*; y) *Erlaß des Führers über die Rechtsstellung der NSDAP*; z) *Polizeiverordnung über die Kenntlichmachung der im Reich befindlichen Ostarbeiter und –arbeiterinnen*. Para a República Federal da Alemanha (RFA), a Lei n.º 1 do Conselho de Controle somente perdeu a vigência com a entrada em vigor da Primeira Lei de Revogação do Direito de Ocupação, de 30 de Maio de 1956. Para a República Democrática Alemã (RDA), a Lei n.º 1 do Conselho de Controle foi revogada pelo Conselho de Ministros da URSS, em 20 de Setembro de 1955.

ocupação, estavam fechados até segunda ordem (HÄHNCHEN, 2016, p. 414). As forças de ocupação cuidaram temporariamente da justiça penal, mas já no outono de 1945 se iniciou a reconstrução do sistema jurídico alemão (EISENHARDT, 2008, p. 456).

Com Lei n.º 3 do Conselho de Controle (*Kontrollratsgesetz Nr. 3*), os aliados estabeleceram os fundamentos para a reestruturação da administração da justiça, o que incluía a igualdade perante a lei e a publicidade dos processos judiciais (EISENHARDT, 2008, p. 457).

Em 20 de outubro de 1945, com a promulgação da Lei n.º 4 do Conselho de Controle (*Kontrollratsgesetz Nr. 4*), a Justiça foi reorganizada de acordo com a Lei de Constituição dos Tribunais (*Gerichtsverfassungsgesetz*), de 1877. Ao mesmo tempo, foi determinado que todos os ex-membros do Partido Nazista, que haviam atuado ativamente pelos seus objetivos, fossem destituídos dos cargos de juízes e promotores de justiça³¹.

Nessa senda, na primavera de 1946, os tribunais ordinários, na conhecida estrutura de três níveis (*Amtsgericht, Landgericht e Oberlandesgericht*), estavam novamente funcionando, embora parcialmente. E ao lado da jurisdição ordinária, surgiram jurisdições especiais, primeiro a jurisdição do trabalho (*Arbeitsgerichtsbarkeit*) e depois a jurisdição administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*). Aliás, o estabelecimento de um sistema judicial administrativo, com independência e possibilidade dos cidadãos contestarem os atos da administração, foi de grande significação para a implementação do Estado de Direito na Alemanha Ocidental (EISENHARDT, 2008, p. 458).

Por derradeiro, em maio de 1949 foi criada, nas três zonas de ocupação ocidental, a República Federal da Alemanha (RFA). A União Soviética então anunciou, em outubro de 1949, a fundação da República Democrática Alemã (RDA). Isso

³¹ Acerca dos ex-membros do Partido Nazista, que atuavam na administração da Justiça, dispôs o art. IV da *Kontrollratsgesetz Nr. 4*: "Zwecks Durchführung der Umgestaltung des deutschen Gerichtswesens müssen alle früheren Mitglieder der Nazipartei, die sich aktiv für deren Tätigkeit eingesetzt haben, und alle anderen Personen, die an den Strafmethoden des Hitlerregimes direkten Anteil hatten, ihres Amtes als Richter und Staatsanwälte enthoben werden und dürfen nicht zu solchen Ämtern zugelassen werden". E tal previsão praticamente significou a substituição de quase todos os membros de tribunais (HÄHNCHEN, 2016, p. 415).

marcou a divisão do país, a qual durou mais de quarenta anos. Somente em 1990 ocorreu a reunificação da Alemanha, quando o território da antiga República Democrática da Alemanha foi incorporado à República Federal da Alemanha.

13 O DIREITO DA ALEMANHA OCIDENTAL

O término da Segunda Guerra Mundial marcou o início do processo de desnazificação (*Entnazisierung*) (EISENHARDT, 2008, p. 469). Nesse contexto, o direito da Alemanha Ocidental do pós-guerra se caracterizou pelo retorno ao federalismo, pelo restabelecimento da democracia, pela adoção de um regime parlamentar bastante clássico e pela primazia dos direitos fundamentais, tendo como primeiro garante o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* - BVerfG) (WITZ, 2018, p. 26).

