

sem TV - obrigatorio

FRANZ WIEACKER

HISTÓRIA DO DIREITO PRIVADO MODERNO

2.^a edição

Prefácio de
FRANZ WIEACKER

Tradução de
A. M. BOTELHO HESPAHA

FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN | LISBOA

§ 5. Tudo isto faz de Pufendorf um dos pensadores mais originais da época jusracionalista. No que respeita à cultura e intensidade da ciência do direito, Grócio talvez o tenha ultrapassado; no que respeita ao ímpeto lógico e ao realismo cortante, talvez Hobbes; quanto à amplitude e plasticidade, ultrapassou-os ele a ambos. Daí que a sua influência sobre a evolução do direito privado no centro da Europa tenha sido maior e mais directa do que a dos seus predecessores. Neste sentido, Pufendorf estabeleceu pela primeira vez os requisitos metodológicos de uma ética social autónoma e sistemática, reinventou, a partir daí, o conteúdo ético e intelectual das teorias jurídicas medievais no sentido de uma teoria geralmente válida do direito natural profano e, finalmente, alimentou esta teoria de novos conteúdos de carácter vivido e realista. Foram precisamente estes atributos que possibilitaram uma influência directa do direito natural jusracionalista sobre a ciência jurídica positiva. Este impacto ocorreu a partir do momento em que, desde o início do séc. XVIII, os discípulos de Pufendorf adquiriram influência sobre o iluminismo nos estados autoritários da Europa central (§ 18) e em que, mais tarde, foram confiadas a juristas de formação jusracionalista as primeiras codificações modernas (§ 19). No conjunto, o seu sistema teria de sobreviver à época do direito natural jusracionalista, uma vez que a Escola Histórica alemã e a pandectística entretanto adoptaram o resumo que de Pufendorf fizeram, é certo que de forma aperfeiçoada, os juristas discípulos de Christian Wolff⁽³⁶⁾.

§ 18. A ligação do jusracionalismo com o iluminismo

- I. Jusracionalismo e iluminismo.
- II. Christian Thomasius.
- III. Christian Wolff.
- IV. Os seus discípulos juristas.

I. 1. O jusracionalismo e o iluminismo do séc. XVII e XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar da sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de

(36) P. 363 s. (discípulos de Wolff), 425 (sistema pandectista).

uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política. Mas ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais.

I. 2. É certo que esta conexão só teve consequências propriamente jurídico-políticas na Europa central. Na França, o iluminismo foi uma arma da agitação da «intelligentzia», nomeadamente dos enciclopedistas, como Voltaire, Diderot, Mably e Holbach, contra um regime histórico antiquado ⁽¹⁾; também na Inglaterra, a sua verdadeira pátria, ele não teve de início qualquer impacto sobre a organização tradicional do direito ⁽²⁾. Em contrapartida, foi precisamente através da sua ligação ao Estado autoritário que ele ascendeu a uma posição de domínio na Alemanha (tal como em Portugal, na Toscana, em Nápoles ⁽³⁾), na Escandinávia e na Rússia), e aqui, desde logo, no Estado de Brandenburgo-Prússia. Pois aqui combinaram-se razões de ordem filosófica e política com a tónica particular da ética política protestante. A sua base foi a ética protestante, recebida pela casa de Brandenburgo através da sua própria confissão religiosa, das suas estreitas ligações com os Países Baixos e dos refugiados huguenotes; base que, no entanto, nesta terra protestante e, por influência do pietismo, se apresenta mais interiorizada, mais quietista e mais crente na autoridade do que o calvinismo da Europa ocidental ⁽⁴⁾. Esta ética não perdeu a sua força ao transformar-se, com o Estado fredericiano, numa ética racionalista, sob a influência do deísmo francês (Voltaire) e alemão (Christian Wolff). Esta perspectiva

(1) Paul Hazard, *Die Krise d. europ. Geistes*. I (1939) [existe trad. port. do original francês].

(2) P. 313.

(3) Para a Itália, agora, Eb. Schmidt, *Einf.*, 218 ss.; Würtenberger, C. Beccaria u. d. *Strafrechtsreform*, «Erinn.-Gabe Grünhut» (1965) 199 ss. e, com pormenores, d'Amelio, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia* (Milano, 1965).

(4) Sobre isto, especialmente característico da estreita conexão da fundação da universidade brandemburguesa de Halle com o pietismo de Francke; Dilthey, *Ges. Schr.* III (1927) 74 ss., 159. Sobre a influência do calvinismo, O. Hintze, *Kalvinismus u. Staatsraison in Brandenburg*, «Ges. Abh.», III (1943) 285 ss.; Östreich, *Kalvinismus u. Neustoizismus u. Preussentum*, «JbGeschMitteluOstdeutschland», 5 (1956) 157 ss.

encontrou na crítica jusnaturalista do direito histórico «irracional» e na teoria jusracionalista dos deveres a justificação espiritual das suas reformas políticas autoritárias e da sua cultura moral.

Na Alemanha, o aparecimento de novas concepções socio-políticas fundamentais relacionou-se frequentemente com a fundação de universidades: o advento da Reforma e a reforma de ensino de Melanchton, com Wittenberg (1510) e outras universidades protestantes do séc. XVI; a contra-reforma alemã, com as reformas universitárias ou com a formação de novas universidades pelos jesuítas; o alto-iluminismo e o primeiro historicismo com a fundação da universidade de Gotinga (1737); a vitória das ideias culturais do segundo humanismo com a fundação da universidade de Berlim (1809). Dilthey pôde designar a fundação da nova universidade brandeburguesa em Halle (1694) como «o momento do nascimento do jusnaturalismo prussiano»⁽⁵⁾. Mas, na verdade, é sob a influência ímpar de Thomasius que o espírito do pietismo centro-alemão se liga com o pensamento político brandeburguês-prussiano. Mais tarde, com Frederico o Grande, Breslau torna-se num segundo centro do iluminismo prussiano.

I. 3. Assim, se o jusracionalismo se transformou na teoria do direito e do estado, na Alemanha do leste e central o seu último fundamento espiritual foi constituído pelo despertar de novas influências religiosas através do pietismo: este despertar acabou por se erguer contra a caduca organização jurídica do seu tempo tal como se erguera contra a esclerose dogmática e a intolerância religiosa da ortodoxia⁽⁶⁾, inclinando-se, a partir dos mesmos motivos religiosos, para uma humanização do direito, ao rejeitar o julgamento das bruxas e os crimes de feitiçaria, a tortura e as cruéis penas corporais e de prisão perpétua, as penas infamantes e mesmo a pena de morte (Beccaria). Para além do direito penal, lutou também contra os ataques à dignidade humana e os privilégios caducos — a falta de liberdade pessoal, as discriminações corporativas, profissionais e confessionais e mesmo, já no termo do antigo regime, pela liberdade de indústria e da utilização do solo. Na medida, portanto, em que estas ideias se secularizaram, elas acabam também por se racionalizar e por fundar o seu protesto contra o carácter multifacetado e arbi-

(5) Dilthey, *Das Allgemeine Landrecht*, «Ges. Schr», XII (1936) 131 ss.

(6) O mais importante documento deste protesto é constituído pela *Unparteyische Ketzerhistorie* de Arnold (1699), que também teve importância para a modificação geral da consciência social através do primeiro humanismo: Meinecke, *Die Entst. d. Historismus*² (1946) 46 ss.; Dörries, *Geist. u. Geschichte bei Gottfried Arnold* (1963). Acerca das relações de Arnold com Thomasius, E. Seeberg, «NKirchZ», 31 (1920) 337 ss.

trário da evolução histórica na exigência de uma razão vinculativa em geral. Foi este racionalismo ético que se tornou no elemento de ligação entre o jusracionalismo e o iluminismo.

I. 4. Foi nas novas universidades do iluminismo que o jusracionalismo foi transmitido às futuras camadas burocráticas dirigentes do absolutismo e penetrou, portanto, desde cedo na administração e legislação; através da centralização nos grandes Estados alemães da Prússia e da Áustria, este impacto ainda se acelerou mais. Na ciência jurídica técnica e nos tribunais superiores, ele estabeleceu-se de forma mais lenta mas igualmente eficaz (7). Neste ponto, jogaram conjuntamente dois componentes do ulterior jusracionalismo, os quais retomaram de novo o antigo duplo tema do direito natural. O *empirismo* de Thomasius enriqueceu de tal modo o jusracionalismo — embora com perigoso enfraquecimento da sua substância filosófica — com experiências e postulados éticos de carácter prático que ele se pôde transformar num direito natural «histórico» ou «contingente», isto é, no direito natural de uma concreta organização estadual e, assim, no programa de uma política prática do direito (8). Em contrapartida, o *racionalismo* de Christian Wolff reestabeleceu a teoria lógica e moral do jusracionalismo e possibilitou, assim, tanto a filosofia do absolutismo esclarecido, como a sistematização do direito positivo na ciência jurídica e na legislação.

II. 1. Christian Thomasius (1655-1728) (9), oriundo de Leipzig, filho de um cultor de Aristóteles, foi já em Francforte que ouviu lições sobre Pufendorf e conheceu as suas obras. Voltado a Leipzig, deu as primeiras

(7) Sobre o que se segue, fundamental, Thieme, *Die Zeit d. späten Naturalismus*, «SZGerm», 56 (1936) 202 ss.

(8) Sobre isto, Thieme, «SZGerm», 57 (1937) 355 ss.; Meinecke, *Entstehung d. Historismus*, 118 ss.; 326 ss.; sobre outros requisitos, como a secularização e o aparecimento de uma opinião pública burguesa, não sem crítica, Erik Wolf, 372 ss.

(9) Sobre este, nomeadamente, Landsberg, III, 1, 71-111; Erik Wolf, *Pufendorf, Thomasius* (1927); GRD, 371 ss. (com larga bibliografia, 421 ss.); Fleischmann, em esp.: *Christian Thomasius, Leben und Lebenswerk* (1931); Battaglia, *Christian Thomasius, filosofo e giurista* (Roma, 1936); sobre isto, com progressos, Thieme, «SZGerm», 57, 602 ss.; Schönfeld, 332 ss.; Döhring, *Gesch. d. dt. Rpflege*, em esp. 308 ss.; Eb. Schmidt, *Einf.*, 213 ss. (importante também do ponto de vista das influências no domínio da política do direito); sobre a sua problemática jusnaturalista fundamental, Welzel, 164-167. Sobre a influência de Thomasius sobre a consciência social existem vários trabalhos modernos de Frau Schubart-Fikentscher (entre os quais *Unbekannter Thomasius*, «Wiss. Z. d. Martin-Luther-Univ. Halle Wittenberg»).

aulas magistrais em alemão («Por esta forma devemos imitar os franceses na vida corrente», indicando, portanto como finalidade o incentivar uma cultura geral e linguística alemãs atraídas pelos modelos franceses) e fundou a primeira revista científica em língua alemã. Desavindo — depois destas provocações ao antigo estilo pedagógico por parte das obras de carácter iluminista, com a sua própria Faculdade e com as de teologia ⁽¹⁰⁾ — mudou-se em 1690 para a universidade próxima de Halle, onde já o ligavam a August Francke estreitos laços. Pela sua carreira docente e por missões de carácter administrativo prestou, então, um grande contributo à escensão da Universidade, fundada em 1690. Ocupado passageiramente, em 1714, com trabalhos legislativos, morreu em Halle, quando a sua força criadora já experimentava sinais de decadência.

