

FRANZ WIEACKER

HISTÓRIA DO DIREITO PRIVADO MODERNO

3.^a edição

RJ
Rodrigo de Lima Rez Sampelo
RG 33.661.389/3-SSP-SP
16/05/08

Prefácio de
FRANZ WIEACKER

Tradução de
A. M. BOTELHO HESPANHA

próprio reconhece ⁽¹⁴⁾, do trabalho silencioso e miúdo, trabalho que, em contrapartida, não era recusado pelo sentido do dever de Windscheid. Georg Beseler, pelo seu lado, tinha morrido poucos anos antes do começo do trabalho e Gierke apenas se tornou geralmente conhecido como político do direito a partir da sua crítica do Primeiro Projecto ⁽¹⁵⁾. Ao mesmo tempo, não era fácil atrair os críticos apaixonados dos projectos — e que tão preciosos foram ao desenrolar do trabalho — para um trabalho autónomo. No entanto, o extraordinário vigor intelectual de Windscheid não era o de um criador dotado de tenacidade, mas antes o do prestimoso conservador das soluções adquiridas.

Verifica-se, no entanto, agora que a experiência — desde a do *Stadtrecht* de Friburgo de Zazius e do *ALR* de Svarez, até ao *ABGB* de Zeiller, ao *Strafgesetzbuch* bávaro de Feuerbach e ao *Zivilgesetzbuch* suíço de Eugen Huber — mostra que os códigos só saem perfeitos nos casos em que uma única personalidade lhes dá forma espiritual. A monumentalidade e a pureza de estilo das grandes leis provém do vigor da perspectiva e da tenacidade que, por sua vez, compensa os preconceitos e a teimosia das pessoas individuais, pois estes são controlados nos Estados civilizados e, por outro lado, o arbítrio e a busca de originalidade sem isto perdem o interesse para o jurista. Em contrapartida, o trabalho conjunto em comissões abaixa o nível, a responsabilidade e a auto-crítica enfraquecem-no e a hesitação e a teimosia dos mais velhos favorece esta queda da qualidade, mesmo no caso de um elevado nível dos membros da comissão; o trabalho ganha também em consciência e objectividade quando não provém de um só espírito, pois as suas ideias carecem muitas vezes de serenidade. A falta de uma destas cabeças nas comissões é muito sensível no BGB; mas, em contrapartida, a objectividade, disciplina e elevada capacidade dos colaboradores garantiu uma inconcusa coordenação formal das matérias.

III. 1. Os pressupostos espirituais e sociais da época em que surge a codificação exprimem-se de forma característica, quer na

⁽¹⁴⁾ Jhering a Windscheid (em *R. v. Jhering in Briefen an seinen Freunde*, 1913, 298). As propostas da pré-comissão e ainda da Primeira Comissão de incluir Jhering, Georg Beseler ou Brunner fracassaram, segundo Dernburg (*Die allg. Lehren d. bürg. R.*³ [1906] 6, nota 4) por oposição de Leonhardt (como presidente da Comissão de Justiça do *Bundesrat*) — informação de Gmür, 25.

⁽¹⁵⁾ Sobre os eventuais planos de Friedrich Althoff, no sentido de ganhar Dernburg (ou o triunvirato Dernburg, Gierke, Kohler) para a reelaboração do primeiro projecto, Sachse, *F. Althoff u. sein Werk* (1928) 300; Schwarz (nota 13) 201.

forma interna quer na forma externa da lei. Como direito privado geral e abstracto, ela ordena em princípio o seu sistema não segundo as organizações espontâneas da vida social (como, por exemplo, o *ALR*), mas pelas formas de manifestação conceituais do direito subjectivo: relações de crédito, direitos reais, direitos pessoais. Só nos IV e V volumes acabou por ser forçoso recorrer a processos da vida ligados a uma perspectiva mais concreta (esponsais, casamento, filiação, tutela, sucessão).

Com isto, verifica-se uma certa ruptura sistemática ⁽¹⁶⁾. Os direitos-deveres do direito da família, a capacidade de disposição por direito próprio sobre um património de outrem (o marido sobre os bens trazidos ao casamento; o testamenteiro sobre a herança), os patrimónios em mão comum ou os patrimónios especiais do direito de bens da família e do direito sucessório não se submetem sem dificuldade à dogmática pandectística da Primeira Parte. Nisto se exprime também a contradição histórica e científica entre os elementos romanistas e germanistas da ordem jurídica. O desenvolvimento da época posterior tornou patente a distância entre o direito patrimonial abstracto dos três primeiros livros e a realidade.