Viu-se, nesse período, a constitucionalização de vários ramos do direito, valendo aqui notar que o direito brasileiro foi fortemente influenciado pela dogmática alemã em matéria de direitos fundamentais, com particular destaque para a relação dos direitos fundamentais com o direito privado, isto é, a chamada *Drittwirkung* (WOLFGANG SARLET, 2017, p. 65-66)³².

O estabelecimento de um Estado de Direito pela Lei Fundamental³³ assume todo o seu significado à luz da barbárie do Terceiro *Reich*. Contudo, a maior parte dos funcionários dos tribunais, dos funcionários públicos, bem como dos professores universitários permaneceu em suas funções, o que alguns consideram ser uma mancha indelével da República de Bonn (RÜTHERS, 2016, *passim*).

No direito privado, certas características da República de Weimar são encontradas na República Federal da Alemanha (RFA). O desenvolvimento do direito privado foi moldado pelos valores da Lei Fundamental, que garantiu a liberdade contratual, o direito à propriedade, o direito à sucessão hereditária, bem como

³² Vale observar, entretanto, que na Alemanha a eficácia dos direitos fundamentais em relação ao direito privado é indireta (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) (KÖHLER, 2013, p. 19).

³³ A denominação Lei Fundamental foi utilizada no lugar de Constituição, pois ela deveria ser um texto provisório, destinado a organizar a nova República. Isso se explica pelo fato de que a Lei Fundamental deveria ser substituída por uma verdadeira Constituição a partir do momento em que ocorresse a reunificação das duas partes da Alemanha (FERRAND, 1997, p. 11).

ênfatiou a vinculação social (*soziale Pflichtbindung*) (KÖHLER, 2013, p. 19). Ainda, o recurso às cláusulas gerais do BGB para moralizar a vida contratual (§ 138 do BGB) e para reforçar o princípio da boa fé (§ 242 do BGB) foi tanto mais alargado quanto estas cláusulas gerais se tornaram pontos de violação de direitos fundamentais no direito privado (WITZ, 2018, p. 27).

A atividade legislativa se intensificou e no âmbito do direito privado patrimonial foi necessária a sua adaptação às mudanças econômicas e aos avanços tecnológicos. Entre as leis mais importantes, vale destacar aquela que positivou as condições gerais de contratação (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGB-Gesetz*), de 9 de dezembro de 1976³⁴.

Outrossim, é necessário destacar que uma parte significativa da atividade legislativa é representada pela necessária transposição das diretivas europeias (*Richtlinie*), que objetivam harmonizar os direitos nacionais dos estados membros. Isso levou ao surgimento de um direito do consumidor e de um regime específico de responsabilidade para produtos defeituosos (*Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte - Produkthaftungsgesetz*) (SCHLOSSER, 2012, p. 308), de 15 de dezembro de 1989.

No que toca ao direito de família, houve vigorosa renovação, não obstante tenha permanecido quase inalterado durante a primeira metade do século XX. Realmente, foi necessária a adaptação do direito da família às novas condições sociais e econômicas existentes após a Segunda Guerra Mundial, o que recebeu um impulso especial da Lei Fundamental, a qual estipulou, em seu art. 3, 2, que homens e mulheres têm direitos iguais (*„Männer und Frauen sind gleichberechtigt“*), bem como que as leis que contrariassem tal princípio deveriam deixar de vigorar (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 150).

Nessa linha, vale citar aqui, entre as alterações do direito de família: a) a lei sobre a igualdade entre homens e mulheres (*Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts*), de 18 de junho de 1957; b)

³⁴ Atualmente referida lei não está mais em vigor, visto que a reforma do direito das obrigações no ano de 2002, que foi feita pela “Lei de modernização do direito das obrigações” (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), incluiu as condições gerais de contratação no BGB (§§ 305 a 310) (BROX; WALKER, 2019, p. 39-40).

a lei sobre a condição jurídica do filho ilegítimo (*Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder*), de 19 de agosto de 1969, a qual determinou que a simples pensão de alimentos ao filho natural dá lugar a uma paternidade dotada de verdadeiro estatuto jurídico; c) a lei sobre a reforma do casamento e da família (*Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts*), de 14 de junho de 1976, que substituiu o divórcio por culpa por aquele baseado na ruptura do casamento, reforma esta que muitas vezes foi considerada demasiado radical; d) a lei sobre a adoção (*Adoptionsgesetz*), de 2 de julho de 1976; e) a lei relativa à autoridade parental (*Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge*), de 18 de julho de 1979 (SCHLOSSER, 2012, p. 306-307). E mais uma vez é a influência direta dos direitos fundamentais que está na origem de grande parte da reforma do direito de família, ainda que aí se encontrem as principais tendências dos países ocidentais.