II. 2. A influência pública de Thomasius ultrapassa de longe o domínio da ciência jurídica. Numerosos escritos seus de carácter teórico e polémico, nos domínios teológico, filosófico, jurídico-político e da educação popular, modelaram ⁽¹¹⁾, apesar do seu desigual valor, o primeiro iluminismo alemão, mesmo para além da república dos letrados ⁽¹²⁾. Para a teoria do direito natural têm, sobretudo, importância, o «Ensaio sobre a essência do espírito» [*Versuch vom Wesen des Geistes*] (1699) e os *Fundamenta juris naturae et gentium* (1705); de acordo com o seu próprio temperamento tem também aqui preponderância, no entanto, a acção práctico-reformadora. *Wesen des Geistes*] (1699) e os *Fundamenta juris naturae et gentium*. Este homem irrequieto e também inclinado à polémica — no entanto, também eloquente, honrado e corajoso — teve mais eficácia como educador e reformador do seu país, mesmo como divulgador e agitador da cultura jurídica do seu tempo, do que através do seu aperfeiçoamento teórico do direito natural. A luta contra a tortura (*Dissertatio de tortura e foris Christianis proscribenda*, 1705) ⁽¹³⁾ e a perseguição das bruxas (*Dissertatio de crimine magiae*, 1701)

[1953/4] 139 ss.; *Christian Thomasius* [Conferência comemorativa], *ibid.*, 4 [1955] 499 ss.; *Christian Thomasius u. d. Hochschule seiner Zeit*, *ibid.* 6 [1956] 11 ss.; *Decorum Thomasiai*, *ibid.* 7 [1957] 173 ss.) e de Lieberwirth, *Thomasiana*, «Wiss. Z.», 3, 155 ss.; 153 ss. (v. também as notas seguintes).

⁽¹⁰⁾ Sobre isto, Lieberwirth, *Christian Thomasius' Leipziger Streitigkeiten*, *loc. cit.*, 3, 155 ss.

⁽¹¹⁾ Selecção detalhada (sem o programa das lições) em Wolf, 417-420; completo, Lieberwirth, *Christian Thomasius. Sein wiss. Lebenswerk. Eine Bibliographie* (1955).

⁽¹²⁾ Sobre isto Schubart-Fikentscher e Lieberwirth (nota 9).

⁽¹³⁾ Christian Thomasius, *Über die Folter. Untersuchungen z. Gesch. d. Folter*, ed. por Lieberwirth (Weimar, 1960).

coloca-o a par do delicado padre jesuíta, filantropo e poeta lírico, Friedrich von Spee. Ao seu incansável apelo a favor da necessidade e da utilidade da história do direito pátrio ⁽¹⁴⁾ correspondia também um mesmo sentido pedagógico-reformador.

II. 3. Ao lado de tudo isto, Thomasius teve também um contributo autónomo e importante para a teoria do jusracionalismo, ao destruir, de passagem, a metafísica do anterior jusnaturalismo. Isto teve, é certo, um sentido diferente do referido em relação a Hobbes. Se Hobbes utilizou a ética do desespero para dissolver o direito natural na legalidade positiva, já o arrebatamento religioso da interioridade leva Thomasius pura e simplesmente à expulsão da ética para fora do domínio do direito. Pois Thomasius reduziu, (na medida em que prosseguiu o combate de Pufendorf contra a ortodoxia), a Igreja a uma igreja espiritual interior e o *ius divinum*, consequentemente, a uma crença individual e pessoal ⁽¹⁵⁾. O mesmo pessimismo de raiz luterano-pietista em relação ao valor espiritual das convenções sociais ⁽¹⁶⁾ leva-o a uma separação radical entre direito e moralidade ⁽¹⁷⁾. Assim, e como tem sido dito muitas vezes, a ética torna-se em algo apenas válido no foro íntimo, limitado às forças do carácter e da interioridade, e socava a concepção do jusracionalismo como algo assente numa ética social vinculativa no plano temporal. Este corte irremediável encontra a sua expressão

⁽¹⁴⁾ *Cautelae circa praecognita jurisprudentiae*, etc., 1710; ed. alemã, 1713: «Höchstnötige Cautelen, welch ein Studiosus Juris, der sich zur Erlernung der Kirchen-Rechts-Gelahrtheit auf eine kluge und geschickte Weise vorbereiten will, zu beobachten hat».

⁽¹⁵⁾ Wolf, 381 s. Um indiferentismo semelhante em relação às objectivas sociais (o «a-cosmismo» [«Akosmismus»] de Max Weber) é prosseguido por Vattel, suíço e protestante (sobre o qual, Friedmann, *Legal Theory*² 34), até à conclusão férrea da consequência de que todo o direito (não positivo) das gentes seria apenas uma «comunidade jurídica» sem possibilidade actual de aplicação.

⁽¹⁶⁾ Sobre isto, Wolf, 380 s.: Thomasius teria tentado em vão discutir a unidade de Lutero dos dois impérios e, assim, fazer saltar a antiga unidade luterana com a fundamentação teológica e naturalista do direito (como ainda acontece em Oldenburger — isto contra a opinião de Rudolf Sohm; cf. também 394. Em *GRD*² (1953) 377 s. Wolf viu ainda em Thomasius um autêntico pensador cristão e mesmo como sua crítica mais profunda... sobretudo... a denúncia consciente do conteúdo satânico que, segundo a concepção luterana, sempre estava presente mesmo no «summum bonum», tal como os homens o podiam entender e o queriam realizar». Com isto queria porventura referir-se à concepção da teologia protestante dos nossos dias que considera o homem como um ser grosseiro e que actuava irreflectidamente.

⁽¹⁷⁾ Sobre o que se segue Wolf, 402 ss.; Welzel 164 ss.

característica no paradoxo de um «dever moral obrigatório» ⁽¹⁸⁾ de carácter jurídico.

A base metodológica desta evolução é constituída pela concepção da *mensuras* e do *dictamen rationis*, que o direito natural cristão e o anterior jusnaturalismo tinham considerado qualidades ideais da natureza humana, como «tendências individuais», i.e., como realidades meramente psicológicas ⁽¹⁹⁾. Contra o unânime *homo animal rationale* de toda a tradição jusnaturalista até Pufendorf ⁽²⁰⁾, Thomasius afirma o seu *voluntas semper movet intellectum*. Com a ideia regulativa do *homo sociabilis* destruiu-se, no entanto, também o carácter obrigatório do comando jusnaturalista e, assim, tornou-se impossível um «sistema natural» da ética social. Os princípios de direito natural já não constituem normas vigentes de evidência lógica, mas realidades psicológicas dos indivíduos isolados observadas pela experiência.

É neste empirismo que reside, decerto, a oportunidade de uma nova experiência do direito. Thomasius tornou-se consciente da inesgotável variedade e especificidade das situações históricas (sem o que ele ainda as poderia ter inserido, como no imenso esforço intelectual de Leibniz ⁽²¹⁾, numa estrutura lógica do mundo); consequentemente, a história torna-se para ele no ponto de onde se observa a ciência jurídica. Neste ponto, Thomasius aproxima-se já de novas posições do pensamento europeu, que haveriam de levar de Vico e Shaftesbury, através de Herder e da filosofia da história do idea-

⁽¹⁸⁾ Sobre este «fatal conceito», Welzel, 165, 167, com a informação de que só Kant, através do reconhecimento da força vinculativa *interna* do direito natural, afastou esta consequência e, com isto, só então tornou possível a questão fundamental do jusnaturalismo acerca de saber como podem o direito e a moralidade positiva consistir num todo único.

⁽¹⁹⁾ O *quod non est in sensibus, non est in intellectu* de Thomasius lembra tanto a fórmula sensualista da *tabula rasa* de Locke — e o título do seu «Ensaio sobre a natureza do espírito ou teoria fundamental tanto da ciência natural como da doutrina da moral positiva» [Versuch über das Wesen des Geistes oder Grund — Lehren sowohl zur natürlichen Wissenschaft als der Sittenlehre] [1699] tanto o do «Essay on Human Understanding», de Locke — que a influência directa salta aos olhos. A fórmula de Thomasius foi, na verdade, expressa ao mesmo tempo que a de Locke (1688); mas a obra-prima de Locke já fora esboçada, nos seus traços gerais, em 1670, tendo sido tornada conhecida em 1688 por um extracto de Leclerc e publicada mesmo em 1689/70. As duas concepções têm as suas últimas raízes no nominalismo de Occam, que através de Lutero puderam ter influência sobre Thomasius (cf. Max Wundt, *Die dt. Schulphilosophie im Zeitalter d. Aufklärung* [Tübingen, 1945] 19 ss.; cf. Welzel, 106. Sobre a contribuição para a imagem do Estado do jusnaturalismo e as suas relações com Hooker e Hobbes, por exemplo, Friedmann, *Legal Theory*² (1949) 41 ss.; cf. Welzel, 109. A influência de Locke sobre o direito privado da época jusnaturalista permaneceu, no entanto, absolutamente indirecta.

⁽²⁰⁾ Embora não fosse voluntarista ou «existencial» em extremo (no sentido de Welzel, 11).

⁽²¹⁾ Nicolai Hartmann, *Leibniz. Gedenkrede* (1946). Com pormenor, Welzel, 145-56, com reservas quanto ao êxito destes esforços e informação acerca da evolução radical de Leibniz do nominalismo para a teoria idealista das ideias.

lismo alemão, ao moderno historicismo. Para muitos, ele é um dos representantes do primeiro historicismo ⁽²²⁾.

Na fundamentação de um «direito natural histórico» existem virtualidades que compensam o empobrecimento do jusracionalismo nos seus efeitos práticos. Quem, como Thomasius, concebe o direito racional como histórico, defenderá também que o direito histórico é racional e, com isto, defenderá exigências práticas no domínio da política do direito que satisfaçam a maneira de ver das pessoas concretas: o aperfeiçoamento e humanização da jurisprudência; uma legislação racional, liberta da crença nas autoridades (também das do direito romano). Com isto, Thomasius trouxe pela primeira vez a moral prática do jusracionalismo para a política do direito do absolutismo esclarecido.