III. 2. O *BGB* é — de forma correspondente ao ideal positivista da plenitude e da estrita vinculação do juiz à lei — uma *codificação* ⁽¹⁷⁾, i.e., um propósito de compilação final e exaustiva da sua matéria. Através de uma estrutura conceitual rigorosa e de uma renúncia quase total à casuística ⁽¹⁸⁾, ele obtém, duma só vez, as suas famosas clareza e coerência. Mediando os anteriores códigos do jusnaturalismo e o *BGB* situa-se a escola rigorosamente conceitual e sistemática da pandectística. Se o *ALR* desenhava os direitos e obrigações com pinceladas largas a partir das situações concretas, e o *Code Civil* e o *ABGB*, pelo contrário, pagavam o seu carácter sintético com a renúncia à plenitude, o *BGB* antepôs, como na álgebra, à expressão entre parênteses os caracteres conceituais gerais da relação jurídica nas suas duas Partes Gerais (I livro; II livro, §§ 241-432) ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Pelo menos de um corte em quatro partes fala já Zitelmann, «ZPrivöffR», 33, 9 ss.; cf., ainda, Boehmer, II, 1, 72 ss.; *Einf.*, 270 s.; Wieacker, *Zum System d. dtscb. Vermögensr.* (Leipzig, 1941) 12 ss.

⁽¹⁷⁾ Sobre o conceito e problemática, cf., *supra*, p. 366, nota 2.

⁽¹⁸⁾ As raras excepções são justificadas por interesses de ordem prática (§ 98: bens acessórios; §§ 961 ss.: direito aplicável às colmeias) ou pela necessidade de evitar dúvidas, como no direito da vizinhança (§§ 907-923).

⁽¹⁹⁾ De acordo com uma feliz expressão de Boehmer (pela primeira vez no primoroso estudo *Charakteristik des BGB; Einf. in d. bürg. Rechts* [1932] 28); cf., também, *Grundlagen d. bürg. Rechtsordn.* II, 1 (1951) 72 ss. Sobre o que se segue, cf., com mais pormenor, o excuro de p. 558 ss.

Assim, a subsunção jurídica de uma relação real tão corriqueira como o contrato de compra e venda exige uma referência a cinco domínios normativos diferentes: à Parte Geral (§§ 116 ss.; 145 ss.), às disposições gerais sobre a relação obrigacional (v.g., § 275); às disposições gerais sobre as relações obrigacionais *contractuais* (§§ 305 ss.; v. g., 323) e, finalmente, ao contrato de compra e venda (§ 433 ss.; v.g., § 446).

Esta ordenação não é feliz. Na verdade, pode conceder-se aos defensores da Parte Geral que esta generalização corresponde a uma elevada disciplina conceitual e sistemática. No entanto, a economia espiritual e a clareza harmónica através das quais se destacam as criações legislativas bem conseguidas, não é precisamente obtida a partir desta disciplina. O que se ganha em abstracção perde-se, na sua maior parte, de novo na inevitável inacessibilidade das regras gerais e na necessidade de uma ulterior regulamentação especial; assim, a anulabilidade por erro do § 119 II é excluída pelo direito especial sobre vícios redibitórios (§§ 459 ss.) ⁽²⁰⁾ ou é substituída nas relações obrigacionais duradouras pela denúncia por causa justificada. É particular nas remissões com as quais o legislador esperava poder escapar a uma casuística miúda que estes inconvenientes mais se destacam. Além disso, a generalização favorece a perda de unidade do ponto de vista do conteúdo, como hoje se torna patente na nulidade contratual na problemática dos chamados contratos de facto ⁽²¹⁾. O obscurecimento dos problemas concretos, objectos de regulamentação, é ainda responsável pela falta de uma regulamentação adequada ao conteúdo prático das relações jurídicas.

III. 3. O legislador conseguiu afastar-se noutros casos, de forma mais feliz, da tormentosa escolha entre uma abstracção empo- brecedora e uma casuística acanhada através das chamadas *cláusulas gerais* ⁽²²⁾, isto é, através de linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade. As cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada con-

⁽²⁰⁾ Cf., por todos, Flume, *Eigentumsirrtum u. Kauf* (1948) 132 ss.

⁽²¹⁾ Sobre isto, numa atitude de profunda crítica do sistema, agora Pawlowski, *Rechtsgeschäftl. Folgen nichtiger Willenserklärung* (Göttingen, 1966), em esp., 161 ss.; 330 ss.; cf., também, *infra*, p. 606 ss.