Ademais, a Alemanha dos chanceleres Schmidt e Kohl também se caracterizou pelo estabelecimento de duas comissões de reforma do direito privado, uma para o direito de falências, em 1978, e a outra para o direito dos contratos, em 1985. Contudo, tais reformas somente tiveram sucesso mais tarde (WITZ, 2018, p. 28).

14 O DIREITO DA ALEMANHA ORIENTAL

Pouco após a fundação da República Federal da Alemanha, os soviéticos promoveram, em sua zona de ocupação, a criação da República Democrática Alemã (RDA). Tratava-se de um estado totalitário que existiu de 1949 até 1990 (BRAUNEDER, 2014, p. 160). Baseava-se teórica e ideologicamente no modelo jurídico russo-soviético, fazendo parte dos países que adotavam um modelo jurídico socialista, mas desenvolveu sua própria maneira de moldar o direito privado socialista no território alemão oriental (SCHLOSSER, 2012, p. 335).

O direito privado da República Democrática Alemã foi moldado pela teoria jurídica comunista, que apresenta um posicionamento bastante peculiar no que toca à propriedade privada e à autonomia privada, haja vista os postulados voltados para o interesse coletivo (EISENHARDT, 2008, p. 536-537). Assim sendo, foi necessária a

promoção de muitas alterações na legislação civil, incluindo a adoção de diversos códigos, entre os quais vale mencionar o Código de Família (*Familiengesetzbuch – FGB*), de 20 de dezembro de 1965, o Código Trabalhista (*Arbeitsgesetzbuch – AGB*), de 16 de junho de 1977, e o Código Civil (*Zivilgesetzbuch – ZGB*), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1976, data até quando o BGB, em grande parte desmantelado, permaneceu em vigor (WOLF; NEUNER, 2016, p. 88).

Entre os traços característicos do ZGB, é possível dar ênfase no seguinte: a) não continha uma Parte Geral (WOLF; NEUNER, 2016, p. 89); b) previa a distinção fundamental entre a propriedade socialista (*sozialistisches Eigentum*), relativa aos meios de produção, e a propriedade individual (*persönliches Eigentum*); c) abandonou o princípio da separação e da abstração em matéria de transmissão da propriedade, bem como deixou de distinguir entre o ato de constituição da obrigação e o ato translativo da propriedade, sem que seja consagrada a transmissão *solo consensu*, uma vez que a transmissão se operava quando do ato da entrega, ou, em caso de venda a prazo, no momento do pagamento do preço (LÜKE, 2018, p. 2); d) proibiu a cláusula de reserva de domínio, que se tornou, é certo, totalmente inútil; e) proibiu a dívida fundiária e as alienações ou cessões fiduciárias a título de garantia, remanescendo apenas a hipoteca e o penhor, com ou sem posse (WITZ, 2018, p. 29).

Em todo caso, vale observar que o ZGB teve uma existência muito breve, isto é, apenas quinze anos. É que com a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA), a unidade jurídica alemã foi restabelecida no âmbito do direito privado (KÖHLER, 2013, p. 19).

15 A REUNIFICAÇÃO

Após a queda da União Soviética e a revolução pacífica na República Democrática Alemã, houve a abertura da fronteira entre a Alemanha Ocidental e Oriental. Não havia dúvida de que os sistemas jurídicos dos dois estados iriam se aproximar, mas se imagina que seria um processo que levaria muitos anos. Entretanto, a velocidade em que ocorreu a reunificação alemã, após a queda do

muro de Berlim, tanto no plano político como jurídico, foi uma de suas características mais marcantes. Após a assinatura de uma série de tratados, em 3 de outubro de 1990 a divisão da Alemanha teve fim (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 152-153).