III. 1. Isto não exclui decerto que Thomasius tenha metido o direito natural num beco sem saída que só haveria de abandonar quando readquirisse a sua capacidade de se tornar num padrão do direito existente, válido em geral, eticamente vinculativo. Esta foi a tarefa de outro filósofo alemão do Iluminismo, filósofo de categoria mais modesta ⁽²³⁾, que voltou novamente à tradição metafísica e ética do direito natural.

Christian Wolff (1679-1754), nascido em Breslau, estudou em 1694 em Jena sob a influência da Pufendorf e da escolástica tardia local e ensinou já em 1703, em Leipzig e, desde 1706, em Halle como matemático, filósofo e teólogo. Em 1717 é professor ordinário, declinando pouco depois um convite de Pedro, o Grande, para S. Petersburgo. Só em 1723 é expulso do país, sob acusação da Faculdade de Filosofia de Halle («teria ensinado a ler a sina»), por Frederico Guilherme I, sob a ameaça de condenação à forca; foi para Marburgo onde permaneceu, com crescente fama europeia, apesar do novo chamamento do seu rei (que pensava que «deveria reaver esse sujeito»). Logo após a subida ao trono de Frederico II (1740) foi chamado com todas as honras a Halle, enobrecido e distinguido com elevadas honrarias.

As suas obras principais no domínio da teologia moral (ao lado de outras mais gerais, que se contam entre as obras vectoras da filosofia iluminista europeia) são: *Philosophia universalis* (1738, com as bases metodológicas); o manual de direito natural *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (1740-1749), de grande influência sobre a ciência jurídica do seu tempo; a partir deste, umas resumidas *Institutiones juris naturae et gentium* (1750; ed. alemã 1754), panorama particularmente apropriado para a introdução metodológica.

(22) Meinecke, *Ents. d. Historismus* (nota 6), 28 ss.; Battaglia (nota 9), 309 ss.

(23) Significativa e deliberada, a omissão de Weizel, que apenas refere Weizel uma vez (249 s., nota 24) e de passagem.

III. 2. A filosofia moral de Wolff ⁽²⁴⁾ pertence, no seu conjunto, à história geral do iluminismo. A sua teoria jusnaturalista recusa, sob influência de Pufendorf, a separação feita por Thomasius entre os deveres de consciência dos indivíduos e os deveres vinculativos do direito. Para Wolff, o direito natural volta a ser «a teoria moral das boas e más acções»; os princípios de direito natural, as declarações dos deveres do homem e do cidadão. Isto não constitui apenas uma volta a Pufendorf ou mesmo a Grócio ⁽²⁵⁾. Na verdade, das suas contribuições, ele toma inteiramente como pressuposto a fundamentação do direito das gentes e do Estado e a separação da teoria do direito e do costume em relação à teologia moral feita por aqueles autores ⁽²⁶⁾. O seu esforço particular reside, porém, na concretização da ética social natural e do espaço histórico e político que lhe é deixado, a monarquia esclarecida, na qual o príncipe e os súbditos se situam numa relação recíproca de deveres «para a prossecução da utilidade comum e da bem-aventurança dos súbditos». Para esta situação concreta, Wolff podia basear-se sobre os princípios gerais de Grócio e Pufendorf ⁽²⁷⁾, sob a condição, no entanto, de que ele deveria identificar, ainda mais de que este, o direito comum concretizado como direito natural, a fim de desdobrar o seu sistema até ao pormenor ⁽²⁸⁾. De qualquer modo, direito natural e direito positivo aproximavam-se assim tanto um do outro que agora a realização da moral natural numa legislação positiva parecia cair dentro do domínio do possível. Na verdade, a teoria dos deveres de Wolff tornou-se ela própria, no seio da imagem social coesa do direito territorial geral, na própria teoria jurídica e política do absolutismo esclarecido.

III. 3. Não menos rico em consequências se tornou o método de Wolff quanto à aquisição dos princípios de direito natural.

⁽²⁴⁾ Landsberg, III, 1, 198 ss.; H. Droysen, *Friedrich Wilhelm I., Friedrich d. Gr. u. d. Philosophie Christian Wolffs*, em «Forsch. z. brand. u. preuss. Gesch.», 23 (1910) 1 ss.; Frauendienst, *Christian Wolff als Staatsdenker* (1927); Dilthey, *Ges. Schr.*, 12 (1936) 138 ss.; Thieme «SZGerm», 56 (1936) 222 ss.; M. Wundt, *Dt. Schulphilosophie im Zeitalter d. Aufklärung* (1945) 12 ss.; Beyerle, «Dt. Rwiss.», 4 (1939) 14 ss.; Schönfeld, 344 ss.; Schöffler, *Dtsch. Osten im dt. Geist* (1940) 184 ss.

⁽²⁵⁾ Cf. Wundt, 19 ss.

⁽²⁶⁾ Erik Wolf, 393, 430. Também as suas experiências pessoais nas relações com ambas as confissões na sua cidade natal de Breslau induziram o jovem Christian Wolff para um deísmo supra-confessional: Schöffler (nota 24) 184 ss.

⁽²⁷⁾ Num sentido exacto, já Landsberg, III, 1, 206.

⁽²⁸⁾ Thieme, 222 s.

Enquanto que, designadamente, o fundamento ético se silencia cada vez mais, o racionalismo ético do primeiro jusracionalismo atinge aqui o seu ponto mais elevado. A exposição sistemática de Wolff através de uma dedução exaustiva dos princípios de direito natural a partir de axiomas superiores até aos mínimos detalhes, exclui todos os elementos indutivos ou impressionistas e aspira ao rigor da prova geométrica resultante do princípio do terceiro excluído. O único fundamento do valor dos princípios é constituído, aparentemente, pela ausência de contradição das expressões lógicas; mas este sistema tornar-se-ia totalmente vazio se ele não tivesse sido trabalhado íntima e inconscientemente pela ética material do jusnaturalismo anterior. Relacionando-o com o direito natural do ocidente, Wolff representa ainda uma vez o intelectualismo e idealismo da tradição aristotélico-tomista contrário ao voluntarismo e nominalismo da revolução espiritual de Occam a Hobbes ⁽²⁹⁾ Na sua estrutura formal, o seu «método demonstrativo» corresponde precisamente à *Ethica more geometrico demonstrata* de Espinosa.

É precisamente a uma tal demonstração *more geometrico* que se refere já o título da sua obra jusnaturalista fundamental, o *Jus naturae methodo scientifica pretractatum*, e ainda mais as «Instituições», onde (de acordo com o subtítulo da edição alemã de 1754) «todas as obrigações são extraídas sob a forma de uma dedução contínua a partir da natureza do homem». Este resumo da sua obra-prima, com as suas constantes referências (evocadoras, na verdade, dos manuais de geometria) aos parágrafos seguintes ou antecedentes, é, em si mesmo, um documento único e notável deste processo ⁽³⁰⁾.

III. 4. A influência deste método quase não pode ser sobrevalorizada. Não só o coerente sistema lógico de Wolff forneceu o fundamento de vários códigos jus-racionalistas e, por intermédio dos seus discípulos juristas e da pandectística, ainda do Código Civil [Alemão] e das codificações com ele aparentadas, mas constitui também, a partir do manual de Wolff, o programa de uma dedução lógica da decisão jurídica a partir de princípios superiores e conceitos gerais com um valor construtivo previamente fixado que nunca mais abandonou a ciência jurídica especializada. Se o instrumento metódico da anterior ciência jurídica era constituído pela

⁽²⁹⁾ Cf. p. 283 e n. 14; 292 s.

⁽³⁰⁾ Confira-se, por exemplo, a utilização sobretudo pedante desta técnica no § 593 (direito de dissolução) ou § 594 (dupla compra e venda) do resumo das instituições alemãs.

dedução analítica a partir de textos isolados dotados de valor autoritário, agora o conceito jurídico sintético — ou seja, o conceito reconduzível aos últimos princípios superiores, de acordo com as regras de dedução do sistema — tornou-se no último fundamento científico da decisão. Christian Wolff é o verdadeiro pai daquela «jurisprudência dos conceitos» ou «construtiva» que dominou a pandectística da séc. XIX, de Puchta ⁽³¹⁾ a Windscheid ⁽³²⁾ e à «Parte Geral» de Andreas von Thur, e que, apesar de todas as graves crises metodológicas, ainda hoje conserva valor, embora limitado. A dedução das decisões a partir da «natureza» do direito subjectivo, do direito das coisas, das obrigações, etc., não seria facilmente pensável sem este método introduzido inicialmente por Wolff.

Não se leva aqui a cabo qualquer prejuízo apriorístico deste processo. Quem o acusa, a este propósito, de um empobrecimento do ponto de vista de uma ética social viva, intuitiva e prática ⁽³³⁾, não deve perder de vista nem a prévia opção moral no sentido de uma teoria dos deveres vinculativa nem os proveitos jurídico-culturais que a posterior evolução de uma dogmática jurídica autoritária para uma dogmática jurídica racional, bem como a fundição do direito num sistema coerente, trouxeram consigo.

IV. O impacto directo de Christian Wolff foi sobretudo de natureza pedagógica. Na Prússia, como noutros Estados alemães, os futuros altos funcionários do Estado, nas universidades ou mesmo nos liceus, maturavam já dentro do espírito da sua teoria dos deveres ⁽³⁴⁾. Mas Wolff encontrou também discípulos entre os teóricos do direito como já antes Thomasius, discípulos que transmitiram as suas exigências sistemáticas à ciência jurídica mais recente da segunda metade do século ⁽³⁵⁾.

⁽³¹⁾ Cf. 456 s. A influência longínqua de Chr. Wolf sobre a jurisprudência dos conceitos é hoje geralmente reconhecida: Beyerle, 14 ss.; sobre Puchta: Larenz, *Methodenlehre*, 18 ss.; sobre o conceito de negócio jurídico, Passerin d'Entrèves, *Il negozio giuridico* (Torino, 1934) 77 ss.

⁽³²⁾ P. 492 ss.

⁽³³⁾ Tal como fez F. Beyerle, 14 ss., numa ambiciosa tentativa de abrir à dogmática jurídica da actualidade uma via «alternativa», designadamente intuitiva e de carácter práctico-moral, para o jusracionalismo.

⁽³⁴⁾ Erik Wolf, 430 s.; Döhring, 270, 312, 480. O exemplo mais significativo é Carl Gottlieb Svarez, com uma parte dos seus trabalhos jurídicos, feitos em colaboração: p. 373.

⁽³⁵⁾ Sobre o que se segue, em geral, A. B. Schwarz, «SZ», 42 (1921) 586 ss.; em esp. 592 (sobre Hofacker); 594 (Thibaut, Habernickel e Hauboldt); F. v. Hippel, *Zur Gesetzmäss. jurist. Systembild.* (1930) 23 ss.