⁽²²⁾ Da inesgotável bibliografia: Hedeman, *Flucht in d. Generalklauseln* (1933), cujo título se transformou num *slogan*, que contudo se refere mais ao perigo da aplicação das cláusulas gerais pelo juiz educado no respeito pela lei numa comunidade axiológica em desagregação, do que o problema da função de orientação destas cláusulas; indo mais além, F. v. Hippel, *Richlinie u. Kasuistik im Aufbau v. Rechtsordnungen* (1942); agora, também, *Rechtstheorie u. Rechtsdogmatik* [1964] 148-198); H. Brandt,

cessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho — através da referência à «boa fé», aos bons costumes, aos hábitos do tráfico jurídico, à justa causa, ao carácter desproporcionado, etc. — em algo de mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de esperar. A jurisprudência civilista alemã mostrou-se suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à «obediência inteligente» do juiz (Heck) quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial, começou, com uma calma e reflectida ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social e, assim, a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social. Assim, ela adquiriu uma função totalmente nova do direito judicial posterior à segunda guerra mundial (p. 608, 612 ss.).

O reverso das cláusulas gerais foi de há muito notado. Se a disciplina dogmática do juiz se torna mais rigorosa, dá-se uma tentativa de «fuga para as cláusulas gerais» (Hedemann), para uma jurisprudência voltada exclusivamente para a justiça e liberta da obediência aos princípios; em épocas de domínio da injustiça elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político. Mesmo abstraindo destas épocas de degenerescência, elas possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo género, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício. Todas estas manifestações se baseiam no facto de a cláusula geral não permitir e, ao mesmo tempo, esvaziar de sentido qualquer actividade subsuntiva, desde que ela, por seu lado, não remeta para a situação bem definida de uma moral estabelecida e de uma técnica judicial

«Dt. Rwiss». 6 (1940) 76 ss.; Dölle, *Das BGB in der Gegenwart* (1950) 18; Boehmer, *Grdl.*, II, 2. (1952) 1 ss.; Esser, *Grundsatz u. Norm, passim* (índice); Wieacker, *Zur rechtstheoret. Präzis. des § 242* (Tübingen, 1956) 16 ss.; do mesmo, *Gesetz u. Richterkunst* (Karlsruhe, 1957) 5 ss.; e, sobretudo, Larenz, *Methodenlehre*, 195-321 (silogismo na determinação da consequência jurídica, o papel da subsunção, integração das lacunas e desenvolvimento do direito); Boehmer, *Einf. in d. bürg. R.*³ (1964) 86 ss., 345 s. Para a Suíça, A. B. Schwarz (nota 13) 28 ss.; Gmür, *loc. cit.*, 36 ss. (com outras indicações).

firme ⁽²³⁾. Enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica reflectida do uso correcto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas.

III. 4. A técnica abstractizante ⁽²⁴⁾ do *BGB* apresenta os aspectos favoráveis e desfavoráveis de uma solução unilateral. Os aspectos favoráveis — disciplina conceitual, clareza pedagógica, validade geral e «rigor e coerência interna» — foram julgados pelos contemporâneos, que ainda podiam contar com uma forte tradição e com uma elevada formação do corpo dos juristas, como mais importantes do que os aspectos negativos — estes sentidos mais fortemente pela nossa época, que insiste em critérios práticos-morais mais determinados, numa maior transparência do modo de se exprimir do legislador, numa consideração mais sensível da justiça social e individual. Precisamente por isto, têm-lhe actualmente sido censurados a falta de transparência e de uma geral compreensibilidade, o desprezo dos imperativos éticos, a renúncia a uma acção de educação da sociedade. No entanto, devemos lembrar-nos de que modo foram desde então abastardados por legisladores irresponsáveis os imperativos morais, as crenças numa visão do mundo, os objectivos de pedagogia social e os vagos princípios da justiça e, a partir desta consideração, encarar de forma mais justa a seriedade moral dos redactores do *BGB*. No fundo, acaba por ser a questão dos destinatários do Código que decide entre os dois ideais legislativos, que não são, de facto, compatíveis um com o outro ⁽²⁵⁾. Se identificarmos estes destinatários com o juiz cientificamente formado, cujas virtudes corporativas são a disciplina mental e a íntegra honestidade inte-

⁽²³⁾ Fundamental, Esser, *Grundsatz u. Norm*, em esp. 262 ss.; 279 s. *et al. loc.*; cf. também Wieacker, «JZ», 57, 702, 704 s.; *Gesetz u. Richterkunst*, 8 ss.