O caminho percorrido para alcançar a reunificação não foi a fusão de dois estados em um novo estado, nem a simples anexação de um estado pelo outro, mas sim a adesão (*Beitritt*) dos Estados (*Länder*) da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Isso foi realizado com base no art. 23 Lei Fundamental, que contempla a sua aplicação em “outras partes da Alemanha” após sua adesão (EISENHARDT, 2008, p. 559-560). Assim, os territórios da ex-RDA (Brandemburgo, Mecklemburgo-Pomerânia Ocidental, Saxônia, Saxônia-Anhalt e Turíngia) tornaram-se, em 3 de outubro de 1990, Estados-membros da RFA. Estava então consumada a longamente desejada reunificação (STOLLEIS, 2018, p. 242).

Nesse contexto, a unificação do direito foi realizada, não pela elaboração de um direito novo, nem pela introdução progressiva da legislação da RFA, que seria difícil de concretizar, haja vista que já tinha sido criada uma união monetária, econômica e social (Tratado sobre a Criação de uma União Monetária, Econômica e Social), mas pela recepção, quase total, pelos novos *Länder* da ordem jurídica da RFA (*Überleitung von Bundesrecht*) (WITZ, 2018, p. 30).

Desse modo, o BGB e sua Lei de Introdução entraram em vigor nos cinco novos *Länder* em 3 de outubro de 1990, ressalvadas algumas disposições transitórias, específicas de cada livro do BGB e do direito internacional privado (WOLF; NEUNER, 2016, p. 89).

16 O DIREITO DA ALEMANHA REUNIFICADA

Após a reunificação alemã, as reformas no direito de família continuaram a florescer, valendo destacar: a) a Lei sobre a nova regulamentação do sobrenome (*Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts*), de 16 de dezembro de 1993, que promoveu a total igualdade dos sexos, reforma esta que resultou em uma complexidade nunca vista; b) a Lei que reformou o estatuto jurídico da criança (*Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts*), de 16 de dezembro de 1997, criando um

direito da criança totalmente uniforme e eliminando as últimas fontes de desigualdade entre filhos legítimos e naturais em matéria de filiação, de autoridade parental, de obrigação alimentícia e de sucessão; c) a Lei sobre a igualdade de herança (*Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder*), de 19 de dezembro de 1997; d) a Lei sobre a parceria de vida, de 16 de fevereiro de 2001 (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*), reservada a pessoas do mesmo sexo; e) a Lei sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, de 20 de julho de 2017 (SCHLOSSER, 2012, p. 306-307).

No direito privado patrimonial, por seu turno, a reforma mais importante foi a da modernização do direito das obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), realizada pela lei de 26 de novembro de 2001, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002. A reforma foi motivada pela implementação de três diretivas: Diretiva de Vendas ao Consumidor, Diretiva de Comércio Eletrônico e Diretiva Contra Atrasos no Pagamento (SCHLOSSER, 2012, p. 309).

O BGB saiu vigorosamente rejuvenescido pela reforma, o que também ocorreu no campo da prescrição (*Verjährungsrecht*), bem como foi reforçado pela incorporação de inúmeras leis especiais, em particular a legislação referente às condições gerais de contratação (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) e atinente à defesa do consumidor (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 73).

De qualquer forma, a despeito das inúmeras alterações promovidas em seu texto e das leis especiais que foram promulgadas, é certo que o BGB continua sendo, mesmo passados mais de cem anos de sua entrada em vigor, a base essencial do direito civil alemão (KÖHLER, 2013, p. 9).

17 EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O ingresso da Alemanha na União Europeia foi bastante significativo no campo jurídico. A influência que o direito europeu exerceu nas últimas décadas gerou muitas alterações no direito privado alemão (HÄHNCHEN, 2016, p. 439).