IV. 1. Daniel *Nettelbladt* ⁽³⁶⁾ (1719-1791) pôs a funcionar — cumprindo com isto esse papel transmissor antes referido — a pedante necessidade sistemática de um homem, cuja história da literatura jurídica distingue, desde logo, significativamente entre «autores mortos e vivos». No seu «*Ohnvorgreiflichen Gedancken, den heutigen Zustand der bürgerlichen und natürlichen Rechtsgelehrtheit in Teutschland, deren nöthige Verbesserung und dazu dienliche Mittel betreffend*» [Ideias despidas de preconceitos acerca do estado actual da ciência jurídica civil e natural correspondentes à necessidade do seu aperfeiçoamento e aos meios para isso úteis] (Halle, 1749) um jurista técnico alemão propõe pela primeira vez, também para a exposição do direito positivo, uma «demonstração dos princípios jurídicos a partir de causas», ligada por definições disciplinadoras e por uma ordenação sistematicamente correcta «de tal modo que o geral preceda o particular». A primeira tentativa de *Nettelbladt* de uma total racionalização e sistematização do direito comum foi prosseguida pelos seus discípulos, sobretudo *Dabelow* ⁽³⁷⁾. Os inícios do sistema pandectístico, em especial do da «Parte Geral» e, assim, de um dos elementos mais característicos da moderna teoria alemã do direito privado, remonta portanto a este autor ⁽³⁸⁾.

IV. 2. De forma mais viva e concreta pensava um outro discípulo de Wolff, *Darjes* (1714-1791) ⁽³⁹⁾. *Darjes* pôs o seu *Corpus juris reconcinatum* (que, no título, remete para a célebre concepção de Leibniz ⁽⁴⁰⁾) ao serviço de uma razão de Estado utilitária e tentou

⁽³⁶⁾ Landsberg, III, 1, 288 s. (volume de notas, notas 195-199; A. B. Schwarz, 591 s.

⁽³⁷⁾ Landsberg, III, 1, 441 s. (notas, 287); Schwarz, 593 s. A sua obra-prima: *System d. heutigen Civil-Rechtsgelahrtheit* (1794).

⁽³⁸⁾ Cf., em esp., Schwarz, 597 ss.

⁽³⁹⁾ Vida e obra em Landsberg, III, 1, 192 ss.; cf. Schwarz, 590, 601 *et alii loc.* Thieme, «SZGerm», 56 (1936) 226; *ibid.*, 57, 365 nota 2; Erik Wolf 431 m. (Christian Wolff e *Darjes*, *Darjes* e Svarez).

⁽⁴⁰⁾ Sobre isto, Landsberg, III, 123 ss.; Erik Wolf, 432, 453 e, em esp. Dickerhoff, *Leibniz' Bedeutung für d. Gesetzgebung seiner Zeit* (Freib. Diss., 1940); Molitor, «Mem. Koschaker», I, 359 ss.; H.-P. Schneider, «ARSP» 52 (1966) 553-570. Em geral, Hecht, *L. als Jurist*, «PrJb», 43 (1879) 1 ss.; H. Hartmann, *L. als Jurist u. Rechtsphilosoph*, «Festg. Jhering» (Tübingen, 1892); E. Heymann, *Leibniz' Plan eines jur. Studienref. vom J. 1667* (1931); Liermann, *Z. dt. Geisteswiss.*, 1939, 348 ss.; Württenberger, «Geistige Welt», 3 (1948) 124 ss.; Erik Wolf, *passim* (índice onomástico). — A teoria jusnaturalista de Leibniz (com pormenor, Welzel, 145-156) tem de ser deixada de lado neste livro (por último, W. Schneiders, *Naturrecht u. Gerechtigkeit bei Leibniz*, «Zfphilos». F. 20 [1966] 607-650). Ela é talvez a tentativa mais impor-

desenvolver este ensaio nas *Institutiones Jurisprudentiae Germanicae* (1748) no sentido de chegar a «um código de direito natural em consideração, tal como se refere no título, o direito natural não tanto por ele ser histórico ou nacional, mas porque é histórico e racional. Darjes representa, neste ponto, uma orientação dogmática do jusracionalismo tardio, na qual (como em Darjes e em Möser) o sentido histórico já começa a tornar-se positivo»⁽¹⁾.

3. O último *usus modernus* tinha mostrado, logo uma geração depois de Samuel Stryk, que praxistas e humanistas centro-alemães como Layser e Heineccius, já estavam fascinados pelo jusracionalismo⁽¹²⁾. Em geral, porém, antes de Christian Wolff, tinha sido mais na comunidade jurídico-científica a mentalidade jurídica característica, já então dogma e prática deixaram de ser sentidos como jurisprudência técnica e prática deixaram de ser sentidos como direito natural. O direito natural começou a actuar como *ratio* do direito positivo; também para os especialistas, ele tornou-se num direito natural «concreto».

§ 19. Os códigos jusracionalistas

- I. Pressupostos culturais e políticos. Precursores.
- II. O Código prussiano. [*Prenßisches Allgemeines Landrecht, ALR*]
- III. O Código civil austríaco [*Österreichisches Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch, ABGB*].
- IV. Os códigos napoleónicos.

I. 1. A ligação do jusracionalismo com o iluminismo produziu, primeiro nos estados absolutos do centro e do sul da Europa⁽¹⁾,

tante do seu tempo; mas as suas influências directas sobre a história do jusracionalismo e, em particular, do seu direito privado são espantosamente reduzidas (sobre as causas: a insignificância dos resultados materiais de uma teoria jusnaturalista pura e ideal que se leva a sério, Welzel, 156).

⁽¹¹⁾ Thieme 56, 211 ss.

⁽¹²⁾ P. 244 (Stryk), 245 (Leyser), 247 (Heineccius sob a influência de Thomasius).

⁽¹⁾ Sobre o movimento da codificação do absolutismo esclarecido em Itália (Toscana): Mortari, *Tentativi di codificazione nel granducato di Toscana nel sec. XVIII*.

direito das associações (§§ 21-54) aplicáveis a todas as pessoas colectivas do direito privado não estão de harmonia com as sociedades de capitais do direito comercial; a relação entre abertura da sucessão e a sucessão nas sociedades de pessoas não é de forma alguma contemplado no direito sucessório do BGB e, portanto, não foi até hoje satisfatoriamente resolvido⁽²⁵⁾.

IV. 3. Com todas estas rupturas internas, o novo Código Civil, tal como um sino mal fundido, não podia dar o tom a uma época. A nação aceitou-o sem grande participação⁽²⁶⁾; as memórias e as obras históricas só raramente o referem. Diferentemente, foi mais intensa a sua ressonância científica, quer dentro quer fora das fronteiras alemãs. De facto, como contribuição da técnica jurídica, o Código Civil Alemão constitui uma obra prima; então ele era a ordem jurídica mais jovem e mais moderna da Europa. Na realidade, ele foi saudado como o código mais progressivo de todo o mundo da época⁽²⁷⁾ e passou a constituir, e não apenas na Europa, uma peça do mesmo nível do *Code Civil*, até então tomado como modelo exclusivo. Se o *Code Civil* tinha até então dominado, não apenas nos países românicos da Europa, mas também na Europa Central e Meridional, nas Américas Central e do Sul e mesmo no Próximo Oriente, o BGB entrou em fértil despique com ele nos países que ainda preparavam um código civil⁽²⁸⁾. Neste plano, favoreceu-o o prestígio científico adquirido pela pandectística alemã no séc. XIX.

a) Na Europa, foi a Áustria que primeiro se aproximou do direito civil alemão na doutrina, na jurisprudência e na legislação

(25) Sobre a situação actual, fundamentalmente, Siebert, *Gesellschaftsvertrag u. Erbrecht bei der OHG*³ (1928); outra bibliografia menor em Enneccerus-Coing, *Erbrecht*² (1965) § 91, nota 40.

(26) Seja-nos permitido inserir aqui uma despreziosa sátira da época: «Der Befähigungsnachweis» da autoria de Ludwig Thomas (*Kleinere Getammelte Werke III* [München, s. d.] 508): conversa entre o advogado e um camponês, seu cliente: «De acordo com que nova lei?» — «Bom, de acordo com o Código Civil. Ai não há nada sobre lesões corporais». — «Ná, não posso acreditar que quem fez a lei não se tenha lembrado disso. Nem sequer precisava de arranjar qualquer novidade. Nisso não acredito eu de forma nenhuma».

(27) A. B. Schwarz, *Einfl. dtsch. Zivilistik*, 476 (p. 506³¹) sobre a opinião de Saleilles, 444 s.; sobre o ZGB (nota 48) 7 e notas 16 a 19. Noutro sentido e com o cepticismo habitual, Koschaker, 138 s. *et al. loc.*

(28) Cf. p. 393 s.

extravagante⁽²⁹⁾. A Hungria⁽³⁰⁾, que após a equiparação constitucional de 1867 começou a preparar o seu código civil, e os jovens Estados do sueste europeu começaram a orientar-se pelo BGB. A Grécia, influenciada directamente pelas *Panidekten* de Windscheid a partir dos fins do século XIX, aproximou-se estreitamente dele na sua legislação civil de 1940/46⁽³¹⁾. Os Estados herdeiros do Império austríaco tomaram-no em consideração, bem como ao ABGB, nos trabalhos preparatórios das suas codificações até à segunda guerra mundial, o mesmo acontecendo com o código polaco de direito das obrigações de 1927⁽³²⁾ e com os projectos jugoslavos⁽³³⁾. Só a evolução a partir de 1945 seguiu, compreensivelmente, outras vias.

(29) Sobre as leis extravagantes («novelas») de 1914-16, *supra*, 385, nota 55; cf. também Unger, *Zur Revision des ABGB*, «Grünhuts Zs», 31 (1917) 389 ss.; A. B. Schwarz, *Die Lebenskraft d. Zivilgesetzbücher* (agora em *Rechtsgesch. u. Gegenwart*, 177).

(30) Sobre o projecto de 1928, Romay, *Die Privatrechtsgesetzgeb. Ungarns seit 1935*, «Rabels Zs», 13 (1940/1) 536 ss.; em geral, Zajtay, *Introduction à l'étude du droit hongrois* (Paris, 1953). No ano de 1939 surgiu um novo código civil da República Popular da Hungria (trad. al. de P. Lamberg, Budapest, 1960). Sobre ele, Szasz, «Rabels Zs», 26 (1961) 553 ss.; Eörsi (ed.), *Das ungarische ZGB in fünf Studien* (Budapest, 1963); do mesmo, «Rabels Zs», 30 (1966) 117 ss.; Schmitzer, *Vgl. Rechtslehre*, I (Basel, 1961) 272 s.