⁽²⁴⁾ Sobre isto, Dölle, *loc. cit.*, 1 ss.; Boehmer, *Einf.*² (1965) 78 ss.; Gmür, 38 ss. e as referidas no excurso da p. 558 s., em especial Zitelmann, Schwarz, Heck, F. Beyerle, Larenz. — Sobre a questão da técnica de codificação, em geral, Guthey, *Stud. z. Gesetztechnik* (1909); F. Beyerle, *loc. cit.*, 209 ss.; Koschaker, 202 ss. *et al. loc.*; H. Triepel, *Vom Stil d. Rechts* (1947) 91 *et al. loc.*; Dölle, *Vom Stil. d. Rechtsprache* (1949), em esp. 32 ss.; Esser, *Grundsatz u. Norm*, em esp. 141-217; 267-88 *et al. loc.* (com referência à formação legal do direito); C. K. Allen, *Law in the Making*² (1947) 373 *et al. loc.*; Friedmann, *Legal Theory*² (1950) 317 ss. — Sobre a Suíça, A. B. Schwarz (nota 13) 7 ss.; Gmür, 38 ss.; sobre a França (clássico) Gény, *La technique législative dans la codification civile moderne*, em *Livre du centenaire du code civil*, II (Paris, 1904) 1006 ss.

⁽²⁵⁾ Sobre a sua influência, primoroso, Schwarz, *loc. cit.*, 7; Dölle, *Vom Stil d. Rechtsprache*, 36 ss.

lectual, sacrificaremos a clareza e o carácter popular; onde, pelo contrário, se pretender fazer do Código Civil um património comum da nação, abandona-se o rigor conceitual e a abstracção lógica. Uma vez que os redactores do BGB estavam, eles mesmos, próximos de uma magistratura cientificamente formada, o Código não pôde transformar-se numa «Bíblia temporal» do povo alemão ⁽²⁶⁾. No entanto, quem com sinceridade se quiser dar conta das tarefas reais do legislador moderno terá que admitir que, já então, uma opção diversa teria sido uma quimera romântica ou demagógica.

Característico desta opção é também o aspecto linguístico do BGB. Contra o que pretende uma crítica muitas vezes inconsiderada ou demagógica ao «alemão jurídico» das anteriores leis e decisões jurisprudenciais, a linguagem do BGB distingue-se pela sua pureza, precisão e clareza ⁽²⁷⁾, eventualmente prejudicadas, é certo, pelas germanizações — bem construídas, mas também livrescas — das expressões romanas. Eventuais deslizes (como o espantoso § 164, II ou o famigerado *Grenzstein* do § 919) ⁽²⁸⁾ constituem excepções. Falta na verdade a esta prosa, para o bem e para o mal, o tom apaixonado e o cunho pessoal; um Stendhal ⁽²⁹⁾ alemão teria grande dificuldade em apurar aqui a sua prosa. No entanto, também se exprime ainda neste ponto a ética de uma objectividade desapaixonada e de uma estrita e pensada auto-disciplina.

IV. 1. A técnica e a linguagem do Código exprimem a sua origem espiritual num positivismo científico cuja hora suprema já tinha então soado. A tragédia de muitas leis serem antes um fruto do que uma semente das grandes correntes do pensamento jurídico atinge também o BGB e é responsável pelo facto de uma obra tão alemã na sua objectividade e meticulosidade não corresponder tanto como antes o *Code Civil* ou, logo depois, o Código Civil suíço à situação da nação agora unificada. Pouco mais de uma geração

⁽²⁶⁾ Cf. p. 378, nota 42.

⁽²⁷⁾ Esta é raramente apreciada, mesmo na Alemanha, sob a influência das já habituais queixas acerca da falta de inteligibilidade geral, mas também nos elogios da forma linguística do código suíço; também Döle, *loc. cit.*, 36, defende sobretudo os méritos técnicos da linguagem legislativa e aqui talvez com menos razão. Na linguagem cuidada, um pouco arcaizante (do Segundo Projecto) ainda se sente pouco o declínio da língua alemã a partir da época dos fundadores e do «Wilhelminismo»; embora também não sinta, na verdade, nada de um novo sopro criador. Ponderando correctamente a questão e com informações exactas sobre o ideal legislativo do séc. XIX, agora, Gmür, 27 s. e nota 19.

⁽²⁸⁾ «Quando um «Grenzzeichen» [por «Grenzstein», marco] é deslocado ou se torna irreconhecível» — patentemente um simples lapso dos redactores.

⁽²⁹⁾ Cf. p. 391.