Entre os objetivos da União Europeia temos o afastamento das barreiras comerciais, o incentivo à criação de empregos e a garantia de um elevado nível de proteção ao consumidor. As diretivas certamente assumiram uma posição de destaque entre as ferramentas legislativas à disposição da União Europeia no âmbito do direito privado, particularmente nas áreas do direito contratual, empresarial e autoral, conduzindo à uniformização da regulamentação, bem como promovendo a alteração do direito interno dos países membros (WOLF; NEUNER, 2016, p. 90). Entretanto, convém lembrar que as diretivas apenas se dirigem diretamente aos órgãos legislativos dos Estados-Membros, que devem converter a sua normatização em legislação nacional (SCHLOSSER, 2012, p. 308).

Aliás, a política da União Europeia de harmonização jurídica da legislação dos Estados Membros pela transposição das diretivas fica muito evidente, no âmbito do direito privado, com a implementação de diretivas sobre comércio eletrônico, sobre cláusulas abusivas em contratos com consumidores, sobre crédito ao consumidor, sobre a proteção dos consumidores em relação aos contratos à distância e sobre a responsabilidade por produtos defeituosos (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 152). E esse processo gradual de aproximação jurídica também pode ser sentido quando se considera que a interpretação das leis alemãs de origem europeia se liga às decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 66).

Ao lado disso, a europeização do direito privado também é objeto de estudo de vários grupos de pesquisa, valendo destacar o grupo *Commission on European Contract Law*, que elaborou os *Principles of European Contract Law (Lando-Prinzipien)*, um marco no longo caminho para a aproximação jurídica dos Estados Membros (WOLF; NEUNER, 2016, p. 91).

Também se oferece aos integrantes da União Europeia uma legislação modelo, partindo da ideia de um chamado quadro de referência comum, sem efeito vinculante, mas que funciona como instrumento para a elaboração de novas leis e auxilia nas decisões judiciais. Esse é o caso, por exemplo, do *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

Ademais, existe a ideia de um futuro Código Civil europeu. O Parlamento Europeu, já em 1989 e em 1994, solicitou às instituições europeias que se preparassem para a criação de um Código Civil europeu (KÖHLER, 2013, p. 23). Entretanto, essa questão é bem mais complicada do que a promoção de aproximação das legislações internas dos países, como tem sido feito atualmente. Aliás, em virtude das mais recentes crises europeias, no meio político e entre os juristas tem crescido o ceticismo em torno de uma codificação europeia. E existem ainda aqueles que simplesmente consideram não ser desejável tal unificação (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 152).

Em todo caso, superadas as barreiras políticas e o nacionalismo no que toca à tradição dos códigos nacionais, como o BGB e o *Code Civil*, quem sabe num futuro não muito distante, com a progressiva unificação da legislação dos países europeus, não seja factível a criação de um Código Civil europeu.

18 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da evolução histórica do direito privado alemão, objeto do presente texto, é inegavelmente de grande interesse e importância para a compreensão do direito privado nacional, uma vez que é tradicional a influência germânica na doutrina e na legislação civil brasileira.

Diferentemente do que ocorreu em boa parte da América Latina, o direito privado brasileiro se inspirou não somente no modelo Napoleônico (francês), mas também na sistematização germânica do direito privado. No ápice desse processo de recepção e de influência da cultura jurídica germânica no Brasil está o BGB, mas não se pode olvidar todo o processo evolutivo, extremamente ligado às contingências históricas, que permitiu à Alemanha a criação de tal monumento jurídico.

De fato, como foi visto nesta exposição, não foi nem o legislador e nem o juiz que assumiu o papel fundamental na elaboração e no desenvolvimento do direito privado alemão, mas sim o professor de direito. Aliás, até hoje o professor de direito tem papel muito importante na Alemanha, dando maior cientificidade ao direito

alemão, o que representa um grande contraste quando se compara com outros países que seguem o modelo de direito continental. E ao se embebedar nas fontes germânicas, o direito civil brasileiro também recepcionou um pouco dessa cientificidade jurídica, o que fica evidenciado pela tecnicidade, pela clareza e pelo excesso de abstração na redação do Código Civil de 1916, obra concebida por Clóvis Beviláqua (1859-1944) e nitidamente influenciada pela pandectística.