(31) Ααταξος Νόμος (Código Civil) de 3.3.1940; entrada em vigor apenas em 23.3.1946 — influenciado, no sistema e no direito das obrigações principalmente pelo BGB, no direito das coisas principalmente pelo *Code Civil*; no resto, toma em consideração a experiência do BGB do ZGB suíço e do *Code Civil* e dos seus trabalhos de reforma (cf. Dem. Gogos, «AcP», 21 (1943) 78 ss.). Sobre as ideias fundamentais aquando da elaboração do projecto, Marris, «Rabels Zs», 1935, 586 ss.; Maridakis, *La tradition européenne et le code civil hellénique*, «Mem. Koschaker», II (1954) 157 ss.; por último, Sontis, «SZRom», 78 (1961) 355 ss.

(32) Sobre a evolução dos vários domínios do direito na Polónia a partir de 1918, em geral, Geilke, *Zur poln. Privatrechtsgeographie*, «JbOstrecht» 4/2 (1963) 105-176; sobre o código de direito das obrigações de 1933: Rusker, «Rabels Zs», 8 (1954) 342 ss. A tomada em consideração do BGB foi aqui também favorecida pelas antigas províncias prussianas (Posen, Prússia Oriental) do Estado reconstituído. Depois da segunda guerra mundial chegou-se, depois de reformas parciais, a uma codificação global: o Código Civil de 1964 e o código da Família e da Tutela também deste ano; sobre o direito dos contratos do novo código civil: Gralla, «JbOstrecht» 6/2 (1965).

(33) Schmitzer (nota 40) I, 265 ss.; sobre a evolução recente, de 1941 a 1938, Eisner, «Rabels Zs», 17 (1952) 244 ss.; 20 (1955) 158 ss.; Gigoj, *ibid.*, 24 (1959) 488 ss. O Código de direito privado vigente na Jugoslávia (que não era unificado em virtude da anterior história deste país) foi revogado em 1947, sem ter sido até

Ao fim e ao cabo, o legislador não reconheceu visivelmente ao direito privado uma função social própria. Na forma de lidar com o problema do trabalho dependente, o direito privado ficou mesmo atrás do patriarcalismo original da segurança social de Bismarck, para não falar da literatura social do seu tempo. O controle social dos direitos privados mantém-se nos estreitos limites de um liberalismo eticamente fundado⁽²²⁾; apesar de todas as boas vontades, permanece como dominante o interesse da sociedade burguesa de concorrência.

c) Esta atitude domina quase totalmente os direitos obrigacionais e reais. Característico disto é o facto de o natural reconhecimento da liberdade contratual ser, na fórmula técnica do § 305, apenas sugerido; de a *laesio enormis* do direito comum ter desaparecido; de o BGB decidir fundamentalmente, no caso de contratos bilaterais, contra o princípio da equivalência material provindo da ética contratual aristotélica, tomística e jusnaturalista⁽²³⁾. A isto corresponde: a expressa rejeição da cláusula *rebus sic stantibus*, com a significativa excepção da extinção do crédito no caso de contrato de troca e de promessa de crédito (§§ 321 e 610); a rigorosa definição da obrigação em dinheiro como obrigação de valor (§ 244 ss.); a admissão de contratos obrigacionais abstractos; a abstracção da aprovação e da cessão em relação às suas causas e a facilitação das aquisições de propriedade e hipotecárias de boa fé. Em geral, o BGB renunciou a uma ética material dos contratos, nomeadamente a uma ética do justo preço, e não colocou o problema da ameaça da liberdade social pela liberdade contratual (nomeadamente pelos cartéis e por outras formas de falsamento do mercado). Com tudo isto, nele não se exprime apenas a absoluta confiança de uma época de

(22) A aquisição da propriedade por parte do transformador (§ 950), a homagem exigida (e imposta) por O. v. Gierke ao germanista «Produktionsprinzip» [Princípio da produção], constitui apenas uma intenção técnica e não a consequência de uma opção de carácter social: de facto ele favorece menos o produtor do que os seus credores bancários, em prejuízo dos fornecedores de matérias primas; dificulta a garantia do crédito aos produtos acabados, e acaba por obrigar a jurisprudentia a aceitar o princípio, dificilmente justificável em termos sistemáticos, de que a aquisição da propriedade depende da vontade do transformador. A partir das decisões do RG, 136, 88; 161, 113). A questão não tem, naturalmente, qualquer influência sobre uma distribuição socialmente justa da propriedade (e muito menos da propriedade sobre os meios de produção) em virtude do carácter tipicamente transitório da aquisição do transformador numa sociedade industrial dominada pela divisão do trabalho.

(23) Cf. p. 332 s. (Grócio); 357 (Pufendorf).

grande segurança económica, mas também o ideal dos cidadãos que participavam nesta ordem jurídica, ideal caracterizado pelo racionalismo do comportamento, pela auto-responsabilização e pela capacidade de avaliação das situações dos sujeitos de direito. Diferentemente do direito justiniano e das codificações do absolutismo, o BGB está de acordo neste *ius vigilantibus scripsum*, embora não na medida do direito anglo-saxónico, com o direito clássico romano.

Ainda mais característica é a ilimitada liberdade de disposição e de oneração estabelecida pelo *direito imperial*⁽²⁴⁾ no domínio do direito imobiliário e a forte mobilização e comercialização do crédito fundiário através de hipotecas constatadas por um título ao portador [*Briefhypothek*] e de dívidas fundiárias [*Grundschuld*] e de hipotecas feitas pelo mero possuidor [*Inhaberpypothek*]. Do mesmo modo, o direito sucessório burguês decide-se contra a sucessão nos patrimónios autónomos e contra uma limitação da liberdade de testar favorável à transmissão sucessória forçada. O direito de reserva está mais desenhado; a comunhão sucessória, mesmo entre descendentes e parentes, pressupõe uma rápida liquidação. Nas possibilidades quase ilimitadas do testador de vincular as gerações seguintes dos herdeiros através de instruções quanto à sucessão subsequente, da testamentaria, da *exheredatio bona mente* e pela proibição de divisão pelo menos durante uma geração, manifestam-se, é certo, — para além de uma característica individualista — também traços próprios da primeira época burguesa e patriarcal.

À liberdade de conformação do direito civil corresponde um direito de execução, de venda forçada e de falências e insolvências que, sendo progressivo e não inumano, é também rigoroso e implacável. Esta ligação exprime-se caracteristicamente, no plano dogmático, numa constante equiparação da disposição forçada através de actos executivos do credor à disposição através de negócio jurídico por parte do devedor.

O liberalismo do direito Civil representa um atraso não apenas em relação às exigências sociais, mas também em relação ao desenvolvimento interno da própria sociedade dos negócios. O seu modelo é a empresa individual, não a sociedade de pessoas ou de capital. O direito civil não é portanto compatibilizável sem tensões com o direito das firmas e das sociedades. As «Disposições Gerais» do

(24) Sobre o direito público do solo dos Estados alemães, p. 511; sobre os desenvolvimentos exigidos pela ideia de Estado social a partir da época de Weimar, p. 636 s.

a jurisprudência e a ciência, e mesmo os sujeitos da economia, não terem ainda do modo algum uma consciência social deste processo.

4) Uma imagem conservadora da vida afirma-se na forma patriarcal do direito da família, e por vezes do direito matrimonial e no seu regime de bens. Os trabalhos das comissões em que se baseia o direito de família situam-se ainda antes dos primeiros movimentos de emancipação da mulher e ainda não tinham em vista as modificações da vida profissional ocasionadas pela revolução industrial. O direito de decisão no domínio dos assuntos comuns ao casal bem como o poder paternal eram atribuídos exclusivamente ao marido. O regime legal de bens baseia-se num dote produtor de juros (tal como era precisamente exigido ou prescrito no matrimónio dos oficiais ou funcionários dessa época através do dever de prestar caução no caso de matrimónio); a comunhão de bens pressupõe a empresa familiar agrícola, do artesanato ou do comércio. A situação de se trabalhar fora do âmbito da empresa familiar não está ainda considerada. Também ao direito da filiação está subjacente a perspectiva conservadora (ainda que saudável e realista) dos primeiros círculos burgueses que apenas havia de ser modificada pelos movimentos de juventude e pelo direito do trabalho dos jovens. Patriarcal é ainda o direito do poder paternal; característico também das concepções patriarcais e das ideias típicas do estado providência é o direito da tutela, com a figura da sobre-tutela fortemente desenhada; o direito de assistência aos jovens permanece circunscrito ao caso de os pais estarem impedidos do cumprimento dos seus deveres e é orientado para as antigas formas de assistência caritativa. O direito de assistência aos menores do liberalismo social do pós-guerra está ainda muito longe. Característica também da fase patriarcal da primeira burguesia é a discriminação da mãe solteira e dos filhos ilegítimos.

O direito das associações e das fundações revela ainda traços típicos do Estado de polícia; mas, na discriminação da associação sem capacidade jurídica, a lei cede conscientemente às tendências do Estado de classes⁽³⁰⁾. Estes traços estão ainda mais fortemente presentes, em imagem negativa, nas reservas deixadas aos direitos territoriais; na verdade, o direito territorial era, na Alemanha, o portador mais autêntico das tradições autoritárias e do Estado absoluto.

⁽³⁰⁾ Sobre isto, Bochner, *Grdl. d. bürg. RO*, II, 2 (1951) 167-186, com outras indicações bibliográficas, 167 s.J

b) A origem dos ténues elementos de carácter social é diversa. Eles provêm, em parte, da preocupação do liberalismo clássico, eticamente fundado, pela pureza das regras morais do tráfico jurídico. Assim, em especial, a limitação do uso desviado da liberdade contratual, nas suas diversas formas: a proibição da usura (que se reportava à legislação sobre a usura do direito comum) do § 138, II, a redução das cláusulas penais injustas (§ 343), a proibição da *lex commissoria* e a imposição ao devedor hipotecário da proibição de alienação (§§ 1229, 1136 do BGB; cf. ainda §§ 310 e 312). Do mesmo modo, também as vinculações morais de carácter geral da liberdade contratual (§§ 134, 138, I, 309; cf. também § 242) não têm, à partida, um fundamento jurídico de carácter social. De forma característica, a Segunda Comissão recusou ainda um completamento do § 138¹ [imoralidade dos negócios jurídicos] com a referência à «ordem pública», portanto com pontos de vista globais de carácter económico, e exigiu para o negócio usurário uma conduta individual reproável (§ 138^{II}). A preocupação em relação a certas esferas profissionais verifica-se sobretudo no direito especial agrícola (a novela sobre criação de gado de 1908, a responsabilidade por vícios redibitórios no gado, a proibição de pulverização fundiária e os limites da responsabilidade garantida por bens fundiários) devido aos esforços dos partidos conservadores; o § 570 [regime do arrendamento no caso de transferência de funcionários públicos] dá conta do interesse dos funcionários e do Estado. Uma protecção do arrendatário que arranque de preocupações sociais é pouco mais que sugerida (cf., em todo o caso, §§ 538, 544, 554 e s. e 571); a ela se opõem o direito de retenção e o direito de auto-defesa do senhorio (§§ 559 ss., 561) e a oneração do rendimento com o risco no caso de impedimento pessoal (§ 552). A uma ética patriarcal de vigilância e superintendência correspondem ainda as prescrições sobre a protecção do trabalhador (§§ 616-619) e o regime de favor estabelecido para os salários dos trabalhadores domésticos no caso de concurso de credores (§ 61, n.º 1, da KO [Lei sobre o concurso de credores, ou sobre falências e insolvências])⁽³¹⁾. As únicas prescrições dirigidas à protecção dos consumidores economicamente débeis encontram-se, caracteristicamente, numa lei especial, a Lei de 1894 sobre pagamentos a prestações.