Ao lado de Clóvis Beviláqua, no século XIX vale ainda destacar a forte inclinação germânica de renomados juristas brasileiros, como foi o caso de Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) e Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912), que se dedicaram ao estudo dos autores alemães da Escola Histórica. E mais recentemente, é inegável o intercâmbio jurídico entre Brasil e Alemanha, visto que tem sido cada vez mais frequente a presença de alunos e professores brasileiros no ambiente acadêmico alemão, fato que renova o vigor das fontes germânicas na doutrina pátria, tanto que é quase impossível encontrar um tratado, um curso ou mesmo um manual de direito civil brasileiro que não faça alusão a dispositivos do BGB.

Por conseguinte, o que se procurou nesse breve estudo foi certamente destacar a relevância do estudo da história do direito privado alemão para a construção do direito privado brasileiro, temática que não pode ser esquecida por aqueles que se dedicam ao direito civil brasileiro. Mais ainda, destaca-se a fundamental importância da história do direito para a formação do espírito de juristas de elevado nível, disciplina que conta com prestígio nas faculdades alemãs, mas infelizmente tem sido negligenciada por muitas escolas de direito do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AICHELE, Alexander. **Rechtsgeschichte**. München: C.H. Beck, 2017.

BRAUNEDER, Wilhelm. **Europäische Privatrechtsgeschichte**. Wien: Böhlau, 2014.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeines Schuldrecht**. 49. ed. München: C.H. Beck, 2019.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeiner Teil des BGB**. 31. ed. München: Carl Heymanns Verlag, 2007.

CAENEGER, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. de Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

EISENHARDT, Ulrich. **Deutsche Rechtsgeschichte**. 5. ed. München: C.H. Beck, 2008.

FERRAND, Frédérique. **Droit privé allemande**. Paris: Dalloz, 1997.

FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. **Droit privé allemand**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017.

HÄHNCHEN, Susanne. **Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit**. 5. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2016.

KÖHLER, Helmut. **BGB Allgemeiner Teil**. 37. ed. München: C. H. Beck, 2013.

KROESCHELL, Karl. **Deutsche Rechtsgeschichte**. 2. ed. Wiesbaden: Springer, 1993, v. 3.

KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. **Einführung in die Rechtswissenschaft**. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019.

LEIPOLD, Dieter. **BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil**. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 1.

LÜKE, Wolfgang. **Sachenrecht**. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018.

MEDER, Stephan. **Rechtsgeschichte**. 3. ed. Köln: Böhlau, 2008.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Parte geral: código civil: gênese, difusão e convencimento de uma ideia**. São Paulo: YK, 2018.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBBERS, Gerhard. **An Introduction to German Law**. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

RÜTHERS, Bernd. Verfälschte Geschichtsbilder deutscher Juristen? Zu den "Erinnerungskulturen" in Jurisprudenz und Justiz. **Neue Juristische Wochenschrift**, Frankfurt, n. 15, p. 1068-1068, 2016.

SÄCKER, Franz Jürgen. Einleitung. In: SÄCKER, Franz Jürgen. **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. 3. ed. München: Verlag C.H. Beck, 1993, v. 1.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea**. Trad. de Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHLINKER, Steffen; LUDYGA, Hannes; BERGMANN, Andreas. **Privatrechtsgeschichte**. München: C.H. Beck, 2019.

SCHLOSSER, Hans. **Neuere Europäische Rechtsgeschichte**. München: C.H. Beck, 2012.

SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

SCHUSTER-OPPENHEIM, Stephan. **Privatrechtsgeschichte**. In: KRÜPER, Julian (Org.). *Grundlagen des Rechts*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 135-155.

SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. **Einführung in das Zivilrecht**. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016.

VLIET, Lars Peter Wunibald van. **Transfer of movables in German, French, English and Dutch law**. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2000.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

WITZ, Claude. **Le droit allemand**. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 12, ano 4, p. 63-88, jul.-set. 2017.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, n. 1, p. 71-91, jan./mar. 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard. An Introduction to German Legal Culture. In: EBKE, Werner F.; FINKIN, Matthew W. (Org.). **Introduction to German Law**. Haia: Kluwer Law International, 1996, p. 1-41.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts**. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.