⁽³¹⁾ Que o espírito da filosofia idealista ainda influencia o BGB (como o ZGB) é um dos pontos acentuados por Gmür, 19 s. — com razão, pelo menos para a mentalidade dos redactores; sobre a imagem do homem e da sociedade do BGB, também Bochner, *Einf.* 78 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 canho 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 desapaixoadada 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 «Wilhelmianismo»; embora também não sinta, na verdade, nada de um novo sopro criador. Pensando correctamente a questão e com informações exactas sobre o ideal legislativo do séc. XIX, agora, Gmür, 27 s. e nota 19.

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

⁽²⁹⁾ Cf. p. 391.

após a entrada em vigor desta obra tão característica começaram as mutações históricas que puseram fim à liberdade civil, acabando tanto com o seu bom uso como com os abusos dela feitos. O BGB era ainda um epígono do período criador da época burguesa que se tinha iniciado com o iluminismo. Agora, ela começa a dissolver-se no pluralismo da sociedade impessoal e dos grandes grupos económicos que haveria de conduzir às formas massificantes de vida que hoje vemos ligadas não apenas às ideologias colectivistas. Esta situação do BGB nas vésperas de mutações singulares explica a maturidade intelectual bem como a escassa juventude do código. Ele exprime bem o empenhamento sereno numa objectividade sincera, típico da melhor tradição alemã; mas não essa exortação empolgante dos cidadãos no sentido dum a co-responsabilidade que sentimos nas constituições e códigos dos povos que acabavam de se encontrar numa nova comunidade de valores. Ainda aqui ele não espelha a imagem da vida de uma nova sociedade fechada, tal como a espelhava o *Code Civil* depois da vitória da burguesia, mas apenas a de uma camada burguesa que, na verdade, não conseguira uma vitória completa sobre o antigo Estado autoritário e que também ainda não assimilara o futuro quarto estado, camada cuja identificação com a sociedade nacional ficou a constituir um crédito a descoberto. No entanto, ele também não tem nada da visão iluminista da vida transmutado pelo ideal racionalista e humanitário do iluminismo alemão. Diferentemente do que acontece com o ALR também já não se pode nele reencontrar os antigos corpos e grupos, o trabalho artesanal, o campesinato.

IV. 2. O que acaba de se dizer, baseia-se também no facto de o BGB não constituir a expressão de uma tendência social e politicamente unitária, mas a tentativa de equilíbrio entre vários sistemas de valores que não se tinham conseguido misturar na história social alemã do séc. XIX. Predomina, é certo, um liberalismo mitigado; em alguns pontos isolados ele deixa espaço para algumas das exigências sociais do futuro; mas, junto disto, permanecem traços conservadores e autoritários, apenas em pontos restritos se deixando espaço para as exigências sociais do futuro. Nesta tentativa de equilíbrio exprime-se a situação social da época do seu aparecimento — a progressiva revolução industrial, que faz da liberdade de contrato e de associação meios de estabelecimento do poder social e económico; no entanto, exprime-se também o facto de a legislação,

cessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juizes 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 tráfego 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 predomínio 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 valorizações 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 substantiva, desde que ela, por seu lado, não remeta para a situação bem definida de uma moral estabelecida e de uma técnica judicial

«Dr. Wiss». 6 (1940) 76 ss.; Dölle, *Das BGB in der Gegenwart* (1950) 18; Boehmer, *GdL*, II, 2 (1952) 1 ss.; Esser, *Grundriss u. Norm. passim* (indico); Wieacker, *Zur rechts-theoret. Präzis. des § 242* (Tübingen, 1956) 16 ss.; do mesmo, *Getz u. Richterkunst* (Karlsruhe, 1957) 5 ss.; e, sobretudo, Larenz, *Methodenlehre*, 1952-321 (silopismo na determinação da consequência jurídica, o papel da subsumção, integração das lacunas e desenvolvimento do direito); Boehmer, *Einf. in d. bürger. 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, encerrar 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, *Grundriss u. Norm.*, em esp. 262 ss.; 279 s. et al. *loc. cit.* também Wieacker, «JZ», 57, 702, 704 s.; *Getetz u. Richterkunst*, 8 ss.

(24) Sobre isto, Dölle, *loc. cit.*, 1 ss.; Boehmer, *Einf.* 7 (1965) 78 ss.; Gmür, 38 ss. e as referidas no excuro da p. 558 s., em especial Zitelmann, Schwarz, Heck, F. Beyetle, Larenz. — Sobre a questão da técnica de codificação, em geral, Guthey, *Stud. z. Gesetztechnik* (1909); F. Beyetle, *loc. cit.*, 209 ss.; Koschaker, 202 ss. et al. *loc. cit.*; H. Triefel, *Vom Stil d. Rechts* (1947) 91 et al. *loc. cit.*; Dölle, *Vom Stil d. Rechtsprache* (1949), em esp. 32 ss.; Esser, *Grundriss u. Norm.*, em esp. 141-217; 267-88 et al. *loc. cit.* (com referência à formação legal do direito); C. K. Allen, *Law in the Making* (1947) 373 et al. *loc. cit.*; Friedmann, *Legal Theory* (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, primordial, Schwarz, *loc. cit.*, 7; Dölle, *Vom Stil d. Rechtsprache*, 36 ss.

forma interna quer na forma externa da lei. Como direito privado geral e abstracto, ela ordena em principio o seu sistema não segundo as organizações espontâneas da vida social (como, por exemplo, o *ALK*), 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 (19). 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 ordenação 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 positiva da plenitude e da estrita vinculação do juiz à lei — uma *codificação* (21), 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 (20), ele obtém, dum 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 *ALK* desenhava os direitos e obrigações com pinçeladas 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) (22).

(19) Pelo menos de um corte em quatro partes fala já Zielmann, *zPrivRfA*, 33, 9 ss.; cf., ainda, Boehmer, II, 1, 72 ss.; *Einfl.*, 270 s.; Wiericker, *Zum System d. bürgerl. Vermögens*, (Leipzig, 1941) 12 ss.

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

(21) 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).

(22) De acordo com uma feliz expressão de Boehmer (pela primeira vez, no primeiro estudo *Charakteristik der BGB: Einfl. in d. bürgerl. Rechts* [1932] 28): cf., também, *Grundriss d. bürgerl. Rechts*, II, 1 (1931) 72 ss. Sobre o que se segue, cf., com mais pormenor, o excuro de p. 558 ss.

Assim, a subjugação 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 normativas sobre a relação obrigacional (*v.g.*, § 275); às disposições gerais das 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 vê na patente na unidade 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 empobrecedora 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, *Eirenschaftsrum u. Kauf* (1948) 152 ss.

(21) Sobre isto, numa atitude de profunda crítica do sistema, agora Pawlowski, *Rechtsgeschäftl. Folgen nichtiger Willenserklärungen* (Göttingen, 1966), em esp.: 61 ss.; 330 ss.; cf., também, *infra*, p. 606 ss.

(22) Da inesgotável bibliografia: Hedeman, *Fischer in d. Generalklausur* (1933), cujo título se transformou num *dogma*, que contudo se refere mais ao perigo da aplicação das cláusulas gerais pelo juiz educado no respeito pela lei numa comunidade axiológica em desintegração, do que o problema da função de orientação destas cláusulas; indo mais além, F. v. Hippel, *Rechtliche im Aufbau v. Rechtsordnungen* (1942); agora, também, *Rechtstheorie u. Rechtsdogmatik* (1964) 149-198); H. Brandt,

febril⁽⁶²⁾, sobretudo uma legislação precipitada sobre solos e hipotecas, nas quais se exprimiam os interesses da nova sociedade burguesa na mobilização da propriedade fundiária possibilitada pela abolição da feudalidade⁽⁶³⁾; em 1793, foi mesmo apontado por um comité da Convenção Nacional, sob a presidência de Cambacérès, o projecto de um *Code de la Convention* que, no entanto, seria ultrapassado pelos acontecimentos políticos. Novas tentativas do Directório foram também interrompidas. Só a iniciativa de Napoleão Bonaparte (primeiro cônsul a partir de 1800) tornou rapidamente numa realidade os planos de codificação — ao lado da sua reforma administrativa, possivelmente o legado mais benéfico e construtivo deste estadista, então ainda ao serviço da sua nação e não apostado nas tentativas de hegemonia universal⁽⁶⁴⁾. Em muitas normas isoladas revela-se o seu estilo pessoal; na obra de conjunto sente-se, ao lado da herança de Pothier e da revolução, a vontade ordenadora e a monumental segurança de si deste grande dirigente. Nos restantes códigos do império, desenha-se já a planificação consciente do direito unitário de uma futura monarquia universal.

Os dois cônsules convocaram em 1800 uma comissão de quatro pessoas, que, logo após poucos meses, apresentou um projecto; projecto este que (tal como na Prússia e na Áustria) foi submetido a discussão pública e só então submetido a uma rápida apreciação do *Conseil d'Etat* com a presença frequente e em parte determinante de Napoleão⁽⁶⁵⁾. O mais célebre técnico-jurista deste grémio foi J. E. Portalis (1746-1807). O resultado do parecer do *Conseil d'Etat* foi parcialmente rejeitado pelo legislativo e, por isso, de novo reelaborado a partir de 1802 e revisto pelo primeiro cônsul. A partir de 1803, foram sendo aprovadas pelo legislador as diferentes secções da compilação e publicadas, primeiro isoladamente, e finalmente promulgadas em conjunto em 20-3-1804 como *Code Civil des Français* (de novo publicado em 1807, como *Code Napoléon*; em 1814, de novo como *Code Civil*; em 1852-1870 novamente como *Code Napoléon*).

⁽⁶²⁾ Sobre os seus primórdios, Seignac (nota 58) 1 ss.; sobre isto, agora, Wilhelm (nota 58).

⁽⁶³⁾ Garaud, *Hist. gén. du droit privé Franç. (de 1789 a 1804)*. *La révolution et la propriété foncière* (Paris, 1958); Hedemann (nota 24) 79 ss.; por último, Eizard Blanke, *Die Reform d. französl. Liegenschaftsrechts im Jahre 1955 u. d. dtisch. Liegenschaftsrechts* (München, 1963) em especial 45 ss.

⁽⁶⁴⁾ Napoleão dirigiu pessoalmente 57 das 102 sessões: Sorel (nota 58) XXIV.

⁽⁶⁵⁾ Sobre o testemunho de Napoleão, ainda em Santa Helena, informa Koschaker, 136: «*ma gloire n'est pas à avoir gagné quarante batailles... ce que rien n'effacera, ce que vivra éternellement, c'est mon Code civil!*»; segundo Dutand, *Études sur le Conseil d'Etat Napoléonique* (Paris, 1940) I, 21, 93.

c) O novo Código constituía o último elo de uma cadeia de importantes códigos. Em 1806 seguiu-se-lhe o *Code de Commerce*, preparado por uma longa tradição desde a *Ordonnance des marchands et négociants* de Savary (1673)⁽⁶⁶⁾, mas ao mesmo tempo uma das obras mais características do liberalismo económico inicial do Primeiro Império. Em 1807, seguiu-se-lhe o *Code de procédure civile* — baseado nos princípios liberais preparados pela literatura da Reforma e tornados realidade pela revolução — e que haveria de influenciar decisivamente as reformas processuais oitocentistas de toda a Europa⁽⁶⁷⁾ e, em 1810, o *Code pénal* que, juntamente com o seu predecessor de 1791, foi o primeiro código penal ao mesmo tempo iluminista e adaptado a um Estado de direito de toda a Europa. No conjunto, uma obra legislativa ímpar, na qual se baseia, depois do *Corpus iuris* e do justacionalismo, uma grande parte da actual cultura jurídica mundial, incluindo seguramente a alemã⁽⁶⁸⁾.

d) O espaço geográfico de vigência directa do *Code civil* abrangeu também domínios de língua e população alemãs, estando, portanto, subjacente a importantes movimentos da história jurídica da Alemanha. Ele teve vigência imediata na margem esquerda do Reno, anexada pela França, e estendeu-se a extensas zonas do noroeste (incluindo Hamburgo e Lubeque) com a expansão do direito do império. Revogado de novo em 1814 na margem direita do Reno (incluindo o território do antigo ducado de Berg), manteve-se na margem esquerda (Renânia, Palatinado), sem no entanto participar na larga evolução interna do direito francês. Também na Alsácia-Lorena esteve em vigor até 1900 e foi aí reposto em vigor depois da reanexação, em 1919. Sobre os direitos alemães filiados no *Code*, cf. 4 b.

IV. 2. O sistema e a estrutura conceitual dos 2281 artigos do *Code Civil* ultrapassam os do ABGB austríaco em precisão, clareza e rigor. O sistema justacionalista foi essencialmente transposto para a sua estrutura por Pothier⁽⁶⁹⁾: I. Direitos das pessoas, incluindo o direito matrimonial e da tutela; II. Direitos das coisas: 1. Proprie-

⁽⁶⁶⁾ Sobre isto, A. Trouillet, *Savary* (1930); com profundidade, Mariage, *Évolution historique de la législation commerciale. De l'ordonnance de Colbert à nos jours*, 1673-1949 (Paris, 1931).

⁽⁶⁷⁾ Cf. p. 352.

⁽⁶⁸⁾ Koschaker, 135 ss., 357; Heinsheimer (nota 58) XVIII, 67. Sobre o que se segue, também p. 574 ss.

⁽⁶⁹⁾ Sobre o sistema de Pothier: Dunoyer, *Blackstone et Pothier* (Paris, 1927); Piret, *Le rencontre chez Pothier de la conception romaine et féodale de la propriété foncière*; Charnatz, *Zur Gesch. u. Konstr. d. Vertragstypen im Schuldrecht* (1937) 11, 138, 165 ss.; Thieme, *Natur u. europ. PrivR.G.* 26 s.; cf. p. 234, nota 19.

dade; 2. Direitos reais limitados; III. Aquisição da propriedade: 1. Herança e testamento; 2. Obrigações.

Assemelha-se ao ALR e ao ABGB na inclusão da totalidade da regulamentação da propriedade no direito da propriedade ou «direito das coisas»; ao ALR ainda na inclusão do direito sucessório e das obrigações na «aquisição da propriedade», a qual, no entanto — em virtude da forte redução da exigência de entrega — leva às limitações, características do direito francês, da responsabilização e da aquisição de bens móveis. Por outro lado, o *Code Civil* tem de comum com o ABGB a exclusão do direito público: «falta-lhe no entanto, a Terceira Parte doutrinária deste (Terceiro Livro: «Disposições de carácter comum»).

Do ponto de vista do conteúdo, a influência da razão prática, ou seja, das condições prático-históricas deste último estágio do jusnaturalismo, revela-se sobretudo na forte influência do *droit coutumier*, especialmente do *Coutume* de Paris, ao qual os redactores recorrem com grande desenvoltura. Assim a contribuição «romântica» do código nacional francês tem, do ponto de vista externo, uma menor influência do que a do código alemão de 1900. Este aparente paradoxo revela a superficialidade de um ponto de vista que quisesse reencontrar pura e simplesmente no direito «romano» aquilo que nos é estranho, e no direito franco (occidental) aquilo que nos é próprio. Às exigências de conteúdo da teoria jusracionalista corresponde no Código, por exemplo, a transmissão de móveis por mero consenso contratual ou (na sua forma original) o liberal direito de divórcio.

Não é, assim, tanto o espírito nacional como o espírito político-constitucional que distingue o *Code* das codificações alemãs do seu tempo. Em relação ao ALR do antigo regime (característica menos visível no ABGB, ligado implicitamente ao Estado absoluto), distingue-o, do ponto de vista ideológico, a dissolução das limitações wolffianas dos deveres do soberano e dos súbditos através da diluição (apenas possibilitada por Rousseau) da vontade da minoria na vontade geral e da inserção das antigas regiões, ordens e corporações no conceito de nação igualitária. Só com o *Code Civil* a igualdade jurídica dos cidadãos (designadamente também no direito fundiário e sucessório), a liberdade da esfera jurídica dos particulares, particularmente na liberdade de actuação contratual e económica, se tornam axiomas vivos de uma nova imagem da sociedade. Neste ponto, aliás, o *Code* recou perante o radicalismo individualista da revolução, por exemplo no direito hipotecário, e apresenta, por exemplo na hipoteca geral em benefício do pupilo (por intervenção pessoal de Napoleão) traços próprios de um Estado providência e

«contrários ao tráfico»; em medida tal que os críticos franceses têm falado de forma exagerada em tendências «aristocráticas» e «retrogradas». Na verdade, porém, predomina a tendência «anti-feudal», igualitária e centralizadora. Foi precisamente esta tendência que possibilitou o aspecto *engagé* deste código, aspecto em que se baseia a sua difusão vitoriosa por todo o mundo durante o séc. XIX.

IV. 3. O *Code civil* é um código de direito privado de primeira plana.

Na sua estrutura rigorosa e transparente, na sua linguagem clara e epigramática, na qual um Stendhal reconheceu ter-se inspirado, ele é superior a qualquer dos anteriores códigos alemães; a racionalidade e razoabilidade das normas jurídicas partilha-a ele com os restantes dois. A sua forte tensão política confere-lhe uma coesão e uma pureza de estilo que, nos outros, acaba por ser mais característica do ALR, ainda proveniente de uma concepção do Estado do antigo regime, do que do ABGB.

O reverso da crença na razão, o optimismo doutrinário, partilha-o ele também com os códigos alemães ou excede-os mesmo neste ponto, pois a unificação e generalização não provém aqui de um persistente desejo sistemático, mas de uma vontade revolucionária; assim no direito sucessório, no direito fundiário (e também na recusa de publicidade dos direitos reais imobiliários, o calcanhar de Aquiles do *Code* na sua forma originária). A razão do legislador francês tem, portanto, uma tendência anti-tradicionalista muito mais nítida — apesar da defesa da continuidade com a grande tradição jurídico-científica precedente⁽⁷⁰⁾ — do que na Europa central. Foi precisamente esta característica que assegurou ao Código uma missão histórica em todas as nações que começaram a modelar-se de acordo com a imagem da francesa, especialmente naquelas que viam aí uma emancipação em relação a formas de opressão interna ou externa; foi assim, no entanto, que ele se tornou facilmente num leito de Procrusto para convidados estranhos.

IV. 4. Devido a este perfil vigoroso, o *Code* tornou-se no texto legislativo mais cumulado de êxitos de todo o século.

a) Na própria *França* ele resistiu sem prejuízo dos movimentos reformadores das últimas décadas e das brutais reinterpretações, transfiguração e desenvolvimentos renovadores operados constante-

(70) Koschaker, 170³ com dados franceses.

mente pela prática — incólume no seu prestígio externo, não obstante muitos ataques, como factor de integração e património comum de toda a nação. Em face desta autoridade foram é certo paralisadas por muito tempo muitas reformas necessárias — excepto a reforma, cultural e politicamente significativa, do direito matrimonial — mesmo reformas parciais, como a da introdução do registo por transcrição para a transmissão de bens imóveis (1855) (71). Por exemplo, só a reacquirição da Alsácia-Lorena em 1918 incitou à organização de um código da propriedade fundiária. Quanto a uma reforma global, foi tida em vista durante negociações para a unificação dos direitos das obrigações francês e italiano (Projecto de 1927) e sobretudo pelas reformas políticas e jurídicas da IV República a partir de 1945 (72). Não obstante, uma magistratura extremamente inteligente e bastante independente e uma ciência jurídica prática altamente desenvolvida têm até aqui mantido este código, frequentemente ultrapassado do ponto de vista social e económico, em contacto com a realidade.

b) Também na história do direito privado alemão o *Code Civil* fez época. Não apenas os partidários do domínio napoleónico — que não tiveram qualquer dúvida em o recomendar (73) — mas também patriotas como Thibaut, prestaram homenagem ao código com desvelos e justificados louvores. Mesmo depois de 1814, os juristas alemães continuaram a pensar numa recepção global do código em toda a Alemanha. De qualquer modo, ele estimulou a ideia de

(71) Heilmann (nota 21) 96 ss.; (Lei das transcrições de 1853), 110 s. (o movimento de reforma de 1890); Blanke (nota 65) 49 ss.

(72) *Travaux de la commission de réforme du Code Civil* (1946 ss.); sobre isto, por exemplo, Qfingier, «SchweizZ», 44 (1948) 3 307 ss.; Fischer, «AcP», 150 (1950) 275 ss.; Dölle, *Das BGB in d. Gegenwart*, (Tübingen, 1950), 27; sobre o direito imobiliário, Blanke (nota 63); Ripert-Boulanger, *Traité de droit civil*, I (Paris, 1956) 65 et *alii loc.*; Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 1^a (Paris, 1963) 80 s. Aparecido até aqui: *Libre préliminaire. Livre I: Des personnes physiques et de la famille* (1955); II: *Des successions et des libéralités* (1962). — Sobre o desenvolvimento do *Code*, em geral, Eugène Gaudemet, *L'interprétation du code civil en France depuis 1804* (Basel, 1926).

(73) Ele adaptar-se-ia a todos os Estados organizados de forma racional, pois apenas continha as exigências da razão acerca das relações civis; e aquilo que num dado país não estivesse de acordo com o Código de Napoleão não poderia também ser confirmado pelo tribunal da razão (de «*Der rheinische Bund*», H. 62, 189; citado por Stobbe, II, 484⁷). Isto correspondia, na verdade, à auto-convicção dos redactores do Código de — segundo uma indicação de Thieme, «SZGerm», 57, 372 nota 2 (cf. também Koschaker, 357) — terem identificado os princípios imutáveis do direito e da justiça, de modo a abrir ao código as portas de todos os outros povos da terra (Bigot-

uma unidade jurídica nacional; a proposta de Thibaut, em 1814 (*infra*, p. 444 amadureceu depois de uma viagem de estudo a Paris (74). Em território alemão, portanto, o *Code* só desapareceu em 1814 onde ele só tinha sido introduzido como direito suplementivo (e ainda aí nem sempre à força, como em Anhalt-Köthen, em 1810); isso aconteceu em Danzig e no reino da Vestefália (em 1807), no ducado de Aremberg, (em 1808), em Francforte (em 1809), nas cidades hanseáticas e em Lippe (em 1812). Revogado durante a Restauração na margem direita do Reno (mesmo na parte do Berg a leste de Reno), manteve-se até 1900 no Código de Bade, uma reelaboração alemã do *Code Civil* feita por Bräuer, atenta embora às situações especiais do território. Sugerido pelo imperador ao governo territorial na época da Confederação do Reno, gozou durante quase um século, tal como na Renânia, de grande popularidade (75).

O domínio do *Code* influenciou de forma essencial a sensibilidade jurídica e política do sudoeste alemão e auxiliou o seu sentido de liberdade civil e de independência. A futura ascensão da praxista alemã favoreceu o direito francês não apenas no território alemão, mas influenciou-o mesmo, por exemplo através da exposição clássica de Zacarias, na mãe-pátria (76); tais ligações mantiveram-se até 1900. Esta influência constituiu um capítulo feliz da unidade europeia e o resultado mais benéfico do domínio napoleónico em solo alemão (77).

-Prémeneau, 1807). Mas também é compreensível que estas pretensões não tenham encontrado qualquer acolhimento mesmo nos ponderados patriotas alemães do tempo de Napoleão; cf. Rehberg, «*Über den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland*» (1814). Acerca das razões de Savigny para a sua especial recusa do Código nos seus escritos programáticos, cf. p. 446.

(74) Erik Wolf, *GRD*², 471.

(75) Sobre isto, Carlebach, *Badische Rechtsgesch.*, II (1909) 19 ss.; Andreas, «SZGerm» 31 (1910) 182 ss.; F. Beyertle, *Rezeptionsvorgänge in Süddeutschland*, «Veröff. des Konstanzer Juristentages», 1947; excelente também, Fedeter, *Beitr. z. Gesch. d. Badischen Landrechts in Baden in 19. u. 20. Jh.*, I (1948) 81 ss.; W. Leiser, *Bad. Landrecht*, in «*Handwörterbuch z. deutschen Rechtsgesch.*» (1954) 282 s.

(76) Sobre o *Handbuch des französischen Civilrechts* (desde 1808), de Zacharias nas suas reelaborações que, até Crome, constituiu a obra modelo do direito privado renano até 1900, sobre a sua tradução francesa e o seu efeito retroactivo sobre a mãe pátria, A. B. Schwarz, *Einfl. dtsch. Zivilistik im Ausland*, «*Symb. Frib. Otto Lenel*» (s. d.; no entanto, é de 1935) 442 ss. (agora também: *Rechtsgeschichte und Gegenwart* [1960] 40 s.).

(77) Boehmer, «AcP» 151 (1951) 289 ss.

c) Depois disto, não é de admirar o impacto *mundial* do *Code*, sobretudo nos países latinos. Em primeiro lugar, nos países tocados pela conquista napoleónica ou dos seus irmãos (Países Baixos, Itália, Espanha), ele afirmou-se ou serviu de modelo dos posteriores códigos civis e comerciais, sobretudo da Itália (1865 a 1940), de Espanha, de Portugal, dos estados latino-americanos⁽⁷⁸⁾, mesmo na Louisiana, este último caso servindo de testemunho digno de nota de codificação do tipo continental nos Estados Unidos da América⁽⁷⁹⁾; depois, na Bélgica, Luxemburgo e Holanda (por último em 1883); no fim do século XIX, com a derrocada do império otomano, também nos Balcãs (Roménia, 1865) e no Próximo Oriente (Egipto, por volta de 1875/6)⁽⁸⁰⁾. Ao lado do *Code Civil* a maior parte dos outros códigos napoleónicos foi adoptada integralmente ou com ligeiras adaptações. Só a pandectística e os dois modernos códigos da «família jurídica alemã» que daqui provieram (o BGB de 1900 e o SchwZGB de 1907/11) fizeram parar e eventualmente recuar a expansão do *Code Civil*, sobretudo na Europa do sueste (Hungria, Grécia, Turquia), no Extremo Oriente (China, Japão, Sião) e em alguns Estados sul-americanos⁽⁸¹⁾.

d) A *Itália*, pátria da ciência jurídica europeia, constitui, neste plano, um caso especial. O *Codice Civile* italiano de 1865, fruto do movimento de unificação nacional, foi essencialmente copiado do *Code Civil*, com cuja moldura jurídica e política se apresentava expressamente a Itália unificada. Pelo contrário, a florescente civilística italiana juntamente com a pandectística alemã inclinava-se muitas vezes para uma interpretação e um desenvolvimento histórico-românico que ultrapassavam cada vez mais o tipo francês no sentido da orientação típica da pandectística⁽⁸²⁾. No *Codice*

(78) Cf. p. 575.

(79) Sobre a codificação na Louisiana sob a influência do *Code Civil* e a sua história prévia sob o domínio francês e espanhol, Sherman, *Roman Law in the modern world*, I^a, 250 s.; Ieland, *La Louisiane. Nouvelle une de son système de droit*, «Rec. Lambert», II, 94 ss.

(80) Sobre a difusão do *Code Civil*: *Rechtswgl. Handwörterbuch*, IV (Frankreich); Heinsheimer (nota 58) XVII; cf. Koschaker, 135 s.; com desenvolvimento, agora, Arminjon-Nolde-Wolff (nota 53) I (famílias jurídicas francesas).

(81) *Infra*, p. 554 ss.; 568.

(82) Sobre isto, p. 576.

Civile de 1942 esta evolução rematou-se num certo sentido⁽⁸³⁾. No entanto, esta nova codificação manteve ainda a ligação com a tradição legislativa do *Risorgimento* e da unificação nacional. Então, a ligação do direito civil italiano com a família jurídica francesa é garantida pela comunidade latina e pela consciência política da Revolução Francesa, que se tornou também na primeira revolução italiana; a sua ligação com a família alemã é mantida pela influência, sempre forte, da ciência pandectística do séc. XIX.

(83) Trad. al.: *Italian. Zivilgesetzbuch* (Hamburgo, 1965, com introdução de G. Luther). Sobre isto, Saggi, *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica* (Milano, 1951) 133 a 165; Schützer, *Vgl. Rechtswgl.*, I (Basel, 1961) 200 ss.

se ele era uma obra da teoria ou da prática, este Código teria que ser atribuído a homens de espírito teórico disciplinado, mas com uma visão prática limitada. Mas, de facto, os membros das duas comissões eram predominantemente práticos, designadamente juizes dos tribunais superiores e funcionários ministeriais⁽¹²⁾. O aparente paradoxo explica-se ainda, para a Primeira Comissão, pela grande influência de Windscheid⁽¹³⁾; mas, no conjunto, pela formação desta elite através dos modelos da pandectística. Nunca a cátedra influíu tanto sobre a magistratura superior como na primeira metade deste século, na qual ainda tinham estudado quase todos estes homens. Estes práticos conscienciosos não foram suficientemente ousados ou pretensiosos para se emanciparem, como o legislador iluminista, da doutrina do seu tempo. Foi para os leigos — a quem para este fim se deu assento na Segunda Comissão — que se apelou, a fim de trazer ao trabalho conhecimentos da vida (entre eles estavam três proprietários, mesmo um técnico de minas, um inspector florestal, um director de banco, etc.); tal como costuma acontecer noutras ocasiões, sobretudo num país em que, como na Alemanha, se cultiva a crença no saber especializado, a Comissão submeteu-se à autoridade desses conhecidos especialistas e tornou suas próprias, visivelmente sem um grande rigor de princípios, as experiências práticas destes seus membros.

II. 2. Também do próprio corpo da ciência jurídica, tinham surgido vigorosos e penetrantes críticos da pandectística dominante. No entanto, não encontramos estes homens ligados ao trabalho de redacção, o que não constituiu qualquer acaso. O temperamento vivo de Jhering e a sua teimosa originalidade afastavam-no, como ele

(12) Sobre isto, com exactidão, A. B. Schwarz, *Der Einfl. d. Professoren auf d. Rechtsentw. im Lauf d. Jhre.* (1950; agora em *Rechtsgesch. u. Gegenwart* [Karlsruhe, 1960] 201 ss.) com a indicação, digna de nota, de que de todas as codificações de direito privado desde os finais do séc. XVIII, só o ABGB constituiu uma verdadeira obra de professores; Gmür, 25 ss.; *ibid.*, também 35 sobre a diferença com a Suíça no séc. XIX; algo diferente em Koschaker, 251, 258. — Dos cinco professores que pertenceram no conjunto às duas comissões (Windscheid, Planck, Roth, Sohm e v. Mandry), Planck não era um teórico de cepa, mas um prático de corpo e alma, no melhor sentido da expressão; v. Mandry, o perito do direito patrimonial do casamento, era professor honorário; Sohm foi membro apenas eventual da Segunda Comissão. Sobre o «direito dos professores» [*Professorenrecht*], em geral ponderado mas tocado pelo cepticismo próprio da idade, Koschaker, 242 ss. *et al. loc. cit.* (índice temático).

(13) Sobre isto, por último, Schubert, 33, 39.

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 feitos 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 arbitrio e a busca de originalidade sem isto perdem o interesse para o jurista. Em contrapartida, o trabalho conjunto em comissões abaxia 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. Leben d. bürgerl. R.* 3 [1906] 6, nota 4) por oposição de Leonhardt (como presidente da Comissão de Justiça do *Bundesrat*) — formação 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.